

Tribunale di Napoli, 21 aprile 2010 – Pres. Di Nosse – Est. Campese.

**Fallimento – Procedimento per dichiarazione – Fallimento in estensione del socio illimitatamente responsabile di società dichiarata fallita prima della riforma – Questione di diritto transitorio – Scelta del mezzo di impugnazione – Applicazione della nuova normativa.**

*La sentenza di fallimento pronunciata in data successiva alla entrata in vigore della riforma della legge fallimentare di cui al d.lgs. n. 5/2006 e che abbia ad oggetto l'estensione del fallimento al socio di società dichiarata fallita in data precedente alla citata riforma, deve essere resa con la forma ed il contenuto previsti dalla nuova normativa, la quale ne regolerà, pertanto, anche la fase dell'impugnazione. (fb) (riproduzione riservata)*

# IL CASO.it

omissis

## MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con sentenza del 16/24 maggio 2007, questo Tribunale, su istanza della Curatela del Fallimento di F. di C. A. & C. s.a.s. e del suo socio accomandatario C. A. depositata l'1.3.2007 e ritualmente notificata alla controparte, dichiarava il fallimento in estensione, ex art. 147 l. fall., di L. P., socio accomandante della menzionata società, dopo averne accertato l'avvenuta ingerenza nella sua gestione.

Il L. P., con citazione ritualmente notificata il 14.6.2007 al solo Curatore del proprio fallimento, proponeva opposizione, ai sensi dell'art. 18 l. fall. (nel testo, da lui ritenuto applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 5 del 2006), avverso detta pronuncia, chiedendone la revoca, assumendo, sostanzialmente: a) che la delega, rilasciatagli dall'amministratore della società poi fallita, per il compimento di operazioni presso la Banca \*, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, non poteva certamente considerarsi idonea a far ravvisare il compimento di atti di amministrazione, ma, al più, avrebbe potuto far presumere un incarico per il semplice svolgimento di attività meramente esecutive sotto la direzione dell'amministratore, espressamente consentite al socio accomandante dal secondo comma dell'art. 2320 c.c.; b) che anche il riferimento effettuato al prelievo di € 320.000,00 non poteva generare alcun dubbio in ordine alla sua posizione, trattandosi di mera operazione di cassa da lui eseguita su espresso incarico dell'amministratore della società; c) che erano rimaste mere affermazioni, sprovviste di riscontri probatori, quelle secondo cui egli avrebbe operato anche presso la \* Bank; d) che non poteva ritenersi, infine, che il suo intervento, insieme ad altre persone, quale datore di ipoteca volontaria su un proprio bene, in un atto per la concessione di un mutuo in favore della società poi fallita, potesse far ravvisare gli estremi di una sua ingerenza nell'amministrazione sociale, essendo la concessione di una garanzia atto proprio di un terzo. Rimasta contumace la Curatela opposta, il Giudice istruttore ordinava l'integrazione del contraddittorio, ex art. 102 c.p.c., nei confronti della I. s.p.a., creditrice ricorrente nel procedimento prefallimentare che aveva condotto alla dichiarazione di fallimento della F. di C. A. & C. s.a.s. e del suo socio accomandatario C. A., da considerarsi litisconsorte necessaria in questa sede.

Nel costituirsi, quest'ultima, pur resistendo alle avverse argomentazioni, si rimetteva alla valutazione del Tribunale in ordine alla formulata istanza di revoca dell'opposta sentenza.

Pertanto, disattese, per le ragioni di cui all'ordinanza del 7.4.2009, le articolate istanze, ed acquisita documentazione, all'udienza del 25.1.2010 venivano assegnati alle parti i termini di cui all'art. 190 c.p.c., all'esito dei quali la causa veniva rimessa alla decisione del Collegio.

Tanto premesso, va subito osservato, in via pregiudiziale, che nessun dubbio può sussistere in ordine alla tempestività dell'odierna opposizione ai sensi dell'art. 18 l. fall. nel testo, qui invocato *ratione temporis* dal L. P., anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 5 del 2006.

