

I PRESUPPOSTI DI FALLIBILITA' ALLA LUCE DELLE PIU'RECENTI INTERPRETAZIONI GIURISPRUDENZIALI

di GIUSEPPE BERSANI e SALVATORE CALTABIANO

Sommario: **1.** I presupposti soggettivi di fallibilità previsti dall'art. 1 l. fall.: a) generalità e le ragioni della riforma del 2006; b) il decreto c.d. "correttivo" n. 169/07 e la disciplina vigente; c) i nuovi presupposti soggettivi di fallibilità; d) la rilevanza del dato contabile. **2.** I singoli requisiti di fallibilità: generalità: a) la determinazione dell'attivo patrimoniale; b) la determinazione dei ricavi lordi; c) la quantificazione dei debiti complessivi (anche non scaduti); d) l'individuazione del momento in cui rileva la sussistenza dei presupposti di fallibilità; e) l'individuazione del periodo di riferimento per la sussistenza dei presupposti di fallibilità: il triennio precedente la presentazione del ricorso di fallimento; f) la sussistenza di un debito di almeno 30.000,00 Euro indicato nel ricorso. **3.** L'onere della prova della sussistenza (o insussistenza) dei limiti dimensionali. **4.** Le modalità di assolvimento dell'onere probatorio a carico del debitore. **5.** La fattispecie particolare della società in liquidazione e la computabilità del periodo di liquidazione per la determinazione del triennio. **6.** I soggetti che non svolgono attività commerciale: a) l'imprenditore agricolo; b) la questione della sottoponibilità a fallimento degli enti "non profit". **7.** Il presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza

1. I presupposti oggettivi di fallibilità previsti dall'art. 1 l. fall. a) Generalità e ragioni della riforma del 2006

Come è noto, il Legislatore della riforma del diritto fallimentare attuata mediante il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, aveva rimodulato i presupposti per la dichiarazione di fallimento, nel dichiarato obiettivo di riservare una procedura indubbiamente lunga e costosa qual è quella fallimentare alle sole situazioni particolarmente rilevanti da un punto di vista economico – patrimoniale¹.

La novità più rilevante dell'intervento riformatore era costituita dal fatto che il criterio dal tenore qualitativo, non numerico, del "piccolo imprenditore" (rimasto sostanzialmente in vigore, a seguito dell'abolizione dell'imposta di ricchezza mobile e della sentenza n. 570 del 1989 con cui la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità del criterio del capitale investito, solo nella parte in cui escludeva dal concetto di piccolo imprenditore le società commerciali, rimandando peraltro all'art. 2083 del codice civile per l'individuazione del piccolo imprenditore) era stato definito e delimitato attraverso la previsione di due requisiti ancorati a parametri numerici, rappresentati dal superamento delle soglie degli "investimenti effettuati" e dei "ricavi lordi" conseguiti dall'imprenditore². La giurisprudenza formata sotto l'art. 1 cpv della legge fall. nella sua formulazione scaturita dalla riforma del 2006 (rimasta in vigore fino al 31 dicembre 2007) aveva ritenuto che per "capitale investito" dovesse intendersi ogni investimento, anche se frutto del c.d. autofinanziamento, effettuato dall'imprenditore per l'acquisto di macchinari e di merci, per l'allestimento di negozi ed impianti, ed in definitiva la quantità di ricchezza immessa nell'attività commerciale³. In tale concetto venivano ricompresi tutti i beni collegati

1 Sul punto anche per ulteriori considerazioni cfr. Capo, I presupposti del fallimento, in Trattato di diritto fallimentare, diretto da Buonocore e Bassi, vol. I, Padova, 2010, 58.

2 Per una puntuale rassegna dei criteri esonerativi del legislatore del 2006 e per l'individuazione delle problematiche più rilevanti cfr. Fabiani, L'impresa "fallibile", in Il Fallimento, 2007, 322 ss., ove vengono richiamati i lavori preparatori del progetto di riforma.

3 Corte Cassazione, 29 ottobre 2010, n. 22150, secondo la quale "la nozione di "capitale investito", ai fini del riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore, all'esclusivo fine di integrare il parametro dimensionale ostativo all'assoggettabilità al fallimento, se non superiore a trecentomila euro, si ricava dai principi contabili, cui si richiama l'art. 1, secondo comma, lett. a), della legge

all'impresa da uno stabile vincolo di destinazione, sia quelli già di proprietà dell'imprenditore (computandosi *l'utilitas* che l'imprenditore avrebbe potuto ricavarne con una diversa destinazione), sia quelli acquistati con denaro proprio o di terzi (essendo irrilevante la fonte di finanziamento utilizzata per acquisire gli *assets*), sia infine le attività immobilizzate, e quelle circolanti, compresi i beni acquistati con patto di riservato dominio⁴.

Sebbene il Legislatore (dichiarando fallibili coloro che “hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila”) avesse usato un'espressione in parte diversa da quella previgente (che faceva riferimento a “gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a lire novecentomila”), si era orientati a ritenere che nell'uno e nell'altro caso si fosse fatto riferimento al “capitale investito” - inteso, sulla scorta delle interpretazioni della letteratura aziendalistica - come valore totale dell'attivo dello stato patrimoniale, comprendente tutte le voci di cui all'art. 2324 c.c. (o almeno quelle da inserire nel bilancio in forma abbreviata di cui all'art. 2435 bis c.c.), ovvero le immobilizzazioni (immateriali, materiali e finanziarie), l'attivo circolante (rimanenze, crediti, attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni, disponibilità liquide), i ratei e risconti nonché, nelle società, i crediti verso i soci per versamenti ancora dovuti⁵.

Dal complessivo calcolo per il raggiungimento della soglia stabilita dal Legislatore, si riteneva inoltre, dovevano escludersi i debiti, mentre le somme oggetto di mutuo avrebbero dovuto essere conteggiate solo ove investite nell'attività di impresa.

fall., nel testo introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006, applicabile "ratione temporis" e poi modificato, con mera precisazione, con il d.lgs. n. 169 del 2007, e consiste in tutto l'attivo che fa parte dello stato patrimoniale da indicare nel bilancio, ai sensi dell'art. 2424 cod. civ. e cioè nella nozione, applicabile tanto all'imprenditore individuale che a quello collettivo, di patrimonio, trasformato o meno in strumenti per la produzione ovvero ancora in attesa di allocazione, a disposizione dell'imprenditore, e dunque ricomprendente anche i crediti". In senso analogo, cfr. anche Appello Brescia, 21 febbraio 2007, in www.ilcaso.it.

⁴ In questo senso, Tribunale Pinerolo, 17 ottobre 2006 e Tribunale Vicenza, 17 maggio 2007, come cit. in Maffei Alberti, Commentario Breve alla legge fallimentare, Padova, 2013, 12.

⁵ Corte Cassazione, 13 febbraio 2009, n. 7353, con nota di Delli Priscoli, in Giust. Civ., 2010, I, 170.

In tale prospettiva interpretativa non avrebbero dovuto essere computate le spese che non si estrinsecavano in un investimento (ad esempio, quelle per il personale o per i servizi); per la medesima ragione si riteneva non si sarebbero dovute considerare le spese sostenute per il godimento di beni di terzi, salvo che non si fosse trattato di acquisiti effettuati mediante contratti sostanzialmente traslativi, come la vendita con patto di riservato dominio o il *leasing* traslativo.

La giurisprudenza aveva esaminato il problema dell'individuazione dei criteri da utilizzare in concreto, domandandosi se si dovesse fare riferimento per la valutazione dei beni strumentali a criteri di "funzionamento" (seguiti nella predisposizione del bilancio ai sensi dell'art. 2423 bis n. 1 c.c.) ovvero a criteri di "liquidazione": in generale, infatti, l'adozione di criteri di liquidazione comportava una svalutazione del capitale investito, anche se nel caso degli immobili iscritti in bilancio al costo storico, era possibile che il valore di mercato fosse di gran lunga superiore.

Nel silenzio legislativo sul punto, si era dunque affermato⁶ che il riferimento ai dati di bilancio era da preferire, in quanto maggiormente rappresentativo della situazione aziendale⁷.

Si trattava di una soluzione che presentava il vantaggio della certezza e della rapidità; è infatti evidente che a voler seguire il differente orientamento che propendeva per una valutazione dei beni impiegati nell'azienda secondo il loro "*valore effettivo o di mercato*", si sarebbero prodotti inevitabili appesantimenti a livello procedurale, profilandosi la necessità quantomeno di una consulenza tecnica al fine di effettuare una stima economica di ogni singolo *asset* aziendale.

b) Il decreto c.d. "correttivo" n. 169/07 e la disciplina vigente

I criteri indicati dal Legislatore nella riforma del 2006 si erano rivelati, nel crogiuolo dell'applicazione pratica, eccessivamente

⁶ Cfr. Tribunale Piacenza, 7 dicembre 2007, in www.ilcaso.it, ed in Il Fall., 2007, 591.

⁷ Per altri riferimenti giurisprudenziali riferibili alla prima fase della riforma cfr. Bianchini, Orientamenti giurisprudenziali post riforma in tema di soglie dimensionali e oneri probatori dell'impresa concorsuale, assoggettabile al fallimento, in Dir. Fall., 2012, I, 704 ss.

restrittivi⁸, tanto che in alcuni Uffici giudiziari si era registrata una diminuzione fino al 40% dei fallimenti dichiarati⁹; ciò ha

⁸ Cfr. Nigro, I soggetti delle procedure concorsuali, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, I, Torino, 2013, 90.

⁹ Nella relazione ministeriale di accompagnamento alla “novella” si legge - infatti - che “*le modifiche tengono conto del fatto che, l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità venutasi a determinare a seguito della novella del 2006, spesso ha impedito di assoggettare al fallimento ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori di rilevanti dimensioni con elevati livelli di indebitamento, danneggiando, in tal modo, sia i numerosi creditori insoddisfatti, che il sistema economico in generale. Quindi, la necessità di eliminare, pur sempre nel rispetto della delega iniziale, gli eccessi della riduzione dell'area della fallibilità, ha consigliato l'introduzione, nell'ambito dei presupposti soggettivi, del nuovo criterio dell'ammontare dell'indebitamento complessivo dell'imprenditore. Più in dettaglio, va evidenziato il fatto che, per delimitare l'area dei soggetti esonerati dal fallimento, non viene più utilizzata la nozione di piccolo imprenditore commerciale, ma vengono indicati direttamente una serie di requisiti dimensionali massimi che gli imprenditori commerciali (resta quindi ferma l'esonerazione dalle procedure concorsuali di tutti gli imprenditori agricoli, piccoli e medio grandi) devono possedere congiuntamente per non essere assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. In questo modo, si superano i contrasti*”. La Corte di Cassazione ha peraltro chiarito come l'intervento riformatore rispondeva non tanto all'esigenza di evitare dei fallimenti anti-economici, ma di agevolare l'istruttoria prefallimentare ancorandola a parametri facilmente accertabili dalle scritture contabili. Sul punto Corte Cassazione 29 ottobre 2010, n. 22146, in www.ilcaso.it e in *Il Fallimento*, 2011, 437. Ha peraltro osservato attenta dottrina (Vitiello, La fase che precede il fallimento: presupposti della sentenza dichiarativa e procedimento, in *Il Fallimentarista*) che “*l'estensione dell'area degli imprenditori non assoggettabili alle procedure concorsuali risultava inoltre potenziata dalla mancata introduzione, nonostante notevoli siano state le spinte in tal senso, di una clausola di esclusione della non fallibilità riguardante le società di capitali. I possibili problemi di ordine sistematico derivanti dal fatto che, tradizionalmente, il piccolo imprenditore non assoggettabile a fallimento viene escluso dall'applicazione dello statuto tipico dell'imprenditore commerciale (obbligo di tenuta della contabilità; di iscrizione al registro delle imprese con effetti della pubblicità dichiarativa e non semplicemente della pubblicità notizia), venivano risolti dall'inequivocità della norma di cui al comma 2 dell'art. 1, che chiariva che la nuova definizione di imprenditore non piccolo aveva rilevanza solo ai fini della fallibilità e dell'assoggettabilità alla procedura del concordato preventivo, e non quindi ai fini della applicazione delle altre norme che riguardano l'imprenditore non piccolo (infatti il secondo comma così esordiva: “ai fini del primo comma”). Ed in effetti la limitazione della nuova definizione di imprenditore medio-grande alla fallibilità era oltremodo positiva, oltre che per ragioni di opportunità economico- sociali (sarebbe stato difficilmente giustificabile la conseguenza di rendere possibile che le società di capitali, se piccole, restassero escluse dall'applicazione dello statuto tipico dell'imprenditore commerciale), anche per rendere compatibili la norma in discorso con l'art. 2083 del codice civile, che fa dipendere la qualità di piccolo imprenditore dalla prevalenza del lavoro della persona e dei suoi familiari sugli altri fattori produttivi, criterio all'evidenza applicabile soltanto all'imprenditore individuale ed alle società di persone. Nel sistema previsto dalla legge n. 5/2006, quindi, anche le società di capitali che*

indotto il Legislatore a tornare sui suoi passi per mezzo del “decreto correttivo” 12 settembre 2007, n. 169 (entrato in vigore dal 1 gennaio 2008), prevedendo criteri soggettivi ed oggettivi di fallibilità in parte diversi ed in parte nuovi. La riforma conseguente al c.d. “decreto correttivo” ha ulteriormente innovato i requisiti soggettivi di fallibilità ed ha introdotto specifiche regole di giudizio per il loro accertamento¹⁰.

c) I “nuovi” presupposti soggettivi di fallibilità

Ai sensi del novellato art. 1, comma 2, l.fall., non sono soggetti alle disposizioni della legge fallimentare gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'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

fossero state prive dei requisiti dimensionali, per quanto escluse dalla disciplina del fallimento, in virtù della rilevanza limitata alla fallibilità della nuova definizione di imprenditore medio-grande di cui all'art. 1, comma 2, l.f., continuavano, come non poteva che essere, ad avere gli altri obblighi previsti dall'ordinamento giuridico per l'imprenditore non piccolo. Rispetto a tale impostazione, il decreto correttivo opera un ulteriore passo in avanti, eliminando una volta per tutte ogni riferimento alla nozione di imprenditore piccolo o non piccolo, e introducendo la nozione di imprenditore non assoggettabile al fallimento o al concordato preventivo. La novità integra una risposta del legislatore ad una tesi che si era affacciata con una certa insistenza in dottrina e che le pronunce di qualche tribunale avevano recepito. Poiché la lettera dell'art. 1, comma 2, del testo del d.lgs. n. 5/2006 definiva l'imprenditore medio-grande ed in quanto tale fallibile, ma non escludeva espressamente la fallibilità di colui che fosse stato sottosoglia, si affermava che per il tribunale restasse la comunque la possibilità di valutare se vi fosse la fallibilità del debitore, ricorrendo alla nozione civilistica di piccolo imprenditore desumibile dall'art. 2083 del codice civile, e ritenendo quindi fallibile l'imprenditore che presentasse la prevalenza dei fattori capitale e dipendenti rispetto a quello del suo lavoro o, in caso di società, del lavoro dei soci. Questa linea interpretativa si rivelava, per quanto suggestiva, in contrasto con la ratio ispiratrice della riforma che, come visto, voleva evitare l'inflazione delle dichiarazioni di fallimento. Tuttavia essa, oltre ad avere il pregio di essere più coerente con il sistema, se adottata con buon senso avrebbe forse raggiunto l'apprezzabile risultato di limitare un'eccessiva estensione dell'area della non fallibilità”.

¹⁰ Sul punto anche per altre considerazioni e riferimenti giurisprudenziali cfr. il completo studio di Macri, Art. 1 l. fall.: Limiti dimensionali, soglie di fallibilità, questioni probatorie, in *Il Fallimento.*, 2013, 1001 ss.

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 cinquecentomila¹¹. Dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali e dalla relazione illustrativa al cd. "decreto correttivo" appare subito evidente – così come la dottrina ha asserito – che il Legislatore ha inteso rispondere alla finalità di aggiornare la nozione di piccolo imprenditore arginando, da un lato, l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità venutasi a determinare a seguito della novella del 2006 (che spesso aveva impedito di assoggettare alla procedura di fallimento ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori anche di notevoli dimensioni in grado di raggiungere livelli molto elevanti di indebitamento, con conseguente danno, sia per i creditori insoddisfatti che per il sistema economico in generale) e cercando di superare, dall'altro, le incertezze interpretative ed i contrasti causati dal riferimento all'art. 2083 del codice civile¹². Alla luce di tale modifica parte della giurisprudenza¹³ ha ribadito come la nozione civilistica di "piccolo imprenditore" debba considerarsi completamente superata, ai fini della fallibilità, dai criteri quantitativi e qualitativi dell'art. 1, comma 2, l. fall.: in particolare si è affermato¹⁴ che il novellato art. 1 l. fall. ha "soppiantato" i criteri qualitativi dell'art. 2083 del codice civile. A tale primo criterio interpretativo, che parrebbe preferibile, si è contrapposto un distinto filone di lettura secondo cui costituirebbe onere degli imprenditori medio-grandi dimostrare di non aver superato alcuna delle soglie di legge, mentre nel caso

¹¹ Si è specificato che i parametri dimensionali di cui all'art. 1, comma 2, l.f. sono esattamente determinati e non presentano margini di opinabilità, onde il loro superamento – anche minimo – determina la fallibilità dell'impresa; cfr. in tal senso Appello Venezia, 9 marzo 2012, in www.ilcaso.it.

¹² Cfr. Macrì. Op. cit., 1001. Sul punto cfr. anche Pajardi-Paluchowsky, Op. cit. 62; F. Aprile, commento all'art. 1 l.f., in *La Legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011, 16, il quale osserva come "*l'abbandono da parte della l.f. riformata, del richiamo alla categoria del piccolo imprenditore deve ormai ritenersi definitivo*".

¹³ Cfr. Appello Torino, 22 giugno 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 1237, secondo cui ai fini dell'individuazione dell'imprenditore soggetto a procedura concorsuale deve farsi esclusivo riferimento ai criteri dimensionali prescritti dal novellato art. 1, comma 2, l.fall., senza la necessità di indagare ulteriormente se costui sia da considerare piccolo imprenditore alla stregua dei criteri previsti dall'art. 2083 c.c.

¹⁴ Cfr. Tribunale Firenze, 20 maggio 2008, in *Foro Tosc.*, 2009, 110.

di piccoli imprenditori sarebbero i creditori a dover dimostrare la sussistenza dei requisiti qualitativi previsti dalla norma 15. La giurisprudenza di legittimità¹⁶ ha peraltro osservato come il regime concorsuale riformato abbia tratteggiato la figura dell'“*imprenditore fallibile*” con riferimento esclusivo a parametri soggettivi di tipo quantitativo, i quali prescindono del tutto da quello, canonizzato nel regime civilistico, della prevalenza del lavoro personale rispetto all'organizzazione aziendale fondata sul capitale e sull'altrui lavoro¹⁷.

15 Cfr. Tribunale Salerno, 7 aprile 2008, in *Il Fallimento*, 2008, 939. La sentenza osserva che le norme sul presupposto soggettivo affermano due regole generali: la fallibilità delle medie e grandi imprese (con esclusione di quelle soggette alla sola liquidazione coatta amministrativa o alla procedura di amministrazione straordinaria) e la non fallibilità delle piccole imprese. Il secondo comma dell'art. 1 l. fall., rispetto alla prima regola introduce una deroga, rispetto alla seconda regola circoscrive ulteriormente la nozione di piccolo imprenditore non fallibile, escludendo dalla sfera di inoperatività della legge fallimentare quelle imprese che, pur lavorando in via esclusiva o principale con il lavoro proprio del titolare e dei familiari, abbiano tuttavia raggiunto determinati livelli di patrimonio, ricavi o indebitamento. Posta la regola generale di non fallibilità della piccola impresa, la delimitazione del suo ambito operata dalla legge speciale non può essere concepita, come per le medie imprese, alla stregua di fatto impeditivo (di natura meramente processuale, o sostanziale se si ritiene che la nuova disciplina fallimentare abbia attribuito al creditore un diritto soggettivo al fallimento del proprio debitore - imprenditore insolvente), che spetta al debitore dimostrare per paralizzare l'azione del creditore. Al contrario, per le imprese non aventi le caratteristiche indicate dall'art. 2083 c.c., la regola generale di fallibilità impone al resistente, che contesti il superamento delle soglie, l'onere non solo di allegazione ma anche di prova del possesso in capo al resistente congiunto dei requisiti.

16 Cfr. Corte Cassazione, 28 maggio 2010, n. 13086, in *Il Fallimento*, 2010, 1261; id, 15 novembre 2010, n. 23052, CED, Rv. 614602.

17 Secondo Tribunale Salerno, 7 aprile 2008, in www.ilcaso.it, le norme sul presupposto soggettivo affermano due regole generali: la fallibilità delle medie e grandi imprese (con esclusione di quelle soggette alla sola liquidazione coatta amministrativa o alla procedura di amministrazione straordinaria) e la non fallibilità delle piccole imprese. Il secondo comma dell'art. 1 l. fall., rispetto alla prima regola introduce una deroga, rispetto alla seconda regola circoscrive ulteriormente la nozione di piccolo imprenditore non fallibile, escludendo dalla sfera di inoperatività della legge fallimentare quelle imprese che, pur lavorando in via esclusiva o principale con il lavoro proprio del titolare e dei familiari, abbiano tuttavia raggiunto determinati livelli di patrimonio, ricavi o indebitamento. Posta la regola generale di non fallibilità della piccola impresa, la delimitazione del suo ambito operata dalla legge speciale non può essere concepita, come per le medie imprese, alla stregua di fatto impeditivo (di natura meramente processuale, o sostanziale se si ritiene che la nuova disciplina fallimentare abbia attribuito al creditore un diritto soggettivo al fallimento del proprio debitore - imprenditore insolvente), che spetta al debitore dimostrare per paralizzare l'azione del creditore. Al contrario, per le imprese non aventi le caratteristiche indicate dall'art. 2083 c.c., la regola generale di fallibilità impone al resistente, che contesti il superamento delle soglie, l'onere

d) La rilevanza del dato contabile

Con specifico riferimento ai parametri di riferimento dell'art. 1 l. fall. sopra richiamati, va subito evidenziato come gli stessi abbiano tutti carattere contabile e siano desumibili, in linea generale, dall'esame delle scritture obbligatorie per gli imprenditori commerciali collettivi e dall'inventario annuale che si chiude con il bilancio per gli imprenditori individuali. La necessaria verifica del dato contabile ha portato la giurisprudenza a ritenere irrilevante – ai fini della fallibilità - il dato formale dell'iscrizione al registro delle imprese.¹⁸

In tale prospettiva interpretativa costituiranno dato contabile fondamentale per l'imprenditore commerciale collettivo¹⁹ i dati rinvenibili nei bilanci degli ultimi tre esercizi, i quali, se rappresentano la base documentale imprescindibile, tuttavia non assurgono a rango di "*prova legale*", con la conseguenza che - se non ritenuti attendibili dal giudice - l'imprenditore rimarrà comunque onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della

non solo di allegazione ma anche di prova del possesso in capo al resistente congiunto dei requisiti.

¹⁸ Cfr. Tribunale Milano 11 aprile 2011, in www.ilcaso.it, secondo cui nessun rilievo ha il dato formale puro e semplice della attuale insussistenza dell'iscrizione come imprenditore individuale nel Registro delle imprese, giacché la qualità imprenditoriale si assume con l'esercizio effettuale di un'attività impresa, e la relativa sussistenza può essere provata con ogni mezzo, comprese le presunzioni (art. 2727, 2729 c.c.), come nel caso di qualunque *quaestio facti* il cui accertamento è rimesso al solo apprezzamento del giudice di merito e resta insindacabile in sede di legittimità.

¹⁹ Cfr. Corte Cassazione, 28 giugno 2012, n. 11007. Un arresto recente (Corte Cassazione, 31 maggio 2017, n. 13746) ha precisato che, se i dati contenuti nel bilancio non costituiscono una prova legale, comunque non si può negare in astratto la loro attendibilità, senza uno specifico accertamento ed una concreta motivazione. Il caso *sub iudice* aveva ad oggetto la produzione, in sede prefallimentare, di bilanci che non erano stati ritualmente depositati dal debitore presso il Registro delle Imprese alle scadenze previste. La Corte, nel ribadire il principio secondo il quale i bilanci degli ultimi tre esercizi che il debitore è tenuto a depositare, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l.f., sono quelli approvati e depositati nel registro delle Imprese secondo quanto prescritto dall'art. 2435 c.c., ha osservato come le ragioni di tutela, anche ai fini concorsuali, di coloro che siano venuti in contatto con l'impresa (potendo aver riposto affidamento sulla fallibilità o meno dell'imprenditore in base ai dati di bilancio), facciano sì che l'esame di detti documenti contabili, non depositati o non tempestivamente depositati, possa dare adito a dubbi in ordine alla loro attendibilità, anche in conseguenza delle tempistiche osservate o meno nell'esecuzione di tali adempimenti formali, con la conseguenza per cui il Giudice potrà non tenere conto, esternandone le motivazioni, dei bilanci prodotti, rimanendo l'imprenditore diversamente onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della sua non fallibilità.

