RIFORMA FALLIMENTARE: LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELL'ISTRUTTORIA PREFALLIMENTARE ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Con il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 si è avuto un nuovo e significativo intervento correttivo apportato al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 che regola la disciplina del fallimento, pur essendo passato solamente un anno dalle importanti modifiche ed integrazioni introdotte dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

In particolare, con la modifica all'art. 1 R.D. 267/1942 da parte dell'art. 1 D.Lgs. 169/2007, si è determinato un ampliamento delle imprese soggette a fallimento ed a concordato preventivo, essendo scomparso ogni riferimento alla figura dei piccoli imprenditori.

Non sono, quindi, soggetti a fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività di tipo commerciale, ivi compresi i piccoli imprenditori, a condizione che:

- nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, dimostrino non solo di aver avuto un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 300.000, ma di aver, altresì, realizzato ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 200.000; nonché
- avere un ammontare di debiti, ancorché non scaduti, non superiore ad Euro 500.000.

La definizione legale di insolvenza

Il comma 1 dell'articolo 5 della legge fallimentare individua il presupposto oggettivo del fallimento nello stato di insolvenza, che viene definito nel comma 2 come incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Al riguardo, la giurisprudenza ha ormai adottato una definizione tralatizia di insolvenza, per la quale essa consiste nell'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 all'attività (*ex multis*: Cass.13 marzo 2001, n.115; Cass.20 giugno 2000, n.8374).

Non è insolvente l'imprenditore che, quand'anche incapace di soddisfare le proprie obbligazioni con mezzi propri, goda di credito.

Il venir meno del credito si verifica allorché il debitore non è in grado di reperire il denaro necessario all'adempimento per il tramite di finanziamenti, in particolar modo bancari, o di ottenere dilazioni di pagamento da parte dei creditori.

La valutazione dello stato di insolvenza deve comunque essere effettuata con riferimento al momento della decisione; ed il relativo apprezzamento costituisce una questione di fatto che, se adeguatamente motivata, non è censurabile in cassazione.

Procedimento per la dichiarazione di fallimento

L'art. 15 l. fall., in passato norma particolarmente stringata, prevedeva che "*Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento, può ordinare la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio e sentirlo anche in confronto dei creditori istanti*", rimettendo alla discrezionalità del tribunale l'instaurazione di un contraddittorio pieno con il debitore. Trattandosi dell'unica norma dettata per la fase che precede la dichiarazione di fallimento, si era resa necessaria la sua integrazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza con riferimento alle norme del codice di procedura civile.

Era poi intervenuta la Corte Costituzionale a dichiarare la illegittimità della norma nella parte in cui non prevedeva l'obbligo (e non la mera facoltà) 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 del procedimento camerale, che resta comunque improntato ai principi di celerità e concentrazione.

Con la riforma il legislatore delegato ha regolato analiticamente la fase istruttoria prefallimentare, recependo, nella sostanza, le diverse prassi che si erano affermate grazie all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza durante la vigenza della precedente normativa.

"*Con l'articolo in esame è stata espressamente e compiutamente regolamentata la fase dell'istruttoria prefallimentare, salvaguardando i principi del contraddittorio tra le parti, della paritaria difesa, del diritto alla prova e della speditezza del procedimento*", avverte la relazione illustrativa al D.Lgs n.6/2005. Con l'ultimo

decreto correttivo la norma è stata solo ritoccata, al "*fine di emendarla di alcune improprietà*", secondo la nuova relazione, ma, in realtà, alcune modifiche sono sostanziali.

In primis, l'art. 15 cit. così come modificato dall'art. 2 c. 4, D.Lgs. 169/2007, ha rafforzato l'attività istruttoria esercitabile dal Tribunale, in quanto non è più sufficiente che l'imprenditore depositi una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata per il compiuto espletamento degli accertamenti di rito.

Il Tribunale può ora disporre anche il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, fatta salva la possibilità di richiedere all'imprenditore ulteriori informazioni aventi carattere di urgenza.

E' stata, inoltre, innalzata la soglia per la dichiarazione di fallimento, a cui non si può far luogo se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore ad Euro 30.000.

Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, è, poi, strutturato secondo le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

La nuova formulazione dell'art. 15 prevede che il presidente del collegio, ovvero il giudice relatore, convochi, con decreto in calce al ricorso, il debitore e i creditori istanti.

Il quarto comma della norma disciplina compiutamente il contenuto del decreto di convocazione prevedendo che esso contenga l'indicazione che il procedimento è volto alla dichiarazione di fallimento, al fine di richiamare l'attenzione del debitore sull'importanza del procedimento stesso.

Al riguardo, giova sottolineare che già prima delle due riforme succedutesi negli ultimi due anni, la Suprema Corte aveva chiarito che nell'iter procedimentale camerale e sommario che precede la dichiarazione di fallimento, il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa del debitore restano assicurati quando questi sia informato dell'iniziativa in corso e della sua strumentalità alla dichiarazione di fallimento.

Inoltre, il decreto deve fissare al debitore un termine, non inferiore a sette giorni prima dell'udienza, per il deposito di una memoria difensiva e per la produzione di

documenti e di eventuali relazioni tecniche. In ogni caso, il debitore deve depositare, oltre ad una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. E' questa una significativa innovazione del decreto correttivo, che ben si concilia con l'onere della prova imposto al debitore dall'art.1 come riformato dal detto decreto. Nel senso che la mancata osservanza di quest'onere di produzione asseconda le conclusioni della prima norma della legge fallimentare, conducendo alla dichiarazione di fallimento.

Oltre al principio generale proprio dei procedimenti in camera di consiglio, che prevede la possibilità per il tribunale di assumere informazioni, il permanente carattere inquisitorio del procedimento trova conferma nel sesto comma dell'art.15 cit., secondo il quale il giudice "provvede, senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio".

Quindi, rimane il potere istruttorio ufficioso, che consentirà al tribunale o al giudice dallo stesso delegato di assumere tutte le informazioni e di acquisire tutti i documenti che riterrà necessari.

Con significativa innovazione, il legislatore ha, poi, disposto che, nel corso della fase prefallimentare, al fine di evitare che i tempi connessi all'istruttoria possano tradursi in pregiudizio per il patrimonio del debitore, con conseguente lesione delle ragioni dei creditori, il tribunale possa emettere "provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio del debitore o dell'impresa oggetto del provvedimento".

Si tratterà, presumibilmente, di sequestri conservativi, che opportunamente trascritti, renderanno impermeabili ai singoli creditori beni immobili o mobili registrati del debitore o compresi nell'azienda. Ovvero, di pronunce inibitorie al compimento di pagamenti o di atti di disposizione del patrimonio pronunziate a carico del debitore.

L'art. 2 c. 7, D.Lgs. 169/2007 ha, poi, apportato alcune integrazioni all'art. 18 R.D. 267/1942 avente ad oggetto la procedura di appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento nei cui confronti può essere proposto "reclamo" mediante ricorso contenente:

- l'indicazione della Corte di appello competente;

- le generalità dell'impugnante e l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede la Corte di appello;
- l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione con le relative conclusioni;
- l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Nei 5 giorni successivi al deposito del ricorso, il presidente designa il relatore, fissando con decreto l'udienza di comparazione entro 60 giorni dal deposito della domanda. Il ricorso ed il decreto di fissazione di udienza sono notificati a cura del reclamante al curatore ed alle altre parti entro 10 giorni dalla comunicazione del decreto. Tra la data di notificazione del decreto e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a 30 giorni, mentre i resistenti devono costituirsi almeno 10 giorni prima dell'udienza mediante deposito di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e diritto, l'indicazione dei mezzi di prova e la produzione dei documenti.

La sentenza che revoca il fallimento va notificata al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento ed al debitore, mentre la sentenza di rigetto è notificata al solo reclamante, contro la quale il debitore può proporre ricorso per cassazione entro 30 giorni dalla notificazione.

L'art. 2, c. 10, lett. b), D.Lgs. 169/2007 ha invece modificato i termini per la proposizione del reclamo contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento ex art. 22 R.D. 267/1942, nei cui confronti il creditore ricorrente od il pubblico ministero possono proporre reclamo alla Corte di appello entro 30 giorni dalla comunicazione del decreto motivato.

La disciplina transitoria

Il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, all'art. 153 stabilisce che " *il decreto entra in vigore dopo sei mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*" (cioè il 16/7/2006).

L'art. 150, poi, contiene apposita regolazione della disciplina transitoria, stabilendo che: "*I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare, depositati* ***prima*** *dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le*

procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la ***legge anteriore***".

La Relazione Ministeriale riferita a questa norma ha motivato la scelta del legislatore come volta a "evitare che un concorso di discipline diverse, susseguentisi nel tempo, possa determinare difficoltà e nuocere al corretto svolgimento della procedura, alle ragioni dei creditori e alle esigenze di conservazione e recupero delle componenti attive dell'impresa".

Con riguardo alle istanze di fallimento depositate prima dell'entrata in vigore della riforma è stata, quindi, generalmente ritenuta applicabile la legge anteriore, cioè quella espressamente prevista come atta a regolare quei ricorsi, che devono, appunto, essere "definiti" - quanto a presupposti e *iter* dell'istruttoria prefallimentare - secondo la previgente disciplina.

E' invece controversa nella giurisprudenza di merito la tematica della normativa da applicare alle procedure sorte **dopo** l'entrata in vigore della nuova disciplina in conseguenza di ricorsi presentati **prima del 16 luglio 2006**.

Secondo un **primo orientamento giurisprudenziale**, l'applicazione della legge previgente ad una procedura fallimentare non ancora aperta il 16 luglio 2006 solo perché era pendente il ricorso di fallimento risulterebbe difforme dalla lettera dell'art. 150 D Lgs. n. 5/2006: tale indirizzo interpretativo ritiene che i fallimenti dichiarati in accoglimento di **ricorsi anteriori** all'entrata in vigore della novella dovranno essere disciplinati dalla **nuova normativa**.

In tale caso, quindi, la dichiarazione di fallimento - in quanto atto che decide il ricorso - potrà essere pronunciata, all'esito del procedimento prefallimentare svoltosi conformemente alle prescrizioni del previgente art. 15 l.f. e sempre che ricorrano i presupposti previsti dagli artt. 1 e 5 della l.f. previgente, ma la relativa sentenza - in quanto atto di apertura della procedura di fallimento - dovrà contenere le indicazioni prescritte dall'attuale art. 16 l.f. e sarà soggetta al regime pubblicitario previsto dall'art. 17 l.f. vigente.

Questo orientamento contrappone dunque i ricorsi (per dichiarazione di fallimento) alle procedure (di fallimento), separando così la **fase prefallimentare** – pendente dal

deposito del ricorso di fallimento fino all'emissione di un provvedimento giurisdizionale di rigetto o di accoglimento – dalla **fase concorsuale** - pendente dal deposito di tale provvedimento giurisdizionale fino alla dichiarazione di chiusura della procedura.

A questa impostazione può essere contrapposta quella fatta propria da altre pronunce, secondo cui la procedura fallimentare va intesa come un *unicum* che inizia con l'istanza di fallimento, con la conseguenza che tutto il procedimento, pur apertosi **dopo il 16 luglio 2006**, sarebbe regolato dalla **vecchia normativa**: ciò in quanto il citato articolo 150 D.Lgs. n. 5/2006 attribuirebbe al ricorso pendente la funzione di anticipare l'effetto, ai fini della fissazione delle norme applicabili, della dichiarazione di fallimento.

Sulla questione si è recentemente pronunciata la **Corte di Cassazione** che con la pronuncia **del 05/03/2009, n. 5294** ha affermato che le **procedure fallimentari apertesi dopo il 16 luglio 2006** debbono ritenersi regolate dalla **nuova normativa**, anche se rese in esito ad istanze di fallimento depositate anteriormente all'entrata in vigore della nuova legge fallimentare, "derivando la pendenza del fallimento dalla sentenza dichiarativa".

La Suprema Corte, ha, quindi valorizzato la scansione esistente fra l'istanza di fallimento, quale atto estraneo alla procedura concorsuale, e il procedimento concorsuale liquidatorio che si apre con la sentenza dichiarativa di fallimento, sottolineando come la normativa applicabile alla procedura non possa essere individuata sulla base del momento di presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento.

Per la Cassazione, infatti, sono proprio le disposizioni transitorie dettate dal legislatore della riforma (artt. 150 e 153 D. Lgs. n. 5/2006) a distinguere l'istanza di fallimento dalla procedura che si apre con la sentenza dichiarativa, che costituisce sostanzialmente lo "spartiacque" per l'applicabilità della vecchia o della nuova normativa fallimentare: normativa che espressamente esclude la riferibilità alla procedura fallimentare – qualificata come attività di sviluppo degli atti diretti al soddisfacimento dei creditori - della fase diretta all'accertamento della fallibilità del

debitore. Proprio l'impossibilità di qualificare tali due momenti come un **unicum** processuale consente di ritenere disciplinate da due differenti normative la procedura per la dichiarazione di fallimento e la procedura concorsuale vera e propria.

Avv. Maurizio Villani Avv. Maria Suppa