SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONE I CIVILE
Sentenza 28 maggio 2010, n. 13086

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Cuneo, in accoglimento del ricorso proposto con atto 25 maggio 2007 dalla società Fredo s.p.a., con sentenza 17 settembre 2007 ha dichiarato il fallimento della s.a.s. Alto 1 di Gullino Roberto e di G.R. in qualità di socio accomandatario.
Questi ultimi, con appello proposto innanzi alla Corte d'appello di Torino, ne hanno chiesto la revoca ascrivendo al Tribunale fallimentare triplice errore 1.- per aver ritenuto che gravasse a loro carico la prova della qualità di piccolo imprenditore, causa impeditiva dell'apertura della procedura concorsuale; 2.- per non aver ritenuto dimostrata suddetta qualità, seppur documentata in atti; 3.-per non aver rilevato che alla data del fallimento la società aveva cessato la sua attività da oltre un anno.
La Corte territoriale, con sentenza depositata il 4 aprile 2008, ha respinto il gravame sostenendo, per quel che ancora rileva, che:
1. - l'imprenditore destinatario dell'istanza di fallimento è espressamente onerato della prova della sua qualità di piccolo imprenditore dal dettato dell'art. 1, L. Fall. nel testo modificato dal D.Lgs. n. 169 del 2007, immediatamente applicabile nel caso di specie a norma dell'art. 22 del menzionato Decreto;
2.- dal momento che la documentazione acquisita agli atti dimostra un ammontare complessivo dei debiti di Euro 500.000,00, i limiti dimensionali necessariamente congiunti, postulati dalla L. Fall., art. 1, comma 2, risultano superati.
Avverso questa decisione sia la società Alto 1 che il G. hanno proposto il presente ricorso per cassazione in base a due mezzi resistiti dal creditore istante s.p.a. Fredo. Gli altri intimati non hanno spiegato difesa. I ricorrenti hanno infine depositato memoria difensiva a mente dell'art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 169 del 2007, art. 22 e del R.D. n. 267 del 1942, art. 1 e si conclude con quesito di diritto con cui si chiede se la rubricata norma transitoria si applichi alle procedure di fallimento ancora pendenti in fase istruttoria alla data del 1 gennaio 2008, in cui è entrato in vigore il decreto correttivo, ovvero se disciplini anche le procedure pendenti in fase di gravame. Deduce a sostegno che poichè la locuzione "procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti" si riferisce alla fase istruttoria, il dettato normativo novellato si applica alle procedure per le quali, alla data indicata del 1 gennaio 2008, la richiesta di fallimento non sia stata ancora definita con relativa sentenza.
Il resistente replica che la nozione "procedimento" si riferisce a tutti gli atti del giudizio, e non solo alla fase prefallimentare. Il motivo è infondato.
Questa Corte con sentenza n. 23043/2009 ha sostenuto, con esegesi pienamente condivisa alla quale s'intende dare continuità, che secondo il regime transitorio previsto dal D.Lgs. n. 169 del 2007, art. 22 le disposizioni normative riformate dal cd. correttivo si applicano non solo alla fase prefallimentare, in cui si svolge l'istruttoria e che si conclude con la sentenza di fallimento ovvero col rigetto del ricorso, ma anche alle fasi che si innestano nell'alveo della procedura già dichiarata.
Il giudizio d'impugnazione avverso la sentenza di fallimento pendente alla data del 1 gennaio 2008 è perciò regolato secondo il novellato regime, sia processuale che sostanziale.
Per quel che rileva in questa sede .si deve osservare che il nodo controverso in appello ha riguardato la distribuzione dell'onere della prova in sede d'istruttoria prefallimentare circa la sussistenza dei requisiti che, vigente il D.Lgs. n. 5 del 2006, avrebbero consentito d'attribuire alla società debitrice l'eccepita qualità di piccolo imprenditore, con conseguente esenzione dal fallimento. La ricorrente, rilevato che il creditore istante, a suo avviso gravato dal suddetto onere, non aveva provato la sua fallibilità, melius che essa non fosse piccolo imprenditore, ha chiesto la revoca della declaratoria di fallimento.
La tesi propugnata in questi termini era ed è sicuramente errata.