“non fallibilità”. In altra occasione si è evidenziato come i bilanci degli ultimi tre esercizi, ancorché privi di efficacia di prova legale, costituiscono la base documentale imprescindibile della dimostrazione dell'insussistenza dei presupposti (che il debitore ha l'onere di fornire) per sottrarsi alla dichiarazione di fallimento, in particolare quando siano stati redatti conformemente alle disposizioni di legge in materia e non siano stati oggetto di impugnativa per violazione delle disposizioni stesse; da ciò deriva che il debitore può contestare i dati dei propri bilanci purché la prova della non fallibilità possa desumersi da documenti altrettanto significativi²⁰ o nel senso di verificare la correttezza e veridicità del dato contabile apparente, al di là delle regole codicistiche.²¹

In dottrina²² è stato acutamente osservato che in verità la norma non indicherebbe espressamente il documento previsto dagli artt. 2323 e ss. del codice civile per le società di capitali o il libro inventari o ancora le dichiarazioni dei redditi per le società di persone e gli imprenditori individuali al fine della verifica del superamento delle soglie, pur risultando evidente che, quantomeno in relazione al parametro patrimoniale, sarebbe in ogni caso necessario operare riferimento alla documentazione in

20 Tribunale Sulmona, 11 novembre 2010, in www.ilcaso.it.

21 Cfr. Appello Torino, 4 marzo 2011, in *Il Fallimento*, 2011, 632 e Tribunale Novara, 23 giugno 2011, in www.ilcaso.it, secondo le quali, peraltro, ove le ridotte dimensioni dell'impresa risultino da altre circostanze, l'omesso deposito del bilancio, quand'anche rilevante sotto altri profili, non comporta di per sé il mancato assolvimento da parte dell'imprenditore dell'onere di provare di essere al di sotto delle soglie di cui all'art. 1 l.fall. Più di recente anche il Tribunale di Roma (sentenza 10 marzo 2014, in www.ilcaso.it) si è pronunciato in senso analogo, rigettando una richiesta di fallimento sulla base del rilievo per cui l'ultimo bilancio depositato risalente a cinque anni prima del ricorso per dichiarazione di fallimento evidenziava di per sé valori inferiori alle soglie di fallibilità, con un conto economico privo di ricavi, indicativo della sostanziale inattività della società, unitamente alla duplice circostanza per cui da un lato il credito fatto valere dal ricorrente risaliva ad una sentenza pronunciata ben sette anni prima e dall'altro l'amministratore della Società debitrice era deceduto da circa tre anni; tali elementi, a giudizio del Tribunale, hanno consentito oggettivamente di presumere che nell'ultimo triennio la società non avesse operato, non avesse effettuato acquisizioni di attivo tali da superare la soglia di € 300.000 di attivo patrimoniale e che dunque, in mancanza di prova positiva in ordine all'esistenza di debiti per importo superiore di euro 500.000, il ricorso per la dichiarazione di fallimento non potesse essere accolto.

22 Maffei, *Il piccolo imprenditore e il debitore fuori dai parametri*, in Ghia-Piccininni-Severini (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, 1, *La dichiarazione di fallimento*, Torino, 2010, 231 *sub* nota 39.

discorso. Solo per la soglia di natura economica la norma prevede l'inciso "in qualunque modo risulti", prefigurando quindi l'eventualità che i ricavi prodotti dall'impresa risultino anche da altri atti idonei a darne prova (per esempio, da accertamenti della Polizia giudiziaria ovvero dell'Agenzia delle Entrate od altresì da qualsiasi fonte di prova dalla quale emergano ricavi non dichiarati). Sempre da parte della giurisprudenza di merito²³ si è poi ribadito che i dati contabili dell'impresa insolvente non assumono valore di prova legale ne' introducono una limitazione all'assunzione e valutazione delle prove nel corso dell'istruttoria prefallimentare, all'esito della quale è possibile procedere ad una loro rettifica ed integrazione, essendo scopo della norma quello di accertare le dimensioni reali ed effettive dell'impresa ritenuta insolvente, tant'è vero che le imprese individuali e le società di persone non tenute al deposito di bilanci potranno assolvere l'onere probatorio su di esse gravante per mezzo della produzione di documenti che ai bilanci equivalgono sotto l'aspetto sostanziale, in quanto idonei a fornire una chiara, trasparente, completa ed intelligibile rappresentazione della situazione economica, finanziaria e contabile dell'impresa. Il Giudice, dal canto suo, potrà valutare del tutto liberamente, in applicazione della regola del libero convincimento, l'affidabilità della documentazione prodotta e la sua congruità alla luce di tutte le circostanze del caso²⁴. Si è peraltro sottolineato che la valutazione dell'ammontare dell'attivo patrimoniale, in quanto tesa a far emergere la realtà economica dell'impresa, deve prescindere dalla formale applicazione dei principi contabili e della normativa in tema di redazione dei bilanci ogni qualvolta il loro rigoroso rispetto venga a determinare una divergenza tra il dato "formale" contabile e la reale dimensione dell'impresa²⁵. Il dato contabile potrà così essere disatteso ove lo stesso appaia frutto - per qualsiasi ragione - di irregolari annotazioni contabili e si è a questo proposito affermato che pur quando nella contabilità aziendale appaia superato il parametro previsto dall'art. 1 della legge fallimentare in relazione all'ammontare dell'attivo patrimoniale, ma questo sia il frutto di un'erronea contabilizza-

23 Cfr. Tribunale Terni 4 luglio 2011, in *Il Fallimento*, 2011, 1427.

24 Venturelli-Zaccaria, Commento all'art. 1 L.F., in Maffei Alberti (a cura di), *Op. cit.*, 22.

25 Cfr. Tribunale Udine 13 gennaio 2012, in www.osservatorio-oci.org.

zione degli importi relativi alla voce "titolare c/prelievi", il ricorso per dichiarazione di fallimento deve essere respinto in quanto ciò che rileva sono le risultanze sostanziali della contabilità²⁶.

2. I singoli requisiti di fallibilità: generalità

Come già osservato, attraverso la nuova formulazione dell'art. 1 l. fall. la non fallibilità dell'imprenditore commerciale viene ancorata all'insussistenza non solo di uno dei due requisiti previsti a seguito della riforma del 2006, (che comunque vengono meglio precisati: attivo patrimoniale, da una parte, e ricavi lordi annui, dall'altra), ma anche del nuovo parametro costituito dalla esposizione debitoria complessiva - comprensiva, sia dei debiti scaduti, che di quelli non scaduti - non superiore a cinquecentomila euro.²⁷

Il parametro, alquanto vago e di incerta definizione dell'ammontare degli "investimenti effettuati", è stato sostituito con quello dell'"attivo patrimoniale", che opera un esplicito ed inequivoco riferimento ai principi contabili, dei quali è espressione il disposto dell'art. 2424 del codice civile²⁸, con la precisazione che l'"attivo patrimoniale complessivo" annuo non superiore ad euro trecentomila da prendere in considerazione è soltanto quello relativo agli ultimi tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento.

L'indicazione **degli ultimi tre esercizi anteriori alla presentazione del ricorso** consente di delimitare con certezza il campo di indagine, evitando difformità di prassi applicative, peraltro in coerenza con la disposizione dell'articolo 14, che fa obbligo al debitore che chiede il proprio fallimento di depositare presso la cancelleria "le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti".²⁹

26 Cfr. Tribunale Udine 30 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*.

27 Cfr. per l'espressa indicazione di tali criteri alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali, M. Ferro – A. Di Carlo, *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010; G. Capo, op. cit., 63 ss.

28 Cfr. Appello Torino, 4 marzo 2011, cit.; Corte Cassazione, 16 giugno 2016, in *www.ilcaso.it*; Corte Cassazione, 1 ottobre 2015, *ivi*.

29 Cfr. M. Ferro – A. Di Carlo, Op. cit., 245 e ss.

Anche il criterio dei “**ricavi lordi**” è stato opportunamente precisato e reso più rigido atteso che, eliminato il concetto di “media dei ricavi degli ultimi tre esercizi”, il presupposto di fallibilità non risulterà integrato allorquando, in nessuno dei tre esercizi precedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento, l’imprenditore abbia realizzato ricavi lordi annui per un ammontare superiore ad euro duecentomila. È stato poi precisato che i parametri dimensionali in discorso sono esattamente determinati dal Legislatore e non presentano margini di opinabilità, per cui il loro superamento anche minimo determina *eo ipso* la fallibilità dell’impresa³⁰. **a) La determinazione dell’attivo patrimoniale**

Da parte della dottrina³¹ è stata salutata con favore la scelta normativa del “correttivo” di far riferimento all’attivo patrimoniale rispetto alla nozione di “capitale investito” introdotta inizialmente con il D.Lgs. n. 5/06, sottolineando come, in tal modo, si sia consentito l’ancoraggio ad un dato contabile certo, con un significato giuridico preciso. Per “**attivo patrimoniale**” si intende quella parte di patrimonio indicata nel bilancio disciplinata dagli artt. 2424 e 2425 del codice civile per le società di capitali e quella parte dell’inventario redatto all’inizio di ogni esercizio e contenente l’indicazione delle attività ai sensi dell’art. 2217 del codice civile per gli imprenditori individuali e le società di persone.³²

Con riferimento a tale concetto, la giurisprudenza di merito si è mostrata sensibile alla necessità di valorizzare il dato contabile sostanziale, in linea con l’evoluzione normativa; si è pertanto affermato che - con riferimento alle società di capitali - occorrerà guardare al complesso delle voci dell’art. 2424 del codice civile e quindi alle immobilizzazioni, all’attivo circolante, ai ratei ed ai risconti attivi³³.

30 Appello Venezia, 9 marzo 2012, in www.ilcaso.it.

31 Cfr. U. Macrì, Op. cit., 1002.

32 Sul punto cfr. altresì F. Aprile, Commento all’art. 1 l.f., in *La Legge fallimentare*, Padova, 2011, a cura di M. Ferro, op. cit. 18.

33 Cfr. Corte Cassazione, 16 giugno 2016, in www.ilcaso.it; Corte Cassazione, 29 ottobre 2010, n. 22146, in *Il Fallimento*, 2011, 438; Id., 29 luglio 2009, n. 17553, in *Giur. Comm.*, 2010, I, 1701. In dottrina, Maffei Alberti (a cura di), Op. cit., 232. Secondo la Corte di Appello di Bologna (sentenza 13 ottobre 2015, in www.ilcaso.it) dovrà tenersi conto, ai fini della determinazione dell’attivo patrimoniale, anche dei crediti o acconti della Società costituiti da caparra ed acconti dalla stessa versati a promittenti venditori di beni immobili. In senso analogo, Corte Cassazione, 29 ottobre 2010, n. 22150, in www.unijuris.it.

Nel caso degli imprenditori non tenuti alla redazione del bilancio, invece, si è statuito che tra le poste attive della situazione patrimoniale andranno sicuramente ricomprese anche le rimanenze di magazzino, mentre nel passivo devono essere computati i debiti contratti per l'acquisto degli stessi beni.³⁴

Con particolare riferimento ai beni ai beni oggetto di contratti di *leasing* si è precisato come gli stessi dovranno senz'altro essere inclusi nell'attivo patrimoniale, evidenziando come - in caso contrario - si determinerebbe un'ingiusta discriminazione nei confronti di quegli imprenditori che abbiano utilizzato beni del tutto analoghi, ricorrendo però alle tradizionali forme di indebitamento.³⁵

34 Cfr. Corte Cassazione, 29 luglio 2009, n. 17553, cit.

35 Cfr. Tribunale Terni, 4 luglio 2011, in *Il Fallimento*, 2011, 1247 e www.osservatorio-oci.org. La conseguenza di tale interpretazione è che costituirà onere dell'imprenditore dimostrare che il valore di tali beni non debba essere considerato parte dell'attivo patrimoniale in ragione delle condizioni del loro utilizzo, del loro valore residuo e del prezzo finale di riscatto. Sul punto, v. altresì Tribunale Novara, 3 novembre 2012, in www.ilcaso.it. E' la giurisprudenza di legittimità (Corte Cassazione, 16 ottobre 2015, n. 20951, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, fasc. 2, 773 e ss.) ad aver evidenziato dal canto suo la necessità della presa di atto che la funzione del *leasing* traslativo sia quella di fornire all'utilizzatore (*lessee*) la disponibilità economica del bene oggetto del contratto, in modo analogo ad un proprietario. La stessa Direttiva Eurounitaria risulta improntata a criteri di prevalenza della sostanza sulla forma e la Direttiva IVA (art. 14, paragrafo 1) fa dal canto suo riferimento, al fine di identificare la "cessione di beni", al trasferimento non già della disponibilità giuridica del bene, ma piuttosto della sua disponibilità *economica*. Da ciò deriva che l'acquisto di un bene in *leasing* da parte del *lessee* (il quale dispone materialmente, analogamente al proprietario, del bene e se ne assume i rischi) deve ritenersi equiparato all'acquisto derivante dalla cessione del bene. Si tratta di un esito interpretativo imposto dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che, abbandonando la qualificazione del *leasing* come prestazione di servizi, ha di recente affermato che: a) nell'ipotesi in cui il contratto di *leasing* preveda il trasferimento di proprietà al conduttore alla scadenza di tale contratto, o che il conduttore disponga delle caratteristiche essenziali della proprietà di detto immobile, segnatamente che gli vengano trasferiti la maggior parte dei rischi e benefici inerenti alla proprietà legale di quest'ultimo e che la somma delle rate, interessi inclusi, sia praticamente identica al valore venale del bene, l'operazione risultante da un siffatto contratto deve essere equiparata ad un'operazione di acquisto di un bene di investimento (Corte Giustizia UE, Sent. 2 luglio 2015, C-209 / 14, *NLB leasing d.o.o. c/ Republika Slovenija*); b) nell'ipotesi nell'ipotesi in cui un contratto di *leasing* relativo ad un autoveicolo preveda o il trasferimento di proprietà di tale veicolo la locatario alla scadenza del contratto di cui trattasi, o che il locatario disponga delle caratteristiche essenziali della proprietà di detto veicolo, segnatamente che gli venga trasferita la maggior parte dei rischi e dei benefici inerenti alla proprietà legale di quest'ultimo e che la somma delle rate, interessi inclusi, sia praticamente identica al valore venale del bene, l'opera-

Ulteriore problema affrontato dalla giurisprudenza è stato quello relativo alla valutazione da attribuire ai beni immobili, risolto mediante il ricorso al criterio di apprezzamento del loro “costo storico” al netto degli ammortamenti, quale risultante dal bilancio di esercizio ai sensi dell'art. 2426, numeri 1 e 2, c.c., in luogo del criterio del valore di mercato³⁶. Tale orientamento è stato ribadito in altra occasione, precisando che nell'ambito del procedimento per dichiarazione di fallimento, al fine di verificare l'esistenza dello stato di insolvenza dell'impresa, il valore delle immobilizzazioni materiali da prendere in considerazione deve essere quello determinato secondo il criterio di cui all'articolo 2426, comma 1, n. 1, del codice civile del costo di acquisto o di produzione e non quello del valore di mercato.³⁷

Il criterio indicato ha ottenuto l'avallo della giurisprudenza di legittimità secondo cui per gli immobili iscritti tra le poste attive dello stato patrimoniale opera - al pari che per ogni altra immobilizzazione materiale - il criterio di apprezzamento del loro costo storico al netto degli ammortamenti, quale risultante dal bilancio di esercizio, ai sensi dell'art. 2426, numeri 1 e 2, cod. civ., e non il criterio del valore di mercato al momento del giudizio³⁸.

Un'ulteriore voce³⁹ ha posto l'attenzione, al fine di determinare l'“attivo patrimoniale”, ai “criteri di funzionamento”, affermando che, per quanto riguarda gli imprenditori collettivi obbligati a redigere e depositare il bilancio di esercizio, l'attivo di cui alla lettera a) dell'articolo 1, comma 2, legge fallimentare è quello delle voci di cui all'articolo 2424, lettere a), b), c) e d), appostate in conformità ai criteri di valutazione previsti dal successivo articolo 2426 del codice civile. Si è a proposito precisato

zione deve essere equiparata all'acquisto di un bene di investimento (Corte Giustizia UE, Sent. 16 febbraio 2012, C-118/11, Eon Aset Menidjmont). Per una ricostruzione in termini generali dell'istituto del *leasing* si rinvia a: V. Buonocore, *La locazione finanziaria*, Milano, 2008; L. Panzani, *Leasing come contratto di scambio o di finanziamento?*, in *Società e diritto*, 1994, 665 e ss.; S. Sciarelli, *Alcune considerazioni aziendali sul leasing*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 637 e ss.

36 Cfr. Corte Cassazione, 1 ottobre 2015, in www.ilcaso.it; Appello L'Aquila 22 febbraio 2012, in *Il Fallimento*, 2012, 742; Tribunale Benevento, 8 aprile 2013, in www.ilcaso.it; Corte Cassazione, 29 ottobre 2010, *ivi*.

37 Cfr. Tribunale Benevento 8 aprile 2013, *cit*.

38 Corte Cassazione, 29 ottobre 2010, n. 22146, *cit*. Conforme, Corte Cassazione, 1 ottobre 2015, n. 19654, in www.ilcaso.it.

39 Cfr. Tribunale Novara 3 novembre 2012, in www.ilcaso.it.

che ai fini del raggiungimento della soglia dimensionale in questione rilevano le immobilizzazioni materiali, immateriali e finanziarie (articolo 2424 del codice civile, sezione attivo, voci di BI, BII e BIII); i beni acquisiti con *leasing* traslativo (i cui valori sono ricavabili dai conti d'ordine); l'attivo circolante, al netto delle imposte rettificative (rimanenze, crediti⁴⁰, attività finanziarie non costituenti immobilizzazioni, escluse le azioni proprie); le disponibilità liquide. Per la valutazione delle voci sopra indicate appare corretto far riferimento a criteri di funzionamento e non a criteri di liquidazione.

E' stato peraltro precisato⁴¹ come il totale dell'attivo patrimoniale debba necessariamente essere depurato da quelle voci che certamente, per loro natura, non possono integrare alcuna forma di investimento, quali i crediti verso i soci per versamenti ancora dovuti (lett. a)) e i ratei e risconti attivi (lett. b)). La necessità di utilizzare criteri dimensionali effettivi e non meramente contabili – cui appare ispirarsi la giurisprudenza sopra richiamata – è stata, al contrario, evidenziata, laddove⁴² si è precisato come appaia conforme alla "*ratio*" della legge, che li ha introdotti in funzione di una valutazione della dimensione dell'impresa, operare una verifica che tenga conto **dell'effettivo "attivo patrimoniale"** quale espressione della reale dimensione dell'impresa stessa; è stato così sottolineato che tale accertamento, per rispecchiare la realtà di un'impresa, **deve poter prescindere dalla formale applicazione dei principi contabili e della normativa in tema di redazione di bilanci** ogni qual volta la loro rigorosa applicazione possa comportare una divergenza tra il dato "formale" contabile, e la realtà economica dell'impresa". In questo

40 Appello Bologna, 13 ottobre 2015, in www.ilcaso.it. La pronuncia offre altresì un pregevole spunto per la riconduzione nell'alveo degli indicatori utilizzati per il computo della soglia dimensionale anche i debiti verso i soci per i finanziamenti, ove non sia presente una espressa rinuncia dei soci stessi alla restituzione, precisando che: "*al fine di ricondurli a finanziamenti in conto capitale contro le risultanze dei bilanci non appare sufficiente dedurre la periodica annuale rinuncia alla restituzione, che anzi potrebbe testimoniare la persistente volontà di considerarli soggetti ad obbligo contrario, in assenza di rinuncia; e tantomeno il fatto che all'atto del versamento del capitale sociale residuo non si provvede a compensazione, fatto che semmai può testimoniare la volontà di tenere ben distinte le due poste*".

41 Vitiello, La fase che precede il fallimento, cit. In senso contrario, favorevole all'inclusione degli importi appostati a titolo di ratei e risconti attivi, Corte Cassazione, 16 giugno 2016, cit. (*sub* nota 33).

42 Cfr. Tribunale Udine, 13 gennaio 2012, in www.ilcaso.it.

senso dovrà, ad esempio, ritenersi rilevante la circostanza secondo cui un credito, appostato separatamente dal debito nei confronti del medesimo soggetto nel rispetto del principio di cui all'art. 2423-*ter* c.c. che vieta di operare compensazioni tra partite (queste debbono essere rilevate distintamente in sezioni opposte per lo stato patrimoniale ed in poste distinte per il conto economico), risulti poi inesistente e/od estinto per effetto di un accertamento giudiziale che in parte ne ha ridotto l'ammontare ed in parte lo ha compensato con un debito di maggior importo verso il medesimo soggetto. A nostro avviso, come già osservato, appare peraltro preferibile l'interpretazione di tipo "contabile", da cui deriva che il valore del capitale investito sarà costituito dal valore dei beni risultanti dal bilancio, detratto il fondo di ammortamento relativo. Non ci si nasconde che la soluzione proposta potrebbe risultare opinabile, ma è altrettanto vero che la stessa presenta il vantaggio di agevolare una rapidità nella definizione del procedimento prefallimentare, rendendosi altrimenti necessario l'esperimento di una consulenza contabile al fine di effettuare una valutazione di mercato dei principali beni aziendali, con inevitabile appesantimento dell'*iter* processuale (anche in considerazione della notevole riduzione dei "periodi sospetti" da calcolare a ritroso della dichiarazione di fallimento ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie di cui all'art. 67 l.fall.). E' evidente che tale *modus operandi* risulterebbe impraticabile – o quantomeno praticabile non senza grandi difficoltà – in quanto costringerebbe a sacrificare i tempi della procedura prefallimentare che il Legislatore della riforma ha voluto invece accelerare - in caso di richiesta di fallimento di società che impieghino numerosi beni sottoposti a svalutazioni periodiche, spesso difficilmente quantificabili, ma tuttavia ancora utilizzabili nel processo produttivo.⁴³

Non si può fare a meno di osservare, inoltre, che un rigoroso ossequio al principio di chiarezza e veridicità di rappresentazione del bilancio, sancito dall'art. 2423, comma 2, del codice civile, sembra denotare con evidenza la non conformità a verità delle scritture di bilancio in caso di divergenza sostanziale tra il dato contabile e quello reale, con conseguenze che debbono essere poste necessariamente a carico dell'imprenditore. Relativamente all'individuazione dell'"attivo patrimoniale" qualora venga richiesto il fallimento di una impresa individuale, da parte

43 Cfr. Tribunale Piacenza, 7 dicembre 2007, cit.

della giurisprudenza⁴⁴ si è optato per la soluzione che comporta la confusione in un unico patrimonio dei rapporti giuridici inerenti l'esercizio dell'impresa e di quelli personali dell'imprenditore, con la conseguenza che l'imprenditore diviene fallibile anche in ragione di debiti personali, atteso che tutti i crediti e i debiti faranno unitariamente ed inscindibilmente capo all'unico debitore, il quale risponde di essi con tutto il suo patrimonio *ex art.* 2740 del codice civile, senza alcuna differenza in ordine alla natura dei debiti stessi.**b) La determinazione dei ricavi lordi**

Anche al fine della determinazione concreta del concetto di “ricavi lordi” non si può prescindere dall'apporto giurisprudenziale, ove è stato precisato⁴⁵ che occorre fare riferimento, come per l'attivo patrimoniale, alle corrispondenti indicazioni fornite dalla disciplina codicistica di bilancio e in particolare alle voci dell'articolo 2425, lett. a), numeri 1 e 5, con esclusione delle voci di cui ai numeri da 2 a 4⁴⁶.

44 Cfr. Appello Torino 7 ottobre 2010, in www.ilcaso.it. Nel caso concreto, la Corte ha dichiarato infondata la censura di parte appellante, secondo cui quello verso la Banca era debito personale, quale fideiussore di una società di capitali, di cui il reclamante fu il legale rappresentante e liquidatore, e, pertanto, non inerente all'attività imprenditoriale attuale. Si è ancora precisato che l'opzione per la contabilità semplificata viene effettuata dall'imprenditore a proprio rischio, posto che costituisce una “conclamata eccezione al principio generale valido sul piano civilistico e tributario dell'obbligatorietà delle scritture contabili - ha sicuramente efficacia sul piano tributario, ma è del tutto irrilevante su quello civilistico. Pertanto, l'impossibilità per l'imprenditore di assolvere all'onere di provare i fatti impeditivi di cui all'art. 1, legge fallimentare sulla base delle scritture contabili obbligatorie deriva da una sua scelta insindacabile”.

