

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 27333/2011 proposto da:

D.M.E.

- RICORRENTE -

contro

FALLIMENTO N. (OMISSIS) DI D.M.E. in persona del Curatore dott. I.A.,

- CONTRORICORRENTE -

avverso il decreto n. omissis della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositato il 26/09/2011;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza 19/7-26/9/2011, la Corte d'appello di Roma ha respinto il reclamo proposto da D.M.E. avverso la sentenza dichiarativa del fallimento di detto imprenditore individuale, resa dal Tribunale di Tivoli in data 30 giugno 2010, e condannato il reclamante alle spese del giudizio.

La Corte del merito, respinto il motivo col quale il reclamante faceva valere la nullità della sentenza per la mancata rituale costituzione del contraddittorio, ha respinto altresì gli altri motivi di reclamo, ritenendo:

1) che la contabilità della ditta, dalla quale emergeva una situazione patrimoniale e reddituale nei limiti della L. Fall., art.1, e da cui non risultavano nè il credito della H.B.E. nè di E.G., credito quest'ultimo già ammesso al passivo, era palesemente inattendibile, riferendosi il credito dell'istante alla fornitura di merci estranee all'attività dichiarata di officina meccanica, per cui si doveva concludere nel senso che il debitore svolgeva di fatto attività in un settore diverso da quello ufficialmente dichiarato;

2) che il fatto che il titolo esecutivo del creditore istante fosse *sub judice* non escludeva nè la legittimazione di questi nè la valutazione del credito portato da detto titolo, ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza;

3) che la chiusura dell'attività, il pignoramento negativo e l'omessa indicazione di cespiti attivi aggredibili di valore sufficiente a consentire il soddisfacimento dei creditori costituivano elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, idonei a provare lo stato d'insolvenza;

4) che infine non al debitore, ma solo al creditore istante ed al Pubblico Ministero è consentita la prova della chiusura di fatto dell'attività, in data antecedente alla cancellazione dal registro delle imprese.

Avverso detta pronuncia ricorre il D.M., con ricorso affidato a cinque motivi.

Si difende il solo Fallimento con controricorso.

H.B.E. non ha svolto difese.

Il Fallimento ha depositato memoria ex art.378 cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1.- Con il PRIMO MOTIVO, il ricorrente denuncia il vizio di insufficiente e contraddittoria motivazione in relazione alla sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui alla L. Fall., art. 1, come modificato dal D.Lgs. n.5 del 2006, e dal D.Lgs. n.169 del 2007.

La Corte d'appello, alla stregua della documentazione esaminata, da conto della sussistenza dei requisiti di non fallibilità, ma nel contempo ritiene detta documentazione non attendibile, per l'esistenza di un credito incerto, oggetto di valutazione giudiziale nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo con chiamata in causa del terzo, P.A., ritenuto dal D.M. unico responsabile (e vedi la dichiarazione testimoniale del direttore commerciale B.S.), ovvero il credito vantato dalla società H.B.E., e per l'esistenza del credito di EQUITANIA GERIT, avvertita obbligatoriamente dal Curatore, e nel cui credito è ricompreso non solo quanto facente capo alla ditta individuale del D.M., ma anche alla persona fisica di questi.

L'andamento altalenante dei ricavi, mai comunque vicini alla soglia di fallibilità, è la prova fondamentale della qualità di piccolo imprenditore del D.M..

1.2.- Col SECONDO MEZZO, il ricorrente si duole della violazione e/o falsa applicazione della L. Fall., art.6, come modificato dal D.Lgs. n.5 del 2006; nella specie, non è stata verificata la sussistenza della legittimazione attiva del soggetto che ha richiesto il fallimento; come chiarito in sede di inibitoria L. Fall., ex art.19, il procuratore dell'istante ha fatto riferimento alla procura in calce al decreto ingiuntivo, ma non ha prodotto il decreto nella procedura fallimentare, nè vi è stata alcuna verifica sulla legittimazione in sede prefallimentare; solo all'udienza del 7/2/2011, si è appreso che il creditore istante era stato cancellato dal registro delle imprese a far data dal 12/3/2009, ancor prima di ottenere la provvisoria esecutorietà al d.i., e non ha chiesto di essere ammesso al passivo.

Nella specie, argomenta il D.M., manca la prova dell'esistenza certa del credito, essendo questo oggetto di accertamento giudiziale, da cui la carenza della legittimazione della creditrice istante L. Fall., ex art.6.

1.3.- Col TERZO MEZZO, il ricorrente denuncia il vizio di omessa motivazione circa la legittimazione attiva della società istante per il fallimento, atteso che è risultata la cancellazione della H.B.E. a far data dal 12/3/2009, un anno prima della proposizione dell'istanza di fallimento, come provato dalla visura camerale.

1.4.- Col QUARTO MEZZO, il ricorrente denuncia il vizio di insufficiente motivazione circa l'esistenza del requisito L. Fall., ex art.5.

Il verbale di pignoramento mobiliare del 10/12/2009 attesta che l'Ufficiale Giudiziario ha trovato chiuso, ma si trattava di casa di civile abitazione con diversi interni, e la Corte territoriale non ha motivato sul punto, non essendo certo quale fosse l'interno nè è chiaro se il pignoramento sia stato tentato presso la sede sociale o il domicilio del debitore.

1.5.- Col QUINTO MEZZO, il D.M. denuncia il vizio di omessa motivazione circa l'inesistenza del requisito di cui alla L. Fall., art.1, lett. c), come modificato dal D.Lgs. n.5 del 2006, e dal D.lgs. n.169 del 2007.

