



Tribunale di Monza
Sezione III civile - Fallimentare

RIC. N. 256/2007

SENT. N. _____

FALL. N. _____

CRON. N. _____

REP. N. _____

riunita in camera di consiglio nelle persone dei signori

Dott. Alida Paluchowski

Presidente

Dott. Cinzia Fallo

Giudice

Dott. Federico Rolfi

Giudice relatore

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento per dichiarazione di fallimento promosso su istanza depositata in data 23 novembre 2007

DA

Telegestioni WWC s.r.l., elettivamente domiciliata a Monza, via degli Zavattari, n. 1, presso lo studio dell'avv. Fabio Gerolimetto, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Gentili, come da procura generale alle liti in atti

NEI CONFRONTI DI

New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A., con sede in Cinisello Balsamo, via Finale, n. 5/7, C.F. (*omissis*) ed elettivamente domiciliata a Ghisalba (BG), via Adda, n. 14, presso lo studio del dottore commercialista dott. Corrado Torri

Il Tribunale

esaminati gli atti ed udita la relazione del Giudice Delegato;
rilevato in fatto che:

- con ricorso in data 23 novembre 2007 Telegestioni WWC s.r.l. ha chiesto dichiararsi il fallimento della New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A.;
- fissata udienza prefallimentare, il contraddittorio si è regolarmente costituito con la notifica alla parte convenuta del ricorso e del decreto di fissazione, notifica avvenuta in data 27 novembre 2007, ai sensi dell'art. 145 c.p.c.;
- la società resistente si è regolarmente costituita assistita con l'ausilio del dottore commercialista Corrado Torri, depositando memoria e documentazione;

osserva quanto segue.

- La peculiarità della vicenda in esame è costituita dal fatto che tra le medesime parti ed innanzi a questo medesimo tribunale ebbe a svolgersi un altro procedimento per dichiarazione di fallimento, rubricato al n. 397/2006, e promosso con ricorso depositato in data 16 ottobre 2006. Tale procedimento – svoltosi, pertanto, già nel vigore della versione riformata della legge fallimentare (con le rilevanti conseguenze che ci si appresta ad esporre) - si è concluso con pronuncia in data 29 novembre – 14 dicembre 2006, la quale ha respinto il ricorso, osservando che, avendo la New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A. depositato copia di una fideiussione rilasciata da idoneo istituto di credito a piena copertura del credito della Telegestioni WWC s.r.l. (fondato su una sentenza di primo grado oggetto di gravame in appello), era da escludersi che la New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A. potesse ritenersi in stato di insolvenza.
- Nel ricorso all'origine della presente decisione la Telegestioni WWC s.r.l. ha dedotto alcuni elementi che, a sua detta, dovrebbero giustificare una diversa decisione del tribunale, sintetizzabili nei termini che seguono.

- 1) Già nel precedente ricorso la Telegestioni WWC s.r.l. aveva sottolineato come la New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A., dopo essere stata posta in



liquidazione, avesse poi conferito tutti i propri beni nella società PREFGAB s.r.l., sottoscrivendo un aumento di capitale e ricevendo in cambio quote della società. Tuttavia, osserva la Telegestioni WWC s.r.l. nel suo nuovo ricorso, è ora emerso che già in data 10 novembre 2006 (e cioè ancora pendente la precedente procedura per dichiarazione di fallimento) la New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A. aveva deliberato la chiusura della liquidazione dichiarando di avere ceduto le partecipazioni acquisite con l'operazione di conferimento, e successivamente, in data 16 aprile 2007, era stata cancellata.

- 2) La Telegestioni WWC s.r.l., sempre nel precedente procedimento, aveva sottolineato come la fideiussione ottenuta dalla New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A. presentasse un errore nella indicazione del soggetto beneficiario, in quanto l'indirizzo della sede della Telegestioni WWC s.r.l. era stato indicato in Milano, via Tecla, n. 4, anziché Cinisello Balsamo, via Cantù, n. 11. La fideiussione era poi stata ridepositata nella versione corretta ma dopo il termine assegnato dal Tribunale per il deposito.
 - 3) La Telegestioni WWC s.r.l., nel corso dell'anno 2007 avrebbe reiteratamente chiesto al Tribunale di entrare in possesso della fideiussione, senza ottenere alcuna pronuncia in merito.
- Così sintetizzati i motivi addotti dalla ricorrente per argomentare il deposito di una seconda istanza di fallimento, rileva il tribunale che, in realtà, nessuno dei motivi addotti viene a costituire un vero fatto nuovo rispetto a quanto oggetto della cognizione e decisione del Tribunale nel precedente procedimento. Non la mancata autorizzazione alla consegna della fideiussione (richiesta peraltro contraria alla prassi del tribunale che anzi tende ad optare per il deposito presso un soggetto terzo), la quale peraltro nulla può avere a che vedere con le condizioni economiche della società, dipendendo dal Tribunale. Non l'errore nella indicazione del beneficiario della fideiussione, peraltro prontamente rimediato (come si è avuto modo di constatare in udienza prefallimentare, verificando gli atti del precedente procedimento), o il ritardo nel deposito della versione definitiva della fideiussione, atteso che tale ritardo è entrato nel vaglio di cui alla precedente pronuncia, senza influire sulla decisione, come peraltro appariva corretto, visto che il rilascio della fideiussione valeva in sé ad escludere uno stato di insolvenza. Non, infine, l'unico elemento di un certo peso, e cioè il fatto che la New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A., già nel corso della precedente procedura prefallimentare avesse provveduto a cedere proprie partecipazioni nella PREFGAB s.r.l., dal momento che, proprio l'indicazione del dato temporale, vale ad evidenziare che anche tale circostanza avrebbe potuto e dovuto essere dedotta nel precedente procedimento.
 - Il tribunale, quindi, deve ritenere – nonostante le deduzioni svolte dalla ricorrente in allegato al verbale di udienza – che la presente decisione debba essere adottata alla luce di elementi sostanzialmente coincidenti con quelli alla base della precedente decisione di rigetto, la quale – lo hanno puntualizzato le parti a verbale di udienza, nonostante un accenno poco chiaro nella comparsa di costituzione della New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A. – non è stata oggetto di impugnazione da parte della Telegestioni WWC s.r.l.. Ne consegue, secondo il tribunale, la necessità di doversi interrogare circa la possibilità di procedere ad una nuova decisione sulla base degli stessi elementi dedotti o deducibili nel precedente procedimento per dichiarazione di fallimento. Quesito che si traduce nel porre la questione della possibile valenza (e vincolatività) di giudicato della precedente pronuncia di rigetto. Giudicato – ammesso che si pervenga alla conclusione di applicare tale categoria ad un procedimento come quello per dichiarazione di fallimento – per di più interno, data la assoluta coincidenza di parti, conclusioni e *causa petendi* (sempre ammettendo l'applicabilità di tali parametri al procedimento ex art. 15 L.F.), e



come tale da sempre, indubitabilmente, rilevabile d'ufficio (Cass. civ., Sez. V, 15/06/2007, n.14011; Cass. civ., Sez. III, 27/03/2007, n.7500).

- Non ignora, tuttavia, il tribunale che il quesito circa la riconducibilità di effetti vincolanti di giudicato alla pronuncia che respinga l'istanza di fallimento è stato, nei decenni scorsi, reiteratamente e recisamente risolto dalla Suprema Corte in senso negativo (*e pluribus* Cass. civ. (Ord.), Sez. Unite, 07/12/2006, n. 26181; Cass. civ., Sez. I, 07/10/2005, n. 19643; Cass. civ., Sez. I, 27/11/2001, n. 15018; Cass. civ., Sez. I, 06/10/1999, n. 11107; Cass. civ., Sez. I, 18/08/1992, n. 9602). La tesi reiteratamente sostenuta dalla Cassazione – peraltro sulla scia della dottrina predominante – è che il provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento sarebbe, sì, conclusivo del procedimento, ma non conterrebbe un accertamento sull'esistenza dei presupposti della dichiarazione di fallimento, e non avrebbe, conseguentemente, carattere di definitività, né sarebbe suscettibile di incidere su diritti soggettivi. Da ciò la Suprema Corte ha desunto la possibilità per il tribunale, dopo il rigetto di una prima istanza, di dichiarare - d'ufficio o su istanza di un diverso creditore - il fallimento di una impresa sulla base della medesima situazione, ovvero sulla base di elementi sopravvenuti - preesistenti ma non dedotti, e perfino anche di una prospettazione identica a quella respinta - su istanza dello stesso creditore autore dell'istanza precedentemente respinta.
- In realtà già tale ultima ipotesi di riproponibilità non pareva condivisa da tutta la dottrina e si presentava comunque di dubbia razionalità. Quale senso avesse, infatti, la previsione di un reclamo alla Corte d'Appello, a fronte della possibilità di riproporre, *ex novo* e sulla base delle medesime ragioni, il medesimo ricorso al Tribunale, non risulta chiaro né compatibile con esigenze di prevenzione dell'utilizzo distorto del ricorso per declaratoria di fallimento, particolarmente evidente nel caso di istanze di fallimento proposte a ripetizione da parte dello stesso soggetto, con sostanziale aggiramento (ed inutilità) della pronuncia di rigetto confermativa della Corte d'Appello. Ragionevole osservare, quindi, che, nonostante la monolitica sicurezza della Suprema Corte, comunque veniva a porsi un problema di limitazione della possibilità di riproposizione dell'istanza di fallimento, ove quest'ultima provenisse dell'autore della precedente istanza poi rigettata, e non contenesse la deduzione di nuovi profili di fatto.
- L'orientamento della Cassazione aveva, in realtà, registrato una pressoché solitaria "*dissenting opinion*" costituita da Cass. civ., Sez. I, 18/01/2000, n. 474, massimata come segue: "*In tema di procedure concorsuali, il principio secondo il quale il provvedimento reso dalla corte di appello a norma dell'art. 22 legge fall. sul reclamo del creditore avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento del tribunale non è ricorribile per cassazione ex art. 111 cost. (trattandosi di provvedimento camerale privo dei caratteri della definitività e della decisorietà su diritti) non è legittimamente applicabile nel caso in cui il provvedimento stesso abbia negato, in linea di diritto, la proponibilità stessa dell'azione del creditore in ragione della qualità del soggetto debitore. (Nella specie, negando - erroneamente - ad una società cooperativa la qualità di imprenditore assoggettabile alla procedura concorsuale della liquidazione coatta ex art. 2540 c.c. per il solo fatto di aver perseguito finalità esclusivamente mutualistiche, senza svolgere attività commerciale in senso proprio). Tale pronuncia, difatti, risolve, in realtà, una controversia in materia di diritti, acquista carattere di definitività (perché fondata non già su profili fattuali suscettibili di mutevoli apprezzamenti in relazione allo stato degli atti, ma su rilievi esclusivamente di diritto), è del tutto idonea a conseguire efficacia di giudicato nei confronti di qualsiasi altro creditore non istante, ma legittimato ex art. 195 legge fall., ed è, pertanto, suscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 cost.*".
- Tale opinione – accolta parzialmente da qualche commentatore che anzi si era pronunciato per la tesi ricorribilità incondizionata ed illimitata in Cassazione – è stata



però rapidamente superata dalla restaurazione del precedente orientamento, soprattutto ad opera di Cass. civ., Sez. I, 27/11/2001, n. 15018, pronuncia che si è espressamente ed aspramente misurata con il difforme precedente, sottoponendolo a serrata critica. È stato, in particolare negato dalle più recenti decisioni che - ai fini della parziale affermazione di idoneità al giudicato della decisione di rigetto – potesse valorizzarsi la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, in quanto *“la pronuncia sull’osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi e i tempi con i quali la domanda può essere portata all’esame del giudice, ha la medesima natura dell’atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e non ha autonoma valenza di provvedimento decisorio, se di tale carattere detto atto sia privo, stante la strumentalità della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede e nei limiti in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione del merito (S.U. Cass. 3 marzo 2003, n. 3073 e 15 luglio 2003, n. 11026)”* (così, testualmente Cass. civ., Sez. I, 07/10/2005, n. 19643).