45 Cfr. Tribunale Novara 3 novembre 2012, cit.

46 In tal senso, cfr. Corte Cassazione, 27 dicembre 2013, in www.ilcaso.it. Si veda altresì Corte Cassazione, 13 novembre 2013, in www.dirittobancario.it, a tale conclusione giunta muovendo dal rilievo per cui il Legislatore, nel riferirsi ai ricavi, non può che avere considerato gli stessi in senso tecnico, non potendosi ragionevolmente presumere il contrario e dovendo pertanto ritenersi di palmare evidenza sia il riferimento ai “ricavi delle vendite e delle prestazioni” *sub n.* 1 che la ricomprensione della voce *sub n.* 5 (“altri ricavi e proventi”) per l'assimilazione di quest'ultima alla prima, trattandosi di componenti positive sempre generati dall'attività di impresa (ricavi accessori, dividendi, *royalties*, canoni attivi). Prosegue la Corte osservando che “non possono invece sommarsi le voci *sub n.* 2, “variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti” e *sub n.* 3 “variazione dei lavori in corso su ordinazione”, che non possono essere considerate ricavi, nemmeno concettualmente assimilabili alla più ampia nozione di “proventi”, ma, come rilevato da attenta dottrina, rappresentano invece costi comuni a più esercizi, che vengono sospesi in conformità al principio di competenza economica, *ex art.* 2423-bis cod. civ., per essere rinviati ai successivi esercizi, in cui si conseguiranno i correlativi ricavi; e la variazione delle ri-

In particolare da parte della giurisprudenza di legittimità⁴⁷ si è poi precisato che i ricavi lordi vanno considerati sulla base degli atti a disposizione, a prescindere dalle allegazioni del debitore. Peraltro, anche sotto l'attuale formulazione delle norme (mutate a seguito del correttivo introdotto con il D. Lgs. n. 169/2007) sembrano destinate a permanere quelle perplessità sollevate da chi aveva dichiarato di poter ascrivere tra i ricavi lordi anche ulteriori poste quali ricavi accessori, dividendi, canoni attivi, *royalties* etc. comunque generati dall'attività di impresa⁴⁸ ovvero i ricavi c.d. *straordinari*⁴⁹, anche se parte della dottrina⁵⁰ ha ritenuto di dover escludere dal computo quei proventi straordinari non derivanti da plusvalenze di alienazione di immobilizzazioni (ad esempio, quelli rappresentati da incrementi delle immobilizzazioni per lavori interni e da rivalutazioni), le quali andranno invece considerate⁵¹. La problematica dell'esatta individuazione del dato contabile è stata esaminata sotto altri molteplici aspetti da parte della giurisprudenza di merito: si è evidenziato⁵² come, nel caso di imprese in contabilità semplificata, il dato di riferimento sarà costituito dalla dichiarazione dei redditi e più precisamente si è fatto riferimento alla nozione dell'art. 85 T.U.I.R.⁵³. In ogni caso i ricavi andranno conteggiati al netto dei resi, sconti, abbuoni e premi nonché delle

manenze determina la differenza dei costi sospesi alla fine dei due esercizi consecutivi. E' stato altresì chiarito da autorevole dottrina che la logica valutativa delle rimanenze e dei lavori in corso trova il suo fondamento nel rappresentare la corretta correlazione tra costi e ricavi, sì da non penalizzare economicamente l'esercizio in cui sono stati sostenuti i costi di acquisizione e/o produzione, a fronte di quelli in cui vengono realizzati i correlativi ricavi. Per ragioni di completezza, si deve rilevare che anche la voce sub n. 4 "incrementi di immobilizzazioni per lavori interni" non può essere ricompresa nei "ricavi", valutabili ex art. 1, lett. B, l.f., non partecipando della natura propria di questi". Nel medesimo senso, più di recente, Corte Cassazione, 5 marzo 2015, in www.ilcaso.it.

47 Cfr. Corte Cassazione, 23 luglio 2010, n. 17281, in *Il Fall.*, 2011, 447, con nota di Vella.

48 Apice-Mancinelli, *Manuale breve di diritto fallimentare*, Milano, 2006, 23.

49 Pajardi-Paluchovski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 70.

50 Maffei Alberti (a cura di), *Op. cit.*, 233.

51 Tribunale Novara, 3 novembre 2012, cit.

52 Cfr. Tribunale Piacenza, 22 gennaio 2007, cit.

53 F. Aprile, *Commento all'art. 1 l.f.*, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 19.

imposte strettamente connesse con la vendita di prodotti e le prestazioni di servizi⁵⁴, mentre una voce peraltro rimasta isolata aveva evidenziato come i ricavi lordi dovessero essere calcolati al lordo dell'I.V.A.⁵⁵

La soglia dimensionale in discorso, inoltre, si riferisce espressamente ai ricavi lordi conseguiti in ciascun anno e non già ad una “media” dei ricavi dell'ultimo triennio di esercizio. Depongono a favore di questa interpretazione sia la dizione testuale legislativa, che richiama i “tre esercizi antecedenti” sia l'esigenza di rendere quanto più possibile oggettiva ed adeguata alla realtà dell'ultimo periodo la valutazione dimensionale dell'impresa, evitando così che, mediante operazioni puramente strumentali, la media dei ricavi venga fittiziamente contenuta allo scopo di eludere il fallimento e comunque di sottostimare l'effettiva entità dimensionale in ciascuno dei periodi gestionali presi a riferimento dal Legislatore. Significativa, in tal senso è, la modificazione apportata alla disposizione in esame dal decreto correttivo del 2007, che ha espunto il precedente richiamo alla “media degli ultimi tre anni”⁵⁶. Nel caso di esercizio avente durata inferiore all'anno da parte della giurisprudenza si è affermato che il parametro previsto dall'articolo 1, l. fall. costituisce un dato di flusso assunto dal legislatore con riferimento al periodo annuale normalmente pari alla durata dell'esercizio sociale, con la conseguenza che in tale fattispecie i ricavi conseguiti in detto periodo dovranno essere ragguagliati all'anno.⁵⁷

Come già per l'originaria versione dell'art. 1 LF scaturito dall'intervento riformatore del 2006 il mantenimento della pre-

54 Appello Torino, 15 agosto 2010, in www.ilcaso.it, la quale ha ritenuto che assuma rilievo ogni genere di ricavo di impresa, anche se non direttamente imponibile ai fini IVA, purché risulti riconducibile all'attività esercitata, deponendo in favore di tale interpretazione sia il dato testuale normativo (riferito ai ricavi in qualunque modo risultanti) sia la *ratio* di esentare dal fallimento soltanto le imprese effettivamente contraddistinte, nell'ambito di una valutazione unitaria e globale di tutti i parametri produttivi e dimensionali, da una entità economica e patrimoniale di livello medio-basso; cfr. altresì Tribunale Piacenza, 22 gennaio 2007 cit.

55 Tribunale Imperia, 29 novembre 2010, in www.osservatorio-oci.org.

56 Appello Torino, 15 giugno 2010, in www.ilcaso.it.

57 Cfr. F. Aprile, commento all'art. 1 l.f., in *La Legge fallimentare*, Padova, 2011, a cura di M. Ferro, op. cit. 20, in giurisprudenza cfr. Tribunale Pordenone 4 novembre 2010, in www.ilcaso.it. Nel caso concreto il Tribunale aveva ritenuto la sussistenza del requisito in questione in presenza di ricavi lordi per euro 185.297,00 conseguiti in un periodo di 11 mesi.

visione legislativa di accertabilità “in qualunque modo” dei ricavi non osterà a che detto valore possa essere desunto, oltre che dalle scritture contabili e dai registri fiscali, anche da altre fonti costituite da accertamenti tributari non definitivi, come da dati extracontabili, quali i corrispettivi di contratti di vendita ovvero informazioni rese dalla Guardia di Finanza⁵⁸. Il Legislatore, per scongiurare eventuali effetti premiali per l'evasore, aveva precisato, con la locuzione “*in qualunque modo risulti*”, che essi potessero risultare da qualsiasi fonte di prova; di qui la conclusione secondo cui anche l'accertato ricavo “*in nero*” fosse rilevante ai fini del superamento della soglia⁵⁹.

c) La quantificazione dei debiti complessivi (anche non scaduti)

L'art.1, comma 2, lett. c), l.fall., prende in considerazione, come terzo elemento alternativo alla cui ricorrenza (alternativa) deve essere dichiarato il fallimento, la valutazione dell'esposizione complessiva dell'imprenditore, anche con riguardo ai debiti non scaduti, trattandosi di un requisito assunto dal legislatore del decreto “correttivo” quale indice dimensionale dell'impresa. In tale contesto, ferma l'impossibilità di computare nell'ammontare dell'indebitamento quegli importi rappresentati dai finanziamenti effettuati a fondo perduto dai soci a favore della società, non comportanti quindi un vincolo di restituzione, dovranno essere considerati, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, anche i debiti condizionati, così come quelli derivanti dalla prestazione di garanzie che presuppongono la preventiva escussione del debitore⁶⁰, nonché i debiti contestati,⁶¹ in quanto la contestazione non ne impedisce l'inclusione nel computo dell'indebitamento complessivo e non si sottrae alla valutazione del giudice chiamato a decidere sull'apertura della

⁵⁸ Tribunale Udine 19 maggio 2011, in www.ilcaso.it; Appello L'Aquila 22 febbraio 2012, cit. In dottrina, F. Aprile, Op. cit., 18.

⁵⁹ Vitiello, La fase che precede il fallimento, cit.

⁶⁰ Cfr. in tal senso F. Aprile, Op. cit., 22, il quale precisa che si rende necessario, in tal caso che il debitore principale sia stato escusso e la garanzia sia divenuta conseguentemente operativa; in giurisprudenza, cfr. Corte Cassazione, 4 maggio 2011, n. 9760, in *Il Fallimento*, 2012, 231, e Tribunale Novara, 3 novembre 2012, in www.ilcaso.it.

⁶¹ Cfr. F. Aprile, commento all'art. 1 l.f., in *La Legge fallimentare*, Padova, 2011, a cura di M. Ferro, op. cit. 22, secondo cui vanno inclusi solo se siano iscritti nello stato patrimoniale e non quando risultino nei fondi rischi e oneri; in giurisprudenza cfr. Cass. 2 dicembre 2011, n. 25870.

procedura concorsuale anche se la relativa pronuncia non pregiudica l'esito della controversia volta all'accertamento di quel credito. Dovrà in buona sostanza essere considerata qualsiasi posizione debitoria anche se non inclusa nella documentazione contabile⁶². Secondo la giurisprudenza deve – inoltre - ritenersi indifferente la natura civile o commerciale del debito⁶³, ed occorre tener conto del complesso delle obbligazioni che si possono ritenere allo stato ragionevolmente certe, ma non necessariamente solo di quelle che frattanto siano state definitivamente ammesse al passivo nell'ambito della procedura di verifica dei crediti. E non potrà in via di principio escludersi che nel novero delle prassi delle passività da considerare siano compresi in tutto o in parte dei crediti contestati (in ordine ai quali siano in corso eventuali giudizi di opposizione allo stato passivo), ogni qual volta - e nella misura in cui - il giudice dell'opposizione alla dichiarazione di fallimento abbia ragione di ritenere sufficientemente certi l'esistenza e l'ammontare di dette obbligazioni e ne conosca, sia pur solo incidentalmente ai fini dell'accertamento dell'insolvenza, non diversamente da quanto aveva fatto il giudice precedentemente chiamato a pronunciarsi sull'istanza di fallimento⁶⁴. Ha sul punto precisato la Corte regolatrice come la circostanza relativa alla presenza di contestazioni in ordine ad uno o più voci di credito, infatti, non ne impedisca di per sé sola l'inclusione nel computo dell'indebitamento rilevante quale dato dimensionale dell'impresa per stabilirne l'assoggettabilità a fallimento, in quanto attiene ad un dato oggettivo, che non dipende dall'opinione del debitore a riguardo ed, al pari di ogni altro presupposto per la dichiarazione di fallimento, non si sottrae alla valutazione del giudice chiamato a decidere in ordine all'apertura della procedura concorsuale⁶⁵. Qualora il debitore eserciti l'impresa sotto forma di ditta individuale si verificherà la confusione in un unico patrimonio sia dei rapporti giuridici relativi

62 Corte Cassazione, 23 dicembre 2011, n. 25870.

63 Aprile Op. cit., 22, il quale cita come esempio il mutuo immobiliare; in giurisprudenza cfr. Corte Cassazione, 4 giugno 2012, n. 8930.

64 Cfr. Appello Brescia 9 luglio 2010, in www.ilcaso.it.

65 Corte Cassazione, 12 gennaio 2017, in www.ilcaso.it. Nel medesimo senso, cfr. Corte Cassazione, 2 dicembre 2011, ivi, la quale ha precisato che in nessun caso lo scrutinio sull'esistenza dei crediti finalizzato (e limitato) ad individuare il dato dimensionale dell'impresa, da parte del giudice chiamato a decidere sull'apertura della procedura concorsuale, non pregiudica l'esito delle distinte ed autonome controversie volte all'accertamento dei crediti in contestazione.

all'esercizio dell'impresa stessa che di quelli relativi alle posizioni personali dell'imprenditore, da ciò derivando che quest'ultimo diverrà soggetto fallibile anche in ragione dell'esistenza di debiti personali (come tali estranei all'impresa commerciale), dal momento che tutti i crediti ed i debiti fanno unitariamente ed inscindibilmente capo ad un unico e medesimo soggetto giuridico (l'imprenditore-debitore) il quale ne risponde con tutto il suo patrimonio ai sensi del principio di cui all'art. 2740 del codice civile, senza che sia possibile operare alcuna differenza in ordine alla natura dei debiti stessi⁶⁶. È stato peraltro evidenziato in dottrina⁶⁷ come la presenza nella norma dell'inciso "anche non scaduti" non sembri affatto agevolare l'esercizio dell'onere della prova in capo al creditore istante, atteso che "se è già abbastanza difficoltosa l'individuazione dei dati quantitativi consuntivi desumibili dai bilanci di esercizio in caso di mancato deposito degli stessi, si pensi alla difficoltà di provare l'indebitamento non scaduto alla data dell'istruttoria: tale informazione rimane meramente nella disponibilità del debitore non potendo certo il creditore accedere alla contabilità analitica dell'imprenditore fallendo".

d) L'individuazione del momento in cui rileva la sussistenza dei presupposti di fallibilità

Da parte della giurisprudenza⁶⁸ sono state fornite precise indicazioni anche con riferimento al momento da cui retroagisce il triennio cui fare riferimento per la sussistenza dei presupposti di fallibilità sopra esaminati, precisando che tale valutazione andrà riferita al momento della declaratoria di fallimento⁶⁹, poiché è entro l'udienza prefallimentare che il debitore deve presentare

66 Appello Torino 7 ottobre 2010, in www.ilcaso.it, la quale ha dichiarato infondata la censura, proposta dall'imprenditore-appellante, secondo la quale il debito nei confronti di una Banca connotava un debito estraneo all'attività imprenditoriale ma di natura personale, quale fideiussore di una Società di capitali (Società peraltro della quale il reclamante era stato liquidatore). In senso analogo, Tribunale Napoli, 21 aprile 2010, *ivi*.

67 Maffei Alberti (a cura di), *Op. cit.*, 233.

68 Appello Venezia, 25 ottobre 2012, n. 2327, in www.ilfallimentarista.it, con commento di Genero, Le soglie di fallibilità: sussistenza e momento di valutazione. Da parte dei giudici veneziani si evidenzia come soltanto una circostanza sopravvenuta potrebbe avere l'efficacia di revocare la sentenza di fallimento, ossia il pagamento integrale dei creditori.

69 Cfr. Aprile, *Op. cit.*, 20.

tutta la documentazione attestante la propria situazione patrimoniale e finanziaria.

In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità⁷⁰ laddove ha affermato che nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento hanno rilevanza solo i fatti esistenti al momento della stessa e non i fatti sopravvenuti, dal momento che la pronuncia di revoca del fallimento presuppone che venga acquisita la prova che i presupposti per l'apertura della procedura non sussistevano già nel momento in cui la stessa fu aperta.

e) L'individuazione del periodo di riferimento per la sussistenza dei presupposti di fallibilità: il triennio precedente la presentazione del ricorso di fallimento

Il periodo di riferimento in corrispondenza del quale deve verificarsi il superamento dei limiti dimensionali sopra esaminati è costituito – come già evidenziato - dal triennio antecedente il deposito della domanda di fallimento e va riferito agli anni commerciali della gestione economica e non agli anni solari,⁷¹ con decorrenza dalla presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento.⁷²

Il concetto di “capitale investito” dovrà dunque essere inteso non già facendo riferimento al totale di quelli effettuati nel corso degli anni dall'imprenditore, bensì solo all'attivo degli ultimi tre

70 Cfr. Corte Cassazione, 11 febbraio 2011, n. 3479.

71 Cfr. Corte Cassazione, 3 dicembre 2010, n. 24630, in *Il Fallimento*, 2011, 955. Ad avviso della Corte regolatrice a tale conclusione deve giungersi, in assenza di un dato letterale della norma sufficientemente chiaro ed inequivoco che ne permetta la ricostruzione del significato e la connessa portata precettiva, mediante il ricorso al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, nell'esame complessivo del testo, della *mens legis*, con un'interpretazione sistematica delle norme ed il richiamo, tra esse, dell'art. 14 l. fall., che, in tema di istanza di fallimento, impone al debitore, che chieda tale dichiarazione, di depositare le scritture contabili e fiscali degli ultimi tre anni, cioè degli ultimi tre esercizi, cui ha invero riguardo la documentazione funzionale all'accertamento delle sue condizioni di fallibilità, mentre la modifica letterale del citato art. 1, intervenuta ad opera del d.lgs. n. 169 del 2007, pur non fungendo da fonte di interpretazione autentica, ha proprio voluto eliminare ogni incertezza sull'interpretazione effettiva della disposizione, nel senso sopra indicato.

72 Cfr. Corte Cassazione, 27 maggio 2015, in www.ilcaso.it; Appello Catanzaro, 22 luglio 2013, *ivi*; Appello Torino, 16 maggio 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 843 e Tribunale Mantova, 30 agosto 2007, in www.ilcaso.it.

esercizi in cui rileverà il superamento del limite anche per un solo esercizio.⁷³

Sarà irrilevante il superamento dei requisiti dimensionali ove avvenuto in periodo anteriore rispetto all'intervallo temporale legislativamente considerato, posto che il Legislatore ha ritenuto, ai fini della assoggettabilità al fallimento, che il dato precedente tale periodo non sia più idoneo a rispecchiare con attualità l'elemento dimensionale dell'impresa⁷⁴. Si è ancora sottolineato che la locuzione "tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento" che all'art. 1, l. fall., ha sostituito l'espressione "ultimi tre anni" in forza del decreto correttivo numero 169 del 2007, deve essere interpretata **nel senso che devono essere presi in considerazione i tre esercizi precedenti già conclusi prima dell'anno di presentazione dell'istanza di fallimento**. Questa impostazione consente di prendere in esame esercizi chiusi ed evita di porre in essere una complessa attività istruttoria, in conformità con la volontà del legislatore di semplificare l'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.⁷⁵

A seguito del decreto correttivo del 2007, infatti, la norma non opera alcuna distinzione, per cui i tre anni di esercizio andranno sempre computati a ritroso dalla data di presentazione della domanda di fallimento anche nel caso di società che siano state poste in liquidazione o imprenditori che abbiano comunque cessato l'attività, e non già dal precedente momento di conclusione di

⁷³ Corte Cassazione, 23 marzo 2012, n. 4738.

⁷⁴ Tribunale Roma, 18 giugno 2008, in www.ilcaso.it.

⁷⁵ In tal senso, Tribunale Sulmona, 18 novembre 2010, in www.ilcaso.it; Id., 20 maggio 2010, in *Il Fallimento*, 2010, 997; Id., 12 febbraio 2008, *ivi*, 2008, 469; Appello Milano, 30 aprile 2007, *ivi*, 43; Appello Venezia, 5 luglio 2007, *ivi*, 2007, 1484; Appello Torino, 16 maggio 2007, *cit*. Il principio è stato fatto proprio anche dalla giurisprudenza di legittimità (Corte Cassazione, 8 ottobre 2010, n. 22110).

fatto dell'attività⁷⁶. Nello stesso senso si è ribadito⁷⁷ che i tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento di cui all'articolo 1, l. fall., sono quelli “chiusi”, cioè “conclusi” a detta data. A tale conclusione si perviene – secondo la citata giurisprudenza - sia alla luce di quanto disposto dall'articolo 14, l.f., il quale prescrive il deposito delle scritture contabili e fiscali obbligatorie per tre esercizi (chiusi) precedenti, sia per intuitive esigenze di semplificazione, dovendosi, altrimenti, riclassificare i dati contabili per ricostruire un triennio che non coincide necessariamente con gli esercizi.

Come si è già anticipato, il requisito della fallibilità deve ritenersi integrato anche con il **superamento di uno solo dei limiti dimensionali relativamente ad un solo esercizio**.⁷⁸ A questo proposito si è precisato⁷⁹ che la soglia dell'art. 1, comma 2, lett. b), l. fall. si riferisce ai ricavi lordi conseguiti in ciascun anno e non alla media dei ricavi dell'ultimo triennio di esercizio, confermando il fatto che il richiamo ai tre esercizi antecedenti è riferito all'esigenza di rendere quanto più possibile, oggettiva ed adeguata alla realtà dell'ultimo periodo la valutazione dimensionale dell'impresa, onde evitare che la media dei ricavi venga fittiziamente contenuta mediante operazioni puramente strumentali per eludere il fallimento e comunque non rispecchianti l'effettiva entità dimensionale in ciascuno dei periodi gestionali presi a riferimento.⁸⁰

Nel caso di attività che abbia avuto durata inferiore al triennio, al fine di valutare l'avvenuto superamento o meno dei parametri dimensionali si dovrà avere riguardo ai ricavi lordi realizzati

76 Appello Catanzaro, 22 luglio 2013, in www.ilcaso.it. In argomento è interessante richiamare una presa di posizione del Tribunale di Sulmona (sentenza 18 novembre 2010, in www.ilcaso.it) il quale trattando l'ipotesi di una società regolarmente iscritta nel registro delle imprese, ha osservato come la cessione dell'azienda non possa in alcun modo essere equiparata alla cancellazione dell'impresa, in quanto quest'ultima rappresenta un dato formale certo cui il Legislatore ha inteso ricollegare determinati effetti. In proposito, la giurisprudenza ha dato rilievo alla cessione dell'azienda per dedurre la cessazione dell'attività dell'impresa solo in presenza di società irregolari non iscritte nel registro delle imprese e ciò al fine di porre in essere il necessario bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche, individuando il momento in cui la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque sia stata dagli stessi conosciuta.

77 Tribunale Novara, 3 novembre 2012, in www.ilcaso.it.

78 Tribunale Imperia 29 novembre 2010, cit.

79 Appello Torino, 15 giugno 2010, in www.ilcaso.it.

80 Macrì, Op. cit., 1007.

dall'inizio dell'attività, vale a dire a quelli maturati dall'impresa nel corso del suo effettivo e normale esercizio⁸¹, mentre per le attività a carattere stagionale sempre la giurisprudenza⁸² ha precisato che il parametro dei ricavi lordi costituisce un dato di flusso assunto dal legislatore con riferimento al periodo annuale normalmente pari alla durata dell'esercizio sociale, per cui, ove l'esercizio abbia avuto durata inferiore i ricavi conseguiti in detto periodo dovranno essere ragguagliati all'anno.

f) La sussistenza di un debito di almeno 30.000 euro indicato nel ricorso

In una prospettiva deflattiva dei ricorsi, ed ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di fallimento, il Legislatore ha previsto, all'art. 15, ultimo comma, l. fall., che l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati, risultante dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, debba essere non inferiore ad euro trentamila.

Si è osservato⁸³ che tale previsione integrerebbe una causa di non fallibilità, una circostanza ostativa alla dichiarazione di fallimento che non tocca la nozione di “stato di insolvenza” - il quale continua ad essere integrato dall'impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni a prescindere dalla entità dei debiti cui riferire l'inadempimento stesso – ma piuttosto ne delimita, per mezzo dell'introduzione di una soglia quantitativa - la rilevanza ai fini della procedibilità dell'azione fallimentare o comunque della declaratoria di fallimento. Quanto sopra sulla base della considerazione per cui, posto che lo stato di insolvenza può venire integrato e reso manifesto anche dal mancato pagamento di debiti di modesto importo⁸⁴, la presenza di mancati pagamenti per un ammontare non inferiore alla soglia numerica individuata dal Legislatore, quand'anche il debitore non rientri in ragione delle sue dimensioni nei requisiti di non fallibilità previsti dall'art. 1, comma 2, l. fall., non è ritenuta una circostanza di allarme sociale ed economico tale da giustificare l'attivazione di un procedimento giurisdizionale di notevole complessità e costo quale quello fallimentare (sia per il sistema giudiziario in generale, atteso l'impegno richiesto ai vari Organi fallimentari per la gestione della Procedura nei suoi vari aspetti,

81 Tribunale Mantova, 8 maggio 2007, in www.ilcaso.it.

82 Tribunale Pordenone, 4 novembre 2010, in www.ilcaso.it.

83 Vitiello, La fase che precede il fallimento, cit.

84 Appello Torino, 15 giugno 2010, in www.ilcaso.it.

sia in particolare per la massa dei creditori, dalla quale vengono prelevate le risorse economiche necessarie per l'amministrazione ed il funzionamento dell'intera procedura), lasciando quindi alla libera determinazione del creditore e del debitore di regolare la pendenza, se del caso mediante il ricorso ad una procedura esecutiva individuale, sicuramente di minor impatto e costo rispetto all'esecuzione concorsuale ed altresì meno "invasiva" sulla persona del debitore, in linea con la mutata sensibilità contemporanea e l'attuale stadio evolutivo dei diritti della persona che inducono a ritenere non più accettabile la *capitis deminutio* sociale conseguente all'attribuzione di un appellativo quale "fallito" dato con sentenza ad una persona fisica in conseguenza dell'insolvenza della sua impresa o della Società dei cui debiti egli risponda illimitatamente⁸⁵. Le prime problematiche operative hanno riguardato la qualificazione di tale presupposto: si è infatti affermato⁸⁶ che la soglia dell'indebitamento prevista dall'art. 15 l. fall. si configura non come fatto impeditivo *ex art.* 2697 del codice civile, ma come condizione obiettiva di procedibilità che dev'essere oggetto di rilevazione del Tribunale in ogni caso, in base agli atti acquisiti per l'accertamento dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall., senza che vi sia spazio per l'applicazione dell'onere della prova quale regola di giudizio per il caso dubbio. Pertanto, se mancano gli elementi per ritenere

85 "Gli artt. 147, co. 1, e 5, co. 1, l.f. contrastano con gli artt. 2, 3 e 41 della Costituzione, per: 1) la lesione del principio di uguaglianza, per la disparità di trattamento tra un imprenditore soprasoglia ed uno sottosoglia (e tra un soggetto fallibile ed uno non fallibile) nel subire la *capitis deminutio* sociale conseguente alla attribuzione dell'appellativo "fallito", che viene dato con sentenza ad una persona fisica, per l'insolvenza della sua impresa, o della società di cui è socio illimitatamente responsabile; 2) lo iato di sensibilità (sociale e giuridica) rispetto alla vigente Costituzione materiale, che più non tollera nel proprio sentire che un soggetto persona fisica debba essere qualificato "fallito", sol perché la sua impresa commerciale (e solo essa) non abbia funzionato a dovere, eventualmente anche per cause esterne al suo volere, come è dimostrato nei fatti dalla mutata sensibilità del Legislatore, che nella L. n. 3/2012 ha adoperato espressioni e fatto riferimento a procedure affatto diverse, comunque svincolate da una logica nominalmente punitiva fallimentaristica, ed implicanti soltanto procedure di regolazione concordata della crisi, oppure di liquidazione giudiziale, non traumatiche per la persona fisica e per la sua dignità" (in questi termini, Tribunale Vicenza, 13 giugno 2014, in www.ilcaso.it).

86 Cfr. Tribunale Roma 24 dicembre 2008, in *Il Fallimento*, 2009, 1205 con nota di Badini Confalonieri, La prova dei debiti scaduti: una barriera alla "microinsolvenza" o alle "microistanze", *ivi*, 1206 e ss. In dottrina, Pajardi-Paluchofski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 155.

superata detta soglia, non avendo il debitore adempiuto alla prescrizione del deposito della sua situazione contabile aggiornata, non può farsi luogo alla dichiarazione di fallimento.

Con riferimento a tale aspetto, la giurisprudenza⁸⁷ ha affermato che la verifica della sussistenza di un debito superiore ad euro trentamila, prevista dall'art. 15, ult. comma, l. fall., può avvenire d'ufficio ad opera del Giudice il quale non si baserà unicamente sugli importi di cui alle istanze di fallimento, ma dovrà piuttosto riferirsi "agli atti dell'istruttoria prefallimentare" genericamente intesi e terrà quindi conto anche delle informazioni urgenti che possono essere richieste d'ufficio dal Tribunale ai sensi dell'art. 15, comma 4, l. fall., nonché delle prove disposte dal Tribunale o dal giudice delegato su istanza di parte o d'ufficio ex art. 15, comma 6, l. fall.. Sempre la giurisprudenza di merito ha specificato che, a differenza della prova per il mancato superamento dei parametri dimensionali che incombe sul debitore, la prova del superamento della soglia minima di euro trentamila potrà comunque essere assunta d'ufficio dal Tribunale anche in mancanza di una specifica eccezione da parte del resistente, trattandosi di eccezione in senso lato⁸⁸. Tale qualificazione sembra costituire il logico corollario della politica di deflazione sottesa all'introduzione della norma e consente di svincolare dall'iniziativa del debitore l'accertamento del mancato superamento del limite della soglia minima, al fine di far luogo al rigetto dell'istanza di fallimento.

3. L'onere della prova della sussistenza (o insussistenza) dei limiti dimensionali.

87 Cfr. Appello L'Aquila 14 febbraio 2012, in *Il Fallimento*, 2012, 683, con nota di Canazza, Apparato probatorio ed oggetto dell'indagine fallimentare, ivi, 688; nello stesso senso Tribunale Piacenza, 25 febbraio 2011, inedita, ove da parte dello stesso Tribunale si è "ritenuto opportuno - ai sensi dell'art. 15 l.f. - *esperire accertamenti urgenti al fine di acquisire, prima dell'udienza, elementi indispensabili per accertare il presupposto del superamento dell'importo di € 30.000,00 di debiti scaduti a carico dell'impresa, nonché di ogni altro elemento valutabile ai fini della decisione della sussistenza dello stato di insolvenza e del superamento delle soglie di cui all'art. 1 e 15 l.f.*", dando poi atto che "l'attività di indagine espletata ex art. 15 l.f. ha consentito di accertare l'esistenza di ingenti debiti nei confronti dell'erario per oltre 5.000.000 di euro, come emerge dalla comunicazione di Equitalia e dell'Agenzia delle Entrate".

88 Cfr. Tribunale Sulmona 11 novembre 2010, in *Il Fallimento*, 2011, 248; Tribunale Pescara, 20 dicembre 2006, in *Foro It.*, 2007, I, 612.

Un'ulteriore questione controversa in dottrina⁸⁹ ed in giurisprudenza ha avuto ad oggetto il contenuto ed i limiti dell'onere della prova dell'insussistenza dei presupposti di fallibilità. Prima della riforma del 2006 era pressoché unanime l'opinione secondo la quale, per vedersi accogliere l'istanza di fallimento, il ricorrente dovesse provare, oltre allo stato di insolvenza del debitore ed alla sua qualità di imprenditore commerciale, anche il fatto che quest'ultimo non fosse un piccolo imprenditore.

Successivamente all'intervento legislativo che ha introdotto i limiti dimensionali e nel silenzio della norma sul punto, le posizioni della giurisprudenza in ordine a tale specifico aspetto si erano - peraltro - notevolmente diversificate: mentre, infatti, da parte di alcuni Giudici⁹⁰ era stato affermato che costituisce onere del debitore dimostrare in sede di istruttoria prefallimentare i requisiti per l'esonero dalla dichiarazione di fallimento, ad avviso di altri⁹¹ avrebbe dovuto essere decretato il rigetto dell'istanza di fallimento qualora gli accertamenti disposti dal Tribunale e la documentazione prodotta dalle parti non avessero consentito di ritenere raggiunta la prova del superamento dei limiti dimensionali.

89 Cfr. G. Capo, op. cit. 68; Pajardi-Paluchowsky, Manuale, cit., 72; Ferro, in *La Legge fallimentare*, Padova, 2008, 56; Ibba, Sul presupposto soggettivo del fallimento, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 820; Zanelli, I requisiti di fallibilità tra giurisprudenza e riforma fallimentare, in *Il Fallimento*, 2008, 879; Badini Confalonieri, Onere probatorio del debitore sulla non assoggettabilità al fallimento, *ivi*, 48 e ss.; Schiano di Pepe, Il diritto fallimentare riformato (appendice di aggiornamento), Padova, 2008, 2.

90 Cfr. Tribunale Vicenza, 9 dicembre 2007, in www.dejure.it; Id., 10 maggio 2007, in www.ilcaso.it; Tribunale Pescara, 13 dicembre 2006, *ivi*; Tribunale Palmi, 2 ottobre 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, 247; sulla stessa linea si è posta peraltro anche la giurisprudenza di legittimità (Corte Cassazione, 22 maggio 2012, n. 13542, la quale richiama la carenza della norma (che stabilisce con chiarezza che spetta all'imprenditore-debitore dimostrare il possesso congiunto di requisiti dimensionali che escludano la sua fallibilità) con il principio di "prossimità delle prove" vigente nell'ordinamento, non essendo ragionevole né ammissibile porre a carico del creditore l'onere di allegare dati contabili (ed economici) a chi non ne ha la disponibilità e che si trovano, invece, nella piena disponibilità del debitore convenuto. Più di recente, in questo senso, Appello Catanzaro, 1 marzo 2011, in www.ilcaso.it, la quale ha precisato che nel procedimento prefallimentare grava sull'imprenditore del quale il fallimento viene chiesto l'onere di mostrare il mancato raggiungimento delle soglie dimensionali di cui all'art. 1 l. fall., senza che alcun contrario onere, anche di sola allegazione, possa ritenersi gravante sul creditore istante. Sul punto, cfr. *infra*.

91 Cfr. Tribunale Piacenza, 22 gennaio 2007, cit.; Tribunale Varese, 15 dicembre 2006, in *Il Fallimento*, 2007, 553 con nota di Montanari; Tribunale Napoli, 6 novembre 2006, *ivi*, 351.

Secondo un altro orientamento⁹² la qualifica di “imprenditore non piccolo”, per le società commerciali, avrebbe dovuto presumersi in quanto connotazione naturale della tipologia societaria e l'eventuale mancato superamento dei limiti dell'art. 1 essere allegato e provato dalla parte interessata; a ciò conseguiva che se la società debitrice non fosse comparsa e avesse omesso di adempiere all'obbligo di deposito dello stato patrimoniale aggiornato, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l. fall., tale mancata attivazione avrebbe dovuto assumere il senso di una rinuncia tacita del debitore a far valere l'eccezione. E' stato infatti precisato che nel sistema della legge fallimentare l'imprenditore commerciale è soggetto in linea generale ad essere dichiarato fallito (come si evince dalla formulazione letterale della prima parte dell'art. 1, comma 1, l. fall.) e la sottrazione a tale principio viene a configurarsi come eccezione in senso tecnico che deve essere sollevata da parte del debitore interessato; questi è dunque tenuto a provare gli elementi fondativi della situazione esimente fatta valere, con la conseguenza che l'attività di indagine del giudice non potrà prestarsi a supplire l'onere gravante sull'interessato⁹³. Le norme sul presupposto soggettivo, infatti, contengono due regole generali: la prima, costituita dal principio di fallibilità delle medie e grandi imprese (con esclusione di quelle soggette alla sola liquidazione coatta amministrativa o alla procedura di amministrazione straordinaria) e la seconda quella della non fallibilità delle piccole imprese. Il secondo comma dell'art. 1 l. fall., rispetto alla prima regola introduce una deroga, mentre rispetto alla seconda regola circoscrive ulteriormente la nozione di piccolo imprenditore non fallibile, escludendo dalla sfera di inoperatività della legge fallimentare (e quindi assoggettando al fallimento) quelle imprese che, pur lavorando in via esclusiva o principale con il lavoro proprio del titolare e dei familiari, abbiano tuttavia raggiunto i livelli di patrimonio, ricavi o indebitamento indicati dal secondo comma dell'art. 1. Posta quindi la regola generale di non fallibilità della piccola impresa, la delimitazione del suo ambito operata dalla legge speciale non può essere concepita, come per le medie imprese, alla stregua di fatto impeditivo (di natura meramente processuale, o sostanziale se si ritiene che la nuova disciplina fallimentare abbia attribuito al

⁹² Cfr. Tribunale Torino, 11 gennaio 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 319 con nota di Fabiani.

⁹³ Appello Milano, 29 giugno 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 1484.

creditore un diritto soggettivo al fallimento del proprio debitore - imprenditore insolvente), che spetta al debitore dimostrare per paralizzare l'azione del creditore. Al contrario, per le imprese non aventi le caratteristiche indicate dall'art. 2083 c.c., la regola generale di fallibilità impone al resistente, che contesti il superamento delle soglie, l'onere non solo di allegazione ma anche di prova del possesso congiunto dei requisiti in capo al resistente medesimo⁹⁴. Inoltre, la particolare natura dell'istruttoria prefallimentare rendeva necessario acquisire comunque - ed al di fuori della rigida ripartizione dell'onere di cui all'art. 2697 del codice civile - la prova che il soggetto nei cui confronti era presentata l'istanza di fallimento fosse un imprenditore che il legislatore riteneva "fallibile" e che, dunque, superasse i limiti dimensionali. Tale prova poteva essere acquisita indifferentemente per il tramite delle allegazioni del creditore istante, delle acquisizioni documentali disposte d'ufficio dal Tribunale o tramite le dichiarazioni o i riscontri documentali riconducibili al debitore.⁹⁵

Infine, è stato precisato⁹⁶ come il creditore avrebbe potuto limitarsi a dedurre la qualità imprenditoriale del debitore ai fini della sua fallibilità, mentre il debitore avrebbe avuto l'onere di dimostrare, fatta in ogni caso salva qualsiasi iniziativa officiosa del Tribunale fallimentare per accertare la reale dimensione dell'impresa.⁹⁷ Nel senso della sussistenza di un preciso onere probatorio a carico del debitore si era espressa anche altra giurisprudenza⁹⁸, secondo la quale a seguito dell'entrata in vigore del decreto di riforma del 2006, in difetto di prova dei requisiti dimensionali, avrebbe dovuto ritenersi che la debitrice avesse superato i suddetti limiti e non potesse qualificarsi piccolo imprenditore "non fallibile". Con riferimento a tale aspetto, il Legislatore ha portato quella necessaria chiarezza in occasione dell'intervento correttivo posto in essere con il D. Lgs. n. 169/2007, prevedendo espressamente a carico del debitore l'onere di provare la sua qualità di imprenditore commerciale non soggetto a fallimento, mediante la dimostrazione del possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità. A seguito di tale

94 Tribunale Salerno, 7 aprile 2008, in www.ilcaso.it.

95 Cfr. Tribunale Piacenza, 22 gennaio 2007, cit.

96 Cfr. Tribunale Firenze, 31 gennaio 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 591.

97 Cfr. Tribunale Roma 10 maggio 2007, in *Dir. Fall.*, 2008, 2.

98 Cfr. Appello Milano, 29 giugno 2007, cit.

chiara soluzione parte della giurisprudenza – tuttavia - ha ritenuto di dover sollevare una questione di legittimità dell'art. 1 l. fall. nella parte in cui prevedeva che il debitore fosse chiamato a dimostrare la causa di esonero dalla fallibilità, per contrasto con gli artt. 3 e 76 della Costituzione⁹⁹. È stato infatti sostenuto che, quantunque il criterio distributivo dell'onere della prova adottato dal Legislatore del 2007 fosse in linea con il disposto dell'art. 2697 del codice civile e con il principio correlato della “prossimità della prova”, la scelta legislativa appariva in evidente contrasto con il principio enunciato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 570 del 1989 che aveva ritenuto necessario un discrimine oggettivo tra l'imprenditore fallibile e quello non fallibile, giacché si faceva dipendere la dichiarazione di fallimento da un comportamento del debitore (tipicamente l'inerzia), non necessariamente correlato alla natura ed importanza dell'attività economica e dei mezzi impiegati né sussisteva un rapporto con le ripercussioni economiche della dichiarazione di fallimento sull'intero sistema. In buona sostanza, il lamentato contrasto con l'art. 3 della Carta fondamentale sarebbe derivato dalla circostanza per cui l'attribuzione in capo al debitore dell'onere di provare la sua non assoggettabilità a fallimento avrebbe finito per rendere sostanzialmente il debitore stesso l'arbitro effettivo della lite, essendogli di fatto consentito di scegliere se ed in che misura fallire¹⁰⁰. Tali incoerenze si verificavano, tra l'altro, in un campo in cui la rilevanza pubblicistica degli interessi in gioco non giustificava il ricorso all'art. 2697 del codice civile ed anzi poneva uno specifico problema rispetto all'imprenditore che, in ipotesi di fallimento “*in proprio*”, avrebbe finito con il disporre del diritto a fallire.

Relativamente al contrasto con l'art. 76 della Carta fondamentale, era stato denunciato il rischio di una potenziale crescita del numero dei fallimenti, in palese spregio alla direttiva di semplificazione recata dalla legge delega.

La Corte costituzionale¹⁰¹ escludeva il lamentato contrasto con il richiamato art. 76, ritenendo che i criteri dimensionali introdotti dalla riforma fossero sufficientemente oggettivi da de-

⁹⁹ Cfr. Tribunale Napoli, ordinanze 16 maggio e 21 luglio 2008, in Corr. Merito, 2008, 1017, ed in *Il Fallimento*, 2008, 1445 con nota di Vacchiano.

¹⁰⁰ Cfr. Tribunale Napoli, 16 maggio 2008, cit.

¹⁰¹ Cfr. Corte Cost., 1 luglio 2009, n. 198, in *Foro It.*, 2009, I, 2576.

terminare una semplificazione del procedimento secondo le direttive della legge delega, e dichiarava al contempo inammissibile la distinta questione sollevata rispetto al contrasto con l'art. 3 l. fall.; osservava, a tale proposito, come nella materia fallimentare vi sia un ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso Organo giudicante, desumibile tanto dall'art. 15 l. fall., il cui prudente e consapevole uso 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, quanto dall'art. 22 l. fall.; tale ultima norma, sancendo la possibilità di proporre gravame avverso il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento da parte dei creditori ricorrenti e da parte del pubblico ministero, prevede, al quarto comma, che l'accoglimento del reclamo determina la rimessione degli atti al Tribunale salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari.

Successivamente alla pronuncia della Corte si è andato consolidando l'orientamento secondo cui il Tribunale può dichiarare il fallimento solo dopo aver valutato tutti gli elementi a di-

sposizione, compresi quelli acquisiti all'esito dell'eventuale ricorso ai poteri istruttori officiosi¹⁰², anche nell'ipotesi in cui permanga l'incertezza in ordine alla sussistenza dei requisiti dimensionali del debitore¹⁰³.

In tale prospettiva interpretativa si è quindi ritenuto¹⁰⁴ che la soglia di indebitamento prevista dall'art. 1 l. fall. si configura non quale fatto impeditivo, ma alla stregua di una condizione obiettiva di procedibilità che dev'essere oggetto di rilevazione in ogni caso, in base agli atti acquisiti per l'accertamento dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall., senza che vi sia spazio per l'applicazione dell'onere della prova quale regola di giudizio per il caso di dubbio.

Quanto alle perplessità sollevate dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Napoli poco sopra richiamata in ordine ad una ritenuta disponibilità del "diritto a fallire" da parte del debitore in caso di richiesta di fallimento in proprio, v'è da soggiungere

102 Appello Catanzaro, 22 luglio 2013, in www.ilcaso.it, precisa che permane un ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso Organo giudicante atteso che significative parti della complessiva normativa in materia varrebbero a smentire l'assunto secondo il quale la vigente disciplina attribuirebbe al fallendo la prova della sua non assoggettabilità al fallimento, videntando al Giudice la possibilità di acquisire *aliunde* ovvero tramite l'apporto probatorio delle altre parti del procedimento gli elementi necessari per verificare la sussistenza dei requisiti richiesti. In senso analogo, v. Corte Cassazione, 5 novembre 2010, n. 22546. Nel medesimo senso, Tribunale Rimini, 7 maggio 2015, in www.ilcaso.it, secondo cui in tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, l'art. 1, secondo comma, l. 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 residuo 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, l. 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. fall., assumere mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ex art. 18 l. fall.; 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. Sul punto, cfr. anche Corte Cassazione, 23 luglio 2010, n. 17281.

103 Cfr. Tribunale Sulmona, 20 maggio 2010, in *Il Fallimento*, 2011, 1297; Tribunale Varese, 9 gennaio 2007, in *Foro It.*, 2007, I, 603.

104 Appello Torino 11 novembre 2009, in *Il Fallimento*, 2010, 376. Parla di circostanza ostativa alla dichiarazione di fallimento Vitiello, *La fase che precede il fallimento*, cit.

come la fattispecie sia giunta all'esame di altri Giudici di merito i quali hanno puntualizzato che in tal caso il debitore istante è tenuto a provare sia di trovarsi in stato di insolvenza, atteso che l'istanza di fallimento in proprio non può avere in sé alcuna valenza confessoria (avendo il fallimento ad oggetto diritti indisponibili), sia di non rientrare nelle ipotesi di esenzione previste dall'art. 1 l. fall.; con riferimento a quest'ultimo profilo, infatti, il meccanismo probatorio previsto dall'articolo appena richiamato subisce un vero e proprio rovesciamento, onerando la parte che richiede il proprio fallimento di fornire la dimostrazione di essere impresa assoggettabile alla procedura di liquidazione concorsuale¹⁰⁵. Un preciso onere probatorio è stato – peraltro – individuato a carico del debitore da parte di altra giurisprudenza, affermando che la prova dell'inammissibilità del fallimento per la sussistenza di tutti i parametri fissati dall'art. 1, comma 2, l. fall. incombe sul debitore nei cui confronti è stata presentata l'istanza, con la conseguenza che i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, pur non avendo valore di prova legale, costituiscono la base documentale imprescindibile per la relativa valutazione sicché la loro mancata produzione non può che risolversi in danno del debitore, a meno che la prova dell'inammissibilità del fallimento non possa desumersi da documenti altrettanto significativi¹⁰⁶, fra i quali non rientrano tuttavia i dati fiscali non ufficiali, in quanto non prodotti dai competenti uffici tributari¹⁰⁷. Si è in particolare precisato¹⁰⁸ che il mancato superamento dei limiti dimensionali soggettivi ed oggettivi, fissati dall'art. 1 l. fall., che la parte interessata (debitore) – cui incombeva l'onere probatorio sulla insussistenza dei requisiti di fallibilità – non ha minimamente affrontato, esonera da qualunque altra discussione sul punto.

Nello stesso senso si è evidenziato come, nel procedimento per dichiarazione di fallimento, gravi sull'imprenditore del quale

105 Tribunale Monza, 24 settembre 2010, in www.ilcaso.it.

106 “Ai fini dell'accertamento dei requisiti quantitativi di cui al comma 2 dell'art. 1 l. fall., sono pienamente utilizzabili le dichiarazioni dei redditi fiscali e più precisamente i Modelli Unici IVA-Redditi” (Tribunale Napoli, 21 aprile 2010, in www.ilcaso.it).

107 Tribunale Sulmona, 11 novembre 2010, in www.ilcaso.it, la quale ha peraltro precisato come la sopravvenuta carenza dei presupposti di fallibilità non impedisca di pervenire ad una dichiarazione di fallimento qualora i presupposti stessi risultino dalla dichiarazione fiscale ritualmente presentata relativa all'esercizio immediatamente precedente.

108 Cfr. Appello Bari, 23 agosto 2013, in www.ilcaso.it.

il fallimento viene chiesto l'onere di mostrare il mancato raggiungimento delle soglie dimensionali di cui all'articolo 1, l. fall., senza che alcun contrario onere, anche di sola allegazione (peraltro assolto con la stessa presentazione dell'istanza di fallimento), possa ritenersi gravante sul creditore istante. 109

In altra occasione – nel ribadire come l'onere della prova in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti di fallibilità di cui all'articolo 1, comma 2, legge fallimentare debba essere assolto mediante la produzione dei libri contabili che l'imprenditore commerciale è obbligato a tenere secondo quanto prescritto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile, ai quali soltanto la legge attribuisce un particolare valore probatorio, autorizzando il giudice a trarre da essi elementi di prova anche a favore dell'imprenditore - si è precisato che per quanto riguarda le imprese individuali e la società di persone non tenute al deposito dei bilanci, esse dovranno assolvere l'onere probatorio in questione mediante documenti che nella sostanza tengano luogo di veri e propri bilanci redatti in modo da consentire l'accesso a una chiara, trasparente, completa e intellegibile rappresentazione della situazione economica, finanziaria e contabile dell'impresa; in mancanza di detti documenti il giudice potrà liberamente valutare l'affidabilità della documentazione prodotta e la sua congruità alla luce di tutte le circostanze del caso¹¹⁰. La possibilità di provare, in modo diverso dalla produzione delle scritture contabili il mancato superamento delle soglie di fallibilità è stata sancita da parte della giurisprudenza di merito¹¹¹, la quale ha evidenziato come qualora le ridotte dimensioni dell'impresa risultino da altre circostanze, l'omesso deposito del bilancio (rile-

109 Cfr. Appello Catanzaro, 1 marzo 2011, in www.ilcaso.it; nello stesso senso cfr. Tribunale Padova, 8 febbraio 2011, ivi, secondo cui è onere dell'imprenditore commerciale dimostrare il possesso congiunto dei parametri di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), b) e c) l. fall. per la non assoggettabilità a fallimento, fermo restando che il superamento anche di uno solo dei predetti parametri è idoneo a realizzare il requisito soggettivo per l'assoggettabilità alla procedura concorsuale.

110 Tribunale Novara, 23 giugno 2011, in www.ilcaso.it. Secondo la Corte Appello Torino, 7 ottobre 2010, ivi, l'opzione per la contabilità semplificata – effettuata dall'imprenditore a proprio rischio, posto che costituisce una conclamata eccezione al principio generale valido sul piano civilistico e tributario dell'obbligatorietà delle scritture contabili – ha sicuramente efficacia sul piano tributario, ma è del tutto irrilevante su quello civilistico. Pertanto, l'impossibilità per l'imprenditore di assolvere all'onere di provare i fatti impeditivi di cui all'art. 1, l. fall., sulla base delle scritture contabili obbligatorie deriva da una scelta insindacabile.

111 Cfr. Appello Torino, 9 maggio 2011, in www.ilcaso.it.

vante sotto altri profili) non comporta di per sé il mancato assolvimento da parte dell'imprenditore dell'onere di provare di essere al di sotto delle soglie di fallibilità di cui all'articolo 1. In tale prospettiva - che consente di dimostrare l'insussistenza dei presupposti ricavabili anche da elementi diversi dalla mera contabilità - si colloca anche quel filone di lettura 112 il quale ha ricordato sia che al Tribunale non può ritenersi consentito fondare il proprio giudizio su dati fiscali non ufficiali, in quanto non prodotti ai competenti uffici tributari, sia che i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile per la dimostrazione che il debitore ha l'onere di fornire al fine di sottrarsi alla dichiarazione di fallimento, sicché la loro mancata produzione non può che risolversi in danno del debitore stesso, sia infine come la prova dell'inammissibilità del fallimento possa desumersi da documenti altrettanto significativi.

Su tale aspetto è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità la quale ha chiarito come l'art. 1 l. fall., nella formulazione successiva al 1 gennaio 2008, ponga a carico del debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento, così gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto dei parametri prescritti, mentre il potere di indagine officiosa è residuo in capo al Tribunale, pur dopo l'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio, nei soli limiti dei fatti dedotti dalle parti 113, risolvendosi dunque in una valutazione circa la completezza o meno del materiale probatorio fornito, l'individuazione di quello utile alla definizione del procedimento nonché la sua concreta acquisibilità e rilevanza ai fini della decisione. 114

112 Cfr. Tribunale Sulmona, 11 novembre 2010, in www.ilcaso.it.

113 Cfr. Corte Cassazione, 23 luglio 2010, n. 17281, cit. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Appello L'Aquila, 15 luglio 2011, *Il Fallimento*, 2011, 1368 e Tribunale Sulmona, 11 novembre 2010, *ivi*, 248.

114 In giurisprudenza di merito, si veda nello stesso senso Appello Terni, 24 giugno 2010, in *Il Fallimento*, 2010, 1215, ad avviso della quale l'istanza di fallimento deve essere decisa dal Tribunale sulla base dell'intero materiale probatorio prodotto dalle parti e acquisito d'ufficio, mentre l'onere della prova posto a carico dell'imprenditore dall'art. 1 l. fall. è destinato ad operare come regola di giudizio suppletiva, per il caso in cui il materiale acquisito non consenta di accertare il reperimento o meno delle soglie di fallibilità.

Le argomentazioni utilizzate prima dell'entrata in vigore del "decreto correttivo" sono state riprese, da parte di altra giurisprudenza¹¹⁵, nello specificare come l'art. 1 l. fall., nella formulazione del correttivo, aderendo al c.d. *principio di prossimità della prova*, abbia posto a carico del debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento, gravandolo della dimostrazione del non superamento dei parametri dimensionali ivi previsti, ed escludendo quindi la possibilità di ricorrere al criterio sancito nella norma sostanziale contenuta nell'art. 2083 cod. civ., il cui richiamo da parte dell'art. 2221 cod. civ. (che consacra l'immanenza dello statuto dell'imprenditore commerciale al sistema dell'insolvenza, salve le esenzioni ivi previste), non spiega alcuna rilevanza¹¹⁶. All'indomani dell'entrata in vigore del c.d. "decreto correttivo" (e quindi dopo il primo gennaio 2008), deve ritenersi pertanto maggioritario quell'orientamento che individua un vero e proprio onere della prova a carico del debitore di provare l'insussistenza dei presupposti di fallibilità cui consegue – in caso di incertezza – il fallimento, il possibile intervento d'ufficio del Tribunale solo considerando alla stregua di una mera eventualità¹¹⁷. Era stato infatti sostenuto sul punto che nel sistema della legge fallimentare l'imprenditore commerciale è soggetto in linea generale ad essere dichiarato fallito come si evince dalla formulazione letterale della prima parte dell'art. 1,

115 Cfr. Corte Cassazione, 15 novembre 2010, n. 23052, in *Il Fallimento*, 2011, 668, con nota di De Santis, Ancora sugli oneri della prova nel processo fallimentare, ivi, 669; cfr. altresì Appello Firenze 22 febbraio 2010, ivi, 2010, secondo cui l'art. 1 l.f. pone a carico dell'imprenditore l'onere della prova relativamente all'esistenza di elementi ostativi alla dichiarazione di fallimento, mentre il tribunale ha una mera funzione di accertamento rispetto alla sussistenza dei presupposti formali; nell'ambito della sua funzione istruttoria, il tribunale ha l'obbligo di valutare gli elementi che comunque emergano dalla documentazione in atti che evidenzino, *ictu oculi*, la sussistenza degli elementi ostativi alla declaratoria fallimentare, fermo restando che l'ulteriore istruttoria non è affatto obbligatoria, perché grava esclusivamente sulla parte; cfr. Appello Campobasso 5 dicembre 2011, secondo cui per il principio di *prossimità della prova* è il debitore che deve provare di essere esente dal fallimento, nonché Appello L'Aquila 29 novembre 2011, in *Il Fallimento*, 2012, 683, con nota di Canazza, op. cit. 689, per il quale i requisiti dimensionali, nel sistema dell'art. 1 l.fall., costituiscono dei fatti impeditivi, la cui prova ragionevolmente grava sul debitore per il principio della "vicinanza della prova".

116 Cassazione 28 maggio 2010, in www.ilcaso.it, la quale ha precisato come attualmente, essendo affidata la figura dell'imprenditore fallibile affidata a parametri soggettivi, la qualifica di piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c. rimane indifferente.

117 Di recente sul punto, Tribunale Rimini, 7 maggio 2015, in www.ilcaso.it.

comma 1, l. fall. e la sottrazione a tale principio viene a configurarsi come eccezione in senso tecnico da formularsi da parte del debitore interessato il quale pertanto è tenuto a provare gli elementi fondativi della situazione esimente fatta valere, con la conseguenza che l'attività di indagine del giudice non può prestarsi a supplire l'onere gravante sull'interessato¹¹⁸. In tale prospettiva si è quindi affermato che, quando permanga un'incertezza sostanziale in ordine alla fallibilità, dovrà dichiararsi il fallimento non avendo il debitore assolto all'onere di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti dell'art. 1 l. fall. 119; ad analoga conclusione si è giunti argomentando sulla natura inquisitoria del procedimento e degli interessi pubblicistici connessi alla natura delle procedure concorsuali.¹²⁰

Alcune pronunzie - in applicazione del già richiamato principio di "vicinanza della prova" - hanno invece evidenziato maggiormente la possibilità di un intervento d'ufficio del Tribunale, affermando che se comunque grava sul ricorrente l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa e sul debitore incombe l'onere di provare i fatti impeditivi ed in concreto la sussistenza dei requisiti dimensionali che delimitano la "no failure zone", allo stesso tempo il Tribunale può esercitare poteri d'indagine officiosa, perché: "a) dopo aver disposto che il fallendo depositi il bilancio degli ultimi tre esercizi nonché una situazione economico-patrimoniale e finanziaria aggiornata, può richiedere informazioni urgenti ai sensi dell'art. 15, comma 4, l. fall., b) il giudice relatore può provvedere all'ammissione ed all'espletamento di mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 15, comma 6, c) i dati relativi all'ammontare dei ricavi lordi nel triennio antecedente al deposito dell'istanza di fallimento sono utilizzabili, "in qualunque modo risulti", ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b, l. fall., d) in sede di reclamo la corte d'appello può assumere ogni mezzo che reputi necessario ai fini della decisione, ai sensi dell'art. 18, comma 10, l. fall."¹²¹ Si afferma, peraltro¹²², che il ruolo di supplenza riconosciuto al Tribunale, volgendo a colmare le lacune delle parti e pur non essendo rimesso a presupposti vincolanti, deve essere

118 In questi termini, Appello Milano, 29 giugno 2007, in www.ilcaso.it.

119 Tribunale Roma, 2 agosto 2010, in *Il Fallimento*, 2011, 119.

120 Tribunale Udine, 13 maggio 2011, in *Il Fallimento*, 2011, 1247.

121 Tribunale Terni, 4 luglio 2011, cit.

122 Tribunale Rimini, 23 aprile 2015, in www.ilcaso.it.

necessariamente limitato ai fatti da queste dedotti quali allegazioni difensive e postula una valutazione del giudice di merito circa l'incompletezza del materiale probatorio, l'individuazione di quello utile alla definizione del procedimento nonché la sua concreta acquisibilità e rilevanza decisoria. Riprova ne è il fatto che, allo stato, il potere del Tribunale di disporre d'ufficio "accertamenti necessari" e "mezzi istruttori" è esercitabile soltanto nel contraddittorio tra le parti (salve le informazioni urgenti) quale misura integrativa dei mezzi di prova rimessi alle parti stesse (commi 4 e 6 dell'art. 15 l. fall.) ovvero di elementi comunque già acquisiti agli atti¹²³. La natura officiosa del procedimento di istruzione prefallimentare impone infatti al Tribunale unicamente di attingere elementi di giudizio dagli atti e dagli elementi acquisiti, anche indipendentemente da una specifica allegazione della parte debitrice, senza che, peraltro, il Giudice debba trasformarsi in un autonomo organo di ricerca della prova¹²⁴. Tale ultima soluzione, che prevede un generale onere probatorio a carico del debitore, con la possibilità per il Tribunale di effettuare in ogni caso accertamenti d'ufficio, è stata condivisa anche da parte di talune Corti di Appello¹²⁵ secondo le quali spetta al debitore in via d'eccezione dimostrare la prova dell'assenza dei requisiti dimensionali, ferma restando la possibilità per il Tribunale di utilizzare i propri poteri officiosi per verificare la ricorrenza dei requisiti dimensionali. A tal fine occorrerà considerare che l'esenzione per gli imprenditori individuali e le società di persone di determinate dimensioni di istituire i libri contabili a fini fiscali, non comporta altresì la facoltatività dell'istituzione ai fini contabili e fallimentari. La sussistenza di un preciso onere probatorio a carico del debitore è stata sottolineata anche da parte della giurisprudenza di legittimità,¹²⁶ la quale ha precisato come l'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento, dopo la riforma, appaia connotata da un effetto devolutivo pieno con la conseguenza che non

123 Tribunale Pistoia, 14 novembre 2014, in www.ilcaso.it.

124 Corte Cassazione, 21 marzo 2016, n. 5516; Id., 15 gennaio 2016, n. 625; Id., 20 agosto 2004, n. 16356.

125 Appello. Torino, 12 aprile 2012, in *Il Fallimento*, 2012, 1440, con nota di Stasi e Appello Firenze, 22 febbraio 2010, come cfr. in Maffei Alberti, Op. cit., 21.

126 Corte Cassazione, 6 giugno 2012, n. 9174 e 24 maggio 2012, n. 8227. Il principio è stato anche di recente riaffermato da Corte Cassazione, sentenze 24 marzo 2014, n. 6835 e 15 marzo 2014, n. 6306.

valgono le limitazioni degli artt. 342 e 345 del codice di procedura civile e il fallito, benché non costituito in primo grado, può indicare successivamente i mezzi di prova di cui intende avvalersi per dimostrare l'insussistenza dei presupposti del fallimento. Tuttavia, siccome il reclamo deve contenere comunque l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni, solo entro tali limiti la Corte d'Appello può riesaminare la decisione del Tribunale, non potendo essere messi in discussione i punti di detta sentenza (ed i fatti già accertati in primo grado) sui quali il reclamante non abbia sollevato censure di sorta. Ne deriva che non è possibile revocare il fallimento valorizzando il mancato esercizio di un'attività produttiva negli ultimi tre anni, laddove il tribunale abbia valutato per dichiarare il fallimento gli ultimi tre anni di attività effettiva, se non vi sia stato reclamo sul punto.

4. Le modalità di assolvimento dell'onere probatorio a carico del debitore

L'onere della prova sul requisito dell'art. 1 l. fall. dev'essere assolto mediante la produzione dei libri contabili che l'imprenditore commerciale è obbligato a tenere ai sensi dell'art. 2214 e ss., del codice civile¹²⁷, mentre l'imprenditore individuale e la società di persone sono tenuti a depositare tutti i documenti contabili che consentano l'accesso ad una chiara, trasparente, completa ed intellegibile rappresentazione della situazione economica, finanziaria e contabile dell'impresa¹²⁸. Il riferimento al

¹²⁷ Appello Torino, 15 giugno 2010, in www.ilcaso.it.

¹²⁸ Tribunale Novara, 23 giugno 2011 cit., che così precisa: *“L'onere della prova in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti di fallibilità di cui all'articolo 1, comma 2, legge fallimentare deve essere assolto mediante la produzione dei libri contabili che l'imprenditore commerciale è obbligato a tenere secondo quanto prescritto dagli articoli 2214 e seguenti c.c., ai quali soltanto la legge attribuisce un particolare valore probatorio, autorizzando il giudice a trarre da essi elementi di prova anche a favore dell'imprenditore. Per quanto riguarda le imprese individuali e la società di persone non tenute al deposito dei bilanci, esse saranno, tuttavia, tenute ad assolvere all'onere probatorio in questione mediante documenti che nella sostanza tengano luogo di veri e propri bilanci redatti in modo da consentire l'accesso a una chiara, trasparente, completa e intellegibile rappresentazione della situazione economica, finanziaria e contabile dell'impresa; in mancanza di detti documenti il giudice potrà liberamente valutare la*

bilancio di esercizio è contenuto nella Relazione ministeriale al decreto di riforma del 2006 e trova spiegazione non solo nella considerazione della agevole accertabilità in sede prefallimentare dei dati nel medesimo indicati, ma anche nella generale conoscibilità di tali dati, oltre che nel carattere vincolante dei criteri di valutazione dettati dal legislatore, in corrispondenza peraltro dei principi contabili elaborati dall'Organismo Italiano di Contabilità¹²⁹. Ai fini della verifica dei presupposti per la dichiarazione di fallimento di cui all'art. 1 l. fall. non è, pertanto, rilevante il riferimento alle risultanze della sola dichiarazione dei redditi. In giurisprudenza¹³⁰ è stato ritenuto assolto l'onere probatorio da parte della Società di persone che abbia prodotto in sede di reclamo una parte delle scritture contabili non tenute regolarmente le quali siano comunque idonee a ricostruire le reali dimensioni dell'impresa. Nello stesso senso, ispirato ad una certa libertà della prova, si è precisato¹³¹ che il tipo di contabilità semplificata prescelta dall'imprenditore non impedisce che quest'ultimo possa assolvere comunque all'onere probatorio, giacché anche dalla suddetta contabilità possono trarsi elementi che, approfonditi dal giudice con l'esercizio di poteri istruttori officiosi, possono condurre all'effetto perseguito dal legislatore di evitare fallimenti antieconomici. In senso difforme, è stato rilevato come la scelta di tenuta della contabilità in forma semplificata, effettuata dall'imprenditore a proprio rischio, ha sicuramente efficacia sul piano tributario, ma è del tutto irrilevante su quello civilistico, da ciò derivando che l'impossibilità per l'imprenditore di assolvere all'onere di provare i fatti impeditivi di cui all'art. 1, l. fall. sulla base delle scritture contabili obbligatorie deriva da una sua scelta insindacabile¹³². Rigoroso è stato l'orientamento di altra giurisprudenza la quale ha affermato che la produzione dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento *ex art. 1, comma 2, lett. a) e b), l. fall.*, non può ritenersi sufficiente di per sé a dimostrare la non fallibilità dell'imprenditore, giacché dev'essere depositata la situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata, prescritta dall'art. 15,

affidabilità della documentazione prodotta e la sua congruità alla luce di tutte le circostanze del caso".

129 Corte Cassazione, 16 giugno 2016, in www.ilcaso.it.

130 Appello Cagliari, 8 giugno, 2011, in www.osservatorio-oci.org.

131 Appello Bari, 25 gennaio 2010, in www.osservatorio-oci.org.

132 Appello Torino, 7 ottobre 2010, in www.ilcaso.it.

comma 4, l. fall., ai fini della prova del presupposto di cui alla lett. c), ed il Tribunale può acquisire anche d'ufficio altra documentazione che consenta la valutazione dell'attendibilità dei dati esposti in bilancio.¹³³

In tale prospettiva di rigore si colloca anche quella decisione¹³⁴ che ha ritenuto non assolto l'onere probatorio, nell'ipotesi in cui l'imprenditore individuale, al fine di comprovare il possesso dei requisiti di esenzione dal fallimento previsti dalla norma, produca in giudizio le dichiarazioni dei redditi inviate per via telematica oltre i termini prescritti dalla normativa di settore ovvero predisposte e depositate in epoca successiva alla pendenza del ricorso per la dichiarazione di fallimento. È stato per converso ritenuto che – ove le ridotte dimensioni dell'impresa risultino da altre circostanze – l'omesso deposito del bilancio, sempre rilevante sotto altri profili, non comporta di per sé il mancato assolvimento da parte dell'imprenditore dell'onere di provare di essere al di sotto della soglia di fallibilità¹³⁵. È stata ritenuta altresì necessaria la produzione delle visure catastali, di conservatoria immobiliare e del PRA, documenti utili al fine di verificare la consistenza delle immobilizzazioni materiali¹³⁶. Si è ancora affermato¹³⁷ che il debitore dev'essere dichiarato fallito in virtù della regola suppletiva di giudizio dell'art. 1 l. fall., quando il materiale probatorio a disposizione del giudice, proveniente dalle parti o acquisito d'ufficio, non sia idoneo a dimostrare la sussistenza delle condizioni di esclusione del medesimo debitore previste dall'art. 1, comma 2, lett. a), b) e c). Un caso interessante ha riguardato la reiezione di una istanza di fallimento a seguito del deposito, da parte della resistente-debitrice nel corso dell'istruttoria prefallimentare, dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi ritualmente depositati presso la Camera di Commercio. Da questi emergeva l'inesistenza dei requisiti dimensionali richiesti dall'art. 1 l. fall., laddove l'esistenza di tali requisiti risultava dai bilanci allegati dal creditore alla domanda di fallimento che peraltro non erano mai

133 Tribunale Terni, 24 giugno 2010, in www.osservatorio-oci.org.

134 Appello Napoli, 24 marzo 2009, in www.osservatorio-oci.org.

135 Appello Torino, 9 maggio 2011, in www.ilcaso.it.

136 Tribunale Napoli, 21 aprile 2010, in www.ilcaso.it.

137 Tribunale Terni, 2 febbraio 2010, in www.osservatorio-oci.org.

stati né approvati né depositati, non rappresentando correttamente la situazione economica e patrimoniale della Società¹³⁸.

Un aspetto particolare, che merita di essere segnalato, attiene al c.d. “*effetto devolutivo pieno*” che si verifica nel procedimento di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento.

La disciplina vigente è quella risultante dalla modifica operata con il D. Lgs. n. 169 del 2007, che è intervenuto anche sull'art. 18 l. fall., denominando “reclamo” l'impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, che prima era chiamata “appello”. Questo mezzo di gravame, in coerenza con la natura camerale dell'intero procedimento, viene a caratterizzarsi, per la sua specialità, da un effetto devolutivo “pieno” e non assoggettabile ai limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 del codice di procedura civile, pur attenendo il reclamo ad un provvedimento decisorio¹³⁹. Il che consente al fallito, anche nei casi in cui non si sia costituito avanti il Tribunale nel procedimento prefallimentare, di indicare in sede di reclamo, anche per la prima volta, gli eventuali fatti a sua difesa, le circostanze ed i mezzi di prova dei quali intenda valersi al fine di sindacare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi che hanno condotto alla dichiarazione di fallimento¹⁴⁰, purché beninteso si tratti di elementi di fatto già esistenti al momento della dichiarazione di fallimento. Dal canto suo, il Giudice investito della trattazione del reclamo ha la facoltà di esercizio dei poteri officiosi previsti dall'art. 18, comma 10, l. fall., per l'esame di tutti i temi di indagine oggetto di doglianza, anche ove (e purché) attinenti a fatti anteriori non allegati nel corso del procedimento di primo grado¹⁴¹, con il solo limite rappresentato dalla impossibilità di valutare d'ufficio la ricorrenza di quei presupposti di fallibilità, oggettivi o soggettivi, che non siano stati in contestazione tra le parti e che pertanto possano ritenersi positivamente sussistenti. Il reclamo, infatti, deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui l'impugnazione si basa, con le relative conclusioni, e dunque solo entro tali limiti il Giudice del reclamo potrà riesaminare la decisione del Tribunale, senza che possano

138 Tribunale Padova, 4 aprile 2014, in www.ilcaso.it.

139 Corte Cassazione, 24 maggio 2012, n. 8227, in *Il Fallimento*, 2012, 1185 e ss.

140 Corte Cassazione, 31 maggio 2017, n. 13746; Corte Costituzionale, 18 maggio 2016, in www.ilcaso.it.

141 Corte Cassazione, 28 marzo 2017, in www.ilcaso.it.

essere messi in discussione i punti di quest'ultima sui quali la parte reclamante non abbia sollevato eccezioni o doglianze nell'atto introduttivo del gravame¹⁴². L'effetto devolutivo pieno, infatti, non implica che sia sufficiente ed idonea a provocare il secondo giudizio una mera richiesta di riesame, persino senza enunciazione dei motivi, da ciò conseguendo che, pur risultando attenuato il requisito di cui all'art. 342 del codice di procedura civile, rimane in ogni caso inammissibile la deduzione di motivi di impugnazione nuovi e diversi rispetto a quelli tempestivamente adottati con l'atto introduttivo del reclamo¹⁴³.

5. La fattispecie particolare della società in liquidazione e la computabilità del periodo di liquidazione per la determinazione del triennio

Un caso frequente nella pratica è quello relativo alla società in liquidazione volontaria, la quale, proprio in considerazione della fase in cui si trova, spesso non integra i presupposti di fallibilità; ci si è pertanto domandato se il triennio debba decorrere a ritroso dalla presentazione del ricorso di fallimento o dalla messa in liquidazione della società.

Secondo una parte della giurisprudenza¹⁴⁴ non devono considerarsi come esercizi di riferimento quelli antecedenti al deposito dell'istanza di fallimento, bensì i tre esercizi antecedenti alla messa in liquidazione della società. Nello stesso senso si è precisato che al fine di stabilire se una società in liquidazione sia assoggettabile al fallimento, il requisito dimensionale relativo ai ricavi lordi conseguiti negli ultimi tre anni va riferito al periodo di attività e non a quello di inattività conseguente allo stato di liquidazione, poichè diversamente, si arriverebbe ad

142 Corte Cassazione, 28 ottobre 2010, in www.ilcaso.it.

143 Corte Cassazione, 13 giugno 2014, in www.ilcaso.it, la quale ha confermato la decisione di appello che aveva a sua volta escluso l'ammissibilità della memoria contenente motivi aggiunti e depositata successivamente al ricorso introduttivo del procedimento di reclamo.

144 Tribunale Reggio Calabria, 8 giugno 2010, in *Il Fallimento*, 2010, 1335 e in www.osservatorio-oci.org.

escludere dal fallimento anche imprenditori di rilevanti dimensioni¹⁴⁵. Si è precisato al proposito che, ove l'attività imprenditoriale abbia avuto durata inferiore al triennio, al fine di stabilire se siano stati superati i parametri stabiliti dall'art. 1 l. fall., si deve avere riguardo ai ricavi lordi realizzati dall'inizio dell'attività e cioè a quelli maturati dall'impresa nel corso del suo effettivo e normale esercizio stante il collegamento posto dalla norma fra la durata e l'attività, mentre non si potrà tener conto del successivo periodo in cui la società è stata posta in liquidazione attesa la diversa natura di tale fase di esistenza dell'impresa cui non può attribuirsi valore indicativo delle sue reali dimensioni¹⁴⁶. Secondo una diversa lettura¹⁴⁷, peraltro ispirata a pregnanti esigenze di rispetto della *ratio* della norma, il periodo triennale ai fini della valutazione della fallibilità andrebbe riferito anche nel caso delle imprese in liquidazione ai tre esercizi anteriori alla data dell'istanza di fallimento e non dal precedente momento della cessazione - anche di fatto - dell'attività imprenditoriale. Nello stesso senso si colloca anche quella giurisprudenza secondo cui non può essere dichiarato il fallimento di una società in liquidazione la quale, nell'ultimo triennio, non abbia emesso alcuna fattura e non abbia svolto alcuna attività, posto che il superamento della soglia dei ricavi lordi e degli investimenti dev'essere guardato con riferimento agli ultimi tre esercizi antecedenti all'istanza di fallimento e senza riferimento all'attività precedente la fase di liquidazione¹⁴⁸. La norma positiva, dal canto suo, individua espressamente il momento dal quale far decorrere a ritroso i tre anni di esercizio, nella data di deposito dell'istanza di fallimento.

Si è quindi precisato che, a seguito dell'intervento correttivo del 2007, la norma non opera alcun distinguo per cui i tre anni di esercizio dovranno essere computati a ritroso dalla data di presentazione dell'istanza di fallimento anche con riferimento alle società che abbiano cessato l'attività o siano state poste in liquidazione e non dal precedente momento di conclusione di fatto

¹⁴⁵ Tribunale Taranto, 19 marzo 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 591; in tal senso cfr. anche Appello Milano, 30 agosto, 2007, cit., secondo la quale, al fine di stabilire se un'impresa sia assoggettabile al fallimento, bisogna fare riferimento ai risultati degli ultimi tre esercizi antecedenti l'istanza di fallimento senza poter segmentare l'attività della società in fase di attività, inattività e liquidazione.

¹⁴⁶ Tribunale Mantova, 8 maggio 2007, in *www.ilcaso.it*

¹⁴⁷ Tribunale Piacenza, 22 gennaio 2007, cit.