L'importo vantato dal creditore istante era inferiore ad Euro 500.000,00, e tale soglia non è superata anche a sommare a detto credito quanto insinuato al passivo da Equitalia.

2.1.- In via preliminare, va esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, per carenza del mandato alle liti in calce alla copia notificata, sollevata dal Fallimento, e comunque rilevabile d'ufficio.

Detta eccezione è infondata.

Come affermato dalle pronunce 636/2007, 4619/2002, 5932/2010, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione, qualora l'originale dell'atto rechi la firma del difensore munito di procura speciale e l'autenticazione, ad opera del medesimo, della sottoscrizione della parte che la procura ha conferito, la mancanza di tale firma e dell'autenticazione nella copia notificata non determinano l'invalidità del ricorso, purchè la copia stessa contenga elementi, quali l'attestazione dell'ufficiale giudiziario che la notifica è stata eseguita ad istanza del difensore del ricorrente, idonei ad evidenziare la provenienza dell'atto dal difensore munito di mandato speciale, mentre la mancanza di tale attestazione, non consentendo di accertare l'identità della persona che ha richiesto la notifica, determina l'inammissibilità del ricorso.

Nella specie, risulta nell'originale del ricorso il mandato alle liti al difensore e risulta altresì che l'ufficiale giudiziario ha provveduto alla notifica, secondo la richiesta di detto difensore, così risultando la provenienza dell'atto notificato dal difensore munito di procura speciale.

Ciò posto, si deve ritenere fondato il TERZO MOTIVO di ricorso, da valutarsi prioritariamente rispetto agli altri, da cui l'assorbimento degli ulteriori motivi.

All'udienza camerale del 7/2/2011, la difesa del D.M. ha prodotto la visura camerale della società H.D.E. S.P.A. in liquidazione, da cui risulta la cancellazione della società dal registro delle imprese, in data 12/3/2009, e quindi in data antecedente a quella di presentazione da parte di detta società dell'istanza per il fallimento, risalente al 21/4/2010.

Ciò posto, si impongono a riguardo i seguenti rilievi:

1) il nuovo procedimento per la dichiarazione di fallimento non prevede alcuna iniziativa d'ufficio, ma dispone alla L. Fall., art.6, che l'iniziativa provenga dal debitore, da uno o più creditori o dal pubblico ministero, così prevedendosi l'iniziativa di parte, definita efficacemente dalla dottrina come "*motore essenziale*" del procedimento prefallimentare;

2) la giurisprudenza e la dottrina si sono interessate della individuazione del soggetto a cui fa riferimento la norma, quale "*creditore*", senza alcuna specificazione ulteriore, e quindi come colui che vanta un credito nei confronti dell'imprenditore, non necessariamente certo, liquido, esigibile, ma anche non ancora scaduto o condizionale, non ancora munito di titolo esecutivo, sia pure idoneo in prospettiva a giustificare un'azione esecutiva (in tali termini, la pronuncia 3472/2011), e che deve essere oggetto dell'imprescindibile delibazione incidentale del giudice fallimentare (così le pronunce 24309/2011 e, resa dalle S.U., la 1521/2013), proprio in quanto non esiste più l'iniziativa d'ufficio; la carenza della legittimazione del creditore istante, a valere non solo alla data di proposizione del ricorso, ma per tutta la durata del procedimento, determina l'arresto del procedimento stesso con pronuncia in rito di inammissibilità (così le pronunce 21834/2009 e 3472/2011);

3) nella specie, si è verificata una situazione ancor più radicale, attinente alla sussistenza della stessa figura del creditore sul piano soggettivo, atteso che, a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, avvenuta il 12/3/2009, e quindi successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n.6 del 2003, art.4, che ha attribuito a tale adempimento efficacia costitutiva, la società H.D.E. S.P.A. in liquidazione si è estinta, così rimanendo priva della capacità di agire (così tra le ultime, la pronuncia 8596/2013 e la sentenza delle S.U. 6070/2013), e quindi della idoneità soggettiva alla presentazione del ricorso per fallimento del debitore;

4) da ciò consegue che il ricorso per fallimento presentato dalla società estinta è stato in radice inidoneo a far iniziare il procedimento prefallimentare, e quindi a pervenire alla pronuncia di fallimento, dovendosi ritenere precluso l'avvio del procedimento dalla carenza ab origine della legittimazione

processuale e sostanziale dell'istante; nè il rilievo di tale carenza poteva ritenersi precluso in sede di reclamo, non essendo stato fatto valere specificamente dalla parte, che si era limitata alla produzione del certificato camerale della H.D.E, trattandosi di rilievo ufficioso, in quanto attinente alla sussistenza dell'iniziativa di parte, la sola idonea a dare impulso al procedimento, altrimenti preclusa all'ufficio.

3.1.- Conclusivamente, accolto il TERZO MOTIVO di ricorso, assorbiti gli altri, va cassata la pronuncia impugnata senza rinvio, ex art.382 cpc, comma 3, in quanto il procedimento non poteva essere iniziato, e va pertanto revocata la pronuncia dichiarativa di fallimento.

La novità e la peculiarità della questione giustificano la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

PQM

La Corte accoglie il terzo motivo, assorbiti gli altri; cassa senza rinvio la pronuncia impugnata e revoca la sentenza dichiarativa di fallimento di D.M.E.; compensa tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, il 15 maggio 2013.

Depositato in Cancelleria il 4 luglio 2013