

## Diritto Commerciale e Fallimentare

### Tribunale di Firenze, sez. III civile, 11 dicembre 2008 - Pres. D'Amora - Rel. Ri- viello

ART. 1 E 15 L.F. - REQUISITI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI DI NON FALLIBILITÀ - ONERE DELLA PROVA - SPETTA AL DEBITORE

Spetta al debitore la mancata sussistenza delle condizioni di fallibilità di cui agli art. 1 e 15 l.f. in quanto unico soggetto in possesso delle relative informazioni.

**IL CASO**  
Il debitore ha l'onere di depositare un complesso di documenti, che, fra l'altro, sono finalizzati all'accertamento dell'esistenza dell'indebitamento rilevante ai fini dell'art. 1 lett. c), l.f. ed il cui onere di dimostrazione dell'omesso superamento (onde sottrarsi al fallimento) è a carico dello stesso

#### Svolgimento del processo

Col ricorso in atti yyyyy ha chiesto pronuncia di fallimento della xxxxx per le ragioni ivi indicate e relative al prolungato inadempimento da parte di quest'ultima delle obbligazioni assunte nei confronti della parte ricorrente stessa.

Convocato il legale rappresentante della debitrice ai sensi dell'art. 15 l.f. avanti il G.D. dr. E.R., appositamente delegato dal collegio alla trattazione del procedimento, questi ha rimesso il procedimento avanti il Collegio riunito in Camera di Consiglio per la decisione.

#### Motivi della decisione

Deve essere dichiarato il fallimento della xxxxx, ricorrendo i requisiti soggettivo ed oggettivo richiesti dagli artt. 1, 5 e 16 della l.f.

La qualità di impresa commerciale della società debitrice è insita nella natura speculativa dell'impresa organizzata in società di capitali e le società commerciali insolventi sono sottoposte a fallimento (art. 2221 c.c. e 5 l.f.) siano esse società lucrative, cooperative o consortili.

Al riguardo devono essere svolte le seguenti considerazioni.

La modifica dell'art. 1 l.f., come introdotta dal d.lgs. 169/2007, secondo il quale a mente del comma 2, "non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori ... i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risultati, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito del-

l'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduto non superiore ad euro cinquecentomila", immediatamente applicabile anche alle istanze proposte prima del 1° gennaio 2007 ma tuttora non definite, come previsto dall'art. 22, secondo cui "le disposizioni del ... decreto si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore", sposta espressamente in capo al debitore l'onere probatorio della dimostrazione della ricorrenza dei requisiti che precludono la dichiarazione di fallimento.

Nel caso di specie il legale rappresentante della xxxxx non è comparso di persona ma per il tramite del proprio difensore, che si è limitato a depositare il mandato alle liti e ad eccepire il mancato superamento del limite di euro 30.000 previsto dall'art. 15 u.c. l.f., e, quindi, nulla ha dedotto e provato in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui sopra.

Tanto rilevato in ordine alla astratta soggezione della parte debitrice alla presente procedura, osserva il Collegio che neppure essa potrebbe essere esclusa in concreto in relazione alla necessità di attuazione dei principi interpretativi posti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 570/1989, la quale, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 1 l.f., ha esplicitamente affermato che deve evitarsi la dichiarazione di fallimento quando non vi è allarme sociale e quando i costi della procedura si appalesano tali da non giustificare l'apertura del fallimento, assorbendo tutto il possibile attivo.

Nel caso di specie si rileva che, da un canto, non vi sono elementi sufficienti per escludere la presenza di attivo ripartibile in favore della massa dei creditori, dall'altro l'entità del credito (oltre euro 23.000), in unione agli ulteriori elementi desumibili dagli atti e che attengono al contesto delle relazioni economiche nell'ambito del quale la società debitrice ha operato, escludono che possa ritenersi l'assenza di allarme sociale in conseguenza del possibile dissesto dell'impresa, peraltro dal legislatore già a priori escluso quando pone il limite della non fallibilità per debiti scaduti complessivi inferiori euro 30.000 (giusta la modifica dell'art. 15 u.c. l.f. dal già citato d.lgs. 169/2007).

Con riguardo a quest'ultima questione il Tribunale ritiene di doversi fare carico di esaminare *ex professo* la questione relativa al limite posto dall'art. 15 u.c. l.f. (nel testo introdotto dal d.lgs. 169/2007) ed alle modalità di accertamento della sussistenza (o insussistenza) di un ammontare di debiti che superino tale limite (fissato dal d.lgs. 5/2006 in euro 25.000 fino al 31 dicembre 2007 ed elevato a far tempo dal 1° gennaio 2008 a euro 30.000).

La questione rileva sia sotto il profilo dell'individuazione del soggetto gravato dell'onere della prova relativa che della natura del limite in discorso, posto in particolare con riferimento ai poteri dell'ufficio di accertamento e di utilizzazione delle relative risultanze ai fini della decisione.

Fino ad oggi il Tribunale, in modo non dissimile da altri uffici giudiziari, aveva ritenuto di ricavare esclusivamente dai dati acquisiti al giudizio (ovvero da quelli che poteva acquisire *motu proprio* utilizzando gli elementi forniti dalle parti) l'accertamento del superamento o meno del predetto limite e di ritenere, quindi, di poter utilizzare esclusivamente i dati risultanti nel processo (fossero essi una precedente domanda di fallimento non accolta perché fondata su credito di importo inferiore ad euro 30.000 ovvero l'entità dei protesti elevati a carico del debitore piuttosto che l'esistenza di esecuzioni mobiliari o immobiliari a suo carico, da accertare con indagine d'ufficio mediante richiesta di informazioni alle relative cancellerie purché sulla base di segnalazioni in tal senso della parte creditrice).

Tuttavia, *re melius perpensa*, una scelta siffatta è apparsa del tutto inadeguata e insoddisfacente, poiché essa portava a non valorizzare il comportamento (a volte volutamente) negativo od omissivo del debitore, il quale poteva avere tutto l'interesse o a non prendere posizione in ordine all'ammontare dei debiti scaduti o a non comparire neppure in giudizio per l'audizione, in particolar modo quando, risultando superati i parametri di cui all'art. 1 l.f., l'unica chance di sottrazione alla dichiarazione di fallimento restava quella del mancato superamento del limite di cui al già citato u.c. dell'art. 15 l.f.

Una ricostruzione della materia non può prescindere, allora, dal prendere le mosse dai dati normativi che si reputano determinanti ai fini che qui rilevano e, più precisamente, i commi 4, 6 e 9 dell'art. 15 l.f..

Il comma 4 afferma che "il procedimento (di cui all'art. 15) è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento" ed aggiunge che "in ogni caso, il Tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata".

Giusta tale disposizione, quindi, il debitore ha l'onere di depositare un complesso di documenti, che, fra l'altro, sono finalizzati all'accertamento dell'esistenza dell'indebitamento rilevante ai fini dell'art. 1 lett. c), ed il cui onere di dimostrazione dell'omesso superamento (onde sottrarsi al fallimento) è a carico dello stesso (come espressamente afferma l'art. 1 che reca: "non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento ... gli imprenditori ... i quali dimostrino il possesso dei seguenti requisiti").

Ora, tra i presupposti per la dichiarazione di fallimento, ad avviso del collegio, devono ritenersi rientrare la qualità di imprenditore commerciale e la sussistenza dello stato di insolvenza mentre il mancato superamento dei parametri fissati dall'art. 1 l.f. e quello del limite di cui all'art. 15 l.f. non possono rientrare in tale categoria, non essendo essi dati che connotano l'imprenditore fallibile, ma semplicemente fatti che, per evidenti ragioni di economia processuale e per evitare lo sperpero di energie istituzionali (apertura di procedure manifestamente inutili ed il cui attivo, quand'anche esistente, appaia del tutto insufficiente anche soltanto a coprire le spese di procedura), limitano l'accesso alle procedure concorsuali ad un ambito che il legislatore, con una valutazione prognostica, ritiene poter valutare come proficue (operando una sorta di valutazione dell'esistenza di allarme sociale che già la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 570/1989 - ma principi analoghi sono ricavabili anche dalle pronunce nn. 302/1985, 488/1993, 368/1994 - evidenziava e che larga parte dei Tribunali italiani prendeva in considerazione prima delle riforme del 2006 e del 2007 per limitare l'apertura delle procedure fallimentari ad ipotesi che realmente apparissero idonee a soddisfare le esigenze dei creditori).

L'art. 1 l.f., nel testo attualmente vigente, utilizza la locuzione "non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento..." che, invece, l'art. 15 u.c. l.f. non riproduce, adottando quella diversa secondo cui "non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento", ma non sembra al collegio che la sostanza delle diverse formule legislative possa portare a conclusioni diverse quanto ad onere della prova, ritenendosi doveroso tale onere a carico del debitore anche in ordine all'accertamento dei debiti scaduti ex art. 15, u.c.

La locuzione utilizzata da quest'ultimo non vuol implicare un arresto per ragioni di rito del giudizio di fallimento (ponendo in essere una sorta di condizione di procedibilità o di proponibilità dell'azione), anche perché il legislatore non può arrivare a penalizzare un soggetto che voglia intraprendere la strada giudiziale per pervenire all'apertura di una procedura concorsuale per il sol fatto che il suo credito si pone al di sotto del limite di euro 30.000 (in tal caso avrebbe utilizzato la locuzione "non può proporre la domanda chi sia titolare di un credito inferiore a euro 30.000") e ciò per un duplice ordine di ragioni: sia perché non può escludersi che altri soggetti creditori, sia pure per importi singolarmente non eccedenti il limite, prendano a loro volta l'iniziativa, che andrà a sommarsi a quella degli altri creditori così superandosi lo sbarramento dei 30.000 euro ovvero che risultino aliunde crediti che da soli o sommati a quello dell'istante oltrepassino questo limite; sia perché l'ordinamento non può porre a carico di un soggetto un onere probatorio che egli non sia in grado di assolvere non trattandosi di un fatto a lui riferibile, essendo di tutta evidenza che mai un creditore potrebbe, al di fuori della sussistenza del proprio credito, dimostrare che il proprio debitore è anche debitore altrui per importi di entità determinata, cioè essere non solo a conoscenza di fatti (che pure per svariate ragioni potrebbero essergli note) ma essere onerato della relativa dimostrazione in giudizio.

Si pensi alle difficoltà di accertamento di una situazione

## Diritto Commerciale e Fallimentare

debitoria da parte del creditore, pur in presenza dell'allegazione agli atti delle risultanze di bilancio, quando il debitore abbia contratto con le più svariate forme in epoca recentissima un'obbligazione alla quale sia rimasto inadempiente, ove della stessa egli neppure dia menzione nella relazione aggiornata di cui all'art. 15, comma 4.

In ogni caso le risultanze del bilancio rilevano unicamente per evidenziare la situazione debitoria complessiva ma non indicano se i singoli crediti siano effettivamente scaduti

La norma, quindi, per avere una sua coerenza logica e per potersi inquadrare coerentemente e correttamente nel sistema giuridico processualciviltistico, che pur sempre presiede al procedimento di dichiarazione di fallimento, deve essere vista come disposizione che contempla la deduzione di un fatto impeditivo, con la conseguenza, in attuazione dell'art. 2697 Il comma c.c., il relativo onere probatorio debba ricondursi in capo al soggetto che l'invoca e che ne trarrebbe vantaggio (anche se, peraltro, non reputa il collegio trattarsi di eccezione in senso stretto).

I fatti impeditivi sono comunemente definiti come quelli idonei a paralizzare o vanificare una domanda ed è agevole, poste queste premesse, inquadrare in questo ambito la dimostrazione della sussistenza del limite di cui si sta discutendo, sia pure qualificato non come eccezione in senso stretto (non essendo dal legislatore rimessa esclusivamente alla disponibilità della parte interessata a farla valere in quanto non fissato normativamente in capo al solo debitore l'esercizio del relativo potere di iniziativa), ma come eccezione in senso lato, che il giudice potrà bensì rilevare d'ufficio purché agli atti risultino acquisiti tutti gli elementi utili per pervenire all'adozione della conseguente decisione.

Si può allora affermare che la documentazione relativa alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata rientri fra gli atti dell'istruttoria qualificati come necessari ex lege (non si dimentichi, infatti, che a mente del comma 4 del più volte citato art. 15 l.f. è espressamente previsto l'espletamento di un'attività istruttoria richiesta dalle parti o disposta d'ufficio).

Se il debitore non si costituisce o costituendosi non deposita tale relazione rende impossibile (non assolvendo all'onere di allegazione documentale imposto dalla norma) l'indagine sugli atti relativa all'ammontare dei debiti scaduti e ciò per carenza di un atto necessario (e ciò a prescindere dalla questione delle possibili indagini ove la presenti e da essa risulti un indebitamento sotto soglia).

Ne deriva che il Tribunale non è in grado di effettuare il relativo accertamento "in base agli atti (necessari) della istruttoria" e ciò per omissione imputabile al debitore, che allora potrebbe essere dichiarato fallito pur in presenza di una istanza di un creditore per importo inferiore ai 30.000 euro.

In quest'ottica, nel decreto di convocazione ex art. 15 di questo Tribunale si legge, nella parte in cui si dispone il deposito della documentazione contabile, che la situazione pa-

trimoniale aggiornata è necessaria per accertare l'eventuale mancato superamento della soglia di procedibilità ex art. 15, ultimo comma l.f.

Solo nell'ipotesi (ma non è questo il caso) in cui si sia in presenza di un credito di entità particolarmente ridotta, potrà essere recuperata quella giurisprudenza sull'assenza di allarme sociale prima si faceva riferimento, per evitare l'apertura di procedure manifestamente inutili ed onerose e tali da non portare a risultati apprezzabili per i creditori.

Nel caso di specie il debitore pur avendo provveduto a farsi rappresentare, come detto, da un legale con il deposito del solo mandato, non ha depositato la relazione di cui sopra, sicché si deve ritenere che non abbia assolto all'onere probatorio su di lui gravante.

Per quanto attiene poi alla sussistenza del presupposto oggettivo di cui all'art. 5 l.f., si osserva che la condizione di insolvenza dell'impresa emerge chiaramente dal mancato risanamento della posizione debitoria, nonostante reiterate richieste e la notifica del precetto e dei conseguenti atti esecutivi; dall'esito negativo del pignoramento tentato, che ha palesato la mancanza di attività dell'impresa; dall'avvenuta chiusura dei locali e dalla cessazione di ogni attività.

A conferma di quanto sopra si osserva che lo stesso difensore della xxxxx, in sede di comparizione avanti il G.D. ai sensi dell'art. 15 l.f., ha confermato la situazione debitoria.

In conclusione, la xxxxx si trova in una situazione di insolvenza funzionale e non transitoria e non è, pertanto, in grado di osservare regolarmente, tempestivamente e con mezzi normali gli impegni assunti per cui sussistono tutti i presupposti di legge per la dichiarazione del fallimento della stessa.

## P.Q.M.

Visti gli artt.1-5-6-14 e 16 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267; dichiara il fallimento della xxxxx corrente in lungarno Colombo n. 26/A - Firenze.

Nomina giudice delegato il dr. E.R. e curatore il dr. wwwwww, il quale farà pervenire la propria accettazione entro 2 giorni dalla comunicazione.

Ordina alla fallita di depositare in cancelleria entro 3 giorni i bilanci e le scritture contabili obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori, ove non ancora eseguito.

Assegna ai creditori ed ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso della fallita termine fino a 30 giorni prima dell'adunanza per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione;

stabilisce che l'esame dello stato passivo abbia luogo dinanzi al giudice delegato nella adunanza del 17 febbraio 2009 alle ore 9,30.

Autorizza la prenotazione a debito delle spese e diritti della presente sentenza e degli adempimenti consequenziali.

Dispone la pubblicazione e annotazione della sentenza ai sensi dell'art. 17 l.f. a cura della Cancelleria, che procederà altresì alla formazione del fascicolo ai sensi dell'art. 90 l.f.

## Commento

## L'onere della prova nella fase prefallimentare

di Antonio Pezzano, Avvocato in Firenze

Il decreto 12 novembre 2008 del Tribunale di Firenze (1) ha il merito di affrontare in modo esauritivo il delicato tema dell'onere della prova in sede prefallimentare, offrendo una condivisibile chiave di lettura che riesce a coniugare i principi fondamentali dell'onere della prova vigenti nel nostro ordinamento processualciviltistico, con la peculiarità propria che è ontologicamente immanente al sistema prefallimentare e fallimentare in genere e che, pur non essendo più procedura attivabile d'ufficio da parte del Tribunale, mantiene forte la propria connotazione di procedura esecutiva collettiva (anche in una logica di rivitalizzazione/salvataggio di quegli elementi dell'attivo - azienda in primis - meritevoli di ciò) ed in quanto tale dalla indiscutibile natura pubblicistica.

**Su chi grava l'onere della prova circa la sussistenza dei requisiti di fallibilità ex art. 1 l.f. del soggetto giuridico imprenditore commerciale?**

Come è noto con il decreto correttivo d.lgs. 169/2007 l'articolo 1 l.f. è stato parzialmente novellato.

Ciò è servito per fare maggiore chiarezza su uno dei dubbi che più aveva ha attanagliato gli operatori ante decreto correttivo.

E cioè: su chi grava l'onere della prova circa la sussistenza dei requisiti di fallibilità ex art. 1 l.f. del soggetto giuridico imprenditore commerciale? (2).

Per cercare di rispondere a detta domanda è anzitutto importante chiedersi quali siano i presupposti e quali siano i fatti/requisiti perché un soggetto, individuale o collettivo che sia, possa oggi venir dichiarato fallito?

Tra i presupposti è necessario, in primis che il debitore sia un imprenditore commerciale (3).

(1) Sul decreto qui in commento v. anche le interessanti riflessioni di V. PILLA, *Spetta al debitore l'onere di provare l'esclusione*, in *Sole24Ore*, 14 gennaio 2009, 35; D. FICO, *Esclusione dal fallimento e onere della prova*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 28 gennaio 2009.

(2) In dottrina e in giurisprudenza si riscontravano, infatti, prima del decreto correttivo 169/2007, due orientamenti: - Il primo riteneva che il creditore istante, pur nel vigore della novella del 2006, avesse l'onere di provare tutti i presupposti normativamente necessari per assoggettare al fallimento il debitore; v. in dottrina, A. CARLI, *Onere della prova, principio del contraddittorio e dichiarazione di fallimento: il nuovo regime*, in *Contratto e impresa*, 2007, 841; S. FORTUNATO, *Art. 1*, in *AA.Vv.*, *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, I, Bologna, 2006, 61; F. TERRUSI, *La valutazione del presupposto ai fini della pronuncia del fallimento*, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 1526; in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 10 maggio 2007, in *Fall.*, 2007, 1237; Trib. Bologna 20 febbraio 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 22, 68; Trib. Mantova, 16 novembre 2006, in *www.ilcaso.it*.

- Il secondo orientamento, più consolidato, sosteneva invece che l'onere della prova dovesse ricadere sul debitore, su cui incombeva l'onere di provare il fatto esonerativo, in quanto impeditivo; v. in dottrina in tal senso, G. FAUCEGLIA, *Condizioni soggettive ed oggettive di fallibilità: la nuova nozione di piccolo imprenditore. La piccola società commerciale: La crisi e l'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1048; M. FABIANI, *Appunti sulle società-piccolo imprenditore nella legge fallimentare riformata*, in *Foro it.*, 2006, I, 654; in giurisprudenza, cfr. App. Milano, 30 agosto 2007, in *Fallimento*, 2008, 43; Trib. Torino, 11 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 319; Trib. Palmi, 2 ottobre 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 247; T. Napoli, 23 aprile 2008, in *Fallimento*, 2008, 1452, con nota di M. VACCHIANO, *Onere della prova di non fallibilità e dubbi di costituzionalità*.

(3) Come è noto, proprio grazie alla modifica dell'art. 1 effettuata dal decreto correttivo 169/2007, è finalmente venuta meno la problematica inerente alla qualifica del "piccolo imprenditore" ex art. 2083 c.c. che tanto aveva attanagliato ante tale decreto. V.A. PEZZANO, *La nomina dei difensori nel fallimento e nel concordato preventivo: tra modifiche normative e cambi culturali*, in *Dir. Fall.*, 2008, 59, in commento a Trib. Firenze, 22 marzo 2007; D. FICO, *Riflessioni sulla nozione di piccolo imprenditore ai fini della legge fallimentare*, in *Quot. Giur.*, n. 24 aprile 2007, in commento a Trib. Firenze, 15 marzo 2007, n. 50; App. Torino, 22 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1237; Trib. Trani, 13 marzo 2007, n. 185.

## GIURISPRUDENZA CORRELATA

Trib. Bologna, 20 febbraio 2007; Trib. Mantova, 16 novembre 2006; App. Milano, 30 agosto 2007; Trib. Torino, 11 luglio 2007; Trib. Napoli, 23 aprile 2008

## Diritto Commerciale e Fallimentare

In secondo luogo deve sussistere lo stato di insolvenza<sup>(4)</sup>.

Solo ed in quanto siano presenti tali due "presupposti", si potrà e si dovrà vagliare - come giustamente evidenziato dal Tribunale di Firenze - se sussistono gli ulteriori "fatti/requisiti" di cui ai novellati art. 1, comma 2, l.f. e art. 15, ultimo comma, l.f.<sup>(5)</sup>.

Quanto "ai fatti/requisiti" di cui all'art. 1 sarà sufficiente che sussista almeno uno dei tre limiti dimensionali previsti dal secondo comma di detto articolo<sup>(6)</sup>.

Infine, ove si sia in presenza di un imprenditore commerciale, il quale versi in stato di insolvenza e rispettivamente a cui sussista uno dei predetti limiti dimensionali, dovrà comunque appurarsi se sussistono debiti scaduti e non pagati superiori a 30.000 euro.

Ciò esposto, il Tribunale di Firenze, nella decisione qui esaminata, si chiede su quale soggetto ricada l'onere di provare i predetti "presupposti" ed i citati "fatti/requisiti" ora che il fallimento non è più attivabile d'ufficio, come invece avveniva precedentemente ai sensi dell'art. 6 l.f. ante novella.

Orbene sul tema le considerazioni del Tribunale mediceo partono, condivisibilmente, dai principi processualcivilistici di cui all'art. 2697 c.c., pur se con i correttivi propri di una procedura così peculiare come è quella prefallimentare e fallimentare in genere.

**Ove l'istanza di fallimento non sia proposta dal pubblico ministero bensì dal singolo creditore, questi avrà unicamente l'onere di dimostrare, ai fini e per gli effetti del novellato art. 6 l.f., di essere legittimato a presentare istanza di fallimento.**

Inserita la tematica *de qua* in tale corretto alveolo, ecco che diventa naturale poter anzitutto affermare che, ove l'istanza di fallimento non sia proposta dal pubblico ministero bensì dal singolo creditore, questi avrà unicamente l'onere di dimostrare, ai fini e per gli effetti del novellato art. 6 l.f., di essere legittimato a presentare istanza di fallimento, e cioè di trovarsi nella condizione di vantare un credito nei confronti del proprio debitore, ove anche di entità inferiore ad euro 30.000, come vedremo meglio nel prosieguo del commento e come acutamente osservato dal Tribunale di Firenze.

Non solo: a nostro modesto avviso non si dovrà trattare neppure di un credito già esigibile, e ciò perché nulla di specifico dice al riguardo l'art. 6 l.f. che si limita a parlare di "creditore".

D'altra parte conforto alla nostra conclusione le offre il requisito (*rectius*: "fatto") di cui alla lett. c)

dell'art. 1, comma 2, l.f. che testualmente parla di "debiti anche non scaduti" (7).

Vi è da chiedersi se, nell'articolare la propria istanza di fallimento, il creditore dovrà comunque assumere - pur senza nulla dover provare come vedremo tra un attimo - che il relativo credito è vantato nei confronti di un imprenditore commerciale, che versa in stato di insolvenza, che supera almeno uno dei tre limiti dimensionali di cui al secondo comma dell'art. 1 e che ha debiti scaduti non pagati per importi superiori ad euro 30.000.

Riterremo di sì, perché il ricorso per declaratoria di fallimento necessita pur sempre di un'illustrazione minima della *causa petendi*, che riterremo difetti allorché il creditore neppure indichi in ricorso se, ad es., il proprio debitore sia o meno un imprenditore commerciale ovvero versi in stato di insolvenza.

Trasferendoci ora alla sfera del debitore, questi, se vorrà evitare il fallimento, dovrà preoccuparsi (*rectius* avrà l'onere), ex art. 2697, comma 2, c.c. di provare i fatti impeditivi e, quindi, dovrà dimostrare, alternativamente, di non essere imprenditore commerciale ovvero di non essere in stato di insolvenza oppure di non ritrovarsi in alcuno dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma 2, l.f.<sup>(8)</sup> o, infine, di non aver debiti scaduti ed

impagati superiori a 30.000 euro, come disposto dall'art. 15 l.f., ultimo comma.

Ma il debitore come potrà e dovrà assolvere l'onere probatorio *de quo*?

Proprio su questo punto il Tribunale di Firenze coglie nel segno allorché valorizza la peculiarità della procedura prefallimentare tanto da giungere a sostenere, condivisibilmente, che l'eccezione del debitore non può considerarsi "in senso stretto (non essendo dal legislatore rimessa esclusiva mente alla disponibilità della parte interessata a farla valere in quanto non fissato normativamente

in capo al solo debitore l'esercizio del relativo potere di iniziativa)", ma deve considerarsi "come eccezione in senso lato che il giudice potrà bensì rilevare d'ufficio, purché agli atti risultino acquisiti tutti gli elementi utili per pervenire all'adozione della conseguente decisione. Si può allora affermare che la documentazione relativa alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata rientri fra gli atti dell'istruttoria qualificati come necessari *ex lege* (non si dimentichi, infatti, che a mente del comma 4 del più volte citato art. 15 l.f. è espressamente previsto l'espletamento di un'attività istruttoria richiesta dalle parti o disposta d'ufficio<sup>(9)</sup>). Se il debitore non si costituisce o costituendosi non deposita tale relazione rende

(4) Il concetto di insolvenza ex art. 5 l.f. ha generato l'insorgere di diversi orientamenti in giurisprudenza sulla possibilità di stabilire quando l'imprenditore commerciale possa definirsi insolvente. V. in giurisprudenza, Cass., 27 febbraio 2008, n. 5215, in *Mass. Giust. Civ.*, 2008, 2; Cass., 15 marzo 1994, n. 2740, in *Dir. Fall.*, 1994, II, 893; Cass., 2 luglio 1990, n. 6769, in *Società*, 1990, 1613; T. Monza, 3 luglio 2000, in *Fall.*, 2001, 441.

La riforma ha posto un ulteriore problema in ordine alla esatta individuazione dello stato di insolvenza, introducendo all'art. 160, ult. comma, che "ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". Per cui lo stato di insolvenza copre una parte della più ampia area o *genus* dello stato di crisi dell'imprenditore. V. in giurisprudenza, Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 98; Trib. Mantova, 25 agosto 2005, in *www.ilcaso.it*.

(5) Il Tribunale di Firenze al riguardo afferma che "...tra i presupposti per la dichiarazione di fallimento devono ritenersi rientrare la qualità di imprenditore commerciale e la sussistenza dello stato di insolvenza mentre il mancato superamento dei parametri fissati dall'art. 1 l.f. e quello del limite di cui all'art. 15 l.f. non possono rientrare in tale categoria, non essendo essi dati che connotano l'imprenditore fallibile, ma semplicemente fatti che, per evidenti ragioni di economia processuale e per evitare lo sperpero di energie istituzionali limitano l'accesso alle procedure concorsuali ad un ambito che il legislatore ritiene poter valutare come proficue".

(6) E precisamente: "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 300.000; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 200.000; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro 500.000".

(7) Ante riforma sulla non necessità della sussistenza di un credito munito di titolo esecutivo, v. Trib. Torino, 30 gennaio 1986, in *Fall.*, 86, 690.

(8) Il nuovo comma 2 dell'art. 1 l.f. novellato dal decreto correttivo, chiarisce qualsiasi dubbio sul fatto che l'onere della prova sia senz'altro a carico del debitore "Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori... i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti".

(9) Per completezza d'analisi del dettato normativo, va detto che la previsione dell'ammissione ed espletamento di mezzi istruttori "disposti d'ufficio", può anche portare a concludere che, in una procedura a valenza comunemente pubblica, il Tribunale possa, *rectius*: debba, comunque attivarsi d'ufficio per valutare se sussistono i presupposti per la declaratoria di fallimento (disponendo ad es., una rapida CTU per acquisire e far analizzare i documenti contabili non prodotti dal debitore). D'altra parte sol così, di fronte ad un debitore inerte e che si reputa *prima facie* dall'attivo risibile, potrebbe farsi salvo il precetto di cui alla sentenza n. 570/1989 della Corte Costituzionale, richiamato anche dal giudice fiorentino, che mira ad impedire che sia dia corso a procedure fallimentari del tutto inutili, *in primis* per i creditori.

E tutto ciò a maggior ragione se si consideri che il legislatore si è preoccupato in qualche modo dell'evenienza che la procedura prefallimentare possa avere una certa durata (provocabile appunto anche da mezzi istruttori disposti d'ufficio dal giudice nell'inerzia del debitore ovvero dello stesso creditore istante che ometta di richiedere, come ben potrebbe, una consulenza d'ufficio), allorché ha previsto le misure cautelari di cui all'art. 15, comma 8, l.f.

## Diritto Commerciale e Fallimentare

impossibile (non assolvendo all'onere di allegazione documentale imposto dalla norma) l'indagine sugli atti relativa all'ammontare dei debiti scaduti e ciò per carenza di un atto necessario (e ciò a prescindere dalla questione delle possibili indagini ove la presenti e da essa risulti un indebitamento sotto soglia). Ne deriva che il Tribunale non è in grado di effettuare il relativo accertamento "in base agli atti (necessari) della istruttoria" e ciò per omissione imputabile al debitore, che allora potrebbe essere dichiarato fallito pur in presenza di una istanza di un creditore per importo inferiore ai 30.000 euro. In quest'ottica, nel decreto di convocazione ex art. 15 di questo Tribunale si legge, nella parte in cui si dispone il deposito della documentazione contabile, che la situazione patrimoniale aggiornata è necessaria per accertare l'eventuale mancato superamento della soglia di procedibilità ex art. 15, ultimo comma, l.f."

