**INIZIATIVA PROBLEMATICA E DICHIARAZIONE COMPLESSA**

**Onere della prova (mezzi istruttori officiosi; principio di acquisizione processuale; informazioni urgenti; prova critica), fallimento “inutile” e fallimento “autoreferenziale” (il disagevole contemperamento fra l’incidenza percentuale delle liquidazioni del compenso del curatore a carico dell’Erario e le percentuali complessive di soddisfacimento dei creditori)**

Premessa: cosa si intende per “fallimento inutile” e “fallimento autoreferenziale”?

Se per “**fallimenti autoreferenziali**” possono intendersi quelli che si chiudono ai sensi dell’art. 118, co. 1, n. 4 l.f. (senza riuscire a soddisfare, neppure in parte i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura, e gravando anche l’Erario del compenso del curatore), tali fallimenti, più che un problema, sono la “spia” di un problema. Essi altro non sono, infatti (almeno nella maggior parte dei casi), che fallimenti dichiarati troppo tardi, ed è proprio la tardività con la quale spesso arriva la dichiarazione di fallimento a costituire un *vulnus* del sistema, come testimoniano gli sforzi del legislatore della riforma *in itinere* per anticipare i tempi di emersione dell’insolvenza.

Diffuse sono le tentazioni di “fuga” dai fallimenti autoreferenziali. Ma tale fuga, che può comportare benefici – almeno provvisori – in un’ottica di deflazione del contenzioso, in realtà spesso produce solo un ulteriore rinvio di ciò che sarà comunque inevitabile (salva una pronta cancellazione dell’imprenditore dal Registro delle imprese).

Ad ogni modo, premesso che non si può mai stabilire in anticipo con certezza che il fallimento sarà “vuoto”, non va dimenticato che il “fallimento autoreferenziale” non è del tutto inutile, producendo se non altro i seguenti effetti: 1) estromissione dal mercato di un soggetto insolvente che, altrimenti, potrebbe continuare a contrarre obbligazioni che non è in grado di soddisfare, arrecando danni ad altri operatori commerciali; estromissione che, in caso di società, è definitiva (stante la cancellazione dal Registro delle imprese ad iniziativa del curatore che segue, ai sensi dell’art. 118, co. 2, l.f., alla chiusura ex art. 118, co. 1, n. 4, l.f.), e che, in caso di imprenditore individuale, è quantomeno duratura (non potendo tale imprenditore accedere al beneficio dell’esdebitazione in mancanza di una pur minima soddisfazione dei propri creditori); 2) attivazione del meccanismo sanzionatorio per tutte quelle fattispecie di reato che nel fallimento rinvengono uno dei propri elementi indefettibili (oltre che possibile emersione, attraverso le risultanze dell’attività di ricostruzione del patrimonio e delle cause dell’insolvenza da parte del curatore, di altre condotte delittuose degli amministratori della società fallita o dell’imprenditorie individuale fallito).

Quanto ai “**fallimenti inutili**”, se per tali si intendono quelli poi revocati per effetto della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità fornita dell’imprenditore solo nella fase di reclamo dinanzi alla Corte d’Appello, si tratta di un fenomeno che è insito nel sistema in ragione dell’effetto devolutivo pieno (nei limiti, però, del devoluto, e salva la decadenza da eccezioni) che caratterizza il giudizio di reclamo avverso la sentenza di fallimento, che determina la **possibilità per il reclamante di compiere** **nuove allegazioni** (la barriera preclusiva è proprio quella del reclamo) **e produrre** **nuovi documenti** (anche dopo il deposito del reclamo).

“*Il "reclamo" avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 legge fall., come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha ridenominato il precedente istituto dell'"appello", adeguandolo alla natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno. Ne consegue l'inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ. in tema di nuove allegazioni e nuovi mezzi di prova, restando priva di conseguenze processuali la circostanza che la società fallita abbia dedotto solo in tale sede l'insussistenza della propria qualità di imprenditore commerciale*” (Cass. 13746/2017; id. Cass. 6835/2014).

“*Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ex articolo 18 della legge fallimentare, come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha ridenominato il precedente istituto dell'appello, adeguandolo alla natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno, con conseguente inapplicabilità dei limiti previsti dagli articoli 342 e 345 c.p.c. in tema di nuove allegazioni e nuovi mezzi di prova (Cass. 24 marzo 2014, n. 6835)*” (Cass. 12382/2017).

“*La Corte di Cassazione ha di recente (Cass. civ. sez. I n. 12964 del 22 giugno 2016) ribadito il carattere devolutivo del giudizio di reclamo rilevando che, "secondo il costante orientamento di questa Corte, il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trovi applicazione la riforma di cui al d.lgs. 12.9.2007, n. 169, è caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, con conseguente (e precisata) inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ., sicché le parti sono abilitate a proporre anche questioni non affrontate nel giudizio innanzi al tribunale (Cass. 12706/2014, 6835/2014, 6306/2014, 9174/2012, 22546/2010), emergendo tale soluzione necessaria "attesi il carattere indisponibile della materia controversa e gli effetti della sentenza di fallimento, che incide su tutto il patrimonio e sullo status del fallito (Cass. 6306/2014). Di conseguenza il giudice del merito investito del reclamo è tenuto ad esaminare, anche con l'esercizio dei poteri officiosi ex art. 18 Co. 10 L. f., tutti i temi di indagine oggetto di doglianza, benché attinenti a fatti (anteriori) non allegati nel corso del procedimento di primo grado (come accaduto in talune fattispecie considerate nei precedenti citati ed in cui il debitore, correttamente evocato in giudizio, non si era però né difeso né presentato) o a nuove eccezioni in senso proprio, ed altresì quando il reclamante si limiti a riproporre le tesi difensive già addotte, senza contrastare altrimenti le motivazioni in base alle quali il tribunale le ha respinte. Il solo limite che detto giudice incontra è quello di non potersi spingere sino al punto di valutare d'ufficio la ricorrenza di quei soli presupposti, oggettivi o soggettivi, della fallibilità che non siano in contestazione tra le parti e, anche per tale via, possano comunque dirsi positivamente sussistenti*” (Cass. 7959/2017).

“*Al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento non si applicano, per la sua specialità, i limiti previsti in tema di appello dagli artt. 342 e 345 c.p.c. ed il relativo procedimento è quindi caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, pur attenendo ad un provvedimento decisorio, emesso all'esito di un procedimento contenzioso svoltosi in contraddittorio e suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata; tuttavia, tale effetto devolutivo non può estendersi all'ipotesi in cui si sia già verificata una decadenza da una eccezione nel corso del primo grado di giudizio, né implicare che il reclamo possa assumere le forme di una semplice richiesta di riesame, senza formulazione dei motivi* (Nella specie, la S.C. ha ritenuto l’infondatezza del rilievo del ricorrente, che lamentava il mancato esame dell’eccezione di incompetenza territoriale ex art. 9 l.fall. da parte della corte d’appello, osservando che tale eccezione fosse inammissibile in fase di gravame, non essendo stato formulato uno specifico motivo di reclamo)” (Cass. 26771/2016).

“*Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trovi applicazione la riforma di cui al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, ma tale affermazione non implica che sia sufficiente ed idonea a provocare il secondo giudizio la mera richiesta di riesame, perfino senza enunciazione dei motivi. Ne consegue che, pur se risulti attenuato il requisito dell'art. 342 cod. proc. civ., nondimeno è inammissibile la deduzione di motivi di impugnazione nuovi e diversi rispetto a quelli tempestivamente addotti con l'atto introduttivo* (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione della corte d'appello che aveva escluso l'ammissibilità della memoria contenente motivi aggiunti e depositata successivamente al ricorso)” (Cass. 13505/2014).

“*Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 legge fall. (nella formulazione vigente "ratione temporis", conseguente alla modifica introdotta con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e la relative conclusioni, ancorchè non sia richiesta l'indicazione degli "specifici motivi" di cui all'art. 342 e 345 cod. proc. civ. Ne consegue che tale mezzo non ha carattere pienamente devolutivo poiché l'ambito dell'impugnazione resta circoscritto alle sole questioni tempestivamente dedotte dal reclamante, in ciò differenziandosi dal reclamo avverso il decreto di rigetto di cui all'art. 22 legge fall., che non richiede particolari forme volte a delinearne il contenuto ed ha piena natura devolutiva, attribuendo alla corte d'appello il riesame completo della "res iudicanda", senza che l'ambito della sua cognizione sia limitato alla valutazione della fondatezza delle ragioni fatte valere dalla parte reclamante*” (Cass. 12706/2014).

“*Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trovi applicazione la riforma di cui al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, con conseguente inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ., sicché le parti sono abilitate a proporre anche questioni non affrontate nel giudizio innanzi al tribunale, fermo restando che, se il devolvibile non incontra i limiti previsti dalle predette norme, il devoluto resta pur sempre soltanto quello definito dal reclamo* (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il giudice del reclamo, prendendo in considerazione un credito originariamente non valutato dal tribunale, avesse fatto corretto uso dei propri poteri officiosi, essendogli stata devoluta dalle parti la questione dell'insolvenza)” (Cass. 6303/2014).

“*L'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trova applicazione la riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007, è caratterizzata da un effetto devolutivo pieno, cui non si applicano i limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ. Pertanto, il fallito, benché non costituito avanti al tribunale, può indicare per la prima volta in sede di reclamo i mezzi di prova di cui intende avvalersi,* ***al fine di dimostrare la sussistenza dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma 2, legge fall.*** (Nella specie, un creditore aveva proposto reclamo avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento, e la corte d'appello l'aveva accolto disponendo la trasmissione degli atti al tribunale, che aveva dichiarato il fallimento. Tale decisione veniva reclamata dall'imprenditore, ma la Corte d'appello rigettava il reclamo ritenendo che i bilanci, attraverso i quali il reclamante intendeva dimostrare la reale entità delle proprie dimensioni, fossero inutilizzabili perché tardivamente depositati. La S.C., in base al principio di cui alla massima, ha cassato con rinvio tale decisione)” (Cass. 9174/2012).

“*L'indicazione, nel reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti, prevista dall'art. 18, secondo comma, n. 4, legge fall., non è richiesta a pena di inammissibilità di successive produzioni, sulla base di una interpretazione non rigoristica suggerita dalla natura informale del procedimento di reclamo*” (Cass. 8769/2012).

Ciò non vuol dire, tuttavia, che non debba farsi il possibile per rendere effettivo il **principio della “selettività delle soluzioni concorsuali”**, di recente ribadito dalla Suprema Corte.

“*La selettività delle soluzioni concorsuali di cui all'articolo 1 comma 1 l.f. non permette peraltro, quale limite di sistema, di far discendere dal principio della domanda di parte una regola decisoria che, valorizzando la mera non contestazione in giudizio, faccia entrare in una delle procedure ivi previste soggetti che vi sono programmaticamente estranei a questa stregua operando requisiti anticipati di inammissibilità anche d'ufficio"*” (Cass. 7959/2017; id. Cass. 26332/2016 e Cass. 12964/2016).

D’altra parte, anche la Corte Costituzionale ha segnalato l’esigenza di **evitare, attraverso un** “**prudente e consapevole” utilizzo dei poteri istruttori ufficiosi** e **nei limiti di quanto “ragionevolmente dovuto”**, **la dichiarazione di fallimenti** che – per le caratteristiche dimensionali del debitore – sarebbero **ingiustificati**.

“*Nella materia fallimentare vi è un ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso organo giudicante. Di ciò è sicuro indice non solo la previsione contenuta nella fine del quarto comma dell'art. 15 della legge fallimentare, là dove si precisa che il tribunale, dopo aver ordinato al debitore fallendo il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi nonché atti da cui risulti una situazione economica aggiornata, può comunque chiedere informazioni urgenti, potendosi a tal fine avvalere, evidentemente, di ogni organo pubblico a ciò competente, ma anche quanto previsto alla lettera b) del secondo comma dell'art. 1 della legge fall., ove è chiarito che i dati relativi all'ammontare dei ricavi lordi realizzati dal debitore nel triennio antecedente alla data di deposito della istanza di fallimento sono utilizzabili in «qualunque modo risulti» e quindi non soltanto sulla base delle allegazioni probatorie del debitore. Il prudente e consapevole uso di siffatto potere è di per sé strumento idoneo ad evitare, nei limiti di quanto ragionevolmente dovuto, la possibilità che siano dichiarati fallimenti che, date le caratteristiche del debitore, sarebbero ingiustificati*” (Corte Cost. 198/09).

“*Il collegio giudicante, pur essendo titolare un potere di indagine officiosa finalizzato ad evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati (che si esplica nell'acquisizione di informazioni urgenti ex art. 15, comma 4, legge fall., nell'utilizzazione dei dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino e nell'assunzione dei mezzi di prova officiosi ritenuti necessari […]*” (Cass. 9573/2018).

“*Residua poi in capo al Tribunale un potere di indagine officiosa finalizzato a evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati, che si esplica nell' acquisizione di informazioni urgenti (art. 15, comma 4, l. fall.), nell' utilizzazione dei dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino (e, dunque, a prescindere dalle allegazioni del debitore, ex art. 1, comma 2, lett. b, I.fall.) e nell' assunzione dei mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ai sensi dell' art. 18 l. fall.*” (Cass. 7372/2018)

Bisogna allora domandarsi cosa è “ragionevolmente dovuto” per evitare i “fallimenti inutili”.

In base alle statistiche relative ai miei primi quattro anni di esperienza (e, in particolare, ai fallimenti dichiarati dal Tribunale di Terni con il sottoscritto nella veste di giudice relatore e poi giudice delegato), posso affermare che il fenomeno in questione ha un’incidenza fortemente limitata: il numero dei fallimenti revocati (3: tutti per la ragione di cui sopra) corrisponde a meno del **2% dei fallimenti dichiarati**.

Ciò premesso, si tratta di coordinare le disposizioni dettate sul punto dagli artt. 1, co. 2, e 15, co. 4 e 6, l.f..

**1. Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo**

*2. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino 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.*

**15. Procedimento per la dichiarazione di fallimento**

*4. 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 e il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone che l’imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti.*

*6. Il tribunale può delegare al giudice relatore l’audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede all’ammissione ed all’espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d’ufficio.*

Non vi è dubbio che, in forza dell’art. 1, co. 2, l.f., **gravi sul debitore l’onere di provare il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità**.

“*Ciò che la norma stabilisce con chiarezza è che spetta all'imprenditore di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti dimensionali che escludono la sua fallibilità. Tanto, del resto, in piena coerenza con il principio di prossimità della prova vigente nel nostro ordinamento*” (Cass. 13542/2012).

**La prova, oltre che dai bilanci (che costituiscono la base documentale imprescindibile), può desumersi, se i bilanci sono inattendibili** (perché depositati nel Registro delle imprese molto oltre il termine di legge e/o a ridosso o addirittura a seguito dell’instaurazione del procedimento prefallimentare, e/o approvati insieme ad altri bilanci in un’unica assemblea; o perché agli atti vi sono risultanze contrastanti, come nel caso in cui dal bilancio non risulti il credito del ricorrente, non contestato dal debitore, o non risultino debiti con amministrazione finanziaria o enti previdenziali per i quali la notifica della cartella di pagamento sia anteriore all’approvazione del bilancio), **da altri documenti che siano altrettanto significativi** che il debitore ha l’onere di produrre.

“*La corte distrettuale ha fatto esatta applicazione di questi principi laddove dapprima ha spiegato - con valutazione di merito incensurabile in questa sede - di non poter prestar fede a un* ***bilancio predisposto a istanza di fallimento già presentata*** *in cui i rilevantissimi debiti verso altri finanziatori erano scomparsi senza alcuna plausibile giustificazione*” (Cass. 9573/2018).

“*Ai fini della prova, da parte dell'imprenditore, della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, I.fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile, ma non anche una prova legale, sicché, ove ritenuti motivatamente inattendibili dal giudice, l'imprenditore rimane onerato della prova circa la ricorrenza dei requisiti della non fallibilità (Cass. 31/05/2017, n. 13746; Cass. 01/12/2016, n. 24548; Cass. 30/06/2014, n. 14790). Nella vicenda all'esame della Corte, il giudice di merito ha plausibilmente ritenuto inattendibili i bilanci depositati dalla fallita - al fine di comprovare l'indebitamento complessivo della società -, considerato che proprio* ***nelle scritture contabili esibite non risultava annotato neppure il credito (di rilevante importo) vantato dal creditore istante, pure portato da titolo esecutivo****; dunque correttamente è stata ritenuto che la società debitrice non avesse dato la prova - su di essa pacificamente incombente - di avere requisiti dimensionali inferiori a quelli prescritti dall'art. 1, comma secondo, I.fall.*” (Cass. 19012/2017).

“*Le ragioni di tutela, anche ai fini concorsuali, di coloro che siano venuti in contatto con l'impresa (potendo aver fatto affidamento sulla fallibilità o meno dell'imprenditore in base ai dati di bilancio), fanno sì che l'esame di siffatti documenti contabili, non depositati o non tempestivamente depositati, possa dar luogo a dubbi circa la loro attendibilità, anche in conseguenza delle tempistiche osservate (o non osservate) nell'esecuzione di tali adempimenti formali, sicché - in tali casi - il giudice potrà non tenere conto dei bilanci prodotti, di conseguenza rimanendo l'imprenditore diversamente onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della non fallibilità. Nel caso in esame, il giudice di merito, sulla base della mancata prova del tempestivo deposito dei bilanci della società fallita presso il registro delle imprese, ha affermato in linea astratta che il solo fatto della violazione delle norme procedimentali, di per sé, «inficia la capacità (dell'atto) di fornire nel procedimento prefallimentare una prova attendibile dei dati in esso riportati», senza tener conto della concreta violazione addebitabile alla società debitrice. In tal modo, tuttavia, esso è pervenuto ad una affermazione (l'inattendibilità dei documenti prescritti dall'art. 15, IV co., LF) che, considerata la natura dichiarativa della pubblicità di quegli atti, non appare corretta, perché è stata compiuta senza l'accertamento concreto della specifica vicenda oggetto di esame, con riferimento, ad esempio, ai* ***tempi di approvazione e di deposito di quei bilanci****, alla* ***vicinanza o lontananza dell'adempimento rispetto alle tempistiche della procedura prefallimentare****, ecc.*” (Cass. 13746/2017).

“*Ai fini della prova, da parte dell'imprenditore, della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, l.fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile, ma non anche una prova legale, sicché, ove ritenuti motivatamente inattendibili dal giudice, l'imprenditore rimane onerato della prova circa la ricorrenza dei requisiti della non fallibilità*” (Cass. 24548/2016).

“*Ai fini di stabilire le soglie soggettive della fallibilità, il dato rilevante è quello che risulta dal bilancio. […] Si tratta invero di dati agevolmente accertabili in corso d’istruttoria e conoscibili dai terzi, oltre che connotati dalla vincolatività dei criteri civilistici di valutazione. Ne conseguono per un verso* ***l’irrilevanza dell’eventuale diverso dato indicato nella sola dichiarazione dei redditi*** *[…]*” (Cass. 12455/2016).

“*La prova del mancato superamento dei limiti dimensionali previsti dall’art. 1, secondo comma, legge fallim. (come modificato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169), deve essere desunta anzitutto dai* ***bilanci, la cui mancata produzione non può che risolversi in danno del debitore stesso****, a meno che la prova dell’esenzione dal fallimento non possa desumersi da documenti altrettanto significativi*” (Cass. 25588/2015; id. Cass. 8769/2012).

“*Ai fini della prova, da parte dell'imprenditore, della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, secondo comma, legge fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile, ma non anche una prova legale, sicché, ove ritenuti motivatamente inattendibili dal giudice, l'imprenditore rimane onerato della prova circa la ricorrenza dei requisiti della non fallibilità* (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva giudicato inattendibili i bilanci e le scritture depositate in giudizio senza procedere ad alcun esame delle rispettive risultanze, dei loro contenuti e delle loro modalità di tenuta)” (Cass. 14790/2014).

“*Ai fini della prova da parte dell'imprenditore della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, legge fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile, ma non anche una prova legale, per cui, ove non considerati attendibili dal giudice (nella specie, attesi i rilievi del curatore nella relazione ex art. 33 legge fall.,* ***l'approvazione di plurimi bilanci nella stessa assemblea****, il difetto del "quorum", pur essendovi solo due soci e la mancata contabilizzazione di un consistente debito verso terzi), l'imprenditore rimane onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della non fallibilità*” (Cass. 11007/2012).

“*In tema di fallimento, ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, legge fall., è necessaria l’allegazione dei bilanci degli ultimi tre esercizi (che peraltro l'imprenditore è già tenuto a depositare, ex art. 15, comma 4, legge fall.), in quanto questi costituiscono la base documentale imprescindibile, pur non integrando anche una prova legale, tant’è che possono essere ritenuti motivatamente inattendibili dal giudice, qualora, ad esempio, detti bilanci non siano stati ritualmente approvati, o non siano stati depositati nel registro delle imprese, oppure* ***tenendo conto dei relativi tempi di approvazione e di deposito rispetto alle tempistiche della procedura prefallimentare****, con la conseguenza che, in tale eventualità, l'imprenditore rimane diversamente onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della non fallibilità da se invocati*” (App. Genova, 17 luglio 2017, in www.ilcaso.it).

“*A tal fine i bilanci costituiscono la base documentale imprescindibile ma non anche una prova legale, sicché, ove ritenuti motivatamente inattendibili dal giudice, l’imprenditore rimane onerato della prova circa la ricorrenza dei requisiti di non fallibilità*” (App L’Aquila, 22 febbraio 2017, in *Il fallimento*, 2017, 737;id. App. L’Aquila, 4 gennaio 2017, in *Il fallimento*, 2017, 479).

**Non fanno prova (per le società di capitali) i bilanci dei quali non risulti** l’approvazione da parte dell’assemblea e **il deposito presso il Registro delle imprese**.

“*Il quinto mezzo pone alla Corte il problema dell'esistenza della prova dei presupposti per la dichiarazione di fallimento della società ricorrente, censurando la conclusione della Corte territoriale che l'avrebbe affermata in ragione della pretesa inattendibilità dei «bilanci relativi agli ultimi tre esercizi» (art. 15, co. IV, LF) per il loro tardivo deposito presso il registro delle imprese. Lo scrutinio del mezzo pone il problema della definizione della nozione di «bilancio», secondo la prospettiva della legge regolativa dell'insolvenza ed in particolare dell'art. 15, IV co., LF. Osserva la Corte che il bilancio di esercizio delle società di capitali, per il quale l'art. 2435, 1° co., cod. civ. (richiamato per la società a responsabilità limitata dall'art. 2478-bis, 2° co.) prevede che, entro trenta giorni dall'approvazione, una copia dello stesso (corredata dalle relazioni previste dagli art. 2428 e 2429 e dal verbale di approvazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza), deve essere depositata, a cura degli amministratori, presso l'ufficio del registro delle imprese o spedita al medesimo ufficio, a mezzo di lettera raccomandata (art. 7 bis, D.Lgs. n. 357 del 1994, convertito, con modificazioni, con L. n. 489 del 1994), o attraverso adempimenti telematici. Si tratta, invero, di un adempimento che assolve ad una funzione meramente informativa, o «conoscitiva», proprio della pubblicità-notizia che, tuttavia, riveste una certa importanza per tutti coloro che vengono a contatto con la società: infatti, l'obbligo di deposito del bilancio risponde all'interesse di ogni utilizzatore del bilancio stesso a conoscere la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6018 del 1988). In considerazione della particolare accentuazione degli aspetti pubblicistici delle procedure concorsuali, com'è del resto espressione proprio la previsione di cui all'art. 15, IV co., LF (secondo cui «in ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti.»), deve affermarsi innanzitutto il principio di diritto secondo cui: «i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare, ai sensi dell'art. 15, quarto comma, LF, sono quelli approvati e depositati nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2435 cod. civ.»*” (Cass. 13746/2017).

“*La produzione di copie informali di bilanci che non risultano approvati deve equipararsi alla mancata produzione dei bilanci stessi, sicché tale evenienza, integrando una violazione dell'art. 15, quarto comma, legge fall., come sostituito dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, si risolve in danno dell'imprenditore che intenda dimostrare l'inammissibilità della dichiarazione di fallimento*” (Cass. 13643/2013).

L’**omesso deposito della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata** non consente di ritenere assolto l’onere della prova, con specifico riferimento all’ammontare dei debiti anche non scaduti.

“*In tema di istruttoria prefallimentare, l'omesso deposito da parte dell'imprenditore, nei cui confronti sia proposta istanza di fallimento, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata (al pari dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi), in violazione dell'art. 15, comma 4, l.fall. (come sostituito dall'art. 2 del d.lgs. n. 169 del 2007), si risolve in danno dell'imprenditore medesimo, essendo egli onerato della prova del non superamento dei limiti dimensionali, che ne escludono la fallibilità* (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che a sua volta aveva rigettato il reclamo avverso la dichiarazione di fallimento, in quanto aveva rilevato che il fallito aveva prodotto come documenti semplici fogli, privi di data e di ogni altra indicazione, e che i ricavi attestati riguardavano i soli ultimi due anni di attività, sebbene la società risultasse costituita molti anni prima della presentazione dell'istanza di fallimento)” (Cass. 25188/2017).

“*In tema di istruttoria prefallimentare, l'omesso deposito, da parte dell'imprenditore raggiunto da istanza di fallimento, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata (al pari dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi), in violazione dell'art. 15, quarto comma, legge fall., come sostituito dal d.lgs. n. 169 del 2007, si risolve in danno dell'imprenditore medesimo, che è onerato della prova del non superamento dei limiti dimensionali quale causa di esenzione dal fallimento, ai sensi dell'art. 1, secondo comma, legge fall., sostituito dal d.lgs. n. 169 cit.* (La S.C., nel cassare con rinvio la sentenza impugnata, ne ha statuito l'erroneità ove essa aveva omesso di dare rilevanza alla citata omissione, in quanto i predetti limiti dimensionali vanno desunti innanzitutto dalle produzioni documentali gravanti "*ex lege*" a carico del debitore)” (Cass. 8769/2012).

Ciò detto, la norma dettata dall’art. 1, co. 2, l.f. sull’onere della prova va però coordinata con le disposizioni di cui all’**art. 15, co. 4 e 6, l.f.**, che consentono la richiesta di **informazioni urgenti** e l’**acquisizione d’ufficio di mezzi di prova**.

Tali disposizioni sono espressione del **carattere inquisitorio del procedimento** per la dichiarazione di fallimento, attenuato ma non eliminato dalla riforma del 2006, che non ha (come dimostra anche la persistente legittimazione del P.M. a richiedere il fallimento) depurato il procedimento dagli aspetti pubblicistici.

“*In considerazione della particolare accentuazione degli* ***aspetti pubblicistici delle procedure concorsuali****, com'è del resto espressione proprio la previsione di cui all'art. 15, IV co., LF (secondo cui «in ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti.») […]*” (Cass. 13746/2017).

“*In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, l'onere, posto a carico del creditore, di provare la sussistenza del proprio credito e la qualità di imprenditore in capo al debitore, non esclude, ai sensi dell'art. 15 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, la sussistenza di spazi residuati di verifica officiosa da parte del tribunale, che può assumere informazioni urgenti, utili al completamento del bagaglio istruttorio e non esclusivamente strumentali all'adozione di un'eventuale misura cautelare, in quanto il procedimento, pur essendo espressione di giurisdizione oggettiva perché incide su diritti soggettivi, consacrando il potere dispositivo delle parti, nel contempo tutela interessi di carattere generale ed* ***ha attenuato, ma senza eliminarlo, il suo carattere inquisitorio***” (Cass. 13086/2010).

Del resto, le norme sull’onere della prova non sono in contraddizione con quelle che prevedono l’acquisizione officiosa di prove (le quali, una volta “entrate” nel processo, possono e devono essere utilizzate dal giudice per la decisione sotto ogni aspetto –con l’esclusione delle eccezioni in senso stretto non rilevabile d’ufficio che non siano state tempestivamente proposte – a prescindere dal fatto che esse non siano state fornite dalla parte gravata dell’onere probatorio; ciò in virtù del **principio di acquisizione istruttoria**), assolvendo piuttosto alla funzione di individuare la parte nei confronti della quale deve emettersi una pronuncia sfavorevole nel caso in cui – ad onta delle prove acquisite anche d’ufficio – risultino incerti i fatti rilevanti.

“*Le norme che distribuiscono tra le parti l'onere della prova individuano la parte cui la decisione risulterà sfavorevole anche se risultasse solo incerto alcuno dei fatti rilevanti, posto che il procedimento giurisdizionale non può concludersi con un* non liquet *e quindi una decisione deve essere comunque assunta, pur quando manchino tutte le informazioni necessarie ad accertare i fatti costitutivi o modificativi o impeditivi o estintivi dei diritti controversi" (Cass. 11309/09)*” (Cass. 3228/2012).

“*L'indagine sull'incidenza dell'onere della prova è rilevante e necessaria soltanto in relazione ai fatti decisivi che il giudice non possa accertare iuxta alligata et probata, nel senso che, di fronte al risultato negativo della prova della domanda o della eccezione, il giudice non può che trarre, dall'inadempimento dell'onere probatorio, la conseguenza della soccombenza della parte che quella prova era tenuta a dare; è invece superflua quella indagine quando il giudice, dalle prove acquisite al processo e da qualunque parte fornite, può desumere il proprio convincimento sulla verità dei fatti allegati a fondamento della domanda o della eccezione; nel qual caso, mentre il giudice ha il potere - dovere di valutare le prove nel loro complesso e indipendentemente dalla loro provenienza dall'una o dall'altra parte, ciascuna di queste, d'altronde, deve subire il vaglio cui il giudice sottopone quelle prove, quale che ne sia stato l'esito ed a prescindere dal fatto che l'onere della prova fosse o meno a suo carico" (Cass., sez. 3, 15 maggio 1974, n. 1385, m. 369465, Cass., sez. 3, 7 dicembre 1976, n. 4562, m. 383291, Cass., sez. 3, 20 febbraio 1979, n. 1094, m. 397294, Cass., sez. 3, 1 aprile 1980, n. 2118, m. 405779). Come è stato ben detto, quando l'applicazione delle regole legali di valutazione della prova e delle regole di esperienza non è sufficiente per accertare i fatti, allora vengono in rilievo le norme che stabiliscono quale delle parti avrebbe dovuto provare ciascuno dei fatti rilevanti e, non avendovi provveduto, deve subire le sfavorevoli conseguenze di tale omissione (Cass., sez. L., 3 aprile 1992, n. 4118, m. 476591)*” (Cass. 11309/09).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il potere di disporre d’ufficio mezzi istruttori e acquisire informazioni urgenti può essere esercitato **solo in relazione a fatti allegati dalle parti**, poiché solo rispetto a tali fatti può prospettarsi un ruolo di “supplenza” senza che il giudice si trasformi indebitamente in autonomo organo di ricerca della prova.

“*Il collegio giudicante, pur essendo titolare un potere di indagine officiosa finalizzato ad evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati (che si esplica nell'acquisizione di informazioni urgenti ex art. 15, comma 4, legge fall., nell'utilizzazione dei dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino e nell' assunzione dei mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ai sensi dell' art. 18 legge fall.), ha la mera facoltà discrezionale,* ***ove valuti il materiale probatorio incompleto*** *e individui quello concretamente acquisibile e utile alla definizione del procedimento, di svolgere il proprio ruolo di supplenza* ***nei limiti dei fatti dedotti quali allegazioni difensive***” (Cass. 9573/2018).

“*Il potere di indagine officiosa, pur essendo esercitato nell'ambito di un procedimento che consente al Tribunale di attingere elementi di giudizio dagli atti e dagli elementi acquisiti, anche indipendentemente da una specifica allegazione della parte (Sez. 1, n. 625/2016), rimane perciò comunque confinato nel perimetro delimitato dagli assunti difensivi e dalla facoltà discrezionale del giudice di merito di assumere le iniziative previste dalle norme in precedenza richiamate e* ***non può essere inteso fino al punto di trasformare il collegio giudicante in un autonomo organo di ricerca della prova, organo che, ove non orientato da puntuali allegazioni del debitore, finirebbe per scandagliare la realtà imprenditoriale nell' eventualità di rinvenire elementi di possibile interesse****. Dunque né il collegio del reclamo né prima di lui il Tribunale sono tenuti a svolgere d' ufficio una specifica attività finalizzata ad accertare i requisiti di fallibilità, non potendo farsi carico dell'onere della prova rimasto non assolto da parte del debitore quale soggetto a conoscenza della propria realtà d'impresa e né tanto meno impegnarsi, al fine di vagliare il contenuto di allegazioni del tutto generiche del fallendo, in un'attività di minuziosa investigazione della realtà imprenditoriale del debitore volta a determinare la consistenza dimensionale della stessa*” (Cass. 7372/2018).

“*In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, l'art. 1, comma 2, l.fall., nel testo modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007, pone a carico del debitore l'onere di provare di essere esente da fallimento, così gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto dei parametri ivi prescritti, mentre residua in capo al tribunale un* ***potere di indagine officiosa finalizzato ad evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati****, che si esplica nell'acquisizione di informazioni urgenti (art. 15, comma 4, l.fall.), nell'utilizzazione dei dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino (e, dunque, a prescindere dalle allegazioni del debitore: art. 1, comma 2, lettera b, l.fall.) e nell'assunzione dei mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ex art. 18 l.fall.* ***Tale ruolo di supplenza, tendendo a colmare le lacune delle parti, è necessariamente limitato ai fatti da esse dedotti quali allegazioni difensive***” (Cass. 29629/2017; id. Cass. 24721/2015).

“*L'onere della prova del mancato superamento dei limiti di fallibilità previsti dall'art. 1, comma 2, l.fall., nella formulazione derivante dal d.lgs. n. 5 del 2006, applicabile "ratione temporis", grava sul debitore, atteso che la menzionata disposizione, anche prima delle ulteriori modifiche ad essa apportate dal d.lgs. n. 169 del 2007, già poneva come regola generale l'assoggettamento a fallimento degli imprenditori commerciali e, come eccezione, il mancato raggiungimento dei ricordati presupposti dimensionali. Né osta a tale conclusione la natura officiosa del procedimento prefallimentare, che impone al tribunale unicamente di attingere elementi di giudizio dagli atti e dagli elementi acquisiti, anche indipendentemente da una specifica allegazione della parte,* ***senza che, peraltro, il giudice debba trasformarsi in autonomo organo di ricerca della prova, tanto meno quando l'imprenditore non si sia costituito in giudizio e non abbia, quindi, depositato i bilanci dell'ultimo triennio, rilevanti ai fini in esame***” (Cass. 625/2016).

“*L’art. 1, comma 2, legge fallim. (come modificato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169), nel porre a carico del debitore l’onere di provare il possesso congiunto dei requisiti ivi prescritti, non esclude l’esercizio dei poteri istruttori officiosi spettanti al Tribunale, che, in quanto volti a colmare le carenze degli elementi di prova forniti dall’interessato,* ***restano circoscritti ai fatti dedotti dalle parti quali allegazioni difensive****, e sono comunque subordinati ad una valutazione circa l’incompletezza del materiale probatorio, l’individuazione di quello utile alla definizione del procedimento e la sua concreta acquisibilità e rilevanza, rimessa alla discrezionalità del giudice di merito*” (Cass. 25588/2015).

“*In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, il potere del tribunale di eseguire accertamenti d'ufficio - fondato sulle previsioni dell'art. 1, secondo comma, lettera b), legge fall., che consente di utilizzare il dato dei ricavi lordi "in qualunque modo risulti", nonché sugli artt. 15, quarto comma e 18, primo comma, legge fall., laddove consentono la richiesta di uniformazioni e l'assunzione d'ufficio dei mezzi di prova necessari - è finalizzato a colmare lacune probatorie dell'interessato, dovendo, pertanto, essere limitato ai fatti dallo stesso dedotti quali allegazioni difensive*” (Cass. 13643/2013).

“*In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, l'art. 1, secondo comma, legge fall., nel testo modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pone a carico del debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento, così gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto dei parametri ivi prescritti, mentre il potere di indagine officiosa è residuato in capo al tribunale, pur dopo l'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio e tenuto conto dell'esigenza di evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati, potendo il giudice tuttora assumere informazioni urgenti, ex art. 15, quarto comma, legge fall., utilizzare i dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino e dunque a prescindere dalle allegazioni del debitore, ex art. 1, secondo comma, lettera b), l.f. […];* ***tale ruolo di supplenza, volgendo a colmare le lacune delle parti, è però necessariamente limitato ai fatti da esse dedotti quali allegazioni difensive*** *ma non è rimesso a presupposti vincolanti, richiedendo una valutazione del giudice di merito competente circa l'incompletezza del materiale probatorio, l'individuazione di quello utile alla definizione del procedimento, nonché la sua concreta acquisibilità* *e rilevanza decisoria*” (Cass. 17281/2010; id. Cass. 2290/2012 e Cass. 17521/2015).

Appare quindi giustificata l’esplicazione del potere officioso, da parte del Tribunale, di disporre già con il decreto di convocazione l’acquisizione di informative urgenti da Amministrazione Finanziaria, Enti Previdenziali e Concessionario per la riscossione dei debiti tributari e contributivi, poiché tali informative sono senz’altro funzionali alla dimostrazione dello stato di insolvenza del debitore (che è sempre dedotto nel ricorso per la dichiarazione di fallimento, cui generalmente si accompagna almeno un principio di prova: visure protesti, certificati delle procedure esecutive pendenti, decreti ingiuntivi non opposti, verbali di pignoramento negativo, relazioni di notificazione comprovanti l’irreperibilità dell’imprenditore presso la sede risultante dal Registro delle imprese).

Per il resto, e con specifico riferimento alla sussistenza dei requisiti di fallibilità, il punto di equilibrio tracciato dalla giurisprudenza può essere sintetizzato come segue.

**IPOTESI 1: IL DEBITORE NON SI COSTITUISCE**. In tale ipotesi, in mancanza di un’allegazione difensiva del debitore circa il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità, il Tribunale non può disporre d’ufficio mezzi di prova finalizzati a dimostrare la sussistenza di tali requisiti, e non può quindi acquisire d’ufficio i bilanci (salvo lo “stratagemma” di sostenere che tale acquisizione sia necessaria per verificare l’effettiva esistenza dello stato di insolvenza, e poi utilizzare a diverso fine i bilanci in virtù del principio di acquisizione della prova). Del resto, da un punto di vista strettamente pratico, premesso che non potrebbe comunque acquisirsi la situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata indispensabile (salvo il ricorso alla prova critica o ad accertamenti tecnici: v. *infra*) per la verifica della sussistenza della soglia relativa all’esposizione debitoria complessiva (v. *supra*), l’esperienza insegna che **il debitore che non si costituisce non è quasi mai in regola con il deposito dei bilanci**, sicché sarebbe vano disporre l’acquisizione in via officiosa dei bilanci degli ultimi tre esercizi.

**IPOTESI 2: IL DEBITORE SI COSTITUISCE E NULLA ECCEPISCE IN MERITO AL POSSESSO DEI REQUISITI DI NON FALLIBILITÀ**. Vale quanto sopra, e anzi, nel caso in cui il ricorrente abbia specificamente dedotto il superamento delle soglie di non fallibilità, vi è l’ulteriore preclusione determinata dal **principio di non contestazione** di cui all’art. 115 c.p.c., che opera anche nel procedimento prefallimentare.

“*Anche nel procedimento per la dichiarazione di fallimento trova applicazione la tecnica di semplificazione dei fatti dedotti nella quale si sostanzia il principio di non contestazione di cui all’art. 115 c.p.c.*” (Cass. 5067/2017).

**IPOTESI 3: IL DEBITORE SI COSTITUISCE ECCEPENDO IL POSSESSO DEI REQUISITI DI NON FALLIBILITÀ MA NON DEPOSITA I BILANCI RELATIVI AGLI ULTIMI TRE ESERCIZI E UNA SITUAZIONE PATRIMONIALE, ECONOMICA E FINANZIARIA AGGIORNATA, O DEPOSITA BILANCI INATTENDIBILI**. In tal caso è legittima l’acquisizione d’ufficio dei bilanci che – per assurdo – risultino depositati nel Registro delle imprese ma non prodotti dalle parti?

In linea di principio la risposta dovrebbe essere negativa, poiché si andrebbe a “premiare” una condotta non diligente del debitore allungando i tempi del procedimento, ma se dalle risultanze della documentazione in atti il possesso dei requisiti di non fallibilità appare probabile è opportuno acquisirli (o consentirne la produzione da parte del debitore) in tempi rapidi, concedendo un breve termine al debitore per la produzione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata.

In mancanza dell’ultimo bilancio e della predetta situazione aggiornata, può farsi ricorso alla **prova critica** e, in specie, alle **presunzioni**. Si pensi all’ipotesi della società che, avendo avuto nel terzultimo e nel penultimo esercizio l’attivo patrimoniale, i ricavi lordi e i debiti molto al di sotto la soglia di fallibilità, abbia cessato l’attività prima dell’inizio dell’ultimo esercizio precedente il deposito del ricorso per la dichiarazione di fallimento: può in tal caso presumersi – salvo che emergano elementi di segno contrario, che è onere del ricorrente evidenziare – che le soglie relative all’attivo e ai ricavi non siano state superate anche nell’ultimo esercizio, e che i debiti non siano aumentati se non per effetto della maturazione degli interessi e dell’eventuale maggior debito tributario e/o previdenziale accertato nell’ultimo periodo.

Sia nel caso di bilanci mancanti, sia nell’ipotesi di bilanci motivatamente ritenuti inattendibili, non pare esservi spazio per disporre d’ufficio altre prove, come l’ispezione ex art. 118 c.p.c., l’ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. o la richiesta di informazioni ad uffici ed autorità pubbliche ex art. 213 c.p.c., o la consulenza tecnica d’ufficio e/o **accertamenti da parte della Guardia di Finanza**, salvo che l’espletamento di tali mezzi istruttori sia indispensabile proprio per verificare l’attendibilità dei bilanci.

“*I dati di bilancio non hanno tuttavia alcuna fede privilegiata e ben possono essere disattesi, anche solo rispetto a singole poste, dal giudice di merito, il quale in caso di una simile opzione è tenuto a dare giustificazione delle ragioni che lo hanno convinto dell'inattendibilità di tali dati. […] Questo obbligo non comporta invece che il giudice di merito debba attivarsi d'ufficio per trovare di sua iniziativa riscontri ai profili contabili valutati inattendibili, poiché anche in questo caso opera il principio generale secondo cui il debitore ha l'onere di provare di essere esente da fallimento, mentre il collegio giudicante, pur essendo titolare un potere di indagine officiosa finalizzato ad evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati (che si esplica nell'acquisizione di informazioni urgenti ex art. 15, comma 4, legge fall., nell'utilizzazione dei dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino e nell' assunzione dei mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ai sensi dell' art. 18 legge fall.), ha la mera facoltà discrezionale, ove valuti il materiale probatorio incompleto e individui quello concretamente acquisibile e utile alla definizione del procedimento, di svolgere il proprio ruolo di supplenza nei limiti dei fatti dedotti quali allegazioni difensive, sicché il mancato esercizio dei poteri istruttori ufficiosi da parte del giudice non determina l'illegittimità della sentenza e, ove congruamente motivato, non è sindacabile in cassazione (Cass. 4/12/2015 n. 24721). L'imprenditore è perciò tenuto, nell’ambito del più generale onere della prova che su di lui grava in merito al ricorrere dei requisiti di non fallibilità, ad addurre ogni elemento utile a suffragare i dati di bilancio ove questi necessitino di specifiche spiegazioni per la loro completa intellegibilità e possano perciò presentare profili di criticità agli occhi del giudice di merito integrando i documenti usualmente da produrre ex art. 15 legge fall. con documentazione di maggiore pregnanza*” (Cass. 9753/2018). ”*Il Tribunale mantiene il potere di verificare anche d'ufficio, la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per la dichiarazione di fallimento, sulla base delle prove e allegazioni del debitore o comunque delle risultanze agli atti della procedura, richiedendo eventuali informazioni urgenti, alle pubbliche amministrazioni in possesso dei relativi dati (Ufficio del registro delle imprese per i bilanci, uffici finanziari per le dichiarazioni dei redditi, Inps e Inail, ecc...), quanto alla Guardia di Finanza ai sensi dell'art. 1 e 15 l. fall. e comunque sulla base del più generale principio fissato dall'art. 738, terzo comma, cpc, certamente applicabile a tutti i procedimenti in camera di consiglio ( v. anche relazione illustrativa d. lgs. 9.01.06, n. 5 ove si menziona esplicitamente la possibilità di ricorrere alle indagini della Guardia di finanza)*” (Trib. Udine, 29 febbraio 2008, in www.unijuris.it; similmente Trib. Palmi, 26 febbraio 2007, in *Il fallimento*, 2007, 727).

**Il ruolo del P.M.: segnalazione dell’insolvenza e terzietà del giudice**

Come noto, la **legittimazione del Pubblico Ministero a richiedere la dichiarazione di fallimento** trae fondamento nel combinato disposto degli artt. 6 e 7 l.f., e la sua susseguente partecipazione al procedimento è prevista dall’art. 15 l.f.

**6. Iniziativa per la dichiarazione di fallimento**

*1. Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero.*

*2. […]..*

**7. Iniziativa del pubblico ministero**

*Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6:*

*1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;*

*2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.*

**15. Procedimento per la dichiarazione di fallimento**

*2. Il tribunale convoca, 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.*

L’**elencazione delle fonti di rilevazione dell’insolvenza** da parte del P.M. non è tassativa, bensì meramente **esemplificativa**, e l’iniziativa del P.M. cui risulti l’insolvenza è doverosa.

“*Il potere del P.M. di assumere, ai sensi dell'art. 6 legge fall.,* ***l'iniziativa*** *della richiesta al tribunale della dichiarazione di fallimento* ***non è limitata alle ipotesi di cui all'art. 7*** *della citata legge - il quale dispone il relativo obbligo a carico del Procuratore della Repubblica che procede contro l'imprenditore, quando l'insolvenza risulta dalla fuga o dalla latitanza dello stesso, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore - , ma ha, invece, carattere generale*” (Cass. 15407/01).

Di segno contrario alcune pronunce di merito.

“*Sulla base del combinato disposto degli articoli 6 e 7, legge fallimentare e del principio di tassatività di cui all'articolo 69 c.p.c., che regola l'azione del pubblico ministero nel processo civile, si desume che il potere di iniziativa di tale organo è limitato ai* ***soli casi espressamente previsti dalla legge*** *e non è, quindi, illimitato. Detto potere non è, infatti, accompagnato né da un generale potere di controllo sugli imprenditori né dall'attribuzione di poteri inquisitori sul regolare andamento delle imprese. L'iniziativa del pubblico ministero nell'ambito del procedimento per dichiarazione di fallimento è, pertanto, subordinata alla ricorrenza delle ipotesi espressamente previste dal citato articolo 7*” (App. Milano, 2 dicembre 2010, in www.ilcaso.it).

**Non è necessaria la pendenza di un procedimento penale**, poiché **le ipotesi di cui all’art. 7, n. 1, seconda parte sono alternative** a quella della prima parte.

“*In tema di iniziativa del P.M. per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art.7, n. 1, legge fall., la doverosità della sua richiesta può fondarsi dalla risultanza dell'insolvenza, alternativamente, sia dalle notizie proprie di un procedimento penale pendente, sia dalle* ***condotte, del tutto autonome indicate in tal modo dalla congiunzione "ovvero"*** *di cui alla norma che non sono necessariamente esemplificative né di fatti costituenti reato né della pendenza di un procedimento penale, che può anche mancare*” (Cass. 9260/2011).

**Il procedimento penale** (per tale intendendosi anche la sola fase delle indagini preliminari) **non deve avere come indagato o imputato necessariamente l’imprenditore** insolvente, e non osta alla richiesta di fallimento il fatto che non vi siano soggetti determinati nel registro degli indagati o che il procedimento penale si sia concluso con l’archiviazione o con l’assoluzione dell’imputato.

 “*Il P.M. è legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 7, n. 1, l.fall., quando la "notitia decoctionis" sia stata appresa nel corso di un procedimento penale,* ***anche se avviato nei confronti di soggetti diversi dal medesimo imprenditore e conclusosi con esito favorevole alle persone sottoposte alle indagini***” (Cass. 20400/2017).

“*La ratio dell'art. 7 legge fallimentare, una volta venuto meno il potere del tribunale di dichiarare officiosamente il fallimento, è chiaramente nel senso di estendere la legittimazione del p.m. alla presentazione della richiesta, in tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la notitia decoctionis (Cas. 10679 del 2014; 23391 del 2016). Ne consegue che il riferimento contenuto nel comma 1, n. 1) dell'art. 7 della legge fallimentare al riscontro della notitia decoctionis "nel corso di un procedimento penale" non deve essere interpretato nel senso riduttivo, prospettato nel motivo di ricorso,* ***non essendo necessaria la preventiva iscrizione di una notitia criminis nel registro degli indagati a carico del fallendo (Cass. n. 8977 del 2016) o di terzi****. Nel caso di specie l'esame dei risultati dell'indagine svolta dalla Guardia di Finanza da parte del pubblico ministero, sia se preventivamente disposta dall'organo giurisdizionale, in ordine all'esercizio del proprio potere investigativo, sia se eseguita autonomamente dal predetto corpo di polizia, e trasmessa all'ufficio di procura, rientra pienamente nell'attività istituzionale dell'organo giurisdizionale inquirente. Ove gli esiti dell'indagine evidenzino la notitia decoctionis, peraltro, mediante la rappresentazione di esposizioni debitorie verso il fisco astrattamente idonee a costituire fattispecie incriminatrici speciali, il pubblico ministero è pienamente legittimato ad esercitare l'iniziativa di richiedere il fallimento*” (Cass. 12537/2017).

“*Il P.M. può richiedere il fallimento anche se ha appreso la notizia dell’insolvenza nell’ambito di un* ***procedimento penale aperto nei confronti di soggetti diversi*** *da quelli che, come nel caso di società, ne siano stati o ne siano gli organi. Ciò che rileva, nell’ampia legittimazione di tale organo pubblico, è che la* notitia decoctionis *sia stata appresa nel corso di indagini legittimamente svolte, in virtù dell’attività istituzionale riservatagli*” (Cass. 2228/2017).

“*La legittimazione del P.M. a richiedere il fallimento, ai sensi dell’art. 7, comma 1, l.fall., procede dal riscontro dell’insolvenza nel corso di un procedimento penale (nella specie, per reati tributari)* ***senza che di necessità le indagini debbano riguardare lo stesso imprenditore*** *di cui si chiede il fallimento*” (Cass. 26771/2016).

“*Il P.M. è legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore anche se la "notitia decoctionis" sia stata da lui appresa nel corso di i****ndagini svolte nei confronti di soggetti diversi dall'imprenditore*** *medesimo. Invero, la volontà legislativa che emerge dalla lettura delle ipotesi alternative previste dall'art. 7, primo comma, n. 1, legge fall., una volta venuta meno la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio, è chiaramente nel senso di ampliare la legittimazione del P.M. alla presentazione della richiesta per dichiarazione di fallimento a tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la "notitia decoctionis"; e tale soluzione interpretativa trova conforto sia nella previsione dell'art. 7, primo comma, n. 2, legge fall., che si riferisce al procedimento civile senza limitazioni di sorta, sia nella Relazione allo schema di d.lgs. di riforma delle procedure concorsuali, che fa riferimento a qualsiasi "notitia decoctionis" emersa nel corso di un procedimento penale* (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito ritenendo la legittimazione del P.M. a presentare la richiesta di fallimento nei confronti di una società, avendo appreso dell'insolvenza della stessa nel corso di un procedimento penale pendente a carico di altre società del gruppo di cui faceva parte)” (Cass. 10679/2014).

“*La legittimazione del pubblico ministero alla richiesta di fallimento ex art. 7 n. 1 legge fall. sussiste anche nel caso in cui* ***l’indagine penale riguardi soggetti diversi dall’imprenditore***” (App. Venezia, 14 luglio 2016, in www.ilcaso.it).

“*[…] con la precisazione che* ***per "procedimento penale" si intende non solo*** *l'insieme degli atti costituenti il vero e* ***proprio processo penale ma anche*** *gli atti che lo precedono nell'ambito delle* ***indagini preliminari****, così che il pubblico ministero può presentare la richiesta di cui all'articolo 6, legge fallimentare nel corso di entrambe le fasi di cui si compone il procedimento in questione*” (App. Milano, 2 dicembre 2010, in www.ilcaso.it).

La **segnalazione** di cui al n. **2**, oltre ai casi in cui l’insolvenza sia rilevata dal giudice civile nell’ambito di un procedimento ordinario (si pensi alla notifica dell’atto di citazione alla società, non riuscita per irreperibilità della stessa presso la sede risultante dal registro delle imprese, situazione sintomatica della “fuga dell’imprenditore”), **può essere effettuata anche dal giudice della fase prefallimentare**, in tutti i casi in cui tale fase non si concluda con una pronuncia di merito (si pensi alla desistenza del creditore, o al caso in cui al ricorrente venga negata la qualità di creditore ma sia emersa l’insolvenza del debitore).

“*Quando il procedimento finalizzato alla dichiarazione di fallimento non si concluda con una decisione nel merito, il tribunale fallimentare può disporre, ai sensi dell'art. 7 legge fall., la trasmissione degli atti al P.M., affinché valuti se instare per la dichiarazione di fallimento, […] non sembra che nella specie possano essere sollevati ragionevoli dubbi in ordine al significato letterale della disposizione in questione. La L. Fall., art. 7, richiamando il potere di iniziativa del pubblico ministero per la dichiarazione di fallimento riconosciuto in via generale dalla L. Fall., art. 6, stabilisce infatti, per la parte di interesse, che questi presenta la relativa richiesta "quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile". La formulazione generale della norma, che riconduce il potere di iniziativa del P.M. alla detta segnalazione senza la previsione di eccezioni e limiti di sorta, non consente dunque di escludere dalla relativa previsione le eventuali segnalazioni effettuate nell'ambito di procedure fallimentari. Anzi le modifiche operate dal legislatore, per quanto certamente in parte sollecitate anche dalla intervenuta soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio, depongono per una previsione estensiva rispetto al passato del dovere di segnalazione, essendo stato sostituito il precedente riferimento allo stato di insolvenza risultante in giudizio civile (L. Fall., art. 8, previgente) - e quindi non in una procedura prefallimentare - con quello della rilevazione effettuata nel corso di un procedimento civile (L. Fall., art. 7), nel cui ambito va certamente annoverata anche quella prefallimentare […]* ***non sussistendo alcuna violazione del principio di terzietà del giudice****, di cui all'art. 111 cost., per il solo fatto che il tribunale sia chiamato una seconda volta a decidere sul fallimento dell'imprenditore a seguito di richiesta del P.M. conseguente alla segnalazione da parte dello stesso giudice*” (Cass., SS.UU., 9409/2013; id. Cass. 6649/2018, Cass. 17351/2017, Cass. 19597/2016, Cass. 5447/2015 e Cass. 7255/2014).

“*[….]* (Nella specie, la S.C. ha ritenuto validamente effettuata la segnalazione, **trasmessa al P.M. dal giudice delegato** **di una diversa procedura** fallimentare, promossa nei confronti della stessa parte e **conclusasi con la dichiarazione di non luogo a procedere per desistenza** del creditore istante)” (Cass. 19927/2017; id. Cass. 18999/2017).

“*Il P.M. può esercitare l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento anche quando la "notitia decoctionis" gli sia segnalata dal tribunale fallimentare, che abbia rilevato l'insolvenza nel corso del procedimento ex art. 15 legge fall., poi definito per desistenza del creditore istante, in quanto anche a questo "giudice" e a questo "procedimento civile" si riferisce l'art. 7, n. 2, legge fall., modificato dal d.lgs. n. 5 del 2006, quando dispone che l'insolvenza deve essere segnalata al P.M. "dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile". Tale interpretazione, conforme ai lavori preparatori della riforma del 2006, non contrasta con i principi di terzietà e imparzialità del giudice, sanciti dall'art. 111 Cost., in quanto* ***la segnalazione è un atto "neutro", privo di contenuto decisorio*** *e assunto con valutazione "prima facie",* ***potendo sempre il tribunale, all'esito dell'istruttoria prefallimentare e a cognizione piena, respingere la richiesta del P.M****., originata da detta segnalazione*” (Cass. 9857/2012).

Le Sezioni unite sono intervenute in ragione di un precedente di segno contrario della Cassazione.

“*In tema di fallimento, l'esigenza di assicurare la terzietà e l'imparzialità del tribunale fallimentare, emergente da un'interpretazione sistematica della legge fallimentare (così come modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) ed in particolare degli artt. 6 e 7, letti alla luce del novellato art. 111 Cost., porta ad escludere che l'iniziativa del P.M. ai fini della dichiarazione di fallimento possa essere assunta in base ad una segnalazione proveniente dallo stesso tribunale fallimentare, in tal senso deponendo, oltre alla soppressione del potere di aprire d'ufficio il fallimento ed alla riduzione dei margini d'intervento del giudice nel corso della procedura, anche il n. 2 dell'art. 7 cit., che limita il potere di segnalazione del giudice civile all'ipotesi in cui l'insolvenza risulti, nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari dell'iniziativa, in un procedimento diverso da quello rivolto alla dichiarazione di fallimento, nonché dagli interventi correttivi del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che hanno reso totalmente estranea al sistema l'ingerenza dell'organo giudicante sulla nascita o l'ultrattività della procedura* (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, con cui era stata dichiarata nulla la dichiarazione di fallimento intervenuta ad iniziativa del P.M., al quale il tribunale fallimentare aveva trasmesso gli atti a seguito della desistenza del creditore dalla propria istanza)” (Cass. 4632/09).

Dalla pronuncia delle Sezioni Unite si evincono i seguenti principi: 1) la segnalazione può essere fatta dal Tribunale (e, dunque, non dal giudice delegato o da giudice estraneo al collegio chiamato a decidere sull’istanza di fallimento; ma in senso contrario Cass. 19927/2017, secondo cui “*correttamente […] la Corte di merito ha ritenuto valida la segnalazione trasmessa all'esito di un diverso procedimento prefallimentare conclusosi con la dichiarazione di non luogo a procedere per desistenza dell'istante,* ***non assumendo alcun rilievo, a tal fine, l'ascrivibilità dell'atto al Giudice delegato, anzichè al Collegio****, o l'eventuale posteriorità rispetto alla definizione del procedimento*”); 2) la segnalazione può essere fatta quando sia venuto meno il potere di decidere per sopravvenuta mancanza dell’impulso di parte (desistenza); 3) i giudici che hanno fatto parte del collegio che ha effettuato la segnalazione possono comunque trattare il procedimento prefallimentare conseguentemente promosso dal Pubblico Ministero, non avendo perduto la propria terzietà.

Il **giudice segnalante non deve necessariamente motivare** (neppure in via sommaria) in ordine alla sussistenza dello stato di insolvenza.

“*L'art. 7, n. 2, l.fall. attribuisce al P.M. la legittimazione ad avanzare l’istanza di fallimento, sulla base di una segnalazione dell'insolvenza proveniente dal giudice che l’abbia rilevata, in qualsiasi fase di un procedimento civile,* ***non richiedendosi al segnalante neppure di effettuare una delibazione sommaria dello stato d’insolvenza****, la cui valutazione è rimessa al P.M.*” (Cass. 19927/2017).

L’**istanza** del P.M. può essere anche **meramente ripetitiva della segnalazione**.

“***L'istanza di fallimento del P.M.*** *che sia* ***meramente ripetitiva della segnalazione a questi pervenuta ex art. 7, n. 2, l.fall., deve ritenersi ammissibile*** *in ragione dell'assunzione della responsabilità dell'atto e della richiesta, cui egli è legittimato, fermo restando che spetta poi al giudice l'accertamento, in concreto, della segnalata insolvenza*” (Cass. 17903/2015).

Ci si è chiesti se il fallimento possa essere richiesto da un **pubblico ministero appartenente ad una procura diversa da quella nel cui circondario l’impresa ha la sua sede principale**.

Secondo un’opinione, il P.M. che acquisisce notizia dell’insolvenza di un’impresa che ha sede nel circondario di un diverso Tribunale dovrebbe trasmettere gli atti al P.M. presso il giudice competente.

Secondo altri, il P.M. presso un Tribunale incompetente a dichiarare il fallimento potrebbe attivarsi direttamente proponendo la richiesta al Tribunale competente. Si ritiene che la segnalazione da un ufficio di Procura ad un altro violerebbe il principio di tassatività delle fonti di conoscenza cui il P.M può attingere e si propone che il P.M incompetente inoltri la segnalazione al Tribunale competente perché segnali al P.M competente. Questa opinione (che secondo alcuni non può essere condivisa, perché pare confonda il criterio legale di articolazione territoriale dell'ufficio requirente con il principio di tassatività delle situazioni che legittimano il P.M. a richiedere il fallimento) è stata accolta dalla Cassazione.

“*Il P.M. è legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 7, n. 1, l.fall., in tutti i casi in cui abbia appreso istituzionalmente una "notitia decoctionis", a prescindere dalla circostanza che* ***il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento sia diverso da quello presso cui svolge le sue funzioni nei procedimenti penali****, sicché non è necessaria la rinnovazione della detta richiesta da parte del P.M. che sia intervenuto all'udienza davanti al giudice competente* (nella specie, il P.M. presso il Tribunale investito del procedimento ha partecipato alla fase prefallimentareanche per il richiedente e fatto propria la richiesta già presentata)” (Cass. 20400/2017).

Ci si è anche chiesti **se il P.M., una volta proposta la richiesta di fallimento, possa rinunciare all’azione**.

In senso positivo la Cassazione e il Tribunale di Firenze.

“*La* ***mancata comparizione in udienza della parte pubblica, con conseguente comportamento concludente di rinuncia presunta a quel procedimento****, non dà alcuna preclusione alla presentazione di una nuova istanza*” (Cass. 13909/2014).

“*Il rinnovato art. 6 della Legge Fallimentare, così come modificato dal D. Lgs 9 gennaio 2006 n. 5, prevede che la procedura non possa più essere avviata d’ufficio, ma che l’iniziativa spetti necessariamente al debitore, al creditore e al Pubblico Ministero. Quest’ultimo è pertanto da considerarsi, sia pure per il perseguimento di un interesse pubblico, titolare di un diritto di azione al pari delle altre parti private.* ***Diritto di azione che può essere passibile di rinuncia, sia esplicita che implicita***” (Trib. Firenze, 28 settembre 2011, in www.filodiritto.com).

In senso negativo, anche se con specifico riguardo alla **desistenza implicita**, alcune pronunce.

“*La qualificazione della mancata comparizione del pubblico ministero come desistenza dall'istanza di fallimento, prospettata in memoria, costituisce motivo del tutto nuovo ed inammissibile. Il precedente citato, comunque (sentenza n. 13909 del 2014) non prende posizione sulla qualificazione in termini di desistenza del comportamento processuale del pubblico ministero ed il successivo richiamo giurisprudenziale (Cass. n. 8980 del 2016) ha ad oggetto fattispecie del tutto diversa. Il principio di diritto, dunque, è nel senso che nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, quando l'iniziativa sia stata assunta dal pubblico ministero, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito è sufficiente che il ricorso sia stato ritualmente notificato all'imprenditore, sicché* ***è irrilevante la mancata partecipazione della parte pubblica all'udienza prefallimentare, non potendosi trarre da tale condotta alcuna volontà, anche solo implicita, di rinunciare o desistere all'istanza presentata***” (Cass. 12537/2017).

“***Il pubblico ministero, una volta avviata la richiesta di fallimento, non può rinunciarvi****, senza che gli eventuali ripensamenti di tale organo possano influire sul giudizio, spettando unicamente al giudice di pronunciarsi sulla domanda proposta*” (App. Venezia, 18 aprile 2016, in *Il fallimento*, 2017, 462).

“***La mancata comparizione all’udienza pre-fallimentare del pubblico ministero richiedente la dichiarazione di fallimento non implica l’abbandono dell’istanza e la sua conseguente desistenza****, atteso che l’art. 15, secondo comma, l.fall. pur prevedendo l’intervento obbligatorio del pubblico ministero che ha assunto l’iniziativa, non richiede che l’organo pubblico sia presente alle singole udienze celebrate davanti al tribunale, ma semplicemente che ne abbia conoscenza per avere la possibilità di determinarsi correttamente, valutando se coltivare o meno l’istanza proposta e mancando del resto una esplicita qualificazione normativa di carattere generale, in termini di desistenza, dell’assenza fisica all’udienza, della parte pubblica o privata che sia*” (Trib. Benevento, 27 gennaio 2016, in *Il fallimento*, 2016, 745).

La dottrina ha precisato che il potere di azione del P.M. è riferito ad un **interesse indisponibile**, che gli impedisce di negoziare la desistenza, ma che gli consente (ed impone) di rivedere la richiesta di fallimento laddove l'insolvenza risulti negata da accertamenti successivi alla richiesta di fallimento.

In particolare, si è affermato (Gaboardi, in *Il fallimento*, 2017, 467 ss.) che “*il P.M. rappresenta - secondo una qualificazione tradizionale - una parte pubblica del processo civile; una parte, cioè, promotrice di un’iniziativa per la tutela giurisdizionale che è in funzione non già della salvaguardia di un interesse privato disponibile, bensì di un interesse generale o pubblico indisponibile. Del resto, l’instaurazione di una stretta correlazione tra l’attribuzione al P.M. del potere di impulso processuale e la rilevanza pubblicistica dell’interesse sostanziale sotteso alla fattispecie dedotta in giudizio rappresenta il rimedio con cui l’ordinamento assicura un’efficace tutela a quelle situazioni soggettive in cui trova espressione, accanto ad una posizione di vantaggio privato, un interesse per l’appunto sovraindividuale; un interesse, quest’ultimo, la cui salvaguardia non può essere in alcun modo pregiudicata dal legittimo esercizio del potere del privato di promuovere la sua tutela giurisdizionale. In particolare, l’esigenza di salvaguardare l’interesse pubblicistico deve essere soddisfatta in forme che non siano impedite dalla (estrema ma pur sempre) legittima scelta del singolo di non reagire - o non reagire più - ad una violazione di quella situazione soggettiva privata a cui, come detto, sia strettamente correlato un interesse di indole generale. Tali forme si esplicano sia nella tassatività delle ipotesi di esercizio dell’azione civile (art. 69 c.p.c.) e sia, per quanto qui più interessa, nell’indisponibilità dell’interesse sostanziale sotteso alla fattispecie dedotta in giudizio dal P.M. Se è vero, infatti, che l’indisponibilità è un requisito essenziale e inderogabile di una situazione soggettiva a rilevanza pubblicistica (se non altro perché esso discende da una previsione imperativa di legge), allora tale requisito non può essere eluso, in quanto tale, nemmeno dal P.M., nel cui potere di impulso deve riconoscersi soltanto un’alternativa processuale all’iniziativa privata. In altri termini, il potere di impulso dell’azione civile non assegna al P.M. qualcosa in più di un mero diritto processuale di azione, ovverosia un potere di agire (solo) processualmente per la tutela di un interesse pubblicistico, a cui resta, pertanto, estranea ogni legittimazione ad incidere sulla sorte sostanziale del diritto soggettivo correlato a tale interesse pubblicistico. Ne consegue che la funzione meramente processuale dell’azione promossa dal P.M. non è il corollario della natura pubblica dell’ufficio, quanto piuttosto della natura indisponibile (o, se si preferisce, pubblica) dell’interesse di cui è promossa la tutela*”.

Il P.M. deve **provare l’insolvenza** del debitore.

“*Il P.M., allorquando richiede il fallimento di un imprenditore, deve allegare e dimostrare che la propria iniziativa sia correlata ad una delle situazioni legittimanti regolate dall’art. 7 l.fall. e deve, altresì, provare lo stato di insolvenza del debitore*” (Trib. Bari, 12 dicembre 2017, in *Il fallimento*, 2018, 381).

Quanto alla **legittimazione del Pubblico Ministero nell’ambito della procedura di concordato preventivo**, ai sensi degli artt. 162, co. 2, 173, co. 2, 179, co. 2 e 180, co. 7, l.f,, va premesso che la comunicazione al Pubblico Ministero prevista dal comma 5 dell’art. 161 l.f. non determina la sua partecipazione necessaria a pena di nullità.

“*Nel procedimento di concordato preventivo (ed anche nella sua fase impugnatoria) non può farsi discendere dalla prevista comunicazione al Pubblico Ministero della domanda di concordato, prevista dall’art. 161, comma 5, l.fall., alcuna partecipazione necessaria di tale organo a pena di nullità, non avendo questi il potere di promuovere tale procedimento. La citata comunicazione, infatti, assolve solo allo scopo di consentire eventuali controlli nell'interesse pubblico alla verifica della regolarità della procedura, potendo il P.M. prendere parte alla camera di consiglio indetta dal tribunale per ogni audizione del debitore, in quella o altra sede, instare per la richiesta di fallimento, esplicare poteri di sollecitazione ed introdurre elementi di fatto nei diversi incidenti di reversione nell'"iter" del progetto concordatizio, ma sempre all'interno della facoltatività del suo intervento*” (Cass. 5074/2017).

Ciò premesso, si tratta di una **legittimazione speciale**, che prescinde dalla ricorrenza dei presupposti dettati dall’art. 7 l.f.., che **non è incisa dall’eventuale rinuncia alla proposta di concordato** e che consente di per sé al P.M. di **chiedere il fallimento** **anche oralmente** e direttamente all’udienza (salva la necessità di concedere al debitore un termine a difesa nel caso in cui la richiesta si fondi su circostanze nuove sulle quali non si è ancora espletato il contraddittorio) e anche dopo la chiusura del concordato per improcedibilità o revoca.

“*Alla richiesta di fallimento formulata dal Pubblico Ministero a seguito della dichiarazione di improcedibilità della domanda di concordato preventivo per rinuncia del proponente, non si applica il disposto dell'art. 7 l.fall., in quanto la parte pubblica, una volta informata della proposta di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 5, l.fall., partecipa ordinariamente al procedimento, rassegnando in udienza le proprie conclusioni orali, che possono comprendere anche l'eventuale richiesta di fallimento dell'imprenditore in ragione della sua ritenuta insolvenza, di cui ha avuta conoscenza per effetto di detta partecipazione*” (Cass. 6649/2018).

