



PROCURA GENERALE della Corte di cassazione

Sezione 1^a civile

Udienza del giorno 3 novembre 2020

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. , r.g. n. 7225/2016

Rel., Cons. P. Vella

La F.lli M. s.n.c. ed il socio Domenico M. proponevano ricorso in cassazione avverso la sentenza n. 1/2016 della corte d'appello di XXXX, pubblicata il 2/2/2016, che aveva rigettato il reclamo avverso la sentenza del tribunale di XXX che, in accoglimento dell'istanza depositata dalla curatela del fallimento della Ma XX srl, aveva dichiarato il fallimento in estensione della società di fatto esistente tra la predetta Ma XX srl, la F.lli M. srl, la F.lli M. s.n.c. ed i soci Domenico M. e Tommaso M..

Ricorso affidato a tre motivi.

Con il primo motivo viene censurata la sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 147 comma 4 l.fall. nella parte in cui il giudice d'appello ha ritenuto che l'istanza di estensione del fallimento del curatore non necessiti di rappresentanza tecnica.

Secondo il giudice del gravame la questione andrebbe sussunta nell'ambito della previsione dell'art. 182 comma 2 cpc con la sola conseguenza dell'obbligo del giudice di promuovere la sanatoria, e comunque il difetto di rappresentanza sarebbe stato sanato dalla corretta e regolare costituzione in giudizio in sede di reclamo.

La Corte di Cassazione, con sentenza 9 giugno 2014, n. 12947 ha affermato che il curatore non è obbligato a munirsi dell'autorizzazione del giudice delegato a stare in giudizio per promuovere il procedimento di estensione del fallimento di cui all'articolo 147, comma 4, L.F. L'articolo 25 n. 6, L.F. prescrive, infatti, l'autorizzazione allorché il curatore debba stare in giudizio "come attore o convenuto", mentre il procedimento di estensione per la dichiarazione di fallimento non è riducibile ad un processo tra parti contrapposte in cui l'istante assume la veste di attore ed il fallendo quella di convenuto, vuoi perché il legittimato all'azione non è titolare di un diritto soggettivo al fallimento del debitore, vuoi perché l'accoglimento della domanda è idoneo a dar

luogo ad un accertamento costitutivo valevole erga omnes. Inoltre, la decisione di agire o di resistere in giudizio non può più configurarsi come frutto di una scelta sostanzialmente spettante al giudice delegato, ma deve, al contrario, ritenersi una scelta del curatore, rispetto alla quale l'autorizzazione del giudice testimonia l'avvenuto controllo della legittimità (e non anche del merito) dell'iniziativa, controllo che non è necessario qualora detta iniziativa sia doverosa e la legittimazione del curatore sia già espressamente prevista dalla legge come nell'ipotesi dell'estensione del fallimento di cui all'articolo 147, comma 4, L.F.

In definitiva secondo la Corte 1) l'autorizzazione è superflua perchè essa, ai sensi della L.F., articolo 25, n. 6), è richiesta allorché il curatore debba stare in giudizio "come attore o convenuto"; 2) il procedimento per la dichiarazione di fallimento non è riducibile ad un processo fra parti contrapposte, in cui l'istante assume la veste di attore ed il fallendo quella di convenuto.

La Corte non si è quindi espressamente pronunciata sulla necessità di un'assistenza tecnica nel procedimento di estensione del fallimento proposto dal curatore ex art. 147 comma 4 l.fall., tuttavia le motivazioni addotte lasciano intendere che essa non sarebbe necessaria per la stretta correlazione tra l'autorizzazione e lo stare in giudizio "come attore o convenuto", per cui nel caso di specie, non essendo necessaria l'autorizzazione non sarebbe richiesta neppure la rappresentanza tecnica di un difensore.

Tale prospettazione non pare condivisibile.

In primo luogo non pare potersi affermare una necessaria correlazione tra autorizzazione ed assistenza tecnica nel senso che la prima sarebbe necessaria soltanto nei giudizi in cui occorre il ministero di un difensore, con la conseguenza che non essendo richiesta l'autorizzazione a stare in giudizio nel procedimento di estensione ex art. 147 comma 4 l.fall. non sarebbe neppure necessaria l'assistenza tecnica.

Il che è reso evidente, ad esempio, nell'opposizione allo stato passivo, dove per espressa previsione di legge non è necessaria l'autorizzazione del giudice, ed è pacifico che il curatore non possa stare personalmente in giudizio senza l'assistenza tecnica di un avvocato.

Quanto alla natura del giudizio l'art. 147 comma 4 l.fall. "non enuncia né per implicito presuppone alcun meccanismo di estensione automatica del fallimento del socio originario al socio occulto, ma inequivocabilmente richiede una distinta ed autonoma dichiarazione di fallimento"(v. Cass. n. 13421/2008).

Per il giudizio che si svolge davanti al Tribunale per l'estensione della dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 147 comma 4 l.fall., valgono dunque gli stessi principi e le stesse regole dettate per qualsiasi procedimento prefallimentare, come si evince pure dal richiamo all'art. 15 l.fall.

Il problema trae origine dalla mancanza, nel d.lgs. n. 5/2006 anche nella versione corretta dal d.lgs. n. 169/2007, di alcuna disposizione che espressamente preveda la

difesa tecnica nel procedimento di cui si tratta, né che ne escluda dichiaratamente la necessità.

Per cui è necessario valutare se al procedimento in esame si applichi o meno la regola generale dettata dall'art. 82 comma 3 cpc secondo cui “Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale e alla Corte di appello le parti devono stare in giudizio con il patrocinio del procuratore”.

