

Dichiarazione di fallimento e richiesta del pubblico ministero

I

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Sezione Prima Civile, sentenza 14 giugno 2012, n. 9781; *Pres.* FIORETTI, *Rel.* DIDONE; B.A. (avv. Mindopi, Villini) c. FALLIMENTO B.A. (avv. Prosperi Mangili, Benassi).

(Conferma App. Brescia, 7 ottobre 2009, n. 874)

Fallimento – Segnalazione al pubblico ministero dello stato di insolvenza da parte del giudice che l'abbia rilevata in un procedimento civile – Conseguente dovere per il pubblico ministero di richiedere la dichiarazione di fallimento ai sensi degli art. 6 e 7 l.fall. – Sussistenza.

(L.fall., artt. 6, 7, 8)

L'art. 7, co. 2, l.fall., come modificato dal d.lgs. 5/2006, deve essere interpretato nel senso di imporre al giudice che rilevi lo stato di insolvenza nel corso di un procedimento civile un vero e proprio dovere di segnalazione al pubblico ministero (dovere che sussiste anche in capo allo stesso Tribunale fallimentare che abbia rilevato lo stato di insolvenza in un procedimento definito per desistenza del creditore istante). Specularmente, il pubblico ministero, ricevuta la suddetta segnalazione, ha l'obbligo di chiedere la dichiarazione di fallimento ex art. 6, co. 1, l.fall. (1)

II

TRIBUNALE DI FIRENZE, 28 settembre 2011 (decr); *Pres.* MARIANI, *Rel.* GOVERNATORI e SETTEMBRE.

(Archivia la domanda di fallimento promossa dal P.M.).

Fallimento – Richiesta da parte del pubblico ministero della dichiarazione di fallimento ex art. 6 l.fall. – Facoltà per il pubblico ministero di rinunciare alla richiesta – Sussistenza.

(L.fall. art. 6)

Il pubblico ministero che abbia presentato la richiesta di dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 6 l.fall. ha, come i creditori istanti, il potere di rinunciare, anche implicitamente, alla domanda. (2)

I

(Omissis) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

- MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente denuncia la nullità della sentenza e del procedimento per violazione della l.fall., artt. 6 e 7, richiamando i principi enunciati da questa Corte con sentenza n. 4632 del 2009.

2. Con il secondo motivo parte ricorrente denuncia genericamente violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza dello stato di insolvenza.

La curatela resistente deduce – tra l'altro l'infondatezza del primo motivo di ricorso evidenziando che, nella concreta fattispecie, all'epoca della dichiarazione di fallimento i locali dell'impresa erano chiusi. Era realizzata, pertanto, la fattispecie di cui alla l.fall., art. 7.

3. È noto che, prima della riforma, due giudici di merito avevano investito la Corte costituzionale dubitando della legittimità costituzionale della disciplina dell'apertura del fallimento d'ufficio alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost.

In particolare i rimettenti ritenevano che l'iniziativa officiosa del tribunale per la dichiarazione di fallimento, prevista dal previgente l.fall.,

art. 6, confliggesse con i principi di terzietà e imparzialità del giudice, “di cui il canone *nulla iurisdictio sine actione* costituisce l'indefettibile corollario logico”. Quando la stessa autorità che deve decidere si è autonomamente attivata contro la parte cui il provvedimento decisorio è destinato si verificherebbe la violazione, appunto, del principio di terzietà e imparzialità. Dubbio di incostituzionalità esteso al previgente l.fall., art. 8, nella parte in cui prevedeva che la segnalazione dell'insolvenza dovesse essere fatta al tribunale anziché al pubblico ministero.

La Corte costituzionale, chiarito che si sottraeva alla censura di illegittimità costituzionale ogni ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento intervenisse a conclusione di un procedimento comunque avviato da soggetto diverso dal giudice decidente, come il creditore sedicente o non legittimato o rinunciante, ovvero dal pubblico ministero o infine, dallo stesso imprenditore che chiedeva l'ammissione ad una procedura concorsuale, così come le ipotesi di fallimento dichiarato d'ufficio in via di estensione l.fall., ex art. 147 (nel testo previgente), ha argomentatamente escluso la fondatezza della questione sollevata.

Ha rilevato la Corte che “l’iniziativa officiosa prevista dal legislatore in ragione di peculiari esigenze di effettività della tutela giurisdizionale – non lede il fondamentale principio di imparzialità – terzietà del giudice, quando il procedimento è strutturato in modo che, ad onta dell’officiosità dell’iniziativa, il giudice conservi il fondamentale requisito di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti”. Ha puntualizzato, poi, la Corte che “le prevalenti finalità pubblicistiche, che caratterizzano la procedura fallimentare (Sentenze 141-142/1970, 110/1972, 148/1996), imponevano al tribunale di attivarsi anche in assenza di un’iniziativa di parte, dando così attuazione alla volontà della legge, che ha già valutato, preventivamente e una volta per tutte, l’interesse pubblico sotteso; di tal che non poteva dubitarsi che il tribunale, procedendo d’ufficio, agisse non come attore, ma nella sua veste giurisdizionale e quindi *super partes* (Sentenza 148/1996)”.

La Corte, peraltro, non ha puramente e semplicemente dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, bensì ha precisato, nella parte motiva, che la l.fall., artt. 6 e 8 (nel testo previgente), “correttamente interpretati”, non erano in contrasto con l’art. 111 Cost., co. 2. Ciò ha affermato dopo avere puntualizzato che “soltanto al collegio spetta il potere di disporre l’audizione del fallendo”, dopo avere acquisito e deliberato legittimamente la notizia *decoctionis*, questa dovendo provenire *ab externo* (rispetto al collegio), quale riferimento del giudice civile l.fall., ex art. 8 (ora abrogato).

La Corte, poi, ha espressamente definito come illegittimo il comportamento del giudice relatore che disponga la comparizione del debitore in luogo dell’organo collegiale che è il “giudice” fornito del potere giurisdizionale di deliberare la notizia *decoctionis* al fine dell’instaurazione *ex officio* del procedimento prefallimentare.

In altri termini, sulla base delle norme ora modificate, avrebbe potuto il giudice delegato ai fallimenti segnalare al collegio la notizia *decoctionis*. Il tribunale avrebbe dovuto disporre ulteriore istruttoria, delegando un componente del collegio e, deliberata come non manifestamente infondata la notizia *decoctionis*, avrebbe dovuto ordinare la convocazione del fallendo per contestargli le risultanze dell’istruttoria (o preistruttoria) e metterlo in grado di difendersi.

4. Il nuovo art. 6 l.fall. non prevede più l’iniziativa officiosa del tribunale per la dichiarazione di fallimento mentre il nuovo art. 7 (Iniziativa del pubblico ministero), introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006, dispone che il pubblico ministero presenta la richiesta di cui all’art. 6, co. 1:

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

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

Il primo comma riprende sostanzialmente il testo previgente della disposizione (Quando l’insolvenza

risulta dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, il procuratore della Repubblica che procede contro l'imprenditore deve richiedere al tribunale competente la dichiarazione di fallimento) con la significativa variante – per la parte che interessa la questione oggetto dei ricorsi – che l'insolvenza non deve più risultare necessariamente da un procedimento penale “contro l'imprenditore” insolvente ma, semplicemente “nel corso di un procedimento penale”.

Ciò denota che il legislatore ha individuato nel Pubblico Ministero l'organo terzo dal quale – secondo la menzionata sentenza della Corte costituzionale – la notizia decoctionis potesse pervenire, “questa dovendo provenire *ab externo* (rispetto al collegio)”, alla pari del “riferimento del giudice civile l.fall., *ex art. 8*”, essendo egli legittimato – come il debitore o i creditori – a proporre istanza di fallimento ai sensi del nuovo l.fall., art. 6.

La l.fall., art. 8, è stato abrogato ed il suo contenuto è stato inserito nell'art. 7, co. 2, con la precisazione (anche qui) che l'insolvenza può risultare dalla “segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile” e non più – come previsto dall'abrogata disposizione – se “nel corso di un giudizio civile risulta(va) l'insolvenza di un imprenditore (che fosse) parte nel giudizio” (e in tal caso, il giudice ne doveva riferire al tribunale competente per la dichiarazione del fallimento).

La nozione di procedimento civile è diversa e più ampia di giudizio civile e vale a ricomprendere l'istruttoria prefallimentare “disciplinata *ex novo* dalla l.fall., art. 15, nel testo introdotto dalla riforma del 2006, come un procedimento speciale a cognizione piena” (Sez. 1, Sentenza n. 1098 del 2010).

5. Dalla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali si evince che “la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio... risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti”.

L'intenzione storica del legislatore quale che in concreto essa sia non risulta mai vincolante per l'interprete.

Ma se ciò è vero, nel senso che quell'intenzione non è mai vincolante, tuttavia – ed è agevole constatarlo dall'esame di non poche pronunce della Corte costituzionale – difficilmente da essa si può prescindere qualora sia conforme al risultato del procedimento ermeneutico condotto alla luce dei criteri indicati dall'art. 12 preleggi.

In tal senso è il procedimento ermeneutico da sempre seguito dalla Corte costituzionale, allorquando, ad esempio, pone a base del giudizio di costituzionalità il significato della norma quale risultato di “interpretazione, fatta palese dalla lettera del precetto”

che appaia “perfettamente in consonanza rispetto a quanto emerge dai lavori preparatori” e come “si rileva in modo assolutamente inequivoco dalla Relazione al testo definitivo” (C. cost. 7 luglio 1992 n. 340. Per altri esempi di utilizzazione di tale procedimento ermeneutico, cfr. C. cost. 23 marzo 2010 n. 138; C. cost. 3 maggio 2005 n. 282; C. cost. 11 luglio 1985 n. 214; C. cost. 7 maggio 1975 n. 120).

Se i lavori preparatori hanno un valore limitato, esistono alcuni casi in cui è legittimo fare ricorso al c.d. “argomento psicologico”, almeno come argomento ausiliario (cfr. Cass., sez. un., 26 gennaio 2004 n. 1338; Cass. 17 gennaio 2003 n. 654; Cass. 16 marzo 1996 n. 2238; Cass. 27 febbraio 1995 n. 2230; Cass. 7 dicembre 1994 n. 10480; Cass., sez. un., 30 ottobre 1992 n. 11843; Cass. 7 dicembre 1994 n. 10480).

Dunque, il nuovo art. 7 l.fall., va letto nel senso che, ove un giudice civile, nel corso di un procedimento civile, rilevi l'insolvenza di un imprenditore “deve” farne segnalazione al Pubblico Ministero e specularmente – il pubblico ministero presenta la richiesta di cui all'art. 6, co. 1 “quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento. Giudice civile è anche il tribunale fallimentare che abbia rilevato l'insolvenza nel corso di un procedimento l.fall., ex art. 15, anche se definito per desistenza del creditore istante”.

6. Infine, quanto alla conformità al precetto di cui all'art. 111 Cost., della interpretazione innanzi accolta, oltre alla già menzionata pronuncia della Corte costituzionale, depone

per essa il rilievo della dottrina secondo cui la trasmissione al pubblico ministero della notizia decoctionis emersa nel corso del procedimento non è un atto avente contenuto decisivo, neppure come precipitato di una cognizione di tipo sommario e non incide – né direttamente, né indirettamente – sui diritti di alcuno mentre il giudice che a ciò procede non fa altro che esercitare il poterdovere di denuncia di fatti che prima facie gli appaiano potenzialmente lesivi dell'interesse pubblico ad eliminare dal sistema economico i focolai d'insolvenza.

Trattandosi di un atto “neutro”, privo di specifica valenza procedimentale o decisoria, “il cui impulso riposa su una valutazione estemporanea, che non vincola nessuno”, la valutazione decisoria del tribunale non è tecnicamente “pregiudicata” dall'avvenuta segnalazione, perché il tribunale, all'esito dell'istruttoria prefallimentare, può rigettare con decreto la richiesta del pubblico ministero.

La natura di valutazione prima facie dell'insolvenza e il potere esercitato dal tribunale fallimentare a seguito di cognizione piena, se del caso difformemente da quella prima valutazione, sta a confermare, semmai, la terzietà dell'organo giudicante.

7. Le considerazioni innanzi svolte inducono la Corte a disattendere il precedente invocato dal ricorrente. Talché è infondato il primo motivo di ricorso.

8. Quanto al secondo motivo esso è inammissibile perché censura soltanto genericamente la sentenza impugnata nella parte in cui ha – con congrua e logica motivazione

accertato lo stato di insolvenza del ricorrente evidenziando, tra l'altro, che – erano documentate innanzi al Tribunale plurime esecuzioni forzate, immobiliari e mobiliari; – il credito oggetto delle istanze di fallimento era superiore al tetto minimo normativo di cui alla l.fall., art. 15, posto che comunque il fallendo “al momento del fallimento” era debitore verso le banche di importo addirittura di Euro 581.972,00, nonchè aveva formulato ben due proposte “di rientro”, che erano rimaste entrambe poi inadempite; – B.A. era, inoltre, al momento della dichiarazione di fallimento debitore delle innanzi riconosciute rilevanti somme verso diversi creditori, talune delle quali già azionate esecutivamente; – non ricorreva, oggettivamente, a breve alcuna concreta e reale possibilità di ripresa di B.A. posto che il medesimo aveva ammesso la sua difficoltà nel ricorso al credito bancario, l'avvenuta ripresa dell'attività imprenditoriale a ritmo solo ridotto (e dopo un periodo di chiusura), inoltre non era stato capace di saldare nemmeno debiti di importo esiguo o di rispettare i piani di rientro concordati; infine, il reclamante, nonostante la consistente esposizione debitoria emersa non aveva non solo mai richiesto nè affermato di possedere le condizioni per richiedere il concordato preventivo.

Il ricorso deve essere rigettato.

Il mutamento di giurisprudenza in relazione al potere di segnalazione del tribunale fallimentare giustifica la compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

II

(Omissis) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

- MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve in primo luogo evidenziarsi – con riferimento alle doglianze sollevate dalla debitrice – che la procedura ha avuto uno svolgimento del tutto conforme alle previsioni legislative, e strettamente correlato al succedersi di istanze di fallimento presentate da diversi creditori della (YY) oltre che dal Pubblico Ministero e dall'esercizio da parte del Collegio dei poteri ufficiosi previsti dall'art. 15 della Legge fallimentare.

La prima istanza di fallimento è del 12.10.2010 della (AA srl), desistita il 29.12.2010 (con archiviazione pronunciata il 5-10 gennaio 2011) dopo che era stata avanzata il 25.11.2010 richiesta di fallimento da parte del Pubblico Ministero. È seguita istanza di fallimento del 17.5.2011 (BB spa), desistita il 30.5.2011, seguita da istanza di fallimento (CC) del 14.6.2011, desistita il 7.7.2011.

Tale succedersi di istanze costituivano manifestazione di inadempimenti che ai sensi dell'art. 5 LF portavano elementi di conferma di quello stato di insolvenza dedotto altresì dal Pubblico Ministero e negato dalla memoria della difesa (YY).

Il Tribunale ha ritenuto opportuno – facendo uso dei poteri ufficiosi previsti dall'art. 15 LF (che menziona esplicitamente la possibilità di ammissione d'ufficio di mezzi istruttori) – acquisire elementi di valutazione in specie in relazione alla memoria con documenti prodotti dalla debitrice e alla sintetica risposta fornita dalla Guardia di Finanza alla richiesta del Tribunale, sulla base dell' esame dei documenti forniti dall'amministrato-

re. In tal modo il Tribunale ha potuto avere puntuale contezza (ciò che sovente avviene nelle procedure) dei debiti scaduti esistenti verso l'Erario nonché verso INAIL ed INPS. Successivamente, all'udienza del 28.9.2011 (YY) ha dedotto e quindi documentato la presentazione di istanze di rateizzazione di tali debiti presentate il 27.9.2011 (nelle more del deposito della presente decisione sono stati altresì depositate le missive di Equitalia relative all'accoglimento di dette istanze rispettivamente per gli importi di € 702.649,64 e 554.424,45).

2. Tanto premesso, con riferimento alla prima eccezione sollevata dalla difesa YY circa l'attuale carenza di domande di fallimento, va rilevato che le istanze presentate dalle parti private sono state tutte seguite da espliciti atti di desistenza.

Quanto alla domanda del Pubblico Ministero la debitrice rileva che questi – quale unica attuale parte istante – mai è comparso e mai ha coltivato la propria richiesta così da doversi ritenere intervenuta rinuncia alla domanda. A tal fine evidenzia che il Pubblico Ministero non ha minimamente coltivato la propria iniziativa, non avendo partecipato ad alcuna delle udienze, non avendo redatto scritti e/o difese e non avendo chiesto di provare alcunché.

Rileva il Tribunale che con la modifica dell'art. 6 della legge fallimentare del 2006, è stata soppressa la possibilità che la procedura sia aperta di ufficio, lasciando la iniziativa al riguardo al debitore, al creditore e al Pubblico Ministero. Il Pubblico Ministero è dunque, al pari delle parti private, sia pure per il perseguimento di un interesse pubblico, titolare

di un diritto di azione. In virtù degli artt. 69 e 72 c.p.c., ha gli stessi poteri delle parti, e malgrado la natura pubblicistica dell'interesse che presiede all'esercizio dell'azione, deve ritenersi assimilato alle altre parti circa la libertà – e corrispondenti oneri – di far valere i suoi poteri, fino al punto di legittimare la disponibilità da parte sua della mera azione processuale (fuor di questione essendo ogni rinuncia alla pretesa sostanziale). D'altronde una tale rinuncia non avrebbe carattere definitivo considerato che all'esito del procedimento, in ipotesi di desistenza, come di rinuncia, non si forma alcun giudicato, potendo il ricorso essere riproposto senza limiti (ovviamente ove ne siano i presupposti normativi), senza pregiudizio dunque per gli interessi pubblicistici sottesi.

D'altronde la condizione di parità delle parti costituisce principio costituzionale strettamente correlato a quello della terzietà ed imparzialità del giudice (in conformità del quale la nuova formulazione dell'art. 6 non prevede più, come già ricordato, la procedibilità d'ufficio), e da essa deve trarsi la possibilità per il Pubblico Ministero, sulla base delle specifiche valutazioni che egli faccia di ciascun caso e delle risultanze e sviluppi processuali, di non coltivare o di abbandonare la domanda. Ritiene di conseguenza il Tribunale che debba ritenersi giuridicamente ammissibile la rinuncia agli atti da parte del Pubblico Ministero, rinuncia che, al pari di quanto avviene per ogni parte processuale, può essere tanto esplicita quanto implicita.

Deve quindi valutarsi in concreto se nel caso di specie sia ravvisabile

una rinuncia implicita come eccepito dalla debitrice.

Osserva il Collegio che il Pubblico Ministero aveva formulato la propria istanza di fallimento deducendo che la (YY) aveva chiuso il bilancio del 2008 con una perdita di oltre € 1,6 milioni di euro e il bilancio del 2009 con una perdita di oltre 1,3 milioni di euro, oltre ad aver subito il protesto di cambiali per quasi € 40.000.

A tale istanza è seguito il deposito di una memoria difensiva della debitrice accompagnata da documentazione e da una relazione del proprio tecnico di parte, dott. zz, che ha illustrato il rapporto tra le perdite e il capitale sociale negando lo stato di insolvenza. A tali allegazioni sono seguiti approfondimenti istruttori – già sopra riferiti – oltre che la presentazione di istanze di fallimento private, seguite da desistenze. Si sono inoltre tenute tre udienze collegiali, a nessuna delle quali il Pubblico Ministero è intervenuto, nonostante la rituale comunicazione della fissazione di ciascuna di essa, senza che il Pubblico Ministero abbia depositato proprie osservazioni o deduzioni, o esito di eventuali accertamenti che il Pubblico Ministero ben può di norma effettuare avvalendosi della Polizia Giudiziaria, a supporto dell'onere probatorio dal quale è gravato, ed al quale non deve necessariamente avviarsi tramite i poteri ufficiosi del Tribunale.

Tanto premesso ritiene il Tribunale che a fronte del deposito da parte di tutti i debitori istanti di atti di desistenza, sintomatici della capacità della società debitrice di trovare un accordo con i propri creditori; della prova della circostanza che le

cambiali menzionate dal Pubblico Ministero sono state restituite alla (YY), con conseguente venir meno di uno dei motivi dedotti a sostegno della domanda; della sussistenza di un piano di ristrutturazione aziendale (nelle note difensive depositate all'udienza del 28.9.2011 si espone che Y, amministratore unico entrato in carica il 28.2.2011 – e dunque successivamente alla domanda del Pubblico Ministero – una volta presa contezza della situazione aziendale creatasi nei mesi precedenti e dei fatti di gestione già posti in essere dal precedente organo amministrativo si è adoperato per definire in modo organico e compiuto un piano di riorganizzazione aziendale specificamente descritto (fornendo documentazione di riscontro) e della rateizzazione dei debiti vantati da Equitalia, l'inerzia del Pubblico Ministero nel coltivare la domanda debba essere valutata come rinuncia implicita alla stessa. Difatti a fronte degli elementi predetti la condotta di mancata presentazione alle udienze e di mancanza di svolgimento di deduzioni e di formulazione di richieste istruttorie in relazione alle emergenze e vicende processuali risulta incompatibile con la volontà di proseguire, attualmente, nella domanda proposta.

Va infine rilevato che la rinuncia all'istanza di fallimento non richiede alcuna forma di accettazione del debitore (Cass. 18620/2010).

Per tali motivi deve essere dunque disposta l'archiviazione (Cass. 21834/2009 e 3472/2011) delle domande di fallimento proposte nei confronti di (YY srl), non ravvisandosi i presupposti per una pronuncia di condanna alle spese, in rela-

zione alla natura del provvedimento adottato, oltre che in ragione del fatto che ad esso si perviene per desistenze depositate dai debitori e in

relazione alla rinuncia implicita da parte del Pubblico Ministero, parte pubblica.

(*Omissis*)

(1-2) Le due sentenze in commento affrontano la questione del potere del P.M. di richiedere la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 7 l.fall. e si presentano di particolare interesse perché, da un lato, la Corte di Cassazione opera un vero e proprio *revirement* rispetto al precedente orientamento e, dall'altro, il Tribunale di Firenze ha modo di approfondire, a seguito dell'abrogazione del fallimento *ex officio* ad opera del d.lgs. 5/2006, la posizione processuale del P.M. istante.

Nel "moderno" processo concorsuale, come nel processo civile ordinario, vige quello che la dottrina suole chiamare principio della domanda (rif. art. 99 c.p.c.) la cui applicazione in sede fallimentare determina l'impossibilità, per l'organo giudiziale, di dichiarare il fallimento di un imprenditore commerciale senza la sollecitazione di uno dei soggetti legittimati dalla legge (ai sensi del novellato art. 6 l.fall. il debitore stesso, i creditori ed il P.M.).

Quella del fallimento *ex officio* è stata una questione relativamente dibattuta nel diritto concorsuale italiano: prima della riforma intervenuta con il d.lgs. 5/06, infatti, l'art. 6 l.fall., consentiva di addivenire alla dichiarazione di fallimento anche di ufficio, in evidente ossequio al carattere inquisitorio della procedura per come impostata nel r.d. 267/1942. La possibilità di dichiarare il fallimento *ex officio*, ossia anche in assenza di sollecitazione di parte, si poneva però in contrasto con i principi costituzionali di cui all' art. 111 sul c.d. "*giusto processo*", per come introdotti con la l. cost. 2/1999 (principio del contraddittorio, della parità delle armi, del giudice terzo ed imparziale). La scelta operata dal legislatore italiano con la riforma del 2006, oltre che a porsi in linea con i principi costituzionali di imparzialità e terzietà del giudice, nonché del principio processuale della domanda ad essi direttamente riferibile, ha accolto le istanze provenienti da parte della dottrina (PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 319 ss.; SCARSELLI, *Il nuovo art. 111 Cost. e l'imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione giustiziala*, 2000, p. 81 ss.; COSTANTINO, *Giusto processo e procedure concorsuali*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3451 ss. ed anche in *Il giusto processo di fallimento*, in *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento* (atti del convegno di Cosenza, 21-22 settembre 2001) a cura di Ragusa Maggiore e Tortorici, Padova, 2002, p. 8 e ss) nonostante la Corte Costituzionale, solamente tre anni prima, avesse dichiarato conforme ai principi costituzionali sopra richiamati la dichiarazione d'ufficio di fallimento (C. Cost., 15 luglio 2003, n. 240, in *Foro It.*, 2003, I, 2513, con nota di FABIANI, ed in *Il Fallimento*, 2003, 1052 ss. con nota di LO CASCIO, *La dichiarazione di fallimento d'ufficio e la pretesa illegittimità costituzionale della disciplina normativa*). Sull'abrogazione del potere del tribunale fallimentare di dichiarare il fallimento *ex officio* si segnala la recente ordinanza di remissione della que-

stione di legittimità costituzionale emessa dal Tribunale di Milano il 24/5/2012 per il quale «è rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all art. 77 della Costituzione e al tenore letterale logico della legge delega (art. 1, co. 5 e 6 L. n. 80/2005), la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 d.lgs. n. 5/2006, nella parte in cui tale norma ha cancellato dal primo comma dell'art. 6 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 l'inciso "oppure d'ufficio"» in quanto affetta da eccesso di delega.

Allo stato attuale, comunque, il Pubblico Ministero entra come parte attiva, in senso processuale, del procedimento per la dichiarazione di fallimento, stante il combinato disposto degli artt. 6 e 7 l.fall. avendo il potere/dovere di presentarne richiesta "1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore e 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile". La dottrina e la giurisprudenza operano una distinzione tra le due ipotesi previste dalla norma in commento, nel senso che, mentre nelle ipotesi previste al nr. 1 (insolvenza emersa nel corso di un procedimento penale) sul P.M. graverebbe un vero e proprio obbligo di richiedere il fallimento, in quelle previste dal nr. 2 (insolvenza conosciuta su segnalazione del giudice civile) il P.M. avrebbe comunque un potere di azione facoltativo (recentemente in tal senso: Trib. Napoli, 22 febbraio 2012, in *www.ilfallimentarista.it* con nota di SIRNA). Posto quanto sopra, comunque, a livello sistematico la seconda parte della norma di cui all'art. 7 l.fall. ha, com'è noto, recepito le ipotesi che in precedenza l'abrogato art. 8 l.fall. riferiva all'iniziativa officiosa per la dichiarazione di fallimento. Per i precedenti in materia si segnala: App. Lecce, 22 marzo 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 1409 e, recentemente, Trib. Palermo, 10 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*.

Per quanto attiene alla decisione della Corte di legittimità, con la sentenza in commento la Suprema Corte opera un cambio di rotta rispetto al precedente orientamento e, allineandosi a quanto già sostenuto dalla giurisprudenza di merito e confermato da parte della dottrina, sancisce la legittimità della dichiarazione di fallimento su iniziativa del P.M., quando la segnalazione dell'insolvenza sia allo stesso pervenuta direttamente da parte del Tribunale fallimentare.

In precedenza la stessa Corte di Cassazione aveva negato la validità di una sentenza dichiarativa di fallimento, pervenuta su istanza del P.M. sollecitato direttamente dal tribunale fallimentare che, a seguito della desistenza del creditore istante, non aveva più potuto procedere con la dichiarazione di fallimento stante l'abrogato istituto della dichiarazione d'ufficio (rif. Cass., 26 febbraio 2009, n.4632, (in *Il Fallimento*, 2009, 521) che confermava la sentenza della Corte d'Appello di Milano): in tale circostanza la S.C. aveva modo di argomentare che «in tema di fallimento, l'esigenza di assicurare la terzietà e l'imparzialità del tribunale fallimentare, emergente da un'interpretazione sistematica della legge fallimentare (così come modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2009, n. 5) ed in particolare degli artt. 6 e 7, letti alla luce del novellato art. 111 Cost., porta ad

escludere che l'iniziativa del P.M. ai fini della dichiarazione di fallimento possa essere assunta in base ad una segnalazione proveniente dallo stesso tribunale fallimentare, in tal senso deponendo, oltre alla soppressione del potere di aprire d'ufficio il fallimento ed alla riduzione dei margini d'intervento del giudice nel corso della procedura, anche il n. 2 dell'art. 7 cit., che limita il potere di segnalazione del giudice civile all'ipotesi in cui l'insolvenza risulti, nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari dell'iniziativa, in un procedimento diverso da quello rivolto alla dichiarazione di fallimento, nonché dagli interventi correttivi del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che hanno reso totalmente estranea al sistema l'ingerenza dell'organo giudicante sulla nascita o l'ultrattività della procedura». Già all'epoca della sopra menzionata decisione della S.C., la giurisprudenza di merito aveva però modo di osservare come «Il Tribunale fallimentare è legittimato alla segnalazione di cui all'art. 7 n. 2 legge fall. in esito all'estinzione per desistenza di una precedente istanza di fallimento, non potendo accomunarsi l'iniziativa d'ufficio alla mera segnalazione al Pubblico Ministero di una situazione da cui potrebbe risultare la sussistenza dell'insolvenza di un imprenditore, atteso che in questo secondo caso è il Pubblico Ministero che autonomamente vaglia la notizia pervenuta e valuta se proporre o meno l'istanza». (Trib. Mantova, 12 marzo 2009, in *www.ilcaso.it* e, dello stesso tenore: Trib. Tivoli, 6 aprile 2009; App. Bologna, 1 giugno 2009, *ivi*; App. Brescia, 7 ottobre 2009, *ivi*), determinandosi così un evidente contrasto tra l'orientamento dei giudici di merito che, in sostanza anche successivamente alla presa di posizione del giudice di legittimità, continuavano a considerare legittima l'iniziativa presa dal P.M. su sollecitazione dello stesso tribunale fallimentare.

Il precedente orientamento della S.C., oltre che disatteso dalla quasi totalità dei giudici di merito, è stato anche contrastato dalla maggior parte della dottrina (per tutti CORDOPATRI, in *Dir. fall.*, 2010, p. 265 e ss; FABIANI, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1404 e ss) in quanto, essenzialmente, costruito sull'erronea equiparazione tra segnalazione del Tribunale fallimentare al P.M. e fallimento d'ufficio: le due fattispecie infatti non sono perfettamente sovrapponibili in quanto – come già rilevato dai giudici di merito – una cosa è la “iniziativa per sollecitare l'iniziativa del P.M.” (mera segnalazione che comporta una autonoma valutazione del P.M.) e altra cosa è l'esercizio della “diretta iniziativa d'ufficio” da parte del Giudice fallimentare (ravvisandosi soltanto in tale ipotesi un problema di terzietà e imparzialità del giudicante). Inoltre, si rammenti che nel caso in cui la segnalazione dell'insolvenza proviene dallo stesso giudice fallimentare, il P.M. opera una scelta autonoma circa la proposizione della “richiesta” di fallimento: egli infatti, una volta ricevuta la segnalazione del tribunale, rimane comunque autonomo e non vincolato alla richiesta di fallimento, e proprio questa circostanza distingue la fattispecie in esame dalla dichiarazione di fallimento *ex officio* (in tal senso cfr. App. Brescia, 2 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*). La questione interpretativa sottoposta alla S.C. ed affrontata nella decisione in commento riguarda in concreto la possibilità di considerare il procedimento prefallimentare di cui all'art. 15 l.fall. un “procedimento civile” ai sensi dell'art. 7 l.fall. nel senso della possibilità (o doverosità) della segnalazione dei presupposti per la dichiarazione di fal-

limento da parte del Giudice (fallimentare) al P.M., nell'ipotesi in cui il creditore desistesse dall'originaria istanza, con effetto estintivo sul procedimento incardinato. Com'è noto infatti, prima che intervenisse la novella di cui al d.lgs. 5/06, grazie alla norma contenuta nell'art. 6 l.fall., alla rinuncia dell'istante sopprimeva il potere officioso del Tribunale fallimentare che, anche in presenza di tali fattispecie, laddove avesse comunque rilevato nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare (fortemente caratterizzata, allora, dai poteri officiosi del Tribunale) la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, provvedeva *ex officio* a dichiarare il fallimento. In materia cfr.: FERRO, *Piano di risanamento non eseguito, desistenza del creditore istante, ricorso del P.M. e fallimento d'ufficio: le modalità di apertura e prosecuzione istruttoria dell'indagine sull'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2000, I, p. 322 ss. Per la casistica relativa ai fallimenti dichiarati *ex officio* nella previgente disciplina cfr.: Trib. Grosseto, 27 aprile 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 882, con nota di DI GRAVIO, *L'art. 8 legge fallim. come "chiamata alle armi" dei fallibili renitenti*; Trib. Roma, 10 novembre 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1; Trib. Torino, 16 maggio 1984, in *Giur. piemontese*, 1984, 977; Trib. Perugia, 21 maggio 1993, in *Rass. Giur. Umbra*, 1994, 652, con nota di TELLINI; Trib. Torre Annunziata, 11 febbraio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 126, con nota di MATERA, *Fallimento d'ufficio tra controllo giudiziario e liquidazione della società*.

Per quanto qui interessa, comunque, la sentenza in commento ha, finalmente, riconosciuto al procedimento prefallimentare la natura di "*procedimento civile*" a tutti gli effetti, al pari di ogni altro procedimento (non a caso, infatti, la norma di cui all'art. 7 l.fall., parla di procedimento e non di "*giudizio civile*" come invece avveniva nell'abrogato art. 8 l.fall. che, si rammenta, disciplinava le ipotesi di iniziativa officiosa di fallimento secondo il seguente disposto: "Se nel corso di un giudizio civile risulta l'insolvenza di un imprenditore che sia parte nel giudizio, il giudice ne riferisce al tribunale competente per la dichiarazione del fallimento") in cui il giudice civile possa avere notizia dell'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento (a titolo esemplificativo, al pari di un procedimento esecutivo, di un procedimento di sfratto per morosità, di un ordinario processo di cognizione, perché no, di un procedimento per la separazione dei coniugi), partendo dalla disamina dei principi costituzionali del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, soprattutto in relazione al dovere di terzietà ed imparzialità del giudicante e ribadendo che la segnalazione in questione non ha alcun contenuto decisorio in quanto atto sostanzialmente "neutro" e privo di specifica valenza procedimentale o decisoria, "*il cui impulso riposa su una valutazione estemporanea, che non vincola nessuno talché la valutazione decisoria del tribunale non è tecnicamente "pregiudicata" dall'avvenuta segnalazione, perché il tribunale, all'esito dell'istruttoria prefallimentare, può rigettare con decreto la richiesta del P.M.*".

Per maggiori riferimenti anche dottrinali, cfr.: PUNZI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, Torino, vol. I, 2010, p. 2 ss.; DONZI, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento: artt. 6 e 7 l.fall.*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, vol. I, Torino, 2009, p. 102 ss.; DI MARZIO, nella

Introduzione a Il correttivo della riforma fallimentare, a cura dello stesso Autore, 2008; RUSSO, *L'iniziativa del pubblico ministero in Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, Vol. I, Giappichelli, 2010, p. 96 ss.

Alla luce del riformato art. 6 l.fall., la decisione in commento del Tribunale di Firenze opera una ricostruzione dei poteri del P.M. – nel procedimento per la dichiarazione di fallimento da lui stesso azionato – equiparandolo in tutto e per tutto alle altre parti processuali. Anche argomentando sulla base dei sopra richiamati principi costituzionali del contraddittorio, della parità delle armi e del giudice terzo e imparziale, il tribunale fiorentino conclude per la qualifica di parte processuale del P.M. che eserciti l'azione per la dichiarazione di fallimento attraverso il deposito di quello che, tecnicamente, la norma suddetta definisce “*richiesta*” ma che è, a tutti gli effetti, un vero e proprio ricorso al pari di quello che potrebbe depositare al Tribunale fallimentare un creditore o lo stesso debitore. Da ciò discende – secondo la sentenza – la possibilità per lo stesso P.M. di desistere (anche attraverso comportamenti concludenti quali la mancata partecipazione alle udienze, proprio come nel caso di specie) così come è concesso ad ogni altro istante. Se è vero, com'è vero, che l'iniziativa del P.M. è stata ampliata nel nostro ordinamento per eliminare i dubbi sulla terzietà e imparzialità del giudice che, anche in assenza di stimolo di parte, procede comunque alla dichiarazione di fallimento, non si può che applicare al quel P.M. tutte le norme ed i principi che regolano l'attività delle parti nel processo. In senso difforme alla decisione del Tribunale fiorentino cfr. App. Torino, 22 ottobre 2009.

In generale, sull'istituto processuale della rinuncia agli atti cfr. MICHELI, *La rinuncia agli atti di giudizio*, Padova, 1937; MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1156 ss.; VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 960 ss. A livello generale, cfr. anche SATTA - PUNZI *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 405 ss.; REDENTI - VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 353 ss.; SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010, p. 443 ss.; LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2009, p. 248 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, p. 253 ss.; ARIETA, DE SANTIS, MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Milano, 2008, 433 ss. [NOTA REDAZIONALE]