

L'ISTRUTTORIA PREFALLIMENTARE E I PRESUPPOSTI PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO¹

Introduzione.

La disciplina previgente.

La legge fallimentare del 1942 dettava una **scarna disciplina dell'istruttoria prefallimentare**, preoccupandosi piuttosto di regolare compiutamente gli effetti che la sentenza produceva nei confronti del fallito e dei terzi. Lo scopo della dichiarazione di fallimento delineato dal legislatore del 1942 era quello di eliminare *“una pianta malata nell'hortus dell'economia”*; obiettivo da realizzarsi non tanto a tutela degli interessi del singolo creditore o dello stesso debitore, ma soprattutto dell'interesse pubblico di tutto il ceto creditorio e dell'intera collettività economica. Si era ritenuto, in altri termini, che il permanere sul mercato di una impresa insolvente generasse gravi perturbamenti nell'economia, potendo creare grave nocumento, proprio a causa della difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni, anche alle altre imprese con le quali continua ad intrattenere rapporti, le quali ben presto potrebbero trovarsi nelle sue stesse condizioni. **Tale obiettivo di cancellazione dell'impresa decotta dal mercato è stato processualmente garantito attraverso una sommarizzazione del procedimento di accertamento prefallimentare** al precipuo scopo di limitare i danni che quel soggetto economico ha prodotto, realizzando nello stesso tempo l'obiettivo di soddisfare tutti i creditori con la liquidazione dell'attivo, nel rispetto della par condicio. Da qui **l'assenza di forme procedurali complesse e la cd. cameralizzazione del procedimento**, caratterizzato da una evidente **natura sommaria**.

Giurisprudenza e dottrina si sono poi avvertite via via della necessità – imposta direttamente dall'art. 24 Cost. e successivamente dall'introduzione dell'art. 111 Cost. - che **la celerità del procedimento non pregiudicasse in toto il diritto di difesa**, che, compatibilmente con la funzione e la struttura del procedimento, doveva essere comunque garantito, pur non dovendo essere d'intralcio alla rapidità della decisione. **La prassi dei tribunali** si è così mossa proprio tra esigenze di rapida definizione del procedimento e necessità di garantire comunque la difesa del soggetto attinto dall'istanza, mirando a raggiungere il corretto equilibrio tra le due contrapposte istanze. Quest'evoluzione tutta giurisprudenziale, consacrata in alcune note sentenze della Corte Costituzionale spiega **l'evoluzione in senso contenzioso del procedimento prefallimentare**.

In questo quadro sommariamente abbozzato occorre inserire **la riforma della legge fallimentare**, con la quale l'Italia, unico tra i grandi Paesi europei, invece che ricomporre in uno schema unitario i molteplici modelli di procedura (giudiziali, come il fallimento ovvero misti, come la amm. straordinaria della Prodi-bis, oltre che amministrativi, come la Marzano e le liquidazioni coatte, nemmeno sfiorate), ha ritenuto preferibile **intervenire sul modello base, riconoscendo rilievo ai tentativi**

1 Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione *La Riforma fallimentare: presupposti per la dichiarazione di fallimento e istruttoria prefallimentare*, tenuta al corso di formazione decentrata del C.S.M., distretto di Catania, il 27 ottobre 2006.

di accordo preventivo fra debitore e creditori (varando con il d.l. 35/05 il nuovo concordato preventivo - 182bis - e il piano attestato di risanamento con l'art. 67 co. 3 lett.d) **e riducendo in modo drastico l'area della fallibilità** attraverso limiti oggettivi alla dichiarazione di fallimento (il limite dei 25000 euro ex art. 15 l.f.) e limitazioni soggettive all'area della fallibilità legate alla rideterminazione dei parametri di individuazione del piccolo imprenditore (art. 1 l.f.). Tali novità, se ricollegate alla riduzione del controllo giurisdizionale e allo speculare centralità del ruolo assunto dal curatore e dal comitato dei creditori, permettono di convenire con chi ha rilevato che "l'ideologia che viene rincorsa è quella per la quale i privati sono meglio in grado di organizzare la gestione e la regolazione della crisi perchè sono i veri interessati e i veri "specialisti"², sicchè l'effetto complessivo perseguito è stato quello di deviare l'assetto della governance dal tandem curatore fallimentare\g.d. ad un nuovo gestore qualificato, cioè il curatore fallimentare, sottoposto però, nella sua veste di p.u. al potere più interdittivo che propositivo del comitato dei creditori³. Per tali motivi non ci si può esimere dal rilevare come tale obiettivo evidentemente iperliberista sia stato perseguito dimenticando però che il fallimento non è il terreno della collaborazione tra i creditori, ma è l'arena dove i creditori agiscono in modo spesso conflittuale e frammentario e dove conseguentemente non avrebbe ragione di esistere un giudice spogliato da reali poteri di gestione della crisi tramite reali, efficaci ambiti di intervento, mediazione e decisione, pena il riconoscimento che la composizione di tali conflitti endogeni alla procedura possa anzi debba trovare ovvero troverà un'autonoma soluzione nell'alveo della responsabilità civile e della valorizzazione dei profili risarcitori⁴.

Ambito soggettivo

Ai sensi dell'art. 1 l.f. sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo **gli imprenditori che esercitano attività commerciale, ad eccezione degli enti pubblici e dei piccoli imprenditori.** Più specificamente sarà fallibile l'imprenditore commerciale non piccolo né di grandi dimensioni – in quest'ultimo caso, invero, opererà la legge 270\1999, così come per banche, assicurazioni e le cd. imprese sociali opereranno la speciale procedura della l.c.a. (ad eccezione delle cooperative a mutualità prevalente che esercitino attività commerciale per le quali le due procedure continuano a concorrere alternativamente) -.

Il riferimento alla fallibilità del solo imprenditore commerciale ci conferma in primo luogo l'esclusione dell'imprenditore agricolo dalla disciplina del fallimento: esclusione - avversata nel progetto del ministero di giustizia - che appare ben poco comprensibile soprattutto alla luce delle previsioni comunitarie in materia (v. punto 9 dei considerando del Regolamento UE n. 1346\2000), del notevole ampliamento legislativo operato negli ultimi anni di tale categoria imprenditoriale (si veda il nuovo testo dell'art. 2135 cc, come modificato dall'art. 1 D. L.vo 18.5.2001 n. 228, che parifica a quello agricolo l'imprenditore ittico) e dell'inesistenza di una ragione

² M. Ferro, *Avvio delle procedure e istruttoria, fallimenti tardivi, Nuovo diritto delle società*, 2006, fascicolo marzo\aprile, pp. 17 ss..

³ M. Fabiani, *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, Foro It., 2006, V, pp. 173 ss.

⁴ M. Fabiani, nota a Corte Cost. 14.11.2005, *Foro It.*, 2006, I, 654.

plausibile che giustifichi siffatto privilegio, non essendo sostenibile che per esso difetterebbe il cd. doppio rischio di impresa (tant'è vero che la Commissione Trevisanato aveva escluso tale esenzione).

Il piccolo imprenditore, ovvero ancora alla ricerca di un personaggio senza autore.

Ma sicuramente il segno che connota maggiormente la riforma sotto il profilo soggettivo è il cd. **ampliamento dell'area della non fallibilità** realizzato attraverso **la ridefinizione quantitativa della nozione di piccolo imprenditore** tramite la determinazione di limiti dimensionali delle imprese esentate dal fallimento e l'affermazione dell'irrelevanza (sotto il profilo qualitativo) a tali fini della natura collettiva o individuale della impresa piccola.

In primo luogo, quanto **alla scomparsa della presunzione iure et de iure di non piccola dimensione delle società commerciali**: è noto che l'art.1, 2° comma, vecchio testo precludeva alle società commerciali la facoltà di essere ricondotte alla categoria dei "piccoli imprenditori", con conseguente assoggettamento automatico al fallimento delle società per azioni, delle società a responsabilità limitata e delle società in accomandita per azioni insolventi, indipendentemente dalla loro struttura organizzativa ed economico-finanziaria; esclusione che aveva dato luogo a notevoli contrasti interpretativi atteso che le piccole società commerciali erano così sospese nella "irragionevole alternativa del tutto o nulla" e cioè tra imprese assolutamente soggette al fallimento e quelle pregiudizialmente escluse⁵.

Venendo alla posizione del piccolo imprenditore è ben nota a tutti - per non essere ripetuta, ma solo accennata - la questione che ha nei decenni affaticato per primo il legislatore e parallelamente la dottrina, i giudici e la Corte Costituzionale.

La defatigante ricerca del piccolo imprenditore ha infatti negli anni dovuto superare: lo scilla e cariddi del rapporto tra la disciplina speciale della l.f. e la previsione codicistica dell'art. 2083 c.c., la riforma tributaria del 1973 che ha reso impraticabile il riferimento al solo parametro fiscale del reddito inferiore al minimo imponibile e inadeguato, a causa della svalutazione monetaria, il riferimento al criterio sussidiario dell'ammontare del capitale investito, la pronuncia della Corte Costituzionale n. 570 del 1989 che cancellò il rif. legislativo alle 900.000 lire e l'approdo al criterio codicistico della prevalenza del lavoro proprio e dei propri familiari su quello altrui; infine, il raffronto con i connessi problemi della fallibilità dell'imprenditore artigiano - ricaduto nelle maglie dell'applicazione dell'art. 2083 c.c., attesa la ritenuta dichiaratività dell'iscrizione all'albo degli artigiani della CCIAA funzionale alla sola attivazione delle provvidenze speciali per il settore - e della non fallibilità delle piccole società commerciali, sempre più revocata in dubbio e problematicamente vissuta dall'esperienza giurisprudenziale attraverso l'applicazione analogica dell'art. 2083 c.c. e l'interpretazione abrogatrice dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 1 l.f..

⁵ F. Aprile, *Presupposti soggettivi: accessi a maglie strette*, Nuovo diritto delle società, 2006, fascicolo marzo/aprile, p. 12, nonché id., *Società artigiana e fallimento: percorrendo antichi e nuovi sentieri esegetici tra provocazioni e suggestioni giurisprudenziali*, Giur. Comm., 2004, I, pp 1019 ss.

Ora **quanto all'imprenditore artigiano**, il nuovo testo dell'art. 1 LF è destinato ineluttabilmente a porre fine a tutte le questioni sulla effettiva natura artigianale dell'attività svolta e sulla conseguente esenzione de iure al fallimento di tale imprenditore (pur se collettivo): in tal senso si può condividere il rilievo di chi ha parlato di **neutralizzazione della questione di collocazione dell'imprenditore artigiano**⁶.

Il travaglio interpretativo sommariamente abbozzato rende chiaro - in una prospettiva diacronica - il perché si sia oggi ritenuto di traghettare il sistema concorsuale verso una **unica ed unitaria definizione speciale** di piccolo imprenditore: in tal senso il riformatore ha inteso segnare una linea di demarcazione dell'area della fallibilità affidata alla "dimensione aziendale" quale parametro di individuazione della *dimensione dell'insolvenza rilevante*⁷. La disposizione del secondo comma del novellato art. 1 LF (*" Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente,..."*) sembrerebbe indicare abbastanza chiaramente che **qualsiasi impresa che non superi le due soglie specificate ai nn. a) e b) di detta norma, fosse anche una SpA, non potrà essere dichiarata fallita**⁸. Abbiamo così oggi una **nozione giuridica unitaria della piccola impresa esonerata dal fallimento e ancorata** ad un **doppio limite dimensionale**, non cumulativo, ma **alternativo**, fondato su dati oggettivi del valore del capitale investito nell'azienda (che dovrà essere non superiore ad euro 300.000) ovvero di ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore (che non dovranno essere superiori a euro 200.000 annui).

La Relazione ha ritenuto l'idoneità e la sufficienza di questi due criteri alternativi onde accertare l'effettiva consistenza dell'impresa e del patrimonio aziendale,

⁶ M. Fabiani, op. loc. cit..

⁷ Nigro – Sandulli, *La riforma della Legge fallimentare*, Torino, 2006, pp. 6 ss..

⁸ Si legge nella Rel. Introduttiva: *"Nell'ambito della discussione incentrata sul requisito "dimensionale" del piccolo imprenditore commerciale esonerato dal fallimento, è stata prospettata la possibilità di applicare diversi criteri di riferimento: il capitale investito; il numero di dipendenti impiegato dall'imprenditore; il totale dell'attivo di impresa; l'ammontare dell'indebitamento complessivo, un criterio "misto", che faccia riferimento al patrimonio investito, salvo che l'impresa non abbia conseguito una soglia minima di utili; altri criteri basati su indici civilistici di valutazione degli utili di bilancio. All'esito della discussione sono stati prescelti, in via assolutamente alternativa tra di loro, i due criteri che rispecchiano in maniera più congrua l'effettiva consistenza delle dimensioni effettivamente assunte dall'impresa insolvente e del patrimonio aziendale, ma che siano comunque facilmente accertabili in sede prefallimentare sia sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali, sia sulla base delle informative richieste di prassi alla Guardia di finanza. Si tratta, per un verso, del criterio degli investimenti di capitale effettuati nell'azienda per un ammontare non superiore a trecentomila euro e, per l'altro, di quello della media dei ricavi lordi non superiore a duecentomila euro conseguiti negli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se questa ha avuto una durata inferiore. In quest'ultimo caso, per evitare qualsiasi tipo di interferenza tra l'accertamento dei ricavi compiuto in sede fallimentare e quello eventualmente compiuto in sede tributaria, si è reso necessario precisare che tale presupposto può risultare "in qualunque modo". I due criteri, peraltro, sono tra loro complementari, in quanto mentre il primo si adatta maggiormente alla fase iniziale dell'attività di impresa, quando non sono stati realizzati ancora ricavi di rilievo, il secondo si attaglia meglio ad un'attività di impresa dove gli investimenti risalgano ad un tempo più lontano".*

soprattutto considerando la loro **complementarietà**, atteso che il criterio del capitale investito meglio si applicherà alle imprese in fase di cd. *start up* che non abbiamo ancora prodotto ricavi rilevanti e significativi, mentre il criterio dei ricavi lordi del triennio meglio si attaglierà alla realtà delle imprese che operano già da tempo nel mercato.

Prima di esaminare i parametri alternativamente introdotti dal legislatore al fine di individuare la piccola impresa non fallibile, occorre però ancora interrogarsi sulla **natura esaustiva o meno della nozione di piccolo imprenditore** introdotta, nel senso di valutare se d'ora in poi la fallibilità dell'impresa, individuale o sociale che sia, sotto il profilo quantitativo debba essere desunta esclusivamente dalla previsione dell'art. 1 l.f. ovvero se residui comunque un ambito di rilevanza della previsione dell'art. 2083 c.c. che non è stato formalmente abrogato: è stato infatti notato che la nuova formulazione dell'art.1, 2° comma, l.f. non dispone in alcuna sua parte che i soggetti che non oltrepassano alcuna delle due soglie dimensionali indicate devono considerarsi "*piccoli imprenditori*", in quanto si limita ad affermare che il superamento di una di esse preclude la possibilità di riconduzione a tale categoria: ed allora secondo una prima interpretazione l'art. 1, comma secondo, l.f., individuando solo l'imprenditore non piccolo, assolverebbe ad una **funzione meramente integrativa della nozione negativa introdotta dall'art. 1 l.f. rispetto a quella individuata in positivo dall'art. 2083 c.c.**: in positivo la figura del "*piccolo imprenditore*" dovrà quindi essere elaborata in base ai criteri elaborati dalla giurisprudenza nel vigore della "*vecchia*" disciplina (cioè il parametro della "*prevalenza del lavoro*" rispetto al "*capitale investito*"), con l'avvertenza che, superata almeno una delle due soglie dimensionali, il soggetto esaminato non potrà essere in alcun caso esentato dall'applicazione della normativa fallimentare⁹. **A sostegno** si richiamano i seguenti argomenti: il percorso storico della norma che ha sostituito le precedenti versioni dove il piccolo imprenditore veniva individuato in positivo; l'esigenza di evitare che attraverso il ricorso a dati contabili meramente formali possa ottenersi l'esenzione dal fallimento e dalle eventuali responsabilità penali per bancarotta; secondo una diversa interpretazione tutti coloro che non superino almeno una delle due soglie indicate nell'art.1, 2° comma, della Legge Fallimentare dovranno *ipso facto* essere considerati "*piccoli imprenditori*" e, come tali, non fallibili.

Ora, sia i principi che caratterizzano la riforma (l'esaustività della disciplina novellatrice della l.f. ; - l'esigenza di certezza giuridica connessa all'introduzione di un'unica ridefinizione dell'area della fallibilità mediante l'introduzione di soglie economiche al di sotto delle quali escludere la fallibilità; i principi di contenimento della spesa pubblica e di economicità dell'azione dei poteri statali che hanno permeato la Riforma sul presupposto che l'apertura di una procedura concorsuale genera per il sistema giudiziario costi ingenti, i quali non trovano effettiva giustificazione economica in presenza di Fallimenti in cui sussista un attivo presumibilmente "*modesto*" (nella maggior parte dei casi neppure sufficiente alla

⁹ Bailetti, *La nozione di piccolo imprenditore dopo l'approvazione della riforma delle procedure concorsuali*, reperibile in www.ilquotidianogiuridico.it; G. Bozza, *Commentario breve alla riforma fallimentare*; Vacchiano, nota a Corte Cost. 14.11.2005 n. 241, *Il fallimento*, 2006, 261.

mera copertura dei costi processuali) o di soggetti con un ridotto volume d'affari), **sia i lavori preparatori** - la stessa “*Proposta di parere del relatore approvata dalla Commissione*”, agli atti della II Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati, seduta del 16 novembre 2005, da atto dell'intento del legislatore delegato di definire, all'art.1 della Legge Fallimentare, le caratteristiche dimensionali dei soggetti *ipso iure* esclusi dall'area della fallibilità - portano a ritenere certamente **preferibile la tesi dell'unicità del parametro normativo** speciale introdotto con il nuovo articolo 1 l.f.¹⁰. Veniamo ai parametri indicati, con una doverosa avvertenza: il surrichiamato riferimento alla *dimensione aziendale* avrebbe probabilmente richiesto un confronto più puntuale ed esteso tanto con profili strutturali dell'impresa (id est attività svolta e risultati raggiunti: fatturato, produzione realizzata, valore aggiunto) che con le prospettive dinamiche afferenti la stessa (capacità di produzione, numero di addetti, patrimonio netto, investimenti effettuati, totale dell'attivo).