Secondo il disposto dell'art. 1, comma 2, L. Fall. modificato dal Decreto correttivo n. 69 del 2007 non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al comma 1 - che esercitano attività commerciale esclusi gli enti pubblici - i quali dimostrino il possesso congiunto dei requisiti indicati riguardanti i limiti dimensionali dell'impresa.
La disposizione, chiaramente privilegiando il criterio quantitativo rispetto a quello per categorie, ha posto termine al dibattito esegetico sorto circa la sopravvivenza in ambito concorsuale della nozione di piccolo imprenditore avendo eliminato qualsiasi spazio di applicabilità al sistema concorsuale di tale ultima figura attraverso la fissazione di limiti quantitativi entro i quali l'attività dell'imprenditore - nozione correttamente preferita a quella oggettiva dell'impresa, pur valorizzata dall'intero impianto della riforma, che, come rileva la dottrina, non rappresenta un soggetto ma qualifica l'attività esercitata dal soggetto che opera professionalmente in campo economico - deve rientrare per essere sottratta al fallimento, nell'ottica della fissazione di un limite di utilità economica dell'apertura della procedura. Ciò addebitando nel contempo al debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento, ma senza più la possibilità di ricorrere al criterio sancito nella norma sostanziale contenuta nell'art. 2083 c.c. il cui richiamo nel disposto dell'art. 2221 c.c. che consacra l'immanenza dello statuto dell'imprenditore commerciale al sistema dell'insolvenza salvo le esenzioni ivi previste, non spiega alcuna rilevanza in quanto il regime concorsuale ha tratteggiato la figura dell'"imprenditore fallibile"affidandola in via esclusiva agli introdotti - prestabiliti ed univoci - parametri soggettivi i quali prescindono del tutto dal parametro della prevalenza del lavoro personale rispetto all'organizzazione aziendale fondata sul capitale e l'altrui lavoro, canonizzato nel regime civilistico.
Il riscontro, a mò di corollario, è dato non tanto dal fatto che la società commerciale, che per sua stessa definizione non può qualificarsi piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c. può essere esente dal fallimento se non raggiunge i parametri dimensionali indicati nell'art. 1, quanto piuttosto dalla circostanza che, in senso speculare ma inverso, l'imprenditore individuale che esercita l'attività commerciale nelle condizioni postulate dall'art. 2083 c.c. nondimeno non si giova di tale condizione, che pur ha efficacia scriminante secondo il disposto dell'art. 2221 c.c. poichè sarà comunque dichiarate fallito se non dimostra di non aver superato i limiti dimensionali anzidetti.
La relazione illustrativa del decreto correttivo è chiara in proposito, laddove afferma che la riforma ha il fine di delimitare l'area dei soggetti non fallibili e di superare i contrasti interpretativi sorti circa l'individuazione e la qualificazione cella nozione di piccolo imprenditore - art. 2083 c.c. e d'imprenditore non piccolo - art. 1, L. Fall., sostituendola con la previsione di requisiti dimensionali massimi che esonerano l'imprenditore dal fallimento. Il dato, che la ricorrente ha invocato ed ha continuato a postulare, seppur peraltro senza assumerne l'avvenuta dimostrazione, è pertanto del tutto irrilevante. La norma citata, espressamente onerando l'imprenditore della prova della non fallibilità, da taluno qualificata eccezione in senso stretto, gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto delle soglie dimensionali prescritte, ha inoltre consacrato esegesi già accredita nel previgente regime fondata sul principio cd. della prossimità della prova - Cass. n. 2001/13533 e sul suo solco nn. 17874/2007, 9439/2008, secondo cui il debitore era tenuto a dimostrare le condizioni che ne escludessero la fallibilità, essendo egli nella disponibilità dei dati all'uopo utilizzabili. Il creditore, di contro, ha l'onere di provarne la qualità d'imprenditore, e di dare la dimostrazione della sussistenza del proprio credito - Cass. n. 11309/2009. Ciò senza tuttavia necessariamente escludere spazi residuali di verifica officiosa da parte del Tribunale fallimentare che ai sensi dell'art. 15, comma 6, L. Fall., (cfr. Corte Cost. n. 198/2009) può assumere informazioni urgenti utili al completamento del bagaglio istruttorio e non esclusivamente strumentali alla sola adozione di eventuale misura cautelare ai sensi dell'art. 15, comma 4 in coerenza con la natura del procedimento, che, come affermato in dottrina, essendo espressione di giurisdizione oggettiva in quanto incide su diritti soggettivi consacrandone il potere dispositivo delle parti ma nel contempo tutela interessi di carattere generale, ha attenuato, ma senza eliminarlo, il suo precipuo carattere inquisitorio.

La doglianza, coltivata dalla ricorrente su assunto contrario infondato ed ormai superato, è pertanto priva di fondamento.
L'approdo censurato ha fatto buon governo dell'esegesi richiamata, in quanto la Corte territoriale, rilevato che la documentazione acquisita agli atti dimostrava un ammontare complessivo dei debiti di Euro 500.000,00, ha riscontrato il superamento dei limiti, necessariamente congiunti, postulaci dall'art. 1, comma 2, L. Fall. ed ha pertanto escluso l'invocata esenzione dal fallimento. Al quesito di diritto deve pertanto rispondersi che, secondo il regime transitorio previsto dal D.Lgs. n. 169 del 2007, art. 22 le disposizioni sia processuali che sostanziali riformate dal decreto correttivo si applicano non solo alla fase prefallimentare ma anche al giudizio d'impugnazione avverso la sentenza di fallimento pendente alla data del 1 gennaio 2008.
Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 15, L. Fall. e si conclude con quesito di diritto con cui si chiede se tale norma, laddove esclude che possa farsi luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia inferiore ad Euro 30.000,00, precludesse nel caso di specie la declaratoria di fallimento in quanto il credito dell'istante era inferiore a tale soglia. Il motivo appare inammissibile. Recupera per un verso il criterio introdotto nel testo dell'art. 15, L. Fall. riformato dal D.Lgs n. 169 del 2007 di cui ha nel precedente mezzo ha contestato l'applicabilità. Per altro verso, introduce questione di fatto neppure dedotta in sede di merito.
Tutto ciò premesso, il ricorso deve essere respinto, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

LA CORTE rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi Euro 2.200,00 di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge.