

PREFAZIONE

Con il presente volume l'Autore vuole offrire un contributo teorico pratico alla disciplina del fallimento e della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con lo sguardo del curatore.

Gli argomenti sono stati selezionati in modo tale da consentire, attraverso di essi, la trattazione non solo dell'istituto di riferimento, con una particolare attenzione al nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ma anche, incidentalmente, di altri coevi, onde permettere una rassegna quanto più completa della materia concorsuale.

Si tratta di un libro di congiunzione, che vuole accompagnare il lettore dalla vecchia alla nuova disciplina, tra fallimento e liquidazione giudiziale.

Tale approccio metodologico rappresenta una novità.

L'Autore tratta gli argomenti di rilievo, cui si imbatte il curatore, affrontandoli in modo sintetico, andando direttamente al problema, suggerendo la soluzione traendola dai più recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

Il risultato è un concatenamento di casi e questioni, non scelti in modo casuale, legati da un unico filo conduttore, per un'opera di facile consultazione, essenziale, che parte dall'evoluzione della figura del "fallito", poi sviluppatasi nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, che ne ha soppresso il termine, per dipanarsi lungo gli istituti del diritto concorsuale.

Il crocevia delle questioni affrontate, se vogliamo il nucleo dell'intero lavoro, è tuttavia rappresentato dal ruolo centrale del curatore, della cui esperienza personale l'Autore ha tratto ispirazione e ragione ed il cui punto di vista è al tempo stesso partenza ed arrivo del percorso seguito.

Il taglio prettamente pratico rende il volume strumento di lavoro fondamentale per il curatore e adatto al professionista che voglia approfondire le tematiche concorsuali.

L'Autore è consapevole di non aver fatto un'opera che possa definirsi perfetta e non ne vogliono i lettori per eventuali imprecisioni; saranno tuttavia graditi i contributi (avvcarlocarbone@gmail.com) che ognuno vorrà offrire tesi a stimolare nuove riflessioni su una materia sempre in movimento.

Le sentenze richiamate sono state tratte da Italggiure – Centro Elettronico di Documentazione della Corte di Cassazione.

Infine, è doveroso un avvertimento preliminare: nel volume, per semplicità, sono riportate le dizioni: “riforma societaria del 2003”, “riforma del 2006”, “correttivo del 2007”, “Codice della Crisi” e “decreto correttivo”, che devono intendersi rispettivamente d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e d.lgs. 26 ottobre 2020 n. 147.

Roma, dicembre 2020

Carlo Carbone

Capitolo Primo

IL GIUDIZIO “PREFALLIMENTARE”, DALLA VECCHIA ALLA NUOVA DISCIPLINA, TRA FALLIMENTO E LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1.1. Dal fallimento alla liquidazione giudiziale. – 1.2. I problemi emersi nella pratica. I casi particolari.

1.1. Dal fallimento alla liquidazione giudiziale

Ripercorrere l’evoluzione del giudizio per la dichiarazione di fallimento, partendo dalla vecchia legge poi riformata, sino al Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il quale entrerà in vigore il 1° settembre 2021, in virtù della proroga prevista dall’art. 5, d.l. 23/2020, convertito con modificazioni in legge 40/2020, consente di comprendere quanto profondamente sia cambiato l’interesse verso l’insolvenza, con un approccio non più solo giuridico, ma anche e soprattutto economico-sociale.

Si è assistito, invero, al passaggio dall’idea dirigista di colpevolezza dell’imprenditore insolvente, che doveva essere espunto dal sistema economico il più rapidamente possibile, così da non pregiudicare gli altri operatori, che ne subivano gli effetti in termini di inadempimento delle obbligazioni e concorrenza sleale per i prezzi praticati sul mercato, ad una visione più possibilista, ove nella crisi l’imprenditore ne è la vittima, prevedendo strumenti in mano a questi capaci di consentire il superamento del momento di difficoltà.

In particolare, si è puntato al concordato preventivo, più volte riformato, che però spesso è stato applicato tardivamente ed al ribasso, provocando inevitabili effetti proprio su quegli operatori economici sani che si voleva tutelare, i quali hanno dovuto subire la falce dei loro crediti, quasi sempre

anche superiore alla proposta concordataria sulla quale avevano espresso il consenso.

Con il Codice della Crisi, sebbene si mantenga la visione privatistica della riforma del 2006 con funzioni potenziate del curatore, la ridefinizione dei poteri del giudice delegato ed il nuovo ruolo del comitato dei creditori, si torna per certi aspetti al passato, perché la individuazione e la gestione della crisi non è più in mano all'imprenditore – o quanto meno non più totalmente – ma, attraverso l'inedito meccanismo di allerta della crisi, si cerca, di nuovo, di essere più tempestivi possibile nell'individuazione e risoluzione di essa, cui sottendono gli organismi di composizione della crisi.

D'altra parte, oltre alla novità dei sistemi di allerta, cui si unisce il regime della composizione della crisi, di cui tratteremo nel prossimo capitolo, per il resto il nuovo Codice della Crisi si limita a modificare alcune norme della legge fallimentare, ponendole in linea agli indirizzi della giurisprudenza e ad armonizzare la legge fallimentare stessa con il sistema di recente introduzione (legge 3/2012), che regola il sovraindebitamento del consumatore, del professionista, delle start-up innovative e delle imprese minori, attraverso un procedimento unitario che include gli strumenti alternativi per la risoluzione della crisi, disciplinando infine il fenomeno dei gruppi societari.

Sennonché, l'evolversi della società civile, al passo con quella del mercato, si rispecchia plasticamente nella diversa dignità che è stata riconosciuta al principale imputato, in questa fase potenziale tale, ossia all'imprenditore fallito.

Non si afferma nulla di nuovo nel ricordare che l'art. 15 della vecchia legge fallimentare prevedesse la mera facoltà per il tribunale di ordinare la comparizione dell'imprenditore, riconoscendo il primato ai creditori ed alla celerità della procedura ai cui interessi era piegata.

È stata necessaria una sentenza della Corte Costituzionale, la numero 141 del 16 luglio 1970, per dichiarare la illegittimità costituzionale sul punto dell'art. 15 legge fall. e per obbligare la comparizione personale dell'imprenditore, in camera di consiglio, per l'esercizio del diritto di difesa, sebbene nei limiti compatibili con la natura del procedimento.

Come è noto, tutto si risolveva – e, d'altra parte, anche oggi spesso è così e non potrebbe essere altrimenti – in una singola udienza camerale che dichiarava il fallimento dell'imprenditore sulla base della prova e talora anche della sola allegazione del creditore di non essere stato soddisfatto.

Con la riforma del 2006, nella rinnovata consapevolezza degli effetti che produce la sentenza di fallimento, benché stemperati con la riforma stessa, che ne ha cancellato in parte le conseguenze civili, si voleva raggiungere un punto di equilibrio tra il diritto di difesa dell'imprenditore e la speditezza

della procedura non sottovalutando, tuttavia, la necessità di una verifica complessiva in relazione ai presupposti oggettivi e soggettivi ai fini della fallibilità.

L’art. 15 legge fall. è stato riempito di contenuti non di poco conto regolando quella che dal titolo della norma stessa è stata definita dapprima “istruttoria prefallimentare” e, con il decreto correttivo del 2007, **“procedimento per la dichiarazione di fallimento”**.

Il Codice della Crisi ha lasciato immutata la norma titolando, all’art. 41, “procedimento per l’apertura della liquidazione giudiziale”, in ossequio alla volontà di sostituire la locuzione “fallimento”, per il valore negativo cui essa viene comunemente legata, e non più attuale, con “liquidazione giudiziale”.

La suddetta riforma ha introdotto anche un’altra novità, confermata dal Codice della Crisi, circa i soggetti legittimati a richiedere il fallimento.

Oltre ovviamente al creditore ed all’imprenditore in proprio – circostanza, quest’ultima, che, peraltro, si lega al reato di bancarotta semplice nel caso in cui questi ritardi, come si suole dire gergalmente, a depositare i libri in tribunale – è stata abolita la possibilità per il tribunale stesso, riaffermata dal Codice della Crisi, di dichiarare il fallimento d’ufficio, mentre permane tale facoltà in capo al pubblico ministero.

Quest’ultimo, per mitigare gli effetti della suddetta abolizione, ha visto ampliato il proprio ambito d’azione e, con la nuova previsione dell’art. 7 legge fall., richiamata dall’art. 38 Codice della Crisi, si riconosce al pubblico ministero la possibilità di proporre il fallimento dell’imprenditore non solo allorché lo stato d’insolvenza di questi risulti dal fascicolo del procedimento penale, ma anche quando l’iniziativa sia resa necessaria dall’acquisizione di elementi comunque pervenuti presso il proprio ufficio (Cass. 9260/2011), ovvero sia sollecitata da altra autorità giudiziaria (Cass. SS.UU. 9409/2013), sicché è sovente nella pratica che il tribunale rimetta gli atti al pubblico ministero affinché valuti l’eventuale proposizione della richiesta di fallimento.

Nell’ottica del rafforzato ruolo che il Codice della Crisi ha voluto riconoscere agli organi di controllo e di vigilanza, cui competono, come vedremo, compiti specifici e responsabilità nel procedimento di allerta, vi sono anche tali organi tra i soggetti che possono chiedere al tribunale la liquidazione giudiziale.

A parte la riaffermata competenza del tribunale in composizione collegiale, con le modalità del procedimento camerale, il rinnovato art. 15 legge fall. stabilisce che, a seguito del ricorso, il tribunale medesimo convochi l’imprenditore ad una udienza che non può essere inferiore a quindici giorni dalla notifica del ricorso stesso e del decreto all’imprenditore contro cui l’iniziativa è rivolta.

Tale termine può essere ridotto dal presidente del tribunale con decreto motivato per particolari ragioni di urgenza.

Il decreto di fissazione dell'udienza per la comparizione dell'imprenditore fissa anche un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza stessa affinché questi possa presentare memorie difensive e depositare documenti.

L'art. 15 legge fall. è stato ulteriormente modificato dall'art. 17 del d.l. 179/2012, convertito in legge 221/2012 (c.d. decreto crescita 2.0), introducendo il termine massimo di quarantacinque giorni dal deposito del ricorso entro il quale deve essere fissata l'udienza disciplinando altresì la notifica del ricorso stesso mediante il nuovo canale della posta elettronica certificata.

Confrontando la vecchia e la nuova versione dell'art. 15 legge fall., il cui punto di vista viene confermato dal Codice della Crisi, si comprende chiaramente il salto di qualità del legislatore nel rendere la tutela dell'imprenditore più simile a quella di ogni altro procedimento giudiziario a cognizione piena.

La norma, poi, al secondo capoverso del IV comma, stabilisce che “in ogni caso il tribunale dispone, con gli accertamenti necessari, che l'imprenditore depositi una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata”.

Tale principio, stabilito dalla riforma del 2006, è stato specificato molto opportunamente con il decreto correttivo del 2007 che al citato documento contabile aggiunge, sempre a cura dell'imprenditore, il deposito dei bilanci degli ultimi tre anni e con l'inciso, il quale ha dato non pochi problemi, che il tribunale può richiedere eventuali informazioni urgenti.

Intanto, va precisato che sia *ictu oculi* evidente che la norma si richiami all'art. 1 legge fall. che, nella stesura fornita con il decreto correttivo del 2007, ha stabilito soglie dimensionali affinché l'imprenditore possa sottrarsi al fallimento.

Con il decreto correttivo del 2007 si fa chiaramente riferimento, e lo conferma la relazione illustrativa alla legge, alle voci di bilancio secondo gli artt. 2424 e 2425 c.c., superando tutto il dibattito che si era creato intorno ai concetti espressi dalla riforma del 2006 in ordine non tanto ai ricavi lordi, il cui superamento della soglia di duecentomila euro permetteva la fallibilità, quanto, piuttosto, a quello che concerneva gli investimenti effettuati nell'azienda, cui era ancorata parimenti la fallibilità stessa.

Sicché oggi è molto più facile, attraverso l'esame *per tabulas* dei bilanci, stante la coincidenza delle locuzioni utilizzate, accertare l'esistenza o meno dei livelli dimensionali dell'impresa fissati dalla norma ai fini della suddetta fallibilità.

Infatti, nella nuova stesura dell'art. 1 legge fall., che trova conferma nell'art. 2, I comma, lett. *d*), Codice della Crisi, non è soggetto al fallimento (*rectius* liquidazione giudiziale) l'imprenditore che, alla data di deposito dell'istanza di fallimento, abbia avuto nei tre esercizi antecedenti un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila ovvero ricavi lordi per euro duecentomila.

Ai criteri sopra citati si aggiunge quello dell'entità dei debiti, anche non scaduti, che rappresenta l'altra novità del correttivo del 2007, il cui ammontare fissato dal citato art. 1 legge fall. è di euro cinquecentomila. Come si ricorderà, la vecchia disciplina, invece, affermava solo che non potesse fallire il cosiddetto piccolo imprenditore, la cui soglia, sino alla riforma del 2006 – che alludeva peraltro all'imposta sulla ricchezza mobile abrogata con la riforma fiscale del 1973 – rendeva di fatto inapplicabile la norma stessa e, d'altra parte, anche l'art. 2083 c.c., che qualifica la citata figura del piccolo imprenditore, non era d'aiuto.

La norma è formulata in senso negativo e l'espressione “possesso congiunto” dei requisiti sopra menzionati fa capire che sia sufficiente il superamento anche solo di uno dei parametri indicati e per una sola annualità per far sì che l'imprenditore cada nelle maglie del fallimento.

Come è stato evidenziato, il legislatore ha voluto richiamarsi ai coincidenti concetti espressi nel codice civile per la stesura del bilancio d'esercizio.

Quindi, per attivo patrimoniale deve intendersi il totale dell'attivo dello stato patrimoniale espresso dal bilancio, che rappresenta la sommatoria del capitale fisso, costituito dalle immobilizzazioni materiali, immateriali e finanziarie, con l'attivo circolante, ed in definitiva con la risultante di cui all'art. 2424, I comma, c.c.

Anche per quanto riguarda i ricavi lordi occorre fare riferimento al bilancio d'esercizio dell'imprenditore ed in particolare alla sezione dei ricavi del conto economico che indica, ai sensi dell'art. 2425 c.c., il valore della produzione.

Sennonché, non occorre essere esperti “aziendalisti” per accertare i suddetti limiti dimensionali in quanto sono espressi chiaramente dalle rispettive voci di bilancio che, peraltro, ai sensi dell'art. 2435 c.c., deve essere depositato nel registro delle imprese entro trenta giorni dall'approvazione dei soci; ed al riguardo, tuttavia, si tenga presente che, anche ai fini probatori, in virtù dell'art. 2709 c.c., le scritture contabili fanno prova contro l'imprenditore.

La nuova stesura dell'art. 1 legge fall. allude ad un periodo temporale che si riferisce ai tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, ovvero dall'inizio dell'attività produttiva se di durata inferiore.

Partendo dall'assunto che i suddetti limiti dimensionali devono emergere dal bilancio d'esercizio e, nella specie, da quelli depositati nel registro delle imprese, essi vanno ragguagliati agli ultimi tre disponibili al momento del deposito dell'istanza di fallimento laddove, peraltro, la norma obbliga l'imprenditore, come abbiamo visto, al deposito anche di una situazione patrimoniale economica e finanziaria aggiornata che, quindi, deve necessariamente includere quella porzione temporale dell'esercizio in corso.

Come è facile notare, l'aver ricondotto tutto l'accertamento dei parametri dimensionali circa la fallibilità dell'imprenditore al bilancio d'esercizio se, da un lato, risolve ogni problema per quanto riguarda le società di capitali, le quali sono soggette al deposito dello stesso al registro delle imprese, dall'altro, crea non poche difficoltà quando ci troviamo di fronte alle società di persone ed all'imprenditore individuale, ove siffatto obbligo non è previsto.

Questo è un problema, in primo luogo, per il creditore precedente, che si trova a proporre una richiesta siffatta senza sapere se l'imprenditore sia o meno assoggettabile al fallimento.

Quest'ultimo, infatti, avendone l'onere, sul cui aspetto tuttavia ci soffermeremo in seguito, potrà dimostrare il mancato superamento delle soglie sopra indicate producendo, ad esempio, le scritture contabili e le dichiarazioni dei redditi del triennio e, sebbene a quel punto non è da escludere che nel dubbio il giudice possa disporre la prevista consulenza tecnica di natura contabile, è altrettanto chiaro che l'iniziativa del creditore possa apparire meramente esplorativa, con tutte le conseguenze processuali che ne possono conseguire in termini di condanna alle spese del giudizio e di richieste risarcitorie.

Al riguardo va tuttavia precisato che, ai sensi dell'art. 2217 c.c., l'imprenditore individuale o collettivo, entro tre mesi dal termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi, ai fini delle imposte dirette di ogni anno, deve sottoscrivere l'inventario, il quale contiene l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività e chiudere con il bilancio completo con il conto dei profitti e delle perdite, che evidenzia il risultato d'esercizio rimandando ai fini dei criteri di valutazione a quelli stabiliti per i bilanci delle società per azioni.

Il citato art. 2217 c.c. è stato sostituito dall'art. 7 *bis*, d.l. 357/1994, convertito con modificazioni in legge 489/1994, che ha soppresso, tra l'altro, per gli imprenditori minori, l'obbligo di depositare il bilancio nel registro delle imprese.

Tale circostanza, unitamente alla previsione di natura fiscale in ordine alla tenuta della contabilità in regime semplificato – con l'onere di tenere solo

i registri Iva – aggrava ancora di più la posizione del creditore che abbiamo sopra segnalato.

Laddove la società di cui si chiede il fallimento sia in liquidazione e, quindi, spesso non raggiunga i parametri di cui all'art. 1 legge fall., da tempo il giudice di legittimità stabilisce che, al fine di non escludere siffatte società, si deve avere riguardo al confronto tra l'attivo ed il passivo della stessa per quello che risulta dall'ultimo bilancio d'esercizio depositato e, ove quest'ultimo sia superiore, va dichiarata fallita sull'assunto che la società si trovi in stato d'insolvenza proprio in virtù di tale squilibrio patrimoniale, stante la sua natura liquidatoria. (Cass. 13644/2013, Cass. 25167/2016, Cass. 1166/2017).

Tale orientamento appare assolutamente sensato e si poggia sulla funzione realizzativa della liquidazione della società al fine di distribuire il ricavato ai soci, una volta soddisfatti tutti i creditori.

Anche in questo caso l'onere probatorio di dimostrare l'esistenza dell'ecedenza patrimoniale o di sostanziale equilibrio, ossia la capacità di saldare i debiti, almeno sino all'entrata in vigore del Codice della Crisi, ricade sull'imprenditore.

Sotto il profilo probatorio il quesito che ci si è subito posti, dopo la riforma del 2006, è se spettasse al tribunale accertare d'ufficio la rispondenza dei requisiti dimensionali fissati dal rinnovato art. 1 legge fall., oppure se fosse onere dell'imprenditore dimostrare che non vi rientrasse.

Secondo il dettato della norma, la quale stabilisce che non sono soggetti al fallimento gli imprenditori che dimostrino il possesso congiunto di uno dei tre requisiti nei tre esercizi successivi, sembrerebbe che sia onere dell'imprenditore medesimo di dimostrare, appunto, tale circostanza, attraverso il deposito dei bilanci d'esercizio degli ultimi tre anni, il cui onere, peraltro, è espressamente previsto dalla norma medesima.

Nel solco di tale interpretazione letterale si muove la Corte di Cassazione, la quale sostiene costantemente (Cass. 625/2016, Cass. 24721/2015) che spetti all'imprenditore dimostrare l'esistenza dei valori dimensionali tali per la non fallibilità.

Sicché, alla mancata comparizione, ovvero in assenza della produzione in giudizio dei bilanci d'esercizio, il tribunale può senz'altro dichiarare il fallimento dell'imprenditore.

In sostanza, si afferma, richiamandosi anche alla relazione alla legge di riforma del 2006, la quale ha introdotto tale principio, che è volontà del legislatore perseguire un intento non premiale nei confronti dell'imprenditore che scelga la via di non difendersi in sede di istruttoria prefallimentare.

Taluno parla di dovere di collaborazione dell'imprenditore, altri fanno appello al principio, spesso invocato dalla giurisprudenza, della "vicinanza della prova", ed altri ancora al criterio di non contestazione, il quale tuttavia ogni volta che è stato introdotto nel nostro ordinamento processuale, ad esempio nella riforma del processo societario del 2003, è stato oggetto di emenda da parte della Corte Costituzionale in ragione del principio di neutralità del contumace dal cui contegno non può dipendere l'esito del giudizio.

Si suole poi differenziare l'ipotesi nella quale l'imprenditore rimane contumace, da quella in cui questi intervenga all'udienza camerale, anche senza l'assistenza del difensore, e sostenga la propria non fallibilità per difetto dei limiti dimensionali, la cui circostanza dovrebbe costringere il giudice ad utilizzare gli strumenti in suo possesso per eseguire i dovuti accertamenti.

Infatti, data la natura camerale del procedimento, correlata alla funzione direttiva del giudice, ed ai poteri indubbiamente officiosi che a questi vengono riconosciuti dal dettato della norma riformata, ampliati con il decreto correttivo, si ritiene che il giudice stesso debba ricercare l'esistenza dei requisiti di fallibilità e non lasciarli solo all'iniziativa delle parti (Cass. 22546/2010).

D'altra parte, il giudice può richiedere eventuali informazioni urgenti – inciso inserito dal correttivo del 2007 – che, in assenza di una specifica indicazione della norma, sono chiaramente rivolte al registro delle imprese ed agli uffici finanziari.

Ragionando in questo modo, si passerebbe da un procedimento sommario ed urgente ad un giudizio a cognizione piena, laddove aggiungessimo la previsione della norma che, al VII comma dell'art. 15 legge fall., riconosce alle parti la facoltà di nominare consulenti tecnici, chiaramente con l'intento di dimostrare il livello dimensionale dell'impresa ai fini della fallibilità.

Criteri dimensionali ai quali, oltre quelli contenuti dal citato art. 1 legge fall., si aggiunge anche l'entità dei debiti scaduti i quali, secondo il IX comma sempre dell'art. 15 legge fall., non dovranno essere complessivamente inferiori a venticinquemila euro, poi aumentati a trentamila dal citato decreto correttivo del 2007, che il Codice della Crisi ha lasciato immutata.

Alla visione del giudizio prefallimentare a cognizione piena, fa da sostegno, rendendo, peraltro, meno stringente l'interesse ad un procedimento sommario, la disposizione di cui al successivo VIII comma dell'art. 15 legge fall., che riconosce al tribunale il potere, sino ad ora poco utilizzato, di adottare i provvedimenti cautelari e conservativi necessari a tutela del patrimonio dell'imprenditore, che dovranno essere confermati o revocati con la sentenza che dichiara il fallimento ovvero con il decreto di rigetto.

Nel novero dell’evoluzione del procedimento in questione si collocano le norme del Codice della Crisi, che consentono di comprendere appieno quale sia l’indirizzo del legislatore.

L’art. 44 Codice della Crisi stabilisce che il tribunale convochi il debitore in camera di consiglio e che, su domanda di questi, possa ammettere l’accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi.

Secondo l’art. 49 Codice della Crisi, solo una volta definite le domande di accesso alle forme alternative per la risoluzione della crisi, l’imprenditore non più qualificato tale ma, in modo neutro, debitore, per includere tutte le categorie economiche nell’ottica del procedimento unitario, cadrà nelle maglie non già del fallimento, definizione come abbiamo visto superata, ma della liquidazione giudiziale.

In sintesi, il creditore può chiedere al tribunale di dichiarare l’apertura della liquidazione giudiziale; il tribunale stesso fissa un’udienza per l’audizione delle parti nei modi e nei termini di cui all’art. 41 Codice della Crisi non dissimili dall’attuale regime di cui all’art. 15 legge fall., di cui ci siamo intrattenuti sinora.

A questo punto il debitore, se non l’ha fatto prima, ossia nel procedimento di allerta, può chiedere di accedere ad una procedura di regolazione concordata della crisi depositando una proposta di concordato preventivo o di omologa di accordi di ristrutturazione, sollecitando, altresì, l’adozione di misure protettive – ad esempio la sospensione delle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori – allo scopo di preservare il patrimonio aziendale.

In sostanza, possiamo affermare che il legislatore del Codice della Crisi abbia imposto una condizione di procedibilità per la apertura della liquidazione giudiziale legata al fatto che siano stati preliminarmente esperiti gli strumenti per la risoluzione della crisi.

Quindi, solo ove il debitore non abbia fatto alcuna richiesta in questo senso, ovvero il procedimento per l’apertura del concordato preventivo sia stato dichiarato inammissibile o rigettato dai creditori, oppure non venga omologato un accordo di ristrutturazione o depositato un accordo di risanamento, il tribunale potrà dichiarare aperta la liquidazione giudiziale.

Ai fini dei discorsi innanzi, invece, l’aspetto più importante, che ci consente di sottolineare l’evoluzione del procedimento in esame, riguarda la previsione dell’art. 42 Codice della Crisi, intitolato “Istruttoria sui debiti risultanti dai pubblici registri nei procedimenti per l’apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo”, la quale riporta che la cancelleria acquisisca, mediante collegamento telematico con l’Agenzia delle entrate, i dati ed i documenti necessari affinché il giudice accerti d’ufficio l’esistenza dei requisiti, di cui all’art. 121 Codice della Crisi, per i quali il soggetto pos-

sa essere sottoposto a procedura di liquidazione giudiziale, risolvendo *in nuce* ogni questione.

Il decreto correttivo, nel modificare il IV comma dell'art. 41 del Codice della Crisi, ha previsto l'obbligo per il debitore che si costituisca in giudizio di depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi o le dichiarazioni dei redditi dello stesso periodo.

Tuttavia, con l'entrata in vigore del Codice della Crisi, spetterà al giudice, d'ufficio, verificare i presupposti di "fallibilità" del debitore, con la differenza non di poco conto che laddove si fosse in presenza di un'impresa cosiddetta minore, ossia sotto soglia, la domanda, ad esempio, del creditore, con cui chiede la liquidazione giudiziale, non verrà rigettata, ma il giudice stesso, una volta accertato lo stato di sovraindebitamento (omologo, nella specie, dell'insolvenza), dichiarerà, ai sensi dell'art. 270 Codice della Crisi, l'apertura della procedura di liquidazione controllata.

A riprova del percorso verso un giudizio a cognizione piena vi è la nuova previsione del Codice della Crisi, la quale fissa il principio che il termine per l'esercizio delle azioni revocatorie, come vedremo, decorre dalla pubblicazione della domanda di accesso a una procedura concorsuale cui è seguita (art. 170 II comma) l'apertura della liquidazione giudiziale risolvendo, quindi, la questione sui tempi necessariamente allungati per assolvere a siffatto onere del giudizio.

Il discorso, infatti, può chiudersi ricordando che sono soggetti al fallimento e, dunque, alla liquidazione giudiziale, solo gli imprenditori che rientrano nei parametri dimensionali, che abbiamo visto, che esercitano un'attività commerciale, in modo individuale o collettivo, secondo il decalogo indicato dall'art. 2195 c.c., quindi, devono intendersi escluse le imprese agricole ed artigiane, le associazioni e le fondazioni – salvo svolgano incidentalmente un'attività commerciale – e gli esercenti le professioni liberali, nonché i consumatori che, invece, andranno assoggettati alla procedura di liquidazione controllata.

Parimenti, sono soggetti al fallimento anche i consorzi tra imprenditori, sul presupposto dell'esercizio dell'attività d'impresa in favore dei consorziati, ed anche le società cooperative, il cui regime va rapportato al ruolo dell'autorità di vigilanza ai sensi dell'art. 195 legge fall. (art. 293 Codice della Crisi), in quanto società notoriamente soggette alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, sebbene tuttavia l'orientamento prevalente propenda per la loro fallibilità, ove prevalga l'esercizio dell'attività d'impresa alla funzione mutualistica.

Inoltre, l'art. 147 legge fall. prevede, unitamente al fallimento della società, la cui articolazione vedremo nel quarto capitolo, anche il fallimento

cosiddetto “in estensione” dei soci illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali che, tuttavia, dovranno essere ugualmente previamente convocati in camera di consiglio ai sensi dell’art. 15 legge fall., così come indica espressamente la versione della norma riformata.

L’art. 256 Codice della Crisi riproduce il citato art. 147 legge fall. rimarcando, tuttavia, che legittimati a proporre la liquidazione giudiziale in estensione del socio ulteriore, oltre il curatore, siano il pubblico ministero, il creditore ed il socio nei confronti del quale è stata aperta la liquidazione giudiziale stessa e dei suoi creditori, che potranno partecipare anche nel giudizio di reclamo.

Infatti, da tempo la giurisprudenza ha fissato il principio secondo cui, in caso di fallimento per estensione del socio – sia palese come socio della società in nome collettivo o come accomandante nelle società in accomandita, che occulto – questi debba comunque essere convocato per l’esercizio del diritto di difesa.

Il suddetto principio è stato confermato dal Codice della Crisi, il quale peraltro ribadisce la previsione dell’automatica apertura della liquidazione giudiziale anche nei confronti dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili.

Viceversa, secondo l’art. 258 Codice della Crisi la liquidazione giudiziale aperta nei confronti di un socio illimitatamente responsabile non determina l’apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della società.

Si sostiene, inoltre, la non fallibilità del socio unico della società di capitali ancorché non siano stati assolti gli adempimenti per ottenere il riconoscimento della responsabilità limitata, ossia la sottoscrizione dei conferimenti (art. 2325 c.c.), l’iscrizione nel registro delle imprese dell’atto costitutivo, con la quale la società acquista la personalità giuridica (art. 2331 c.c.) e l’indicazione di unico azionista (art. 2362 c.c.); mentre, l’impresa familiare *ex art. 230 bis c.c.* fallisce quale ditta individuale sulla previsione che il coniuge si limita a fornire un apporto lavorativo non riconducibile alla figura di socio, neppure di fatto.

Si tenga presente che oggi, ossia sino a che non entrerà in vigore il Codice della Crisi, tutte queste realtà non fallibili, unitamente alle categorie dei professionisti e dei consumatori e delle società di capitali in regime di “start-up innovative” – agevolate in questo dal d.l. 179/2012, convertito in legge 221/2012 – sono assoggettabili al regime di cui alla legge 3/2012, che regola la crisi da “sovraindebitamento”.