

Fondazione Luca Pacioli



LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

*Il fallimento: i presupposti
ed il procedimento*

Documento n. 15 del 19 luglio 2006

CIRCOLARE

INDICE

<i>Introduzione</i>	Pag.	2
1. PRESUPPOSTI PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO	“	6
1.1. Presupposto soggettivo	“	6
1.1.1. <i>la legge del 1942</i>	“	6
1.1.2. <i>la riforma</i>	“	7
1.1.3. <i>l'imprenditore non piccolo</i>	“	9
1.1.4. <i>l'imprenditore artigiano e l'imprenditore agricolo</i>	“	14
1.1.5. <i>l'imprenditore che ha cessato l'esercizio di impresa, le società di fatto e l'imprenditore defunto</i>	“	15
1.2. Presupposto oggettivo	“	17
1.2.1. <i>lo stato di insolvenza</i>	“	17
2. IL PROCEDIMENTO FALLIMENTARE	“	18
2.1. Iniziativa per la dichiarazione di fallimento	“	18
2.1.1. <i>dichiarazione d'ufficio</i>	“	18
2.1.2. <i>iniziativa del pubblico ministero</i>	“	19
2.1.3. <i>indicazione dei recapiti nel ricorso per la dichiarazione di fallimento</i>	“	20
2.1.4. <i>obblighi di deposito dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento</i>	“	20
2.2. Competenza del tribunale	“	21
2.2.1. <i>tribunale competente</i>	“	21
2.2.2. <i>tribunale incompetente e conflitti di competenza</i>	“	21
2.3. Istruttoria prefallimentare	“	23
2.4. Sentenza dichiarativa di fallimento, sua comunicazione e pubblicazione	“	25
2.4.1. <i>la sentenza dichiarativa di fallimento</i>	“	25
2.4.2. <i>comunicazione e pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento</i>	“	26
2.5. Appello - Sospensione della liquidazione dell'attivo - Gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento	“	26
2.5.1. <i>appello</i>	“	26
2.5.2. <i>la sospensione della liquidazione dell'attivo</i>	“	28
2.5.3. <i>gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento</i>	“	28

LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

Il fallimento: i presupposti ed il procedimento

Premessa

La Fondazione Luca Pacioli, è già intervenuta sulla disciplina delle procedure concorsuali con i seguenti documenti:

- Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali (*Documento n.1 del 19 gennaio 2006 – Circolare*),
- Il nuovo concordato preventivo (*Documento n. 28 del 28 ottobre 2005 – Circolare*),
- La nuova revocatoria fallimentare (*Documento n. 21 del 30 giugno 2005 – Circolare*),
- Disposizioni in materia fallimentare previste dalla legge 80/2005 (*Documento n. 13 del 18 aprile 2005 - Scheda di lettura*).

Nelle pagine che seguono si analizzano le modifiche, riguardanti i presupposti ed il procedimento fallimentare, introdotte nel Regio Decreto 16 marzo 1942 (c.d. Legge fallimentare) dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 attuativo della riforma del diritto fallimentare.

Introduzione

Con il Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in attuazione della legge delega 80 del 2005, è stata varata la nuova legge fallimentare. Nuova, perchè, nonostante la tecnica usata sia quella della novellazione (cioè modifiche ed innesti normativi direttamente sul corpo del vecchio testo di legge), gli istituti risultano modificati con un impatto tale da discostarsi notevolmente dal precedente contesto normativo.

Il D.Lgs. 5/2006 è stato pubblicato sulla G. U. n. 12 del 16 gennaio 2006. Le sue disposizioni sono entrate in vigore il 16 luglio 2006 (fatti salvi gli artt. 45, 46, 47, 151 e 152 che sono entrati in vigore il giorno della pubblicazione).

Come noto, la disciplina dell'insolvenza sino a oggi vigente è stata quella dettata dal Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267. Il regio decreto ha continuato, pressochè immutato, a regolare la materia delle procedure concorsuali¹, per quasi sessanta-quattro anni. Un periodo di tempo lunghissimo per una disciplina fortemente ancorata agli aspetti economici della vita di impresa, che in questi anni hanno subito modifiche tali da non poter essere certamente più trattati adeguatamente dalla stessa normativa prevista del '42.

L'impronta data dal legislatore dell'epoca al testo di legge, era, ovviamente, quella corrispondente ai principi e criteri economici e giuridici propri di quel periodo storico.

La legge fallimentare trovava il proprio *humus* nella logica economico-giuridica propria dello Stato autoritario, ed era fondata su una visione patrimonialistica di *favor creditoris*² considerato quale interesse pubblicistico supremo. In altre parole, l'intero procedimento fallimentare disciplinato dal R.D., tendeva alla tutela dei creditori considerati collettivamente (la massa dei creditori) e non singolarmente, secondo il principio cardine della *par condicio*. Da questo presupposto discendeva una finalità essenzialmente liquidatoria della procedura, tendente allo smembramento dell'azienda fallita per garantire la maggior soddisfazione possibile al ceto creditorio. Tale impostazione aveva reso necessario prevedere un intervento pene-

1 Ricordiamo che alla disciplina dettata dal R. D. 267/42, è venuta ad affiancarsi la specifica normativa dettata dalla legge n. 95 del 1979 (meglio nota come Legge Prodi) che ha istituito nel nostro ordinamento una procedura concorsuale di natura amministrativa relativa alle imprese commerciali di grandi dimensioni in stato di insolvenza. La procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi è adesso regolata dal D. Lgs. 270/99.

2 Sul punto è esplicita la relazione di accompagnamento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 "Nelle sue linee generali la presente legge reagisce decisamente alla concezione troppo liberalistica del codice del 1882, e sviluppa su un piano organico i principi affermati dalla legge Rocco del 1930 nel senso di una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi individuali dei creditori e del debitore. Si suole a questo proposito parlare di una nuova concezione pubblicistica del fallimento contrapposto a una tradizionale concezione privatistica. Non è però tanto importante né in materia di fallimento- né più in generale in materia di processo civile – la definizione astratta dei sistemi. Ciò che importa è che la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perchè la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori."

trante del tribunale e del giudice delegato in ogni attività procedimentale. La gestione della crisi dell'insolvenza era affidata al giudice, al quale erano infatti attribuiti una serie di compiti e poteri, oltrechè ovviamente giurisdizionali, anche di carattere strettamente gestorio.

Altro aspetto peculiare era la correlazione effettuata a livello concettuale, e conseguentemente normativo, tra insolvenza e colpevolezza dell'imprenditore³. Il fallimento veniva così visto come una sanzione nei confronti dell'imprenditore incapace che, in conseguenza dei suoi erronei comportamenti, doveva essere spogliato del patrimonio ed assoggettato a limitazioni di tipo personale.

Questi principi hanno costituito l'impalcatura su cui si è retto, fino ad oggi, l'impianto normativo della disciplina delle procedure concorsuali. La legge fallimentare del '42 rispecchiava fedelmente gli obiettivi e le esigenze di un'economia nazionale dello Stato dirigista dell'epoca, che mal si coniugano con le esigenze radicalmente mutate di uno Stato liberale, di un'economia capitalista e globalizzata.

In questi anni un qualche aggiornamento della materia è stato garantito dagli interventi della Corte Costituzionale e dal relevantissimo contributo della giurisprudenza. Erano ormai maturi i tempi per realizzare i cambiamenti necessari, richiesti anche dagli operatori del settore.

L'esigenza di una modifica all'ormai antiquato modello della legge fallimentare, infatti, si inizia a sentire già a partire dagli anni '70. La spinta riformatrice era limitata agli ambiti accademici⁴.

Sul finire dell'anno 2000, sulla scorta del mutato contesto normativo europeo di riferimento⁵ e tenuto conto dell'evoluzione delle altre legislazioni europee (Francia e Germania hanno riformato i loro sistemi processuali concorsuali a partire dalla metà degli anni '90), il Governo Amato presenta alle Camere il D.D.L. n. 7458 recante delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi. Il Disegno di legge però non viene approvato.

Il governo successivo eredita l'impegno a modificare la legge fallimentare e il 20 dicembre 2001 si insedia la Commissione presieduta da Sandro Trevisanato.

Nel marzo 2002 viene presentato al Senato un disegno di legge per le modifiche urgenti alla legge fallimentare (A.S. n. 1243) definito "miniriforma" in quanto prevedeva modifiche parziali all'intera normativa concorsuale.

3 In merito la relazione di accompagnamento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 "Consapevole del danno che l'insolvenza dell'impresa reca all'economia generale, la nuova legge è giustamente severa nelle sue sanzioni, dove vi sono responsabilità personali da colpire, come risulta dalle norme penali che la integrano, aliene da ogni malintesa indulgenza".

4 E' proprio di quegli anni un primo progetto di modifica alla legge redatto dal Prof. Chiaraviglio. Negli anni '80, un altro progetto privato, redatto dal Prof. Piero Pajardi e da una nutrita schiera di studiosi del diritto fallimentare, fu presentato, senza alcun seguito, al Ministero della Giustizia. Comunque, è verosimile affermare che fino alla soglia del 2000 l'interesse a riformare il sistema delle procedure concorsuali non viene avvertito in ambito politico.

5 Il 29 maggio 2000 il Consiglio d'Europa ha approvato il regolamento n. 1346, entrato in vigore il 31 maggio 2002, relativo alle procedure d'insolvenza transfrontaliere. L'Italia è stata chiamata ad adeguare la propria legislazione al regolamento.

La Commissione Trevisanato, al termine dei suoi lavori, non trovando una soluzione condivisa, presenta nel 2003 due disegni di legge, uno di maggioranza ed uno di minoranza, per la delega al governo della riforma organica.

Volgendo al termine della legislatura il governo decide di abbandonare i progetti di riforma radicale della legge fallimentare (i due testi presentati dalla Commissione Trevisanato, che prevedono anche le procedure anticipatorie della crisi di impresa), per ripiegare su soluzioni più rapide di interventi direttamente sul testo di legge del '42.

Infatti con il Decreto legge n. 35 del 2005, per la competitività e lo sviluppo delle imprese, vengono apportate alcune modifiche al R. D. 267/42: sono pressoché integralmente riformulati gli istituti della revocatoria fallimentare e del concordato preventivo.

Nella legge n. 80 del 2005, con la quale viene convertito il decreto legge, viene poi inserita una delega al Governo per la riforma organica delle procedure concorsuali che ha trovato attuazione nel Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, entrato in vigore il 16 luglio 2006 (fatti salvi gli artt. 45, 46, 47, 151 e 152 che sono entrati in vigore il giorno della pubblicazione).

A seguito delle incertezze giurisprudenziali⁶ sorte in merito alla definizione di "stato di crisi" come presupposto necessario per proporre domanda di concordato preventivo, si è reso necessario un ulteriore intervento del Governo con l'art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005, n. 373 (c.d. "decreto milleproroghe") che, con norma di interpretazione autentica, ha ritoccato la disciplina della nuova procedura di concordato preventivo, introdotta dal D.L. 35/2005, chiarendo che presupposto per l'ammissione alla nuova procedura è non soltanto lo stato di crisi, ma anche stato d'insolvenza.

Questo, in estrema sintesi e senza pretesa di esaustività, il faticoso e travagliato *iter* della riforma del diritto fallimentare.

L'angolo visuale da cui si muove il legislatore riformatore è notevolmente cambiato rispetto ai presupposti della disciplina del '42. La scelta politica effettuata è quella di spostare gli assetti previsti dal Regio decreto del '42 a tutela dei creditori, verso un sistema di favore per l'impresa e gli istituti di credito. In altre parole, in un tentativo di rilancio dell'economia italiana si prevede di agevolare al massimo l'attività imprenditoriale, anche ponendo valide alternative alla procedura fallimentare, e di tutelare l'attività creditizia bancaria quale motore primo dell'attività d'impresa⁷.

⁶ Si veda Trib. Treviso, decreto 22 luglio 2005, e Trb. Alessandria, sentenza 9 giugno 2005 che, con un'interpretazione letterale e restrittiva della locuzione "stato di crisi" hanno negato il concordato preventivo ad imprese in accertate condizioni di insolvenza.

⁷ Il ministro della Giustizia Roberto Castelli così è intervenuto sul punto "E' chiaro che ogni riforma sposta degli equilibri e ogni riforma fa delle scelte. In questo caso la scelta effettuata va verso il mondo della produzione, imprese e banche." In *Riforma, entrata a regime graduale*, Morelli, Italia Oggi del 24 settembre 2005, pag. 21.

Nella nuova ottica il fallimento non è più una punizione per l'imprenditore, bensì una delle possibili forme in cui si può declinare il rischio di impresa, una situazione attribuibile non necessariamente a responsabilità individuali del debitore ma a particolari circostanze congiunturali. Pertanto la tutela apportata non si concretizza più in un intervento a tutto campo di tipo pubblicistico a difesa del ceto creditorio, bensì in una tendenziale "privatizzazione" del fallimento, lasciando al giudice il ruolo di "arbitro" di una partita giocata direttamente tra debitore e creditori che potranno trovare accordi con un'ampia autonomia di tipo contrattuale. Ancora, non è più possibile non considerare la nuova identità dell'impresa che non può più essere valutata, in ottica liquidatoria, esclusivamente come sommatoria del valore dei singoli beni che la compongono. L'impresa è, ormai, un valore di per sé e diventa obiettivo primo della nuova normativa valorizzare, conservare e tutelare tutti i valori aziendali che vanno dall'occupazione ai beni immateriali come, per esempio, l'avviamento.

Il legislatore delegato adegua dunque la normativa al mutato contesto in un'ottica acceleratoria del processo di integrazione dell'ordinamento interno con quello europeo ed internazionale come fattore di competitività e di concorrenza fra i sistemi ad economia di mercato.

C'è da evidenziare, però, che l'utilizzo della tecnica dell'innesto di nuove norme sul vecchio testo del '42, se ha senza dubbio limitato molto l'intervento rinnovatore (in primo luogo la nuova disciplina non riproduce le norme relative alle procedure di allerta e prevenzione pure previste dai testi della commissione Trevisanato), ha però fatto nascere anche problemi interpretativi per la compatibilità delle nuove norme con quelle vecchie rimaste immutate.

N:B. Nonostante l'intervento sia stato effettuato sul testo di legge del '42, di cui sono rimasti immutati diversi articoli, la portata dell'intento riformatore può far parlare, a ragione, di "vecchia" e "nuova" legge fallimentare. Per comodità utilizzeremo tali termini per indicare i due testi prima e dopo la riforma.

1. Presupposti per la dichiarazione di fallimento

In ossequio al principio fondamentale del nostro ordinamento (artt. 2740 e 2741 cod.civ.) secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, la procedura fallimentare si propone il compito primario di realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore con il rispetto della *par condicio creditorum*.

Affinchè possa essere dichiarato il fallimento del debitore è necessario che ricorrano due presupposti:

- uno di carattere soggettivo (individuato dall'art. 1 della legge fallimentare);
- l'altro oggettivo (art. 5, legge fall.).

1.1. Presupposto soggettivo

1.1.1 La legge del '42

L'art. 1 della legge fallimentare *ante* riforma prevedeva l'assoggettività alle norme sul fallimento e concordato preventivo per gli imprenditori che esercitassero un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

La norma poi offriva una definizione di piccolo imprenditore ponendo come limite per la qualifica, e dunque per l'esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali, quello dell'investimento nell'azienda di un capitale non superiore a novemilatrecento lire (464,81 euro). Come noto, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 570 del 22 dicembre 1989, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma sul punto. A seguito di tale pronuncia, l'individuazione del piccolo imprenditore è stata basata sul dettato dell'art. 2083 del codice civile: "*Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.*" Il riferimento all'articolo in questione tende dunque ad escludere dalla sfera di applicabilità delle norme sul fallimento anche la categoria dell'imprenditore artigiano e del piccolo commerciante (purché si avvalgano prevalentemente dal lavoro proprio e dei familiari), oltre che quella dell'imprenditore agricolo non rientrante nella definizione di imprenditore commerciale.

La portata dell'art. 2083 è stata successivamente meglio precisata, nel corso degli anni, da una serie di interventi della dottrina e della giurisprudenza che hanno contribuito ad individuare la casistica dei soggetti rientranti nella categoria del piccolo imprenditore. Alcuni parametri oggettivi e quantitativi di riferimento sono stati ravvisati nella valutazione dell'attività svolta, dell'organizzazione dei mezzi utilizzati, dell'entità dell'impresa, della prevalenza della manodopera sul capitale investito, delle ripercussioni del dissesto⁸. In altre parole, il venir meno dei parametri indicati dall'art. 1, comma 2, della legge fallimentare (perchè superati dal mutato

⁸ Cass. 22 dicembre 1994, n. 11039.

contesto economico) ha demandato ai magistrati la valutazione, caso per caso e a seconda della singola fattispecie, delle soglie limite ai fini dell'individuazione del piccolo imprenditore.

Da ultimo, l'art. 1, legge fall., disponeva che *"in nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali"*, sottoponendo in qualunque caso la società commerciale, anche se piccola, alla disciplina del fallimento.

Sempre sotto il profilo soggettivo, va ancora rilevato che il legislatore ha provveduto recentemente a riformulare l'art. 2135, cod. civ.⁹, ampliando notevolmente la fattispecie dell'impresa agricola e dilatando, così, il perimetro delle imprese esentate dalla disciplina fallimentare indipendentemente dalla loro dimensione, in ragione della natura dell'attività svolta.

In relazione a quanto riferito, i limiti della formulazione della precedente versione dell'art. 1 possono essere individuati nei seguenti punti:

1. la tendenziale esclusione dai soggetti fallibili degli imprenditori agricoli e artigiani comportava, in talune circostanze (si pensi al caso di realtà agricole o artigiane con fatturati elevati), un'ingiustificata "zona franca" dell'ordinamento giuridico;
2. la disciplina sembrava eccessivamente penalizzante nei confronti delle piccole società di persone o di capitali caratterizzate da fatturato esiguo e da un esiguo numero di soci comunque soggette alla disciplina del fallimento.

1.1.2. La riforma

La riforma interviene sulla norma con importanti e sostanziali modifiche, il legislatore infatti:

1. individua precisi parametri di riferimento per l'individuazione della figura dell'imprenditore non piccolo;
2. uniforma la disciplina concorsuale per imprenditore commerciale e artigiano;
3. uniforma la disciplina concorsuale per imprenditore commerciale e società commerciale.

Per quanto attiene al primo punto, occorre evidenziare che la nuova formulazione dell'art. 1, legge fall., non individua direttamente la figura del piccolo imprenditore, bensì, attraverso una formulazione poco felice dispone che *"Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori..."*.

Tale particolare modalità espositiva apre la porta ad un duplice ordine di interpretazioni.

⁹ Con l'art. 1 del D.Lgs 288/2001 è stato riformulato il testo dell'art. 2135. Con tale intervento il legislatore ha esteso la qualifica di imprenditore agricolo a colui che "esercita un'attività diretta, alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame ed alle attività connesse, fra cui l'attività di lavorazione, conservazione trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti agricoli".

Da un lato, adottando un'argomentazione analogica *a contrario*, potrebbe discenderne che i soggetti che non superino i parametri individuati per gli imprenditori "non piccoli" debbano automaticamente ritenersi "piccoli" ed in quanto tali esclusi dall'area della fallibilità.

Dall'altro, potrebbe, invece, ritenersi che ci sia una categoria (quella individuata dalla norma) che certamente non rientra nell'area dei piccoli imprenditori per espressa previsione di legge. Mentre, per i soggetti non inclusi in tale categoria, e non espressamente qualificati "piccoli imprenditori", sarà necessario compiere una seconda valutazione: la rispondenza o meno ai parametri soggettivi individuati dall'art. 2083, cod. civ..

I primi orientamenti della dottrina, vanno nel verso di seguire la prima ipotesi evidenziata. Da tale interpretazione risulterebbe un ambito di soggetti sottoposti alle norme della procedura concorsuale molto più ristretto rispetto al passato, in conformità alle previsioni della legge delega (legge 14 maggio 2005, n. 80) che indicava, tra i criteri direttivi, quello di "semplificare la disciplina attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto" (art. 1, comma 6, lett. a), punto 1).

Tale estensione dei soggetti esonerati dovrebbe conseguire all'esigenza fortemente avvertita di riduzione del numero di procedure gravanti sugli uffici fallimentari¹⁰. Certo è che, se la norma sarà interpretata dalla giurisprudenza in tal senso, la riduzione del numero di procedure concorsuali instaurate andrà ad incidere pesantemente su altri uffici. I creditori, infatti, non potendo percorrere la via delle procedure concorsuali, si troveranno costretti a ricorrere alla procedura esecutiva ordinaria. Per quanto attiene alla seconda lettura possibile della norma, viceversa, la riforma presenterebbe la grave pecca di non aver contribuito a chiarire, una volta per tutte, i limiti oggettivi necessari per la qualifica di piccolo imprenditore. Le Corti, dunque, se così verrà interpretata la norma, dovrebbero applicare il criterio della "prevalenza del lavoro" sul "capitale investito" per la qualifica di piccolo imprenditore. Fermo restando che sono *tout court* esclusi da tale ulteriore accertamento i soggetti che superino i due parametri che analizzeremo qui di seguito.

L'individuazione della cosiddetta area di non fallibilità viene attuata dal legislatore delegato con una particolare modalità: da un lato viene ampliata, sotto il profilo qualitativo, la tipologia di soggetti sottoponibili a fallimento, dall'altro, viene dra-

¹⁰ Va sottolineato che, già prima dell'estensione dei soggetti esclusi dal fallimento, la legge italiana fosse ben più restrittiva di quella di altri Paesi ad economia sviluppata che talvolta, arrivano ad estendere il fallimento (con forme semplificate) a qualsiasi persona fisica e giuridica che svolga un'attività economica in senso lato (Iorio, *La crisi di impresa in Il fallimento*, anno 2000 pag. 216). I precedenti lavori preparatori della Commissione Trevisanato, inoltre, sul punto, divergevano profondamente rispetto alla visuale del legislatore delegato.

Nella relazione generale della Commissione Trevisanato si legge che "Ogni imprenditore, piccolo o grande che sia, esercente un'impresa commerciale o agricola, deve poter contare sulla protezione derivante dall'apertura di una procedura che gli consenta di offrire ai creditori una soluzione alla crisi per essi più favorevole della liquidazione concorsuale. Il presupposto soggettivo vede pertanto ampliato l'ambito dei soggetti tradizionalmente destinatari delle procedure concorsuali: non più soltanto l'imprenditore commerciale, ma anche l'imprenditore agricolo, il cui statuto non si differenzia sostanzialmente più da quello dell'imprenditore commerciale. Ed anche il piccolo imprenditore al quale dovranno applicarsi regole semplificate." (par. 4.2, lett. a).

sticamente ridotta l'area di applicazione (almeno di applicazione immediata, senza il ricorso ai parametri dell'art. 2083, cod. cov.) della procedura attraverso l'individuazione di limiti quantitativi stringenti.

Il primo comma del riformulato art. 1, legge fall., continua a prevedere che sono assoggettabili a fallimento e a concordato preventivo tutti gli imprenditori commerciali, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori. Rimane dunque fermo il requisito dello *status* di imprenditore commerciale¹¹ perchè sia possibile la dichiarazione di fallimento. Restano invece esclusi gli enti pubblici¹² e i piccoli imprenditori.

L'art. 1, legge fall., detta precisi e stringenti parametri per l'individuazione dell'imprenditore non piccolo. Viene infatti disposto che ai fini delle norme in materia fallimentare *"non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente: a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila; b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro duecentomila"*¹³.

1.1.3. L'imprenditore non piccolo

Superando la precedente situazione di incertezza, la nuova disciplina stabilisce che non sono piccoli imprenditori gli esercenti attività commerciale, in qualsiasi veste giuridica, che:

- a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a 300 mila euro;
- b) hanno realizzato ricavi lordi annui calcolati sulla media triennale (o dall'inizio dell'attività se più recente), per un importo superiore a 200 mila euro¹⁴.

Una novità di rilievo consiste nella previsione espressa (*"gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva"*) che anche le società commerciali¹⁵, al ricor-

¹¹ Ricordiamo che, a norma dell'art. 2082, cod. civ. è imprenditore chi *"esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi"*.

¹² L'esclusione riguarda gli enti pubblici economici aventi ad oggetto l'esercizio di un'attività commerciale. Le società a partecipazione pubblica, anche totalitaria, viceversa, sono fallibili.

¹³ Segnaliamo inoltre sin d'ora che è stato previsto che in ogni caso non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati è inferiore a 25.000 € (art. 15, comma 9, legge fall.).

¹⁴ Si legge nella relazione al decreto che i due parametri di riferimento (quello riferito agli investimenti e quello riferito ai ricavi) 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.

¹⁵ La norma va coordinata con l'art. 147, legge fall., *"Società con soci a responsabilità illimitata"* *"La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro V del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili. Il fallimento dei soci di cui al primo comma non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. La dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata. Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, deve disporre la convocazione a norma dell'art. 15. ..."*

(segue)

rere di determinate condizioni, possono essere qualificate come “piccolo imprenditore” e, come tali, possono essere esonerate dal fallimento¹⁶.

Sulla scorta delle indicazioni della dottrina e recependo alcune pronunce giurisprudenziali¹⁷, la riforma risolve dunque la *vexata quaestio* relativa all’inquadramento delle società commerciali di modesta entità. Dal 16 luglio 2006 (data di entrata in vigore della riforma) non ci sono più distinzioni aprioristiche tra imprenditore individuale o collettivo ma si deve valutare in tutti i casi la rispondenza o meno ai parametri quantitativi per l’assoggettamento alla procedura.

La novella legislativa dispone dunque che, il superamento di uno solo di tali parametri (nella norma si dice chiaramente “*alternativamente*”) fa rientrare l’imprenditore nell’area della fallibilità.

Il legislatore ha individuato tali criteri distintivi ritenendoli più rappresentativi della reale consistenza dell’impresa ed accertabili con minor difficoltà rispetto ad altri possibili criteri. Il punto è così chiarito dalla relazione di accompagnamento al decreto: *“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.”

Nonostante queste buone intenzioni, la formulazione della norma suscita ancora taluni dubbi e richiede ancora qualche riflessione.

Per quanto riguarda il primo parametro (“*hanno effettuato investimenti nell’azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila*”), è richiamato sostanzialmente il criterio già individuato dall’abrogato art. 1, legge fall., con un consistente aumento

(segue nota 15)

... Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l’esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi. Allo stesso modo si procede qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l’impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile. Contro la sentenza del tribunale è ammesso appello a norma dell’art. 18. In caso di rigetto della domanda, contro il decreto del tribunale l’istante può proporre reclamo alla corte d’appello a norma dell’art. 22.

¹⁶ Viene conseguentemente eliminato l’inciso della formulazione precedente della norma “*In nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali*”.

¹⁷ Corte Cost. sentenza n. 266/1994, ordinanza n. 490/1994; Cass. sentenza n. 18235/2002.

degli investimenti aziendali, che passano da 900.000 lire a 300.000 euro. Pertanto non possono essere considerati piccoli imprenditori e sono quindi assoggettabili a fallimento gli esercenti un'attività commerciale che hanno effettuato investimenti nell'azienda per un valore superiore a 300.000 euro.

Va chiarito il significato da attribuire agli "investimenti nell'azienda".

Non aiuta più di tanto la relazione al decreto, secondo la quale, come riferito, gli investimenti nell'azienda, insieme ai ricavi lordi medi degli ultimi tre anni, rispecchiano *"in maniera più congrua l'effettiva consistenza delle dimensioni effettivamente assunte dall'impresa insolvente e del patrimonio aziendale"* e presentano pure il pregio di essere facilmente accertabili in sede prefallimentare sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali.

Con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 1, legge fall.¹⁸, la Corte di cassazione (sentenza n. 4733/1983) si era espressa nel senso che: "Per capitale investito deve intendersi ogni investimento effettuato dall'imprenditore per l'acquisto di macchinari e di merci, per l'allestimento di negozi e di impianti anche se frutto del cosiddetto "autofinanziamento". In altri termini, esso consiste nella quantità di ricchezza immessa nell'attività commerciale."

La nuova formulazione della norma non considera più il "capitale investito" bensì gli "investimenti nell'azienda". In questa prospettiva, si ritiene confermato che gli investimenti nell'azienda siano da individuare in tutti i beni economici, materiali e immateriali, e i servizi utilizzati per attuare la produzione. Trattasi dunque degli investimenti produttivi, beni, servizi e crediti figuranti nell'attivo del bilancio¹⁹, realizzati con l'utilizzo delle varie forme di finanziamento degli investimenti stessi: capitale proprio (capitale sociale, riserve ed utili non distribuiti) e capitale di terzi (i debiti aziendali).

Tale conclusione, è supportata dai dati di ormai comune assunzione nella materia economico-aziendale per la quale con il termine impiego, *"si indicano gli investimenti, generici o specifici, durevoli o non durevoli, in essere in un determinato momento. Detti investimenti sono accolti nella sezione intitolata <attivo> dello stato patrimoniale. L'insieme degli impieghi è denominato anche attività o capitale lordo di funzionamento o capitale investito."* (Cfr. I. Facchinetti "Il bilancio per i non esperti", pag. 361)

La conclusione, sulla scorta di giurisprudenza e dottrina economico-aziendale, sembra dunque abbastanza pacifica: gli investimenti effettuati nell'azienda dovrebbero corrispondere all'attivo di bilancio, dato dalla sommatoria di tutte le sue componenti (immobilizzazioni, crediti, rimanenze, liquidità).

¹⁸ Una parte della dottrina aveva anche sostenuto che per "capitale investito" doveva intendersi il valore delle attività aziendali al netto delle passività, ovvero il patrimonio netto (comprensivo eventualmente degli ulteriori apporti dei soci aventi una funzione analoga a quelli dei conferimenti: versamenti in conto aumento di capitale, versamenti a fondo perduto).

¹⁹ Cfr. "Il bilancio di esercizio" M. Caratozzolo, Giuffrè editore pagg. 98 e ss..

Qualche dubbio potrebbe sorgere in relazione ai beni in *leasing* che, pur rientrando nei beni aziendali, non sono rappresentati nell'attivo di bilancio dell'utilizzatore ma del concedente.

Nel caso in cui beni in *leasing* rientrino tra gli investimenti aziendali, si ritiene che si debba calcolarne il valore trovandone riscontro dalla nota integrativa.

Inoltre, in accoglimento della logica di semplificazione sottesa a tutta la riforma ed evidenziata dalla relazione al decreto che individua "*criteri ... facilmente accertabili... sulla base delle scritture contabili*", si ritiene che i beni iscritti all'attivo del bilancio debbano essere assunti per il loro valore contabile, al netto degli ammortamenti, anche se influenzato da eventuali svalutazioni effettuate nei precedenti esercizi.

Un altro dubbio sorge in merito al periodo di tempo al quale riferire la verifica sugli investimenti effettuati nell'azienda. Manca in proposito ogni specificazione nella norma.

Secondo la sentenza sopra richiamata, deve misurarsi "... la quantità di ricchezza immessa nell'attività commerciale, con riferimento al tempo del suo impiego e non solo in quella parte residua esistente al tempo della palese insolvenza, anteriore alla dichiarazione di fallimento". L'orientamento espresso però non risulta uniformemente condiviso. Inoltre, l'obiettivo primario del riformatore, teso ad un'ottica acceleratoria delle procedure, difficilmente potrebbe conciliarsi con una ricerca eccessivamente risalente nel tempo.

Per un'opportuna quantificazione dell'arco temporale di riferimento, dovranno, pertanto, attendersi gli orientamenti giurisprudenziali in merito. Si ritiene tuttavia che un elemento attendibile di interpretazione possa desumersi dal periodo triennale indicato per il computo dei ricavi. Potrebbe pertanto considerarsi il livello massimo raggiunto dagli investimenti produttivi negli ultimi tre anni.

Il secondo parametro di riferimento prende in considerazione l'ammontare dei ricavi lordi, anch'essi desumibili dal bilancio (i ricavi delle vendite e delle prestazioni, voce A1 del conto economico), che rappresentano il fatturato dell'azienda. Come chiarisce la relazione al decreto "*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"*". In altre parole sarà possibile valutare anche i ricavi non risultanti dalla contabilità ufficiale ma comunque conosciuti. Non rileva che gli eventuali maggiori ricavi siano stati oggetto di accertamento tributario.

Da ultimo, il legislatore ha ritenuto opportuno, al fine di evitare che nel tempo i due parametri diventino inadeguati, delegare il Ministero della giustizia al loro aggiornamento, con cadenza triennale, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

Si segnala che un ulteriore limite all'attivazione della procedura concorsuale è posto dal nuovo art. 15, comma 9, legge fall., laddove viene disposto che "*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 25 mila euro.*".

Come per i parametri quantitativi individuati dall'art. 1, anche in questo caso l'importo dovrà essere aggiornato ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

La *ratio* di quest'ulteriore limitazione è chiara laddove si consideri che, nella formulazione della norma prevista dalla Commissione Trevisanato, si prevedeva che non si facesse luogo alla dichiarazione di fallimento qualora dagli atti (e non dagli atti dell'istruttoria) risultassero debiti inferiori all'ammontare di 25.000 euro. In pratica si è tentato di recepire la prassi dei tribunali che archiviavano, senza procedere ad alcuna istruttoria, le istanze di fallimento laddove dagli atti così come presentati, risultassero debiti contestati per un importo inferiore a 25.000 euro. Sarebbe che anche il legislatore della riforma abbia optato per questa soluzione e che, all'atto della riscrittura della norma, sia incorso in una svista, inserendo l'inciso "degli atti dell'istruttoria fallimentare" in luogo, semplicemente, "degli atti". Secondo la comune esperienza nessuna impresa in normale attività, infatti, si trova, nei suoi normali affari, con debiti per un importo inferiore a 25.000 euro, sicchè, all'esito di un'istruttoria, la previsione dell'art. 15, comma 9, non troverebbe alcuna applicazione pratica.

Da quanto su esposto, se si seguirà l'interpretazione secondo cui coloro che non sono "non piccoli imprenditori" siano, automaticamente, piccoli imprenditori esentati dal fallimento, è evidente come l'area dei soggetti sottoposti a procedura concorsuale sarà drasticamente ridotta. Il criterio dell'investimento per 300 mila euro e dei ricavi per 200 mila euro fissa un tetto molto elevato e, se si prende atto del contesto economico italiano, costituito in gran parte da piccole ed anche piccolissime realtà imprenditoriali, si ha subito la visione del gran numero di soggetti che saranno, dal 16 luglio 2006 (data di entrata in vigore della nuova norma), esentati dalla procedura concorsuale.

Qualcuno ha evidenziato come, in tal modo, un'ampia schiera di imprenditori verrà a beneficiare di una sostanziale immunità dal fallimento in realtà non giustificata da congrui limiti dimensionali. Ma la nuova ottica della legge fallimentare ha mutato l'impostazione di fondo del sistema, il fallimento non è più (o almeno non dovrebbe nell'intenzione riformatrice) una punizione per il debitore ma, semplicemente, una procedura per trovare la migliore composizione tra il debitore e i creditori. In questo mutato contesto il rischio non è più tanto quello che alcuni imprenditori siano spinti ad affidarsi a sistemi elusivi al fine di poter presentare una relazione non completa del bilancio pur di rientrare nell'area della non fallibilità, ma, viceversa, semmai è possibile ravvisare una compressione discriminatoria dei diritti proprio di quei soggetti dichiarati non fallibili. Si potrebbe infatti individuare un contrasto all'art. 3 della Costituzione in considerazione del fatto che agli imprenditori esclusi da fallimento è negato il beneficio dell'esdebitazione (in altri paesi, come per esempio la Spagna, l'esdebitazione è concessa anche in favore dell'insolvente non commerciale)²⁰.

²⁰ Cfr. "Sull'estensione dei soggetti esonerati" G. Fauceglia, *Il Fallimento* anno 2005, pag. 990.

IMPRENDITORE NON PICCOLO

Qualunque persona fisica o società, esercente un'attività commerciale, la cui operatività non abbia superato anche uno solo dei seguenti parametri:

- a) investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a € 300.000
- b) ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a € 200.000

1.1.4. L'imprenditore artigiano e l'imprenditore agricolo

La nuova delimitazione soggettiva dell'area di fallibilità ha provveduto, tra l'altro, al coordinamento della disciplina dello statuto dell'imprenditore commerciale, sottoposto a fallimento, con quella dell'imprenditore artigiano attraverso il riferimento a parametri quantitativi certi.

Dal 16 luglio 2006 saranno sottoponibili a procedura fallimentare anche le imprese artigianali, qualora siano superati i parametri per l'identificazione del piccolo imprenditore, superando così quella sorta di "immunità fallimentare" talvolta asserita persino per grandi realtà imprenditoriali, sottratte al fallimento esclusivamente per il carattere artigianale dell'attività svolta.²¹

Continua a non essere soggetto al fallimento l'imprenditore agricolo (art. 2135²², cod. civ.), nonostante da più parti si auspicasse una revisione di tale limitazione²³.

Il legislatore della riforma continua a mantenere l'esclusione da fallimento per le imprese agricole probabilmente nella considerazione che tale tipo di attività espone l'esercente a rischi specifici (soggezione alle condizioni atmosferiche, stagionalità della produzione, deperibilità delle merci, ridotta elasticità dei meccanismi dell'of-

²¹ L'art. 3, comma 2, della legge 8 agosto 1985, n. 443 (legge quadro per l'artigianato) definisce artigiana "...l'impresa che è ... costituita ed esercitata in forma di società ... a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche normale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale".

²² Ai sensi dell'art. 2135, cod. civ., "E' imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.

Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge."

²³ Tale ipotesi era stata caldeggiata anche nei lavori della commissione Trevisanato: si legge nella relazione generale della commissione che "alcune esenzioni non appaiono più giustificabili, come quella relativa all'imprenditore agricolo" (par. 1).

ferta, particolarità delle modalità di vendita) e comunque meno prevedibili rispetto alla comune attività di impresa²⁴.

Da ultimo ricordiamo che sono escluse dal fallimento anche le società di avvocati (art. 16, comma 3, D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96) e le imprese sociali²⁵ (art. 15, D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, in attuazione della legge 13 giugno 2005, n. 118). Sono anche escluse da fallimento, ma assoggettate, in caso di insolvenza, alla diversa procedura della liquidazione coatta amministrativa (art. 2, legge fall.) le cooperative, le banche, le società di assicurazione e le società di investimento.

SOGGETTI SOTTOPOSTI ALLE PROCEDURE CONCORSUALI	SOGGETTI ESCLUSI DALLE PROCEDURE CONCORSUALI
Tutti gli imprenditori commerciali non piccoli qualunque sia la veste giuridica.	<ul style="list-style-type: none"> • Piccoli imprenditori, in qualunque veste giuridica • Grandi imprese (alle quali si applica la disciplina prevista dal D. Lgs. 270/99) • Enti pubblici • Imprenditori agricoli • Società di avvocati • banche, società di assicurazione e società di investimento

1.1.5. *L'imprenditore che ha cessato l'esercizio di impresa – Le società di fatto o irregolari – L'imprenditore defunto*

Gli artt. 10 e 11 della legge fall., come già nel testo del '42, pongono un "limite temporale alla qualifica soggettiva di imprenditore"²⁶ prevedendo, rispettivamente, che il debitore che per qualunque causa ha cessato l'esercizio dell'impresa, o l'imprenditore defunto, possa essere dichiarato fallito entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese o dal decesso se l'insolvenza si è manifestata anteriormente o entro l'anno successivo²⁷.

²⁴ Per approfondimenti sul tema si veda G. Minutoli "L'impresa agricola ed ittica e le procedure concorsuali tra nuovo art. 2135, cod. civ., e prospettiva di riforma della legge fallimentare." Il diritto fallimentare e delle società commerciali CEDAM anno 2005 pagg. 586 e ss.²⁵ L'articolo 1 del D. L. 24 marzo 2006, n. 155 (Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118) dispone che "Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4."

²⁵ L'art. 1 del D. L. 24 marzo 2006, n. 155 (Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118) dispone che "Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4."

²⁶ U. Apice *Lineamenti di diritto fallimentare*, pag. 8, Il Sole 24 Ore, collana a cura della Fondazione Luca Pacioli.

²⁷ Per quanto riguarda la cessazione dell'attività di impresa, il legislatore provvede ad adeguare l'art. 10 alla sentenza della Corte Costituzionale 21 luglio 2000, n. 319, che aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevedeva che le società non potessero più essere dichiarate fallite decorso un anno dalla cancellazione dell'impresa.

A seguito dell'intervento riformatore vengono, anche in questo caso, ed opportunamente, accomunati l'imprenditore individuale e quello collettivo: per entrambi vale il termine annuale per la dichiarazione di fallimento. Il termine decorre, in entrambi i casi, dalla cancellazione dal registro delle imprese. Viene fatta salva però, per il solo imprenditore individuale, la possibilità di dimostrare che la effettiva cessazione²⁸ dell'attività non corrisponde alla data della cancellazione dal registro delle imprese, facendosi così decorrere il termine annuale dalla data di effettiva cessazione dell'attività commerciale. La possibilità di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività è fatta salva anche per l'imprenditore collettivo cancellato d'ufficio dal registro delle imprese. Così la norma coordina la legge fallimentare con la nuova disciplina della cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese dettata dal D.P.R. 23 luglio 2004, n. 247.

Per quanto riguarda le società non iscritte al registro delle imprese (le c.d. società di fatto o società irregolari), pacificamente assoggettabili a fallimento *ex art. 147, legge fall.*, nulla è precisato nell'art. 10 per il caso di cessazione dell'attività. Come si legge nella relazione al decreto: *"Per le società non iscritte (società di fatto o irregolari), invece, appare preferibile non dettare una specifica disposizione, sicché esse continuano ad essere assoggettate a fallimento senza alcun limite temporale. (...) 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 sanzionare la violazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro"*. Quindi sembrerebbe esserci stato un vero e proprio intento sanzionatorio nei confronti di quelle società che, ben potendo decidere di iscriversi al registro e di beneficiare del termine annuale, optano per la non iscrizione.

Si può notare in proposito che anche per l'impresa societaria non iscritta al registro delle imprese, al pari dell'impresa individuale, la cancellazione dal registro delle imprese non è un requisito per la cessazione dell'attività ma tutt'al più serve a rendere opponibile la cessazione stessa ai terzi. Sicché ove l'attività sia cessata, e nessun creditore possa invocare di aver fatto affidamento sulla sua prosecuzione, sembra difficilmente sostenibile la soggezione al fallimento.

D'altra parte, per le società regolarmente iscritte, è vero che la legge fa decorrere l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, ma, così come per l'impresa individuale (vedi sopra), sarà sempre possibile dimostrare che l'attività della società regolare cancellata dal registro delle imprese, è in realtà proseguita in capo alla medesima società divenuta irregolare, quando i soci di fatto abbiano agito in tal senso.

Per quanto attiene al fallimento dell'imprenditore defunto, l'art. 11, legge fall., richiama espressamente l'art. 10, legge fall., sottoponendo la fattispecie alle medesime condizioni. Pertanto il fallimento dell'imprenditore defunto può essere dichiarato entro il termine di un anno dalla morte dello stesso.

²⁸ Ricordiamo che nel caso dell'imprenditore individuale può parlarsi di cessazione di impresa con riguardo alla definitiva cessazione di ogni attività, anche meramente liquidatoria. La cessazione coincide dunque con il *"completo ed assoluto"* ritiro dell'imprenditore (Cass. 4 giugno 2001, n. 7538).

L'unica novità in materia riguarda la previsione espressa dell'esonero dell'erede che richiada il fallimento del defunto dagli obblighi di deposito previsti dagli artt. 14 e 16, c. 2, n. 3 (scritture, registri, bilanci, stato particolareggiato ed stimativo delle attività, elenco nominativo dei creditori e dei rispettivi crediti ecc.).

Rimane immutata la disciplina dettata dall'art. 12, legge fall., per il caso che l'imprenditore muoia dopo la dichiarazione di fallimento.

LIMITE TEMPORALE ALL'ASSOGGETTABILITÀ A FALLIMENTO		
IMPRENDITORE CHE HA CESSATO L'ESERCIZIO DELL'IMPRESA		IMPRENDITORE DEFUNTO
<i>Imprenditore individuale</i>	<i>Imprenditore collettivo</i>	
entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo. E' fatta salva la possibilità di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine annuale.	entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.	entro un anno dal decesso

1.2 Presupposto oggettivo

1.2.1. Lo stato di insolvenza

Il presupposto oggettivo affinché un imprenditore sia assoggettato alle disposizioni sul fallimento è che versi in stato di insolvenza. L'art. 5 "Stato di insolvenza", è rimasto immutato: "L'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni."

Una definizione più circostanziata è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza: l'insolvenza è una condizione generale che coinvolge l'intero patrimonio dell'imprenditore e consiste in una situazione di impotenza economica, funzionale e non transitoria, a seguito della quale il debitore non è più in grado di far fronte regolarmente, tempestivamente (cioè alle scadenze) e con mezzi normali alle obbligazioni assunte, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività.

Una recente sentenza della Cassazione ha fornito questa definizione dello stato di insolvenza "Lo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la

dichiarazione di fallimento, si realizza in presenza di una situazione di impotenza strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sulla imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti." (Cass. Sez. I, 4 marzo 2005, n. 4789).

Se nulla è cambiato in materia di presupposto oggettivo per il fallimento, si ricorda che il concordato preventivo il presupposto è oggi, a seguito del D.L. 35/2005²⁹, anche lo "stato di crisi" e non più esclusivamente lo stato di insolvenza³⁰.

2. Il procedimento fallimentare

2.1. Iniziativa per la dichiarazione di fallimento

Il nuovo art. 6 della legge fallimentare prevede che l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento del debitore compete:

1. al debitore stesso, su ricorso
2. ad uno o più creditori, su ricorso
3. al Pubblico Ministero, su richiesta

2.1.1. Dichiarazione d'ufficio

Dalla formulazione della norma scompare la possibilità che il fallimento sia dichiarato d'ufficio.

Si è così posto fine ad uno stato di incertezza normativa che aveva, negli ultimi tempi, creato qualche contrasto in sede giurisprudenziale.

La dichiarazione d'ufficio del fallimento ha rappresentato in passato una sorta di tutela ulteriore del sistema economico, non rimanendo limitata ai soli casi espressamente previsti dalla legge fallimentare ma estendosi spesso a quelle situazioni in cui il giudice fosse giunto in qualsiasi modo alla conoscenza dello stato di insolvenza. Nei casi in cui il ricorso per la dichiarazione di fallimento fosse stato oggetto di rinuncia (c.d. desistenza), il Tribunale poteva comunque procedere alla dichiarazio-

²⁹ Così come ulteriormente specificato con le modifiche introdotte dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 373 (c.d. "decreto milleproroghe"). Per ulteriori informazioni si rimanda all'introduzione del presente documento.

³⁰ Sul punto si veda "Il nuovo concordato preventivo" Fondazione Luca Pacioli (*Documento n. 28 del 28 ottobre 2005 – Circolare*) su www.fondazione.luca Pacioli.it

ne di fallimento d'ufficio in presenza dei presupposti. Tale disciplina rispondeva ad una concezione pubblicistica dell'istituto fallimentare e si poneva come norma di chiusura e salvaguardia del sistema economico nei casi in cui l'insolvenza emergesse fuori dai casi contemplati (di richiesta del debitore, dei creditori o del pubblico ministero). L'evoluzione in senso privatistico del sistema fallimentare ha portato al superamento anche della dichiarazione d'ufficio.

In realtà, alcuni limiti alla possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio erano già stati posti dalla giurisprudenza della Cassazione che, con sentenza n. 1876 del 9 marzo 1996 ha deciso che *“Il Tribunale, a norma dell'art. 6, legge fall., non può dichiarare d'ufficio il fallimento in base alla conoscenza di uno stato di insolvenza in qualsiasi modo ricevuta”*. In altre parole, la giurisprudenza aveva evidenziato il limite dell'informazione qualificata per la dichiarazione d'ufficio del fallimento, non essendo sufficiente una qualsiasi conoscenza dello stato di insolvenza acquisita in modo non ufficiale. Tale limite non è stato però uniformemente condiviso. Il tribunale di Agrigento (sentenza del 14 marzo 2001) ha ritenuto, in merito, che *“Nell'ipotesi in cui il creditore rinunci all'istanza per dichiarazione di fallimento, il ricorso non diviene improcedibile, dovendo il tribunale accertare d'ufficio se sussiste lo stato di insolvenza”*.

La riforma ha quindi risolto una *querelle* che si trascinava da tempo.

Coerentemente con la nuova impostazione vengono anche abrogati gli artt. 8 e 13 della legge fallimentare secondo i quali l'informazione al tribunale dell'insolvenza dell'imprenditore poteva pervenire da altro giudice (nel corso di un giudizio civile) o dagli elenchi dei protesti³¹.

Per quanto riguarda l'abrogazione dell'art. 8³², è adesso previsto che lo stato di insolvenza risultante in un giudizio civile sia segnalato al PM (nuovo art. 7, legge fall.), garantendo così, più opportunamente, il rispetto della terzietà del giudice e del rispetto dei principi del giusto processo.

2.1.2. *Iniziativa del pubblico ministero*

Con la riforma, l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento del pubblico ministero è disciplinata dagli artt. 6 e 7, legge fall..

L'art. 6, legge fall., attribuisce al pubblico ministero un potere generale di far dichiarare il fallimento dell'imprenditore insolvente. L'art. 7 disciplina i casi di iniziativa obbligatoria del PM³³.

Il pubblico ministero presenta la richiesta perchè sia dichiarato il fallimento:

³¹ Secondo la formulazione dell'abrogato art. 13, legge fall., gli elenchi dei protesti dovevano essere trasmessi al presidente del tribunale dai pubblici ufficiali abilitati a levare protesti cambiari, ogni quindici giorni.

³² L'articolo è stato già oggetto di segnalazione alla Corte Costituzionale per violazioni delle regole concernenti il giusto processo ex art. 111 Cost..

³³ A seguito della riforma, viene modificata la rubrica che passa da “Stato di insolvenza in sede penale” a “Iniziativa del pubblico ministero”.

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.*

Le novità introdotte riguardano l'aggiunta dello stato sintomatico di irreperibilità quale presupposto per l'iniziativa del PM e la previsione, già segnalata, che consegue all'abrogazione dell'art. 8, legge fall., che il PM presenti l'istanza di fallimento su segnalazione del giudice civile che abbia rilevato l'insolvenza nel corso di un procedimento civile. Sul punto è chiara la relazione al decreto: *"La soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio (...) risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso all'istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza dell'imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti."*

2.1.3. *Indicazione dei recapiti nel ricorso per la dichiarazione di fallimento*

Il secondo comma dell'art. 6, legge fall., introduce la possibilità che l'istante (il debitore, uno o più creditori) indichi, nel ricorso con cui propone domanda perchè sia dichiarato il fallimento:

- il numero di telefax
- o l'indirizzo di posta elettronica

presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla legge. La nuova previsione si colloca nella scia delineata dalla normativa in materia di innovazione tecnologica prevista dal D.M. 13 febbraio 2001, n. 123 recante *"Disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinnanzi le sezioni giurisprudenziali della Corte dei Conti."*

2.1.4. *Obblighi di deposito dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento*

Nel caso in cui, così come previsto dall'art. 6, legge fall., sia l'imprenditore stesso a proporre ricorso per la dichiarazione del suo fallimento, egli dovrà depositare, ai sensi del riformulato art. 14, legge fall., insieme all'istanza per la dichiarazione del proprio fallimento:

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti o l'intera esistenza dell'impresa in caso di minor durata;
- uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività;
- l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti;
- l'indicazione dei ricavi lordi per gli 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.

La norma propone una semplificazione degli adempimenti necessari. In virtù dei nuovi profili dimensionali richiesti dall'art. 1, comma 2, per la qualifica di piccolo imprenditore, viene richiesto il deposito dell'indicazione dei ricavi lordi degli ultimi tre anni.

2.2. Competenza del tribunale

2.2.1. Tribunale competente

Ai sensi del primo comma dell'art. 9, legge fall., rimasto immutato a seguito della novella legislativa, il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale³⁴ dell'impresa.

Il secondo comma dello stesso art. 9, innovando la precedente formulazione della norma³⁵, prevede che, ai fini della determinazione della competenza, non rileva il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento. Si pone così rimedio a tutte quelle situazioni in cui lo spostamento di sede risulta "sospetto", perchè prossimo alla domanda di fallimento e probabilmente preordinato esclusivamente ad incidere sulla competenza territoriale.

Il terzo e quarto comma ribadiscono, così come nel testo *ante* riforma, il principio di nazionalità, disponendo che:

- l'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica Italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero;
- sono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione Europea.

Da ultimo, l'art. 9 si chiude con una disposizione in tema di *perpetuatio iurisdictionis* (art. 5, c.p.c.) secondo cui il trasferimento della sede dell'impresa all'estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana se è avvenuto dopo il deposito del ricorso da parte del debitore o dei creditori o della richiesta da parte del PM affinché sia dichiarato il fallimento dell'imprenditore.

2.2.2. Tribunale incompetente e conflitti di competenza

L'art. 9-bis, di nuova introduzione, detta la disciplina in caso di incompetenza del tribunale adito.

³⁴ "... la sede principale ed effettiva dell'impresa, costituita dal centro di direzione ed organizzazione dell'impresa stessa ed identificata, in via presuntiva e fino a prova contraria, con la sede legale. Il tribunale così individuato è quello che può esercitare le sue funzioni nel modo più efficiente, con la conseguenza che la competenza a dichiarare il fallimento è considerata funzionale, assoluta ed inderogabile dalle parti." U. Apice, Op. cit., pag. 15.

³⁵ Coerentemente con le innovazioni in materia previste per l'istituto del concordato preventivo. Cfr. art. 161, legge fall., "Domanda di concordato" così come modificato in seguito al D.L. 35/2005 che prevede "La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza."

Ricordiamo che la competenza funzionale del tribunale in materia fallimentare è considerata assoluta ed inderogabile dalle parti. Pertanto, in caso di dichiarazione di fallimento da parte di tribunale incompetente, nel vigore della vecchia normativa, il fallimento doveva essere revocato³⁶. La grave conseguenza che ne discendeva era che il procedimento per la dichiarazione di fallimento doveva iniziare *ex novo* di fronte al tribunale competente, senza salvezza degli atti processuali posti in essere dal tribunale dichiarato incompetente.

In un'ottica acceleratoria del processo, la riforma pone rimedio a tale situazione. Ora viene infatti espresso il principio della conservazione degli atti "*Restano salvi gli atti precedentemente compiuti*" (art. 9-bis, comma 3, legge fall.)³⁷.

L'incompetenza viene così disciplinata:

- il tribunale che si è dichiarato incompetente o è dichiarato incompetente, dispone con decreto l'immediata trasmissione degli atti a quello competente;
- il tribunale dichiarato competente, entro venti giorni dal ricevimento degli atti, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza *ex art. 45, c.p.c.*, dispone la prosecuzione della procedura fallimentare, nominando giudice delegato e curatore;
- restano salvi gli atti compiuti;
- nel caso in cui l'incompetenza sia dichiarata all'esito del giudizio di appello, il giudizio è riassunto dinnanzi alla corte di appello competente;
- il giudice del tribunale dichiarato incompetente assegna alle parti un termine per la riassunzione della causa di fronte al giudice competente, ordinando contestualmente la cancellazione della causa dal ruolo.

Il legislatore delegato considera anche l'ipotesi di conflitto positivo di competenza, ossia il caso in cui più tribunali egualmente competenti, pronuncino il fallimento dello stesso debitore.

L'ipotesi è regolata dal nuovo art. 9-ter e risolta secondo il criterio cronologico, con la previsione che in tal caso il procedimento prosegue davanti al tribunale competente che si è pronunciato per primo. Nel silenzio della legge, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale aveva già provveduto a colmare la lacuna in tal senso: la giurisprudenza³⁸ infatti, al fine di tutelare l'indefettibile esigenza di assicurare l'unicità della procedura concorsuale, aveva già fissato il principio di prevenzione quale discriminante per i casi di conflitto positivo e reale di competenza tra due tribunali che avessero dichiarato il fallimento dello stesso soggetto.

La norma inserita dalla riforma prosegue disponendo che il tribunale che si è pronunciato successivamente, se non ritiene di promuovere il regolamento di competenza (*ex art. 45, c.p.c.*), trasmette gli atti al tribunale che si è pronunciato per primo.

³⁶ Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, pag. 45.

³⁷ Così la relazione al decreto "*Secondo la vigente normativa la sentenza di fallimento pronunciata da un tribunale incompetente è nulla. Tuttavia, la dichiarazione di nullità travolge le attività processuali compiute nell'ambito della procedura fallimentare aperta dalla sentenza dichiarata nulla, comprese le iniziative giudiziali assunte dal curatore. Le conseguenze di tale disciplina risultano particolarmente gravi e possono allungare in maniera consistente la durata della procedura ...*"

³⁸ Cass. nn. 3461/2002, 1981/2000, 3455/1999, 8795/1997, 10942/91.

2.3. Istruttoria prefallimentare

In ossequio al principio della legge delega che imponeva “l’accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia” (legge 80/2005, art. 1, comma 6, lett. a), n.1)), il decreto attuativo riformula completamente la disciplina dell’istruttoria prefallimentare ma mantiene, per l’istruttoria, il rito camerale ritenuto idoneo ad assicurare la concentrazione, l’immediatezza e la speditezza del procedimento.

Il primo segnale di questa incisiva innovazione si ravvisa nella modifica della rubrica dell’art. 15 da “Facoltà del tribunale di sentire il debitore” a “Istruttoria prefallimentare”. La legge fallimentare del ’42, sostanzialmente, non disciplinava il procedimento per la dichiarazione di fallimento. La precedente formulazione dell’art. 15 si limitava a prevedere che il tribunale, prima di dichiarare il fallimento, aveva la facoltà di ordinare la comparizione dell’imprenditore in camera di consiglio e sentirlo anche in confronto dei creditori istanti. A seguito delle pronunce di illegittimità costituzionale³⁹, l’interpretazione dell’art. 15 è stata modificata nel senso di ritenere obbligatoria l’audizione del fallito. Il procedimento, però, era privo di una specifica disciplina e si riteneva pertanto regolato dalle norme in materia di procedimenti in camera di consiglio (artt. 737 e ss., c.p.c.). Il limite del precedente testo di legge consisteva in una difficile coniugazione tra la sommarietà del procedimento con la pienezza del diritto di difesa e con il principio del contraddittorio. Infatti, affinché possa aversi un contraddittorio reale, non può ritenersi sufficiente che sia assicurato al debitore la conoscenza dell’iniziativa per la dichiarazione di fallimento (non basta che l’avviso di convocazione sia notificato) ma è altresì necessario che il debitore sia posto in grado di acquisire compiuta conoscenza delle contestazioni e delle conseguenze, al fine di poter predisporre un’opportuna difesa⁴⁰. Altro limite della precedente normativa riguarda il fatto di non aver espressamente regolato i tempi e le modalità del procedimento.

A colmare queste lacune interviene il legislatore della riforma che detta una disciplina completa del procedimento mantenendo le caratteristiche essenziali del sistema previgente (il carattere sommario ed inquisitorio), ma coniugandolo con le esigenze di speditezza del rito, da un lato, e di tutela del diritto di difesa, dall’altro (in ossequio al novellato art. 111 della costituzione).

Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

³⁹ La Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 15, legge fall., nella parte in cui “Non prevede l’obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell’imprenditore in camera di consiglio per l’esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura di tale procedimento”. C. Cost., 16 luglio 1970, n. 141, in *Dir. fallim.*, 1970, II, 601, con nota di Di Lauro, *Illegittimità costituzionale degli artt. 15 e 147 legge fall.*, ivi, pag 741.

⁴⁰ Cass., 28 aprile 2004, n. 8091.

Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti, come già di fatto in precedenza e, in questo caso, il giudice delegato provvede ad emanare il decreto di convocazione delle parti. Se il tribunale, viceversa, non si avvale della facoltà di delega, dovrà provvedere a convocare, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento. Nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.

Come si nota, a differenza rispetto all'impianto del '42, la convocazione non si riferisce più esclusivamente all'imprenditore ma si estende anche ai creditori istanti che assumono la qualità di parte a tutti gli effetti, con piena legittimazione a dedurre prove ed a partecipare a tutti gli atti del giudizio.

L'intervento del PM è obbligatorio, in quanto parte del procedimento, solo nel caso in cui abbia assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento. In tutti gli altri casi, a norma dell'art. 70, ultimo comma, c.p.c. egli *"Può intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse"*.

Il ricorso ed il decreto di convocazione devono essere notificati a cura di parte e, tra la data di notificazione e quella della udienza, devono intercorrere almeno quindici giorni liberi, per dare modo ai convenuti di predisporre la propria difesa.

Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone, con gli accertamenti necessari, che l'imprenditore depositi una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata.

I termini a comparire e per la deduzione delle prove e difese possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza.

Se il tribunale delega al giudice delegato l'audizione delle parti, quest'ultimo provvede, senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. E' espressamente prevista la possibilità che le parti nominino consulenti tecnici.

Molto importante la disposizione che consente al tribunale, su richiesta delle parti, di emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, o revocati con il decreto che rigetta l'istanza. Tale possibilità, se da un lato si scontra con l'esigenza di accelerare il procedimento, dall'altro, però, risponde all'esigenza, avvertita come primaria, di tutela del patrimonio aziendale.

Da ultimo la norma si chiude con la disposizione, già richiamata in ordine ai limiti per l'assoggettabilità a fallimento (v. paragrafo 1.1.3), che prevede che se l'ammontere dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti (dell'istruttoria prefallimen-

tare) è complessivamente inferiore a 25 mila euro, non si fa luogo a fallimento. Tale importo è aggiornato ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.⁴¹

2.4. Sentenza dichiarativa di fallimento, sua comunicazione e pubblicazione

2.4.1. La sentenza dichiarativa di fallimento

L'art. 16 della legge fallimentare viene modificato essenzialmente per quanto concerne i termini concedendo tempi più ampi ma stabilendo anche la perentorietà dei nuovi termini.

Come per il passato, la sentenza dichiarativa di fallimento è pronunciata in camera di consiglio.

Con la sentenza il tribunale:

1. nomina il giudice delegato per la procedura;
2. nomina il curatore;
3. ordina al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori, entro tre giorni se non è stato ancora eseguito a norma dell'art. 14, legge fall.;
4. stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza;
5. assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza prevista al punto 4, per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione.

La disposizione si conclude prevedendo che la sentenza produce i suoi effetti dalla data del deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata. Gli effetti nei confronti dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese.

Viene abrogato il quarto comma della precedente formulazione dell'art. 16 laddove veniva prevista la cattura del fallito, nel rispetto dell'art. 214 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale che stabilisce l'abrogazione delle norme che prevedono l'arresto o la cattura da parte di organi giudiziari non esercenti funzioni penali.

⁴¹ "Quest'ultima innovazione persegue la finalità, prospettata incidentalmente dalla Corte Costituzionale nelle pronunce nn. 302/1985, 488/1993 e 368/1994, tesa ad evitare l'apertura di procedure fallimentari nei casi in cui si possa ragionevolmente presumere che i loro costi superino i ricavi distribuibili ai creditori. La previsione in esame peraltro avrà come ulteriore effetto quello di uniformare le prassi allo stato utilizzate nei vari Tribunali, secondo cui non si fa luogo a pronuncia di fallimento nell'ipotesi in cui l'esposizione debitoria risultante dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia inferiore ad un certo ammontare di volta in volta individuato. Una tale soluzione evita di interferire sul profilo dell'accertamento dello stato di insolvenza

2.4.2. *Comunicazione e pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento*

La disciplina della comunicazione e della pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento viene completamente rivisitata nel nuovo testo dell'art. 17, legge fall.. La nuova formulazione ha l'obiettivo di dare piena ed integrale conoscenza della sentenza al debitore a tutela del diritto di difesa in vista di una possibile proposta di appello (nuovo art. 18, legge fall.).

Viene infatti prevista la notifica della sentenza al debitore in luogo della precedente comunicazione per estratto.

A tutela dell'affidamento dei terzi, inoltre, viene previsto che la sentenza venga annotata presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.

Sono state abolite la disposizione che richiedevano l'affissione dell'estratto della sentenza di fallimento alla porta esterna del tribunale e quella relativa alla pubblicazione nel foglio degli annunci legali della provincia, alla luce dell'avvenuta soppressione del foglio stesso.

L'ultimo comma consente che, per assicurare la massima tempestività della pubblicazione, l'estratto della sentenza sia trasmesso dal curatore al registro delle imprese anche per via telematica.

2.5. *Appello – Sospensione della liquidazione dell'attivo – Gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento*

2.5.1 *Appello*

L'articolo 18 in materia di appello è stato completamente riformulato a partire dalla rubrica "Appello" che va a sostituirsi alla precedente "Opposizione alla dichiarazione di fallimento".

Senza dubbio la previsione costituisce una delle novità più incisive della riforma. Viene soppresso l'attuale giudizio di primo grado di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento. In suo luogo viene previsto che la sentenza dichiarativa di fallimento sia direttamente impugnabile a mezzo di appello da proporsi alla Corte di appello. In questo modo il legislatore imprime un'accelerazione alle procedure, eliminando un passaggio intermedio, quello del giudizio di opposizione, che rallentava la conclusione dell'intero procedimento.

A salvaguardia dei diritti dei creditori, ed in linea con le regole procedurali ordinarie, viene previsto che l'appello non sospende gli effetti della sentenza a meno che il collegio, su richiesta di parte, nei casi previsti dall'art 19, legge fall. (vedi sotto), non disponga la sospensione della liquidazione dell'attivo.

Il debitore o qualunque interessato può proporre appello con ricorso da depositarsi presso la Corte d'appello entro trenta giorni. Il termine di 30 giorni decorre dalla data in cui è stata notificata al debitore la sentenza, per gli altri interessati decorre dalla data di iscrizione della stessa al registro delle imprese.

Attraverso un rinvio effettuato all'art. 327 del codice di procedura civile, si dispone che l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento non può, comunque, essere proposto decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza.

Il legislatore prosegue disciplinando in modo dettagliato il giudizio di appello.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, fissa con decreto l'udienza di comparizione entro 45 gg. dal deposito del ricorso, assegnando un termine al ricorrente non superiore a 10 giorni dalla comunicazione per la notifica del ricorso e del decreto alle parti e al curatore, nonché un termine alle parti resistenti non superiore a 5 gg. prima dell'udienza per il deposito di memorie.

Tenuto conto degli interessi pubblici sottesi alla dichiarazione di fallimento è precisato che il collegio può assumere anche d'ufficio i mezzi di prova indispensabili alla decisione. L'udienza si svolge in contraddittorio pieno, all'esito della quale il collegio provvede con sentenza. La norma prevede, testualmente, che la sentenza sia *"emessa ai sensi dell'art. 281-sexies del codice di procedura civile"*. L'art. 281-sexies, c.p.c. riguarda la decisione a seguito di trattazione orale. Dunque, il legislatore della riforma delle procedure concorsuali prevede che il collegio possa, nella stessa adunanza, far discutere oralmente alle parti le conclusioni e pronunciare la propria sentenza al termine della discussione. Ora, anche se è chiaro l'intento acceleratorio, sembra in realtà poco verosimile che il collegio, considerata la mole di lavoro che grava abitualmente sui tribunali, riesca ad emettere una sentenza e motivarla opportunamente nell'ambito della stessa udienza. In più ci si domanda se, una sentenza così emessa, non rischi di risultare poco motivata e perciò si corra un maggior rischio di impugnazione della stessa per difetto di motivazione in Cassazione. In tal caso, l'intento di speditezza delle procedure perseguito rimarrebbe assolutamente frustrato.

Viene concesso che, in casi di particolare complessità, la corte si riservi di depositare la motivazione entro 15 giorni.

La sentenza che revoca il fallimento è notificata al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore nel caso in cui non sia opponente. La sentenza deve essere pubblicata ed iscritta al registro delle imprese. La sentenza che rigetta l'appello è notificata esclusivamente al ricorrente.

In caso di revoca del fallimento restano salvi gli effetti degli atti compiuti dagli organi della procedura.

L'ultimo comma riporta l'originaria disposizione dell'abrogato art. 21, secondo comma, legge fall., secondo cui le spese della procedura ed il compenso al curatore sono liquidati dal tribunale, su relazione del giudice delegato, con decreto non soggetto a reclamo.

2.5.2. *La sospensione della liquidazione dell'attivo*

Il novellato art. 19, legge fall., prevede che, sia nel caso di proposizione di appello, sia nel caso di ricorso per cassazione, il collegio possa, su richiesta di parte o del curatore, qualora ricorrano gravi motivi, sospendere in tutto o in parte, o temporaneamente, la liquidazione dell'attivo.

L'istanza per la sospensione della liquidazione dell'attivo si propone con ricorso. Il presidente, con decreto, ordina la comparizione delle parti dinanzi al collegio in camera di consiglio. Copia del ricorso e del decreto sono notificate alle altre parti ed al curatore.

2.5.3. *Gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento*

Viene completamente rivisitato il sistema dei gravami contro il decreto del tribunale che respinge il ricorso per la dichiarazione del fallimento.

La nuova formulazione dell'art. 22 prevede che il ricorrente, dopo 15 gg. dalla comunicazione del decreto che respinge il ricorso, può proporre reclamo alla corte d'appello che, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. In ossequio alla giurisprudenza della corte costituzionale⁴², è precisato che il debitore può utilizzare esclusivamente lo strumento del reclamo avverso il rigetto delle domande di condanna alla refusione delle spese ed al risarcimento del danno per responsabilità aggravata per l'azione o resistenza in giudizio con mala fede o colpa grave (art. 96, c.p.c.). Il decreto è comunicato alle parti.

Nel caso in cui la corte accolga il reclamo, rimette gli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che siano venuti meno taluni presupposti necessari.

L'art. 22 si chiude con la previsione secondo cui il termine annuale previsto nel caso di fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'attività imprenditoriale e nel caso di fallimento dell'imprenditore defunto, si computa con riferimento al decreto della corte di appello.

⁴² Corte Cost. sentenza del 20 luglio 1999, n. 328 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 22, legge fall., nella parte in cui nega al debitore la legittimazione a reclamare dinanzi alla corte di appello contro il rigetto del ricorso per la dichiarazione di fallimento per le domande dallo stesso proposte (rimborso spese o risarcimento danni).