

# Presupposto soggettivo della dichiarazione di fallimento

## Le novità del DLgs. 169/2007

di Massimo Gaballo

Giudice Delegato presso il Tribunale di Bergamo

Il presente lavoro esamina le novità che il DLgs. 12.9.2007 n. 169 (c.d. correttivo della riforma delle procedure concorsuali) ha apportato in materia di presupposto soggettivo della dichiarazione di fallimento.

### Indice

- 1 INTRODUZIONE
- 2 LE INCERTEZZE INTERPRETATIVE
- 3 GLI EFFETTI PRATICI
- 4 LA NUOVA DISCIPLINA
  - 4.1 *I ricavi*
  - 4.2 *L'indebitamento complessivo*
  - 4.4 *L'onere della prova*
  - 4.5 *L'indebitamento accertato in sede prefallimentare*
- 5 IL DIRITTO TRANSITORIO
- 6 I RIFLESSI PENALISTICI

### giurisprudenza

Trib. Trieste 9.1.2007

Trib. Pordenone 10.10.2007

## 1 INTRODUZIONE

- o *Ai sensi dell'art. 1 LF, vigente fino al 31.12.2007, sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori.*

*Non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:*

- *hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore ad euro trecentomila;*
- *hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro duecentomila.*

La riforma organica delle procedure concorsuali attuata dal DLgs. 9.1.2006 n. 5 aveva perseguito la finalità di accelerare le predette procedure anche riducendone il numero attraverso una drastica riduzione dei soggetti ad esse assoggettabili.

L'art. 1 LF, vigente fino al 31.12.2007, dopo avere confermato nel primo comma che “*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori*”, aveva introdotto due requisiti dimensionali, il cui superamento anche disgiunto escludeva la qualificazione di piccolo imprenditore e conseguentemente l'esenzione dalla fallibilità.

In particolare nel secondo comma si legge che “*ai fini del primo comma non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:*

- *hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore ad euro trecentomila;*

- hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall' inizio dell' attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro duecentomila”.

La riforma del 2006 aveva avuto di mira gli ulteriori effetti di:

- evitare che venissero dichiarati fallimenti privi dell' attivo sufficiente per soddisfare i creditori concorsuali, tanto più che col DL 15.3.2005 n. 35 era stata di fatto azzerata la revocatoria fallimentare che costituiva la principale fonte di attivo;
- superare i problemi interpretativi della normativa previgente che si rifaceva alla definizione civilistica dell' art. 2083 c.c., risolti dalla giurisprudenza con estrema varietà di criteri: dall' entità dell' esposizione debitoria, alle ripercussioni del dissesto sull' economia generale, al grado di allarme sociale dell' insolvenza, alla prevalenza o meno del lavoro personale e dei familiari dell' imprenditore su quello dei dipendenti o sul capitale investito.

## 2 LE INCERTEZZE INTERPRETATIVE

- o La lettera dell'art. 1 LF, vigente fino al 31.12.2007, ha dato luogo a rilevanti incertezze interpretative.

L' introduzione di requisiti dimensionali di fallibilità non ha sortito l' effetto desiderato sotto il profilo della certezza del diritto, a causa della infelice formulazione degli stessi che richiedeva il coordinamento con nozioni giuridiche e aziendalistiche, elementi tra loro eterogenei.

Il requisito di più problematica individuazione è risultato quello degli “investimenti nell' azienda”, in primo luogo sotto il profilo definitorio, con una gamma variegata di interpretazioni, da quella più restrittiva limitata al capitale fisso e ai beni durevoli, fino a quella più ampia estesa a tutto l' attivo dello stato patrimoniale; ma anche in relazione al periodo di riferimento degli investimenti, non specificato dal legislatore, si sono delineate varie opzioni interpretative che vanno dalla considerazione di tutti gli investimenti effettuati dall' inizio dell' impresa, al riferimento all' ultimo bilancio di esercizio, passando per opzione intermedia dei bilanci degli ultimi tre anni, in analogia al criterio dei ricavi, con le ulteriori incertezze nel caso di imprenditori non in regola con le scritture contabili.

Minori problemi sono derivati dal requisito dei “ricavi lordi” comunque accertati, salva la difficoltà di accertamento quando mancano le scritture contabili.

Il legislatore del 2006 non aveva specificato se l' onere di provare il superamento dei requisiti dimensionali di fallibilità incombesse sul creditore istante o sul debitore. Anche in questo caso, in assenza di un intervento no-mofilattico della Corte di Cassazione, la giurisprudenza di merito ha oscillato tra le due soluzioni opposte determinando un' inammissibile incertezza del diritto.

## 3 GLI EFFETTI PRATICI

- o L'art. 1 LF, vigente fino al 31.12.2007, ha determinato una considerevole diminuzione del numero dei fallimenti.

Se il principale obiettivo della nuova formulazione dell' art. 1 LF era quello di diminuire il numero dei fallimenti, si può affermare che i risultati sono andati oltre le aspettative e, soprattutto a causa delle incertezze interpretative sull' onere della prova, sono risultati anche territorialmente disomogenei. Infatti un' indagine dell' Osservatorio ASSONIME ha rilevato diminuzioni dei fallimenti variabili dal 70 % dei tribunali di Perugia, Ravenna e Reggio Calabria, fino al dato invariato del tribunale di Ancona.

Ma, a prescindere dal dato numerico, l' eccessiva riduzione dei fallimenti ha determinato altri effetti negativi nella realtà socio-economica.

Se è vero che il fallimento riformato ha perso gran parte della sua valenza infamante e sanzionatoria, l' eccessiva contrazione dell' area di fallibilità lasciava in vita soggetti economici, soprattutto di tipo collettivo, potenzialmente dannosi per gli altri operatori economici a causa dell' elevato indebitamento di cui non si teneva conto ai fini della fallibilità.

In particolare ne risultavano pregiudicati i diritti dei lavoratori dipendenti, i quali in caso di fallimento riescono comunque ad ottenere dall' INPS il trattamento di fine rapporto e la retribuzione degli ultimi mesi.

## 4 LA NUOVA DISCIPLINA

- o *Ai sensi del nuovo art. 1 LF sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.*  
*Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*
  - *aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;*
  - *aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;*
  - *avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.*

L' art. 1 LF modificato dal DLgs. 12.9.2007 n. 169 elimina ogni riferimento testuale alla nozione di piccolo imprenditore commerciale, utilizzando esclusivamente requisiti dimensionali per delimitare l'area dei soggetti esonerati dalle procedure concorsuali.

In particolare il primo comma assoggetta *“alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli im-prenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”*.

Viene pertanto confermata la non fallibilità dell'imprenditore agricolo, a prescindere dalle dimensioni, con riferi-mento a una nozione di tipo qualitativo in quanto si tratta di imprenditore non commerciale.

Non rileva invece la qualità di artigiano, assorbita dal parametro dimensionale.

Restano anche escluse dal fallimento le imprese di grandi e grandissime dimensioni che, se esistono possibilità di risanamento, sono soggette alle procedure di amministrazione straordinaria previste dal DLgs. 8.7.1999 n. 270 e dal DL 23.12.2003 n. 347 convertito nella L. 18.2.2004 n. 39.

Il secondo comma individua tre parametri dimensionali, aggiornabili ogni tre anni secondo gli indici ISTAT, il superamento di uno solo dei quali esclude la qualifica di piccolo imprenditore, ponendo il relativo onere probatorio a carico del debitore fallendo.

Tali parametri sono correlati:

- all'attivo patrimoniale;
- ai ricavi;
- all'indebitamento.

### 4.1 L'ATTIVO PATRIMONIALE

Il requisito dell'attivo patrimoniale sostituisce quello di incerta definizione degli investimenti nell'azienda, introducendo opportunamente un parametro di facile e sicura applicazione.

Sarà infatti sufficiente verificare l'attivo dello stato patrimoniale previsto dall'art. 2424 c.c., dove sono elencati i crediti verso i soci per i versamenti ancora dovuti, le immobilizzazioni (immateriali, materiali e finanziarie), l'attivo circolante (rimanenze, crediti, attività finanziarie e disponibilità liquide), i ratei e risconti.

Qualche incertezza potrebbe sorgere circa i beni in leasing traslativo, il cui valore potrebbe essere aggiunto all'attivo, e in relazione alle eventuali rivalutazioni. In particolare i beni in leasing sono compresi nella voce *“costi della produzione per godimento di beni di terzi”* (art. 2425 c.c. lett. b) n. 8) che però si riferisce solo ai canoni corrisposti nell'anno di riferimento. Le indicazioni sulla somma complessivamente investita si ricavano dalla nota integrativa al bilancio (art. 2427 c.c. n. 22 così come modificato dal DLgs. 28.12.2004 n. 310).

Sotto il profilo temporale si precisa che l'attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a euro trecentomila da prendere in considerazione è quello degli ultimi tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento. Tale spazio temporale corrisponde alla previsione dell'art. 14 LF che impone al creditore che chiede il proprio fallimento di depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie relative ai tre esercizi precedenti, evidentemente al fine di dimostrare il raggiungimento di tale requisito dimensionale.

Va precisato che basta il superamento del parametro in uno solo dei tre esercizi di riferimento per entrare nell'area di fallibilità.

#### 4.2 I RICAVI

Il requisito dei ricavi lordi è stato precisato specificando che si fa riferimento anche in questo caso ai tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, mentre la precedente dizione "ultimi tre anni" poteva consentire il riferimento anche all'anno della presentazione dell'istanza se il relativo deposito avveniva verso la fine dell'anno.

Ma soprattutto il requisito è stato reso più rigoroso, perché non si fa più riferimento alla media degli ultimi tre anni, ma basta il superamento del limite anche in uno solo degli esercizi precedenti per fare venire meno l'esenzione.

I ricavi lordi possono essere accertati "in qualunque modo", e pertanto possono desumersi, oltre che dalle scritture contabili e dai registri fiscali, anche da accertamenti tributari non definitivi, ovvero da dati extracontabili come ad esempio corrispettivi di contratti di vendita, in considerazione della sommarietà dell'istruttoria prefallimentare. Inoltre il giudice può chiedere anche d'ufficio informazioni alla Guardia di Finanza, alla quale possono essere delegate indagini in sede di istruttoria prefallimentare.

La nozione di ricavi rilevante ai nostri fini dovrebbe comprendere i ricavi derivanti dalla vendita dei beni e dalla prestazione di servizi, nonché gli "altri ricavi", gli interessi attivi e i dividendi. Qualche dubbio può sorgere per i ricavi straordinari, atteso che la considerazione di tali componenti di reddito potrebbe determinare la fallibilità per una plusvalenza o anche per una sopravvenienza verificatasi in uno degli ultimi tre esercizi.

#### 4.3 L'INDEBITAMENTO COMPLESSIVO

Il decreto correttivo ha introdotto il nuovo requisito dell'indebitamento complessivo non superiore a euro cin-quecentomila, riferito al momento del deposito dell'istanza di fallimento.

Per espressa definizione legislativa si considerano anche i debiti non scaduti; per i crediti contestati, la fondatezza della pretesa dovrà essere accertata dal giudice fallimentare.

In tal modo si recuperano all'area di fallibilità le imprese, anche di medie dimensioni, che non raggiungevano i requisiti degli investimenti e dei ricavi perché inattive o poste in liquidazione negli ultimi esercizi prima della dichiarazione di fallimento.

L'introduzione di questo requisito potrebbe frustrare l'intento legislativo di evitare i fallimenti privi di attivo, ma va ricordata l'applicabilità in questi casi dell'art. 102 LF, che prevede l'omissione della verifica dei crediti quando si prevede un insufficiente realizzo, e prelude alla rapida chiusura della procedura ai sensi dell'art. 118 n. 4, "quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti perededucibili e le spese di procedura".

#### 4.4 L'ONERE DELLA PROVA

Un decisivo apporto nel senso di ampliare nuovamente l'area di fallibilità proviene dall'esplicita statuizione che l'onere della prova della sussistenza di tutti i predetti requisiti di esenzione dal fallimento incombe al debitore. In altri termini la qualifica di imprenditore commerciale e l'insolvenza devono ritenersi fatti costitutivi della dichiarazione di fallimento, la cui prova incombe al creditore istante; invece il mancato superamento dei predetti parametri costituisce un fatto impeditivo la cui prova incombe al debitore fallendo.

L'art. 15 LF attribuisce genericamente poteri istruttori d'ufficio al Tribunale in sede di istruttoria prefallimentare senza specificarne la natura e l'ambito di operatività: toccherà verosimilmente alla giurisprudenza concretizzare l'indicazione legislativa in modo coerente al principio dispositivo che connota la riforma, desumibile dall'abolizione del fallimento d'ufficio.

Se in esito all'istruttoria prefallimentare – caratterizzata da una certa sommarietà in conseguenza dell'urgenza di provvedere – non viene raggiunta la prova del mancato superamento dei requisiti dimensionali di fallibilità, anche in caso di inerzia del debitore debitamente notificato, deve essere dichiarato il fallimento.

Nella relazione illustrativa si legge che "si evita così di premiare con la non fallibilità quegli imprenditori che scelgono di non difendersi in sede di istruttoria prefallimentare o che non depositano la documentazione contabile dalla quale sarebbe possibile rilevare i dati necessari per verificare la sussistenza dei parametri dimensionali".

Sembra quasi che il legislatore sia tornato alla concezione del fallimento sanzionatorio ante riforma, senza considerare che l'imprenditore può avere interesse a fallire per beneficiare dell'esdebitazione o per proporre un concordato fallimentare, specie con la nuova disciplina che consente il pagamento

parziale dei creditori privilegiate. Pertanto il debitore troppo “piccolo” per fallire potrebbe comunque ottenere di essere dichiarato fallito semplicemente restando inerte.

#### 4.5 L'INDEBITAMENTO ACCERTATO IN SEDE PREFALLIMENTARE

Ai sensi dell' art. 15 ultimo comma LF “*non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell' istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila*” (così aumentato dal decreto correttivo l'originario limite di euro venticinquemila), importo anch'esso rivalutabile secondo gli indici ISTAT.

L'accertamento dei debiti risente ovviamente della sommarietà dell'istruttoria prefallimentare, e ha efficacia esclusivamente ai fini della declaratoria di fallimento, non costituendo titolo per l'ammissione al passivo in forza del principio della necessaria partecipazione al concorso di cui all' art. 52 co. 2 LF.

Anche questo parametro, definito “*soglia oggettiva di fallibilità*”, uniformando una prassi seguita da molti tribunali, risponde a un evidente intento deflattivo, evitando che si pervenga a dichiarazioni di fallimento per insolvenze di modesta entità e scoraggiando le istanze di fallimento strumentali al recupero di crediti nei confronti di debitori non aggredibili.

### 5 IL DIRITTO TRANSITORIO

- o *Le disposizioni del DLgs. 169/2007 si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti all'1.1.2008, nonché alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore.*

L' art. 22 del decreto correttivo, oltre a stabilire che la nuova disciplina entra in vigore l'1.1.2008, prevede che “*le disposizioni del presente decreto si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore, nonché alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore*”.

Ne consegue che le nuove norme estensive dell'area di fallibilità si applicano alle procedure prefallimentari in corso alla data dell'1.1.2008, aggravando così la posizione del fallendo, il quale potrebbe entrare nell' area di fallibilità anche a causa di un mero rinvio dell'udienza successivo all'1.1.2008.

Il decreto correttivo nel suo testo definitivo non è intervenuto sulla disposizione transitoria dell' art. 150 del DLgs. 9.1.2006 n. 5 secondo la quale “*i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell' entrata in vigore del presente decreto (16.7.2006), nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore*”. L'interpretazione di tale norma non è univoca perché si controverte sulla disciplina applicabile ai fallimenti dichiarati dopo il 16.7.2006 su istanza precedente a tale data.

Il risultato pratico di questa stratificazione normativa è la contemporanea vigenza di ben tre discipline concorsuali applicabili *ratione temporis*: 1) la legge del 1942 per i fallimenti con istanza presentata (o dichiarati, a seconda dell' interpretazione del citato art. 150 DLgs. 5/2006) prima del 16.7.2006; 2) il DLgs. 5/2006 per i fallimenti con istanza presentata, o dichiarati, tra il 16.7.2006 e il 31.12.2007; 3) il DLgs. 169/2007 per i fallimenti con procedura prefallimentare pendente o aperti all'1.1.2008.

### 6 I RIFLESSI PENALISTICI

- o *Non possono essere condannati per episodi di bancarotta gli imputati falliti con la disciplina previgente, ma che, in applicazione della nuova disciplina, non sarebbero assoggettabili al fallimento per mancato superamento dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 1 LF.*

La nuova disciplina del presupposto soggettivo del fallimento può rilevare anche sulla sussistenza del reato di bancarotta, anche con riferimento alle condanne passate in giudicato, in applicazione dell'art. 2 c.p. che regola la successione di leggi penali nel tempo. Infatti la Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza del 23.5.1987 n. 8342 ha affermato che “*per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto. Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo*” con la conseguenza che se una legge successiva al fatto fa venire meno la qualifica soggettiva necessaria a integrare il reato, quest' ultimo viene meno in virtù del principio di retroattività della norma penale più favorevole.

Applicando questi principi alla riforma del diritto concorsuale, i tribunali di Trieste (sent. 9.1.2007<sup>1</sup>) e di Pordenone (sent. 10.10.2007<sup>2</sup>), accogliendo la tesi che la sentenza dichiarativa di fallimento è un elemento costitutivo del reato di bancarotta (ma parte della giurisprudenza di legittimità qualifica la sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità), hanno assolto da tale imputazione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato gli imputati falliti con la disciplina previgente che in applicazione della nuova disciplina non sarebbero stati assoggettabili al fallimento per mancato superamento dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 1 LF.

Tale effetto "scriminante" della riforma colpirebbe anche le condanne passate in giudicato in forza dell'art. 673 c.p.p. che prevede la revoca della sentenza per abolizione del reato.

---

<sup>1</sup> In *Cassazione Penale*, 7-8, 2007, p. 3023.

<sup>2</sup> Disponibile sul sito Internet [www.eutekne.it](http://www.eutekne.it).