Giova considerare, in proposito, che l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento ivi disciplinata deve essere proposta, a pena di decadenza, nel termine breve di 15 giorni stabilito dalla citata norma, decorrente per il debitore - a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della decorrenza dall'affissione (cfr. Corte cost. n. 151/1980) - dalla notificazione della sentenza (o anche dalla sola comunicazione di essa per estratto, a cura del cancelliere, ai sensi dell'art. 17 legge fallim.: cfr. Cass. Sez. Un. 5104/1996 e successive conformi), e che, in mancanza di notificazione (e di comunicazione), si applica il termine di un anno dalla pubblicazione previsto dall'art. 327 c.p.c. (cfr., tra le altre, Cass. Civ. nn. 9609/1991, 6979/1991, nonché la già citata Cass. Sez. Un. 5104/1996, in motivazione).

### **IL CASO.it**

Nella specie, la sentenza di cui oggi si discute, pronunciata dal Tribunale di Napoli il 16/24 maggio 2007, risulta essere stata ritualmente notificata al fallito (in estensione) il 30/5-20.7.2007 - come agevolmente si ricava dal fascicolo fallimentare, qui certamente utilizzabile essendo pacifico in giurisprudenza che al carattere officioso ed inquisitorio del giudizio di opposizione ex art. 18 l. fall. (nel suddetto testo qui invocato dal L. P.) si riconnette il potere/dovere, per il giudice procedente, di verificare l'esistenza delle condizioni necessarie per l'apertura della procedura concorsuale (anche) sulla sola base degli atti del citato fascicolo - e da lui tempestivamente opposta il 14.6.2007 (cfr. data di notificazione dell'atto introduttivo di questo giudizio).

Ciò posto, rileva il Collegio che, sempre in via pregiudiziale, vada risolta la questione - sollevata di ufficio dal Giudice istruttore e dallo stesso specificamente sottoposta al contraddittorio delle parti - relativa "... all'ammissibilità, o meno, dell'odierna opposizione ex art. 18 l. fall. (avente ad oggetto una sentenza dichiarativa di fallimento in estensione pronunciata il 16/24.5.2007), essendosi finora manifestati su vicenda analoga, relativamente alla applicabilità, o meno, della disciplina di cui alla legge fallimentare, nel testo anteriore alla riforma ad essa apportata dal D.Lgs. n. 5/2006 (in vigore dal 16.7.2006), contrastanti orientamenti nella giurisprudenza di merito (cfr. per la soluzione positiva, Trib. Mondovì 20.7.2006; per la negativa, Trib. Mantova 11.10.2007. Entrambi i provvedimenti sono reperibili su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it))..." (cfr. ordinanza del 7.4.2009).

Orbene, giova innanzitutto evidenziare che: a) nella sentenza di cui oggi si discute, si è affermato, tra l'altro, che "...Per completezza, va osservato che - contrariamente a quanto ritenuto da una parte della dottrina, sulla scorta di una interpretazione letterale dell'art. 150 d.lgs. n. 5/2006 - sia la disciplina dell'istruttoria prefallimentare, sia la regolamentazione del fallimento in estensione, siccome dipendente, devono essere omogenee a quelle applicate al fallimento principale, per cui, ove questo sia assoggettato alla legge previgente, la medesima normativa deve applicarsi al fallimento in estensione. Ne consegue che poichè il fallimento della F. s.a.s. è stato dichiarato prima del 16.7.2006, anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, benchè chiesto e dichiarato dopo tale data deve essere regolato dalla vecchia legge, per consentire il rispetto di evidenti ragioni di coerenza ed uniformità di trattamento (in tal senso anche Trib. Mondovì 20.7.2006)..." (cfr. pag. 3-4); b) all'udienza del 25.1.2010, il difensore dell'odierno opponente, raccogliendo la riportata sollecitazione del Giudice istruttore, ha dedotto e documentato che, "... avverso la sentenza dichiarativa di fallimento del sig. L. P., è stato proposto ricorso in appello ai sensi della legge fallimentare come modificata dal D. Lgs. 5/06 e che la Corte di Appello di Napoli, con sentenza n. 2637/07, del 26.7.2007 (cfr. in atti), ha dichiarato inammissibile il gravame sul presupposto che la sentenza dovesse essere, ai sensi dell'art. 150 D.Lgs. n. 5/2006, impugnata nei modi e nelle forme di cui al precedente testo della legge fallimentare..." (cfr. verbale della citata udienza), laddove il legale della I. s.p.a. ha concluso per la inammissibilità del presente rimedio esperito da controparte, precisando, poi, nella comparsa conclusionale depositata il 16.3.2010 (cfr. amplius, pag. 3-5), che "... a nulla rileva, in contrario, la sentenza della Corte di Appello di Napoli in data 26 luglio 2007 ... in quanto era suo onere proporre gravame avverso di essa senza che, in difetto di questo, possano sostenersi inesistenti diritti quesiti afferenti il presente diverso giudizio..."

### **IL CASO.it**

Fermo quanto precede, osserva il Tribunale che è ben noto che la giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite, della Suprema Corte ha ripetutamente affermato il principio secondo il quale l'individuazione del mezzo d'impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va fatta in base alla qualificazione data dal Giudice all'azione proposta, alla controversia e alla sua decisione, con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua

esattezza, che resta sindacabile soltanto dal Giudice cui spetta la cognizione dell'impugnazione ammessa secondo il suddetto criterio (cfr. ex multis, Cass. S.U. nn. 932/1978, 4506/1978, 5096/1978, 2466/1986, 1914/1992, 3467/1994, 9287/1994, 1146/2000; Cass. Civ. nn. 3400/01, 3630/01, 23084/05, 4693/07).

A tale proposito è stato ulteriormente precisato che la qualificazione operata dal Giudice determina l'ultrattività del rito ai fini della forma del gravame (cfr. Cass. S.U. 182/1999) e che si tratta dell'unica opzione interpretativa conforme ai principi fondamentali della certezza dei rimedi impugnatori e dell'economia dell'attività processuale, evitando l'irragionevolezza di imporre di fatto all'interessato di cautelarsi proponendo due impugnazioni, nel dubbio sull'esattezza della qualificazione operata dal Giudice a quo.

### **IL CASO.it**

Il principio enunciato, che si suole definire "dell'apparenza", comporta che la scelta fra i mezzi di impugnazione astrattamente esperibili contro un provvedimento del Giudice va compiuta in base alla qualificazione dell'atto, la quale a sua volta dipende dalla qualificazione che il Giudice appresta alla domanda della parte e dai poteri che lo stesso Giudice esercita nel decidere.

Tale orientamento è stato seguito, in particolare, in riferimento alle opposizioni in materia esecutiva, ove è costante l'indirizzo di correlare il mezzo di impugnazione esperibile (diverso, secondo che si tratti di opposizioni ex art. 615 c.p.c. od ex art. 617 c.p.c.) alla qualificazione data dal Giudice alla controversia (cfr. Cass. Civ. nn. 3069/98; 9587/98; 12785/98; 10804/2000, 340/2001; 9057/2003; 9624/2003; 3404/2004).

Tale criterio è stato seguito anche in tema di controversia di lavoro, in ipotesi di opposizioni esecutive (cfr. Cass. Civ. nn. 3630/2001; 4787/2001; 9200/2001; 9292/2001), nonché in materia di opposizioni a sanzioni amministrative in cui è stato ritenuto ammissibile il ricorso per Cassazione avverso la sentenza del pretore che abbia deciso la controversia in applicazione della L. n. 689 del 1981, sul presupposto erroneo della riconducibilità del rapporto fra quelli da essa contemplati (cfr. Cass. S.U. 7.11.2000, n. 1146; Cass. S.U. n. 3599/2003).

