

Corte di Cassazione, Sez. I Civile 5 marzo 2009, n. 5294 – Pres. Carnevale – Rel. Plenteda.

**Fallimento – Disciplina transitoria di cui al d.lgs. n. 5/2006 – Interpretazione – Procedimento per dichiarazione di fallimento e procedimento di liquidazione – Distinzione – Fallimenti dichiarati successivamente alla entrata in vigore della nuova normativa – Applicazione della nuova disciplina.**

*La norma transitoria di cui all'art. 150 d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha inteso chiaramente distinguere il procedimento per dichiarazione di fallimento dalla procedura di fallimento che consegue alla sentenza dichiarativa; questa procedura, infatti, non si innesta nel procedimento avviato con la domanda di fallimento ma si apre ed inizia con la sentenza dichiarativa, la quale da un lato costituisce l'epilogo del procedimento che ha avuto inizio con il ricorso del debitore, del creditore o del pubblico ministero e dall'altro l'inizio della procedura liquidatoria. (In forza di tale principio, la S.C. ha ritenuto che il termine per l'opposizione allo stato passivo di fallimento dichiarato in seguito a ricorso presentato prima della riforma ma dichiarato successivamente fosse di trenta giorni e non di quindici). (fb)*

omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

**IL CASO.it**

Fatto

Con decreto 17 ottobre 2007 il tribunale di Bologna dichiarò inammissibile la opposizione allo stato passivo del fallimento della società P. I. s.r.l., - dichiarato il \*\*\*\* su ricorso presentato prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006 - proposta dalla società in S.S.I. Srl avverso il provvedimento di rigetto della sua istanza di insinuazione di un credito chirografario.

Ha ritenuto il tribunale contrariamente a quanto dedotto dalla istante che la legge di riforma della disciplina fallimentare trovi applicazione alla fattispecie alla luce delle considerazioni:

a) che la successione delle leggi nel tempo, regolata dall'art. 11 preleggi, in difetto di specifiche deroghe ed eccezioni, opera nel senso che il principio della immediata applicazione della sopravvenuta legge processuale si applica, dove manchi una disciplina transitoria, soltanto agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, e non su quelli anteriormente compiuti, regolati secondo il principio tempus regit actum;

b) l'art. 15 preleggi, nel porre in via gradata le regole della abrogazione espressa, della incompatibilità e della abrogazione implicita, assegna alla prima il carattere di regola fondativa della introduzione di nuove norme processuali allo scopo di liberare l'operatore da ogni onere e rischio interpretativo.

Ha aggiunto che la disciplina transitoria, nel garantire una generale o parziale ultrattività a norme abrogate, mira a risolvere i problemi connessi a tale successione, onde coordinare con gli atti posti in essere dalla legge sopravvenuta quelli compiuti sotto la precedente, garantendo unitarietà al processo. Ciò posto ha considerato che il D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 153, in quanto norma di diritto intertemporale, afferma il principio di irretroattività della nuova legge fallimentare, con le eccezioni di cui agli artt. 45, 46, 47, 151 e 152; mentre l'art. 150, è norma di diritto transitorio, in quanto individua nella ultrattività della cessata normativa la legge applicabile ai ricorsi per dichiarazione di fallimento e alle domande di concordato fallimentare pendenti alla data di entrata in vigore della nuova legge, allo scopo di evitare il concorso di discipline diverse nell'ambito della stessa procedura; con l'effetto che il ricorso per la dichiarazione di fallimento - in quanto atto introduttivo della procedura - viene individuato come quello cui riferire la scelta della legge regolatrice del conflitto da insolvenza. Ha così concluso che, una volta assegnata al ricorso introduttivo la funzione selettiva della normativa concorsuale applicabile, il fallimento in questione è soggetto alla disciplina previgente, come del resto aveva segnalato il curatore, che aveva indicato il termine di 15 giorni per l'opposizione allo stato passivo; sicchè essendo essa stata proposta

## **IL CASO.it**

oltre quel termine è divenuta inammissibile.