¹⁴⁸ Tribunale Roma, 12 dicembre 2006, in *Dir Fall.*, 2007, 239.

dell'attività. Relativamente al requisito dell'ammontare dei debiti di cui alla lettera c) dell'attuale art. 1 l. fall., non è stata prevista dal Legislatore la limitazione a ritroso di un periodo di limitazione dell'indagine, essendo l'indebitamento un dato che prescinde da qualsiasi periodicità.¹⁴⁹

In tale prospettiva si è sottolineato come appaia necessario adeguare i criteri indicati dalla legge alla nuova finalità della struttura aziendale, vista non più vista in prospettiva di continuazione, bensì in termini liquidatori; da ciò consegue che l'ammontare dell'attività patrimoniale andrà valutato in base ai valori di bilancio di liquidazione o, in mancanza di bilanci, a valori di mercato. Osserva infatti la giurisprudenza che, quando la società è in liquidazione, la valutazione del Giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 l. fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto – non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori previa realizzazione delle attività sociali ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci – non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte¹⁵⁰. Su tale ultimo aspetto, peraltro, si tornerà con maggiori dettagli nel capitolo dedicato alla trattazione del requisito oggettivo di fallibilità rappresentato dall'insolvenza.

6. I soggetti che non svolgono attività commerciale:

a) L'imprenditore agricolo

Come si è visto nelle pagine che precedono, l'art. 1 l. fall. sottopone alle procedure concorsuali le imprese che esercitano una attività commerciale per le quali l'esclusione dal fallimento appare ora determinata da ragioni di carattere quantitativo — le-

¹⁴⁹ Appello Catanzaro, 22 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

¹⁵⁰ Corte Cassazione, 6 settembre 2006, n. 19141, in *Il Fall.*, 2007, fasc. 1, 99; Id., 21 settembre 2004, n. 18927; Id., 17 aprile 2003, n. 6170.

gate ai parametri previsti dall'art. 1, comma 2, l. fall. — e qualitativo, riconducibili alla tipologia dei soggetti. È dunque possibile ritenere che anche nell'ambito della riforma del diritto concorsuale abbia trovato conferma il principio “classico” per cui la natura commerciale dell'attività esercitata concorre a definire e qualificare il profilo dell'imprenditore esposto al fallimento.¹⁵¹

Le imprese che non hanno oggetto commerciale devono dunque ritenersi escluse dal fallimento. In tale esclusione rientrano indubbiamente le imprese agricole: come è noto, tale esclusione trova la sua giustificazione essenzialmente in ragioni storiche ed attualmente nel disposto dell'art. 2135 del codice civile, così come sostituito dall'art. 1, comma 1, del D. Lgs. 18 maggio 2001, n. 228, laddove si precisa che rientra nella categoria dell'impresa agricola chi esercita l'attività di coltivazione del fondo, di silvicoltura, di allevamento di animali — intese queste ultime alla stregua delle attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria di quest'ultimo, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine — nonché le attività connesse, quali per espressa previsione del comma 3 dell'art. 2135 del codice civile, la manipolazione, la conservazione, la trasformazione, la commercializzazione e la valorizzazione dei prodotti ottenuti con le succitate attività, nonché quelle finalizzate alla fornitura di beni e servizi attraverso l'utilizzazione prevalente delle attrezzature o delle risorse normalmente impiegate nell'esercizio dell'attività agricola, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità, come definite dalla legge.

Il perdurare dell'esclusione dell'imprenditore agricolo dall'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale

¹⁵¹ Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2014, 20; Capo, *I presupposti del fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da Buonocore – Bassi, I, Padova 2010, 28 ss.; Bonfatti, *Consoni, Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 34.

non è andato esente da critiche¹⁵², essendosi osservato¹⁵³ come la scelta di circoscrivere l'area dell'operatività del diritto fallimentare alle sole imprese commerciali rifletta una visione della realtà economica non più attuale. L'insolvenza produce infatti ricadute analoghe a seconda che si tratti di impresa commerciale o meno, ed in tale prospettiva risulterebbe priva di qualsiasi *ratio* la previsione della non fallibilità dell'imprenditore agricolo, specie se si considera che attualmente tale categoria di imprenditori può avvalersi di ingenti dotazioni tecnologiche e di cospicui investimenti di capitale¹⁵⁴. È stato infatti osservato sul punto che *“l'evoluzione dei metodi di coltura e di allevamento, con la larghissima diffusione di sistemi tecnologici e bioingegneristici, e la sostanziale globalizzazione anche dei mercati dei prodotti agricoli, attraverso sempre più sofisticate borse merci e sistemi distributivi su larga scala, hanno reso i connotati dell'impresa agricola ormai del tutto assimilabili a quelli delle imprese industriali essendo certamente superata la prospettiva dominicale, piuttosto che imprenditoriale, nella regolamentazione del settore agricolo. L'esclusione delle imprese agricole dal novero dei soggetti fallibili appare, perciò, anacronistica e, alla stregua del nuovo sistema concorsuale introdotto dalla riforma di cui al D. Lgs. n. 5/2001, addirittura penalizzante per*

152 Appaiono decisamente critici sulla scelta di mantenere l'esonero dal fallimento per le imprese agricole Minutoli, *L'impresa agricola ed ittica e le procedure concorsuali tra nuovo art. 2135 c.c. e prospettive di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 600; Buonocore, *L'imprenditore agricolo e la "professionalità" concessa per legge*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 277.

153 Cfr. in tal senso Mandrioli, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare a cura di Didone*, Milano 2009, 46 e ss. Per una definizione del nuovo concetto di imprenditore agricolo e per una valutazione critica sull'esonero dalle procedure concorsuali di questa figura, cfr. altresì Vacciano, *Impresa agricola, società di "agriturismo" e fallimento in Il Fallimento*, 2005, 1375 e ss., nonché Bellantuono, *Il "nuovo" imprenditore agricolo tra o fallibilità e privilegio codicistico del coltivatore diretto*, in *Foro It.*, 2003, I, 452.

154 Cfr. Gaeta, *Il fallimento di una associazione di imprenditori agricoli*, in *Giust. Civ.* 2012, 11-12, 2761, nota a Corte Cassazione, 24 marzo 2011, n. 6853 la quale osserva come *“l'impresa agricola, dunque, è esclusa dal fallimento per ragioni storiche legate al rischio della incidenza di fattori naturali ed ambientali. Ciononostante, l'esperienza delle attività produttive pone in risalto come il « rischio naturale » sia fortemente ridimensionato dal progressivo evolversi dei metodi di produzione e dalla attenuazione del collegamento delle attività agricole con il fondo; mentre, sul piano delle dimensioni organizzative e dei profili patrimoniali e finanziari, le distanze tra l'imprenditore agricolo e l'imprenditore commerciale tendono a ridursi sensibilmente”*.

l'imprenditore agricolo: infatti, essendo venuto meno il carattere afflittivo e punitivo del fallimento, questo si vede preclusa la possibilità di accedere agli istituti esdebitatori e di soluzione della crisi di impresa (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione), che consentono di risolvere le difficoltà economiche e finanziarie prima che degenerino in stato di insolvenza, e compromettano definitivamente ed irreversibilmente la capacità produttiva dell'azienda, imponendone la disgregazione. Inoltre, l'imprenditore agricolo rimane così esposto alla responsabilità patrimoniale per i debiti di impresa senza limite temporale, ai sensi dell'art. 2740 del codice civile, non potendo beneficiare del vantaggio del c.d. fresh start, effetto della limitazione della responsabilità ai beni compresi nella procedura concorsuale, prevista dal nuovo art. 142 l. fall.” 155.

E' stata altresì evidenziata¹⁵⁶ la non consonanza alla scelta legislativa rispetto alla stessa normativa comunitaria, atteso che il Regolamento CE 1346/2000 dettato in materia di procedure di insolvenza prevede l'applicazione della disciplina “concorsuale” alle procedure di insolvenza, chiunque sia il debitore, persona fisica o giuridica, commerciante o non commerciante. Non è neppure mancata in giurisprudenza la voce che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 1 l. fall., per violazione dell'art. 3 della Costituzione nella parte in cui non include gli imprenditori che esercitano un'attività agricola alla soggezione delle disposizioni sul fallimento e nel concordato preventivo¹⁵⁷.

Pertanto, la connotazione dell'impresa agricola secondo il paradigma previsto dall'art. 2135 del codice civile non impedisce che l'attività in cui essa si esprime possa, in concreto, assumere i caratteri propri dell'impresa commerciale descritta dall'art. 2195, assumendo preponderante rilievo l'attività in cui essa di fatto si sostanzia¹⁵⁸. Tali considerazioni sono suffragate dalla circostanza che, con la riforma del 2001 — che ha integralmente riscritto l'art. 2135 equiparando all'imprenditore agricolo anche

¹⁵⁵ Spagnuolo, L'imprenditore agricolo, in Ghia-Piccinini-Severni, Op. cit., 266, ed ivi loc. cit.

¹⁵⁶ Spagnuolo, L'imprenditore agricolo, in Ghia-Piccinini-Severni, Op. cit., 263, il quale richiama sul punto Potito-Sandulli, Art. 1, in Nigro-Sandulli, La riforma della legge fallimentare, Torino, 2006, 3.

¹⁵⁷ Tribunale Torre Annunziata, 12 gennaio 2011, in Dir. Fall., 2011, II, 546.

¹⁵⁸ Capo, Op. cit., 27.

l'imprenditore ittico oltre che le cooperative e i consorzi di imprenditori agricoli, inclusi i soggetti che forniscono in via principale, anche a terzi, servizi nel settore silvicolturale — le attività agricole a titolo principale sono, ormai, quelle che prescindono dall'effettiva coltivazione di un fondo, poiché esse si qualificano per il fatto che l'attività umana interagisce con un processo vitale il cui esito da vita a un prodotto vivente, sia esso di carattere animale o vegetale. Si è pertanto affermato in dottrina che la nuova nozione di "imprenditore agricolo" si inserisce in un processo di modernizzazione del settore produttivo agricolo, forestale, della pesca, dell'acquacoltura, per cui l'imprenditore agricolo non si contrappone all'imprenditore commerciale e allo statuto di quest'ultimo¹⁵⁹. Anzi, il Legislatore, proprio tramite la riformulazione dell'art. 2135 del codice civile, sembra aver finito per annullare quel confine tra le due categorie dell'imprenditore agricolo e dell'imprenditore commerciale che, da sempre labile, è divenuto pressoché inesistente, centrando così, sia pure senza volerlo, l'obiettivo della loro unificazione¹⁶⁰.

Proprio prendendo le mosse dalla nuova formulazione dell'art. 1 l. fall. parte della dottrina¹⁶¹ era giunta ad affermare che anche l'imprenditore agricolo, così come quello artigiano, può essere passibile di fallimento quando sussistano le dimensioni aziendali e si superino i limiti posti dall'art. 1, comma 2, l. fall.¹⁶²

In ogni caso, a tranciare il dibattito è intervenuto il Legislatore il quale, con l'introduzione della l. n. 3/2012, che all'art. 2, comma 2, consente l'accesso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento ai debitori non assoggettabili alle procedure previste dalla legge fallimentare. Ora, fermi alcuni aspetti di criticità della disciplina del sovraindebitamento la cui

¹⁵⁹ Gaeta, Op. ult. cit.; Fortunato, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani*, Bologna 2006, *sub* art. 1 l. fall., 56 e ss.

¹⁶⁰ Maffei Alberti, Op. cit., 23 ed *ivi* loc. cit.

¹⁶¹ Cfr. Zafarana – Giorgetti, *Analisi dei requisiti contabili ai fini della verifica di fallibilità ex art. 1 l. fall.*, in Demarchi e Giacomazzi (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Milano 2008, 2.

¹⁶² Cfr. Aprile, commento all'art. 1 l.f., in Ferro (a cura di), *La Legge fallimentare*, cit., 13 il quale osserva come risultano "evidenti la recisione del tradizionale nesso tra attività agricola e fattore terra e l'ampliamento della nozione di imprenditore agricolo, la cui distinzione da quello commerciale appare sempre più labile, in modo da rendere forse anacronistica la sua esclusione dal novero dei soggetti fallibili".

analisi esula dal contesto del presente scritto, le possibilità concesse dal Legislatore del 2012 agli imprenditori agricoli aprono loro la strada per regolare in un'ottica concorsuale le loro pendenze, evitando da un lato il fallimento ma beneficiando al contempo dell'effetto esdebitatorio al termine delle procedure di composizione delle crisi. La delimitazione del concetto di imprenditore agricolo, anche ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile (legge fallimentare ovvero l. n. 3/2012), costituisce sempre ed in ogni caso un'operazione di vaglio essenziale e pregiudiziale ed in tale ambito le interpretazioni giurisprudenziali finalizzate a delimitare il concetto di "imprenditore agricolo" non sono mancate: da parte della giurisprudenza di legittimità si è affermato che nel concetto di "impresa agricola" - così come si desume dall'art. 1235 c.c. - rientri l'esercizio dell'attività diretta alla coltivazione del fondo che sia svolta con la terra o sulla terra e purché l'organizzazione aziendale ruoti attorno al "fattore terra", nonché l'attività connessa a tale coltivazione, la quale si inserisca nel consueto e ben delimitato "ciclo" della economia agricola, ad integrazione della suddetta attività. In tale ottica, verrà meno l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, del codice civile assumano rilievo decisamente prevalente e sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura¹⁶³. Al contrario, rientrerebbe nell'ambito dell'attività commerciale quella esercitata sotto forma di impresa grande e media, che, oltre ad essere idonea a soddisfare esigenze connesse alla produzione agricola, risponda nel contempo, ad altri scopi commerciali e industriali e realizzi utilità del tutto indipendenti dall'impresa agricola o, comunque, prevalenti rispetto ad essa; in tale

163 Corte Cassazione, 8 agosto 2016, in www.ilcaso.it, la quale precisa che in tal caso graverà sul debitore che invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione ai sensi dell'art. 2135, comma 1, del codice civile, il corrispondente onere probatorio. La Corte, in applicazione di tale principio, ha confermato la decisione impugnata, che aveva negato la natura agricola all'impresa debitrice, non avendo quest'ultima provato che le attività di conservazione e commercializzazione da lei esercitate riguardassero prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del proprio fondo. Sull'argomento, si rinvia altresì a Minutoli, Il "nuovo" imprenditore agricolo tra non fallibilità e privilegio del coltivatore diretto, in *Il Fallimento*, 2003, 1157 e ss.

prospettiva deve essere valorizzata la finalità o l'utilità prevalente di siffatta attività per stabilire se essa debba o meno qualificarsi connessa, complementare o accessoria alla coltivazione della terra.¹⁶⁴

Tale criterio interpretativo ha portato ad un notevole ampliamento delle ipotesi rientranti nel c.d. "statuto agrario", avendo ricompreso - mediante il richiamo alle attività dirette alla cura e allo sviluppo di un "ciclo biologico" - anche quelle che non richiedono una connessione necessaria tra produzione e utilizzazione del fondo, essendo sufficiente a tale scopo il semplice collegamento potenziale o strumentale¹⁶⁵ con il terreno anziché quello effettivo, come richiesto nella nozione giuridica previgente¹⁶⁶.

La soluzione sopra indicata è stata peraltro criticata laddove si è osservato che *"diversamente ragionando, e quindi facendo venir meno un necessario quanto minimo collegamento con lo "sfruttamento della terra", si potrebbe giungere alla paradossale conclusione che qualunque banca che finanziasse in via esclusiva imprenditori agricoli potrebbe considerarsi svolgente attività agricola e lo stesso dovrebbe dirsi per i produttori e i fornitori di prodotti per l'agricoltura i quali potrebbero considerarsi imprenditori agricoli poiché la loro attività sarebbe in qualche modo connessa con quella agricola"*. Si è dunque precisato come, ai fini della qualificazione della tipologia di impresa fallibile, assuma fondamentale rilievo l'attività in concreto

¹⁶⁴ In questo senso, Tribunale Pordenone, 9 luglio 2008, in www.unijuris.it.

¹⁶⁵ Osserva Aprile, Commento all'art. 1 l.f., in *La Legge fallimentare*, cit. 14, come debba considerarsi attività agricola quella relativa all'intero ciclo biologico dell'animale o anche soltanto ad una fase di tale ciclo.

¹⁶⁶ *"Il criterio discrezionale tra ciò che è agricolo e ciò che non lo è, non è più il collegamento reale ed effettivo con il fondo, ma la natura, intesa come elemento di spontanea produttività sottratto, anche se per minima parte, al dominio dell'attività umana; questa deve interagire con il naturale processo vitale, se del caso anche riproducendolo artificialmente in modo completo, ma mai sovvertendolo o applicando regole tecnico-scientifiche, piuttosto che biologiche. In tal senso va interpretata la rilevanza solo potenziale dell'utilizzo del fondo: si tratta di un limite merceologico del prodotto vivente, ottenibile dall'attività produttiva che intenda conservare il carattere agrario; il prodotto deve poter essere ottenuto, almeno in astratto, utilizzando un fondo. Siffatta caratterizzazione del requisito del ciclo biologico rende sostanzialmente pleonastico l'inserimento, nel testo codicistico, del riferimento alla fase necessaria del ciclo stesso"*. In questi termini, Spagnuolo, *L'imprenditore agricolo*, cit., 271 ed *ivi loc. cit.*

esercitata dall'impresa stessa¹⁶⁷. Solamente un'indagine in ordine all'attività effettivamente svolta dall'imprenditore, infatti, è in grado di rivelarne la natura agricola o meno e, di conseguenza, la assoggettabilità o meno al fallimento¹⁶⁸. Ciò in quanto la mera indicazione dell'oggetto sociale di una attività imprenditoriale non può costituire un indice univoco della natura giuridica dell'impresa, poiché è la concreta attività svolta che la qualifica, non la potenziale attività indicata sul piano meramente lessicale¹⁶⁹. In tale contesto, anche gli enti costituiti in forma di società commerciali potranno assumere la veste di imprenditore agricolo dovendosi avere riguardo unicamente alla natura dell'attività esercitata, quale che sia la complessità organizzativa assunta dall'azienda¹⁷⁰. La giurisprudenza di legittimità ha quindi affermato la natura agricola dell'attività di allevamento di bestiame quando esercitata in collegamento funzionale con il fondo, nel senso di trarre l'occasione o forza dallo sfruttamento dello stesso¹⁷¹; si è poi ritenuta avente carattere industriale tale attività nel caso in cui il terreno funga soltanto da luogo di stazionamento degli animali per la custodia, la cura e lo sviluppo

167 Corte Cassazione, 24 marzo 2011, n. 6853, secondo cui l'attività agricola era propria degli associati ma non della associazione che, in sostanza, prestava servizi finanziari in favore dei propri associati; e, nello specifico, tale attività finanziaria non poteva in alcun modo considerarsi attività agricola per connessione, mancando i presupposti soggettivi ed oggettivi previsti dall'art. 2135 del codice civile. Più di recente, negli stessi termini, Corte Cassazione 21 gennaio 2013, n. 1344. Anche la giurisprudenza di merito (Tribunale Rovigo, decr. 20 settembre 2016, in www.altalex.com) ha osservato che “*non più il collegamento con la terra, né i rischi connessi all'imponderabile evoluzione meteorologica rappresentano i confini qualificanti dell'imprenditore agricolo – che hanno giustificato storicamente una diversa disciplina normativa in tema di iscrizione al registro delle imprese, tenuta delle scritture contabili ed esenzione dalla dichiarazione di fallimento – bensì il collegamento con un ciclo biologico, con un legame con il fondo, inteso in senso lato*”.

168 Per tali considerazioni si rinvia anche a Sannini-Stanghellini, L'imprenditore agricolo insolvente tra fallimento e sovraindebitamento: un caso nel florovivismo pistoiese, in www.ilcaso.it.

169 Tribunale Rovigo, 20 novembre 2014, in www.ilcaso.it. Id., decr. 20 settembre 2016, in www.altalex.com.

170 Tribunale Mantova, 30 agosto 2007, in www.ilcaso.it.

171 Corte Cassazione, 23 luglio 1997, n. 6911, in *Il Fallimento*, 1998, 182, e Corte Cassazione, 10 gennaio 1989, n. 18, in *Foro It.*, 1998, I, 2859. Viceversa, l'attività di commercio di bovini, di mangimi e di loro integratori per uso zootecnico nonché di prodotti agricoli in genere non potrà essere considerata “attività connessa” ai sensi dell'art. 2135, commi 1 e 3, del codice civile ove difetti la prova che essa derivi, in via prevalente, dall'esercizio delle attività agricole a titolo principale (in questi termini, Tribunale Mantova, 30 agosto 2007, cit.)

praticati con tecniche non ancorate alla produttività della terra; in particolare¹⁷² si è esclusa la natura agricola all'attività nella quale l'imprenditore che abbia acquistato e poi alienato numerosi bovini, non abbia anche svolto una fase del "ciclo biologico" degli stessi sul fondo in quanto non disponeva nemmeno di stalle per il ricovero dei capi. Ed è sempre opera della giurisprudenza di legittimità¹⁷³ aver ribadito la natura commerciale e non agricola dell'attività nella quale la cura e l'alimentazione dei bovini assume carattere accessorio e strumentale rispetto alla vendita dei medesimi e non ricollegabile alla conduzione del fondo agricolo e all'economia di essa. La soluzione è stata seguita anche in tempi più recenti dalla giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto fallibile, in quanto non riconducibile al novero delle imprese agricole, l'impresa il cui oggetto sociale consisteva nella lavorazione e trasformazione di ortaggi senza una diretta cura del ciclo biologico e senza disporre di stalle per il ricovero dei capi di bestiame¹⁷⁴. Tuttavia, è stato evidenziato tra i commentatori¹⁷⁵, per farsi luogo alla dichiarazione di fallimento non sarà sufficiente l'esercizio contestuale, da parte dell'impresa, di attività agricola e di attività commerciale, ma sarà necessario anche che tale attività sia esercitata in misura prevalente o, in via del tutto indipendente rispetto all'attività agricola stessa, facendo venir meno qualsiasi collegamento, anche solo potenziale, con il fattore terra¹⁷⁶. Con riferimento alle attività agricole "per connessione", parimenti oggetto di analisi in dottrina¹⁷⁷, va richiamato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza secondo cui, in tale ambito, rientrano anche quelle attività connesse aventi ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente con l'esercizio dell'attività essenzialmente agricole; ne consegue che l'esercizio delle attività agricole può costituire l'oggetto sociale delle società

172 Tribunale Cremona, 16 dicembre 2004, in *Il Fallimento*, 2005, 467; Tribunale Mantova 4 dicembre 2003, *ivi*, 2004, 451.

173 Cfr. Corte Cassazione, 7 marzo 1992, n. 2767, in *Il Fall.*, 1992, 783 e Corte Cassazione, 13 giugno 1990, n. 5773, in *Giur. Agr. It.*, 1990, II, 533.

174 Tribunale Mantova, 4 dicembre 2003, *cit.*

175 Sannini-Stanghellini, *L'imprenditore agricolo insolvente tra fallimento e sovraindebitamento*, *cit.*, 9

176 Corte Cassazione, 24 marzo 2011, n. 6853, in *CED*, Rv. 617391.

177 Cfr. Gaeta, *Op. cit.*, *passim*.

commerciali riconoscendo, la norma, la qualifica di imprenditore agricolo sia alle società di persona che alle società di capitali o alle cooperative esercenti l'attività agricola. 178

Ai fini della non assoggettabilità al fallimento, ciò che rileva verificare è la partecipazione diretta o meno dell'imprenditore alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase dello stesso, indipendentemente dalle modalità organizzative ed esecutive seguite, risultando così classificabili come agricoli anche le coltivazioni di piante in serra e gli allevamenti di animali in batteria, all'interno di capannoni, senza che abbiano rilievo le dimensioni e l'entità dell'organizzazione dell'attività di impresa¹⁷⁹. Si è altresì specificato¹⁸⁰ che la cessazione, da parte di una società, dell'attività agricola e la concessione in affitto di tutti i terreni, unitamente alle attrezzature ed ai fabbricati agricoli, non è di per sé sufficiente per affermare il mutamento dell'attività agricola in commerciale, in quanto l'affitto potrebbe comunque essere finalizzato al raggiungimento dello scopo sociale¹⁸¹. Nello stesso senso si è poi affermato che l'accerta-

178 Tribunale Lamezia Terme, 17 maggio 2005, in Dir. Fall., 2006, II, 373. Anche la dottrina dal canto suo (Spagnuolo, Op. cit., 286) ha assicurato che “*se tali società possono beneficiare dello status di impresa agricola anche se esercenti attività propriamente commerciale, ma connesse ad attività agricole altrui, non pare lecito inquadrare nella categoria delle imprese commerciali le società che svolgano direttamente un'attività agricola principale. La giurisprudenza ha pur aderito all'estensione a tutti i soggetti societari del regime proprio dell'imprenditore agricolo, in ragione dell'attività esercitata, ma ha ritenuto che ai fini della esclusione della società dal fallimento, e differentemente che per le imprese individuali, non può valere l'eventuale esercizio in concreto di un'attività agricola, se contrastante con l'indicazione contenuta nell'atto costitutivo di un oggetto sociale commerciale: per le società soggette all'obbligo di trascrizione nel registro delle imprese, la qualità di imprenditore commerciale si acquista dal momento della sua costituzione, con irreversibile scelta per il suo svolgimento. Per cui una volta costituita la società con oggetto commerciale, questa assume la qualifica di imprenditore commerciale, restando irrilevante il successivo eventuale esercizio in concreto di un'attività agricola*”. Sul punto, cfr. in giurisprudenza: Corte Cassazione, 28 aprile 2005, n. 8849; Id., 26 giugno 2001, n. 8694; in tempi più recenti, Corte Cassazione, 10 dicembre 2010, n. 24995 e Corte Cassazione, 24 marzo 2011, n. 6853.