Anche con riferimento alla materia fallimentare (cfr. Cass. Civ. nn. 17526/2003; 18013/09) si è statuito che l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale deve essere compiuta in base al principio cd. dell'apparenza, ossia con riguardo esclusivo alla qualificazione dell'azione esperita, per come essa sia stata operata dal Giudice del provvedimento stesso, ed indipendentemente della sua esattezza.

Tuttavia i principi sovraindicati non appaiono pertinenti nel presente giudizio.

Nel caso di specie, infatti, non si pone alcuna questione di qualificazione giuridica della controversia e del provvedimento emanato dal giudice, essendo indiscusso che nel caso di specie si tratti di una sentenza dichiarativa di fallimento.

In relazione a tale pronuncia il problema che sorge è quello della legge applicabile in ragione della riforma legislativa intervenuta per effetto del D. Lgs. n. 5 del 2006 come modificato dal D.Lgs. n. 169 del 2007, e ciò sia in relazione al procedimento seguito per pervenire alla pronuncia di fallimento e sia in riferimento al tipo di impugnazione da proporre avverso detta pronuncia.

Ed è, in particolare, proprio questo secondo aspetto quello che deve essere valutato ai fini della risoluzione della riportata questione pregiudiziale sollevata di ufficio dal Giudice istruttore e dal medesimo sottoposta al contraddittorio delle parti (cfr. ordinanza del 7.4.2009)

### **IL CASO.it**

A tale proposito, rileva il Tribunale che devesi necessariamente fare riferimento al principio, già ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, secondo cui in tema di impugnativa avverso la sentenza dichiarativa di fallimento depositata in data successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 5 del 2006 (cioè dopo il 16 luglio 2006), ma su ricorso depositato anteriormente, trova applicazione la nuova disciplina dell'art. 18 L. Fall., con conseguente necessità di proposizione dell'appello alla Corte di Appello (oppure, in presenza di analoga sentenza depositata dall'1 gennaio 2008, del reclamo secondo il D.Lgs. n. 169 del 2007, art. 22 che, ancora riformando la norma, ne ha esteso la portata alle procedure concorsuali pendenti) e non più dell'opposizione allo stesso Tribunale, in quanto la disposizione sulla disciplina transitoria di cui all'art. 150 del predetto D.Lgs. - norma eccezionale rispetto al principio generale della irretroattività della nuova disciplina ex art. 11 preleggi cod. civ. e dunque da interpretarsi restrittivamente - circoscrive la residua portata delle norme precedenti alla sola definizione dei ricorsi (anche se proposti prima del 16 luglio 2006) con

cui era instaurata la fase prefallimentare.

## **IL CASO.it**

Ne consegue che, aprendosi con la sentenza dichiarativa di fallimento una nuova fase del processo concorsuale, il provvedimento deve rispettare nella forma e nel contenuto il novellato disposto dell'art. 16, l. fall. e parimenti la sua impugnazione, introducendo un giudizio nuovo rispetto alla fase prefallimentare ormai definita, va proposta nella forma e secondo la disciplina riformata, costituendo la sentenza di fallimento il discrimen tra due regimi normativi (cfr. Cass. 20.3.2008, n. 7471; Cass. 24.9.2009, n. 20551).

Da tale principio discende necessariamente che, se il nuovo regime delle impugnazioni risulta applicabile alle sentenze dichiarative di fallimento emesse nella vigenza della nuova normativa fallimentare ma a seguito di un procedimento iniziato nel vigore della vecchia normativa e con applicazione quindi di quest'ultima relativamente al procedimento prefallimentare, deve a maggior ragione concludersi che il nuovo regime delle impugnazioni sia applicabile a quelle sentenze di fallimento emanate (come quella di cui oggi si discute) nel vigore della nuova normativa vigente sia al momento della loro emanazione che in pendenza del procedimento prefallimentare (cfr. Cass. 24.3.2010, n. 7152, reso proprio in fattispecie di sentenza dichiarativa di fallimento in estensione pronunciata dopo l'entrata in vigore della riforma, benchè il fallimento originario fosse regolato dalla normativa previgente).