Propone ricorso con sette motivi illustrati da memoria la società S.S.I.; il fallimento non ha svolto difese scritte, ma ha discusso oralmente la causa nella udienza pubblica, in forza di procura speciale alla lite rilasciata dal curatore.

**Diritto**

Con il primo motivo sono denunciate violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 150, in riferimento alla L. Fall., artt. 98 e 99, nonché vizio di motivazione.

Premesso che la opposizione a stato passivo era stata proposta ritualmente, in conformità al disposto novellato della L. Fall., art. 99, osserva la ricorrente che il principio di irretroattività della legge, che non ha natura costituzionale, essendo il legislatore libero di disporre in senso contrario ove non siano contraddetti principi e valori costituzionali, non è conferente alla decisione adottata e addebita al tribunale di aver mancato di considerare, nel richiamare giurisprudenza costituzionale, peraltro estranea alla fattispecie in esame - avendo essa riguardato situazioni riferibili ad atti anteriormente compiuti - che essa considera la ipotesi di mancanza di disciplina transitoria, la quale soltanto avrebbe potuto giustificare i richiami giurisprudenziali portati a fondamento della decisione; e conclude ponendo il quesito se le procedure fallimentari dichiarate dopo il \*\*\*\*, ancorchè in accoglimento di ricorsi anteriori, debbano essere regolate dalla nuova legge entrata in vigore, con la conseguenza che siano applicabili della L. Fall., artt. 98 e 99, novellati.

Con il secondo motivo sono denunciate violazione e falsa applicazione della L. Fall., artt. 16 e 17, in riferimento al D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 150, e alla L. Fall., artt. 98 a 99.

Muove la ricorrente dal letterale disposto dell'art. 150, il quale stabilisce che le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla data di entrata in vigore della riforma siano definite secondo la legge anteriore, per rilevare che iniziando la procedura con la sentenza dichiarativa, la pendenza non possa che essere determinata da tale inizio, con la conseguenza che tutte le norme relative alla "procedura di fallimento" traggono origine e riferimento dalla sentenza, avuto anche riguardo all'espresso disposto del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 146, che definisce procedura di fallimento quella "dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura".

Ciò posto, considera che le diverse espressioni ricorsi "depositati" e procedure di fallimento "pendenti" giovino ad esprimere due differenti situazioni giuridiche anche dal punto di vista organico e delle valenze dei singoli istituti, in quanto il ricorso non comporta e non produce pendenza della procedura fallimentare nè comporta che essa penda sin dal momento del deposito del ricorso, giacchè se così fosse le due frasi e i due comandi contenuti nella norma finirebbero per dire la stessa cosa.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 11 preleggi, e D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 150, con riferimento alla L. Fall., artt. 98 e 99; nonché vizio di motivazione.

Osserva che le norme citate della legge fallimentare sono di natura processuale, alle quali deve essere applicato il principio "tempus regit actum", che comporta la immediata loro applicazione.

Con il motivo successivo analoga denuncia viene formulata con riferimento all'art. 12 preleggi, e agli artt. 3, 24 e 111 Cost..

La società ricorrente rileva che il provvedimento impugnato ha ritenuto di trarre conforto alla propria tesi dalla relazione illustrativa della riforma concorsuale, allorchè rivela la intenzione del legislatore di evitare il concorso di discipline diverse susseguentesi nel tempo compiendo l'errore di interpretare la relazione piuttosto che la norma e di disapplicare i corretti canoni ermeneutici, senza rilevare che il senso della relazione può essere quello ricavabile dai principi generali, di regolare cioè in modo uniforme le procedure compiutamente pendenti, per ricorso e sentenza dichiarativa, alla data di entrata in vigore della legge.

