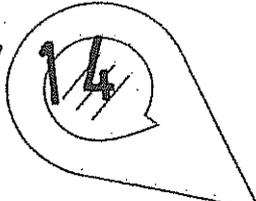




13909/14



REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Dichiarazione di fallimento su richiesta del P.M.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

R.G.N. 26537/2012

- Dott. ALDO CECCHERINI - Presidente - Cron. 13909
- Dott. SERGIO DI AMATO - Consigliere - Rep. C.I.
- Dott. ANDREA SCALDAFERRI - Consigliere - Ud. 16/04/2014
- Dott. GUIDO MERCOLINO - Consigliere - PU
- Dott. LOREDANA NAZZICONE - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 26537-2012 proposto da:

I.C. S.R.L. IN LIQUIDAZIONE (p.i. 03860310105), in persona del Liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FILIPPO NICOLAI 22, presso l'avvocato FANTACCHIOTTI MARIO, rappresentata e difesa dall'avvocato CHIOCCA MASSIMO A., giusta procura in calce al ricorso;

2014

884

- *ricorrente* -

contro

FALLIMENTO DELLA I.C. S.R.L. IN LIQUIDAZIONE,

Fallimento

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI  
GENOVA, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA  
PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE;

- intimati -

avverso la sentenza n. 123/2012 della CORTE  
D'APPELLO di GENOVA, depositata il 15/10/2012;

udita la relazione della causa svolta nella  
pubblica udienza del 16/04/2014 dal Consigliere  
Dott. LOREDANA NAZZICONE;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. UMBERTO APICE che ha concluso per il  
rigetto del ricorso.

Fallimenti e Società.it

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 15 ottobre 2012, la Corte d'appello di Genova ha respinto il reclamo avverso la dichiarazione di fallimento della I.C. s.r.l., pronunciata su richiesta del pubblico ministero.

In particolare, per quanto ancora rileva, la corte distrettuale ha ritenuto che non costituisse giudicato la sentenza d'appello del 22 febbraio 2012, la quale, qualificando l'assenza del pubblico ministero all'udienza di cui all'art. 15 l.f. alla stregua di una rinuncia all'istanza, aveva revocato la dichiarazione di fallimento della società, già pronunciata dal Tribunale di Genova il 15 luglio 2011.

Propone ricorso la società I.C. s.r.l. in liquidazione, sulla base di tre motivi. La curatela non si è costituita. Nei termini di cui all'art. 378 c.p.c., la parte ricorrente ha depositato memoria.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione degli art. 2909 c.c. e 324 c.p.c. e l'inosservanza del principio del *ne bis in idem*, in quanto la prima sentenza di appello del 22 febbraio 2012 impediva l'esame di una nuova istanza.

Con il secondo motivo, deduce l'errata o falsa applicazione degli art. 181 e 306 c.p.c., per avere la sentenza impugnata qualificato la mancata comparizione all'udienza del primo procedimento come una mera rinuncia agli atti, e non all'azione.

Con il terzo motivo, denuncia la violazione degli art. 2909 c.c. e 324 c.p.c., per avere la sentenza impugnata ravvisato il giudicato unicamente con riguardo alla rinuncia al procedimento, laddove la sentenza di revoca del fallimento, per l'accertamento negativo dei suoi presupposti sostanziali, osta all'emissione di una nuova pronuncia dichiarativa di fallimento sulla base della rivalutazione degli stessi elementi.

2. - I tre motivi, da esaminare congiuntamente in quanto intimamente connessi, pongono la questione se una volta revocata con sentenza passata in giudicato una precedente dichiarazione di fallimento in ragione della ravvisata rinuncia alla richiesta del pubblico ministero, sia preclusa la proposizione di una nuova richiesta da parte dell'organo pubblico.