- Le ragioni di fondo che costituivano il panorama entro il quale l’orientamento della Suprema Corte veniva a muoversi erano costituite, precipuamente, dal carattere officioso e deformalizzato del procedimento per dichiarazione di fallimento. La possibilità per il tribunale di riaprire autonomamente l’istruttoria prefallimentare, anche dopo un precedente decreto di rigetto, l’operatività costante di una iniziativa officiosa per la declaratoria di fallimento, l’estrema semplicità del procedimento prefallimentare (ridotto, almeno sul piano del mero dato normativo, ad una mera facoltà di audizione dell’interessato, a conferma del predominio assoluto delle valutazioni autonome del tribunale rispetto alle difese di istante e resistente), la mancanza di una rigorosa ripartizione degli oneri probatori, costituivano, nel loro complesso, elementi più che eloquenti per negare che l’istruttoria prefallimentare investisse una pretesa del creditore qualificabile in termini di diritto soggettivo. Il procedimento prefallimentare, nella sua concezione originaria, pareva, conseguentemente, congegnato più per il soddisfacimento di un interesse pubblicistico alla declaratoria di fallimento dell’imprenditore decotto, che alla specifica soddisfazione degli eventuali interessi del ricorrente. Quest’ultimo, o meglio il suo ricorso, diveniva, di fatto, mera occasione per l’avvio del procedimento, con la conseguenza che, una volta avviata la procedura, gli interessi di cui l’istante era portatore erano destinati sostanzialmente a dissolversi od a confluire nell’interesse pubblicistico di cui il tribunale si faceva direttamente ed autonomamente portatore.
- Ad una rivisitazione dell’intera materia questo tribunale è indotto, tuttavia, da una circostanza di non poco peso, costituita dalle innovazioni apportate dapprima con il d. lgs. 5/2006, e poi con il c.d. “decreto correttivo” entrato in vigore dal 1 gennaio 2008. Riforma, quella risultante dai due testi normativi testé citati, che ha rivoluzionato l’impianto complessivo della legge fallimentare incidendo, in primo luogo, proprio sul procedimento per la dichiarazione di fallimento. Ne è scaturito un procedimento epurato dall’iniziativa officiosa (di cui la segnalazione ex art. 7, n. 2 costituisce debole surrogato), estremamente formalizzato, e caratterizzato da un tentativo (non è dato intendere quanto felicemente riuscito, considerato l’eloquente rovesciamento di prospettiva tra il meccanismo di cui alla riforma del 2006 e la versione corretta del 2007) di distribuzione tra parte istante e parte resistente degli oneri probatori relativi ai presupposti per la dichiarazione di fallimento.
- La sintesi di tali elementi è un procedimento prefallimentare ad iniziativa di parte, diffusamente disciplinato, caratterizzato da una ripartizione di oneri probatori sulle parti (pur nella permanenza di poteri istruttori officiosi ex art. 15, commi 4 e 6, L.F.). Elementi, questi, che (come percepito, sia pure dubitativamente, dalla dottrina più sensibile, all’indomani della prima riforma) dovrebbero indurre a rivedere la tesi



dell'assoluta non decisorietà della pronuncia di rigetto, e della sua non incidenza su posizioni di diritto soggettivo.