Non appare dirimente a tal fine la scelta camerale operata dal legislatore, essendo divenuta la giurisdizione camerale una sorta di contenitore neutro nel quale possono svolgersi non soltanto questioni *inter volentes*, ma vere e proprie controversie su diritti o *status*.

Sul punto la S.C., in più occasioni, ha statuito che nei procedimenti camerali che risolvono una controversia su diritti o su status con un provvedimento quindi di carattere decisorio e suscettibile di passare in giudicato, sussiste l'*eadem ratio* della necessità inderogabile della rappresentanza tecnica, che sta alla base dell'art. 82, comma 3 c.p.c. (Cass., 27 febbraio 1989, n. 1066).

In definitiva è necessario valutare se ci si trovi dinanzi ad un procedimento contenzioso con posizioni giuridiche contrapposte che si concluda con un provvedimento idoneo a costituire cosa giudicata sostanziale, a tutti gli effetti descritti dall'art. 2909 cod. civ.

Tutti i procedimenti per la dichiarazione di fallimento si concludono, in caso di accoglimento della domanda, con un provvedimento idoneo a costituire cosa giudicata sostanziale, a tutti gli effetti descritti dall'art. 2909 cod. civ., in ordine alla sussistenza dello stato di insolvenza e dei requisiti per poter essere dichiarati falliti.

Non tutti, però, sono procedimenti camerali a parti contrapposte.

Con la conseguenza, ad esempio, che il debitore può assumere l'iniziativa che avvia il procedimento camerale diretto alla dichiarazione del proprio fallimento senza l'osservanza di peculiari formalità, né con il ministero obbligatorio del difensore, come peraltro consentito in altri procedimenti unipersonali che si svolgono in camera di consiglio (Cass. 25366/2006, 27268/2006, 6861/2013), almeno se e fino a quando la sua istanza non confligga, in ipotesi e come non emerso nella specie, con l'intervento avanti al tribunale di soggetti, portatori dell'interesse ad escludere la dichiarazione di fallimento, ciò implicando lo svolgimento di un contraddittorio qualificato, che potrebbe definire diversamente la natura contenziosa del procedimento (Cass. 20187/2017).

Il procedimento dettato dall'art. 15 l.fall. su istanza del creditore (o del curatore nel caso di specie) è invece strutturalmente configurato come un procedimento con parti contrapposte in posizione antagonista, destinato a concludersi anch'esso con un provvedimento (sentenza) idoneo ad incidere sullo *status* personale e sui diritti soggettivi della parte, idoneo a costituire cosa giudicata sostanziale, a tutti gli effetti

descritti dall'art. 2909 cod. civ., in ordine alla sussistenza dello stato di insolvenza e dei requisiti per poter essere dichiarati falliti.

L'art. 15, L. Fall. ha strutturato un procedimento per la dichiarazione di fallimento a carattere contenzioso ed a cognizione piena con trattazione in udienza in cui viene assicurato in modo completo il contraddittorio tra le parti ed il diritto di difesa, residuando comunque dei poteri d'accertamento ufficiosi da parte del giudice (Cass. 02 aprile 2012 n.5257).

Tanto vero che l'art. 15 l.fall., a differenza dell'art. 14 l.fall. (come correttamente sottolineato da Cass. 20187/2017 “i peculiari oneri processuali gravanti sul debitore, secondo l'articolazione delle attività descritte all'art.14 l.f., non solo sono eventuali, ma nemmeno integrano il contraddittorio nel senso voluto dall'art.15 l.f.”), regola in modo dettagliato le diverse fasi in cui si articola il procedimento avente ad oggetto l'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, con la previsione di istituti e atti, quali il deposito di memorie, l'articolazione di mezzi istruttori, il rispetto di termini, preordinati a garantire il diritto di difesa e il contraddittorio tra le parti, anche in considerazione degli oneri probatori gravanti su queste ultime.

L'art. 15 l.fall., a differenza dell'art. 14 l.fall., contiene il richiamo ad atti (es. deposito di memorie ed articolazione dei mezzi istruttori) e funzioni (la facoltà di deduzione e contraddittorio tra le parti) che postulano l'esigenza del difensore.

La natura di processo speciale di cognizione fra parti contrapposte attribuita dalla Corte al vigente procedimento per la dichiarazione di fallimento ex art. 15 l.fall. (v., per tutte, Cass. n. 1098/2010) ha infine, come logico corollario, la regolamentazione delle spese secondo il criterio della soccombenza e la possibile condanna dell'istante ex art. 96, comma 3, c.p.c. a seguito del rigetto della domanda di fallimento (cfr. Cass. 17078/2016 “Laddove l'istanza di fallimento venga presentata al solo fine di ottenere il più rapidamente possibile il soddisfacimento del credito e senza un previo controllo sulla situazione patrimoniale effettiva del debitore, tale fatto è suscettibile di integrare il presupposto della responsabilità aggravata e portare ad una condanna dell'istante ex art. 96, comma 3, c.p.c. a seguito del rigetto della domanda di fallimento”).

In definitiva deve ritenersi che il curatore possa assumere l'iniziativa che avvia il procedimento camerale diretto all'estensione del fallimento ex art. 147 comma 4 l.fall. con il ministero obbligatorio del difensore.

Ne consegue che nella specie, avendo il Curatore proposto la domanda di estensione del fallimento personalmente, senza ricorrere al patrocinio di un legale, ricorre la denunciata nullità di detta domanda e di tutti gli atti successivi del procedimento con l'effetto della revoca della dichiarazione di fallimento.

Pertanto, il Pubblico Ministero,

letto l'art. 380-bis.1, c.p.c.,

CHIEDE

L'accoglimento del ricorso.

Roma, 14/10/2020.

Il Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia