

CRISI D'IMPRESA

Considerazioni in tema di istruttoria prefallimentare. È stata effettivamente abrogata l'iniziativa d'ufficio per la declaratoria di liquidazione giudiziale?

Biagio Riccio Clara Letizia Riccio

17 Novembre 2025

Lo scritto, dopo aver esposto le vicende che hanno portato alla graduale erosione del potere del giudice di dichiarare *ex officio* il fallimento/liquidazione giudiziale – processo culminato con l'abrogazione da parte del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 – evidenzia come, oggi, la legittimazione ad agire per il fallimento possa definirsi “plurale” ma pur sempre “di parte”, spettando esclusivamente ai creditori, al debitore e al PM (sui cui poteri gli Autori si soffermano).

Introduzione

Il presente contributo parte dal dato che l'abrogazione dell'iniziativa officiosa nella dichiarazione di liquidazione giudiziale ha mutato il panorama dell'intera disciplina. In realtà, seppure nel seno del processo prefallimentare valga il principio della domanda, tuttavia, nella prassi dei Tribunali si dichiara la liquidazione giudiziale senza trasmettere il fascicolo al Pubblico Ministero, se dall'istruttoria si supera la condizione di procedibilità: anche se il debito è meno di 30 mila euro, per effetto dell'esposizione con i creditori pubblici – Agenzia delle Entrate ed INPS – il tribunale, di solito, dichiara la liquidazione giudiziale. Allo stesso modo, nel caso in cui il creditore procedente desista dalla istanza di declaratoria, ma dalle scritture emergano altri debiti, sarebbe necessaria la trasmissione degli atti al Pm. Di converso, accade spesso che il tribunale, in applicazione dell'art. 49, comma 5, c.c.i.i. faccia luogo alla declaratoria, perché l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati va oltre la soglia di fallibilità.

Premessa storica

L'evoluzione del diritto fallimentare italiano ha segnato una svolta significativa con l'**abrogazione dell'iniziativa officiosa** nella dichiarazione di fallimento. Siffatto mutamento, culminato con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha segnato il superamento di un'impostazione tradizionalmente pubblicistica che vedeva il giudice quale protagonista nell'attivazione del procedimento fallimentare, in nome di una pretesa tutela dell'**interesse pubblico**.

L'affidamento esclusivo dell'iniziativa a **soggetti di parte** — debitore, creditori e, in casi tassativi, pubblico ministero — realizza una più coerente attuazione dei principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice, sanciti dall'art. 111 Cost., e valorizza il principio della domanda quale pilastro del giusto processo. In questa prospettiva, la riforma non rappresenta una mera privatizzazione del fallimento, ma una scelta di **civiltà giuridica**, che assicura il contraddittorio, la tutela delle posizioni soggettive e la neutralità dell'organo

giudicante, ponendo finalmente fine ad un anacronistico protagonismo giudiziario non più giustificato dall'attuale assetto degli interessi pubblici e privati coinvolti nella crisi d'impresa.

Tale *modus operandi* si è ben presto cristallizzato nella **giurisprudenza di legittimità** che, già nel 2009, ha reso una pronuncia emblematica (Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2009, n. 4632): se si vuole aderire impeccabilmente al dettato legislativo di cui agli artt. 6-7 l. fall., gioco forza l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento spetta al **debitore** o al **creditore** – che possono depositare ricorso – oppure al **pubblico ministero** che può presentare richiesta. Tuttavia, in quest'ultima evenienza, tale iniziativa non può, in alcun modo, essere sollecitata dal medesimo tribunale fallimentare su segnalazione resa ai sensi dell'art. 7 l. fall.. La **massima** è del seguente tenore: «il tribunale investito di un'istanza di fallimento non può procedere alla segnalazione dell'insolvenza del debitore al Pubblico Ministero – parte del procedimento, ai sensi dell'art. 7 n. 2 legge fall. (r.d. n. 267/1942) –, ponendosi tale iniziativa in contrasto con la posizione di imparzialità e terzietà che il giudice deve assumere e che perderebbe ove tale sollecitazione si traducesse nella richiesta di fallimento del medesimo Pubblico Ministero; ne consegue che, in caso di rinuncia del creditore all'istanza presentata, l'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio, disposta dal D.Lgs. n. 5 del 2006 ed estesa a tutti gli istituti concorsuali dal D.Lgs. n. 169 del 2007, comporta l'estinzione del procedimento, divenuto a pieno titolo processo di parti».

La decisione in commento coglieva nel profondo le **ragioni** sottese alla riforma: l'iniziativa officiosa è stata oggetto di soppressione onde ripristinare e “riabilitare” il principio di terzietà ed imparzialità del giudice, tutelato dall'art. 111 Cost.

Letto *a contrariis*, tale provvedimento custodisce il prezioso dettame secondo cui, se il tribunale fallimentare avesse ancora goduto della possibilità di inviare la segnalazione al pm, l'operato del legislatore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, sarebbe stato del tutto vano, sconfessando lo spirito della previsione costituzionale di cui all'art. 111 Cost. In altri termini, la S. Corte ha perseguito la finalità di scongiurare che il giudice si collocasse – anche solo timidamente – nella posizione di attore del procedimento su cui giudica, soprattutto alla luce del fatto che l'intera nuova normativa avrebbe dovuto allinearsi «sotto il medesimo perentorio precetto della soppressione dell'iniziativa di ufficio» (così sempre Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2009, n. 4632).

Occorre, a tal punto, interrogarsi circa le **motivazioni** che hanno spinto il legislatore ad abolire la propulsione del procedimento fallimentare *ex officio*.

Nel condurre tale indagine, non può prescindersi da quanto disciplinato in precedenza dal **regio decreto 16 marzo 1942, n. 267**.

A tal proposito, non stupisce che anche il normatore dell'epoca abbia optato per la **conservazione** dell'iniziativa officiosa, già comparsa nel testo normativo del 1882.

Ad onor del vero, ciò che, solo in apparenza, avrebbe potuto somigliare ad una scelta volontaria, non fu altro che un **atto dovuto**: il legislatore non aveva margini di manovra, al netto della concezione pubblicistica che permeava l'impresa durante il secolo scorso. Il fallimento di un'impresa – di qualsivoglia impresa – non poteva che avere **rilevanza pubblica**, perché pubblici erano gli interessi da tutelare: da un lato, la salvaguardia dei creditori, dall'altro, la fervente frenesia di estromettere dal mercato un parassita, un agente patogeno, un “*virus infetto capace di trascinare altre imprese nel dissesto*” (Cfr. F. Cernelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 390), come poteva essere solo una compagine societaria insolvente.

Sicché, spettando l'iniziativa al giudice, *in primis* si ribadiva il **carattere pubblicistico** del processo fallimentare; secondariamente, si arginava il rischio in ragion del quale, in caso di inerzia delle parti, l'impresa avrebbe continuato ad essere insolvente.

Ciononostante, con l'avvento del nuovo millennio, si è ben presto compreso che l'equazione iniziativa officiosa-interesse pubblico non poggia, in alcun modo, su solide fondamenta. Uno dei molteplici **indizi**, in tal senso, può riscontrarsi nella creazione di un'ulteriore procedura concorsuale quale l'amministrazione straordinaria speciale, introdotta con legge 18 febbraio 2004, n. 39, di conversione del decreto-legge 23

dicembre 2003, n. 347. In special modo, in costanza di tale fenomeno, si è al cospetto di un vero e proprio **ribaltamento dei ruoli**: da un lato, è l'autorità politica che fronteggia la crisi; dall'altro, si assiste ad un palmare demansionamento del tribunale, deputato a svolgere funzioni solo ancillari (cfr. M. Fabiani, *Commento agli artt. 6-7 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lgs. 5/2006), Bologna, 2007, 119).

Lo stesso può dirsi per quei casi in cui lo stato d'insolvenza concerna le grandi imprese o le compagini societarie la cui situazione debitoria si riveli alquanto complessa: in queste circostanze, infatti, il vero timoniere è il commissario straordinario, titolare del potere di decidere se proporre o meno il concordato, ai sensi dell'art. 4-*bis* del medesimo d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge 18 febbraio 2004, n. 39 (in tema si veda S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Dir. fall.*, 2005, 1123).

È tangibile, quindi, che nelle ipotesi succitate la legge si sia avvalsa di un *modus agendi* “dirigistico”, che relega in un angolo il giudice (come accade altresì nell'amministrazione straordinaria prevista dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), e che sminuisce il ruolo dei creditori, non offrendo loro la “meritata” tutela (M. Fabiani, *Commento agli artt. 6-7 l. fall.* cit.).