179 Appello Torino, 26 ottobre 2007, Il Fallimento, 2007, 1484.

180 Tribunale Udine, 21 settembre 2012, in www.ilcaso.it. Più di recente, Tribunale Mantova, 18 novembre 2014, ivi, la quale ritiene che la valutazione del tipo di attività debba essere effettuata nel suo complesso, anche con riferimento al periodo anteriore alla concessione in affitto dei fondi e delle attrezzature.

181 “*La previsione quale oggetto sociale di un'attività agricola, per contro, non comporta ex se l'esclusione dal fallimento, essendo possibile, in sede di istruttoria*

mento, ai fini della dichiarazione di fallimento, dello svolgimento di un'attività commerciale presuppone la verifica dell'esistenza di un'attività organizzata professionalmente, proposto, questo, non ravvisabile nel fatto che un imprenditore agricolo abbia semplicemente cessato l'attività di coltivazione ed intrapreso la costruzione di un immobile utilizzabile per l'attività di agriturismo¹⁸². Anche di recente la giurisprudenza è pervenuta a concludere nel senso della non assoggettabilità al fallimento dell'impresa agricola strutturata in forma di società commerciale la quale, dismessa l'attività agricola, non svolga più in concreto alcuna attività imprenditoriale¹⁸³. **b) La questione della sottoponibilità a fallimento degli enti “non profit”**

Ulteriore problema interpretativo è costituito dalla possibile fallibilità dell'ente non lucrativo che svolga attività commerciale. Da tempo si è affermato che la distinzione fra società ed associazioni non va ricercata nel carattere economico o non economico dell'attività esercitata, ma nello scopo finale perseguito, che nelle società è egoistico, perché caratterizzato dalla devoluzione ai soci dei risultati economici conseguibili attraverso l'esercizio della comune attività d'impresa, mentre nelle associazioni si presenta come ideale o altruistico, non essendo prevista la distribuzione degli utili fra gli associati, sicché in definitiva incompatibile con lo schema causale delle associazioni è solo lo scopo di lucro in senso soggettivo, ma non lo svolgimento di un'attività d'impresa, svolta con metodo economico.

La giurisprudenza ha infatti precisato che ciò che caratterizza l'attività di impresa è lo scopo di lucro in astratto, cosicché non è necessario che l'imprenditore si proponga di ricavare dall'attività di impresa un guadagno da destinare a scopi egoistici (lucro c.d. “soggettivo”), essendo invece sufficiente la finalità di ricavare un guadagno che consenta, innanzitutto, di pareggiare i co-

prefallimentare, fornire la prova dell'esercizio di una diversa attività, commerciale. Nel caso di società avente come oggetto sociale sia attività di natura agricola, sia attività alberghiera, la giurisprudenza ha ritenuto doversi procedere alla verifica della eventuale prevalenza dello svolgimento in concreto dell'attività agricola rispetto a quella commerciale, al fine di ritenere la stessa sottratta al fallimento” (Spagnuolo, Op. cit., 287).

182 Appello Venezia, 27 ottobre 2011, in www.ilcaso.it.

183 Corte Cassazione, 1 settembre 2015, n. 17397.

sti ed eventualmente di avere delle risorse da destinare al perseguimento di scopi predeterminati (lucro c.d. “oggettivo”)¹⁸⁴, quali quelli che l'associazione o l'ente si è dato all'atto della sua costituzione. Rimane, quindi, giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda piuttosto il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività, dovendo quindi il carattere imprenditoriale essere escluso allorché l'attività stessa venga resa in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita di beni e servizi¹⁸⁵. In particolare con riferimento alla fallibilità di un ente ecclesiastico, da parte della giurisprudenza¹⁸⁶, dopo

184 In questi termini, cfr. Corte Cassazione, 13 aprile 2017, in www.ilcaso.it, la quale in applicazione del principio in discorso ha ritenuto il lucro oggettivo non incompatibile con il fine mutualistico presente in una cooperativa, da ciò conseguendo che quest'ultima, ove svolga attività commerciale, in caso di insolvenza possa essere assoggettata a fallimento in applicazione dell'art. 2545 *terdecies* del codice civile. Nello stesso senso, cfr. Corte Cassazione, 24 marzo 2014, in www.ilcaso.it, e Tribunale Prato, 1 luglio 2007, che ha precisato la necessità di verificare se la cooperativa abbia o meno svolto in concreto ed in modo sistematico una attività commerciale, indipendentemente dal fatto che detta attività sia compresa o meno nello statuto sociale.

185 Appello Genova, 14 dicembre 2013, in www.ilcaso.it.

186 Tribunale Roma, 30 maggio 2013, in www.ilcaso.it, nonché in *Il Fallimento*, 2014, 201 e ss. con commento di Aprile, La porta stretta tra fine spirituale di un ente ecclesiastico ed esercizio di attività commerciale, *ivi*, 205. Anche la giurisprudenza di legittimità (Corte Cassazione, 19 dicembre 1990, n. 12039) aveva inteso come la natura spirituale delle attività svolte dall'Ente ecclesiastico non fosse incompatibile con eventuali attività economiche anche di tipo imprenditoriale, atteso che “*il fine spirituale non serve a connotare ... ogni attività dell'ente religioso allorché ad esso, come apposite organizzazioni, si affianchi il fine immediato di creare servizi o beni socialmente utili e questi vendano dall'Ente stesso attuati in regime di concorrenza economica o comunque organizzati nell'ottica di stabilire i ricavi di beni o dei servizi in funzione dei costi di gestione*”. Prosegue la Corte osservando che “*l'intento di lucro, pur normale e frequente, non è più essenziale nell'impresa, come era invece nel sistema dell'abrogato codice di commercio; e che nella normativa vigente all'interno di lucro deve essere sostituito il requisito dell'attività lucrativa, ossia idonea a procurare lucro – nel significato che sarà precisato – indipendentemente dal fine che il soggetto voglia perseguire e che può essere anche di natura ideale. Ed infatti nel diritto vigente (art. 2093 c.c.) fra gli imprenditori sono certamente catalogabili gli enti pubblici che abbiano ad oggetto attività economica e che non si pongono intenti speculativi bensì finalità di interesse sociale in proposito potendo essere utilmente ricordate, ad esempio, quella di industrializzare una zona depressa o di combattere l'ascesa ingiustificata dei prezzi o di favorire il risparmio, come avviene per le casse di risparmio della cui natura di impresa bancaria non si dubita (la nozione di impresa è comune al diritto pubblico e privato per cui sembra vano operare distinzioni basate sull'appartenenza all'uno o all'altro settore)*”. Sia pure intervenendo in materia di Società cooperative, anche di recente gli Ermellini sono

aver premesso che ciò che rileva allo scopo di ritenere l'assoggettabilità di un ente ecclesiastico ad una procedura concorsuale disciplinata dalla legge italiana è il reale ed effettivo svolgimento di attività commerciale organizzata in forma di impresa sul territorio italiano, posto che ogni debitore che svolge attività imprenditoriale sul territorio italiano è soggetto all'accertamento dello stato di insolvenza, salvo che sussistano specifiche ipotesi di immunità dalla giurisdizione italiana, si è evidenziato come l'instaurazione di rapporti a contenuto patrimoniale con altri soggetti la cui disciplina è regolata dal diritto italiano non possa portare ad invocare anche sotto tale aspetto l'immunità della Chiesa. L'immunità dalla giurisdizione italiana della Chiesa Cattolica, infatti, o degli enti che sono legittima emanazione di questa secondo l'Ordinamento canonico ha carattere eccezionale e può riguardare solo atti che siano espressione diretta dell'esercizio della potestà di imperio di altro ente sovrano ovvero emanati dal soggetto quale ente sovrano e ciò alla luce della corretta interpretazione dell'art. 11 del Trattato tra la Santa Sede e l'Italia del 1929 e della norma consuetudinaria di diritto internazionale secondo la quale *par in parem non habet iurisdictionem*, recepita nell'Ordinamento italiano attraverso l'art. 10 della Costituzione¹⁸⁷.

In applicazione dei principi appena richiamati è stata qualificata¹⁸⁸ alla stregua di un imprenditore commerciale - e come tale assoggettabile a fallimento - la fondazione che eserciti attività volta alla produzione o allo scambio di beni o servizi, gestita con modalità idonee a reintegrare i costi attraverso i ricavi nel lungo periodo e che tenda al pareggio di bilancio¹⁸⁹. Peraltro,

tornati a pronunziarsi (Corte Cassazione, ord. 12 luglio 2016, n. 14250) evidenziando come per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale – e quindi per l'assoggettabilità al fallimento – lo scopo di lucro c.d. “*soggettivo*” non costituisca elemento essenziale, bastando a tale fine una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro “*oggettivo*”), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, ben può essere presente anche in una Società cooperativa.

¹⁸⁷ Tribunale Roma, 30 maggio 2013, in www.ilcaso.it.

¹⁸⁸ Cfr. Tribunale Gorizia, 18 novembre 2011, in www.ilcaso.it.

¹⁸⁹ Ha peraltro osservato la dottrina sul punto, peraltro in riferimento agli enti ecclesiastici, che “*si osserva il fenomeno degli antichi istituti religiosi nell'ottica della tradizione, si potrà facilmente notare, seppur correndo a ritroso nel tempo come sia una costante, soprattutto per gli enti cattolici, la produzione di prodotti curativi (retaggio di antiche esperienze di erboristeria), essenze profumate e liquori (...), prodotti dolciari, tra i quali celebre la cioccolata d'un tempo dei frati*”.

ove risultasse lo svolgimento, da parte della Fondazione, di attività di impresa del tutto esterna ed incompatibile con le finalità istituzionali dell'Ente, l'attività imprenditoriale dovrebbe essere imputata non già direttamente in capo alla fondazione stessa, bensì a quella che è stata definita come associazione di fatto tra le persone fisiche che, pur senza fine di lucro, abbiano agito utilizzando strumentalmente (quando non abusando) lo schema funzionale della fondazione stessa¹⁹⁰. Alla luce di tali indicazioni giurisprudenziali, la dottrina¹⁹¹ ha dal canto suo finito per ammettere la possibilità che l'associazione senza scopo di lucro (o la fondazione) eserciti un'attività imprenditoriale al fine di procurarsi, mediante il corrispettivo dei beni o servizi prodotti, i mezzi patrimoniali necessari per il perseguimento degli scopi statutari di natura ideale; in tale prospettiva sarà ben possibile che l'attività d'impresa, anziché essere strumentale rispetto ad altre attività non economiche, le quali soltanto sono in grado di realizzare lo scopo istituzionale dell'ente, si presenti idonea a realizzare direttamente lo scopo associativo ed, in questo secondo caso, può accadere che lo stesso abbia carattere accessorio rispetto ad altre attività di natura non economica ovvero che costituisca l'oggetto esclusivo o comunque principale dell'associazione¹⁹². Un caso di un certo interesse ha riguardato l'assoggetta-

trappisti. In questi casi appare chiaro che il rapporto tra attività religiosa ed attività commerciale può essere ispirato a tradizionali principi di equilibrio. In queste dinamiche l'attività commerciale diviene quasi esclusivamente mezzo per la sopravvivenza e sussistenza della strutturata organizzazione. Di fronte a tali strutture (che ben poco hanno a che fare con l'organizzazione dell'impresa) appare oggettivamente assai complesso ipotizzarne l'assoggettamento a procedure fallimentari e ciò per il mancato riscontro degli elementi di diritto e di fatto che sottostanno all'applicazione delle disposizioni vigenti in tema di procedure concorsuali" (Nicolò, Punzi, Neri, Di Giorgio, *Gli enti ecclesiastici*, in Ghia, Piccininni, Severini (a cura di), *Op.cit.*, 389).

¹⁹⁰ Corte Cassazione, 16 marzo 2004, n. 615.

¹⁹¹ Gaeta, *op. cit. passim*; Aprile, *Commento all'art. 1 l.f.*, in *La Legge fallimentare*, cit., 4. Anche la giurisprudenza (Corte Cassazione, 9 novembre 1979, n. 5770, in *Foro It.*, 1980, I,363) ha osservato come le associazioni e le fondazioni, in assenza di qualsiasi determinazione legislativa in ordine alle attività esercitabili per il conseguimento degli scopi ideali che le caratterizzano, possano svolgere attività imprenditoriali, organizzate, cioè, per la produzione di beni o servizi.

¹⁹² Una fondazione può svolgere attività imprenditoriale di natura commerciale quale modalità di realizzazione dei propri scopi statutari, attesa la compatibilità tra lo scopo lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica previsto dall'art. 2082 cod. civ.; a tal fine si deve, infatti, ricordare che l'impresa non consiste nello svolgimento di un'attività necessariamente lucrativa, ben

bilità a fallimento di una fondazione che in forma mediata esercitava un'attività tipicamente imprenditoriale di prestazione di servizi ed il cui patrimonio, anziché essere direttamente destinato allo scopo ideale oggetto della fondazione stessa, era stato gravato da un pesante indebitamento al fine di creare una struttura finalizzata alla produzione di proventi da destinarsi, a loro volta, alla ricostruzione del patrimonio della fondazione medesima¹⁹³. Per quanto riguarda l'individuazione del momento in cui l'associazione acquista o perde la qualità d'imprenditore commerciale, si è sottolineato come appaia necessario fare riferimento al criterio dell'effettivo inizio o cessazione dell'attività d'impresa per quelle associazioni nelle quali lo statuto non preveda espressamente lo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Tale problema non sussiste – a nostro avviso - in quei casi in cui dallo statuto risulti che l'associazione è stata costituita per lo svolgimento di un'attività d'impresa, essendosi ritenuto che, in tali ipotesi, l'ente sia “istituzionalmente imprenditore” e perciò tale sin dal momento della sua costituzione e per tutta la sua esistenza. Alla luce di quanto sopra esposto si deve ritenere che le associazioni (riconosciute o meno) e le fondazioni possono essere sottoposte al fallimento allorquando esercitano un'attività di carattere commerciale, in quanto lo scopo che caratterizza l'attività di tali enti non impedisce l'acquisto della qualità di “imprenditore commerciale” se ricorrono i requisiti di cui all'art. 1 l. fall., pur dovendosi sotto tale aspetto precisare come l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale debba ritenersi escluso allorché l'attività commerciale venga svolta in via genericamente accessoria ovvero sia esercitata da un soggetto giuridicamente distinto, anche se collegato o collaterale, dovendo l'attività imprenditoriale essere svolta con carattere di esclusività o prevalenza e risultare altresì imputabile anche formalmente¹⁹⁴.

potendo caratterizzarsi per il compimento di attività produttiva oggettivamente economica tesa al conseguimento di entrate remunerative dei fattori utilizzati, così da consentire nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi (Appello Venezia, 20 luglio 2015, in www.ilcaso.it, che aveva avuto ad oggetto una ipotesi di trasformazione eterogenea da società di capitali a fondazione, ai sensi dell'art. 2500-septies del codice civile).

¹⁹³ Tribunale Alba, 25 marzo 2009, in www.ilcaso.it.

¹⁹⁴ Corte Cassazione, 18 settembre 1993, n. 9581, in Foro Italiano, 1994, I, 3504.

In applicazione di tale orientamento interpretativo si è affermato che ai fini dell'assoggettamento alla procedura fallimentare, lo *status* di "imprenditore commerciale" dovrà essere attribuito anche agli enti di tipo associativo che in concreto svolgano, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale, a nulla rilevando in contrario l'art. 111 del testo unico delle imposte dirette che considera "non commerciale" le attività delle associazioni in esso indicate, attività che, pertanto, non concorrono alla formazione del reddito complessivo come componenti del reddito di impresa o come ricomprese tra i redditi diversi, con una disposizione la cui portata è limitata alla previsione di esenzioni fiscali, e alla quale non può attribuirsi, avuto riguardo alla specificità delle ragioni di politica fiscale che la ispirano, una valenza generale nell'ambito civilistico¹⁹⁵. Una questione di particolare spessore ha ad oggetto la possibilità di estendere il fallimento dell'associazione in capo agli amministratori della stessa ed agli associati. Se l'ipotesi dell'associazione riconosciuta non presenta particolari difficoltà applicative, attesa l'autonomia patrimoniale perfetta che legislativamente connota l'istituto (sicché l'eventuale dichiarazione di fallimento dell'associazione non comporterà alcun effetto sulle persone di chi abbia agito in rappresentanza della stessa), nel caso delle associazioni non riconosciute il regime di estensione delle responsabilità previsto dall'art. 38 del codice civile comporterà la dichiarazione del fallimento di quegli associati che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione stessa, come anche la giurisprudenza ha avuto occasione per puntualizzare¹⁹⁶. Si è a tal proposito osservato¹⁹⁷ che la responsabilità personale e solidale di cui all'art. 38 del codice civile si configura come una forma di fideiussione *ex lege*, disposta a tutela dei terzi, i quali ben possono ignorare le consistenze del fondo comune di cui all'art. 37 del codice e riporre legittimo affidamento sulla solvibilità di chi in nome e per conto dell'associazione stessa ha negoziato con

195 Corte Cassazione, 20 giugno 2000 n. 8374, in *Dir. e Prat. Soc.*, 2000, 20.

196 Corte Cassazione, 18 settembre 1993, n. 9589, in *Il Fallimento*, 1994, 151, la quale ha fatto presente che il fallimento di una associazione non riconosciuta avente lo *status* di imprenditore commerciale non comporta l'attribuzione *eo ipso* di tale qualifica a tutti gli associati. In dottrina, per l'analisi di tale fattispecie, si rinvia a: Lo Cascio, *La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 65 e ss.; Coluzzi, *Note in tema di fallimento dell'associazione non riconosciuta*, in *Giur. Merito*, 1995, 914 e ss.

197 Corte Cassazione, 26 febbraio 1985, n. 1655; *Id.*, 22 luglio 1981, n. 4710; *Id.*, 26 luglio 1983, n. 5137; *Id.* 17 luglio 1965, n. 1582.

loro. Tanto è vero che, a livello legislativo, non è espressamente previsto alcun beneficio di preventiva escussione del fondo comune, che pertanto opererà solo se espressamente pattuito dalle parti¹⁹⁸. E' stato peraltro precisato, in un'ottica sicuramente garantista ed aderente allo spirito della norma, che il regime di responsabilità personale e solidale di cui al richiamato art. 38 è collegato non già alla mera titolarità delle funzioni rappresentative, bensì all'attività negoziale concretamente svolta per conto dell'associazione e risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori fra questa ed i terzi¹⁹⁹.

Sotto questo aspetto, si deve osservare a livello sistematico come i soci di una società di persone non possano essere qualificati imprenditori commerciali neppure se, secondo le regole proprie del tipo di società, siano illimitatamente responsabili per le sue obbligazioni. Infatti, anche in tali società, pur prive di personalità giuridica, la titolarità dell'impresa spetta non ai singoli soci, ma alla società quale centro unitario di imputazione degli atti e delle attività compiute dagli amministratori. In questo senso, infatti, si atteggia l'orientamento consolidato della Corte regolatrice²⁰⁰. Correlativamente, solo i soci illimitatamente responsabili di una società di persone, e non già tutti i soci indistintamente, risulteranno assoggettabili a fallimento non tanto ai sensi dell'art. 1 l. fall. in quanto imprenditori, piuttosto e solo in applicazione dell'art. 147 l. fall. il quale, nel disporre che “*la sentenza che dichiara il fallimento dei soci a responsabilità illi-*

198 Sul punto, Corte Cassazione, 21 novembre 1984, n. 5954.

199 Corte Cassazione, Sez. Lavoro, 26 febbraio 1985, n. 1657. Il principio è stato seguito anche dalla giurisprudenza successiva (Corte Cassazione, Sez. Lavoro, 21 maggio 1998, n. 5089; Id. 11 maggio 2004, n. 8919; Id., 16 gennaio 2006, n. 718; Id., Sez. 3, 14 dicembre 2007, n. 26290; Id., 25 aprile 2014, n. 18188) secondo la quale il creditore che invochi in giudizio la responsabilità personale e solidale di cui all'art. 38 del codice civile è gravato dall'onere di provare la concreta attività svolta in nome e nell'interesse dell'associazione, non essendo sufficiente la mera prova in ordine alla carica rivestita all'interno dell'ente. Anche la giurisprudenza di merito appare orientata alla soluzione letterale e garantista; cfr. Appello Roma, 18 giugno 2002, in *Il Fallimento*, 2003, 43 e Tribunale Bologna, 12 gennaio 2006, *ivi*, 2006, XII, 69. In dottrina, a favore di tale soluzione, Persico, voce Associazione non riconosciuta, in *Encicl. Dir.*, III, Milano, 1958, 891; Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, 172; Paiseis, *Fallimento dell'associazione non riconosciuta e responsabilità di coloro che hanno agito per essa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1965, II, 483.

200 Corte Cassazione, 3 aprile 1987, n. 3229; Id., 12 aprile 1984, n. 2359; Id., 22 dicembre 1972, n. 3658; Id., 7 agosto 1962, n. 2369.

mitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili”, impone il fallimento dei detti soci indipendentemente dalla loro qualità di imprenditori, e quale effetto autonomo della pronuncia del fallimento della società, ponendosi, così, quale espressa deroga alla regola generale prevista dal richiamato art. 1 l. fall. per la quale sono assoggettati alle procedure concorsuali solo i soggetti che abbiano qualità di imprenditore

Pertanto, la dichiarazione di fallimento di una associazione priva di riconoscimento non comporterà affatto né che gli associati di quell'ente siano imprenditori commerciali, né che il fallimento dell'associazione produca il fallimento di tutti gli associati indistintamente. Si deve ritenere, invece, che tal effetto si produca solo nei riguardi degli associati che siano illimitatamente responsabili secondo la disciplina propria delle associazioni non riconosciute, vale a dire le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, a norma dell'art. 38, primo comma, ultima parte, del codice civile²⁰¹. Mette peraltro dar conto, in questa sede, anche dei rilievi di quella parte della dottrina che, attestandosi su posizioni ancor più garantiste di quelle seguite dalla giurisprudenza prevalente ed oggi applicata, ritiene che vada esclusa la possibilità stessa di estendere il fallimento in quanto tale agli esercenti, atteso che – al di fuori dei casi in cui effettivamente e concretamente sia individuabile una società di fatto tra associazione ed associati (con conseguente applicabilità dell'art. 147 l. fall.) – le differenze sostanziali intercorrenti tra la situazione dei singoli associati e dei veri e propri soci (i quali, a differenza dei primi, partecipano di diritto ai vantaggi economici della gestione di un'impresa) non sembrerebbero consentire un'applicazione analogica dell'art. 47 l. fall., stante la profonda non affinità tra le due rispettive situazioni²⁰². **7. Lo stato di insolvenza**

Se ai requisiti “soggettivi” di fallibilità il Legislatore ha dedicato l'art. 1 l. fall., è il successivo art. 5 ad indicare e descrivere

²⁰¹ Corte Cassazione, 18 settembre 1993, n. 9589, in Giust. Civ., 1994, I, 65 e ss., con nota di G. Lo Cascio, La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati.

²⁰² Azzolina, Il fallimento e le altre procedure concorsuali, I, Torino, 1961, 140; Silvestrini, Fallimento degli associati illimitatamente responsabili, il II Fallimento, 2004, 695.

il presupposto oggettivo della declaratoria di fallimento, costituito dallo stato di insolvenza in cui si rinvencono gli antecedenti logico giuridici della sensibile compressione dell'autonomia privata dell'imprenditore, della sostanziale devoluzione agli organi della procedura della gestione del suo patrimonio e della destinazione e impiego esclusivo di quest'ultimo ai fini della tutela dei diritti dei creditori nella logica del concorso fallimentare²⁰³. L'individuazione dell'esatto concetto di insolvenza ha interessato più la dottrina che la giurisprudenza, sostanzialmente concorde nella valutazione dei suoi elementi costitutivi e rivelatori²⁰⁴, essenzialmente riconosciuti in una situazione oggettiva di impotenza economica e finanziaria (strutturale e non meramente transitoria), tale da palesarsi irreversibile, la quale ricorre tutte le volte in cui l'imprenditore non sia in grado di far fronte regolarmente, tempestivamente e con mezzi ordinari, alle proprie obbligazioni, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito indispensabili all'esercizio della attività di impresa²⁰⁵. In particolare si è precisato che lo stato di insolvenza consiste nell'incapacità del debitore di adempiere con regolarità e tempestività alle proprie obbligazioni, condizione, questa, sulla quale in alcun modo può influire la consistenza patrimoniale del debitore²⁰⁶. In considerazione del carattere obiettivo di tale stato ai fini dell'accertamento del presupposto oggettivo, dottrina e giurisprudenza ritengono irrilevante ogni indagine volta a stabilire le cause che hanno provocato la crisi ed il momento di insorgenza del dissesto, come pure qualsivoglia profilo distintivo tra fattori esogeni ed endogeni²⁰⁷. Lo stato del patri-

²⁰³ Cfr. Capo, Op. cit., 171 e ss., nonché Pajardi-Paluchowsky, Manuale di diritto fallimentare, cit., 94.

²⁰⁴ Fabiani-Nardecchia, Formulario commentato della legge fallimentare, Milano, 2007, passim.