Sulla base di tali considerazioni ecco anche perché il creditore istante non dovrà preoccuparsi di dimostrare di essere titolare di una ragione creditoria superiore a 30.000 euro per poter presentare la propria istanza di fallimento<sup>(10)</sup>.

D'altra parte – come sempre giustamente evidenziato dal Tribunale – "l'ordinamento non può porre a carico di un soggetto un onere probatorio che egli non sia in grado di assolvere non trattandosi di un fatto a lui riferibile, essendo di tutta evi-

denza che mai un creditore potrebbe, al di fuori della sussistenza del proprio credito, dimostrare che il proprio debitore è anche debitore altrui per importi di entità determinata, cioè essere non solo a conoscenza di fatti (che pure per svariate ragioni potrebbero essergli note) ma essere onerato dalla relativa dimostrazione in giudizio".

**L'ordinamento non può porre a carico di un soggetto un onere probatorio che egli non sia in grado di assolvere non trattandosi di un fatto a lui riferibile; infatti mai un creditore potrebbe dimostrare che il proprio debitore è anche debitore altrui per importi di entità determinata, cioè essere non solo a conoscenza di fatti ma essere onerato dalla relativa dimostrazione in giudizio.**

Solo nell'ipotesi in cui il credito vantato sia di entità notevolmente ridotta, secondo il Collegio mediceo, dovranno tornare a trovare applicazione i principi sanciti dalla costante giurisprudenza del giudice delle leggi che porta a ritenere che non debbano essere dichiarati fallimenti manifestamente inutili ed onerosi, e pertanto in quanto tali da non portare alcun risultato apprezzabile per i creditori<sup>(11)</sup>.

Infine: *quid iuris*, nel caso in cui il debitore non assolva in primo grado tale onere della prova, con conseguente dichiarazione di fallimento?

Potrà il debitore sopperire a tale manchevolezza offrendo la prova dei predetti presupposti e requisiti/fatti in sede di reclamo ex novellato (anche in sede di decreto correttivo) art. 18 l.f.?

Riteniamo di sì, poiché né il citato art. 18 né l'art. 15 l.f. prevedono – come peraltro ci sembra corretto che sia proprio per la valenza anche pubblicistica della procedura *de qua* – decadenze di alcun tipo al riguardo.

E questo convincimento ci sembra trovi elementi di rafforzamento proprio nella novella di cui al

decreto correttivo, che ha espressamente chiarito al n. 4 dell'art. 18, comma 2, l.f. che il ricorrente può indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e dei documenti che intende produrre, senza quindi porre le limitazioni che invece in sede d'appello ben sussistono nel giudizio ordinario (art. 345 ultimo comma c.p.c.).

Non solo: la revisione del decreto correttivo ha anche interessato il decimo comma dell'art. 18

l.f., revisione che sullo specifico punto è stata molto significativa, allorché è giunta a prevedere che il giudice d'Appello potrà adottare, "anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, **tutti** (ndr: grassetatura nostra) i mezzi di prova che ritiene necessari".

Un "tutti" che *ante* decreto correttivo non c'era.

<sup>(10)</sup> Nella fattispecie in questione il debitore, tramite il proprio difensore, si era limitato a depositare il mandato alle liti e ad eccepire il mancato superamento del limite di 30.000 euro previsto dall'art. 15 ultimo comma l.f.,. Senza, però, aver depositato la relazione aggiornata relativa alla propria situazione patrimoniale, economica e finanziaria, quindi, non ha assolto all'onere della prova su di lui gravante.

<sup>(11)</sup> La Corte Costituzionale, con la nota e già citata sentenza n. 570 dell'ormai risalente 22 dicembre 1989, ha affermato infatti che la linea di discriminazione tra chi è e chi non è assoggettabile al fallimento deve fondarsi su "un criterio assolutamente idoneo e sicuro", vale a dire su un "criterio oggettivo" che tenga conto dell'"attività svolta", dell'"organizzazione dei mezzi impiegati dall'imprenditore", dell'"entità dell'impresa da questi esercitata", e delle "ripercussioni che il dissesto produce nell' generale". Questo al fine di evitare che "vengano meno le finalità del fallimento, o peggio, che questo si trasformi, nei fatti, addirittura in un rimedio impeditivo della tutela dei creditori".