- Il nuovo meccanismo processuale della declaratoria di fallimento, infatti, ha reso il creditore ricorrente, da mero comprimario, a vero e proprio attore (in ogni senso), riconoscendogli poteri di impulso e di contributo anche decisivo all'accertamento di alcuni dei fatti costituenti presupposto fondamentale della dichiarazione di fallimento. Poteri e facoltà che sembrano potersi tradurre nell'affermazione della esistenza – nel nuovo diritto fallimentare - di un vero e proprio diritto del creditore ad ottenere la declaratoria di fallimento del debitore, in presenza dei presupposti di legge.
- Spunti in tal senso sembrano potersi ricavare proprio dall'art. 22 L.F., nella parte in cui esso menziona, tra i soggetti legittimati a reclamare il decreto di rigetto, "*il creditore ricorrente o il pubblico ministero richiedente*". Il tenore letterale della norma è chiaro nell'escludere, dall'ambito dei soggetti legittimati sia il debitore (così implicitamente suggerendo l'inesistenza di un diritto dell'imprenditore a fallire)¹ sia il pubblico ministero che non sia autore dell'istanza di fallimento, escludendo in tal modo la figura portatrice degli interessi pubblici dalla possibilità di chiedere una revisione in appello della decisione di rigetto². Ne consegue che, nel caso di istanza di fallimento proposta da un creditore, l'ambito dei soggetti legittimati al gravame è ristretto al creditore istante medesimo, il quale è unico titolare del potere di attivare il gravame (che, non si dimentichi, può concludersi con la rimessione degli atti al primo giudice per la declaratoria di fallimento). In un simile quadro, non pare al Tribunale che il creditore non possa ritenersi portatore di una specifica posizione soggettiva a conseguire la pronuncia di fallimento, e che, conseguentemente, la decisione sull'istanza di fallimento non possa ritenersi idonea a vulnerare un vero e proprio diritto, con le conseguenti ricadute sulla idoneità a costituire *inter partes* (e tra le sole parti, non rispetto a terzi) giudicato.
- Ma se così è, sembra corretto ritenere che la decisione di rigetto dell'istanza (e la decisione della Corte d'Appella confermativa del rigetto) vengano ad incidere su una posizione soggettiva del creditore ricorrente e siano destinati a fare stato nei suoi confronti, precludendo la ripresentazione del ricorso per le medesime ragioni (o per ragioni non dedotte ma deducibili nel precedente procedimento). Il che si traduce nell'affermare che il rigetto non reclamato (oppure reclamato ma confermato in Corte d'Appello) è destinato ad acquistare valenza di giudicato nei confronti del ricorrente. Non, invece, nei confronti dei terzi, rispetto ai quali l'accertamento contenuto nel decreto di rigetto non sembra destinato a fare stato (rendendo, quindi, inutili quegli accertamenti su scala nazionale circa la sussistenza di precedenti pronunce di rigetto, paventati – ed impiegati come argomento contrario alla tesi del giudicato – da Cass. civ., Sez. I, 27/11/2001, n. 15018)³. Non, parimenti, nei confronti dello stesso creditore istante il quale abbia presentare un nuovo ricorso sulla base di nuove circostanze sopravvenute rispetto alla decisione e quindi non coperte dal "dedotto e deducibile" della decisione stessa. Non, infine, nei confronti del pubblico ministero, il quale potrà sempre, se sollecitato ex art. 7 L.F., proporre autonomo ricorso anche sulla base delle medesime ragioni di quello già rigettato, giacché diversamente opinando si aprirebbe lo spazio a procedimenti per declaratoria di fallimento artatamente concordati tra ricorrente e debitore al solo scopo di addivenire al rigetto e di bloccare l'iniziativa del P.M.

¹ Profilo su cui il tribunale si limita ad ipotizzare possibili future revisioni ermeneutiche, considerata, nel caso del fallito persona fisica, la possibilità che la procedura fallimentare conduca all'esdebitazione finale.

² Né varrebbe replicare che il P.M. potrà sempre proporre autonomo ricorso, giacché tale facoltà sarà subordinata alla sussistenza di uno dei fattori di *input* dell'azione di cui all'art. 7 L.F.

³ Invocando, peraltro quel "*carattere officioso del procedimento*" che ormai non sussiste più, come visto in precedenza.



Ritiene, pertanto, il Collegio che il ricorso debba essere respinto.

Quanto alla decisione sulle spese di lite (art. 22 L.F.), osserva il Tribunale che la materia del contendere – nei suoi profili di ammissibilità - è scaturita da un parziale contrasto giurisprudenziale. Si tratta di un profilo che la stessa Suprema Corte (arg. Cass. 18 novembre 2003, n. 17424; Cass. 19 novembre 1996, n. 10100; Cass. 6 giugno 1996, n. 5275) ha ritenuto idoneo per giustificare la compensazione delle spese di lite e che peraltro nella specie appare ancora più cogente, attesa la novità di parte delle argomentazioni richiamate e la difformità della presente decisione dall'orientamento prevalente.

P.Q.M.

- 1) respinge il ricorso per dichiarazione di fallimento proposto dalla Telegestioni WWC s.r.l. nei confronti della New Ruredil Impresa Generale di Costruzioni S.p.A., con sede in Cinisello Balsamo, via Finale, n. 5/7, C.F. (*omissis*);
- 2) compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Monza, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 9 gennaio 2008.

Il Cancelliere

Il Giudice estensore
Dott. Federico Rolfi

Il Presidente
Dott. Alida Paluchowski

Depositato in Cancelleria oggi _____

Il Cancelliere