²⁰⁵ Corte Cassazione, 7 aprile 2015, n. 6914; Id., 8 agosto 2013, n. 19027, CED, Rv. 627687; Id., 4 luglio 2013, n. 16752; Id., 30 settembre 2004, n. 19611, Rv. 577451; Id., 28 marzo 2001, n. 4455, Rv.545231; Id., Sezioni Unite, 13 marzo 2001, n. 115 ; Id., 14 marzo 1978, n. 1274 ; Id., 28 luglio 1977, n. 3371.

²⁰⁶ [Tribunale Trani 18 luglio 2013](#), in www.ilcaso.it.

²⁰⁷ In tal senso, Pajardi-Paluchowsky, Manuale di diritto fallimentare, cit., 93; in giurisprudenza si vedano: Corte Cassazione, Ord. 24 settembre 2013, n. 21802, CED, Rv. 627814; Id., 6 luglio 2012, n. 9253, Rv. 623617; Id., 13 agosto 2004, n. 15769 ; Id., 12 luglio 1992, n. 8656, Rv. 478220; Id., 9 maggio 1992, n. 5525; Id., 12 febbraio 1975, n. 547. In giurisprudenza di merito: Appello Bari, 20 luglio 1985, in Il Fallimento 1990, 94; Appello Bari, 27 maggio 1985, ivi 1989, 1161;

monio deve riguardare tutte le obbligazioni assunte (non soltanto, quindi, le obbligazioni pecuniarie in senso stretto) e la valutazione in ordine alla sussistenza dello stato di insolvenza deve essere effettuata globalmente attraverso l'analisi sia quantitativa che qualitativa dei debiti e dei crediti dell'imprenditore²⁰⁸. La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come il significato oggettivo dell'insolvenza – ai fini della declaratoria di fallimento – derivi da una valutazione complessiva circa le condizioni economiche necessarie, secondo un criterio di normalità, allo svolgimento dell'attività economica, identificandosi con uno stato di impotenza funzionale non transitoria alla soddisfazione delle obbligazioni inerenti l'impresa e non essendo esclusa dalla esistenza di un patrimonio netto di segno positivo (circostanza verificantesi allorché l'attivo superi il passivo)²⁰⁹. È stato affermato che lo stato di insolvenza, in ogni caso, ai fini della dichiarazione di fallimento deve essere manifesto in quanto solo nel momento in cui l'insolvenza si manifesta con fatti esteriori il Legislatore considera pericolosa tale situazione²¹⁰. Sotto tale aspetto, una corrente interpretativa ha ritenuto possibile ravvisare l'insolvenza ancor prima che si manifestino gli inadempimenti purché la prospettiva di questi sia oggettivamente seria e motivata²¹¹. In presenza di significativi indici di volatilità delle componenti patrimoniali dell'impresa e della tendenza allo spostamento del patrimonio verso beni di natura immateriale che concorrono inevitabilmente a determinare una minore solidità degli *assets* aziendali – e quindi a diminuire la garanzia patrimoniale per gli investitori ed i creditori, quantomeno quella intesa nel senso ormai consueto e tradizionale del termine oltre che dall'art. 2740 del codice civile – l'esigenza del sistema giuridico di assicurare il più elevato livello possibile di protezione degli interessi dei creditori dell'impresa ha condotto ad un ulteriore stadio di avanzamento della tutela giungendo a considerare rilevanti anche forme e modalità di messa in pericolo degli interessi protetti più remote rispetto ai connotati usuali dell'insolvenza,

Tribunale Milano, 13 maggio 1995, IV, 1995, 780; Tribunale Roma, 12 aprile 1988, *ivi* 1988, 820; Tribunale Roma, 10 novembre 1981, *ivi*, 1982, 316.

208 Corte Cassazione, 7 maggio 2012, n. 9253, CED, Rv. 623017.

209 Corte Cassazione, Ord. 16 settembre 2015, n. 18192.

210 Corte Cassazione, 4 luglio 2013, n. 16752.

211 Pajardi-Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 93; Corte Cassazione, 8 agosto 2013, n. 19027, CED, Rv. 627687.

elaborando il concetto di “*insolvenza prospettica*”. Infatti, valorizzandosi al massimo grado una dimensione “dinamica” dell'impresa e dei flussi finanziari che dalla stessa si propagano e spostando sempre più all'indietro nella catena eziologica il rilievo effettuale dei fattori che influiscono sul prodursi dell'insolvenza, si è posta la necessità di operare, mediante una valutazione *ex ante* ed in concreto, una valutazione prospettica, una sorta di proiezione dello stato di incapacità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni che, pur non necessariamente ragguagliata all'attualità, appaia comunque come un evento di imminente verificazione ed in quanto tale misurabile in periodi di tempo non lontani²¹². Si ritiene che l'insolvenza possa manifestarsi anche mediante un solo inadempimento²¹³, con la conseguenza che non costituirà connotato essenziale della procedura l'esistenza di una pluralità dei creditori, purché tale situazione risulti idonea a rivelare una difficoltà non temporanea e tale da impedire l'accesso ai canali di credito istituzionali; similmente, l'eventuale eccedenza dell'attivo sul passivo, e più in generale lo squilibrio patrimoniale, sono ritenuti del tutto secondari, quando non irrilevanti, ai fini dell'apprezzamento della sussistenza dello stato di decozione²¹⁴. Lo stato di insolvenza non si identifica

212 Tribunale Milano, 15 ottobre 2009, in www.ilcaso.it, il quale in ogni caso precisa come, risultando innegabile che nessuno, nel lungo periodo, sia destinato a sopravvivere (non solo gli uomini, ma neppure le entità anche economiche da loro stessi create), sia privo di senso rapportare un giudizio sull'insolvenza di un'impresa a tempi che si proiettano in un futuro lontano, dovendo piuttosto - e potendo - tutto ciò che si colloca nel presente e nell'immediato futuro essere scrupolato in dettaglio e con adeguato livello di concretezza.

213 Cfr. Corte Cassazione, 18 giugno 2004, n. 11393; Id., 14 marzo 1978, n. 1274. In dottrina: Pajardi-Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 103; Bonfatti-Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 25; Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 51; Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 141. Riporta ampia selezione di giurisprudenza di merito Maffei Alberti, *Op. cit.*, *sub art.* 5, 36.

214 Sottolinea sul punto Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 50, che il dato dell'insolvenza non è questione di bilancio, in quanto quest'ultimo rappresenta un fatto storico, mentre l'insolvenza appartiene alla dinamica dell'impresa. In giurisprudenza, sul punto, Corte Cassazione, 3 luglio 1999, n. 6862, CED, Rv. 528243; Id., 20 maggio 1993, n. 5736, in *Il Fallimento*, 1993, 1135; Id., 9 maggio 1992, n. 5525, Rv. 477178; Id., 11 aprile 1992, n. 4463, Rv. 476736; Appello Roma, 1 luglio 1985, in *Foro It.*, 1986, I, 778; Tribunale Milano, 17 dicembre 1984, in *Il Fallimento*, 1985, 216; Tribunale Roma, 1 aprile 1982, in *Dir. Fall.* 1982, II, 1156. Osserva la dottrina (Satta, *Op. cit.*, 50, *sub nota* n. 6) sul punto: “*in realtà accade spesso che un fallito sostenga che il fallimento non doveva essere dichiarato perché nei suoi magazzini aveva merce di valore eccedente i suoi debiti: bisogna, invece, considerare la possibilità di vendita della merce in relazione alle scadenze dei debiti, perché la valutazione delle merci deve essere relativa e concreta, non*

neppure con il concetto di insufficienza patrimoniale, quest'ultima rappresentando una condizione più grave e definitiva della mera insolvenza, indicata dall'art. 5 l. fall. come incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, potendosi una società trovare nell'impossibilità di far fronte ai propri debiti ancorché il patrimonio sia integro²¹⁵. Così come potrebbe accadere l'opposto, vale a dire che l'impresa possa presentare un'eccedenza del passivo sull'attivo, pur permanendo nelle condizioni di liquidità e di credito richieste (per esempio ricorrendo ad ulteriore indebitamento). L'insolvenza, in sostanza, connota uno stato di salute dell'impresa meno grave del vero e proprio *deficit* patrimoniale, dal momento che anche in caso di patrimonio netto negativo la società potrebbe adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (ad esempio, grazie alle disponibilità creditizie di cui gode)²¹⁶ e che, d'altra parte, un imprenditore può essere insolvente anche quando l'attivo prevale sul passivo (come avviene tipicamente nell'ipotesi in cui le poste attive siano difficilmente liquidabili nel breve periodo, a fronte di debiti pur di minore entità, ma immediatamente esigibili)²¹⁷. La perdita del capitale sociale o comunque la presenza di un patrimonio netto di segno negativo potrebbero anche non connotare di per sé l'esistenza attuale dello stato di insolvenza (salva la necessità della valutazione prospettica di cui si è detto poc'anzi), pur facendo in sé sorgere altri obblighi previsti dalla legge, quali l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2446 e seguenti del codice civile o la messa in liquidazione della società. I due concetti appaiono peraltro evidentemente correlati nell'eventualità in cui lo stato di insolvenza manifestatosi in epoca cronologicamente successiva alla perdita del capitale sociale appaia riconducibile alla mancata attivazione degli organi amministrativi e/o di controllo ai fini

ipotetica e astratta, né il creditore è tenuto ad aspettare eventuali favorevoli contingenze di mercato”.

215 Corte Cassazione, Ord. 16 settembre 2015, n. 18192, cit.

216 In giurisprudenza di merito (Appello Reggio Calabria, 12 maggio 2014, in www.ilcaso.it.) è stato ritenuto insussistente lo stato di insolvenza ai fini dell'art. 5 l. fall., ove il debitore, pur in presenza di una significativa esposizione debitoria emergente dalle dichiarazioni dei redditi di vari anni, il debitore non abbia subito protesti o ipoteche giudiziali ed il creditore che ha chiesto il fallimento non abbia prima tentato di dar corso ad una esecuzione immobiliare sugli immobili del debitore.

217 Corte Cassazione, 25 luglio 2008, n. 20476; Id., 16 luglio 1992, n. 8656. Nella giurisprudenza di merito, si vedano: Appello Torino, 15 gennaio 2013, in *Il Fallimento*, 2013, 853; Appello Bologna, 12 luglio 2011, in www.ilcaso.it; Appello Brescia, 9 luglio 2010, in *Il Fallimento*, 2001, 355.

dell'adozione dei provvedimenti di cui alle norme codicistiche appena richiamate, ciò generando tra l'altro i connessi profili di responsabilità anche sotto l'aspetto squisitamente penale dei soggetti investiti delle relative cariche. Ai fini della valutazione della sussistenza dello stato di insolvenza sono stati considerati elementi sintomatici significativi oltre alla esecuzione infruttuosa, anche gli inadempimenti di modesta entità, la presentazione di precedenti concordati stragiudiziali, l'esistenza di protesti cambiari, e bilanci le cui risultanze facciano emergere crisi di liquidità²¹⁸. In virtù di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 5 l. fall., lo stato di insolvenza si manifesta sia in forma tipica, attraverso un inadempimento in senso stretto, sia attraverso altri fatti non tipizzati a priori dalle norme (e non elencati in modo tassativo), ma idonei a rivelare l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni: tra questi sono stati individuati, a livello esemplificativo, l'esistenza di protesti o procedure esecutive, il compimento di svendite a condizioni rovinose o l'alienazione a prezzo vile di beni strumentali, la chiusura della sede sociale, la fuga o lo stato di irreperibilità dell'imprenditore, il suicidio anche solo tentato dallo stesso, la *datio in solutum* qualora non prevista all'atto del sorgere dell'obbligazione ovvero la concessione di garanzie a condizioni particolarmente onerose. È stato precisato che, ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'imprenditore è configurabile anche in assenza di protesti, pignoramenti e azioni di recupero dei crediti, i quali non costituiscono parametro esclusivo del giudizio sul dissesto, posto che invece è la situazione di incapacità del debitore a fronteggiare con mezzi ordinari le proprie obbligazioni a realizzare quello stato, secondo la previsione

²¹⁸ L'incapacità di far fronte ad un solo debito, peraltro di modesta dimensione, costituirebbe un indizio particolarmente probante dell'esistenza dello stato di decozione (Corte Cassazione, 18 giugno 2004, n. 11393, CED, Rv. 573716). Anche in giurisprudenza di merito (Tribunale Roma, 31 gennaio 1989, in *Il Fallimento*, 1989, 761, e Tribunale Milano, 5 settembre 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 643) sono stati ritenuti sintomatici di un più generale stato di insolvenza inadempimenti per importi di modesta entità ove riferiti a debiti per servizi essenziali, nel concorso con una situazione patrimoniale che denunzi liquidità irrisoria e, in genere, squilibrio tra attivo e passivo, anche se talune voci (Appello Bari, decr. 15 gennaio 1990, in *Il Fallimento*, 1990, 656 e 16 luglio 1985, *ivi*, 1986, 109) hanno escluso che il mancato pagamento di un'obbligazione di entità non rilevante possa costituire indice univoco della sussistenza di uno stato di decozione, ove non accompagnato da altri elementi gravi che lascino presumere lo stato di insolvenza.

dell'art. 5 l. fall., quali che siano gli “inadempimenti” in cui si concretizza e i “fatti esteriori” con cui si manifesta²¹⁹.

Ci si è domandati se la contestazione del credito in sede giudiziale e prima della presentazione del ricorso possa escludere lo stato di insolvenza; a nostro avviso la risposta positiva²²⁰ deriva dalla circostanza che in mancanza di un credito accertato o quanto meno non contestato, la procedura prefallimentare può prestarsi a strumentalizzazioni da parte dei creditori²²¹. Va altresì osservato come nell'attuale assetto normativo, l'accertamento circa lo stato di insolvenza di una società prescindendo dalla sua eventuale appartenenza ad un gruppo collegato di imprese²²², attesa l'autonomia patrimoniale delle singole persone giuridiche²²³. Infatti, come è stato correttamente evidenziato, ai fini della dichiarazione di fallimento di una società che sia inserita in un gruppo, vale a dire in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un'unica società "holding", l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, atteso che, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma

²¹⁹ Corte Cassazione, 28 aprile 2006, n. 9856, CED, Rv. 590978.

²²⁰ La giurisprudenza di merito tende per la maggiore ad escludere la ricorrenza dello stato di insolvenza *ex art.5 l. fall.* nell'ipotesi di inadempimento di un credito contestato e sottoposto ad accertamento giudiziale. Sul punto, v. Tribunale Firenze, 3 dicembre 2003, in *Foro It., Rep.*, 2004, voce Fallimento, 250; Tribunale Pisa, 11 maggio 1997, in *Il Fallimento*, 1997, 845; Tribunale Roma, 10 febbraio 1992, *ivi*, 1992, 643; Tribunale Milano, 7 giugno 1990, 1231; Tribunale Torino, 17 aprile 1986, *ivi*, 1986, 1022; Tribunale Modena, 2 settembre 1985, *ivi*, 1986, 228.

²²¹ Si veda tuttavia in senso contrario Corte Cassazione, 5 dicembre 2001, n. 15407, quando il credito sia consacrato in un titolo esecutivo. Cfr. altresì Appello Torino 10 giugno 2011, in www.ilcaso.it, secondo cui sussiste lo stato di decozione anche se il credito del ricorrente viene contestato dal debitore al momento della costituzione in giudizio, quando da una serie di elementi (ammissione dell'esistenza di un debito nei confronti del ricorrente, elevazione di numerosi protesti, concernenti sia la società che i soci illimitatamente responsabili, iscrizione di ipoteche giudiziali, cessazione dell'attività aziendale, pur se non accompagnata dalla messa in liquidazione, assenza di introiti, inottemperanza all'ordine di deposito delle scritture contabili, richiamo agli eventuali proventi di cause giudiziarie non ancora intentate a carico delle banche), risulti che la società versi in uno stato irreversibile di impotenza economico – patrimoniale.

²²² Sul punto Pajardi-Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 107.

²²³ Cfr. Corte Cassazione, 7 luglio 1992, n. 8271, CED, Rv. 478072; *Id.*, 14 aprile 1992, n. 4550, Rv. 476785; *Id.*, 9 maggio 1992, n. 5525, Rv. 477177.

qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti²²⁴.

Un caso che ha visto coinvolta una impresa assicurativa ha evidenziato come l'impresa di assicurazione versi in stato di insolvenza non soltanto qualora emergano a suo carico inadempimenti o altri elementi esteriori i quali dimostrino che la stessa non è in grado di far regolarmente fronte alle proprie obbligazioni (così come descritto in via generale dall'articolo 5, l. fall.), ma anche quando se ne accerti l'insufficienza patrimoniale a far fronte agli impegni contrattuali. In base alla definizione di insolvenza contenuta nell'articolo 248 del D. Lgs. n. 209/2005, si evince che la particolare condizione di insolvenza dell'impresa di assicurazione è: a) alternativa rispetto a quella prevista dalla legge fallimentare poiché a determinare l'insolvenza dell'impresa assicuratrice può essere sufficiente anche soltanto uno stato di sottopatrimonializzazione non esternamente percepibile e non immediatamente influente sull'attività corrente dell'impresa stessa e sulla sua capacità di fare normalmente fronte ai debiti scaduti ed esigibili; b) proiettiva, non nel senso che non debba essere accertata nella sua attuabilità ed immanenza, ma nel senso che essa deve essere riscontrata ogniqualvolta le attività patrimoniali risultino insufficienti a far fronte agli impegni relativi ai contratti di assicurazione, a loro volta assunti in una dimensione prudenziale prognostica; c) normativa, nel senso che una volta riscontrata l'insufficienza patrimoniale non transitoria in rapporto agli obblighi contrattuali di rischio, si prescinde dalla concreta scadenza ed esigibilità dei crediti contrattuali degli assicurati e dunque dalla effettiva maturazione economica dei suddetti costi²²⁵. Da parte della dottrina²²⁶ si è in particolare evidenziato come, pur non essendo stata modificata, a seguito della riforma, la disposizione di cui all'art. 5 l. fall., la stessa oggi essere interpretata alla luce della nuova previsione dello "stato di crisi" evocato nel novellato art. 160, dovendosi intendere per "stato di crisi" una situazione (economica, patrimoniale, finanziaria) più ampia rispetto allo stato di insolvenza²²⁷. Come è stato infatti recentemente osservato, i concetti di "stato di crisi"

224 Cfr. Corte Cassazione, 18 novembre 2010, in www.ilcaso.it.

225 Cfr. Appello Torino, 20 giugno 2012, in www.ilcaso.it.

226 Fabiani-Nardecchia, Op. cit., passim.

227 Sul punto ci sia consentito di rinviare a Bersani, *Il concordato preventivo*, Milano, 2012, 92 e ss.

e di “stato di insolvenza” si atteggiano tra loro in rapporto di genere a specie²²⁸, atteso che il primo ricomprende tanto l'insolvenza vera e propria quanto situazioni che dalla stessa si distinguono sul piano di un loro possibile svolgimento, sebbene attraverso operazioni di ristrutturazione e/o riorganizzazione straordinaria²²⁹. Anche la giurisprudenza ha ritenuto di identificare nello “stato di crisi” quelle situazioni di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinate a sfociare in una definitiva impossibilità di adempimento²³⁰. Si è osservato²³¹ come precedentemente all'intervento del Legislatore una parte della dottrina e della giurisprudenza dissentissero sul fatto che la crisi potesse ricomprendere l'insolvenza, identificando la prima in una condizione meno grave del dissesto e riservando conseguentemente la possibilità di accedere al concordato ai soli imprenditori che si trovassero in uno stato di difficoltà finanziaria temporanea e reversibile. La tesi riferita finiva infatti per prospettare una diversità netta dei presupposti oggettivi di concordato e fallimento, con conseguente assoluta alternatività delle due procedure, potendo forse trarre sostegno argomentativo dall'abrogazione dell'amministrazione controllata. Di qui la possibile individuazione di una nuova fisionomia del presupposto del concordato, del tutto distinta dalla vecchia nozione di insolvenza. *“Tuttavia tale opinione non pareva compatibile con la ratio ispiratrice della riforma del concordato preventivo, che è quella di consentirne l'accesso ad un più ampio novero di soggetti, in un'ottica di salvaguardia dei valori aziendali e dell'attività di impresa, garantendo i benefici dell'effetto protettivo e dell'esdebitazione, oltre che all'imprenditore che non sia ancora insolvente, anche a colui che sia in stato di dissesto conclamato”*²³². Da quanto appena rilevato in ordine alla maggior ampiezza del concetto di “stato di crisi” rispetto allo stato di insol-

228 Pajardi-Paluchowsky, Manuale di diritto fallimentare, cit., 814.

229 In questo senso, Cavalli, La dichiarazione di fallimento: presupposti e procedimento, in Ambrosini (a cura di), La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, Bologna, 2006, 31.

230 Corte Cassazione, 6 agosto 2010, n. 18437. In giurisprudenza di merito, cfr. Tribunale Modena, 16 ottobre 2005, in *Il Fallimento*, 2010, 121; Appello Milano, 12 ottobre 2006, *ivi*, 2007, 32; Tribunale Milano, 10 marzo 2006, *ivi*, 2006, 570; Tribunale Milano, 7 novembre 2005, *ivi*, 51; Tribunale Modena, 18 ottobre 2005, in *Dir. Fallim.*, 2006, II, 661.

231 Vitiello, La fase che precede il fallimento, cit.

232 Vitiello, op. ult. cit.

venza vero e proprio consegue che in caso di revoca, inammissibilità, improcedibilità o risoluzione del concordato preventivo, non potrà essere automaticamente dichiarato il fallimento, incombendo in capo al Tribunale l'obbligo di accertare la sussistenza dello stato di insolvenza. In giurisprudenza si è poi distinto lo stato di insolvenza fra l'impresa che opera normalmente sul mercato da quella che si trova in stato di liquidazione, in relazione alla quale viene generalmente attribuito rilievo alla sussistenza di uno squilibrio patrimoniale²³³. In tale prospettiva si è innanzi tutto precisato²³⁴ che nel caso di società in liquidazione, ai fini dell'insolvenza deve essere considerata l'insufficienza degli elementi attivi del patrimonio sociale a soddisfare i creditori, anziché la capacità della società di far fronte alle proprie obbligazioni. In particolare si è evidenziato che quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 l. fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale e integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto – non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci – non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte²³⁵. Ove, pertanto, dal bilancio della società risulti un patrimonio netto positivo e tali risultanze non vengano contestate dai creditori che richiedono il fallimento, in mancanza di ulteriori elementi, la domanda di fallimento dovrà essere rigettata. ²³⁶

²³³ Corte Cassazione, 17 aprile 2003, n. 6170; Id., 10 aprile 1996, n. 3321, ove si è dato rilievo alla capienza dell'attivo a soddisfare tutti i creditori.

²³⁴ Cfr. Appello Trieste, 12 aprile 2011, in www.ilcaso.it.

²³⁵ Tribunale Palermo, 19 marzo 2015, in www.ilcaso.it; Tribunale Napoli, 31 gennaio 2014; Corte Cassazione, Corte Cassazione, 4 luglio 2013, n. 16752; Id., 30 maggio 2013, n. 13644, CED, Rv. 626448; Id., Ord. 13 luglio 2011, n. 15442, Rv. 618668; Id., 14 ottobre 2009, n. 21834, Rv. 610688; Id., 19 settembre 2006, n. 20258, Rv. 594144; Id., 6 settembre 2006, n. 19141, Rv. 591598; Id., 11 maggio 2001, n. 6550.

²³⁶ Tribunale Padova, 10 marzo 2011; [Tribunale di Padova, 24 novembre 2010](#); Tribunale Padova, 14 marzo 2011.

Si è poi affermato²³⁷ che il criterio esclusivamente patrimoniale, pur astrattamente corretto in relazione ad una società in stato di liquidazione, è tuttavia del tutto incongruo rispetto ad una società che detto stato non ha dichiarato e che dunque deve sottostare al criterio di base individuato dall'art. 5, 1. fall., in forza del quale la situazione di insolvenza è integrata non già dal confronto fra attivo e passivo, bensì dall'impossibilità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

Quanto, infine, all'ulteriore profilo relativo all'accertamento dello stato di insolvenza, questo potrà fondarsi anche su fatti differenti da quelli sulla cui base il fallimento è stato dichiarato, purché anteriori alla dichiarazione stessa, anche se conosciuti successivamente e desunti da circostanze non contestate dello stato passivo, avendo il Giudice il potere-dovere di riscontrare la sussistenza dei presupposti della dichiarazione di fallimento sulla base degli atti acquisiti al fascicolo fallimentare²³⁸. Da ciò discende la piena ed assoluta irrilevanza giuridica di fatti sopravvenuti, a prescindere dalla circostanza che essi abbiano eventualmente determinato la capienza del patrimonio per il soddisfacimento integrale del ceto creditorio, atteso che *“sostenere la tesi opposta sarebbe equivalente a considerare revocabile ogni procedura concorsuale aperta legittimamente, cioè in presenza dei suoi presupposti di legge, nell'eventualità in cui la gestione dei suoi organi abbia avuto quale risultato, peraltro auspicabile, quello di garantire un esubero dell'attivo rispetto al passivo”*²³⁹.

237 In tal senso, Appello Bologna, 12 luglio 2011, in www.ilcaso.it.

238 Corte Cassazione, 27 maggio 2015, n. 10952, in www.ilcaso.it, in tema di accertamento dello stato di insolvenza nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento.

239 Tribunale Milano, 1 febbraio 2012, in www.ilcaso.it.