Osserva che alla stregua delle fondamentale canone ermeneutico di natura letterale non può al testo attribuirsi altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione; sicchè in caso di chiarezza non deve ricorrersi a criteri ermeneutici sussidiari, mentre la volontà che emerge dai lavori preparatori non può prevalere su quella che obiettivamente risulta dalla legge.

## **IL CASO.it**

Aggiunge che diversamente opinando le due ipotesi non sarebbero state divise nella frase dalla virgola e dalla parola "nonchè" e considera comunque che la relazione non dice affatto che si intende fornire impeditivo trattamento normativo alla ipotesi in cui il ricorso è

antecedente e la sentenza è successiva al \*\*\*\*.

## **IL CASO.it**

Con il quinto motivo i vizi di violazione di legge e di motivazione vengono riferiti alla L. Fall., artt. 6, 98 e 99, art. 323 c.p.c. e ss., artt. 3, 24 e 111 Cost..

Posto che le opposizioni a stato passivo, al pari della attuale impugnazione, hanno natura impugnatoria, l'applicazione alla sentenza del riferimento a procedure di fasi non contenziose ed inquisitorie, come quella del ricorso per dichiarazione di fallimento, comporterebbe la violazione di plurimi principi in quanto il creditore non istante non conosceva la data di presentazione del ricorso per fallimento, se cioè avesse preceduto o seguito il \*\*\*\*, tanto più che tale data non era rilevabile neppure dalla copia integrale della sentenza dichiarativa; senza considerare che il termine per impugnare lo stato passivo, a far tempo dalla comunicazione del provvedimento di esclusione del credito, non poteva che riguardare il provvedimento da impugnare e le norme relative a quella impugnazione. Pertanto la pretesa che un terzo potesse conoscere un termine mai precedentemente richiesto dalla normativa risulterebbe contraria ai principi che regolano la tutela del contraddittorio e contrasterebbe con le norme costituzionali in materia di giusto processo.

La violazione di legge ed il vizio di motivazione dedotti con il motivo successivo riguardano l'art. 150, più volte richiamato e la L. Fall., artt. 23 e 24, in relazione alla L. Fall., artt. 98 e 99, artt. 3, 24 e 111 Cost.. Si osserva - alla stregua di quanto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 17.388/2007 e 26.686/2006) - che è ragionevole pensare che la disposizione transitoria operi in ogni caso per i diritti e i rapporti sostanziali, al contrario di quelli processuali o perchè regolati dall'art. 150, citato ovvero dal successivo art. 153, in dipendenza dell'entrata in vigore della legge, anche al fine di evitare disparità di trattamento e garantire le regole del giusto processo.

Con l'ultimo mezzo la ricorrente propone denuncia di violazione e falsa applicazione nonché di vizio motivazionale in riferimento al citato D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 150, e L. Fall., art. 99, in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., per palese disparità di trattamento e violazione del principio del giusto processo, in assenza di norma per la riconversione del rito, normalmente riconosciuta dall'ordinamento giuridico.

Posto che il termine di 15 giorni era decorso nel momento in cui la opposizione era stata proposta, quella modificazione di rito non era possibile; circostanza che evidenzerebbe la disparità di trattamento nei confronti di chi avesse errato nel rito ma non nel termine, nel senso che avesse proposto la sua iniziativa in un arco più breve di 15 giorni.

E' infondata la eccezione formulata in occasione della discussione orale dal difensore del fallimento, per essere stato il ricorso notificato al curatore ad istanza dell'avv. \*, per conto della società ricorrente, senza esserne il difensore abilitato in forza di procura alla lite.

La notifica, ritualmente eseguita nei tempi e a mani del destinatario, trova infatti corrispondenza nel mandato conferito agli avv. \*\*, del foro rispettivamente di Modena e di Roma, rilasciato a margine del ricorso e non rileva che la richiesta all'assistente Unep addetto alla corte di appello di Bologna sia stata formulata dal predetto avvocato bolognese, avendo funzione meramente esecutiva di un adempimento di natura materiale, senza iscriversi in attività, defensionale necessariamente supportata da procura della parte del processo. Senza peraltro considerare che il raggiungimento dello scopo dell'atto ha costituito il superamento del supposto vizio.