“*Il P.M. è informato non solo della domanda di concordato preventivo ai fini dell'intervento nella procedura e dell'eventuale richiesta di fallimento (art. 161 legge fall.), ma anche della procedura d'ufficio per la revoca dell'ammissione al concordato (art. 173 legge fall.), oltre che del relativo esito, ed è, come tale, legittimato, a seguito della comunicazione del decreto con il quale il tribunale abbia revocato l'ammissione al concordato preventivo, a formulare la richiesta di fallimento anche se la notizia dell'insolvenza non sia stata acquisita nelle forme e secondo le modalità specificamente previste dall'art. 7 legge fall.*” (Cass. 22691/2017; id. Cass. 9271/2014).

“*Nell'ambito della procedura concordataria, ai sensi dell'art. 162 LF, ove a seguito della sua partecipazione necessaria, il P.M. rilevi la sussistenza di uno stato d'insolvenza del debitore istante, può legittimamente richiedere al Tribunale il fallimento del proponente senza che rilevino le scansioni e le vicende del procedimento concordatario, come la rinuncia alla proposta concordataria, anche in difetto di convergenti istanze volte alla dichiarazione dell'insolvenza del debitore, da parte del ceto creditorio*” (Cass. 14156/2017).

“*Alla richiesta di fallimento formulata dal P.M. ai sensi dell’art. 162, comma 2, l.fall., quale conseguenza dell’inammissibilità della proposta di concordato preventivo, non si applica il disposto dell’art. 7 l.fall., alla cui ratio, peraltro, anche la specifica disciplina della richiesta in questione si conforma. Invero, il P.M., informato della proposta di concordato preventivo (art. 161, comma 5, l.fall.), partecipa ordinariamente al procedimento, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa delle altre parti, mediante la presenza in udienza, ivi compresa quella fissata dal tribunale ai fini della declaratoria di inammissibilità della domanda, rassegnando le proprie conclusioni orali, che comprendono, oltre alla valutazione negativa sulla proposta concordataria, anche l’eventuale richiesta di fallimento in ragione della ritenuta insolvenza dell’imprenditore, di cui è venuto a conoscenza a seguito della partecipazione alla procedura, senza che vi sia la necessità che tali conclusioni si traducano in un formale ricorso da notificare al debitore in vista di un’udienza ex art. 15 l.fall., affatto necessaria*” (Cass. 9574/2017).

“*Le censure sono infondate perché il pubblico ministero è legittimato a formulare la richiesta di fallimento a seguito della comunicazione del decreto con il quale il tribunale abbia revocato l'ammissione al concordato preventivo, essendo egli, nel sistema della legge, informato sia della domanda di concordato ai fini dell'intervento nella procedura e dell'eventuale richiesta di fallimento (art. 161 legge fall.), sia della procedura d'ufficio per la revoca dell'ammissione al concordato (art. 173 legge fall.), onde è anche il naturale e legittimo destinatario della comunicazione dell'esito di tale procedimento (sez. 1, 16 marzo 2012, n. 4209). Quanto al diritto di difesa, va ricordato che il sub-procedimento diretto alla declaratoria di fallimento, che si apre all'esito della dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato preventivo, si inserisce nell'ambito di una procedura unitaria, nella quale il debitore ha già formalizzato il rapporto processuale innanzi al tribunale e il cui eventuale sbocco nella dichiarazione di fallimento deve essergli noto sin dal momento della proposizione della domanda, soprattutto dopo avere preso conoscenza del decreto ex art. 162, comma 2, legge fall., cui consegue la trasmissione degli atti al pubblico ministero. In tale contesto, salva l'ipotesi in cui la parte pubblica non adduca, in sede di richiesta e a dimostrazione dello stato di insolvenza, elementi ulteriori rispetto a quelli già acquisiti al procedimento, non è necessaria l'ulteriore convocazione in camera di consiglio del debitore ai fini della dichiarazione di fallimento, potendo questi predisporre comunque i mezzi di difesa più adeguati al caso, tenuto conto delle esigenze proprie dei procedimenti concorsuali (presentazione di memorie, istanze di convocazione personale e simili), per contrastare l'eventuale richiesta di fallimento (Sez. 1,* [*Sentenza n. 9730 del 06/05/2014*](http://bancadati.ilfallimentarista.it/Fallimento/GetJumpsByIdEstremi?idEstremi=2502961&idDatabank=0)*)*” (Cass. 8100/2016).

“*In tema di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura impedisce la proposizione di una ulteriore ed autonoma domanda di concordato rispetto a quella originaria, poiché, rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza, il concordato non può che essere unico, sicché, a seguito della rinuncia alla prima domanda di concordato e della presentazione di una nuova proposta, il tribunale non è tenuto, a norma dell'art. 162 legge fall., a sentire il debitore prima di dichiarare l'inammissibilità di quest'ultima e contestualmente pronunciare, ove il P.M. ne abbia formulato la richiesta, l'eventuale fallimento del proponente*” (Cass. 495/2015).

“*Il sub-procedimento diretto alla declaratoria di fallimento, che si apre all'esito della dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato preventivo, si inserisce nell'ambito di una procedura unitaria, nella quale il debitore ha già formalizzato il rapporto processuale innanzi al tribunale e il cui eventuale sbocco nella dichiarazione di fallimento deve essergli noto sin dal momento della proposizione della domanda, soprattutto dopo avere preso conoscenza del decreto ex art. 162, secondo comma, legge fall., cui consegue la trasmissione degli atti al pubblico ministero. In tale contesto, salva l'ipotesi in cui la parte pubblica non adduca, in sede di richiesta e a dimostrazione dello stato di insolvenza, elementi ulteriori rispetto a quelli già acquisiti al procedimento, non è necessaria l'ulteriore convocazione in camera di consiglio del debitore ai fini della dichiarazione di fallimento, potendo questi predisporre comunque i mezzi di difesa più adeguati al caso, tenuto conto delle esigenze proprie dei procedimenti concorsuali (presentazione di memorie, istanze di convocazione personale e simili), per contrastare l'eventuale richiesta di fallimento*” (Cass. 9730/2014).

“*La richiesta di fallimento da parte del pubblico ministero nel subprocedimento di revoca del concordato ex art. 173 L.Fall., pur a fronte una rinuncia da parte del debitore alla domanda concordataria, non viene travolta e l'iniziativa del debitore comporta l'improcedibilità della domanda eventualmente proposta*” (Trib. Monza, 10 maggio 2017, in *Il fallimento*, 2017, 12, 1341).

“*La rinuncia alla domanda di concordato con riserva è ammissibile e determina l'improcedibilità della domanda, non costituendo abuso del diritto quando […] sia mantenuta la successiva udienza fissata per garantire il pieno contraddittorio tra le parti e la eventuale domanda di fallimento da parte del P.M.*” (Trib. Rovigo, 29 gennaio 2015 in www.ilcaso.it; id. Trib. Rovigo, 21 ottobre 2014, in www.expartecreditoris.it; ma v. *infra*, in senso contrario, App. Venezia).

“*Poiché nell’ambito della procedura di concordato preventivo il pubblico ministero è parte necessaria ai sensi dell’art. 162 legge fall., sussiste la sua legittimazione a richiedere la declaratoria di fallimento del soggetto proponente il concordato, essendo tale iniziativa del tutto svincolata dai limiti imposti dal non richiamato art. 7 legge fall.*” (App. Bologna, 1 giugno 2009, in www.ilcaso.it).

Ma alcune pronunce non ammettono la richiesta di fallimento dopo la rinuncia.

“*Laddove il debitore, prima della data fissata per lo svolgimento dell’udienza, ex art. 173 L.F., relativa al procedimento di revoca del concordato, depositi un atto di rinuncia alla relativa domanda, si deve ritenere che sia venuta meno la speciale legittimazione del Pubblico Ministero a presentare nel corso di tale udienza la richiesta di fallimento nei confronti dello stesso debitore, in quanto giustificata solo dalla diversa fattispecie della pendenza della procedura concordataria*” (App. Milano, 29 ottobre 2015, in www.unijuris.it).

“*Il PM non può richiedere il fallimento se vi è stata rinuncia alla domanda di concordato anche se presentata in un momento successivo all’omologa della stessa, in quanto con la rinuncia alla domanda non viene in essere alcuna ipotesi che legittimi il PM a proporre istanza di fallimento. Se, prima della rinuncia alla domanda di concordato, era iniziato il procedimento ex art. 173 l. fall. questo viene assorbito dalla rinuncia stessa*” (App. Venezia, 10 dicembre 2014, in www.ilcaso.it).

**Risoluzione del concordato preventivo e dichiarazione di fallimento**

Questione di “scottante” attualità è quella inerente alla possibilità di dichiarare il fallimento senza la preventiva risoluzione del concordato preventivo omologato (c.d. dichiarazione di fallimento *omisso medio*).

Le norme di riferimento sono gli artt. 186, 184, e 137 e l.f..

**186. Risoluzione e annullamento del concordato**

*1. Ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento.*

*2. Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza.*

*3. Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.*

*4. Le disposizioni che precedono non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.*

*5. Si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale.*

**184. Effetti del concordato per i creditori**

*1. Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all’articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.*

*2. Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.*

**137. Risoluzione del concordato**

*1. Se le garanzie promesse non vengono costituite o se il proponente non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dal concordato, ciascun creditore può chiederne la risoluzione.*

*2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 15 in quanto compatibili.*

*3. Al procedimento è chiamato a partecipare anche l'eventuale garante.*

*4. La sentenza che risolve il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutiva.*

*5. La sentenza è reclamabile ai sensi dell'articolo 18.*

*6. Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.*

*7. Le disposizioni di questo articolo non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti dal proponente o da uno o più creditori con liberazione immediata del debitore.*

*Non possono proporre istanza di risoluzione i creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell'articolo 124, non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato.*

Alcune premesse appaiono indispensabili.

In base all’art. 186, co. 1, l.f., è **legittimato a richiedere la risoluzione** del concordato preventivo **ciascuno dei creditori**, laddove per “creditori” si intendono solo quelli concorsuali, ossia i titolari di crediti sorti in data anteriore alla proposta di concordato preventivo.

Secondo una recente pronuncia la legittimazione, **nel concordato liquidatorio**, spetterebbe anche al **liquidatore nominato dal Tribunale**.

“*L'acquisto, da parte del liquidatore giudiziale, della disponibilità dei beni facenti parte del patrimonio del debitore il cui concordato sia stato omologato, determina quale conseguenza logico-giuridica che l'organo di promanazione giudiziale della fase esecutiva del concordato subentri nelle cause di contenuto patrimoniale di cui sia parte la debitrice, quantomeno nella forma della legittimazione concorrente, in applicazione del principio di carattere generale espresso nell'art. 43 legge fall., da ritenersi applicabile in via analogica alla fattispecie del concordato liquidatorio. L'interpretazione evolutiva della disciplina inerente alle prerogative del liquidatore giudiziale, imperniata tra l'altro sulla vigenza dell'art. 14-decies della legge n. 3/12 e successive modifiche, che delimita in termini esattamente coerenti con quanto asserito la legittimazione ad agire del liquidatore della procedura di liquidazione del patrimonio del sovraindebitato, induce a ritenere la piena legittimazione del liquidatore a rappresentare il debitore il cui concordato sia stato omologato nei giudizi rilevanti ai fini dello svolgimento della propria funzione di mandatario della massa dei creditori. La legittimazione alla presentazione del ricorso diretto ad ottenere la risoluzione del concordato preventivo non appartiene, pertanto, soltanto alla società creditrice, qualora anche quest'ultima si trovi nella fase esecutiva di un concordato preventivo, bensì al liquidatore giudiziale che, nell'interesse della massa dei creditori, è nelle condizioni di valutare se la società debitrice sia inadempiente rispetto alla proposta omologata*” (Trib. Bergamo, 15 dicembre 2016, in www.ilcaso.it).

Ma la Cassazione, nella vigenza del “vecchio rito”, aveva affermato il contrario.

“*In materia di risoluzione del concordato preventivo, la circostanza che la sollecitazione a risolvere il concordato sia pervenuta al tribunale da un soggetto che non sarebbe stato autonomamente legittimato a proporre un'istanza al riguardo non ha rilievo e non può certo inficiare la sentenza emessa dal medesimo tribunale, il quale ben può attivarsi anche d'ufficio, una volta che abbia comunque accertato che le condizioni per risolvere il concordato e dichiarare il fallimento sussistevano* (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto la legittimità della risoluzione del concordato preventivo e della conseguente declaratoria di fallimento pronunciata su istanza del liquidatore giudiziario, trattandosi di un mero difetto formale)” (Cass. 10195/08).

Non sono invece legittimati **il debitore, il Pubblico Ministero e i titolari di crediti sorti dopo la presentazione della domanda di concordato**.

Quanto a questi ultimi, va poi evidenziato che, a differenza dei creditori concordatari, essi possono agire in via esecutiva nei confronti del debitore, non operando nei loro confronti il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari ricavabile – per la fase post-omologa – dal combinato disposto degli artt. 168 e 184 l.f..

“*L’effetto di protezione dall’avvio o prosecuzione di azioni esecutive sul suo patrimonio, di cui gode ex art. 168 L.F. l’impresa in concordato preventivo nel periodo compreso tra la pubblicazione del ricorso e la definitività del decreto di omologa, si riferisce ai soli creditori ante concordatari, onde non può riguardare il credito che sia sorto ad omologazione avvenuta con riferimento al quale il titolare può esperire azione esecutiva, non essendo tenuto al rispetto dei termini e delle condizioni previste dal piano concordatario* (nello specifico, il tribunale ha, per tale motivo, rigettato il reclamo proposto dall’impresa in concordato avverso il provvedimento con cui il giudice dell’esecuzione aveva rigettato la sua istanza, ex art. 624 c.p.c., di sospensione dell’esecuzione forzata, esecuzione che era stata promossa dal difensore distrattario di una sua controparte, a cui favore la sezione lavoro dello stesso tribunale aveva con sentenza, emessa in pendenza della procedura concorsuale, liquidato le spese del giudizio ponendole a suo carico)” (Trib. Bari, 23 agosto 2017, in www.unijuris.it).