2.1. - La Corte d'appello di Genova, con l'impugnata sentenza pubblicata il 15 ottobre 2012, ha affermato che nessun giudicato sia ravvisabile e che la rinuncia all'istanza, operata dal pubblico ministero nel caso di specie, non avesse comportato anche rinuncia all'azione sostanziale fatta valere in giudizio: sia perché la domanda di fallimento non costituisce richiesta di affermazione di una pretesa sostanziale, qual è invece il diritto di credito vantato (tanto più quando istante è il pubblico ministero), trattandosi di diritto processuale ad un'azione esecutiva comprendente la totalità del patrimonio del debitore e alla conseguente liquidazione concorsuale; sia perché la mancata comparizione ad un'udienza non indica rinuncia al diritto, come palesano gli art. 181, 306 e 309 c.p.c. Ha

aggiunto che la mancata presentazione del ricorso per cassazione avverso la prima sentenza di appello, che revocava l'iniziale dichiarazione di fallimento, indicava soltanto come il p.m. istante non avesse avuto ragioni di censura al riguardo, sussistendo dunque un giudicato unicamente sulla valenza di rinuncia della mancata comparizione all'udienza da parte del medesimo, ma non sulle ragioni dell'istanza stessa, mai esaminate.

Tale decisione, sostenuta dalle riportate argomentazioni, non si presta alle censure avanzate.

2.2. - Dopo la riforma del diritto fallimentare, un'interpretazione sistematica della stessa ha indotto una parte degli interpreti ad affermare l'efficacia preclusiva del provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento, fondata sull'attuale configurabilità di un diritto soggettivo del creditore alla declaratoria di fallimento del suo debitore: peraltro, pur sempre ancorando tale opinione l'accertamento, che «fa stato» ai sensi dell'art. 2909 c.c., alla decisione nel merito da parte della sentenza passata in giudicato.

In passato, questa Corte ha reputato la riproposizione dell'istanza di fallimento disattesa reiterabile, pur «sulla base della medesima situazione», in presenza dell'«istanza di un diverso creditore ovvero sulla base di elementi sopravvenuti, preesistenti ma non dedotti e anche di prospettazione identica a quella respinta, su istanza dello stesso creditore» (Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834; in epoca più risalente, Cass. 20 febbraio 1978, n. 801 e 29 novembre 1966, n. 2805).

La questione è stata poi ampiamente esaminata dalla prospettiva dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., negata proprio sul presupposto della non decisorietà e definitività del provvedimento di rigetto (e *multis*, Cass. 10 novembre 2011, n. 23478; 23 settembre 2011, n. 19446; ord. 21 dicembre 2010, n. 25818, sez. un., ord. 7 dicembre 2006, n. 26181; 10 febbraio 2006, n. 2975; 7 ottobre 2005, n. 19643; 27 novembre 2001, n. 15018; 6 ottobre 1999, n. 11107; in contrario, solo Cass. 18 gennaio 2000, n. 474 e 26 giugno 2000, n. 8660), parlandosi di mera «preclusione di fatto» quanto al credito, alla qualità di soggetto fallibile del debitore ed allo stato d'insolvenza dello stesso (Cass., ord., 21 dicembre 2010, n. 25818; 14 ottobre 2009, n. 21834; 27 novembre 2001, n. 15018).

Ciò si è affermato, in particolare, con riguardo al provvedimento della corte d'appello che, in sede di reclamo, revoca la declaratoria di fallimento, avendo quello «valore ed effetti» non diversi dal decreto che surroga (Cass., sez. un., ord. 7 dicembre 2006, n. 26181; 18 settembre 1993, n. 9597).

È stato, quindi, da questa Corte precisato che: a) il creditore non è portatore del diritto al fallimento del proprio debitore, onde il decreto di rigetto non può essere inteso come provvedimento che nega in concreto la sussistenza di un diritto al fallimento del proprio debitore, neppure astrattamente configurabile; b) non rileva che l'iniziativa di fallimento sia stata respinta per motivi di rito, o in base all'accertamento di

circostanze di fatto od all'affermazione di principi di diritto (Cass. 23 settembre 2011, n. 19446; 27 novembre 2001, n. 15018).

Secondo tali approdi, dunque, neppure il precedente rigetto nel merito precluderebbe la presentazione di un nuovo ricorso nei medesimi sensi di quello respinto.

Circa, poi, gli effetti del giudicato fallimentare di rigetto per mere ragioni di rito, la Corte ha di recente affermato che (se il passaggio in giudicato della sentenza che revoca il fallimento per l'accertamento negativo dei suoi presupposti sostanziali osta alla emissione di una nuova pronuncia dichiarativa del fallimento dello stesso soggetto sulla base di una rivalutazione dei medesimi elementi di fatto - ma, per questa prima parte, l'affermazione è un obiter - invece) la preclusione non si verifica se la nullità della dichiarazione di fallimento sia pronunciata per vizi di natura processuale, che ha portata limitata al rapporto processuale in cui è emessa (Cass. 1° giugno 2012, n. 8863, con riguardo al vizio di convocazione del debitore).

2.3. - Reputa il Collegio che non possa risolversi la questione posta se non con riguardo alle singole circostanze del caso concreto, le quali tengano opportunamente conto delle ragioni della sentenza di rigetto o di revoca del fallimento. Orbene, ogni riflessione sul principio del *ne bis in idem* con riguardo alla riproposizione di una domanda di fallimento, già respinta con provvedimento divenuto formalmente inoppugnabile, deve cioè tenere necessariamente conto del contenuto di quel provvedimento.

Nel caso di specie, il tribunale aveva dapprima dichiarato il fallimento, dalla corte d'appello revocato in ragione della mancata comparizione del pubblico ministero all'udienza prefallimentare all'uopo fissata: onde ciò rappresentava piuttosto una (tacita) desistenza dalla richiesta.

Questa Corte ha già chiarito che la desistenza dal ricorso «determina l'adozione, da parte del tribunale fallimentare, di un decreto di archiviazione, in quanto la necessità del decreto di rigetto sussiste solo nei confronti di un'istanza che continui ad essere effettivamente coltivata e che sia ritenuta priva di fondamento» (cfr. Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834), posto che, dopo le riforme degli ultimi anni, il procedimento per la dichiarazione di fallimento «suppone, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito, che la domanda proposta dal soggetto a tanto legittimato sia mantenuta ferma, cioè non rinunciata, per tutta la durata del procedimento stesso, derivandone, quindi, che la desistenza dell'unico creditore istante intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento (...) determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca della menzionata sentenza» (Cass. 19 settembre 2013, n. 21478; ord. 11 febbraio 2011, n. 3472).

In sostanza, la desistenza consiste in una mera rinuncia (temporanea) alla decisione nel merito, provenga essa dal creditore o dal pubblico ministero: la pronuncia del giudice, in presenza della rinuncia stessa, non può essere equiparata al

rigetto che segue all'esame dell'istanza o richiesta di fallimento e dei suoi presupposti.

Pertanto se, come nel caso di specie, la sentenza di revoca del fallimento sia fondata su ragioni meramente processuali - in particolare, la mancata comparizione in udienza della parte pubblica, con conseguente comportamento concludente di rinuncia presunto a quel procedimento - non si dà alcuna preclusione alla presentazione (e coltivazione) di una nuova istanza.

La sentenza della Corte d'appello di Genova del 22 febbraio 2012, pur definendo quel procedimento con la revoca del fallimento, era quindi inidonea a pregiudicare la facoltà del pubblico ministero, che lo stesso ha inteso esercitare nel presente giudizio, di riproporre la sua richiesta.

3. - Non si provvede sulle spese di legittimità, attesa la mancata costituzione della parte intimata.

P.P.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16 aprile 2014.

Il Consigliere estensore

(Loredana Nazzicone)

*Loredana Nazzicone*

Il Presidente

(Aldo Ceccherini)

*Aldo Ceccherini*



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Oggi 18 GIU. 2014

Il Funzionario Giudiziario  
Arnaldo CASANO

*Arnaldo Casano*