Il valore del capitale investito nell'azienda: la prima soglia fa riferimento all'effettuazione di “*investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila*”, nel qual caso l'interprete sarà chiamato ad individuare sia cosa debba intendersi per “*capitale*” sia quando si possa parlare di “*investimenti*” rilevanti. In primo luogo occorre chiarire che la norma parla di **investimenti nell'azienda** sicchè, in primo luogo, dovrebbero essere considerati esclusivamente gli **investimenti realizzati nella struttura aziendale direttamente dall'imprenditore, con esclusione di quegli investimenti che abbiano finalità diverse ed estranee all'attività produttiva**¹¹: il problema si è posto soprattutto per gli imprenditore persone fisiche e per quella zona grigia dei cd. beni a fruizioni mista privato\aziendale (si pensi all'automobile Ferrari acquistata dall'imprenditore che venga adibita ad uso promiscuo); in secondo luogo occorre interrogarsi per l'ipotesi di **plurime e distinte realtà aziendali riferibili ad un unico imprenditore** (individuale o collettivo che sia), nel qual caso dovrebbe ritenersi comunque riferibile il parametro a tutti i compendi aziendali relativi al debitore che risponde con tutto il suo patrimonio.

In relazione al nozione di “capitale” è unanime il rilievo che il legislatore delegato abbia utilizzato un'espressione poco “*felice*”, in quanto la stessa si presta a diverse interpretazioni sospese tra la valorizzazione del dato storico-diacronico (visione dinamica) ovvero del mero dato contabile (visione statica), dovendosi, in prima istanza rilevare la stretta connessione – sotto il profilo sistematico e ricostruttivo – che esiste tra l'individuazione degli *oggetti* da ricomprendere nella nozione di capitale investito e l'orizzonte temporale da valorizzare per la individuazione della medesima nozione: tra i primi commentatori, **vi è chi**¹², parlando di una sorta di “**ritorno al passato**” - ovvero proprio a quel requisito quantitativo (le famose £ 900.000) introdotto dal vecchio art. 1 e dichiarato incostituzionale -, individua

¹⁰ F. Aprile, *Presupposti soggettivi: accessi a maglie strette*, Nuovo diritto delle società, 2006, fascicolo marzo\aprile, p. 12; M. Irrera, *Le imprese soggette a fallimento e l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento nello schema di decreto legislativo di riforma*, reperibile in www.fallimento.ipsoa.it.

¹¹ Fauceglia, *Condizioni soggettive di fallibilità. La nozione di piccolo imprenditore. La piccola società commerciale. La crisi e l'insolvenza*, relazione C.s.m., 2.10.2006, p. 8.

¹² Bailetti, *La nozione di piccolo imprenditore dopo l'approvazione della riforma delle procedure concorsuali*, reperibile in www.ilquotidianogiuridico.it.

proprio quale possibile chiave di lettura della nozione in commento l'elaborazione giurisprudenziale anteriore alla pronuncia della Consulta del 1989 che ricomprendeva nel capitale investito **sia l'attivo circolante che il capitale fisso, i beni acquistati con patto di riservato dominio, nonché quelli utilizzati nella produzione e non di proprietà dell'imprenditore** (ad es. i beni in locazione, affitto o leasing), escludendo tuttavia che avesse rilevanza l'entità del "giro d'affari"; secondo altri autori¹³ il capitale investito potrebbe invero identificarsi nel bilancio d'esercizio, almeno per quelle imprese tenute alla redazione del documento contabile. Il criterio sembrerebbe quindi riferirsi al **totale dell'attivo dello stato patrimoniale**¹⁴, dunque tutte le voci di cui all'art. 2424 c.c. (o almeno quelle da inserire nel bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'art. 2435 *bis* c.c.¹⁵), comprendente **sia l'attivo immobilizzato**: e ci si domanda poi se occorrerà riferirsi alle immobilizzazioni materiali ed immateriali (costi di impianto e di ampliamento, costi di sviluppo e di ricerca, avviamento, fabbricati e macchinari, costi di pubblicità etc.), alle immobilizzazioni finanziarie¹⁶, **sia l'attivo circolante** (rimanenze e consistenza di magazzino, crediti verso terzi, attività finanziarie diverse da immobilizzazioni e disponibilità liquide), siccome trasformazione degli originari impieghi: v. art. 2424 c.c. voce CII¹⁷.

V'è concordia nell'escludere invece dalle voci dell'attivo patrimoniale i crediti verso i soci per i versamenti non effettuati e i ratei e riscontri attivi.

Un dubbio ai pone circa la **valutazione delle immobilizzazioni**, se esse dovranno cioè essere considerate al lordo o al netto dei fondi ammortamenti: sembrerebbe più corretto fare riferimento alle immobilizzazione lorde, atteso che il relativo valore economico esprimerà il valore complessivo delle risorse effettivamente impiegate dall'impresa. Quanto infine ai **beni in leasing** appare preferibile ritenere che se ne debba tenere conto avuto riguardo al costo sostenuto dall'utilizzatore tanto desumendosi dal principio contabile IAS n. 17 che prevede la prevalenza della sostanza sulla forma, nonché ai sensi dell'art. 2427 n. 22 c.c. precisandosi che il valore del bene concesso in leasing è desumibile unicamente dal relativo contratto che sarà quindi opportuno acquisire in sede di istruttoria prefallimentare laddove dall'esame dei bilanci sarà possibile arguire unicamente l'esistenza di tale tipo di

¹³ F. Santangeli *Il nuovo fallimento*, Milano, 2005, p. 8.

¹⁴ Irrera, *Le imprese soggette al fallimento e l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento nello schema di decreto legislativo di riforma*, reperibile in ww.ipsoa.it/fallimento; Fauceglia, cit., p. 9

¹⁵ Come rileva F. Santangeli, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2005, p. 8, nota 11: "Quella del bilancio in forma abbreviata costituisce la forma più usuale di redazione del documento contabile, essendo di fatto il bilancio in forma ordinaria rivolto principalmente alle grandissime società di capitali; ed infatti il primo comma dell'art. 2435 *bis* c.c., prevede che possono redigere il bilancio in forma abbreviata le società non quotate in mercati regolamentati che "nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 3.125.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 6.250.000 euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità".

¹⁶ M. Fabiani, *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, Foro It., 2006, V, 175 ritiene che nel capitale investito vadano ricomprese con riferimento alla lettera B dell'art. 2424 c.c. tutte le immobilizzazioni – al costo storico – con esclusione del capitale circolante, pena la confusione con il secondo parametro individuato dal legislatore.

¹⁷ Tribunale Mantova, 19.9.2006, reperibile in www.ilcaso.it; v. pure Nigro – Sandulli, cit., pp. 8 ss.

beni; secondo un'altra opinione si dovrebbe avere invece riguardo al valore attuale dei canoni a scadere, ma tale criterio appare meno idoneo ad esprimere l'effettivo ammontare dell'investimento effettuato in quanto dipendente da un dato, il pagamento dei canoni nel tempo secondo la previsione contrattuale, che non incide sul fatto oggettivo costituito dal concreto impiego di quel bene nel processo produttivo¹⁸. Rimane irrisolto il fondamentale **profilo dell'orizzonte temporale cui riferire tali accertamenti**: il riferimento al valore del capitale investito infatti interesserà l'intera vita dell'impresa o un qualche ragionevole spazio temporale che il legislatore non ha precisato? Il riferimento al bilancio, dovrà interessare l'ultimo bilancio depositato regolarmente ovvero potrà aversi riguardo ad un bilancio predisposto ad hoc da fallendo? A tal riguardo secondo una prima lettura si potrebbe sostenere – in applicazione analogica o estensiva del riferimento ai ricavi realizzati nei 3 anni – che anche in tal caso si debba limitare l'analisi agli investimenti effettuati nel triennio, sebbene in senso contrario potrebbe militare proprio il criterio interpretativo dell'*ubi lex voluit, dixit*, considerando che espressamente il triennio antecedente è stato richiamato espressamente proprio per i soli ricavi; secondo un'altra lettura si potrebbe propendere per una lettura statico-contabile e fare riferimento all'investimenti realizzati al momento del deposito del ricorso ovvero nell'anno di relativa competenza, nel qual caso si scontrerebbe però la facile obiezione che la casistica ci restituirebbe frequentemente un'impresa che ha ormai perduto e distrutto gran parte di quanto investito (salvo a fare riferimento Cass. 12.7.1983 n. 4733, *infra cit.*). La *Relazione* - là dove fa riferimento a tale requisito (in contrapposizione al criterio dei ricavi triennali) – potrebbe giustificare una lettura diacronica dell'investimenti effettuati, essendosi fatto riferimento agli investimenti "che risalgano ad un tempo più lontano"; a tal riguardo va ricordato come Cass. 12.7.1983 n. 4733 ha ritenuto che per capitale investito doveva – in relazione al previgente art. 1 l.f. - ritenersi ogni investimento effettuato con riferimento al tempo del suo impiego e non solo a quella parte residua esistente al tempo della conclamata insolvenza; in senso contrario si osserva però che quest'ultima interpretazione, se è certamente idonea a fotografare significativamente la dimensione economico-finanziaria dell'impresa, sconta però la difficoltà di un'eccessiva proiezione verso il passato (si pensi al caso, per nulla raro, di una piccola impresa pluridecennale che effettui ogni anno investimenti di un certo ammontare) e una evidente disomogeneità rispetto al diverso limite temporale triennale previsto per l'individuazione dei ricavi conseguiti. Peraltro, ove dovessero ritenersi qualificabili come "*investimenti*" tutti gli "*acquisti di beni e servizi*" o le "*spese in genere*" effettuate dall'operatore commerciale, si comprende facilmente che l'esonero dall'ambito di applicazione della L.f. cesserebbe dopo alcuni anni di attività, stante il fisiologico superamento del limite quantitativo di trecentomila euro, dovuto alle ordinarie vicende della vita dell'impresa. E' così stato notato¹⁹ che dovrebbero essere considerati anche gli

¹⁸ M. Bernardi, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento e la disciplina della competenza alla luce della novella al r.d.267/42*, C.S.M., formazione decentrata Brescia, 10.5.2006.

¹⁹ Fauceglia, cit., pp. 9 ss.; G. Verna, *Gli imprenditori assoggettabili al fallimento secondo la nuova legge fallimentare. Profili aziendalistici*, Diritto Fall., 2006, I, p. 731, per il quale occorrerebbe fare riferimento al criterio dell'attivo patrimoniale e ricorrere analogicamente al parametro triennale sì

investimenti andati distrutti o perduti, siccome ugualmente espressivi delle complessiva capacità di investimenti dell'impresa.

Quanto alla **posizione delle imprese non tenute per legge alla redazione del bilancio** è stato osservato²⁰ che, se è vero che è invalsa nella prassi la consuetudine di redigere l'inventario di fine esercizio di cui all'art. 2217 c.c. (alla cui redazione sono tenute le imprese individuali e le società di persone) secondo le modalità del bilancio in forma abbreviata, è anche vero che lo stesso art. 2217 c.c. prescrive che nell'inventario siano inserite obbligatoriamente solo l'indicazione delle valutazioni delle attività e delle passività dell'impresa ed il conto dei profitti e delle perdite, talché potrebbe non apparire semplice ricostruire da tali documenti la reale situazione dell'impresa.

Con riferimento ai **ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore** (che non dovranno essere superiori a euro 200.000 annui) anche il tenore letterale dell'art.1, 2° comma, lett.b, L.F., porrà rilevanti problemi interpretativi per la scarsa chiarezza che lo caratterizza: in primo luogo non è specificato quali componenti finanziarie debbano essere prese in considerazione nella determinazione dei "ricavi lordi" (rientrano in tale categoria anche le *sopravvenienze attive, i risarcimenti, le royalties, i canoni attivi, gli interessi attivi, le caparre confirmatorie?*), così come, in secondo luogo, non si comprende se gli stessi debbano determinarsi in ragione del criterio di competenza o di quello di cassa, né se le eventuali "perdite su crediti" possano essere computate a deconto dei "ricavi" relativi all'anno di competenza del credito inesigibile e/o non incassato.

Il dato dei "ricavi lordi" sarà in prima battuta desumibile dalle risultanze dei registri e delle dichiarazioni IVA (che riportano il fatturato complessivo dell'impresa). Poiché a norma dell'art 1, la soglia dei ricavi medi va calcolata sulla base degli ultimi tre anni, ovvero dall'inizio dell'impresa se questa abbia avuto durata minore, può esservi incertezza, nell'ipotesi in cui la richiesta di fallimento sopravvenga prima del compimento di almeno un anno di attività, sulla necessità di prendere in considerazione una soglia di ricavi più bassa, rispetto a quella fissata dalla norma, in misura corrispondente alla frazione d'anno in cui l'attività si è effettivamente estrinsecata.

E' stato infine opportunamente previsto **l'aggiornamento triennale dei limiti** suddetti sulla base della svalutazione medio tempore intervenuta, rilevata attraverso gli indici Istat di cui all'art. 150 disp. att. cpc..

Ora considerando che la dimostrazione della non fallibilità del debitore istanziato, onererà lo stesso della prova del non superamento delle soglie quantitative indicate dalla l.f., si dovrebbe allora ritenere che per tali imprese sarà comunque necessario l'adozione di una contabilità e di un bilancio adeguato, onde potere, se del caso, dimostrare il proprio status di piccolo imprenditore. La consapevolezza della problematicità, oltre che definitoria e in astratto di tali parametri, anche della loro reperibilità in concreto ci spiega, poi il motivo del riferimento contenuto nella norma alla

da considerare: a) l'attivo patrimoniale all'atto della rilevazione; b) gli ammortamenti e le svalutazioni operati negli ultimi tre anni; c) le perdite di esercizio degli ultimi tre anni; d) le riduzioni di capitale per esuberanza, il recesso o l'esclusione del socio operate negli ultimi tre anni, se dolosamente effettuate; e) le distruzioni e le destinazioni di beni a finalità estranee all'esercizio dell'impresa.

²⁰ F. Santangeli, cit., p. 8.

facoltà di reperire elementi idonei a determinare i ricavi dell'impresa "in qualunque modo risulti": l'istruttoria fallimentare, attraverso i poteri officiosi del Tribunale o su richiesta delle parti, dovrebbe così avvalersi dell'impiego di più invasivi strumenti di indagine quali gli accertamenti della Guardia di Finanza o comunque della Polizia Giudiziaria tesi alla ricerca di tutto quanto possa essere stato artatamente sommerso dall'imprenditore fallendo nel corso degli anni. Soluzione quest'ultima che evidentemente postula il superamento di una visione integralmente privatizzata dell'istruttoria prefallimentare in favore di una ricostruzione che, pur prendendo atto dell'abrogazione del potere d'ufficio di dichiarazione del fallimento, riconosca comunque la permanenza di un potere officioso del tribunale. In tal senso risulterà decisivo nella concreta gestione dell'istruttoria prefallimentare l'atteggiamento del formante giurisprudenziale in ordine al **regime probatorio dello statuto del piccolo imprenditore** con riferimento, in particolare, alle ipotesi di **mancata comparizione all'udienza del debitore e al rilievo dell'omesso deposito del bilancio o delle scritture fiscali obbligatorie da parte dello stesso, ove comparso**, atteso che, secondo la **tesi dell'onere probatorio circa la natura di imprenditore non piccolo del debitore a carico del creditore istante** potrebbe ritenersi con Cass. 3.2.1990 n. 744 che non esiste una presunzione della qualità di imprenditore non piccolo, trattandosi di requisito che deve essere positivamente dimostrato dal creditore istante; in tal caso e in linea più generale dovrebbe poi ritenersi allora che i poteri officiosi del tribunale in ambito probatorio non siano più sussistenti e che il richiamo agli "accertamenti necessari" e ai mezzi di prova disponibili d'ufficio sia limitato rigidamente entro i limiti tipici disciplinati dal codice di rito (v. artt. 210 e 213 c.p.c.), con un evidente conseguente aggravio probatorio sul creditore istante. Secondo una diversa lettura - **tesi dell'onere probatorio circa la natura di non piccolo imprenditore del debitore a carico del debitore** - la formulazione negativa della l.f. - "*non possono*" potrebbe in tal senso fare pensare ad un fatto impeditivo la cui dimostrazione grava per l'appunto sul debitore (v. pure Cass. 5249/2003²¹, per la quale spetterebbe al ricorrente solo dare la prova della natura di imprenditore commerciale del debitore, gravando su quest'ultimo l'onere di provare che è piccolo imprenditore), sicchè lo stesso dovrebbe ritenersi soccombente ed assoggettabile alla dichiarazione di fallimento là dove non fornisca la prova positiva e documentata della sua "piccolezza" imprenditoriale quale fatto impeditivo della dichiarazione di fallimento²². Interpretazione questa che implica ulteriormente, come sub 1), l'esclusione di un intervento integrativo officioso del Tribunale sotto il profilo dell'istruzione prefallimentare. Ulteriore argomento a contrario a sostegno della detta tesi potrebbe essere, infine, quello che la mancata esplicita e chiara previsione di un potere officioso renderebbe manifesta la volontà legislativa, la quale, allorquando ha ritenuto diversamente, come nella materia matrimoniale - in ordine all'accertamento dei redditi dei coniugi separandi -, lo ha espressamente previsto²³. Infine, potrebbe

²¹ pubblicata in Fall. 2004, 505;

²² Tribunale Palmi 2.10.2006, inedito, ove ci si richiama in aggiunta al principio di vicinanza e riferibilità della prova - Cass. ss.uu. 30.10.2001 n. 13533 -; Fabiani, nota a Corte Cost. 14.11.2005, Foro It., 2006, I, 654; id., *Traccia dei temi in discussione nella riforma dell'istruttoria prefallimentare*, relazione inedita, Pescara 6 marzo 2006, p. 6

²³ Va segnalata la prassi del Tribunale di Ancona che, in relazione tanto ai requisiti soggettivi di fallibilità che ai casi - molto frequenti - di ricorso per crediti di entità modesta (in relazione al limite dei 25.000 euro), ancor prima di procedere alla convocazione del debitore, richiede al

sostenersi la **tesi della permanenza del potere istruttorio officioso del Tribunale.** Secondo questo diverso indirizzo interpretativo – ad una prima lettura preferibile - potrebbe ritenersi - valorizzandosi l’interesse pubblico al pieno dispiegamento della riforma e all’operatività della procedura nei soli confronti degli imprenditori non piccoli (si consideri che l’adesione all’indirizzo sub B porterebbe seco, verosimilmente ad un aumento delle statistiche fallimentari, attesa la ricorrente mancata comparizione dei debitori istanzianti e la conseguente loro assoggettabilità a fallimento in caso di omessa prova dello loro natura di piccoli imprenditori) e prendendo atto che, seppure con una sistematica letterale non particolarmente rigorosa e coerente, il dato letterale che emerge dai riferimenti espressi contenuti nella nuova legge fallimentare - 1) agli “*accertamenti necessari*” disposti “*in ogni caso*” dal Tribunale in relazione al deposito da parte del debitore istanziano di una situazione patrimoniale, finanziaria ed economica aggiornata (art. 15, 4 c., l.f.), 2) ai “*mezzi di prova...disposti d’ufficio*” ex art. 15, 6 c., l.f. e 3) ai ricavi ex art. lett. B dell’art. 1 l.f. da accertarsi “*in qualunque modo risulti*” – individua comunque un ambito di accertamento officioso del tribunale in sede di istruttoria prefallimentare - che tali accertamenti sarebbero comunque nella officiosa disponibilità istruttoria del tribunale fallimentare, ricorrendo a tutti gli approfondimenti istruttori del caso, anche a mezzo della polizia giudiziaria. In tal senso occorrerebbe poi interrogarsi sul momento dell’attivazione del potere di informativa officiosa, dovendo il Tribunale valutare di caso in caso l’esistenza di motivi di urgenza per procedere motu proprio ovvero se intervenire successivamente all’udienza fissata alla luce delle allegazioni e delle difese delle parti. Si tratta con buona evidenza di una questione della massima importanza, anche nell’ottica della individuazione dei termini e dell’ambito del successivo, eventuale, giudizio di appello: l’allegazione solo in appello alla sentenza di dichiarazione di fallimento della natura di piccolo imprenditore sarà ammissibile o no? Dovrà applicarsi anche in quel giudizio il divieto di nuove prove e di nuove eccezioni?

L’analisi suesposta induce ad alcune prime riflessioni critiche²⁴: il riferimento al capitale investito nell’azienda trascura in modo evidente le particolarità delle singole imprese in termini di attività svolta, organizzazione dei mezzi impiegati e di loro entità strutturale (Corte Cost. 570 del 1989) e dimentica, soprattutto, l’utilità – segnalata lungo i lavori della riforma - del riferimento integrativo al criterio occupazionale; l’ampliamento della soglia di non fallibilità ricomprenderà nella fascia esente una miriade di aziende non riconducibili al tradizionale concetto di “piccola impresa”; l’innalzamento dei requisiti identificativi della piccola impresa potrebbe indurre ad un livellamento verso il basso degli *standard* dimensionali delle imprese stesse che cercheranno di conseguenza di rimanere (anche con metodi elusivi e poco trasparenti) al di sotto delle soglie, patrimoniali e reddituali, in evidente contrasto con le finalità a sostegno della competitività del mercato: infatti è

creditore procedente entro un dato termine “*l’integrazione della documentazione necessaria attestante il possesso dei requisiti di cui all’art. 15, u.c., l.f. nonché dei requisiti di cui all’art. 1, c. II, l.f.*”.

²⁴ Si veda, a tal riguardo, le *Osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali* a cura del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti, nonché F. Alleva, *Prime note critiche in tema di riforma fallimentare*, reperibile in www.csmb.unibo.it.

indubitabile che il riferimento a standards dimensionali minimi per l'area della fallibilità verosimilmente si costituirà in un *incentivo all'adozione di sistemi elusivi* così da portarsi immaginare uno *nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori in chiave fallimentare*²⁵; la distinzione tra imprese fallibili e non fallibili assottiglierà l'ambito di reale rilevanza della procedura fallimentare contesta tra l'area della non fallibilità e quella delle procedure a conduzione amministrativa ad intervento giurisdizionale limitato a specifiche fasi contenziose con situazioni paradossali: infatti, se vero è che l'imprenditore medio-piccolo rimane escluso dal fallimento, è altrettanto vero che il piccolo imprenditore viene privato della possibilità di ricorrere al concordato preventivo e quindi al tentativo di recupero dell'impresa in crisi sotto la tutela giudiziaria, nonché al nuovo istituto dell'esdebitazione; esclusioni certamente non in linea con l'intento dichiarato di salvaguardia di tutti gli interessi coinvolti nella procedura tra recupero dell'azienda e tutela dei creditori; anche i creditori – e massimamente i lavoratori - risentiranno dell'innalzamento delle soglie di fallibilità, rimanendo in molti casi, qualora privati della possibilità di ottenere il fallimento dell'impresa debitrice, soggetti ad una compressione del proprio diritto di credito nei confronti dell'imprenditore insolvente, ma non fallibile; con tutti i conseguenti profili di contrasto con l'art. 41 Cost. per l'evidente compressione dei loro diritti e di lesione della *par condicio*; l'assunto che la suddetta compressione verrà integralmente compensata dalla possibilità comunque sussistente di ricorrere all'esecuzione individuale (come ritenuto dalla relazione Governativa al decreto legislativo 5/06), dimentica che in ogni caso **il nuovo processo esecutivo** tutela meno, restringendone l'accesso, i creditori non ancora muniti di titolo esecutivo²⁶, risulta maggiormente onerosa per il debitore per i costi da sostenere e per la difficoltà nell'individuazione dei beni²⁷ e sconta procedure di liquidazione dei beni meno efficaci in relazione alle differenti procedure liquidatorie²⁸.

²⁵ F. Alleva, cit., p. 7.

²⁶ L'art. 499 c.p.c. per come riformulato dalla l. 14 maggio 2005 n.80 e dalla l. 28 dicembre 2005 n. 263, restringe le possibilità di intervento nella procedura esecutiva per i creditori non muniti di titolo esecutivo. La norma stabilisce che possono intervenire nella procedura (oltre i creditori muniti di titolo esecutivo), i creditori che, prima del pignoramento, abbiano eseguito un sequestro sui beni pignorati ovvero abbiano sui beni pignorati un diritto di pegno o prelazione risultante da pubblici registri, nonché i creditori di somme di denaro risultanti dalle strutture contabili di cui all'art. 2214 c.c.

²⁷ In questo senso, ad esempio, il nuovo art. 492 c.p.c. (per come modificato dalla legge recentemente approvata) prevede la possibilità di accesso alle scritture contabili dell'imprenditore dell'ufficiale giudiziario con l'ausilio di professionisti specializzati, al fine di una più facile e fruttuosa ricerca dei beni e dei crediti da sottoporre ad esecuzione.

²⁸ Come peraltro è stato già osservato (così PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in www.ipsoa.it/fallimento, par. 1.4.), la legge 80/2005 ha riscritto il procedimento di esecuzione immobiliare, creando un sistema (certamente più snello rispetto al passato) ma che comunque prevede il doppio passaggio tra la vendita senza incanto e la vendita con incanto. Ciò appare un indubbio *gap* di tutela per i creditori soprattutto se raffrontato al sistema delle vendite previste dalla nuova Legge Fallimentare, ove (come si vedrà) il Curatore procede alla liquidazione dell'attivo (anche immobiliare) secondo modalità disancorate dalle norme codicistiche, utilizzando procedure competitive libere, anche mediante offerte private (si richiede solo che siano ragguagliati

ART. 10
FALLIMENTO DELL'IMPRENDITORE
CHE HA CESSATO L'ESERCIZIO DELL'IMPRESA

La norma in commento tiene conto delle interpretazioni adeguatrici emerse nel corso degli anni dall'applicazione del previgente articolo 10, il quale, com'è noto disponeva che l'imprenditore, che per qualunque causa avesse cessato l'esercizio dell'impresa, potesse essere dichiarato fallito entro un anno dalla cessazione dell'impresa, purchè l'insolvenza si fosse manifestata anteriormente alla stessa cessazione o entro l'anno successivo.

Era controverso però **il significato di “cessazione dell'attività”**:

- secondo una risalente tesi prospettata da Azzolina si riteneva che, aperta la fase necessaria di liquidazione, l'impresa fosse cessata perché l'imprenditore manifestava in modo inequivocabile la volontà di cessare l'attività, talchè tutte le attività compiute a partire da tale momento non erano più qualificabili come di gestione dell'attività;
- per altri (Provinciali) la cessazione dell'esercizio dell'impresa, ai fini di cui all'art. 10 l.f., si identificava per qualunque tipo di impresa (individuale o collettiva) con la chiusura effettiva e non formale della fase di liquidazione, intendendosi con la completa definizione di tutti i rapporti pendenti.
- ancora, si rilevava²⁹ che l'iscrizione nel registro delle imprese della cessazione, imposta all'imprenditore dall'art. 2196 c.c. non recasse effetto costitutivo e che pertanto la cessazione dell'impresa potesse essere dimostrata con qualsiasi mezzo. In tal senso, premesso l'effetto non costitutivo della cancellazione dal registro delle imprese, si è anche affermato³⁰ che si dovesse comunque tenere in considerazione l'attività, pure commerciale, residuale e ma speculativa della liquidazione, con la conseguenza che ove un solo rapporto passivo non fosse stato liquidato, l'impresa continuava a vivere e poteva essere dichiarata fallita in qualsiasi momento.

Due gli interventi della Corte Costituzionale che segnarono il passo nell'interpretazione dell'art. 10:

- Corte Cost. 12 marzo 1999 n. 66³¹ estese anche al socio illimitatamente responsabile il termine annuale di cui all'art 10, non pronunciandosi tuttavia sul *dies a quo* per il decorso del termine stesso; l'interpretazione giurisprudenziale prevalente ha letto poi il dettato della Consulta nel senso di far decorrere il termine dalla cessazione del vincolo, o meglio, dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese³²;

costantemente il Giudice delegato ed il Comitato dei creditori), perché sia data ampia pubblicità alle operazioni.

²⁹ Così SATTÀ, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova 1964, p. 30 ss.

³⁰ PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 1974, p. 190.

³¹ Pubblicata in *Riv. dir. comm* 1999, II, 494.

³² Così Cass. 5 ottobre 1999 in *Fall.* 2000, p. 646, Trib. S.ta Maria Capua Vetere 18 gennaio 2002 in *Dir. fall.* 2002, II, 1075; Trib. Padova 22 maggio 2001 in *Giur. merito* 2001, 978.

- Corte Cost. 21 luglio 2000 n. 319³³ stabilì poi il principio secondo il quale il fallimento di una società non può essere dichiarato decorso un anno dalla cancellazione dal registro imprese, chiarendo che il termine annuale, alla luce del diritto giurisprudenziale vivente che leggeva per la cessazione d'attività della società appunto la necessaria estinzione di tutti i rapporti giuridici, non decorrerebbe praticamente mai, con conseguente irragionevolezza (*ex art. 3 Cost.*) della disciplina. Da qui la individuazione del dato formale della cancellazione come momento per il decorso del termine annuale.

Infine **con la riforma del diritto societario** il legislatore ha riformulato la previsione codicistica in materia di cancellazione, prevedendo **per le società di capitali al secondo comma dell'art. 2495** che **"ferma restando l'estinzione della società"**, i creditori sociali non soddisfatti possono solamente attivarsi nei confronti dei soci e dei liquidatori.

Con la riforma fallimentare l'opera di riscrittura dello statuto dell'imprenditore cessato viene portata a termine – sebbene con rilevanti problemi interpretativi e di coordinamento - prevedendo:

- sia la decorrenza del termine annuale dalla cancellazione dal r.i. per le società di capitali;
- sia estendendo la regola a tutte le imprese collettive e individuali, salvo il temperamento della contraria prova.

Art. 10. "Gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo. In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma."

Quanto al primo comma, la relazione al Decreto espressamente chiarisce che l'adeguamento si è reso necessario proprio per uniformarsi alla dichiarazione di incostituzionalità operata dalla sentenza 319\00: quindi **per intuibili ragioni di certezza giuridica e conseguente tutela del ceto creditorio** non può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore (individuale o collettivo) trascorso un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, sia che l'insolvenza si sia manifestata anteriormente l'esecuzione della formalità o entro l'anno successivo alla cancellazione.

Il nuovo testo dell'art. 10 l.f. contiene però **un'ulteriore innovazione: al secondo comma** prevede che **in caso di richiesta di fallimento di imprenditore individuale** (e quindi con esclusione delle società) **ovvero nel solo caso di cancellazione d'ufficio di impresa collettiva, possa essere dimostrata la effettiva data di cessazione dell'attività dalla quale far decorrere il termine annuale di cui al primo comma.**

³³ Pubblicata in *Giur. comm.* 2001, II, p. 5

Quindi:

- **per l'impresa collettiva v'è una presunzione di cessazione all'atto dell'iscrizione sul r.i. iuris et de iure**
- di contro **solo per l'imprenditore individuale e per le società di persone ove cancellate d'ufficio** (caso questo che si verifica in ipotesi di imprenditore individuale per decesso, irreperibilità, mancato compimento di atti di gestione nel triennio, perdita dei titoli abilitativi e per l'ipotesi di impresa collettiva per irreperibilità, mancato compimento di atti di gestione nel triennio, mancanza di codice fiscale, mancata ricostituzione pluralità dei soci, scadenza del termine di durata in assenza di clausola di proroga tacita) la **presunzione formale di cessazione opera iuris tantum** ed è quindi **vincibile con la contraria prova**

La determinazione della data effettiva di cessazione dell'attività commerciale comporterà un rilevante aggravio sul piano probatorio quando si intenda dimostrare la non coincidenza dei dati temporali sebbene la presenza delle c.d. prove di lunga indagine in sede di istruttoria prefallimentare, non contrasta tutto sommato con l'impianto complessivo della fase prodromica della procedura fallimentare.

Vediamo le varie ipotesi.

Per l'imprenditore individuale regolarmente iscritto nel registro imprese si applicherà sia il primo che il secondo comma dell'art. 10 l.f.

La soluzione offerta dal legislatore è in realtà molto simile a quella relativa la testo previgente con l'aggiunta, in pratica, di una presunzione formale vincibile³⁴ dalla dimostrazione della diversa realtà fattuale.

Rimane tuttavia da **chiarire a vantaggio di chi effettivamente operi tale presunzione**: in altre parole, se possa avvalersi di essa solo l'imprenditore o il creditore procedente ovvero entrambi e se possa procedersi anche d'ufficio (ipotesi questa tendenzialmente da escludersi):

- Quanto al creditore dell'imprenditore, è da ritenere che ad esso sia sempre consentito fornire la prova della non veridicità del fatto iscritto nel registro delle imprese e dunque, in ipotesi, la dimostrazione del compimento di atti di impresa successivi alla cancellazione, cioè la **prova della posteriorità della cessazione rispetto alla cancellazione iscritta**³⁵;
- Quanto invece alla legittimazione del debitore istanziato, cioè dell'imprenditore che abbia cessato l'attività prima della cancellazione, non può che sollevarsi un dubbio fondato considerando che la **prova dell'anteriorità della cessazione rispetto alla cancellazione iscritta** si risolverebbe – quanto meno nel caso di cancellazione su domanda - in un *venire contra factum proprium* e costituirebbe una prova dannosa per i creditori e lesiva della evidente ratio della norma (posta a loro tutela attraverso la garanzia della certezza giuridica sottesa alla valorizzazione del

³⁴ Come peraltro già statuito dalla Corte Costituzionale, ord. 7 novembre 2001 n. 361, in *Dir. Fall.* 2001, II, 1361.

³⁵ Fauceglia, cit., p. 17.

pubblicità presso il registro delle imprese³⁶); **pur tuttavia in senso favorevole alla tesi generalista** milita un dato letterale generico e quindi generalizzabile, nonché il rilievo che in caso di cancellazione d'ufficio della società collettiva ben potrebbe sussistere un'interesse della stessa – e dei suoi soci illimitatamente responsabili – a fare accertare l'antiorità della cessazione medesima (si potrebbe, peraltro, replicare che detta società dovrà solo a sé imputare il ritardo nell'iscrizione al R.I. dell'evento).