“*L’art. 168 l. fall. - che individua come termine finale, sino al quale sussiste il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, quello della definitività del decreto di omologazione – va coordinato con l’art. 184 l. fall., a mente del quale il concordato preventivo è obbligatorio per tutti i creditori. Ne deriva che il creditore, anche dopo l’omologazione, non può agire esecutivamente sul patrimonio dell’imprenditore in concordato preventivo, anche se sono scaduti i termini per l’adempimento della proposta concordataria, ma può solo chiedere la risoluzione del concordato e, eventualmente, il fallimento*” (Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2015, in www.ilfallimentarista.it).

La giurisprudenza di legittimità, sulla scorta di una risalente pronuncia della Corte Costituzionale, afferma che la **mancata risoluzione del concordato non preclude** un’**autonoma dichiarazione di fallimento**, anche su istanza di un creditore concordatario, dovendo tuttavia effettuarsi una nuova valutazione dell’insolvenza includendo i debiti concordatari nella misura falcidiata per effetto dell’omologazione del concordato.

“*Il tribunale rimettente dubita della legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 3, 24 e 41 della Costituzione, degli articoli 137, 184 e 186 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 […] in quanto precluderebbero «al* ***creditore anteriore alla proposta di concordato preventivo del suo debitore, e non avvisato della proposta concordataria, né inserito nell’elenco dei creditori****, di richiedere il fallimento del suo debitore, nel caso di inadempimento del concordato, ed anche in mancanza di risoluzione, decorso l’anno dalla scadenza dell’ultimo pagamento indicato nel concordato preventivo omologato». La questione è infondata. Il giudice rimettente – premesso che il vincolo nascente dal concordato omologato continua a sussistere, qualora non sia stata tempestivamente chiesta la sua risoluzione e questa non sia stata pronunciata, nei confronti di tutti i creditori anteriori al decreto di ammissione al concordato, abbiano o non, costoro, partecipato alla procedura e ne abbiano, oppure non, avuto notizia, e premesso, altresì, che «la mancata risoluzione del concordato ne rende ancora possibile l’attuazione e importa la permanenza dell’accordo transattivo tra debitore e creditori» – osserva che è per tale ragione che «gli artt. 137 e 186 legge fall. indicano come unico strumento di riapertura del fallimento (per il concordato fallimentare) o di dichiarazione di fallimento (per il concordato preventivo) la pronuncia tempestiva di risoluzione»; sicché il creditore pretermesso dalla procedura di concordato subirebbe – per non averne potuto chiedere tempestivamente la risoluzione – un deteriore trattamento, lesivo anche del suo diritto di difesa, rispetto al creditore che abbia avuto notizia del concordato, e che, quindi, ne abbia potuto chiedere tempestivamente la risoluzione, in quanto gli sarebbe preclusa la possibilità di instare per il fallimento del suo debitore nel caso di inadempimento. Osserva la Corte che, se la premessa dalla quale muove il rimettente è certamente corretta ed è condivisa dall’unanime dottrina e giurisprudenza, altrettanto certo è che* ***la conseguenza trattane – e cioè che la dichiarazione di fallimento presuppone in ogni caso, quando si tratti di insolvenza relativa ad obbligazioni anteriori al concordato, la risoluzione di quest’ultimo – non è necessitata dal tenore delle norme****; indubbio è, poi, come risulta dai pochissimi precedenti (di merito) citati, che non può parlarsi in proposito di “diritto vivente”, tanto più se si considera che la dottrina dominante sostiene l’opposta soluzione. In effetti, la lettera delle norme sospettate di incostituzionalità è inequivoca nel sancire, da un lato, che «il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato» (art. 184 legge fall.) e, dall’altro lato, che tale obbligatorietà può venire meno solo a seguito della risoluzione o dell’annullamento, in quanto «con la sentenza che risolve o annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento» (art. 186 legge fall.); dichiarazione che retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, e che determina, ovviamente, l’ammissione al passivo dei crediti anteriori per l’intero loro ammontare e non già nella misura “falcidiata” dal concordato.* ***La tesi****, pertanto,* ***secondo la quale l’assenza della risoluzione del concordato impedirebbe non soltanto tale dichiarazione di fallimento “in consecuzione”, ma anche una autonoma dichiarazione di fallimento – la quale, ferma l’obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura, prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa – non è affatto imposta dalla legge*** *(e, tanto meno, dal “diritto vivente”), bensì è frutto di una interpretazione che privilegia un – rispettabile ma opinabile – profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente “quella” insolvenza in ragione della quale fu ammesso e omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all’art. 5 legge fall., ai debiti esistenti al momento dell’apertura della procedura. È del tutto evidente che il giudice rimettente – investito, ex art. 18 legge fall., della questione della legittimità della dichiarazione di fallimento – ben potrebbe, e dovrebbe, adottare una interpretazione conforme a Costituzione in luogo di quella “sistematica” che egli ritiene confliggente con le evocate norme costituzionali; sicché, ferma l’obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori, dovrebbe verificare se l’inadempimento di tali crediti, da parte di soggetto qualificabile come imprenditore commerciale, era tale da potersi definire come insolvenza, ai sensi dell’art. 5 legge fall., e trarne le conseguenze di legge in ordine alla legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento*” (Corte Cost. 106/04).

“***Non sussistono preclusioni alla dichiarazione di fallimento di società con concordato preventivo omologato ove si faccia questione*** *- come non è contestato nella vicenda -* ***dell'inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso ex art. 160-161 l.f. e però modificati con detta omologazione****, dovendosi verificare all'epoca della decisione così sollecitata i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.f.; in tal caso l'azione esperita dal creditore costituisce legittimo esercizio della propria* ***autonoma iniziativa ai sensi dell'art. 6 l.f., non condizionata dal precetto di cui all'art. 184 l.f.*** *e dunque a prescindere dalla* ***risoluzione del concordato preventivo, il cui procedimento andrebbe attivato - previamente o concorrentemente - solo se l'istante facesse valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria****, circostanza nemmeno dedotta o prospettata in ricorso; detto principio si evince dalla caduta, già con la riforma del 2005-2006, di ogni automatismo tra risoluzione del concordato e fallimento, permettendo dunque l'art. 186 di provocare tale evento anomalo (o anche l'annullamento) senza però imporre alcuna dichiarazione officiosa di fallimento, ma questa scissione di prospettive non implica ovviamente neanche una preclusione a che la dichiarazione di fallimento si possa fondare su presupposti comuni che andranno accertati ex novo»; anche nella vicenda molisana, infatti, la corte dà atto che il tribunale ha "rilevato l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal c.p. omologato e ritenuto lo stato di insolvenza", riconosciuto che chi ha agito era il P.M. locale e così in realtà integrandosi le condizioni per un* ***nuovo apprezzamento dell'insolvenza*** *cui si è esposta la società debitrice, senza che - si aggiunge - tale possibilità sia ostacolata dalla mancata attivazione della procedura di risoluzione o inadempimento; si tratta di dar corso ad un principio generale che permette ai soggetti legittimati ex artt. 6 e 7 I.f. di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente,* ***escludendosi che la specialità dell'art. 186 l.f., pur predicabile, abbia portata soppressiva delle prime disposizioni e dunque sia estesa a vicende diverse dal rapporto tra risoluzione del concordato e fallimento in consecuzione****; che infatti la 'nuova insolvenza' esprima continuità finanziaria con la precedente è questione di mero fatto, ciò che rileva essendo solo la circostanza obiettiva del mancato adempimento delle obbligazioni concordatarie fatto valere dal P.M. non per provocare la risoluzione del concordato e la riapertura del fallimento ex artt.186-137 I.f. (dunque la reviviscenza dei crediti secondo la misura e le connotazioni ante procedura), bensì per ottenere (avendone questa volta legittimazione) la instaurazione di un* ***fallimento ex novo, nel quale le obbligazioni idonee a sostenere il giudizio d'insolvenza (e in prospettiva il passivo concorsuale) sono quelle riscritte (cioè falcidiate e destrutturate rispetto al rango privilegiato) a seguito dell'omologazione oltre ad altre sopravvenute (e solo queste nella loro integralità)****; e ciò deve valutare il giudice di merito, con riguardo al momento della decisione; d'altronde, nemmeno è ipotizzabile il paventato automatismo tra inadempimento parziale del concordato preventivo e nuova dichiarazione d'insolvenza, nel limitato senso che al primo corrisponda un permanente rischio per il debitore concordatario di essere esposto ad una dichiarazione di fallimento elusiva dello scrutinio dei fatti integranti la risoluzione; il fallimento infatti è evitabile opponendo che il concordato è in ragionevole corso di attuazione e che dunque anche il singolo inadempimento di una o più obbligazioni concordatarie trova causa nella sequenza adempitiva in essere, opponendosene quanto meno il difetto di esigibilità; ma quando tale processo - fenomenicamente inteso - è cessato, con esaurimento delle attività aziendali ovvero dimostrata inidoneità satisfattiva delle stesse rispetto agli obblighi del concordato ovvero, più tardi, del congegno risolutivo o dell'annullamento, a fortiori torna possibile un giudizio sulla salute finanziaria dell'impresa nell'ordinario contesto di cui agli artt. 6-7 e 15 l.f., […] d'altronde, omologato il concordato e* ***scaduto il termine per la*** *sua* ***risoluzione*** *(o rigettata la relativa domanda), per un verso il debitore continua ad essere obbligato al suo adempimento e, per altro verso,* ***si riapre lo scenario comune delle possibili iniziative dirette a farne accertare l'insolvenza, con possibilità di promozione delle stesse non solo dai creditori già concorsuali (e nella citata misura falcidiata), ma anche dal P.M. e dallo stesso debitore, oltre che da creditori nuovi****; sul primo punto, la tesi contraria poggia sull'equivoco per cui alla scadenza annuale di cui all'art.186 l.f. si assocerebbe l'estinzione di ogni debito concordatario, quale effetto implicito del voto ratificato dall'omologazione da equipararsi ad una rinuncia ad ogni tutela giudiziale del credito stesso, con ciò confondendosi risoluzione ed eventuale apertura del fallimento, con reviviscenza delle obbligazioni anteriori, da un canto ed estinzione del credito, sia pur falcidiato, dall'altro, da tali eventi derivando la definitiva soppressione di ogni iniziativa ordinaria (cioè non concorsuale, questa non più ormai ammessa) da parte dei creditori, conseguenza che appare priva di supporto normativo; né miglior sorte può conseguire la tesi mediana che assegni ai creditori insoddisfatti la facoltà di promuovere azioni esecutive ma senza poter chiedere il fallimento, che delle prime è la naturale evoluzione concorsuale, potendosi osservare al riguardo che intanto da tali soggetti è mantenuta un'azione esecutiva in quanto non è venuta meno innanzitutto la qualità di creditore; non si comprende invero la ratio, già dal lato del debitore, per cui questi, consapevole della impossibilità di adempiere, non potrebbe far accertare la sua strutturale impossibilità di pagare le obbligazioni falcidiate, chiedendo per esse il fallimento in proprio, per insolvenza attuale, piuttosto che entrare in una situazione adempitiva del tutto discrezionale, ove gli si attribuisca la facoltà di dare corso ai pagamenti che intenda attuare e in assenza di conseguenze per quelli che, trascorso il citato anno, non intenda invece più attuare; il che val quanto dire che, tramontata la possibilità di risolvere il concordato non adempiuto, il debitore conseguirebbe una totale esdebitazione da ogni debito concordatizio e non nei limiti di cui all'art.184 l.f.; parimenti, e dal lato dei creditori, solo pendente il concordato, e fino alla scadenza del termine di cui all'art.186 l.f., essi mantengono la possibilità, ove sia accertato l'inadempimento di non scarsa importanza, di far dichiarare la risoluzione e così eventualmente instare per il fallimento; proprio l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori (ora alla pubblicazione nel registro delle imprese ex art. 184 l.f.), cioè anche 'pretermessi' o successivamente 'accertati', costituisce in realtà la principale conseguenza della sua omologazione, così […] si determina pertanto - salvo il limite esterno ex art. 186 l.f. della risoluzione ovvero dell'annullamento - una modifica irreversibile dell'originario credito, che equivale oggi, per la maggior nettezza della formula della utilità economica di cui all'art.161 co.2 lett. e) l.f., all'obbligo per i predetti creditori di dover accettare ciò che era stato loro promesso, e alle scadenze promesse, nell'impegno concordatario e come validato nel decreto di omologa; ma tale rideterminazione del credito non implica che l'inadempimento che ciononostante si verifichi alla scadenza concordataria (o al perire della possibilità di risoluzione o per effetto di decisione definitiva di rigetto della risoluzione domandata) faccia venire meno per tali soggetti la qualità di creditori, ridefinita in siffatto modo; la cit. Corte cost. 106/2004, per vicenda anteriore alla riforma del 2005 ma ad impatto sistematico identico, ha chiarito - rigettando la questione di illegittimità circa la pretesa impossibilità di dichiarare il fallimento a concordato non risolto - che il giudice di merito «ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori, dovrebbe verificare se l'inadempimento di tali crediti, da parte di soggetto qualificabile come imprenditore commerciale, era tale da potersi definire come insolvenza, ai sensi dell'art. 5 legge fall., e trarne le conseguenze di legge in ordine alla legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento.»; e a tale principio si dovrà attenere il giudice di merito*” (Cass. 29632/2017).“*Nell'ipotesi di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, ed in caso di inadempimento dei debiti concorsuali, il creditore insoddisfatto può senz’altro avanzarne istanza di fallimento, ai sensi dell’art. 6 l.fall., a prescindere dall’intervenuta risoluzione del detto concordato, essendo ormai venuto meno - dopo la riforma dell’art. 186 l.fall. introdotta dal d.lgs. n. 169 del 2007 - ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento e dovendo l’istante proporre la domanda di risoluzione, anche contestualmente a quella di fallimento, solo quando faccia valere il suo credito originario e non nella misura già falcidiata*” (Cass. 17703/2017).

“*Allorquando sia decorso l’anno fissato dall’art. 186 l.fall., su ricorso del medesimo debitore o su richiesta del pubblico ministero, è ammissibile la dichiarazione di fallimento dell’imprenditore con concordato preventivo inadempiuto e non risolto. Qualora il concordato preventivo, malgrado l’inadempimento del debitore, non sia stato risolto, è ammissibile su istanza dei creditori la dichiarazione di fallimento* ***pur se il termine dell’anno di cui all’art. 186 l.fall. non sia decorso***” (Trib. Rovigo, 7 dicembre 2017, in *Il fallimento*, 2018, 253).

“*Ritiene questo Collegio che non osti alla dichiarazione di fallimento, ove ne sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi, l’assenza della preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato omologato. Giunge a tale conclusione il Tribunale nel rispetto dei principi affermati dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 106 del 7 aprile 2004. Nella nota sentenza, la Corte […] Ritiene pertanto questo Collegio di non potersi sottrarre a quella interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 186 l.f. prospettata dalla Corte costituzionale nel citato precedente, così dovendosi giungere alla conclusione della dichiarabilità, ove ne ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, del fallimento di una società il cui concordato è stato omologato ed in assenza della preventiva risoluzione del medesimo. Né si opponga l’inconferenza ratione temporis della detta sentenza, siccome attinente l’art. 186 l.f. nella sua previgente formulazione. L’ipotesi di fatto sottesa alla questione prospettata dal giudice rimettente riguardava infatti non un profilo di legittimazione, bensì d’impossibilità della risoluzione, perché tardiva. Superata, allora, la questione relativa alla legittimazione del Pubblico Ministero, siccome sussunta nell’ambito dei canoni generali di cui all’art. 7 l.f., il precedente mantiene la sua compiuta pertinenza in relazione alla possibilità di dichiarare il fallimento, anche in assenza di previa declaratoria della risoluzione del concordato. A tale conclusione sono peraltro giunti anche recentemente altri Tribunali, quali a titolo esemplificativo il Tribunale di Venezia e il Tribunale di Napoli Nord, con pronunce rispettivamente del 29 ottobre 2015 e del 29 aprile 2016 (pubblicate ne “IlCaso.it”), i quali hanno affermato la possibilità giuridica, in assenza di un divieto fissato da una precisa disposizione, di dichiarare il fallimento dopo l’omologa del concordato, anche in assenza di risoluzione o di annullamento, nel caso in cui risulti, tramite una valutazione ex post ed in concreto svolta dal Tribunale in sede di giudizio prefallimentare, anche in eventuale antitesi rispetto al giudizio ex ante ed in astratto compiuto in sede concordataria sulla fattibilità economica del piano, che l’accordo non abbia risolto la situazione di insolvenza ovvero che la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato. Né si opponga l’apparente diversità dei casi esaminati nei menzionati precedenti di merito rispetto a quello per cui è causa, essendo quelli conseguenti ad istanza formulata in proprio, laddove,* ***nel caso di specie, l’istanza è proposta dal Pubblico Ministero****, senza adesione ed, anzi, con l’opposizione della società già in concordato. La differenza non è infatti rilevante poiché delle due l’una: o la mancata risoluzione non è ostativa alla declaratoria di fallimento, nel qual caso non potrebbe dichiararsi il fallimento anche in caso di istanza in proprio ovvero, […] è irrilevante il soggetto che chiede il fallimento, purché* ***nel novero di quelli legittimati ex art. 6 e 7 l.f.*** *Il concordato, infatti, è obbligatorio e vincolante tanto per i creditori come per il debitore e dunque, a ragionare in termini di necessarietà della pronuncia di risoluzione, neppure il debitore potrebbe sciogliersi dai propri obblighi in assenza di una previa rimozione del vincolo concordatario. E’ invece evidente che, in assenza di risoluzione, non può prospettarsi alcuna reviviscenza delle obbligazioni contemplate nel piano concordatario e non può aversi riguardo alla sopravvenuta insolvenza derivante dalla definitiva impossibilità di adempiere alle obbligazioni assunte proprio in sede concordataria: ed è, infatti, alla definitiva impossibilità di adempiere gli obblighi assunti in sede concordataria, nonché di ogni eventuale obbligazione successiva che fa riferimento il Pubblico Ministero nella propria istanza* (sentenza di fallimento pronunciata su istanza del P.M., come tale non legittimato a richiedere la risoluzione del concordato)” (Trib. Torino, 26 luglio 2016, in www.ilcaso.it).

“*Il sistema normativo ricostruito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha confermato la possibilità giuridica, ossia in assenza di un divieto fissato da una precisa disposizione e, quindi, anche in assenza di risoluzione [o annullamento], di dichiarare il fallimento dopo l’omologa del concordato nel caso in cui risulti, tramite una valutazione ex post e in concreto svolta dal tribunale in sede di giudizio prefallimentare e in eventuale antitesi rispetto al giudizio ex ante e in astratto compiuto in sede concordataria sulla fattibilità economica del piano, che l’accordo non abbia risolto la situazione di insolvenza ovvero la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato* (**sentenza di fallimento pronunciata su istanza della stessa società debitrice, come tale non legittimata a richiedere la risoluzione del concordato**)” (Trib. Napoli Nord, 29 aprile 2016, in www.ilcaso.it).

“*Non vi è alcuna preclusione alla dichiarazione di fallimento di una società, allorché il debitore, dopo l’omologazione del concordato preventivo al quale era stato ammesso non provveda al suo adempimento; tuttavia, una volta chiusa la procedura di concordato preventivo e manifestatasi un’insolvenza del debitore rispetto alla posizione debitoria concordataria,* ***è ammissibile che ciascun creditore assuma, al di là della domanda di risoluzione, qualsiasi altra iniziativa*** *cognitoria ed* ***esecutiva*** *per ottenere l’ammontare della pretesa obbligatoria quantificata nel corso della procedura minore*” (Trib. Nola, 17 marzo 2016, in *Il fallimento*, 2017, 973).

“*Il fallimento può essere dichiarato anche in assenza della declaratoria di risoluzione del concordato preventivo qualora nella fase di esecuzione risulti evidente l'impossibilità di realizzazione del piano concordatario* (**sentenza di fallimento pronunciata su istanza della stessa società debitrice, come tale non legittimata a richiedere la risoluzione del concordato**)” (Trib. Venezia, 6 novembre 2015, in www.ilcaso.it).

La questione relativa alla “ultrattività” della falcidia in ipotesi di fallimento *omisso medio* è stata tuttavia recentemente rinviata per la trattazione alla pubblica udienza della prima sezione civile della Cassazione.

“*Premesso che il Tribunale di Nola, con decreto del 30 gennaio 2017, ha rigettato il gravame della Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara avverso il provvedimento del g.d. che aveva* ***ammesso*** *un proprio* ***credito al passivo*** *del Fallimento Ferpan, dichiarato su istanza del PM,* ***nella limitata misura risultante dall'applicazione della falcidia concordataria****, ritenuta vincolante per i creditori in virtù dell'omologazione del concordato preventivo e della mancata risoluzione dello stesso. Ritenuto che il ricorso per cassazione della Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara presenta* ***profili di possibile rilievo nomofilattico****. Rinvia la causa a nuovo ruolo per la trattazione alla pubblica udienza della 1 Sezione Civile*” (Cass. 10105/2018).

Non mancano, inoltre, pronunce di merito in senso contrario alla possibilità di dichiarare il fallimento senza la preventiva risoluzione del concordato preventivo.

“*In conformità con il principio secondo cui la pendenza della domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall.,* ***anche la pendenza di un concordato preventivo omologato impedisce la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dall’art. 186 l.fall.****; dopo l’omologa, infatti, la procedura concorsuale prosegue poiché, se non v’è più pendenza del procedimento concordatario, vi è comunque pendenza del concordato in fase esecutiva. D’altra parte* ***neppure sarebbe logico ritenere che l’accordo perfezionato e non disciolto abbia effetti (preclusivi) più deboli rispetto alla fase meramente formativa di un accordo ancora ipotetico sino all’intervenuta omologa****. L’art. 186 l.fall., con la previsione del termine annuale di decadenza dall’azione risolutoria, è norma scritta anche al fine di dare stabilità all’accordo concordatario e così certezza alle relazioni commerciali ed ai rapporti giuridici correlati alla ristrutturazione; pertanto, una volta maturata tale decadenza, la regolamentazione concordataria si cristallizza, rendendo impossibile la risoluzione del concordato. Tale impossibilità, a propria volta,* ***impedisce la dichiarazione di fallimento rispetto all’originaria insolvenza***” (Trib. Pistoia, 20 dicembre 2017, in www.ilcaso.it).

“*La prima questione giuridica da affrontare concerne l’ammissibilità di una pronuncia di fallimento su ricorso del debitore concordatario in assenza di una preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato preventivo. La ricorrente invoca a sostegno della soluzione affermativa i precedenti del Tribunale di Napoli Nord del 29.4.2016, cui vanno aggiunti Tribunale di Venezia 6.11.2015 e Tribunale di Torino 26.7.2016 e soprattutto la pronuncia della Corte Costituzionale n. 106 del 2004. In tale occasione […]. La questione di legittimità costituzionale sollevata riguardava quindi la possibile violazione del diritto di difesa del creditore pretermesso dal concordato in ipotesi di decorso del termine annuale per la risoluzione. In tal caso –evidenziava il Giudice remittente - la tesi della necessaria preventiva risoluzione del concordato, derivante da una interpretazione sistematica delle norme di cui agli artt. 137 e 186 l.f., avrebbe lasciato il creditore pretermesso privo di strumenti di tutela per contestare l’inadempimento del proprio debitore. La Corte ha quindi ritenuto che in tale ipotesi una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di cui agli artt. 137, 184 e 186 L.F. consentirebbe al giudice di verificare se l’inadempimento dei crediti anteriori, ferma l’obbligatorietà della falcidia, possa configurarsi quale insolvenza con conseguente possibile autonoma dichiarazione di fallimento a tutela del creditore pretermesso. […] Si deve rilevare che il caso in esame è ben diverso da quello esaminato dalla Corte, vertendosi in ipotesi di ricorso per auto fallimento pendente il termine per la richiesta di risoluzione. […] Nel momento in cui ancora pende il termine per la risoluzione, non può certo affermarsi che una simile opzione interpretativa sia imposta dall’esigenza di assicurare il diritto costituzionale di difesa dei creditori: costoro hanno infatti lo strumento giuridico per far valere l’inadempimento del proprio creditore, ovvero l’azione di risoluzione e la successiva dichiarazione di fallimento. Non si vede quindi la ragione (e neppure l’istante la spiega) per la quale in pendenza del termine per la risoluzione si dovrebbe ritenere superabile la previsione normativa di cui agli artt. 186 e 137 l.f. che consente la dichiarazione di fallimento solo in consecuzione, previa risoluzione del concordato. Ciò vale parimenti nell’ipotesi in esame di ricorso per auto fallimento*” (Trib. Padova, 30 marzo 2017, in *Il fallimento*, 2017, 862; similmente Trib. Ancona, 23 febbraio 2015, in www.ilcaso.it).

Dalla motivazione della summenzionata sentenza del Tribunale di Pistoia può trarsi uno spunto significativo: il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive può predicarsi anche nella fase esecutiva del concordato solo nel caso in cui si ritenga “pendente” un concordato preventivo omologato, ma una tale ricostruzione sarebbe in contrasto con il principio, evincibile anche dallo stesso art. 168 l.f., secondo cui la procedura di concordato preventivo si chiude proprio con l’omologazione (*rectius*: con la definitività del decreto di omologazione). Ciò non significa affatto che dopo l’omologazione vi sono “*effetti (preclusivi) più deboli rispetto alla fase meramente formativa di un accordo ancora ipotetico sino all’intervenuta omologa*”: l’effetto dell’omologazione (sancito dall’art. 184 l.f.) è del tutto diverso, consistendo in una nuova conformazione dei singoli crediti anteriori alla presentazione della domanda di concordato (*rectius*: alla pubblicazione nel Registro delle imprese della domanda di concordato), sia sotto il profilo quantitativo (nei casi di falcidia) sia dal punto di vista temporale (nuova scadenza in base al piano concordatario). L’effetto “preclusivo” stabilito dall’art. 168 l.f. nella fase precedente l’omologa è proprio volto a consentire tale “riconfigurazione” dei crediti, in forza dei quali, una volta intervenuta l’omologazione, ciascun creditore (salva, appunto, l’attivazione del rimedio risolutorio già prima della scadenza del termine per adempiere previsto nel piano concordatario) potrà considerarsi insoddisfatto e attivare tutti i rimedi – anche cautelari ed esecutivi – solo dopo la nuova scadenza e nella limitata misura determinata dall’eventuale falcidia del credito. In altri termini, l’obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori stabilita dall’art. 184 l.f. consiste unicamente nel dover attendere il nuovo termine di adempimento e “sopportare” l’eventuale falcidia prevista dalla proposta, ma non può significare anche la preclusione, rispetto ai crediti così “riconfigurati”, dei rimedi di natura cautelare ed esecutiva riconosciuti in via generale dall’ordinamento, ivi inclusa l’iniziativa ex art. 6 l.f. per la dichiarazione di fallimento del debitore.

Quanto alla pronuncia del Tribunale di Padova sopra riportata, essa si fonda su un assunto di partenza che, a mio avviso, è tutt’altro che indiscusso. Nell’affermare che l’opzione interpretativa favorevole all’ammissibilità dell’istanza di fallimento *omisso medio* in pendenza del termine per la risoluzione del concordato non sarebbe “*imposta dall’esigenza di assicurare il diritto costituzionale di difesa dei creditori*”, poiché“*costoro hanno […] lo strumento giuridico per far valere l’inadempimento del proprio creditore, ovvero l’azione di risoluzione e la successiva dichiarazione di fallimento*”, si dà infatti per presupposto che la predetta opzione interpretativa imporrebbe il superamento della “*previsione normativa di cui agli artt. 186 e 137 l.f. che consente la dichiarazione di fallimento solo in consecuzione, previa risoluzione del concordato*”. Secondo l’approccio della Cassazione, tuttavia, non si tratta di dare un’interpretazione costituzionalmente orientata al combinato disposto di due norme che impedirebbero la dichiarazione di fallimento senza la preventiva risoluzione del concordato, ma di interpretare correttamente il combinato disposto di tali norme, che in realtà impediscono solo una dichiarazione di fallimento *omisso medio* in consecuzione (cioè in forza dell’accertamento della medesima insolvenza già esistente al momento della presentazione della domanda di concordato, con considerazione “integrale” dei debiti concordatari), ma non, invece, una dichiarazione di fallimento “autonoma” fondata sull’accertamento di una nuova insolvenza, nella valutazione della quale i debiti concordatari vengono considerati (in uno con quello sorti successivamente) nella misura eventualmente falcidiata per effetto dell’omologazione del concordato.