

La natura "anfibiologica" del diritto fallimentare: la legittimazione attiva del Pubblico Ministero alla dichiarazione di fallimento tra interesse dei creditori e rilievo pubblicistico.

Brevi note a margine di Cassazione, Sezioni Unite, 18 aprile 2013 n. 9409.

di

Francesco Elefante

(Giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale ordinario di Avezzano)

1. Premessa. 2. La vicenda. 3. La nuova riemersione dell'interesse (anche) pubblicistico alla dichiarazione di fallimento. 4. L'oggetto della segnalazione di cui all'art. 7 LF ed i rapporti con l'istituto della ricusazione del giudice. 5. L'istanza dichiarativa di fallimento avanzata dal PM a seguito della ricevuta segnalazione. Rapporti. 6. Considerazioni conclusive

1. Premessa

Con la recente sentenza n. 9409 del 2013 le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione - pronunciandosi su questione ritenuta di massima importanza - hanno assestato un nuovo duro colpo a quanti ritenevano che le modifiche normative intervenute a decorrere dal 2005 sulla disciplina fallimentare avessero "privatizzato" del tutto il rito fallimentare. Nel provvedimento citato, infatti, viene affermato il principio di diritto secondo

il quale "è legittima la dichiarazione di fallimento intervenuta su istanza del Pubblico Ministero, inoltrata a seguito di segnalazione compiuta dal Tribunale nell'ambito di una procedura prefallimentare".

Prima di entrare *funditus* nell'analisi degli effetti che tale pronunciamento avrà nell'ambito dei giudizi "prefallimentari", si ritiene utile ripercorre sinteticamente gli elementi principali della vicenda giudiziaria che ne ha dato spunto.

2. La vicenda.

Un istituto di credito fortemente esposto, dopo aver adito in prima battuta la Sezione fallimentare del Tribunale di Mantova mediante istanza di fallimento rivolta nei confronti di una società sovvenzionata, depositava, in sede di prima udienza di trattazione del giudizio, atto di desistenza. Il Collegio, tuttavia, non si limitava a disporre

l'archiviazione della procedura, ma disponeva altresì, ex art. 7 della legge fallimentare, la trasmissione degli atti alla competente Procura della Repubblica avendo ritenuto sussistente, a carico della società debitrice, un *fumus* di insolvenza. L'Ufficio requirente, quindi, puntualmente depositava una nuova istanza di fallimento a carico della debitrice, la quale, in sede di memoria difensiva, avanzava istanza di ricusazione. A questo punto il Tribunale, ritenuto insussistenti i requisiti della ricusazione, dichiarava, in diversa composizione collegiale, il fallimento della società.

Così sinteticamente riportati i punti salienti della controversia, la società fallita, in sede di ricorso per Cassazione ex art. 360 c.p.c., chiedeva espressamente che la trattazione - involgente in via primaria la questione della legittimità di una dichiarazione di fallimento intervenuta a seguito di istanza del PM sollecitato a seguito di segnalazione pervenuta nell'ambito di un procedimento prefallimentare archiviato per desistenza del creditore istante - fosse rimessa alle Sezioni Unite tenuto conto sia del contrasto tra sezioni semplici emerso sul punto; sia la della peculiarità ed importanza della questione. In una precedente pronuncia del 2009 (sentenza n. 4632) la Cassazione, infatti, aveva escluso, stante anche il venir meno della procedibilità d'ufficio, che l'iniziativa del

Pubblico Ministero potesse essere sollecitata dallo stesso Tribunale fallimentare, e ciò in omaggio, anche, al principio costituzionale del giusto processo, scolpito all'art. 111 Cost., ed in particolare al corollario della terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante. Tuttavia, come anticipato, lo stesso organo nomofilattico, con le tre pronunce "gemelle" del 2012 (nn. 9781, 9857 e 9858 del 2012), ebbe modo di ritornare sulla questione affermando, di contro, che in realtà sia la procedibilità d'ufficio del previgente sistema, sia, a maggior ragione, il meccanismo della segnalazione proveniente dal giudice della prefallimentare, non si ponevano in contrasto con il citato principio costituzionale della imparzialità e terzietà del giudice. Ciò in ragione sia di valutazioni sistematiche, posto che quest'ultimo rimaneva comunque *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti, non essendo portatore di alcun interesse proprio; sia di considerazioni di politica legislativa, tenuto conto che già nella relazione illustrativa allo schema legislativo - recante la riforma della disciplina delle procedure concorsuali - veniva espressamente specificato che la soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio doveva ritenersi bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dare corso all'istanza di fallimento su segnalazione

qualificata proveniente dal giudice; sia, infine, in base alla mera interpretazione letterale - ex art. 12, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile - delle disposizioni di riferimento contenute nell'art. 7 della legge fallimentare, nella parte in cui dispone, nello specifico, che il potere di iniziativa del pubblico ministero può essere altresì esercitato su segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso non più, come stabilito dal previgente art. 8 cit., di un "giudizio civile", ma di un "procedimento civile", nel cui ambito deve certamente essere annoverato, in via estensiva, quello prefallimentare.

Nel dirimere, quindi, l'esposto contrasto giurisprudenziale emerso tra Sezioni semplici, la pronuncia che si annota, da un lato, si allinea all'ultimo degli orientamenti esposti, e, dall'altro, si spinge oltre enucleando per la prima volta i principi sistematici della materia. La pronuncia, infatti, merita di essere segnalata soprattutto perché si sofferma, risolvendolo, sul problema del rapporto tra segnalazione proveniente dal giudice prefallimentare e principio del giusto processo (nei suoi corollari di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante) da intendersi, come è ovvio, anche nel senso di equidistanza dall'oggetto del giudizio e dalle parti.

Ivi, infatti, viene espressamente stabilito che *"la trasmissione al PM della notizia decotiois non ha alcun*

contenuto decisivo, nemmeno come esito di una deliberazione sommaria sicché, non essendovi alcuna coincidenza fra il contenuto della segnalazione e l'oggetto della successiva istruttoria conseguente all'iniziativa del PM [...] non è neppure astrattamente ipotizzabile una violazione" dei più volte citati principi costituzionali.

In sostanza, viene affermato che la segnalazione del giudice non può essere sussunta nell'ipotesi di astensione prevista dall'art. 51, comma 4, n. 4, c.p.c. ove è previsto il dovere del giudice di astenersi - a pena di ricusazione dello stesso - allorquando abbia avuto conoscenza della controversia *"come magistrato in altro grado del processo"*.

Ciò in ragione del fatto che la segnalazione del giudice, la successiva istanza del PM e l'eventuale declaratoria di fallimento, non costituiscono fasi di un unico procedimento, sicché la segnalazione a monte non può comportare, di per sé, una limitazione dei poteri decisionale dell'organo requirente.

L'iniziativa del PM resta, invero, pur sempre del tutto autonoma - così come nelle altre ipotesi previste dall'art. 7 LF - perché frutto della libera determinazione di quest'ultimo, con la conseguenza che deve ritenersi reciso qualsiasi legame sia con la precedente segnalazione; sia con

l'altrettanto libera ed autonoma successiva declaratoria del Tribunale.

L'attenzione della Corte sul punto, tuttavia, si dimostra particolarmente alta, tanto che alla stessa preme sottolineare - manifestando una considerazione più di stampo pragmatico che di stretto diritto - che l'eventuale eccessivo appiattimento del PM rispetto alla segnalazione in precedenza ricevuta costituisce solamente una "*disfunzione a patologie del sistema*", non inficiando invece l'astratta architettura del sistema legislativo delineato, che prevede "*un'autonomia decisionale dei due organi giudiziari*", e quindi sfere di competenza distinte.

Tanto ciò è vero, tra l'altro, che la Corte, partendo dall'assunto esposto, aggiunge alle considerazioni riportate l'affermazione che la segnalazione da parte del giudice prefallimentare costituisce, in realtà, non già un facoltà ma un vero e proprio dovere perché "*la ratio della disposizione va individuata nell'intento di favorire quanto più possibile un ampio flusso informativo alla Procura della Repubblica, in ragione dell'interesse pubblico alla tempestiva instaurazione di una procedura concorsuale ove ne ricorrano i presupposti*".

Questi, in estrema sintesi, i tratti più significativi tratteggiati dalla pronuncia che si commenta.

Nelle pagine che seguono si tenterà, prendendo spunto dai principi di diritto singolarmente esposti, di svolgere un'analisi di più ampio respiro ed orizzonte sull'impatto (cd *drafting*) che quest'ultimi potrebbero avere sul diritto fallimentare, ed in particolare sulla filosofia che ispira quest'ultimo sistema.

3. La nuova riemersione dell'interesse (anche) pubblicistico alla dichiarazione di fallimento.

In primo luogo, infatti, risulta significativa l'affermazione secondo la quale il Tribunale adito in via prefallimentare ha il dovere - quand'anche il giudizio sia originariamente scaturito da un'istanza proveniente da un soggetto privato, quale un creditore, poi ritirata - di segnalare il *fumus* di insolvenza alla Procura della Repubblica in quanto la ratio della disposizione di cui all'art. 7 LF si spiega "*in ragione dell'interesse pubblico alla tempestiva instaurazione di una procedura concorsuale ove ne ricorrano i presupposti*".

Trattasi di asserzione, infatti, che si inserisce nel dibattito, mai sopito, concernente la natura privatistica o pubblicistica degli interessi sottesi al diritto fallimentare, Dibattito alimentatosi nel tempo a seguito delle riforme intervenute a decorre dal 2005.

E' noto che precedentemente alla (primissima) riforma operata con l'intervento normativo di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento apparteneva non solo al debitore, ai creditori ed al Pubblico ministero, come nel sistema vigente, ma altresì allo stesso Tribunale, che poteva procedere d'ufficio.

Il successivo venir meno di tale ultima iniziativa officiosa veniva speso, quindi, come elemento, unitamente ad altri, sintomatico della diversa filosofia di base adottata dal legislatore (ispirato molto probabilmente dalle congiunture economiche del tempo, oggi ancora più drammatiche): si vedeva cioè in questo il passaggio dal previgente regime normativo, volto alla tutela del primario interesse pubblicistico all'espulsione dal mercato dell'impresa "decotta", ove lo Stato era l'attore legittimato a procedere all'isolamento di chi fosse stato ritenuto insolvente (potendo quest'ultimo contagiare a catena altri operatori del mercato) a quello attuale, in cui la legittimazione appartiene esclusivamente al mercato stesso - salve le ipotesi, da ritenersi assolutamente tassative e di stretta interpretazione, di iniziativa riconosciuta in capo all'organo requirente (e cioè di insolvenza emersa nell'ambito di un procedimento penale, ovvero di fuga, latitanza o irreperibilità dell'imprenditore; di chiusura dei locali

dell'impresa; di sottrazione di attivo; o, infine, di segnalazione del giudice) - e cioè al ceto creditorio, in quanto soggetto reputato titolare di anticorpi.

A sostegno della prima interpretazione sistematica si evidenziava altresì il contestuale venir meno del principio della c.d. automatica conversione delle procedure, da concordato preventivo a fallimento, nell'ipotesi di risoluzione del primo.

Mentre, infatti, nel previgente sistema era previsto non solo che la risoluzione del concordato preventivo potesse essere disposta d'ufficio (artt. 186 e 137 LF vecchio rito), ma altresì che dichiarazione di fallimento fosse automatica alla declaratoria risolutiva (senza cioè la necessità di un nuovo previo accertamento circa la persistenza di una insolvenza attuale, stante l'identità di presupposti delle due procedure), nel nuovo rito scompaiono entrambi i meccanismi processuali, essendo legittimati alla risoluzione solo i creditori ed il PM, ed essendo altresì necessaria, per la contestuale dichiarazione di fallimento, un'apposita istanza di parte corredata dall'allegazione e dalla pedissequa prova dell'evoluzione nel tempo della crisi di impresa in insolvenza vera e propria (stante, viceversa, la diversità tra la nozione di crisi di impresa ed insolvenza).

In modo diametralmente opposto rispetto a tale approccio, vi erano,

tuttavia, quanti evidenziavano che la riforma del 2006 aveva, in realtà, solo tentato di ammorbidire il sistema, meramente escludendo solo l'iniziativa officiosa del Tribunale, senza incidere allo stesso tempo sull'interesse pubblicistico, comunque prevalente, dello Stato alla tutela del mercato e della concorrenza.

Fermo era rimasto, infatti, il non indifferente elemento sintomatico concernente la possibilità da parte del Tribunale - una volta instauratosi il giudizio prefallimentare su richiesta del singolo creditore - di poter disporre ex art 15 LF l'ammissione e l'espletamento dei mezzi istruttori richiesti sia dalle parti ma anche "disposti d'ufficio".

Al dibattito così volutamente sintetizzato, si aggiunge, oggi, l'istituto della segnalazione così come ridisegnati dalla Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia che si commenta.

A tal fine, infatti, occorre mettere in precipuo risalto che nella fattispecie esaminata dell'organo nomofilattico vi era stata una segnalazione alla Procura della Repubblica proveniente proprio da un procedimento prefallimentare instauratosi a seguito di istanza depositata da istituto di credito che, alla prima udienza, aveva depositato atto di desistenza dalla lite¹.

¹ Istituto di credito che, con molta probabilità, non aveva interesse alla declaratoria di fallimento perché già soddisfatto *aliunde* ovvero perché non interessato ad una procedura concorsuale costosa ed allo stesso tempo soggetta al principio della *par condicio creditorum*. Si pensi all'ipotesi di creditore che, in quanto

Ed è proprio la peculiarità della fattispecie, unita all'affermazione secondo la quale la segnalazione del giudice in tali ipotesi è doverosa - pur essendo nel frattempo venuto meno il giudizio *a quo* per desistenza dell'attore - a segnare un altro e significativo passo verso la riemersione dell'interesse pubblico alla declaratoria fallimentare.

La riflessione per cui il dibattito sulla rilevanza pubblicistica del diritto fallimentare - per questo definito anfibiologico, stante la concomitanza di interessi pubblici e privati - sia di nuovo in auge, può essere pienamente compresa, infatti, facendo riferimento, in modo succinto, ad un'altra importante recentissima sentenza che le Sezioni Unite di Cassazione hanno adottato con riferimento al diverso istituto giuridico del concordato preventivo: ci si riferisce, in particolare, al concetto di sindacato sulla c.d. fattibilità giuridica del piano concordatario.

Trattasi della sentenza del 23 gennaio 2013 n. 1521, ove in più occasioni si legge, seppur con riferimento al concordato preventivo, che "per quanto sin dalla sua introduzione si discutesse circa la natura dell'istituto del concordato preventivo, essendo questa connotata da profili rilevanti sia

fondiario, preferisce agire esecutivamente in via individuale aggredendo l'immobile, nella speranza cioè di soddisfarsi autonomamente e singolarmente sul bene.

*sul piano pubblicistico che su quello negoziale”; che “
va innanzitutto evidenziato come, seppur l’istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale (come d’altro canto si desume anche dal nome del procedimento), tuttavia nella relativa disciplina siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici”; che, infine, “se il legislatore ha dunque incontestabilmente valorizzato l’elemento negoziale sotto l’aspetto sopra indicato nella procedura oggetto di esame, è pur vero che, come precedentemente già evidenziato, non si è curato di cancellare tutti gli aspetti pubblicistici”.*

Tirando le prime conclusioni del discorso, dunque, può affermarsi che il diritto fallimentare vede ancora come predominante l’emersione di un interesse pubblicistico alla corretta composizione della crisi di impresa, che non può dirsi lasciata totalmente alla libera autoregolamentazione del mercato.

In sostanza, astraendo sul punto, emerge il principio per cui una volta giunta la crisi di un’impresa sul tavolo di un giudice, la gestione della stessa resta irreversibilmente nelle mani dello Stato, essendo divenuto definitivamente subalterno l’interesse privatistico originario facente capo al singolo creditore istante rispetto a quello pubblicistico.

4. L’oggetto della segnalazione di cui all’art. 7 LF ed i rapporti con l’istituto della ricusazione del giudice.

In secondo luogo, la pronuncia che si annota risulta altresì significativa nella parte in cui ha stabilito che *“la trasmissione al PM della notizia decotiois non ha alcun contenuto decisorio, nemmeno come esito di una deliberazione sommaria sicché, non essendovi alcuna coincidenza fra il contenuto della segnalazione e l’oggetto della successiva istruttoria conseguente all’iniziativa del PM [..] non è neppure astrattamente ipotizzabile una violazione”* dei principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice.

Punto di arrivo ritenuto tanto inconfutabile che il giudice civile, ivi compreso quello della prefallimentare, ha il dovere e non già la mera facoltà di effettuare la segnalazione all’Ufficio inquirente in ordine all’accertato *fumus* di insolvenza dell’impresa debitrice.

In realtà, occorre precisare che tale assunto - secondo il quale la segnalazione di insolvenza, non costituendo deliberazione decisoria neanche sommaria di quest’ultima, non costituisce in sostanza ipotesi riconducibile alla fattispecie di conoscenza della causa come magistrato in altro grado del processo di cui all’art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.

- risultava già abbastanza scontato, ancor prima del pronunciamento in commento.

A tal fine, infatti, è sufficiente considerare che la segnalazione proviene comunque da altro giudizio - quand'anche esso stesso prefallimentare - di primo grado, come quello successivo dichiarativo di fallimento, sicché quand'anche vi fosse una parziale coincidenza tra la persona fisica segnalante ed il successivo Collegio fallimentare adito, non ricorrerebbe comunque il requisito dell' "altro grado del processo" di cui al citato art. 51 c.p.c.

Senza tralasciare che alla medesima conclusione si sarebbe comunque dovuti pervenire quand'anche la segnalazione fosse stata ritenuta deliberazione sommaria.

A riprova basti pensare che alcun problema di "pregiudizio" si è posto, infatti, con riferimento alle ipotesi di giudizio possessorio ex art. 703 c.p.c., nel quale - come è noto - vi è una prima fase sommaria non cautelare, che culmina con un'ordinanza decisoria, ed una successiva fase eventuale di prosecuzione del giudizio nel merito, che anche lo stesso giudice persona fisica può trattare e decidere con sentenza.

Alla stessa stregua, si pensi, ancora, all'ipotesi di giudizio cautelare instaurato in corso di causa, nel quale lo stesso giudice persona fisica è

chiamato a decidere sia la fase sommaria/cautelare, sia il merito della controversia, prendendo quindi cognizione della *questio iuris* per ben due volte: un prima volta come mero *fumus boni iuris* ed una seconda volta nel merito con cognizione piena.

Non tralasciando, inoltre, l'ulteriore (estrema) considerazione che anche se la segnalazione provenisse da un singolo giudice (persona fisica) successivamente chiamato a far parte come componente del Collegio adito per la successiva decisione sull'istanza dichiarativa di fallimento del PM, non per questo egli risulterebbe "incompatibile".

In via generale, infatti, è noto che la mera coincidenza (parziale) di un (solo) componente del successivo Collegio non integra ipotesi di "pregiudizio".

Basti pensare, a tal fine, al dibattito sviluppatosi intorno all'ipotesi di reclamo ex artt. 630 e 178 c.p.c. avverso il provvedimento di estinzione emesso dal giudice dell'esecuzione. Fattispecie nella quale la partecipazione dello stesso GE al come componente del Collegio giudicante non crea problemi di tal genere². Ciò in ragione del fatto che - a differenza della fattispecie legale tassativamente prevista all'art. 186 bis delle disposizioni di attuazione del c.p.c. per

² Cfr. ANNA MARIA SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2009, 1306.

l'ipotesi di opposizione agli atti esecutivi, la cui sentenza è adottata da un giudice monocratico – la decisione sul reclamo ex artt. 630 e 178 c.p.c. viene assunta da un organo collegiale. Si vuole cioè affermare che allorquando la statuizione civile venga adottata da un organo collegiale non si pone mai un problema di incompatibilità - salvo diversa previsione espressa di legge³ - di incompatibilità del singolo componente.

Fermo, quindi, quanto sin qui esposto, preme altresì aggiungere, per completezza, che la terzietà ed imparzialità (*rectius*, credibilità esterna) del giudice, sotto il profilo però della mera opportunità, può dall'esterno essere ritenuta intaccata allorquando il singolo giudice ritenga integrata l'ipotesi di cui al comma ultimo dell'art. 51 c.p.c., ove è previsto che il giudice può – ma non deve - chiedere al capo dell'ufficio di astenersi nel caso di "*gravi ragioni di convenienza*".

Quest'ultime, infatti, possono eventualmente essere apprezzate dal giudice che è chiamato a decidere a

³ Si pensi, come ipotesi espressa, all'incompatibilità prevista all'art. 25, penultimo comma, LF ove è stabilito che "*Il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti*". Ipotesi che avalla il ragionamento esposto se si tiene conto che tale incompatibilità è stata introdotta con la riforma dal D.lgs. n. 5 del 2006 proprio in ragione del fatto che nel previgente rito, c.d. vecchio rito, non sussisteva tale incompatibilità. L'esigenza di tale ultimo intervento è sorta proprio in ragione del fatto che il principio generale è quello per cui non sussiste incompatibilità del singolo giudice ove la decisione sia assunta collegialmente.

seconda del contenuto che, in concreto, egli abbia dato alla segnalazione inviata alla Procura della Repubblica.

Profilo di incompatibilità per "*gravi ragioni di convenienza*" che tuttavia non dovrebbe sussistere nel caso in cui la segnalazione avesse quel contenuto di massima che dovrebbe avere.

Questa, infatti, certamente non dovrebbe assumere le sembianze di una comunicazione stile notizia di reato - nella quale vengono enucleati, nel dettaglio, tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato - quanto piuttosto di una mera relazione nella quale sono indicati, in via estremamente generica, gli elementi dai quali è emersa non già l'insolvenza in sé, ma un mero *fumus* di insolvenza.

Ciò se non altro perché la base istruttoria dalla quale il giudice segnalante prende consapevolezza del citato *fumus* è costituita unicamente dagli atti delle parti e, eventualmente, da quelli già acquisiti d'ufficio, precedentemente al deposito dell'atto di desistenza del creditore ricorrente.

Si vuole cioè affermare che alcuna attività istruttoria in via officiosa, ex art. 15 LF, deve essere appositamente compiuta ai fini della segnalazione, dovendo il *fumus* di insolvenza essere acquisito allo stato degli atti già acquisiti.

La segnalazione, in ultima analisi, non deve essere lo svolgimento di un

esercizio di analisi di contabilità e bilanci – come, viceversa, dovrebbe essere, almeno in parte, l’istanza di fallimento proveniente dalla Procura della Repubblica, nonché la sentenza dichiarativa di fallimento – ma tutt’al più l’indicazione di alcuni elementi sintomatici quali: quelli di cui all’art. 7, comma 1, n.1, LF , ovvero l’irreperibilità dell'imprenditore o la chiusura dei locali dell'impresa, emergente ad esempio da un verbale di pignoramento con esito negativo; ma anche l’ingente entità del credito azionato unita all’esistenza di pignoramenti mobiliari e/o presso terzi incapienti o al rigetto dell’istanza di sequestro conservativo per mancanza di beni aggredibili; o ancora, il mancato deposito dei bilanci di esercizio da parte dell’impresa debitrice emerso nel corso di un giudizio instaurato ex art. 2409 c.c.

Per concludere sul punto, la segnalazione deve meramente indicare fattori che, se singolarmente intesi, certamente non sarebbero tali da fondare la dichiarazione di fallimento, ma che, viceversa, costituiscono solo il punto di partenza per lo svolgimento di approfondite “indagini”, anche di natura contabile, da parte della Procura della Repubblica allertata.

Affermazione quest’ultima che apre all’analisi, di cui al successivo paragrafo, relativa al rapporto tra il contenuto della segnalazione e quello

della successiva ed eventuale istanza dichiarativa di fallimento proveniente dall’ Ufficio requirente.

5. L’istanza dichiarativa di fallimento avanzata dal PM a seguito della segnalazione ricevuta.

Si è detto, utilizzando le parole della sentenza che si commenta, che *“la trasmissione al P.M. della notizia decotinis non ha alcun contenuto decisorio, nemmeno come esito di una deliberazione sommaria, non essendovi alcuna coincidenza fra il contenuto della segnalazione e l’oggetto della successiva istruttoria conseguente all’iniziativa del P.M.”*.

Non resta, quindi, che approfondire il possibile contenuto che dovrebbe avere l’istanza dichiarativa di fallimento presentata dall’Ufficio requirente, al fine di non integrare quell’ appiattimento disfunzionale segnalato dalla Cassazione.

Essendo intuitivo che non è possibile riconoscere in capo al P.M. la qualifica di creditore, ne deriva che il contenuto dell’istanza non può non subire, dal punto di vista contenutistico, delle differenze rispetto a quella “ordinariamente” presentata dal soggetto privato che vanta, viceversa, un credito.

Il che non esclude, in via preliminare, che anche al PM è certamente demandato il compito di dimostrare –

come per i privati istanti - che il legittimato passivo della sua istanza rientra, rispettivamente dal punto soggettivo ed oggettivo, nell'ambito dei soggetti fallibili ai sensi dell'art 1 e 15 LF.

Occorre cioè che venga in primo luogo offerta dal PM la prova che il fallendo è un soggetto giuridico privato che eserciti in concreto un'attività di impresa.

Quest'ultimo, infatti, costituisce un prerequisito generale.

Sarebbe opportuno, quindi, che il PM verifichi preventivamente, attraverso l'acquisizione dei bilanci o, se del caso, della contabilità semplificata, che l'impresa fallenda non abbia il possesso congiunto dei limiti dimensionali previsti dall'art. 1, comma 2, LF⁴.

Vero è, infatti, che dal punto di vista strettamente giuridico l'onere di provare il mancato superamento delle

⁴ Secondo il quale: "Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrano il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati 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 ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento".

soglie previste nel citato ultimo articolo negli ultimi tre esercizi ricade, per giurisprudenza unanime⁵, in capo al fallendo.

Tuttavia, a tal riguardo occorre tener conto, da un lato, che l'attivazione di iniziative pubblicistiche comporta a sua volta l'impiego di limitate risorse umane; dall'altro, che l'eventuale infondatezza dell'istanza potrebbe determinare la condanna alla refusione delle spese di lite da parte dell'Ufficio requirente nei confronti del resistente, posto che - come visto - il giudizio prefallimentare resta soggetto a quasi tutti i principi del processo civile, ivi compreso quello di cui all'art. 92 c.p.c. Offerta la prova, quindi, dei citati prerequisiti (natura di impresa e limiti dimensionali del fallendo) resta inoltre in capo al PM l'onore di provare lo stato di insolvenza del resistente.

Non volendo ripercorre in questa sede il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sviluppatosi sulla nozione di insolvenza⁶ di cui all'art. 5 LF - ove è stabilito che "lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" - risulta

⁵ *Ex multis*, Cassazione, Sez. VI, sentenza 28 giugno 2012, n. 11007, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 861; Cassazione, Sez. I, sentenza 30 luglio 2012, n. 13542 in *Diritto & Giustizia*, 2012, 31 luglio.

⁶ Sul punto sia consentito rinviare, in modo generico, alla numerosa letteratura e giurisprudenza sviluppatasi al riguardo.

piuttosto di maggiore interesse evidenziare quale siano gli elementi sintomatici che il PM potrebbe mettere in risalto all'organo giudicante.

In primis, certamente interessanti, seppur non dirimenti, sono gli indici previsti dall'art 7 LF, ovverosia: la fuga, l'irreperibilità o la latitanza dell'imprenditore; la chiusura dei locali dell'impresa; il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; il mancato deposito dei bilanci o la regolare tenuta della contabilità obbligatoria.

In secundis, indicativa è, senza dubbio, la regolarità nel deposito dei bilanci da parte dell'impresa fallendo e, in caso positivo, la lettura, seppur non approfondita, degli stessi.

Quest'ultima, infatti, può consentire di verificare il c.d stato di solvibilità dell'imprenditore resistente in giudizio, il quale, anche se non perfettamente coincidente, con la nozione di insolvenza, ne è parte integrante.

Nello specifico, si intende far riferimento, seguendo un approccio più economico-aziendale che giuridico, al c.d. indice di liquidità ed c.d. indice di rotazione dei crediti.

Nel tentativo di semplificare il più possibile il tema, appartenente più propriamente agli studiosi di economia, può dirsi, relativamente al primo, che l'indice di liquidità è dato dal rapporto tra l'attivo circolante (corrente o

assets) rappresentato dai beni di pronta liquidazione (e cioè cassa, magazzino o rimanenze, crediti) e la voce dei debiti (sia quelli a breve termine, esigibili cioè entro l'esercizio, sia quelli a lungo termine, realizzabili oltre i dodici mesi)⁷.

Infatti, se il risultato matematico di tale calcolo è inferiore ad 1 si ha una sofferenza di liquidità dell'imprenditore, che certamente può incidere sulla sua capacità di "soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Parzialmente diverso, ma in realtà ancor più indicativo - perché involgente l'analisi sulla liquidità dell'impresa di breve periodo - è il c.d. indice di immediata liquidità, il quale è dato dal rapporto tra attivo circolante - rappresentato dalla cassa sommata ai soli crediti, escludendo quindi le rimanenze - e la voce dei soli debiti a breve termine⁸.

Anche in tal caso, ove il risultato matematico sia inferiore ad 1 emerge che l'impresa è in attuale sofferenza.

A differenza del primo, infatti, quest'ultimo indice fotografa la liquidità dell'impresa in modo non già dinamico, in chiave cioè prospettica, ma statico, tenendo cioè conto dell'immediato.

Per completezza, deve altresì aggiungersi che le risultanze dei citati

⁷ $\text{Cassa} + \text{magazzino} + \text{crediti} / \text{debiti} = \text{indice di liquidità}$

⁸ $\text{Cassa} + \text{crediti} / \text{debiti a breve termine} = \text{indice immediata liquidità}$.

indici possono, in realtà, essere falsate nel caso di redazione "allegria" dei bilanci dell'impresa.

Se quest'ultima, infatti, ha (volutamente o meno, non importa) sovrastimato i crediti⁹, che costituiscono uno dei componenti più soggetti a valutazione, ossia se l'impresa non ha tenuto conto, in sede di contabilizzazione dei crediti, della reale possibilità di realizzo degli stessi, l'indice di liquidità risulta inevitabilmente alterato.

Quest'ultimo, infatti, ne risente significativamente, risultando non attendibile, allorché vi sia stato l'*escamotage* di una falsa indicazione della possibilità di realizzo effettiva dei crediti.

Per poter individuare tale falsità, e quindi l'inattendibilità degli indici di liquidità calcolati, si ricorre infatti al c.d. indice di rotazione dei crediti, il quale è dato dal rapporto tra i ricavi derivanti dalla gestione c.d. caratteristica (voce A1 del conto economico) ed i crediti risultanti dall'attivo circolante¹⁰.

⁹ Un credito, infatti, può essere iscritto in bilancio solo se chi lo redige ritiene, secondo una valutazione prudenziale prospettica, quest'ultimo ancora realizzabile. Un credito certamente non più esigibile, infatti, deve essere iscritto, per semplificare, come perdita su credito (ovvero, in alternativa, allorché non vi sia certezza assoluta sull'impossibilità di realizzo, in un fondo per rischi su crediti) e non più, in ogni caso, come credito. I criteri "prudenziali". A titolo di esempio, un credito vantato verso una società fallita la cui procedura concorsuale si sia chiusa, ex art 102 LF, per mancanza assoluta di attivo non deve essere più iscritto come credito ma come perdita. I criteri prudenziali utilizzati per la redazione del bilancio sono contenuti nella nota integrativa.

¹⁰ Ricavi/crediti = indice rotazione crediti.

Se, invece, i crediti risultano pari o superiori ai ricavi della gestione caratteristica significa che l'impresa ha, con molta probabilità, falsamente rappresentato le prospettive di realizzo dei crediti.

La rappresentazione dei crediti è attendibile, viceversa, se il valore dei crediti corrisponde ad 1/2, 1/4, o 1/6 ai ricavi.

Una ulteriore analisi, infine, deve essere condotta dal Pubblico Ministero prima di avanzare domanda di fallimento ex art 7 LF.

Anche quest'ultimo, infatti, non può ignorare - alla stessa stregua degli istanti privati - quanto disposto dall'art 15, ultimo comma, LF, ove è stabilito 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 euro trentamila*".

Tuttavia, non potendo essere il P.M. creditore del fallendo, ed essendo quindi impossibilitato a fornire la prova del superamento della suddetta soglia oggettiva mediante la produzione di fatture o di decreti ingiuntivi - come ordinariamente avviene da parte degli istanti privati - il PM avrà l'onere, mediante la spendita di poteri più strettamente inquisitori, di acquisire e provare in giudizio eventuali documenti dai quali emerga la esistenza di debiti scaduti, a carico

della fallenda, superiori all'importo di euro 30.000,00.

Il che può avvenire, restando nel concreto, attraverso la produzione di accertamenti (*rectius*, iscrizioni a ruolo) redatti dall'Agenzia dell'Entrate; ovvero, la produzione di una visura relativa agli eventuali protesti subiti dalla fallenda; o, ancora, l'esistenza di eventuali debiti accertati nei confronti degli enti previdenziali interessati in relazione all'oggetto sociale.

6. Considerazioni conclusive

All'esito di quanto esposto, senza pretesa di analiticità, è possibile trarre alcune prime riflessioni "a caldo".

Le sentenza che si commenta certamente costituisce l'occasione per attuare, tra magistratura giudicanti e requirente, una osmosi di prospettive.

Maggiore sensibilità al diritto fallimentare sarà infatti richiesta, in primo luogo, ai giudici civili, i quali, seppur tabellarmente incardinati in sezioni relative a materie diverse da quella fallimentare, dovrebbero cercare di analizzare le controversie a loro sottoposte anche secondo questo ulteriore angolo di visuale.

Per altro verso, ed alla stessa stregua, un approccio più analitico sarà richiesto ai Pubblici Ministeri, che non potranno appiattirsi al contenuto della segnalazione, ma dovranno verificare se in capo a colui che è indiziato di essere insolvente ricorrano tutti i

requisiti per la dichiarazione di fallimento.