Ancora, **per le società di capitali regolarmente iscritte** troverà applicazione solo il primo comma dell'art. 10 l.f., con ciò intendendosi (*ex art. 2193 2° comma c.c.*) che se la società non ha provveduto alla cancellazione dal registro, saranno inopponibili ai terzi tutti i fatti per cui la cancellazione è prescritta, talché la società subirà le conseguenze della propria negligenza.

All'opposto, occorre **chiedersi se la società che abbia proceduto alla propria cancellazione, ma che in effetti continui ad operare, sia ugualmente fallibile**: se così non fosse, risulterebbe ingiustamente preclusa ai creditori la possibilità di far valere la realtà sostanziale di fronte a quella formale:

- **Tesi società di fatto**: si deve ritenere nel caso della società di capitali cancellata che tuttavia continui ad operare **in ragione dell'efficacia costitutiva dell'iscrizione e dell'estinzione conseguente della persona giuridica** che le operazioni successivamente compiute siano da imputare ad una società di fatto o irregolare; questo tuttavia comporterà in capo al creditore procedente l'onere di dimostrare non solo il compimento di ulteriori attività, ma anche la permanenza del vincolo sociale, seppur irregolare.
- **alcune perplessità**: ad esempio appare dubbio se si possano considerare unici (rispetto al soggetto cancellato) gli investimenti realizzati o i ricavi conseguiti, ovvero se (coerentemente con l'interpretazione data) la cancellazione comporti l'azzeramento di quanto precedentemente investito o ricavato e quindi la necessità di incentrare la verifica solo sul nuovo soggetto.

In ordine alla figura dell'imprenditore irregolare,

- da un lato è evidente l'inapplicabilità del primo comma per difetto del presupposto della previa iscrizione regolare al R.I.,
- dall'altro il tenore letterale del secondo comma – presunzione iuris tantum – che si riferisce in modo indifferenziato agli imprenditori individuali, potrebbe ricomprendere anche quelli non iscritti, che avrebbero così un limite di fallibilità nell'anno dall'effettiva cessazione³⁷;
- **contra**: tale soluzione però cozza con quanto il legislatore ha evidenziato con riferimento alle società di fatto o irregolari. Infatti proprio **per le società di fatto o irregolari**, il Governo nella relazione illustrativa al decreto delegato ha

³⁶ L. Gualandi, *La riforma della legge fallimentare*, Pescara 3 marzo 2006, inedito.

³⁷ Nigro – Sandulli, cit., p. 61.

rilevato che “*continuano ad essere assoggettate a fallimento senza alcun limite temporale. La loro equiparazione all'imprenditore individuale, per il quale il termine inizia a decorrere dalla cessazione di fatto dell'attività, finirebbe per avvantaggiare le società non iscritte rispetto a quelle iscritte nel registro delle imprese, per le quali il termine comincia a decorrere solo dalla cancellazione, adempimento conclusivo della liquidazione. D'altra parte, la mancata iscrizione nel registro delle imprese dipende da una scelta dei soci, per cui l'impossibilità di usufruire del termine annuale dipende dalla loro volontà. La legge, infine, non può non sanzionare la violazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro*”.

Le suddette considerazioni valgono anche con riguardo alle società di persone cancellate ad istanza di parte³⁸.

Quanto **all'individuazione del momento della cessazione dell'attività**, riassuntivamente:

- non potrà essere intesa come effettivo esaurimento di tutti i rapporti debitori, perchè questa lettura della disposizione per le società è stata già ritenuta irrazionale e incostituzionale;
- bisognerà quindi verosimilmente ricorrere a tutti quegli indici esteriori già valorizzati dalla giurisprudenza che permettano, nonostante la sopravvivenza di rapporti credito o debito ricollegabili al pregresso esercizio dell'impresa individuale o della società collettiva cancellata d'ufficio, di ritenere ancora non cessato l'esercizio dell'attività d'impresa, come ad esempio l'esaurimento delle scorte, l'abbandono e la chiusura della sede sociale e di ogni punto vendita ovvero altre pubbliche manifestazioni di cessazione.
- occorrerà valutarsi altresì quale significato assegnare agli atti dismissivi del complesso aziendale – vendita dei macchinari o degli arredi -; per parte della dottrina così come gli atti preorganizzativi dell'impresa non diretti allo scambio o alla produzione non fanno acquistare la qualità di imprenditore analogamente si dovrebbe predicare l'irrelevanza degli atti dismissivi, salva la prova concreta della loro irreversibilità (si rinvia alla nota distinzione di Galgano tra atti *dell'organizzazione* aziendale ed atti *di* organizzazione aziendale, in relazione ai quali ultimi rileverebbero, ai fini della prova della cessazione, gli atti di *dis-organizzazione aziendale*).

L'ART. 147 L.F: il fallimento in estensione e il fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

L'art. 147 l.f. intende disciplinare la materia - magmatica e fortemente incisa anch'essa dalla pronunce del Giudice delle Leggi e dalla giurisprudenza - del

³⁸ L. Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, reperibile su www.ilquotidianogiuridico.it, osserva che “*non si comprende perché per le società di persone cancellate su domanda sia, a rigor della norma, preclusa la prova dell'antiorità della cessazione effettiva che, invece, non è preclusa, quando la cancellazione sia avvenuta d'ufficio, con ciò premiandosi gli imprenditori collettivi non diligenti a scapito di quelli che comunque anno chiesto la cancellazione, anche se, in ipotesi, in ritardo rispetto alla data dell'effettiva cessazione dell'impresa*”.

fallimento dei soci illimitatamente responsabili conseguente al fallimento della società.

Quanto, in primo luogo, al **fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili** si è espressamente previsto che **il fallimento sociale** – ovvero il fallimento di una delle società regolate nei capi 2, 3, 4, e 5 del titolo V del libro V del codice civile e quindi il fallimento delle snc, sas, sapa³⁹ – **produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili** – indipendentemente dall'accertamento della loro insolvenza -⁴⁰.

Alcune precisazioni si impongono:

- il fallimento della società collettiva importerà il fallimento personale dei suoi soci illimitatamente responsabili, nonché del socio accomandatario delle s.a.s. e delle s.a.p.a. (ipotesi ultima delle quale in passato si era discusso);
- il fallimento potrà interessare - come ritenuto dalla giurisprudenza - tanto i soci ab origine illimitatamente responsabili, quanto quelli che siano divenuti tali in relazione ad eventi contingenti quali le fusioni o le scissioni eterogenee e il caso dell'accomandante che abbia compiuti atti di immistione gestionale o il cui nome figuri nella denominazione sociale⁴¹, sebbene con la precisazione che, quanto alla cessazione della qualità relativa, il termine annuale dovrebbe decorrere dal momento in cui i fatti determinativi della responsabilità illimitata siano stati portati a conoscenza dei terzi⁴²;
- il riferimento contenuto nell'inciso "pur se non persone fisiche", come ricorda la relazione alla riforma, risolve positivamente il dubbio sull'assoggettabilità all'estensione fallimentare delle società, siano di capitali o di persone, che compongano la compagine societaria di una società collettiva, nonché delle associazioni non riconosciute;
- di contro **non sarà fallibile**, atteso l'espresso richiamo limitativo operato nella riforma, **l'unico quotista o l'unico azionista della srl o della spa**, nel qual caso si dovrebbe ritenere che il socio unico di srl o spa dovrà rispondere per le obbligazioni contratte nel periodo in cui tale era in modo illimitato ai sensi degli artt. 2325 e 2462 c.c. con tutto il suo patrimonio personale nei casi disciplinati dagli artt. 2342 – ovvero quando non abbia effettuato i conferimenti dovuti – e 2362 c.c. - in caso di inottemperanza alle forme pubblicitarie previste -. Quindi **non potrà essere dichiarato fallito in estensione, né potrà procedersi al suo spossessamento per la conseguente esecuzione concorsuale**; rimane irrisolto dalla riforma il dubbio sulla legittimazione o meno del curatore fallimentare insieme ai creditori del socio unico ad agire per l'escussione individuale del patrimonio personale dell'unico quotista\azionista;

³⁹ Sandulli – Nigro, cit., pp. 896 ss., ove si commenta favorevolmente la scelta legislativa di indicare in moo punualel'ambito soggettivo di operatività della regola dell'estensione , diversamente dal testo della Commissione Trevisanato che non scioglieva il nodo interpretativo dell'individuazione dei soggetti passivi dell'estensione,

⁴⁰ V. A. Nigro, *La riforma <organica> delle procedure concorsuali e le società*, Dir. Fall., 2006, pp. 681 ss..

⁴¹ Dubitativamente però F. Santangeli, cit., pp. 666 ss. e Sandulli – Nigro, cit., pp. 898 ss. in relazione all'analogia situazione di esclusione della fallibilità dell'unico azionista o quotista.

⁴² F. Santangeli, cit., pp. 671 ss..

- **l'esclusione della società unica azionista o quotista** non trova alcuna giustificazione nella relazione alla riforma e verosimilmente deve riconnettersi all'esigenza di supportare le tesi formalistiche della Suprema Corte e di scoraggiare ovvero impedire le evoluzioni giurisprudenziali in materia di abuso di persona giuridica e dello schermo societario in relazione al disposto del novellato art. 2497 c.c. in materia di responsabilità delle società che esercitano attività di direzione e coordinamento di altre società. Non a caso è stato condivisibilmente notato da M. Fabiani che "*quest'iniziativa riformatrice assume il sapore della volontà di fare prevalere le ragioni delle forza sulla forza delle ragioni*"⁴³. **Il discorso al più si potrà riaprire in futuro** secondo i primi commentatori⁴⁴, valorizzando l'eccesso di delega sicuramente presente, sottolineando l'irragionevolezza della esclusione rispetto al regime dei soci illimitatamente responsabili delle società collettive e rendendo evidente l'irragionevolezza della contemporanea esistenza parallela di un fallimento sociale e di una serie di procedure esecutive individuali nei confronti dei singoli soci illimitatamente responsabili con evidente lesione della par condicio creditorum⁴⁵.

Quanto poi alla concreta disciplina dell'estensione **in rapporto alle vicende modificative** che intervengono lungo la vita della società vanno segnalate le previsioni **in relazione alla cessazione della qualità di socio o di venir meno della responsabilità illimitata del socio** per cui:

- il fallimento in estensione del socio non può essere dichiarato trascorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale (recesso, esclusione o morte del socio) o dalla cessazione della responsabilità illimitata (ad es. a seguito di fusione, trasformazione o scissione);
- si potrà procedere alla dichiarazione di fallimento solo se l'insolvenza attenga in tutto o in parte a debiti esistenti alla data di cessazione della responsabilità illimitata (responsabilità solo obbligazioni anteriori), non potendo il socio che rispondere per quei debiti contratti dalla società allorquando questi era illimitatamente responsabile;
- detta esenzione dal fallimento, giusta Corte Cost. 319\00, intanto potrà operare in quanto il socio abbia avuto cura di pubblicizzare debitamente ai terzi i fatti

⁴³ Sandulli – Nigro, cit., p. 900 ove si evidenzia l'ulteriore problema della legittimazione del curatore fallimentare ad escutere il socio unico o il socio accomandante (ove si accogla la tesi della sua persistente non fallibilità).

⁴⁴ G. Minutoli, *Riflessioni sulla responsabilità illimitata del socio unico di società di capitali, Le società*, Ipsoa, 2005, fasc. 12, pp. 1364-1371; C. Blatti – G. Minutoli, *Il Fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma fallimentare, Fallimento*, 2006, pp. 427-437.

⁴⁵ Si veda però Sandulli – Nigro, cit., p. 898 per cui la differente disciplina per la società unipersonale sia significativa, sotto il profilo sistematico della scelta legislativa di individuare l'art. 147 l.f. come norma eccezionale ai principi posti dagli artt. 1 e 5 l.f. sull'imprenditore commerciale avente una sua mera funzionalità tecnica di attivazione della responsabilità patrimoniale illimitata e sussidiaria dei soci illimitatamente responsabili, a prescindere dall'essere questi o meno imprenditori commerciali,

- espressivi della cessazione del vincolo sociale ovvero del passaggio dello status di socio dalla responsabilità illimitata a quella limitata⁴⁶;
- tale disciplina opera anche nel caso in cui il mutamento del regime di responsabilità patrimoniale del socio dipenda da eventi quali la trasformazione, la fusione o la scissione societaria;
 - infine, quanto alla posizione dei nuovi soci illimitatamente responsabile che subentrino nella società collettiva, deve ritenersi ai sensi dell'art. 2269 c.c. che essi rispondano di tutte le obbligazioni sociali, anche se preesistenti al loro ingresso nella società;

Analogamente sempre l'art. 147 l.f. dispone per il caso del **socio occulto**: **se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore fallimentare, di un creditore o di un socio fallito dichiara il fallimento dei medesimi.**

Qui la novità più significativa è data dall'ampliamento della legittimazione a chiedere al tribunale fallimentare l'estensione, atteso che il riferimento è "**su istanza del curatore fallimentare, di un creditore o di un socio fallito**".

Non pare significativo che il legislatore abbia ommesso l'inciso "dopo averli sentiti in camera di consiglio", atteso che è indubitabile che tale audizione dovrà comunque avere luogo secondo le disposizioni generali in materia di istruttoria prefallimentare. E' altresì evidente che nel caso del socio occulto non vi sarà spazio alcuno per l'applicabilità della surrichiamata disciplina in materia di esenzione dal fallimento per cessazione dello status sociale, sebbene alcuno abbia ipotizzato la possibilità di una inverosimile pubblicizzazione postuma della cessazione della qualità di socio.

Sempre lo stesso articolo 147, al 4 c., prevede poi il caso distinto della **società occulta**, prevedendo che il **tribunale pronuncia il fallimento anche nel caso in cui sopra la riferibilità dell'attività d'impresa ad una pluralità di soggetti**, in tal modo avendo così il legislatore risolto il dubbio avanzato dalla dottrina sulla possibilità di estendere il fallimento ad una pluralità di soci occulti, a fronte della responsabilità esterna dell'imprenditore individuale che avesse speso il suo nome. Segnatamente va ricordato come il dubbio sorgeva in relazione al fatto che il vecchio testo dell'art. 147 l.f. disciplinava il solo caso della società palese con soci occulti, laddove allora si era posto il problema – risolto positivamente dalla prevalente giurisprudenza - della estensione analogica della previsione al caso della società integralmente occulta dissimulata da un esercizio individuale dell'attività d'impresa. La riforma lascia comunque all'interprete l'ulteriore approfondimento della individuazione degli indici rivelatori della società occulta, in tal caso dovendosi richiamare integralmente il preesistente dibattito dottrinale e

⁴⁶ Sandulli – Nigro, cit., p. 904, ove si pone il problema ulteriore dell'individuazione delle *formalità* rilevanti: rileveranno solo gli adempimenti pubblicitari legalmente idonei a portare a conoscenza i fatti citati o potranno anche rilevare *altri mezzi idonei* mediante i quali il socio illimitatamente responsabile di società irregolare può in concreto portare a conoscenza dei terzi la cessazione della sua qualità?

giurisprudenziale sulla prova del contratto sociale in relazione all'esistenza dell'affectio societatis, della creazione di un fondo comune finalizzato alla comune attività d'impresa e alla ripartizione delle perdite e dei utili tra i soci.

Nessun riferimento esiste nella riforma in ordine al caso:

- della **fallibilità della società apparente**;
- del **socio gestore** e del **socio tiranno**⁴⁷;
- della **fallibilità dei gruppi societari**, ad eccezione dell'art. 148 l.f. che prevede l'unicità del curatore fallimentare e del giudice delegato, sebbene con la precisazione della distinzione delle procedure e delle relative masse patrimoniali.

In ultimo va richiamato l'ultimo comma dell'art. 22 l.f. nuovo testo, là dove ha espressamente previsto che **i termini di cui agli artt. 10 e 11 l.f. si computano con riferimento alla data del decreto della Corte di Appello**: con tale previsione la riforma ha ritenuto di dovere sancire l'irrilevanza della cessazione annuale dell'impresa che si maturi successivamente alla delibazione positiva del reclamo promosso avverso un decreto di rigetto dell'istanza pronunciato dal tribunale; quest'ultimo quindi, ricevuti gli atti dalla Corte non potrà che dichiarare il fallimento pur essendo nelle more cessata l'impresa.

⁴⁷ Silenzio favorevolmente interpretato da Sandulli – Nigro, cit., p. 896, nel senso dell'esclusione della fallibilità di tali soggetti – prevista nella bozza Trevisanato -, coerente con l'assunto che i detti rispondano solo sul piano distinto del responsabilità risarcitoria per attività gestoria illegittima.

Iniziativa alla dichiarazione di fallimento.

LA SOPPRESSIONE DELL'INIZIATIVA D'UFFICIO

Vigente il vecchio testo della norma, l'iniziativa d'ufficio era ricondotta ad un potere di carattere generale riconosciuto in capo all'Ufficio fallimentare territorialmente competente: si riteneva che il Tribunale dovesse agire tutte le volte in cui fosse pervenuta "un'informazione qualificata", cioè una notizia ufficiale dello stato di insolvenza dell'imprenditore derivante, non solo dall'attività ordinaria del Tribunale fallimentare, ma anche da altre fonti quali ad esempio la trasmissione del bollettino dei protesti cambiari prevista dall'ormai abrogato art. 13 l.f. e, naturalmente, dall'attività di altro Giudice civile secondo quanto disposto dall'art. 8.

Nella prospettiva tracciata dall'art. 111 della Costituzione recante le disposizioni del "giusto processo", l'iniziativa officiosa prevista dall'art. 6 l.f. tuttavia non trascurava di evidenziare alcuni **dubbi di legittimità costituzionale** per un prospettato contrasto con i principi di imparzialità e terzietà del giudice quale soggetto che, nell'impianto della legge fallimentare, promuove, istruisce e decide se assoggettare a fallimento l'imprenditore, con ciò configurando una violazione del principio della domanda che governa il processo civile.

La Corte Costituzionale (Corte Cost. 15 luglio 2003 n. 240), risolvendo il prospettato contrasto, aveva dichiarato non fondate le questioni di legittimità quando il Giudice, pur se il procedimento sia promosso d'ufficio, conservi una posizione di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti. Tale principio, nell'interpretazione del Giudice delle leggi, non poteva dirsi compromesso **ove la conoscenza di una situazione di fatto riconducibile allo stato d'insolvenza derivasse da una fonte "qualificata"**, perchè formalmente acquisita nel corso di un procedimento del quale il Tribunale era, come tale, investito. In queste ipotesi il Tribunale, conoscendo legittimamente del procedimento innanzi a sè pendente nel quale era parte l'imprenditore, recepiva la *notitia decoctionis* nella quale si fossero profilati i presupposti di cui agli art. 1 e 5 l.f., ed era tenuto ad aprire il procedimento fallimentare per accertare l'effettiva sussistenza di tali presupposti, esclusa ogni valutazione discrezionale al riguardo.

Il d.lgs. n. 5/06 abroga del tutto la previsione di un potere dichiarativo officioso del tribunale e ciò induce ad alcuni rilievi:

- la suddetta abrogazione è stata operata dal Governo **in assenza di un principio di delega** che richiedesse la rimodulazione dei soggetti legittimati alla presentazione della richiesta di fallimento.
- **nell'intento del legislatore delegato** la disposizione ha lo scopo di risolvere "dopo lunghe dispute e ripetuti interventi della Corte Costituzionale (ord. n. 411/02; Sent. n. 240/03), ogni possibile contrasto della norma con i principi del giusto processo sancito dal nuovo art. 111 della Carta Costituzionale"
- la soppressione del potere officioso è, come rileva la relazione al decreto legislativo, in parte sopperita da un ampliamento dei poteri d'iniziativa riconosciuti al Pubblico Ministero.

Ma la giustificazione, almeno de iure condendo, non convince appieno⁴⁸.

Valgono le seguenti osservazioni:

- innanzitutto **sotto il profilo del coordinamento sistematico con le altre normative concorsuali** con riferimento alle altre disposizioni oggi non omogenee ad un impianto normativo oramai orientato in altro senso: l'art. 162 in materia di conc. preventivo (ma v. anche gli artt. 173 e 179 l.f.) che ancora prevede che il Tribunale possa dichiarare d'ufficio il fallimento qualora la proposta di concordato preventivo non soddisfi i requisiti di cui all'art. 160 primo e secondo comma; gli artt. 69 e 70 del d.lgs. 270/99 relative all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e alla possibilità che la conversione in fallimento possa essere richiesta sia dal commissario straordinario che d'ufficio; l'art. 4 Legge 18 febbraio 2004 n. 39 sulla ristrutturazione delle "grandissime" imprese in crisi, che richiamando l'art. 70 d.lgs 270/99 prospetta la possibilità per il Tribunale di convertire d'ufficio la procedura in fallimento al termine del programma;
- in secondo luogo **sotto il profilo dell'asserita equivalenza con l'ampliamento dei poteri di ufficio del p.m.** va poi osservato che l'eliminazione della previsione contenuta del progetto elaborato dal Gruppo di lavoro istituito presso il Ministero della Giustizia - per cui *"in caso di rinuncia dell'istanza di fallimento da parte dei ricorrenti, il Tribunale ne da comunicazione al procuratore della Repubblica, il quale, nel termine di trenta giorni, può presentare richiesta di prosecuzione della procedura"* - oggi sotto il profilo ricostruttivo potrebbe legittimare una soluzione negativa alla tesi richiamata dalla medesima relazione sull'asserito ampliamento dei poteri del p.m.;
- infine, non può non ricordarsi **l'omessa previsione della legittimazione del p.m. nei casi di fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili;**

Il ruolo del pm.

Art. 7. "Il Pubblico Ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6:

- 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;**
- 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile".**

Nel nuovo art. 7 il legislatore ha accorpato in un'unica disposizione due facoltà che la vecchia legge concedeva a due organi diversi (P.M. e Tribunale fallimentare),

⁴⁸ v. Fabiani, *Traccia dei temi in discussione nella riforma dell'istruttoria prefallimentare*, relazione inedita, Pescara 6 marzo 2006, pp. 9 ss.

e sulla base di presupposti differenti (casi tassativamente indicati dall'art. 7 per l'una, e semplice "*notitia decoctionis*" per l'altra), anche se volti al medesimo fine (la dichiarazione di fallimento), in tal modo intendendo sopperire alla scomparsa dei poteri di iniziativa dell'autorità giudiziaria.

Quanto al primo comma, secondo il Legislatore Delegato, l'art. 7 "*fa riferimento a qualsiasi notizia decoctionis emersa nel corso di un procedimento penale che rende attivabile l'iniziativa del Pubblico Ministero, mentre aggiunge, tra i fattori sintomatici dell'insolvenza emersi in tale sede, anche la nozione tecnica di "irreperibilità" dell'imprenditore*", mentre **con riferimento al secondo comma**, la norma si propone di bilanciare la soppressione della dichiarazione d'ufficio, prevedendo che il P.M. può dar corso all'istanza di fallimento quando riceva "*segnalazione qualificata proveniente dal Giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore*".

Ora:

- deve ritenersi che, nonostante il dato letterale, **l'elencazione dei fatti indici di insolvenza** di cui al primo comma sia **meramente esemplificativa**; diversamente non si spiegherebbe la specificazione effettuata dal Governo in ordine al riferimento a "*qualunque notizia decoctionis*". L'intento, evidentemente, è quello di consentire al P.M. di dar corso all'iniziativa in presenza di "qualsiasi" notizia dello stato di decozione dell'imprenditore (purchè, appunto, essa emerga nel corso di un giudizio penale) in assenza dei vincoli che un'elencazione tassativa di fatti rilevanti comunque imporrebbe.
- quanto alla **nozione di "procedimento civile"** di cui al n. 2 della disposizione, vi rientreranno, oltre quelli di cognizione ordinaria, esecutivi e cautelari, anche i procedimenti di volontaria giurisdizione - ad esempio il ricorso per la nomina di liquidatore giudiziario di società in caso di disaccordo tra i soci nelle società di persone (art. 2275), il ricorso al Tribunale *ex art. 2487 c.c.* per l'accertamento delle cause di scioglimento e la nomina dei liquidatori nelle società di capitali in caso di inerzia degli amministratori ovvero, ancora, il ricorso *ex art. 2409 c.c.* -, così come dovrebbero rilevare anche il giudizio di omologazione degli accordi ristrutturazione ex art. 182 bis l.f. (Bernardi, cit, p. 2).
- Il riferimento alla **insolvenza rilevata nel corso di un procedimento civile** andrà intesa nel senso del potere officioso del giudice civile di procedere alla rilevazione, indipendentemente dalla apposita richiesta delle parti;

Due sono poi **i casi problematici** da valutare:

- **l'ipotesi di desistenza volontaria dall'istanza di fallimento**: non pare vi possano essere dubbi – e la Relazione lo dice espressamente - che, diversamente dal passato, il Tribunale non potrà non archiviare, non residuando alcuna potestà valutativa autonoma sulla sussistenza dello stato di insolvenza; deve però ritenersi sicuramente ammissibile la possibilità che il Tribunale Fallimentare proceda a dare **avviso al Pubblico Ministero affinché**

questi valuti se dare corso ad una nuova procedura fallimentare⁴⁹; si porrà in tal caso **l'ulteriore dubbio** in ordine al destino degli atti dell'istruttoria già compiuti dal Tribunale: dovrà il Tribunale allegare alla richiesta formulata al P.M. tutte le valutazioni già compiute e acquisite in sede di istruttoria prefallimentare?

- il *fallimento* della **procedura di concordato preventivo** per rinuncia del ricorrente ovvero nelle altre ipotesi previste dalla l.f. – artt. 162 e 173 l.f. - (inammissibilità del ricorso, insussistenza dei presupposti, mancato raggiungimento delle maggioranze, successiva risoluzione o annullamento del concordato e gli altri casi previsti dall'art. 173 l.f.), in considerazione della mancata abrogazione formale dell'art. 162 l.f. sulla dichiarabilità d'ufficio del fallimento in caso di ritenuta inammissibilità della proposta ai sensi del primo comma dell'art. 162 l.f. o nel caso di mancata ricorrenza delle condizioni di cui al secondo comma dello stesso articolo:
 - secondo alcuni l'ingresso della notizia decoctionis da parte dell'imprenditore investirebbe comunque il tribunale che potrebbe dichiarare d'ufficio il fallimento (ma, senza considerare che oramai risulta improbabile l'affermazione della persistenza di un potere officioso di tal genere e della conseguente vigenza dell'ultima parte dell'art. 162 l.f., si potrebbe replicare che il nuovo concordato preventivo non contempla l'accertamento da parte del tribunale dello stato di insolvenza così come la proposta di concordato ancora oggi non sortisce alcun effetto confessorio⁵⁰ e che la modificazioni delle condizioni di ammissione alla procedura sono mutate in guisa da doversi predicare l'implicita abrogazione dell'ultima parte dell'art. 173 l.f.);
 - secondo altri è preferibile comunque ritenere che anche in tal caso si dovrebbe passare per il medium dell'iniziativa dell'ufficio del p.m. debitamente sollecitato dal tribunale⁵¹.

L'iniziativa del debitore: l'istanza di autofallimento.

Art. 14. Obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento. L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata. Deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'indicazione dei ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre anni, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto.

⁴⁹ In termini v. A. Saletti, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare riformata*, Rivista Dir. Proc., 2006, 3, p. 985.

⁵⁰ Cass. 11.4.1989, n. 1737

⁵¹ Bernardi, cit., p. 2; G. Bozza, *Le condizioni oggettive e soggettive del nuovo concordato*, Il Fallimento, 2005, 8, 952.

La riforma ha lasciato immutata la possibilità per il debitore di richiedere autonomamente il proprio fallimento. La disposizione di cui all'art. 6 naturalmente va letta in uno con le ulteriori previsioni di cui all'art. 14 (recante la disciplina degli obblighi dell'imprenditore che richiede il proprio fallimento) e all'art. 1 (requisiti soggettivi).

Nel caso delle società, la richiesta di fallimento dovrà essere presentata dagli organi sociali a ciò deputati ovvero gli amministratori (qualora lo statuto lo richieda, su deliberazione dell'assemblea). **Dubbi sono stati avanzati in ordine alla possibilità che la segnalazione provenga da un soggetto privo di legittimazione ad esprimere la volontà sociale e se tale segnalazione possa ancora sortire direttamente effetti ai fini dell'avvio della procedura:**

- ora l'istanza di fallimento costituisce infatti una vera e propria domanda giudiziale e, come tale, comporta che venga proposta da chi è investito del potere di rappresentanza della società e dei corrispondenti poteri deliberativi;
- al più si potrebbe ipotizzare che il Tribunale Fallimentare, avanti a cui pende un ricorso di autofallimento promosso da un soggetto non legittimato (ad esempio, dei sindaci), possa coinvolgere il P.M. *ex art.7 comma 2 l.f.*

Gli obblighi prescritti dall'art. 14 sono incombenze – un vero e proprio *onere a carico del ricorrente* - **sprovviste di sanzione**: oggi si potrebbe al più affermare al più la possibilità della trasmissione degli atti al p.m. in difetto della documentazione di cui all'art. 14 l.f. (e salva la circostanza che, dichiarato il fallimento, l'imprenditore sia suscettibile dell'imputazione *ex art. 220 l.f.*⁵²).

Quanto al riferimento generico alle **“scritture fiscali e contabili obbligatorie”** deve ritenersi che:

- siano state richiamate quelle descritte dall'art. 2214 c.c. per l'impresa commerciale in genere, ovvero il libro giornale ed il libro degli inventari
- nonché, per le società di capitali, quelle previste dall'art. 2421 c.c. ovvero libro soci, libro delle obbligazioni (se esistente), il libro dei verbali delle adunanze dell'assemblea, il libro dei verbali delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione, il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di controllo.

La norma si propone in primo luogo di semplificare la disciplina degli obblighi di deposito imposti al debitore, ma, allo stesso tempo, di consentire le verifiche relative al profilo dimensionale dell'impresa fallenda. L'intento è ancor più evidente allorché si consideri che l'obbligo di deposito concerne le scritture obbligatorie relative ai tre anni precedenti la proposizione dell'istanza, allo stesso modo in cui il secondo comma dell'art. 1 prevede che la verifica dei requisiti dimensionali dell'impresa attraverso la media dei ricavi lordi, sia effettuata sui tre anni precedenti il deposito del ricorso.

In tal senso il prospetto riassuntivo della sola voce di bilancio “ricavi” costituisce, nell'ottica dell'accelerazione complessiva della procedura, un indubbio strumento di

⁵² M. Ferro, *Avvio delle procedure e istruttoria, fallimenti tardivi*, Nuovo diritto delle società, 2006, fascicolo marzo/aprile, pp. 21 ss.

facilitazione dell'operato del Tribunale nella verifica delle condizioni di cui all'art. 1 co. 2° n. 2 l.f.. Ciò non esclude tuttavia che l'istruttoria non possa limitarsi alla verifica della sola documentazione allegata dall'istante, talchè il Tribunale dovrà comunque attuare una verifica dei dati dichiarati nell'impianto della contabilità aziendale.

Va a tal uopo segnalato secondo **Tribunale Palermo, 28 luglio 2006**, inedito, **l'omesso deposito di parte della documentazione non integri un difetto di ammissibilità dell'istanza di fallimento in proprio**, atteso che l'onere di deposito delle scritture contabili relative all'ultimo triennio sia da porre in relazione alla necessità di accertare l'effettiva esistenza dei requisiti stabiliti dalle norme citate, avendo il legislatore della riforma inteso limitare il ricorso alla procedura fallimentare ai casi di insolvenza rilevante, con esclusione delle imprese di piccole e medie dimensioni (pronuncia ove si richiama Cass. 20 aprile 1990, n. 3301, secondo cui *“In materia di dichiarazione di fallimento l'omissione da parte dell'imprenditore che chieda il proprio fallimento del deposito delle scritture contabili, del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite ai sensi dell'art. 14 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, che può essere eccepita solo da chi dimostri di avere un interesse proprio a tale produzione, non costituisce di per sé motivo di nullità della dichiarazione di fallimento, dovendo il fallito ovviare a tale omissione ai sensi dell'art. 16 comma 2 n. 3 del detto decreto”*).

Discutibile è poi se debba essere convocato in camera di consiglio l'imprenditore che abbia chiesto il proprio fallimento, il quale però dovrà essere preventivamente udito in caso di contestuale presentazione di istanze di fallimento da parte di creditori o del PM, ovvero della acquisizione di elementi in contrasto con la sua domanda o rivelatori della l'esistenza di una società di fatto con terze persone.

L'assenza di una previsione che legittimi il debitore al reclamo ex art. 22 l.f. avverso il decreto di rigetto dovrebbe indurre l'interprete alla soluzione negativa⁵³.

PROCEDIMENTO PREFALLIMENTARE

Il **nuovo art. 15 l.f.**, recependo varie prassi ampiamente presenti sul territorio nazionale, dispone che:

- l'udienza prefallimentare avvenga con le formalità del procedimento in camera di consiglio in composizione collegiale;
- il decreto di convocazione (emesso dal tribunale o, su delega di questo, dal giudice relatore) sia notificato al debitore, a cura di parte, nel rispetto del termine a difesa non inferiore a 15 giorni liberi (salvo riduzione motivata);
- al debitore viene inoltre assegnato un termine non inferiore a sette giorni per il deposito di eventuali memorie difensive e di documenti, e gli viene altresì intimato il deposito di una situazione economica patrimoniale e finanziaria aggiornata;

⁵³ M. Ferro, *Avvio delle procedure e istruttoria, fallimenti tardivi*, Nuovo diritto delle società, 2006, fascicolo marzo/aprile, pp. 21 ss.

- la trattazione dell'istruttoria è collegiale, salvo che il Tribunale non deleghi espressamente il g.d. per l'audizione delle parti;
- l'espletamento dei mezzi istruttori chiesti dalle parti o disposti d'ufficio deve avvenire nel rispetto del contraddittorio;
- viene inoltre ribadita la natura inquisitoria della procedura prefallimentare; il giudice può infatti disporre accertamenti necessari già in sede di convocazione del debitore e assumere d'ufficio mezzi di prova.
- l'emissione da parte del tribunale di provvedimenti conservativi del patrimonio del debitore, da confermarsi o da revocarsi con la pronuncia che chiude il procedimento prefallimentare;

Un primo punto sicuramente rilevante e testualmente confortato dalla relazione di accompagnamento alla riforma è la **consacrazione normativa della "cameralizzazione" dell'accertamento prefallimentare**: condivisibilmente si è notato come il legislatore delegato, di fronte alla metastasi dei riti che affligge l'attuale sistema processuale, abbia rinunciato tanto a dettare una disciplina specifica, che si aggiungerebbe alle numerose già esistenti, quanto ad avventurarsi in complesse operazioni di coordinamento con una normativa generale, allo stato ancora fluida, e sia così affidato all'estro ed alla fantasia dell'interprete e del singolo giudice⁵⁴.

Tale innovazione si colloca nell'ambito del corposo e significativo trend legislativo che intende valorizzare il procedimento camerale come **mero schema processuale snello e semplificato** fungibile per la tutela di interessi diversi e specificati di volta in volta in un'ottica funzionale di effettività e rapidità della tutela giurisdizionale. Il fenomeno, ormai noto alla dottrina processualistica, manifesta un vero e proprio *pullulare di tanti miniriti camerali*⁵⁵.

Ed allora **l'adozione del modello camerale come contenitore neutro** - in cui, secondo l'unanime orientamento giurisprudenziale, possono trovare spazio sia i provvedimenti di c.d. "volontaria giurisdizione" che quelli di natura "contenziosa" - **dovrebbe** - il condizionale è d'obbligo - **assicurare il raggiungimento dei diversi obiettivi imposti dalla Costituzione e dalla legge delega**: ovvero **la concentrazione, l'immediatezza e la speditezza del procedimento e la più generale e sempre immanente necessità di deflazionare la giurisdizione** (cfr. relaz. govern. citata) attraverso la pienezza del contraddittorio, del diritto alla prova e della appellabilità della sentenza dichiarativa del fallimento davanti ad un organo diverso e sovraordinato al tribunale (per l'appunto la Corte d'Appello giusta la previsione del novellato art. 18 LF). Ci si trova quindi di fronte ad un **procedimento camerale contenzioso che dovrebbe quindi coniugare diritto di difesa, terzietà del giudice e speditezza dell'accertamento**⁵⁶.

⁵⁴ G. Costantino, *Riforma delle procedure concorsuali: profili processuali*, Fall. 2005, pp. 997 ss..

⁵⁵ A. Di Florio, *alcune osservazioni sul cd. progetto Vaccarella e brevi appunti sul rito camerale*, in G. Gilardi, *Processo e organizzazione*, Bologna, 2003, p. 167.

⁵⁶ In termini v. A. Saletti, cit., 3, pp. 1 ss.; M. Fabiani, *Traccia dei temi in discussione nella riforma dell'istruttoria prefallimentare*, relazione inedita, Pescara 6 marzo 2006: *E' dunque, in tale*

RICORSO PER FALLIMENTO E DIRITTO TRANSITORIO

La questione del diritto intertemporale che pone la riforma ha un immediata ricaduta interpretativa⁵⁷ soprattutto per i procedimenti prefallimentari non definiti al 16.07.2006 e avrà poi evidenti ricadute su varie questioni:

- ricorsi depositati ante 16\7 e decisi dopo il 16\7;
- successione di ricorsi per la dichiarazione di fallimento (alcuni depositati ante 16\7 e altri depositati dopo il 16/7);
- disciplina del ricorso in estensione depositato dopo il 16\7 rispetto al fallimento dichiarato ante 16\7;
- applicabilità dei nuovi presupposti soggettivi di fallibilità (si pensi alla nuova figura del piccolo imprenditore);
- regime dell'impugnazione della sentenza dichiarativa (è ammissibile o inammissibile l'opposizione);
- rito da applicare ai giudizi ex art. 24 (ricorso e decreto anzichè citazione e sentenza);

La norma transitoria non è certamente scritta in modo chiaro e univoco e già nell'immediato ha suscitato in giurisprudenza un affannato dibattito sui problematici innesti tra vecchio rito e riforma con rilevanti divergenze interpretative tra tribunale e tribunale: che forma dovrà avere la sentenza di fallimento pronunciata a seguito di procedura di vecchio rito? Verrà opposta o appellata? Cosa accade se la procedura era iniziata d'ufficio? E che forma avrà la sentenza di fallimento a seguito di reclamo proposto prima dell'entrata in vigore della nuova legge ma definito in epoca successiva? Come valuterà la Corte d'Appello i presupposti di cui all'art. 22 penultimo comma? Possono innestarsi nel corso della procedura vecchio rito i provvedimenti cautelari di cui all'ultimo comma dell'art. 15? Quali i requisiti per la nomina del curatore?

Per risolvere correttamente le questioni di diritto intertemporale che si pongono con l'entrata in vigore della riforma rilevano due articoli del d.l.vo stesso:

cornice, che si pone il problema classificatorio su quale sia la vera natura del procedimento, posto che vi è una precostituzione di forme (ma con la soglia della incerta definizione delle attività istruttorie) tale da non allontanare il modello processuale da modelli a cognizione semplificata ma con attitudine alla immodificabilità (se non si vuole scomodare la nozione di giudicato al lume delle connotazioni degli interessi in gioco) ; così pure la scomparsa della iniziativa d'ufficio, parzialmente compensata dalla attribuzione di una legittimazione diffusa (se si segue la lettura sopra suggerita) del p.m., non consentono di affermare che sia prevalsa la logica apertamente privatistica nella apertura del fallimento. Tutto ciò comporta come non sia agevole comprendere se e sino a che punto nel procedimento prefallimentare vengano in gioco in quanto decisi (e non solo incisi) diritti soggettivi di creditore e debitori; ovvero se l'oggetto del procedimento non sia il diritto soggettivo processuale del creditore a vedere realizzato il proprio credito attraverso una gestione esecutiva concorsuale.

⁵⁷ Si veda a tal riguardo lo speciale del *IlSole24ore* del 30.10.2006 dal significativo titolo "Fallimenti, tribunali divisi".

- **l'art.153 l.f.** ha previsto in via generale che la riforma del diritto fallimentare entrasse in vigore dopo sei mesi dalla pubblicazione sulla G.U. (ad eccezione degli artt. 45, 46, 47, 151 e 152 l.f. per i quali si è prevista l'entrata in vigore dal giorno della pubblicazione);
- **l'art. 150 l.f.** prevede poi *“I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore”*.

Secondo la Relazione ministeriale illustrativa, con riferimento alla norma disciplinante la fase transitoria, *“La norma tende ad evitare che un concorso di discipline diverse susseguentesi nel tempo nell'ambito della stessa procedura possa determinare difficoltà e nuocere al corretto svolgimento della procedura stessa, alle ragioni dei creditori”*.

Come si vede il tenore letterale dell'art. 150 l.f. parla di **definizione** dei ricorsi, delle domande di concordato e delle procedure fallimentari e di concordato pendenti, sicchè il problema è di decidere se la **definizione investe la procedura fallimentare o quel suo segmento che è l'istruttoria prefallimentare**: affermare che si definisce il ricorso ante 16\7 in base alla disciplina previgente può essere inteso sia con riferimento all'intera procedura fallimentare che scaturisce dall'accoglimento del ricorso sia come riferimento alla definizione di quel segmento introdotto con il ricorso e che si conclude per il rigetto dello stesso o per la dichiarazione di fallimento, assumendosi poi che la successiva fase concorsuale sia distinta e destinata ad essere regolata dalla normativa novellatrice.

Una parte dei tribunali fallimentari italiani sembrano aderire ad una **ricostruzione monistica della procedura fallimentare collegata all'unicità indissolubile della disciplina processuale e sostanziale** per cui:

- sulla base del dato letterale dell'art. 150 l.f. che parla di ricorsi senza distinguere tra norme processuali e sostanziali;
- alla luce del contenuto della Relazione esplicativa;
- in considerazione dell'unicità della procedura fallimentare intesa come un unicum che inizia con l'istanza di fallimento e prosegue con la dichiarazione di fallimento o si chiude con il decreto di rigetto;
- osservandosi che in relazione allo statuto del piccolo imprenditore, la garanzia di uniformità applicativa potrebbe realizzarsi in via interpretativa attraverso un'adeguamento quantitativo della vecchia figura del piccolo imprenditore ai nuovi parametri quantitativi individuati dalla riforma (seppure per tale via non verrebbe risolta la questione in ordine alla prevedente non fallibilità della piccola società commerciale, oggi invece perfettamente fallibile se non piccola);
- badando all'esigenza che fin dal momento del deposito dell'istanza il debitore debba conoscere a che cosa va incontro nel caso in cui venga dichiarato il proprio fallimento, ivi compresa la procedura con la quale il suo fallimento sarà trattato;

si ritiene che:

a) i procedimenti prefallimentari instaurati prima del 16/07 saranno regolati, valutati (v. rif. soprattutto quanto ai requisiti di fallibilità) e definiti secondo le vecchie norme – sostanziali e processuali - e, conseguentemente, anche la procedura fallimentare sarà poi regolata dalla vecchia normativa, non potendo seguire ad una sentenza pronunciata secondo le vecchie forme una procedura regolata dalle nuove forme;

b) i procedimenti prefallimentari instaurati dopo il 16/07 saranno definiti secondo le nuove norme e, conseguentemente, anche l'intera procedura fallimentare sarà regolata dalla nuova normativa⁵⁸.

Ancora: secondo una ulteriore interpretazione⁵⁹ dovrebbe affermarsi **l'integrale bifasicità del procedimento di accertamento prefallimentare rispetto all'apertura del fallimento in senso stretto**, sicchè:

- l'autonomia della fase prefallimentare istruttoria e la lettera dell'art.150 l.f. impongono che questa segua le regole del tempo della sua instaurazione, sicchè il ricorso depositato ante 16\7 dovrà essere, proceduralmente e sostanzialmente, disciplinato dalla vecchia normativa (analogamente dovendosi ritenere anche per le procedure di fallimento già pendenti al 16\7);
- la sentenza dichiarativa che segua, dopo il 16\7, non potrà però che seguire la nuova disciplina procedurale e sostanziale introdotta dal d.lgs. 5\06;

Ancora e prescindendo da una valutazione strutturale della procedura prefallimentare in rapporto alla sentenza dichiarativa di fallimento, una **diversa proposta interpretativa scinde-** nella lettura della disciplina transitoria - **il dato processuale prefallimentare dalla disciplina sostanziale:**

- l'art. 150 l.f. avrebbe ad oggetto solo “i ricorsi” e quindi rivestirebbe solamente un rilievo processuale;
- la necessità di garantire diacronicamente l'unicità dello statuto sostanziale dell'imprenditore fallibile e quindi di garantire al ceto imprenditoriale il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. imporrebbe di individuare un'unica disciplina ad es. del piccolo imprenditore non fallibile, evitando che l'applicazione dei nuovi parametri dipenda ad es. dalla data di deposito del ricorso, dalla sua più o meno celere trattazione e decisione;
- occorrerebbe allora distinguere, al fine di individuare lo statuto applicabile al piccolo imprenditore, tra disciplina processuale e sostanziale introdotta dalla riforma: l'art. 150 l.f. andrebbe interpretato in senso strettamente processualistico, ovvero che i ricorsi per la dichiarazione di fallimento depositati prima del 16/7/2006 andrebbero trattati (rectius: definiti) secondo il procedimento di cui agli artt. 15 e ss. L.F. nella loro originaria formulazione, laddove le norme sostanziali concernenti l'ambito di applicazione della disciplina ed afferenti ai requisiti che l'impresa deve possedere per

⁵⁸ Così sembrerebbe orientarsi il Tribunale di Milano con una comunicazione ufficiale del 12 luglio 2006 indirizzata ai curatori fallimentari, reperibile sul www.tribunalemilano.net, citata da C. Brogioni, *Applicazione della normativa ante o post riforma dei fallimenti dichiarati dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni sulla base di domande presentate prima del 16 luglio 2006*, reperibile su www.ipsoa.it/fallimento.

⁵⁹ Tribunale Mantova 12.10.2006 reperibile su www.ilcaso.it.

l'assoggettamento della stessa alla procedura concorsuale, dovrebbero, di contro, ritenersi immediatamente applicabili anche in siffatte ipotesi. Ciò sarebbe conforme a Costituzione, essendovi in tal guisa un momento certo per l'applicazione delle norme sostanziali, che rappresentano il presupposto per l'accesso alla procedura concorsuale ed un regime transitorio di tipo processuale che consente di chiudere i procedimenti prefallimentari, incardinati prima del 16/7/2006, secondo le vecchie regole che li disciplinavano e sulla base dei mutati presupposti soggettivi⁶⁰.

Va a tal riguardo segnalata che una recente pronuncia⁶¹, in caso di **fallimento in estensione da dichiararsi successivamente al 16\7 ma rispetto ad un fallimento disciplinato dalla vecchia normativa**, ha ritenuto, correttamente, che il fallimento in estensione tragga origine dall'originario fallimento "principale", di cui rappresenta infatti un'estensione, e non sia invece una procedura del tutto autonoma, sicchè, sul presupposto che per la scelta della disciplina applicabile si debba aver riguardo non al ricorso depositato per l'estensione, bensì al ricorso che ha dato origine al fallimento "principale" ed alla conseguente sentenza dichiarativa, ha concluso che non si ponga una questione di verifica dei presupposti di fallibilità del soggetto, in quanto il fallimento in estensione costituisce un effetto automatico ed inderogabile sancito dall'art. 147 l. fall., a prescindere dalla sussistenza di uno stato di insolvenza dei soci illimitatamente responsabili (stato di insolvenza che deve, invece, riguardare esclusivamente la società).

Analogamente il problema si potrà porre in relazione all'ipotesi di due istanze di fallimento nei confronti dello stesso debitore, delle quali una sia stata depositata ante 16\7 e una successivamente alla fatidica data, nel qual caso la profonda diversità di discipline sostanziali e processuali e dei relativi mezzi di gravame per il caso di loro accoglimento e rigetto porrà problemi interpretativi di difficile risoluzione. La stessa, possibile, soluzione di un sostanziale assorbimento di entrambi i ricorsi sotto il vigore della disciplina previgente dovrebbe, solo a titolo di esempio, risolvere poi la questione dell'applicazione della norma in materia di obbligo di notificazione al debitore ovvero quella del rilievo da assegnarsi alla desistenza del creditore della prima istanza (nel qual caso, rimanendo solo la seconda istanza post 16\7 si dovrebbe poi escludere la dichiarabilità d'ufficio del fallimento).

LA DIFESA TECNICA

Un primo dubbio che si è già posto all'attenzione dei primi commentatori riguarda la **questione dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica**. La nuova l.f. tace sul punto e a mente del secondo comma dell'art. 82 *le parti possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore*, salvo che sia diversamente disposto.

Nel vigore della vecchia l.f. si riteneva che la procura alle liti e il ministero del difensore non fossero necessari, dalchè una parte della giurisprudenza faceva derivare l'irripetibilità, in sede di ammissione al passivo delle spese processuali del creditore istante vittorioso in giudizio (e salvo il caso che l'istanza avesse avuto finalità

⁶⁰ Tribunale Modica, 11.10.2006, inedita.

⁶¹ Tribunale di Mondovì, 20.7.2006, inedita.

complessivamente conservative, nel qual caso le dette spese ricevano l'ulteriore riconoscimento privilegiato ex art. 2755 c.c.).

Oggi in senso positivo inducono una pluralità di elementi:

- la previsione su citata del codice di rito;
- l'espresso riferimento contenuto alle **modalità dei procedimenti in camera di consiglio**;
- la **formalizzazione dell'organizzazione del contraddittorio prefallimentare tra le parti** (si pensi agli obblighi di avviso al fallito, di notificazione del ricorso e del decreto a cura della parte e alla previsione di termini a difesa);
- la **previsione di un'istruttoria probatoria articolata e compiuta**, comprensiva anche delle cd. prove di lunga indagine;
- **l'art. 17 l.f.** dispone **la notificazione della sentenza di fallimento al fallito eventualmente presso il domicilio eletto**, in tal modo riconoscendosi il diritto alla difesa tecnica del fallendo⁶².

Di contro, secondo parte della dottrina⁶³ la legittimazione del p.m., l'obbligo di convocazione delle parti e il principio di tipicità delle fonti di prova delinerebbero una cameralizzazione contenziosa dell'istruttoria prefallimentare, la cui formalizzazione imperfetta intanto potrebbe sfuggire da sospetti di incostituzionalità in quanto si ricostruisca il giudizio per la dichiarazione di fallimento in modo bifasico ed articolato: una fase sommaria – con il procedimento in camera di consiglio e senza necessità di difesa tecnica – e una fase successiva (rimessa all'iniziativa del debitore o di altro interessato) a cognizione piena di competenza della corte di appello.

LA DELEGA AL GIUDICE RELATORE

La riforma per evidenti ragioni di coordinamento delle regole sul giusto processo con le esigenze di economia e snellezza processuale ha poi espressamente codificato – laddove le prassi prefallimentari precedenti si orientavano in modo diversificato - **la possibilità di delega al giudice relatore “della audizione delle parti “ e “dell'ammissione ed espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio”** che la giurisprudenza aveva sempre ritenuto ammissibile e compatibile con il rito camerale. Si tratta di una **delega generalizzata**, cioè aperta a tutte le attività proprie della istruttoria prefallimentare (esclusa ovviamente la decisione), e non mirata ad un singolo atto, deve però prendere atto:

- 1) che, come recita il sesto comma dell'art. 15 LF, la delega può essere conferita non già dal presidente (del tribunale o della sezione) ma dal “tribunale”, vale a dire da un organo collegiale;
- 2) che nulla esclude che possa essere solo parziale, cioè limitata alla sola audizione delle parti o alla sola ammissione o espletamento dei mezzi istruttori;
- 3) non sono invece delegabili i provvedimenti cautelari o conservativi, per i quali è stata prevista la riserva di stretta collegialità (cfr. comma 8 dell'art. 15 l.f.)⁶⁴.

⁶² M. Cataldo, *Dichiarazione di fallimento, diritto di difesa e giudizio di opposizione prima e dopo la riforma della legge fallimentare*, Il Fallimento, 2006, 5, 535.