Il ricorso merita di essere accolto.

In sintesi il provvedimento impugnato, preso atto della proposizione del ricorso per dichiarazione di fallimento in data anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. 9 gennaio del 2006, n. 5, sebbene la sentenza dichiarativa sia stata ad essa successiva, e considerato che l'art. 150, di tale decreto è norma di diritto transitorio "in quanto individua nella ultrattività della cessata normativa la legge applicabile ai ricorsi per la dichiarazione di fallimento e alle domande di concordato fallimentare pendenti alla data di entrata in vigore della nuova normativa", ha rilevato che, attraverso il combinato disposto degli art. 153, del medesimo D.Lgs. - che afferma il principio di irretroattività della nuova legge fallimentare, fatta eccezione per gli artt. 45, 46, 47, 151 e 152, conformemente al disposto dell'art. 11 preleggi - e art. 150, richiamato, avesse trovato nella specie soluzione il problema del diritto applicabile, in ipotesi di successione nel tempo delle leggi, con regole di continuità e coerenza interna che "mirano a comporre novità del procedimento altrimenti vulnerata dalla introduzione di una nuova normativa".

## **IL CASO.it**

Intento che il tribunale ha verificato attraverso il testo della relazione illustrativa dello

schema di decreto legislativo, che ha messo in evidenza come la disposizione - per la quale i ricorsi per la dichiarazione di fallimento e le domande di concordato depositate prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data sono definiti secondo la legge anteriore - tende ad evitare che un concorso di discipline diverse susseguenti si nel tempo nell'ambito della stessa procedura possa determinare difficoltà e nuocere al corretto svolgimento della procedura stessa, alle ragioni dei creditori e alle esigenze di conservazione recupero delle componenti attive dell'impresa.

### **IL CASO.it**

L'errore della decisione è nell'aver tratto dalle corrette premesse in punto di successione in generale delle leggi e della specifica normativa transitoria conseguenze di segno contrario alla mens legis e allo stesso letterale tenore delle disposizioni richiamate, per via di una impropria interpretazione degli istituti di diritto fallimentare, quali sono il ricorso per la dichiarazione di fallimento e la domanda di concordato fallimentare - e le procedure fallimentare e di concordato fallimentare.

La norma transitoria ha distinto, come opportunamente rileva il provvedimento impugnato, proprio allo scopo di evitare la sovrapposizione di discipline, il ricorso per la dichiarazione di fallimento dalla procedura di fallimento che consegue alla sentenza dichiarativa e che, dunque, non si innesta in un procedimento avviato con la domanda e che prosegue sino alla cessazione per chiusura del fallimento ovvero per concordato, ma si apre con la sentenza dichiarativa, la quale da un lato costituisce l'epilogo del procedimento avviato con il ricorso del debitore o del creditore e con la richiesta del pubblico ministero e dall'altro l'inizio della procedura liquidatoria, come è agevole riscontrare in tutto l'impianto della legge riformata (e anche di quello che ha preceduto la riforma) che fanno riferimento alla procedura come all'attività di sviluppo degli atti diretti al soddisfacimento dei creditori - e non all'accertamento della fallibilità del debitore - una volta che risulti abilitata dal provvedimento di apertura che ne segna esso solo l'avvio.