E' evidente, allora, che, nella fattispecie de qua, trattandosi di sentenza emessa dal Tribunale di Napoli il 16/24 maggio 2007, peraltro su istanza depositata (dalla Curatela del Fallimento di F. di C. A. & C. s.a.s., nonché di C. A. in proprio quale suo socio accomandatario) l'1.3.2007, - date entrambe successive a quella (16.7.2006) di entrata in vigore del D. Lgs. n. 5/2006 - deve agevolmente concludersi che il rimedio correttamente esperibile nei suoi confronti era esclusivamente l'appello disciplinato dall'art. 18 l. fall. nel testo, da ritenersi applicabile *ratione temporis* alla luce dei riportati principi giurisprudenziali, risultante dalle modifiche ad esso apportate dal menzionato decreto legislativo.

Del tutto correttamente, dunque, ad avviso di questo Collegio, il L. P. aveva proposto il suddetto rimedio (cfr. ricorso depositato il 29.6.2007), innanzi alla Corte di Appello di Napoli, avverso la sentenza dichiarativa, ex art. 147 l. fall., del proprio fallimento, e ciò sebbene si fosse anteriormente già avvalso (con la citazione introduttiva di questo procedimento notificato alla controparte il 14.6.2007) - verosimilmente per non subire i potenziali effetti negativi dei dubbi interpretativi all'epoca vigenti sul punto - dello strumento della opposizione (da ritenersi invece inammissibile alla luce della riportata e recente giurisprudenza di legittimità) disciplinata dal testo dell'art. 18 l. fall. ante riforma del 2006: costituisce, infatti, orientamento costante della Suprema Corte (cfr. ex multis, Cass. 5.6.2007, n. 13062; Cass. S.U. 15.11.2002, n. 162) quello secondo cui la consumazione del potere di impugnazione presuppone, da un lato, l'esistenza di due impugnazioni della stessa specie, e, dall'altro, la sussistenza, al tempo della proposizione della seconda, della declaratoria d'inammissibilità della precedente, per cui non si ha consumazione del potere di impugnazione laddove il suo esercizio sia stato preceduto da un'impugnazione di diversa specie (come concretamente avvenuta nella fattispecie de qua), oppure se al momento della proposizione della seconda impugnazione non sia ancora intervenuta una declaratoria di inammissibilità e/o di improcedibilità della prima.

Ne deriva, pertanto, che, avendo scelto di introdurre due giudizi distinti (opposizione ed appello), il L. P. ha così implicitamente accettato l'alea derivante dalle loro rispettive pronunce conclusive (eventualmente assumendosi l'onere di impugnarle, laddove eventualmente a lui sfavorevoli), non potendosi, in contrario, certamente ipotizzare che la mera maggiore o minore rapidità di definizione di uno qualsiasi di essi potesse essere poi vincolante per le decisioni da adottarsi nell'altro.

## **IL CASO.it**

Il tutto non senza considerare, inoltre, che dell'odierno giudizio di opposizione è parte anche la I. s.p.a. (avendo il Giudice istruttore disposto la integrazione del contraddittorio nei suoi confronti, quale creditrice ricorrente nel procedimento prefallimentare che aveva condotto alla dichiarazione di fallimento della F. di C. A. & C. s.a.s. e del suo socio accomandatario C. A., e, come tale, da considerarsi litisconsorte necessaria in questa sede. Cfr. la costante giurisprudenza della Suprema Corte - Cass. 10.7.2001, n. 9359; Cass. 7.9.1995, n. 9407; Cass. 12.9.1992, n. 10431; Cass. 19.11.1988, n. 6257; Cass. 27.2.1980, n. 1363; Cass. 6.8.1962, n. 2412 - che ha riconosciuto la qualifica di litisconsorti necessari agli istanti del primo fallimento [di società di persone o imprenditore individuale], che poi venga esteso ad