⁶³ M. Montanaro, *commento all'art. 15 l.f.*, in Nigro – Sandulli, cit., pp. 85 ss..

⁶⁴ S. Baracca, *L'istruttoria prefallimentare*, C.S.M., formazione decentrata di Catania, 19.5.2006.

IL DECRETO DI CONVOCAZIONE: contenuti e procedimento.

A seguito della istanza del creditore (o dello stesso debitore o del PM che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento), il presidente, o il giudice relatore delegato, emette **decreto di convocazione delle parti.**

In primo luogo occorre precisare che la strutturazione dell'istanza come vera e propria domanda e la previsione espressa dell'**obbligo di convocazione del debitore e dei creditori** deve fare ritenere la necessarietà della convocazione comunque anche nel caso di: **a)** istanza palesemente inammissibile, siccome mancante del presupposto soggettivo - ad es. ricorso relativo ad impresa agricola o ad un ente pubblico⁶⁵; **b)** esistenza di motivi di rigetto che emergano dal corpo del ricorso; **c)** presentazione di ulteriori istanze⁶⁶.

Affermare l'esistenza di un **obbligo di convocazione a cura del creditore (o del p.m. istante)** pone poi la questione della **rilevanza del mancato adempimento da parte del creditore all'obbligo di citazione**, nel qual caso si è prospettata un'ipotesi di **improcedibilità del ricorso**, non avendo più il tribunale il potere di procedere d'ufficio⁶⁷, salva la prova della non colpevolezza dell'omissione, nel qual caso si dovrebbe ammettere la concessione di un nuovo termine per la citazione. In senso contrario e nell'ottica della concedibilità senza limiti di un nuovo termine per la notificazione militerebbe però il rilievo della mancata previsione di una sanzione espressa e della possibilità generalmente riconosciuta in materia di provvedimenti urgenti ex art. 700 c.p.c. di concedere al ricorrente un nuovo termine per la notificazione del ricorso e del relativo decreto; soluzione quest'ultima che permetterebbe di evitare l'ulteriore problema interpretativo relativo all'esistenza in capo alla cancelleria fallimentare di dare comunicazione del decreto di citazione al creditore ricorrente).

Quanto al contenuto del decreto di convocazione:

- con il decreto si deve procedere all'**assegnazione di un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche**: non essendo peraltro stato previsto un termine per il ricorrente, l'eventuale replica dello stesso non potrebbe che essere svolta in udienza con verosimile appesantimento dell'istruttoria visto che la controparte ben potrebbe legittimamente invocare il diritto ad una contro-replica. Potrebbe allora essere opportuno che il decreto preveda anche un termine – naturalmente non perentorio e che non determina preclusioni - per la replica del ricorrente (ad esempio almeno tre giorni prima dell'udienza) lasciando in definitiva alla fase dell'udienza solo la contro-replica del resistente;
- il decreto deve contenere l'indicazione che “ il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per il fallimento. L'omissione di tale indicazione non dovrebbe dare luogo a nullità, laddove venga comunque

⁶⁵ F. Santangeli, cit., p. 72 richiama, limitatamente alla previgente disciplina la soluzione negativa espressa da Cass. 1 aprile 1993 n. 3912; A. Saletti, cit., p. 989.

⁶⁶ Nigro – Sandulli, cit., p. 77.

⁶⁷ Nigro – Sandulli, cit., p. 78.

- raggiunto lo scopo informativo ai sensi dell'art. 156 cpc. (in senso contrario potrebbe però militare l'espresso dato letterale, sebbene privo di espressa sanzione relativa);
- con il decreto il tribunale deve, in ogni caso, disporre **l'ordine di deposito di "una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata"**, ciò al fine di consentire l'immediata verifica della ricorrenza dei presupposti della dichiarazione di fallimento, tanto quello oggettivo (insolvenza) che quello soggettivo (superamento di una delle due soglie minime identificative dell'impresa non piccola, natura non commerciale dell'attività svolta). Trattasi di una disposizione la cui osservanza costituisce per il debitore un vero e proprio onere; ne consegue che, **dalla sua inottemperanza o dal suo parziale adempimento, il tribunale potrebbe trarre elementi di convincimento ex art. 116 cpc** che, tuttavia, non potranno essere i soli su cui fondare la decisione in considerazione dell'interesse pubblico che caratterizza il procedimento de quo.
 - peraltro **l'inciso " con gli accertamenti necessari " di cui al 4° comma dell'art. 15 cit.** dovrebbe significare che il tribunale (e, in prima battuta, il giudice relatore sin dal ricevimento della delega) deve **sempre** disporre tali accertamenti in via officiosa senza stare ad aspettare il deposito della "situazione" suddetta, che costituisce un atto di parte a cui si può attribuire valenza probatoria limitata, specie se le sue risultanze siano favorevoli all'imprenditore. Occorrerà principalmente fare riferimento a:
 - a) informative della p.g.,
 - b) informative della Camera di commercio, della Banca d'Italia – Centrale dei rischi -,
 - d) certificazioni dell'Agenzia del territorio e della cancelleria circa l'esistenza di procedure esecutive immobiliari e mobiliari,
 - f) certificazione della cancelleria circa la pendenza di ricorsi per decreto ingiuntivo,
 - g) visura dei protesti,
 - h) prospetto riepilogativo delle domande di fallimento proposte in precedenza contro lo stesso debitore,
 - i) attestazione degli Enti previdenziali e del concessionario del servizio riscossione tributi circa le eventuali esposizioni debitorie ecc..

Quanto al procedimento, alcune osservazioni s'impongono:

- il decreto, come detto, **va notificato a cura della parte istante** (quindi anche del PM se è stato tale organo pubblico ad attivare il procedimento), e non più ex officio, e non semplicemente " comunicato ", sicchè dovrà farsi necessariamente ricorso al procedimento notificatorio previsto dal codice di rito senza possibilità di utilizzo alternativo delle procedure telematiche previste dal novellato art. 6 LF; sarà opportuno, se del caso, ricorrere alle modalità alternative consentite al Tribunale dall'art. 151 cpc;

- per assicurare l'effettività della difesa, è stato stabilito un **termine minimo a comparire di 15 giorni liberi tra la data di notifica del decreto e quella dell'udienza di comparizione**;
- Entrambi i termini di 15 giorni liberi e di 7 gg per il deposito di documentazione possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, anche d'ufficio⁶⁸, se ricorrono particolari ragioni d'urgenza (art. 15, comma 5° LF), sebbene tale abbreviazione non potrà ridurre i termini però a pochissimi giorni, tanto più che le eventuali esigenze acceleratorie prospettate dai ricorrenti (e, quindi, anche dal PM) potranno trovare adeguata protezione con i provvedimenti cautelari ora introdotti dal comma ottavo dell'art. 15;
- **Il rispetto di detti termini non è espressamente qualificato dalla legge come perentorio**, sicché il suo mancato rispetto non determina alcuna decadenza⁶⁹. Questa prescrizione ha comunque una valenza sicuramente sostanziale perché incide sul diritto di difesa, per cui **in caso di violazione e in presenza di specifica eccezione** del debitore (che altrimenti la invalidità, da qualificarsi come relativa perché posta a presidio del suo esclusivo interesse, deve ritenersi sanata), si dovrà ammettere un **rinvio ad udienza successiva** onde consentire al debitore di potere fruire effettivamente del termine a difesa assicuratogli dalla legge;
- quanto al caso di **notificazione a soggetto irreperibile** poiché il terzo comma prevede un termine libero non inferiore a 15 giorni tra la data della notificazione e quella dell'udienza di comparizione, per una notifica ai sensi dell'art. 143 c.p.c. (ora applicabile ad esempio anche alle società nei confronti della persona che le rappresenta, dopo l'infruttuoso esperimento della notifica direttamente alla società e al suo rappresentante), perfezionandosi per il destinatario la notificazione al compimento di tutte le formalità (cioè dopo il ventesimo giorno), si deve stimare che un avviso di tal fatta richiede nel complesso circa due mesi per la formalizzazione del contraddittorio. Ciò, evidentemente, può comportare gravi conseguenze giacché nelle more potrebbe maturare il termine annuale di cui all'art. 10 L.Fall. ovvero potrebbero precludersi i brevi termini per la nuova revocatoria fallimentare; anche qui la possibilità di ottenere provvedimenti cautelari inaudita altera parte dovrebbe porre il creditore istante al riparo di eventuali effetti pregiudizievoli dipendenti da una convocazione non immediata del debitore⁷⁰.

Un ulteriore problema pratico rilevante si proporrà **in caso di pluralità di ricorsi per fallimento** in quanto la prassi giudiziaria della riunione dei ricorsi in un'udienza si

⁶⁸ M. Ferro, *Avvio delle procedure e istruttoria, fallimenti tardivi*, Nuovo diritto delle società, 2006, fascicolo marzo/aprile, p. 20..

⁶⁹ In termini v. A. Saletti, cit., p. 988, il quale peraltro rileva che la congruità del termine a difesa concesso potrà essere sindacata in sede di appello.

⁷⁰ F. Santangeli, cit., p. 73; S. Baracca, *L'istruttoria prefallimentare*, C.S.M., formazione decentrata di Catania, 19.5.2006.

dovrà coordinare con la previsione relativa alla concessione dei termini a difesa intercorrenti tra la notificazione del decreto e l'udienza di comparizione:

- verosimilmente non si potrà non operare di norma con la concessione dei termini a difesa previsti dall'art. 15 l.f.;
- purtuttavia, secondo alcuno, potrebbe ricorrersi nel caso di ricorsi sopraggiunti ad un'abbreviazione dei termini interpretando estensivamente il requisito dell'urgenza previsto nel medesimo articolo;
- e in ogni caso laddove vi sia una distanza ravvicinata con l'udienza prefallimentare si dovrà valutare la possibilità di una contestazione d'ufficio dell'esistenza di nuovi ricorsi con contestuale riconoscimento del diritto del debitore ad ottenere un rinvio ulteriore ad altra udienza.

IL CONTENUTO DELL'ISTRUTTORIA

La legge fallimentare non dettava alcuna norma disciplinante l'attività di istruzione probatoria nel procedimento diretto ad accertare i presupposti della dichiarazione di fallimento, ovvero legittimazione dell'istante, nonché la qualità di imprenditore commerciale e lo stato di insolvenza; tale circostanza però è stata foriera di prassi applicative presso i tribunali, anche notevolmente divergenti tra loro.

La inquisitorietà, del procedimento, come l'officiosità, veniva prevista e strutturata a presidio del pubblico interesse; mentre l'officiosità operava sul piano dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, il principio inquisitorio operava invece sul piano dell'istruzione probatoria; in deroga al principio *iudex secundum alligata et secundum probata decidere debet* il giudice doveva fondare il proprio convincimento non soltanto sulle prove (o sulle allegazioni) richieste o prodotte dalle parti, ma anche su quella che saranno acquisite nel procedimento di propria iniziativa⁷¹.

Il riconoscimento di tali ampi e indefiniti poteri di acquisizione probatorio officiosa trovava poi nella garanzia del contraddittorio un "indefettibile modus procedendi"⁷² anche nella formazione della prova.

Taluni tribunali hanno così utilizzato la PG per indagini specialistiche, nonché per l'audizione di creditori, per indagini in banche, per accessi nell'azienda, alla ricerca, nell'esercizio del potere inquisitorio del tribunale, di elementi indiziari relativi ai presupposti di fallibilità. Non tutti però concordavano nell'espandere senza limiti i poteri istruttori del giudice; ed invero, al fine di tutelare il soggetto contro cui l'istanza veniva rivolta, si riteneva secondo taluni che i mezzi di prova assumibili nel corso dell'istruttoria prefallimentare erano solo quelli tipici (oltre alla assunzione di informazioni ex art. 738 cpc), dettati per il procedimento di cognizione, mentre invece la libertà delle forme avrebbe operato solo nell'assunzione (in tal modo l'istruttoria prefallimentare si sarebbe accostata ai procedimenti istruttori deformalizzati, comunque coerenti con le garanzie costituzionali), laddove per altri ancora il potere del giudice doveva essere ancor più limitato, affermandosi che,

⁷¹ Diffusamente A. Orifici, *L'istruttoria prefallimentare: l'iniziativa, il contraddittorio, l'organizzazione dell'udienza, i decreti di rigetto*, relazione CSM, 21.10.2002.

⁷² Testualmente M. Ferro, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino 2001, pag. 272.

laddove venivano ammessi dal giudice mezzi di prova tipici, fosse necessario il rispetto delle modalità di assunzione previste per il giudizio di cognizione.

Quanto alle **prove costituenti** sono state ritenute ammissibili:

- l'audizione di un teste per provare la sussistenza dell'elemento soggettivo, dimostrando che una determinata azienda era di fatto gestita da colui contro il quale si era proposto l'istanza di fallimento, ovvero il rapporto societario di un socio occulto;
- la consulenza tecnica svolta su bilanci e sulle scritture contabili dell'imprenditore, ovvero tendente ad accertare se obbligazioni portate da cambiali o assegni protestati o da titoli per i quali siano pendenti procedure esecutive, siano estinte tramite pagamento. I dubbi su tale mezzo istruttorio sono stati legati anche al regolamento delle spese per il suo espletamento; in caso di rigetto della istanza proposta dal creditore, si riteneva che andassero poste a carico dello stesso, che le aveva anticipate, mentre in caso di fallimento, essendo il mezzo istruttorio finalizzato all'accertamento dello stato d'insolvenza e conseguentemente alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore, il creditore anticipatario veniva ammesso in prededuzione al passivo, trattandosi di spese di giustizia effettuate nell'interesse di tutta la massa dei creditori, ovvero ancora, avendo esse finalità conservative del patrimonio, al privilegio.
- l'ispezione di cose e l'ordine di esibizione di libri e scritture.

Venendo alla riforma, quanto al **contenuto dell'istruttoria prefallimentare** la riforma prevede che:

- possa essere disposta **l'audizione delle parti**;
- possano – **nel rispetto del contraddittorio e senza indugio** – **essere ammessi ed espletati mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio**;
- **le parti** possano **nominare consulenti tecnici**.

Ora, richiamando quanto argomentato in punto alla regolamentazione dell'onere probatorio nel caso dello statuto del piccolo imprenditore:

- continuano, in primo luogo, a restare **esclusi quei mezzi istruttori che rimettono la decisione della controversia alla confessione o al giuramento di una delle parti (c.d. prove legali), incompatibili con l'indisponibilità dei diritti in gioco**;
- tendenzialmente - e salvo gli approfondimenti che verranno all'attenzione degli interpreti dalla casistica giudiziaria - deve rilevarsi come la persistenza di un evidente pubblico interesse nella procedura dovrebbe fare ritenere che comunque l'ampiezza dell'istruttoria così delineata dovrà coordinarsi tanto con la necessità di instaurare il contraddittorio sull'assunzione delle prove e sul risultato dell'acquisizione probatoria quanto con il riconoscimento della persistenza di un potere officioso del tribunale;
- il legislatore fa riferimento ai ***mezzi di prova***, espressamente prevedendo un vaglio di ammissibilità degli stessi da intendersi quindi come espresso **richiamo ai criteri di predeterminazione legale dei meccanismi processuali di conoscenza dei fatti e quindi al principio di tipicità dei mezzi di prova**,

- sebbene nella struttura deformalizzata del procedimento camerale**, come, peraltro, è denunciato dall'espresso rinvio allo svolgimento dell'istruttoria prefallimentare **con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio**⁷³;
- non v'è dubbio che l'istruttoria sarà essenzialmente di natura documentale, sebbene deve ritenersi possibile l'esperimento anche delle cd. **prove di lunga indagine** come gli approfondimenti peritali e l'assunzione di testimoni (con un'inevitabile prevedibile appesantimento dei tempi di definizione del procedimento), seppure l'espresso riferimento letterale contenuto nell'articolo in commento al "senza indugio" fa ritenere che il tribunale o il g.d. possano operare una valutazione di compatibilità dell'accertamento istruttorio con gli interessi in gioco che escluda l'acquisizione di prove di eccessiva durata o ultronee rispetto allo scopo perseguito e sempre tenendo, altresì, nel debito conto la nuova possibilità di ricorrere alle misure ex art. 15 l.f.⁷⁴.

LE MISURE CAUTELARI

Una novità proposta dal novellato art. 15 è infatti quella rappresentata dalla possibilità data alle parti di richiedere **al Tribunale** – e quindi non al g.d. - **l'emissione di provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del procedimento**, confermabili o revocabili dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocabili dal decreto che rigetta l'istanza di fallimento. **La finalità della previsione** è indubbiamente quella di eliminare, o quantomeno ridurre grandemente, i rischi collegati al mantenimento in capo all'imprenditore insolvente dei poteri gestionali della sua impresa e del suo patrimonio e, quindi, la concreta possibilità di sottrazione, dispersione o occultamento del patrimonio o di abbandono dell'impresa o di pagamenti preferenziali, tanto per fare gli esempi più ricorrenti. In tal senso si è rilevato come **la maggiore proceduralizzazione del protocollo di difesa prefallimentare e il conseguente prevedibile allungamento dei tempi dell'istruttoria** trova nella detta potestà cautelare uno strumento diretto ad evitare la disgregazione del patrimonio dell'imprenditore ovvero una ridefinizione dell'impresa incoerente con la sua eventuale, futura liquidazione⁷⁵.

Non v'è infatti dubbio che la necessità di dovere fissare un'udienza per la comparizione delle parti, il termine libero non inferiore a quindici giorni che deve

⁷³ Nigro – Sandulli, cit., p. 81.