Di tanto è conferma l'intero corpo di norme fallimentari, in particolare gli artt. 25 e 31, che fanno esplicito riferimento alla procedura che segue alla dichiarazione di fallimento, non essendo concepibile la funzione di vigilanza e controllo del giudice delegato è quella di gestione del curatore di "tutte le operazioni della procedura", ove essa avesse inizio prima della loro nomina; come incomprensibile resterebbe sul piano degli effetti - che la L. Fall. artt. 42, 44, 45, 51, 55, 59, 64 - 70, 72 e ss., connettono alla dichiarazione di fallimento; e ancora più esplicitamente il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 146, sulle spese di giustizia, che definisce procedura fallimentare "la procedura dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura" - la limitazione al periodo che segue tale dichiarazione, in quanto vi sia stata, non anche a quello che la precede, al quale la procedura dovrebbe risalire, secondo il provvedimento impugnato, ai fini della identificazione del regime regolatore.

Sicché proprio nell'annullamento della scansione logica, giuridica e temporale del fallimento quale procedimento concorsuale liquidatorio, rispetto alla iniziativa che è suscettibile di produrlo, attraverso un autonomo procedimento che ad esso è estraneo, se finalizzato ad aprirlo, che si annida l'errore del giudice di merito, il quale del principio di irretroattività, correttamente inteso nella sua enunciazione, ha finito per fare cattivo uso supponendo un unicum procedimentale che faccia risalire il fallimento alla iniziativa per dichiararlo e a identificare la normativa applicabile attraverso la individuazione del momento in cui essa è esercitata.

Altrettanto erronea è la interpretazione data all'art. 150 citato, allorché manca di valutare la portata della disposizione che alla legge anteriore assegna la funzione di regolare "le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti" alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006; norma dal significato bivalente, di fornire il supporto regolatore alle procedure già pendenti ma di escluderlo per quelle successive, aperte cioè dopo tale data, affidate alla nuova legge in conformità proprio del principio di irretroattività ribadito dall'art. 153, del citato D.Lgs..

### **IL CASO.it**

Le censure mosse con i primi due motivi di ricorso vanno dunque accolte, trovando risposta positiva i quesiti all'uopo proposti, nel senso cioè che le procedure di fallimento dichiarate dopo il \*\*\*\*, ancorché in accoglimento di ricorsi presentati anteriormente, debbono essere regolate dalla nuova legge, derivando la pendenza del fallimento dalla sentenza dichiarativa. Ne deriva che le norme applicabili nella specie, in cui è stato impugnato lo stato passivo fallimentare, debbano trovare applicazione secondo il rito riformato, appalesandosi privo di

consistenza il rilievo della difesa dell'intimato fallimento, che ha prospettato una questione di legittimità costituzionale della normativa innovata, in relazione all'art. 24 Cost., a causa delle limitazioni del diritto di difesa che subirebbero le parti del sub - procedimento di formazione dello stato passivo, proiettate nella fase impugnatoria senza il passaggio del giudizio di merito e costretti a subire lo sbarramento dei temi del contendere e delle possibilità istruttorie, operato dalla natura impugnatoria del procedimento.

E' sufficiente, infatti, a disattendere la deduzione rilevare che nel procedimento di formazione dello stato passivo, per il quale la novella ha abbandonato il principio inquisitorio, il regime probatorio dei giudizi ordinari di cognizione è stato interamente omologato (L. Fall., art. 95) con la sola limitazione delle "esigenze di speditezza del procedimento" e che il giudizio di impugnazione non solo consente di dedurre eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio, ma anche di indicare e proporre mezzi di prova, precostituita e non. I successivi motivi costituiscono argomentazioni rafforzative delle stesse censure e vanno pertanto dichiarati assorbiti.

Il decreto va conclusivamente cassato, con rinvio, anche per le spese di cassazione, al tribunale di Bologna che farà applicazione del principio di diritto enunciato.

P.Q.M.

**IL CASO.it**

La Corte accoglie il ricorso; cassa il decreto impugnato e rinvia al tribunale di Bologna in diversa composizione, anche per le spese di cassazione.

Così deciso in Roma, il 29 gennaio 2009.

Depositato in Cancelleria il 5 marzo 2009