

Effetti della desistenza sulla domanda di fallimento (Considerazioni in margine a Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 33116 e Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 2019, n. 618)

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

di Lucilla Galanti

Sommario

1. La desistenza nella giurisprudenza di legittimità
2. Anteriorità dell'atto di desistenza e tempo di deposito
3. Brevi cenni sulla rinuncia alla luce del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

Due recenti pronunce di legittimità^[1] offrono lo spunto per alcune brevi considerazioni sugli effetti della desistenza dalla domanda di fallimento proposta dal creditore procedente.

Con la prima, la S.C. è intervenuta rispetto ad un caso in cui la dichiarazione di desistenza del creditore istante, che recava una data anteriore alla pronuncia di fallimento, era stata prodotta nel procedimento di reclamo: la Corte ha ritenuto sussistenti i requisiti necessari per la produzione degli effetti della rinuncia^[2].

Si è così ribadito il principio per il quale la dichiarazione di fallimento presuppone l'esistenza di una domanda attuale^[3], che deve permanere fino alla decisione, con la conseguenza di non potersi provvedere alla relativa declaratoria di fronte ad un atto di rinuncia pregresso alla pronuncia di merito^[4]. Perché

possa verificarsi l'estinzione del processo^[5], la desistenza deve essere antecedente rispetto alla dichiarazione di fallimento: seppure talvolta la giurisprudenza di merito ritenga che la rinuncia sia valida ed efficace anche se intervenuta successivamente alla sentenza^[6], la giurisprudenza di legittimità è costante nel senso contrario^[7]. Si afferma infatti che la rinuncia successiva alla dichiarazione di fallimento^[8] non sia idonea ad esplicare alcuna rilevanza preclusiva del potere decisionale già esercitato dal giudice^[9].

Per la pronuncia annotata, però, è sufficiente l'anteriorità della rinuncia in sé considerata e non anche della sua acquisizione al giudizio; infatti, se pregresso, l'atto di desistenza è considerato idoneo ad escludere la declaratoria di fallimento seppure depositato solo in fase di reclamo. A tale conclusione la giurisprudenza di legittimità era già pervenuta valorizzando il principio pienamente devolutivo del giudizio di reclamo, che consente di valorizzare per la prima volta anche circostanze non dedotte nella fase prefallimentare, purché pregresse^[10].

^[1] Si tratta di Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 33116 in *Dir. e giust.*, 3 gennaio 2019, nonché di Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 2019, n. 618 in *Dejure*.

^[2] Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 33116, cit., nella specie, ha ritenuto «presenti tutti i requisiti occorrenti perché la rinuncia del creditore all'istanza di fallimento venga a produrre i suoi effetti, per l'appunto consistenti nel far venire meno la legittimazione del medesimo».

^[3] Si afferma infatti che, «nel nuovo procedimento per la dichiarazione di fallimento, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito, è necessario che la domanda proposta dal soggetto a tanto legittimato sia mantenuta ferma, cioè non rinunciata, per tutta la durata del procedimento stesso, derivandone, quindi, che la desistenza del creditore istante, che sia intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento, pur se depositata solo in sede di reclamo avverso quest'ultima, determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca della menzionata sentenza»: Cass. civ., sez. I, 28 giugno 2017, n. 16180, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 254.

^[4] Ciò vale, ovviamente, anche in caso di rinuncia alla domanda di autofallimento; quest'ultima, «al pari della domanda del creditore» «è nella disponibilità di chi lo ha presentato, potendo il debitore anche