⁷⁴ Così G. Cavalli, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *Il nuovo fallimento* a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 51 che ammette la possibilità dei mezzi di prova di lunga indagine "nei limiti in cui, alla luce delle singole situazioni concrete, essi non conducano ad una inaccettabile dilatazione dei tempi processuali"; critico A. Saletti, cit., p. 988, nota 17, il quale, favorevole al pieno dispiegamento del diritto alla prova delle parti, osserva come la prova di lunga indagine non potrà essere negata per ragioni di urgenza, nulla avendo l'art. 15 l.f. previsto in tale direzione e essendo oggi il rimedio impugnatorio della sentenza di dichiarazione di fallimento l'ordinario rimedio dell'appello.

⁷⁵ M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Crisi dell'impresa e riforma della procedure concorsuali* a cura del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti, Roma 5.5.2005, p. 49.

intercorrere tra la notifica del ricorso e l'udienza, nonché i tempi dell'istruttoria vera e propria (che potrebbero non essere brevi laddove sia ammessa una consulenza tecnica) tendono ad spostare in avanti la decisione del tribunale sulla dichiarazione di fallimento. Di conseguenza, il legislatore, nell'evidente preoccupazione che nelle more il fallendo possa disperdere il proprio patrimonio, ha previsto dei provvedimenti cautelari diretti ad assicurare gli effetti della decisione⁷⁶

Quanto alle misure “cautelari e conservative”: in primo luogo si tratta di individuare le misure che possono essere disposte dal Tribunale: la norma si riferisce a misure “cautelari e conservative” (laddove probabilmente nell'intento del Legislatore, il termine “cautelari” va inteso come richiamante i provvedimenti anticipatori), che il Tribunale può emettere sia per tutelare il patrimonio che per tutelare l'impresa, e che, verosimilmente, potranno includere tanto provvedimenti nominati come anche quelli innominati:

- certamente saranno provvedimenti inammissibili quelli che richiedono effetti che non possono essere riconosciuti alle misure cautelari, quali ad esempio l'anticipazione dell'efficacia costitutiva di una pronuncia di merito in materia di diritti indisponibili: quindi ad esempio, non si potrà richiedere ed ottenere con un provvedimento cautelare volto ad anticipare gli effetti costitutivi della sentenza di fallimento, al fine di far decorrere a ritroso il termine di computo del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria;
- ammissibile sarà il sequestro dei beni o di parte dei beni del debitore per evitarne l'alienazione o comunque il rischio di occultamento. Il sequestro eventualmente concesso sarà soggetto a trascrizione;
- altro mezzo ipotizzabile, ad esempio, è il sequestro dell'azienda con contestuale nomina di amministratore giudiziario;
- le misure cautelari potranno poi consistere in inibitorie a singoli atti (ad es. a stipulare un contratto di vendita, a dare attuazione ad un contratto preliminare, a concedere ipoteca);
- analogamente potranno disporsi inibitorie tendenti a bloccare operazioni societarie, quali fusioni, riduzioni o aumenti di capitale;
- quanto ai provvedimenti anticipatori si potrebbe pensare ad esempio, una dichiarazione IVA la cui omissione potrebbe determinare un grave costo per l'impresa, la sospensione di una delibera societaria che prevede la riduzione del capitale sociale oppure una cessione d'azienda.

Va segnalato a tal riguardo, come una delle prime pronunce note ha esaminato il nuovo art.15 l.f. in relazione **all'esercizio provvisorio dell'impresa in caso di autofallimento**: l'art. 104 LF, al primo comma, sancisce che “con la sentenza dichiarativa di fallimento, il Tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori” e il secondo comma dell'art. 104 stabilisce che,

⁷⁶ Si veda a tal riguardo *Riflessioni “operative” sulla nuova legge fallimentare*, reperibile su www.giustizia.campania.it, a cura di Eugenio Forgillo, Raffaele Sdino, Alberto Garofano, Giuseppe Sparano e Augusto Tatangelo.

successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, il giudice delegato, su proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza “la continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa” e, infine, il secondo comma, lettera a), dell’art. 104 *ter*, relativo al programma di liquidazione, dispone che lo stesso deve specificare “l’opportunità di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa”. Ha ritenuto il tribunale, infatti, l’inconciliabilità della previsione della possibilità di immediata pronuncia circa l’esercizio provvisorio dell’impresa in uno con la sentenza declaratoria del fallimento e del relativo – previo - accertamento che lo stesso non rechi pregiudizio ai creditori (art. 104 LF) con la previsione della possibilità di pronunciare misure cautelari a tutela dell’impresa onde evitare che quest’ultima subisca ingiustificati pregiudizi a causa della durata della procedura⁷⁷.

Quanto alle **regole procedurali applicabili alla richiesta ed alla concessione delle misure**⁷⁸, ci si chiede se siano comunque invocabili le norme sul procedimento cautelare uniforme di cui agli articoli 669 *bis* e ss. c.p.c. (con il temperamento dato dalla regola della “compatibilità” di cui all’art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che prevede che le disposizioni sul procedimento cautelare uniforme si applichino anche ai procedimenti cautelari previsti in leggi speciali solo in quanto compatibili) o se invece il Tribunale abbia un potere maggiormente discrezionale nelle modalità di concessione delle misure richieste, libero (con il solo limite del rispetto del diritto di difesa) di stabilire la disciplina applicabile, posto che l’unico limite che l’art. 15 l.f. sembra porre è il divieto alla pronuncia d’ufficio dei provvedimenti.

La questione non è meramente teorica ed involge:

⁷⁷ Tribunale Palermo, 28 luglio 2006, inedita: “Si è così rilevato che *tale accertamento, nel concreto caso in esame, non può essere effettuato, non solo e non tanto per il fatto che il fallimento viene dichiarato su istanza dell’imprenditore, ma perché le modalità di introduzione del ricorso escludono – nel caso di specie – lo svolgimento dell’istruttoria prefallimentare, mentre è lo stesso ricorrente ad affermare la mancanza di parte della documentazione richiesta dall’art. 14 L.F. Tale mancanza, se non inficia la decisione, come già chiarito, di fatto limita l’ambito cognitivo del Tribunale (già compresso dall’assenza di istruttoria), e non gli consente la corretta e compiuta analisi di tutti gli elementi necessari al fine di stabilire che l’esercizio provvisorio non arrecherà pregiudizio ai creditori (per esempio, con la lievitazione degli oneri prededucibili). D’altro canto, il sistema delineato dalle norme citate non esclude, anzi prevede espressamente, la possibilità che l’esercizio provvisorio sia disposto successivamente alla dichiarazione di fallimento, anche in un momento antecedente alla redazione del programma di liquidazione (cfr. art. 104 e 104 *ter* L.F.), con il vaglio del comitato dei creditori che, quale organo che rappresenta il ceto creditorio (in proporzione – qualitativa e quantitativa – dello stesso), appare il soggetto istituzionalmente deputato a valutare se l’esercizio provvisorio “arrechi – o meno - pregiudizio ai creditori”.*

⁷⁸ F. Santangeli, cit., p. 78, nota 17: “La questione era già stata affrontata tin passato dalla Commissione istituita con D.M. 14 febbraio 2004 dal Ministero della Giustizia, che con formule molto più esaustive di quelle adoperate dal legislatore delegato, nella stesura del disegno di legge, art. 45, aveva previsto “su istanza di parte, il Tribunale, fino alla conclusione del procedimento, può assumere i provvedimenti cautelari necessari e diretti alla gestione ed alla conservazione del patrimonio del debitore, nonché quelli idonei ad assicurare gli effetti della decisione, adottando, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 669 *bis*, *sexies*, *novies*, *duodecies* e *terdecies* del codice di procedura civile; in questo caso il reclamo è proposto davanti alla Corte d’Appello”.

- **L'applicabilità del procedimento ex art. 669 ter in materia di istanza ante causam**: si dovrebbe escluderne l'applicabilità a caso di specie, difettando il limite della compatibilità;
- **L'applicabilità del procedimento ex art. 669 sexies per le misure rese inaudita altera parte** (qualora si reputino ammissibili), con la conseguente necessità di una successiva udienza di comparizione delle parti entro 15 giorni per la conferma o la revoca dei provvedimenti in contraddittorio (garanzie - il reclamo e l'automatica udienza di conferma o revoca -, altrimenti, non necessitate nel procedimento in camera di consiglio)⁷⁹;
- **L'applicabilità del procedimento ex art. 669 decies in materia di modificabilità e revocabilità del provvedimento cautelare**: parte della dottrina lo esclude, atteso il tenore letterale dell'art. 15 l.f. che richiama la sentenza di fallimento o il decreto di rigetto, sebbene, invero, non pare come possa negarsi la possibilità al Tribunale di modificare il decisum cautelare melius re perpensa nel corso del procedimento⁸⁰;
- **L'ammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies**;

Secondo una tesi la **soluzione favorevole all'applicazione delle regole del procedimento cautelare uniforme**⁸¹

- si imporrebbe alla luce delle garanzie costituzionali cui tutto il procedimento cautelare riformato è ispirato pur nella necessità di non frustrare oltremodo l'aspettativa del creditore ricorrente;
- non osterebbe all'applicazione delle norme sul processo cautelare uniforme la natura di cognizione speciale, e non ordinaria del processo che conduce alla dichiarazione di fallimento;

Secondo una diversa proposta interpretativa si dovrebbe pervenire alla **tesi negativa della singolarità della previsione**⁸²:

A) secondo alcuni non sarebbe ammissibile il reclamo cautelare, considerando che:

- la limitata durata dei provvedimenti e, soprattutto, la loro indefettibile conferma o revoca con la sentenza che dichiara il fallimento rende assolutamente incompatibile le misure cautelari endofallimentari con la disciplina generale dettata dagli artt. 669 bis cpc.;
- l'aver il legislatore previsto che la conferma o revoca delle misure è demandata alla sentenza di fallimento (il rigetto dell'istanza ne comporta ovviamente sempre la revoca) sconsiglia che questo "riesame" venga fatto nei tempi brevissimi prescritti dall'art. 669 sexies cpc dal collegio che, di lì a poco, poi dovrà pronunciarsi su di esse in via definitiva e dopo avere ovviamente sentito la controparte (il debitore); a volere opinare diversamente, si avrebbe una doppia pronuncia dello stesso collegio sulla stessa questione, che non solo

⁷⁹ Per la soluzione positiva G. Scarselli, *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, Foro It., 2006, V, 181, il quale di contro esclude l'applicabilità dell'art. 669 ter c.p.c..

⁸⁰ M. Fabiani, op. loc. cit.; G. Scarselli, op. loc. cit..

⁸¹ F. Santangeli, cit., pp. 79 ss..

⁸² M. Ferro, *Avvio delle procedure e istruttoria, fallimenti tardivi*, Nuovo diritto delle società, 2006, fascicolo marzo/aprile, pp. 21 ss.; Fabiani; Nigro – Sandulli, cit., pp. 83 ss.; S. Baracca, *L'istruttoria prefallimentare*, C.S.M., formazione decentrata di Catania, 19.5.2006.

appesantirebbe il corso dell'istruttoria ma che contrasta con il principio dell'economia processuale.

- non si può parificare la sentenza di fallimento a quella di merito che, come noto, deve dichiarare la (sopravvenuta) inefficacia dei provvedimenti cautelari emessi ante o in corso di causa, qualora sia stato dichiarato inesistente il diritto il diritto a tutela del quale erano stati concessi;
- la possibilità di revoca della cautela disposta ad opera della sentenza nonostante sia stato dichiarato il fallimento, rende evidente la specialità della procedura prefallimentare e dimostra chiaramente che il collegio è chiamato a verificare, alla luce del materiale istruttorio acquisito dopo la concessione della misura, la sussistenza dei suoi requisiti tipici e, in particolare modo del *fumus boni iuris*, dato che la declaratoria di fallimento finirà per concludere l'esistenza del *periculum in mora*;

B) secondo altri⁸³: sarebbe ammissibile non il reclamo cautelare, ma **il reclamo ex art. 26 l.f.** atteso che:

- l'art. 26 l.f. è *lex specialis* rispetto alla previsione dell'art. 669 terdecies c.p.c. e, al contempo, è espressione di un principio generale di reclamabilità di tutti i provvedimenti assunti dal g.d. o dal Tribunale, sicchè il reclamo andrà proposto con **ricorso dinanzi alla Corte di Appello ex art. 26 l.f.**, entro il termine di gg. 90 dal deposito del provvedimento e non sospenderà l'esecuzione del provvedimento, atteso il mancato richiamo dell'art. 669 terdecies nell'art. 26 l.f.;
- in tal modo si supera l'obiezione che si priverebbero i creditori (o il PM) istanti di qualunque strumento di tutela in caso di rigetto della richiesta cautelare, mentre il debitore istante è comunque preservato dalla pronuncia definitiva che il tribunale deve indefettibilmente emettere in sede terminativa riguardo alle misure cautelari concesse durante la procedura.

Ulteriori dubbi si pongono poi:

- **in ordine all'iniziativa** deve ritenersi che la misura debba essere richiesta contestualmente al deposito del ricorso per fallimento⁸⁴, salvo il **problema di stabilire se possano essere adottati prima della comparizione davanti il tribunale o il g.d. ovvero se debba comunque attendersi sempre la comparizione del debitore in camera di consiglio;**
- **in relazione all'organo competente all'emissione del provvedimento:** è certamente il tribunale, titolare del potere di delegare l'istruttoria e unico soggetto che potrà poi confermarla con la sentenza di fallimento o revocarla al momento del rigetto dell'istanza⁸⁵,
- **sulla legittimazione all'attivazione del potere cautelare,** essendo dubbio se occorrerà un apposito ricorso – come sembra preferibile - o sarà sufficiente una mera sollecitazione idonea all'attivazione ex officio del tribunale;

⁸³ M. Fabiani, op. loc. cit.; G. Scarselli, op. loc. cit., A. Saletti, cit., p. 989.

⁸⁴ M. Ferro, op. ult. cit., p. 51.

⁸⁵ G. Scarselli, op. loc. cit.; A. Saletti, cit., p. 989; A. Caraffa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 101.

- in caso di adesione alla tesi positiva sull'ammissibilità del reclamo ex art. 669 quaterdecies, sulla individuazione del giudice competente per il reclamo stesso⁸⁶.

Il limite costi/benefici di rilevanza della decozione giustiziabile.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 15 LF "*Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro venticinquemila*": in tal modo il legislatore, piuttosto che introdurre un'anticipata soglia di sbarramento alla presentazione di istanze, ha individuato una **soglia di "indebitamento minimo"** che osta alla dichiarazione di fallimento, recependo le prassi giurisprudenziali affermatesi in questo ultimo decennio nelle tribunali.

E' evidente è la ratio ispiratrice di tale norma di contenimento: non già incidere sui presupposti del fallimento, ma **necessità di evitare il proliferare di procedure di "scarso impatto economico"** (così si esprime la relazione governativa esitata il 22.12.2005), che comporterebbero inevitabilmente costi eccessivi rispetto ai risultati conseguibili con inutile aggravamento del lavoro degli uffici giudiziari, già intasati. Così come analogamente il principio di economicità che pone correttamente a raffronto i costi e i benefici dell'avvio della procedura, ritorna anche nel novellato disposto dell'art. 102 LF, che appunto consente non farsi luogo all'accertamento del passivo in caso di previsione di insufficiente realizzo.

Tale condizione:

- da un lato dovrà accertarsi **solo all'esito della istruttoria prefallimentare** (con conseguente impossibilità di rigetto de plano delle istanze di fallimento fondate su crediti inferiori alla soglia di legge (laddove la comm. Trevisanato aveva previsto l'indebitamento emerso agli atti con evidente riferimento alla somma debitoria emergente solo dai ricorsi presentati e dalla relativa documentazione): si è quindi in presenza di un **fatto impeditivo della dichiarazione di fallimento**, sicchè secondo alcuni – al precipuo scopo di evitare disparità di trattamento difficilmente giustificabili tra creditori - ai sensi dell'art. 2967 c.c. sarà il debitore onerato della prova che l'ammontare dei suoi debiti non supera tale misura e, ulteriormente, nel dubbio, il tribunale dovrà dichiararne il fallimento;
- dall'altro dovrebbe – il condizionale è d'obbligo - finire per scoraggiare i creditori di somme non rilevanti dal prendere l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, anche per via della ormai normativizzata possibilità di condanna del creditore istante alle spese e al risarcimento del danno ex art. 96 cpc (cfr. nuovo testo dell'art. 22, comma 1, ultimo alinea, LF).

⁸⁶ La sentenza che dichiara il fallimento si attegga al modo dell'ordinanza ex art. 669-terdecies c.p.c., confermando o revocando la misura cautelare o conservativa emessa dal giudice relatore (o dal collegio, il punto non è chiaro) nel corso dell'istruttoria. Si potrà porre il problema – a mente del capoverso della suddetta norma e nel caso la competenza non sia collegiale – se il giudice relatore possa fare parte del collegio che provvede in tal senso.

Un problema, infine, affrontato dagli interpreti alla luce di tale norma è quello della **rilevanza della cd. insolvenza prospettica**, allorquando il tribunale, rilevi dagli atti dell'istruttoria prefallimentare il mancato raggiungimento della soglia di rilevanza, ma, al contempo, desuma che – soprattutto quando accerti che l'impresa è ormai di fatto cessata - l'ammontare dei debiti in modo certo *an et quando* è destinato a salire sino a raggiungere e superare la soglia dei 25.000 euro.

Mariano Sciacca

Giudice sezione fallimentare Tribunale di Catania