Non incorre in errore, dunque, chi ha osato mettere in discussione la misura in cui l'iniziativa *ex officio* sia davvero necessaria e strumentale all'afflato pubblicistico del fallimento: da una lettura sistematica dell'intera normativa ante riforma 2006, di converso, affiora che l'autorità giudiziaria sia eclissata sempre di più, proprio per volere del legislatore.

Non stupisce, d'altronde, che a causa della continua **marginalizzazione dell'iniziativa officiosa**, quest'ultima sia stata al centro di molteplici e variegate interpretazioni, tutte accomunate dal *fil rouge* di voler rinvenire una sua **legittimazione**: v'era chi caldeggiava la tesi per cui la dichiarazione di fallimento potesse provenire dal giudice solo e soltanto nell'ipotesi di cui all'**art. 8 l.fall.**: ne scaturiva che qualunque altra fattispecie sarebbe stata reputata illegittima (in tal senso cuneo, *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988, 252). Ciò, dal momento che la norma in esame statuiva che, se nel corso di un giudizio civile risultasse l'insolvenza di un imprenditore parte di quel giudizio, il giudice di quel processo, se incompetente, ne riferisse al tribunale competente per la dichiarazione di fallimento. Sicché, «occorre che il giudizio si svolga nei confronti di un imprenditore, il quale quindi sia parte di esso, ed occorre che nel corso del giudizio, quindi in contraddittorio, risulti la sua insolvenza (è chiaro che non basta l'affermazione dell'altra parte)» (si veda F. Ferrara e A. Borgioli, *Il fallimento*, V ed., Milano, 1995, 241).

Altra corrente dottrinale aderiva alla concezione per cui l'iniziativa *ex officio* fosse conforme a legge solo nell'evenienza in cui il tribunale avesse avuto **legale conoscenza** dello stato di insolvenza (si veda Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1995, 63).

In terza istanza, di confini molto più labili si rivelava quel filone di pensiero secondo cui la conoscenza acquisita dello **stato di dissesto** avrebbe potuto giustificare l'incardinarsi del procedimento d'ufficio. Non desta certamente stupore che tale ultimo orientamento sia stato bersaglio di roventi critiche, dal momento che non solo avallava una sproporzionata ingerenza dello Stato, ma poteva aggirare anche il divieto per il giudice di introdurre la “scienza privata” tra le trame del processo: muovendo i passi in tale direzione, infatti, ci si imbatteva nella complessa problematica per cui il **diritto al contraddittorio** del debitore e dei creditori non sempre venisse assicurato (in tal senso andrioli, voce “*Fallimento (diritto privato e processuale)*”, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 339).

In tale contesto, anche il giudice delle leggi non ha perso occasione per ratificare quanto già asserito dalla giurisprudenza – ed in parte dalla dottrina – di quel tempo: nel dettaglio, la **Consulta** ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale che furono sollevate in ordine all'art. 6 l. fall. ed alla sua conformità all'art. 111 Cost. (in particolare Corte cost. sent. 15 luglio 2003, n. 240).

In particolare, la Corte costituzionale, sebbene abbia sancito che il cumulo in un'unica persona delle funzioni del domandare e del giudicare contravvenga al dettame di matrice costituzionale dell'imparzialità-terzietà, allo stesso tempo ha ribadito il postulato per cui tale *modus operandi* «non implica la

costituzionalizzazione del processual-civilistico principio della domanda e il bando di qualsiasi iniziativa officiosa», dal momento che siffatto ultimo principio si innesterebbe «con un qualsiasi atto di impulso, proveniente da soggetto diverso dal giudice, che sottoponga al di lui giudizio una situazione fattuale potenzialmente riconducibile (anche se dall'istante non ricondotta) ai presupposti del fallimento» (sempre Corte cost. sent. 15 luglio 2003, n. 240).

Ben si intuisce come dalle suddette premesse promani il sillogismo per cui l'iniziativa *ex officio* «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».

In altri termini, nel dettato della Consulta, la propulsione officiosa del procedimento fallimentare si rivelava del tutto **compatibile** con la *regula iuris* della terza e imparzialità, purché sottostasse scrupolosamente ai limiti posti da quest'ultima.