rinunziarvi», purché la rinuncia «intervenga prima che sia dichiarato il fallimento»: F. De Santis, *Prospettive teleologiche e problematiche processuali del giudizio di autofallimento*, in *Dir. fallim.*, 2017, 1017-1018. Un discorso analogo può farsi, con le dovute precisazioni, per il pubblico ministero. Si afferma infatti la possibilità che, «in forza delle difese del debitore e delle risultanze istruttorie assunte ad istanza delle parti o d'ufficio il quadro di riferimento si riveli differente da quanto il P.m. aveva ritenuto con la richiesta di fallimento; ed è possibile che anche il P.m. riveda le sue posizioni, convincendosi che il debitore non deve essere dichiarato fallito»; trattandosi in questo caso «di capire se il P.m. dovrà rinunciare alla richiesta di fallimento, e se a questo consegua la chiusura della procedura senza che il tribunale possa più pronunciare sul merito della proposta; o se invece il P.m. non potrà ritirare la richiesta ma limitarsi a chiedere al tribunale di pronunciare il rigetto della richiesta di fallimento, con la conseguenza che il tribunale si troverà comunque investito della questione, e, dovendo decidere nel merito, ben potrà se ne ritenga esistenti i presupposti soggettivi ed oggettivi dichiarare il fallimento del debitore»: F. Santangeli, *P.M. e fallimento*, ivi, 2017, 20.

^[5] Si mette in rilievo che «[n]el sistema attuale che si regge sulla iniziativa di parte, se viene meno questa, il tribunale, in conformità a quanto accade nel processo di cognizione, deve qualificare l'abdicazione del richiedente come una rinuncia agli atti e quindi deve emettere un provvedimento di estinzione del processo (art. 306 c.p.c.)»: v. M. Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 786.

^[6] In tal senso, v. C. App. Salerno, 30 gennaio 2016, n. 71, in *Dir. fallim.*, 2016, 1560, che ha ritenuto come la desistenza dell'unico creditore istante, sia pure intervenuta nella fase del reclamo, importi la revoca della dichiarazione di fallimento.

^[7] In una fattispecie in cui l'atto di desistenza era successivo alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, Cass. civ., sez. VI, 5 maggio 2016, n. 8980, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Fallimento*, n. 298 ha ribadito il principio per il quale è necessario che la desistenza dell'unico creditore istante intervenga anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento. Infatti, «[i]l principio della esistenza della domanda di fallimento di almeno un creditore, come condizione per la pronuncia della dichiarazione di fallimento» rende «irrilevante e priva di effetti una istanza di desistenza successiva alla dichiarazione di fallimento che attiva un procedimento governato dall'interesse pubblicistico all'equa e più efficiente soddisfazione del ceto creditorio»: Cass. civ., sez. VI, 3 agosto 2016, n. 16278, in *Dir. fallim.*, 2016, 1559. La rinuncia all'azione o desistenza del creditore istante intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento «è

irrilevante» per Cass. civ., sez. I, 28 giugno 2017, n. 16180, cit.; «non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo e, conseguentemente, la revoca della sentenza di fallimento» per Cass. civ., sez. VI, 13 settembre 2017, n. 21276, in *Dejure*; «non produce effetto» per Cass. civ., sez. VI, 20 giugno 2018, n. 16190, ivi, ove si sottolinea come «nel giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento hanno rilievo esclusivamente i fatti esistenti al momento della sua decisione, e non quelli sopravvenuti, perché la pronuncia di revoca del fallimento, cui il reclamo tende, presuppone l'acquisizione della prova che non sussistevano i presupposti per l'apertura della procedura alla stregua della situazione di fatto esistente al momento in cui essa venne aperta»; allo stesso modo, la desistenza successiva è irrilevante per Cass. civ., sez. VI, 27 ottobre 2017, n. 25688, ivi, che ha affermato l'inammissibilità del ricorso «ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1» a fronte di desistenza avvenuta «in data successiva alla dichiarazione di fallimento»; nello stesso senso dell'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 360- bis n. 1 c.p.c., v. pure Cass. civ., sez. I, 19 dicembre 2018, n. 32850, ivi; vi è infatti un «orientamento costante, secondo il quale la desistenza o rinuncia dell'unico creditore istante rilasciata in data successiva alla dichiarazione di fallimento non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo»: v. Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2018, n. 30515, ivi.