altri soci illimitatamente responsabili, dei quali non era stato dichiarato il fallimento, ovvero ad una società ed ai suoi soci illimitatamente responsabili, quando risulti che l'impresa, della quale era stato dichiarato il fallimento, era collettiva e non individuale. [cfr. amplius, Cass. Civ. n. 10693/05]), rimasta invece estranea all'appello proposto dal L. P. ex art. 18 l. fall. nel testo risultante dalle modifiche ad esso apportate dal D.Lgs. n. 5/2006 e conclusosi con l'allegata sentenza della Corte di Appello di Napoli n. 2637/2007 (cfr. in atti): sicchè, certamente non potrebbe essere oggi opposta a detta società la sentenza da ultimo indicata, di carattere meramente processuale, ed in quanto tale idonea a produrre effetti diretti solo nel processo (d'appello) che ha definito, e così a far passare in giudicato la sentenza appellata (ove questa non fosse stata opposta o l'opposizione avverso questa proposta fosse ritenuta inammissibile), ma non anche ad imporre ad un diverso giudice (nella specie questo Tribunale) di considerare ammissibile un'opposizione che il medesimo giudice, alla luce delle riportate statuizioni della Suprema Corte nn. 7147/2008, 20551/2009 e 7152/2010 ed in piena adesione ad esse, tale non ritenga.

Ed una siffatta conclusione, del resto, appare oggi coerente anche con l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui "in tema di estensione del fallimento ai sensi dell'art. 147 legge fall., qualora, dopo la dichiarazione di fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata, si accerti l'esistenza di altro socio illimitatamente responsabile (ovvero, dopo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale, risulti l'esistenza di una società di fatto tra lo stesso imprenditore ed altro od altri soci), la successiva dichiarazione di fallimento ha natura costitutiva ed effetto ex nunc, in virtù del carattere autonomo che (pur in seno al simultaneus processus) va ad essa riconosciuta" (cfr. Cass. 23.5.2008, n. 13421, nonché, in senso sostanzialmente conforme, Cass. S.U. 7.6.2002, n. 8257).

### **IL CASO.it**

In buona sostanza, poiché il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, per contratto sociale o per previsione normativa, dà luogo ad un fallimento autonomo e non già ad una procedura concorsuale accessoria o dipendente da quello principale (il fallimento della società e quello dei soci illimitatamente responsabili danno luogo a masse distinte e nonostante l'unicità della sentenza dichiarativa rappresentano entità giuridiche diversificate, come espressamente indicato dall'art. 148 L.F.. Cfr. Cass. 1.03.2005 n. 4284), non vi è alcun motivo per assoggettare il regime di impugnazione della sentenza dichiarativa del fallimento del socio in estensione alla stessa disciplina del pregresso fallimento della società. Nelle considerazioni fin qui complessivamente svolte possono, allora, esaurirsi le ragioni della declaratoria di inammissibilità dell'odierna opposizione.

Con riferimento, da ultimo, alle spese processuali, ritiene il Collegio che sussistano giusti motivi - da individuarsi nel contrasto interpretativo originariamente manifestatosi sulla questione oggi decisa nella giurisprudenza di merito, e nella sua avvenuta risoluzione ad opera della Suprema Corte (con le citate statuizioni nn. 7471/2008, 20551/2009 e 7152/2010) solo dopo la instaurazione dell'odierna controversia - per poterle interamente compensare tra le parti.

### **PER QUESTI MOTIVI**

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sull'opposizione proposta, ai sensi dell'art. 18 l.fall., da L. P. avverso la sentenza del 16/24.5.2007, dichiarativa del proprio fallimento per estensione, ex art. 147 l. fall., di quello pronunciato in danno della F. di C. A. & C. s.a.s., dichiara inammissibile la medesima opposizione e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 21 aprile 2010.