A titolo esemplificativo, tali limiti sarebbero stati oltrepassati laddove al tribunale fallimentare fosse stata concessa l'opportunità di «promuovere il procedimento prefallimentare sulla base di una *notitia decoctionis* comunque acquisita», ma non avrebbero potuto dirsi «compromessi ove la conoscenza di una situazione di fatto in ipotesi riconducibile allo stato di insolvenza derivi (non già da quella che, attesa l'informalità della fonte, ben può definirsi scienza privata del giudice, bensì) da una fonte qualificata, perché formalmente acquisita nel corso di un procedimento, del quale il giudice sia, come tale, investito» (Corte cost. sent. 15 luglio 2003, n. 240 cit.).

Né tantomeno osteggiava al disposto costituzionale la fattispecie in cui un **giudice civile**, diverso dal tribunale competente per la dichiarazione di fallimento, **riferisse** a quest'ultimo dell'insolvenza emersa nel corso di un giudizio civile davanti a lui pendente e del quale fosse parte l'imprenditore insolvente: in una simile evenienza, infatti, la *notitia decoctionis* era di provenienza esterna. Tanto bastava a permettere al tribunale fallimentare di «accertare con pienezza di poteri l'esistenza dei presupposti (soggettivo e oggettivo) che altro giudice – investito come tale di un procedimento giurisdizionale – si è limitato a sommariamente deliberare», non rivestendo in alcun modo il ruolo di attore.

Eppure, nonostante l'apparente congruenza delineata dal giudice delle leggi, non furono poche le voci dottrinali secondo cui si era al cospetto di un «nobile, dotto ed autorevole, ma pur sempre estremo, tentativo di salvare l'impulso officioso, conciliandolo con l'inconciliabile, e cioè col principio di disponibilità della tutela giurisdizionale» (in tal senso, F. De Santis, *Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terza e imparzialità del giudice*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa (Ex Fallimento)*, n. 5, 1° maggio 2009, 51 ss.). Uniformandosi alla pronuncia dei giudici delle leggi, l'organo giudicante avrebbe potuto dichiarare un fallimento, senza che alcuna parte avesse presentato istanza e/o ricorso, con ciò integrando una **tangibile violazione del divieto di *ultra petita*** (F. De Santis cit.).

Tali spinte motrici – tutte volte a scalfire il pilastro dell'iniziativa *ex officio* – furono condensate nel **d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5** che non si è limitato semplicemente ad elidere la propulsione del procedimento fallimentare in via officiosa, ma ha congegnato un impianto del tutto innovativo in cui i compiti spettanti al giudice sono «fortemente recessivi rispetto al passato» (Cfr. M. Fabiani, *Commento agli artt. 6-7 l. fall., cit.*). In tale ottica, non risulta difficoltoso ritenere che appare opportuno che la gestione della crisi di impresa sia demandata **esclusivamente al debitore ed ai creditori**.

Il processo di liquidazione giudiziale forgiato sull'iniziativa di parte, del debitore e del PM

Seguendo tale scia, ne deriva che anche il procedimento propedeutico alla dichiarazione di fallimento si iscriva «nell'area dei giudizi ad iniziativa di parte, ai quali è strettamente funzionale la garanzia costituzionale di terza e imparzialità del giudice» (In tal senso, F. De Santis, *Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terza e imparzialità del giudice*, cit.). Tale è la direzione intrapresa dal legislatore per assolvere non solo a ragioni di ordine processuale, ma anche al fine di valorizzare il principio

della domanda (C. Consolo, voce “*Domanda giudiziale*”, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 56) e quello – di imprescindibile importanza – del giusto processo: solo in tal modo, è possibile salvaguardare le garanzie delle parti coinvolte (Cfr. M. Fabiani, *Commento agli artt. 6-7 l. fall.*, cit.).

A tal riguardo, è bene porre l'accento sul rilievo in ordine al quale la **scelta** di rimuovere l'iniziativa *ex officio* non obbedisce in alcun modo ad alcuna «avversione ideologica verso il ruolo del giudice quale soggetto abilitato a contribuire alla disclosure giudiziaria dell'insolvenza» (Così M. Ferro, *Sub art. 6*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura del medesimo, Padova, 2007, 39 s.); né tantomeno può accreditarsi quel filone ermeneutico che ritiene che la decisione di cui sopra non sia altro che il precipitato del fenomeno della privatizzazione del fallimento, sacrificandosi così la solennità del ruolo dell'autorità giudiziaria sull'altare del «perseguimento di modelli di efficienza economica e di conservazione delle risorse e dei valori d'impresa» (Si veda L. Stanghellini, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali*, a cura di S. Menchini, Torino, 2005, 162).