^[8] Seppure per un lasso di tempo minimo: in tal senso, v. Cass. civ., sez. VI, 14 febbraio 2018, n. 3505, in *Dejure* ove si mette in rilievo come, nel caso di specie, «dovendosi far risalire i relativi effetti alle ore 00:00 della data di pubblicazione, la pronuncia di fallimento doveva essere [...] considerata anteriore al deposito dell'atto di desistenza, necessariamente avvenuto ad un'ora successiva a quella di apertura degli uffici di cancelleria».

^[9] Infatti, «si ritiene che il ritiro del ricorso impedisca al tribunale fallimentare correttamente adito di procedere comunque *ex officio* fino al giudizio finale»: F. Santangeli, *P.M. e fallimento*, cit., 12. In particolare, «per assumere qualche rilevanza in sede di reclamo, la desistenza dell'unico creditore istante deve essere resa in data (certa) antecedente alla sentenza dichiarativa», «presumibilmente, tra la data di chiusura dell'istruttoria prefallimentare e quella del deposito e pubblicazione della sentenza»: v. G. Fauceglia, *Brevi osservazioni sulla desistenza dell'unico creditore istante in sede di reclamo avverso la sentenza di fallimento*, in *Dir. fallim.*, 2016, 1567.

^[10] Nel senso che l'atto di desistenza anteriore alla sentenza di fallimento, benché prodotto in fase di reclamo, possa considerarsi in tale giudizio, «caratterizzato da effetto devolutivo pieno, per il quale non si applicano i limiti dell'appello, di cui agli artt. 342 e 345 c.p.c.», v. Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2013, n.

21478, in *Fallimento*, 2014, 423.

Il principio per il quale l'atto di desistenza può essere prodotto per la prima volta anche in fase di reclamo non sembrerebbe altrettanto scontato per la seconda pronuncia in commento. Nel caso di specie, i creditori istanti avevano desistito dalle loro domande prima della dichiarazione di fallimento, depositando il relativo atto in sede di reclamo, e «avevano pure perso la legittimazione iniziale, dato che i loro crediti erano stati estinti per pagamento in epoca antecedente alla pronuncia della statuizione impugnata»; in tali circostanze, la Corte ha ritenuto che il «motivo - volto da una parte a rappresentare la valenza della desistenza intervenuta prima della dichiarazione di fallimento ma depositata soltanto con il reclamo, dall'altra a contestare il persistere della legittimazione dei creditori istanti - impone di valutare gli effetti provocati da una desistenza correlata al pagamento del creditore istante e avvenuta prima della sentenza di fallimento e quelli conseguenti invece a una desistenza, pur antecedente all'accertamento dell'insolvenza, non accompagnata da alcuna estinzione del debito e rappresentata solo al giudice del reclamo», rimettendo la decisione alla pubblica udienza^[11].

In effetti, la dottrina non si è mostrata pienamente concorde con l'orientamento di legittimità di cui si è dato conto. Da un lato, si è prospettato un dubbio circa la natura processuale della rinuncia^[12] e rispetto al termine per produrre la documentazione da cui risulti; in tal senso, si è ritenuto che un eventuale atto di desistenza possa esplicare efficacia preclusiva soltanto attraverso il tempestivo deposito nell'ambito del procedimento per la dichiarazione di fallimento, precedentemente alla decisione^[13]. Dall'altro, non è mancata una ricostruzione per la quale la rinuncia potrebbe avere un'efficacia ostativa alla pronuncia di fallimento soltanto quando, insieme al venir meno dell'iniziativa processuale, determini altresì un'estinzione del debito; ciò in misura tale da influire sulle soglie dimensionali di indebitamento complessivo, riflettendosi nell'inesistenza stessa dei presupposti di fallibilità^[14].

^[11] Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 2019, n. 618, cit.

^[12] In tal senso, l'istituto dell'estinzione del processo per rinuncia agli atti sarebbe incompatibile con la disciplina fallimentare, e ciò in quanto, da un lato, il creditore sarebbe «privo del potere di rinunciare agli atti, perché egli non chiede, con l'istanza di fallimento, l'accertamento del proprio diritto di credito [...]». Nel contempo non vi è soggetto che possa accettare tale ipotetica rinuncia agli atti, considerato che la

sentenza dichiarativa di fallimento produce effetti nei confronti di un numero indeterminato (e indeterminabile *a priori*) di soggetti»: E. Marinucci, *Desistenza del creditore istante in sede di istruttoria prefallimentare e richiesta di fallimento da parte del pubblico ministero su segnalazione del tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1181. Analogamente, si è ritenuta «incerta» la «riconducibilità della rinuncia all'istanza di fallimento alle regole formali e sostanziali di cui all'art. 306 c.p.c.»: M. Farina, *Brevi p>*, in *Fallimento*, 2014, 429.

^[13] Si è messo infatti in rilievo come «la mancata rituale "acquisizione", nel corso del processo di primo grado» dell'atto di rinuncia impedirebbe di ritenere «*perfezionata* alcuna fattispecie *processualmente rilevante* in grado di sottrarre al giudice la possibilità di esercitare *validamente* il proprio dovere decisorio di "merito"»: M. Farina, *Brevi p>*, *cit.*, 428; *in tal senso, si è specificato come la rinuncia «in tanto possa essere considerata (processualmente) rilevante ai fini di una eventuale invalidità della sentenza di merito comunque resa, in quanto l'atto di rinuncia medesimo abbia effettivamente avuto modo di privare il giudice del proprio dovere di decidere il merito della lite», presupponendo una «(tempestiva) iniziativa destinata a far acquisire rilevanza all'atto "stragiudiziale" di rinuncia».*

^[14] Si mette infatti in rilievo come, una volta che sia stato dato «l'atto di impulso, al tribunale è pure dato, con esso, tutto quanto necessario e sufficiente per «l'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento», quindi viene subito costituito il relativo dovere di pronunciare o - simmetricamente - negare tale dichiarazione», senza che possano acquistare importanza «eventi successivi alla proposizione del ricorso e pertinenti alla (eventuale in-)attualità del corrispondente interesse del suo autore», né che, a seguito della desistenza, possa pronunciarsi nel senso dell'estinzione o dell'improcedibilità: F. Auletta, *L'«iniziativa per la dichiarazione di fallimento» (specie del «creditore sedicente o non legittimato o rinunciante»)*, in *Fallimento*, 2010, 130 e 132. Come mette altresì in rilievo l'A., la «desistenza del creditore dev'essere ordinariamente apprezzata per la sua capacità di incidere sullo stato di decozione (*recte*: la sua manifestazione e il suo limite quantitativo di rilevanza *ex art. 15* ultimo comma), la cui attualità al tempo della sentenza di fallimento non è discutibile siccome sentenza costitutiva (di status) a carattere necessario». Nel senso che «la desistenza, di per sé, non impone al tribunale di chiudere il procedimento», v. anche E. Marinucci, *Desistenza*, *cit.*, 1180 e 1182.

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, approvato lo scorso 10 gennaio^[15], prevede una specifica disciplina per la rinuncia, che riguarda la domanda proposta ai sensi dell'art. 40 per l'accesso alla

procedura^[16]; il nuovo codice prevede infatti un procedimento unico per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, al cui interno sono destinate a confluire le diverse iniziative volte alla regolazione concordata o alla liquidazione giudiziale^[17].

Ai sensi dell'art. 43, in caso di rinuncia alla domanda di accesso alla procedura, il procedimento si estingue, con salvezza, però, della legittimazione del pubblico ministero intervenuto; sull'estinzione il tribunale provvede con decreto (che può anche contenere condanna alle spese della parte che vi ha dato causa) comunicato al pubblico ministero. Su tali basi, appaiono anche normativamente dissolti gli eventuali dubbi - se mai ancora ve ne fossero - relativi alla possibilità di pervenire all'apertura (non più del fallimento, bensì) della liquidazione giudiziale su iniziativa del pubblico ministero al quale venga segnalata l'insolvenza anche a fronte di una pregressa rinuncia alla domanda di accesso alla procedura^[18].

In questa direzione, d'altra parte, si erano già poste le Sezioni Unite, precisando che alla dichiarazione di fallimento si può pervenire su istanza del pubblico ministero, a fronte della segnalazione di insolvenza da parte del tribunale che ne ravvisi gli estremi, quand'anche la rinuncia alla domanda da parte dei creditori abbia determinato la chiusura della fase prefallimentare senza decisione sul merito^[19].

^[15] Come si legge nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2019, n. 37, in <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-37/10687>, in tale data è stato approvato «in esame definitivo, un decreto legislativo che, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, introduce il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza». Il testo, nell'ultima versione licenziata, è reperibile in *Il fallimentarista*.

^[16] L'art. 43, rubricato «Rinuncia alla domanda», prevede che «[i]n caso di rinuncia alla domanda di cui all'articolo 40 il procedimento si estingue. E' fatta salva la legittimazione del pubblico ministero intervenuto» (comma 1); «[s]ull'estinzione il tribunale provvede con decreto e, nel dichiarare l'estinzione, può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese. Il decreto è comunicato al pubblico ministero» (comma 2); «[q]uando la domanda è stata iscritta nel registro delle imprese, il cancelliere comunica immediatamente il decreto di estinzione al medesimo registro per la sua iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo» (comma 3).

^[17] Tra i principi processuali, all'art. 7 vi è quello di trattazione unitaria delle domande di regolazione della

crisi o dell'insolvenza, in via d'urgenza e in un unico procedimento, anche tramite riunione delle domande sopravvenute. Il codice disciplina infatti un procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con «una *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti, attraverso la creazione di un contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative fondate sulla prospettazione - e miranti alla regolazione - della crisi e dell'insolvenza del debitore»: I. Pagni, *Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio - B. Sassani, 2016, 363; cfr. Id., *I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Caso*, 2016, 3.

^[18] Ai sensi dell'art. 38, infatti, il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza (comma 1) e l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero (comma 2); senza, dunque, più contenere alcun tipo di delimitazione al tipo di procedimento.

^[19] Le Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., 18 aprile 2013, n. 9409, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1170 ss.), intervenute a valutare la «questione concernente la legittimità di una dichiarazione di fallimento intervenuta a seguito di istanza del P.M., sollecitato a valutare l'eventuale sussistenza di uno stato di insolvenza dell'imprenditore da parte del tribunale, all'esito del procedimento per la dichiarazione di fallimento dello stesso imprenditore, definitosi con decisione liberatoria per il debitore a seguito di desistenza del creditore istante», hanno statuito come la formulazione generale dell'art. 6 l. fall., che riconduce il potere di iniziativa del P.M. alla segnalazione «senza la previsione di eccezioni e limiti di sorta, non consente [...] di escludere dalla relativa previsione le eventuali segnalazioni effettuate nell'ambito di procedure fallimentari». Su tali basi si è affermato che, tra i procedimenti civili dai quali può emergere lo stato di insolvenza, sia da annoverare anche quello prefallimentare, rispetto al quale può esserci una richiesta di fallimento del P.M. in conseguenza della segnalazione di insolvenza pure nei casi di rinuncia al ricorso per la dichiarazione di fallimento dei creditori istanti. In tal senso, la soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio risulterebbe «bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso all'istanza di fallimento su segnalazione [...] anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti»: F. Cordopatri, *Osservazioni sull'art. 15 della legge fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 303 ss., in part. nota 95. Sul punto v. anche F. Rolfi, *L'insolvenza non è "una questione privata": le Sezioni Unite e la segnalazione di insolvenza al P.M. da parte del tribunale fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2014, 80. Analoghi principi valgono anche in caso di autofallimento: infatti, «[r]esta ferma, in caso di rinuncia alla domanda di autofallimento, il potere-dovere del tribunale di trasmettere, se ne ritiene gli estremi, la segnalazione dell'insolvenza al

pubblico ministero»: F. De Santis, *Prospettive*, cit., 1017.

<https://www.diritto.it/effetti-della-desistenza-sulla-domanda-di-fallimento-considerazioni-in-margine-a-cass-civ-sez-vi-21-dicembre-2018-n-33116-e-cass-civ-sez-i-14-gennaio-2019-n-618/>