Il rapporto segue la **traiettoria inversa**: non è la privatizzazione del fallimento ad aver determinato l'inversione di rotta in ragione della quale il normatore ha apportato tali modifiche; al contrario, la concezione privatistica sorge proprio dalla volontà legislativa di strutturare l'istruttoria prefallimentare «secondo modelli quanto più possibile prossimi alle regole del diritto comune e quindi ai processi del codice di rito» (Cfr. M. Fabiani, *Commento agli artt. 6-7 l. fall.*, cit.) che prevedono, dunque, il contraddittorio, il diritto alla prova, la paritaria difesa, ecc.

Si tratta di una partita disputata unicamente sul **terreno processuale**: solo agendo in tale direzione, il giudice non è più “attore” rispetto al processo che lui stesso dovrà istruire. A tal proposito, non può tralasciarsi il pensiero di Gustavo Bonelli che, pur riferendosi all'art. 688 del codice di commercio, sosteneva che il dettato legislativo circa l'iniziativa officiosa fosse quantomeno singolare «in quanto ammette il tribunale non solo a provvedere senza domanda di parte, ma anche senza aver provocato dal naturale e normale organo tutelare del diritto sociale offeso, che è il Ministero Pubblico»; pertanto «la dichiarazione di fallimento diviene veramente una funzione sociale, un atto d'impero più che di giurisdizione» (in tal senso G. Bonelli, *Del fallimento*, I, Milano, 1923, 224 s.).

Ciò nondimeno, per amor di precisione, non può farsi a meno di sottolineare che l'affermazione del **carattere sommario** dell'istruttoria prefallimentare rinviene la propria scaturigine in una sentenza della Consulta pubblicata nel 1970, la quale si è insignita del merito non solo di aver promosso al massimo grado l'estensione della norma sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., che «deve trovare applicazione anche nella prima fase della procedura fallimentare», ma ha rimarcato «le finalità di tutela dell'interesse pubblico cui essa è preordinata e che caratterizzano e giustificano il carattere sommario della procedura medesima, non tassativamente vincolata a speciali modalità di svolgimento» (Corte cost., sent. 16 luglio 1970, n. 141).

In altri termini, era il medesimo giudice delle leggi «che assicurava la legittimità di una cognizione prefallimentare lato sensu sommaria» (in tal senso, F. De Santis, *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa (Ex Fallimento)*, n. 3, 1° marzo 2008, 319).

Ecco allora che, all'indomani della riforma, la **legittimazione ad agire** per il fallimento è stata definita come “**plurale**”: ai sensi degli artt. 6 e 7 l. fall., sebbene sia stata elisa l'iniziativa officiosa, la domanda di fallimento può essere inoltrata dai **creditori**, dal **debitore** e dal **pubblico ministero**. Allo stesso modo, secondo quanto dispone l'art. 37, secondo comma, c.c.i.i., la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, di uno o più creditori o del pubblico ministero. Il codice della crisi conferisce legittimazione anche alle **autorità amministrative** che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, si pensi per esempio al collegio sindacale nelle società per azioni.

Si tratta, dunque, di una legittimazione “plurale”, ma pur sempre “**di parte**”.

Soffermandosi, in special modo, sul potere attribuito al **pubblico ministero**, non appare arduo comprendere la ragione per cui quest'ultimo sia stato definito come il “collettore” delle segnalazioni di insolvenza (l'espressione è di F. De Santis, *Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terzietà del giudice*, cit.).

Occorre partire dal rilievo per il quale, se il procedimento prefallimentare si conforma ai modelli del processo di cognizione ordinaria, analogicamente anche il PM deve agire ai sensi dell'art. 69 c.p.c., a mente del quale egli «esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge»: in altri termini, affiora il **principio di tassatività**, in ordine al quale il potere di iniziativa della procura è circoscritto e non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva.

Parallelamente, il pubblico ministero **non è obbligato** ad esercitare sistematicamente l'azione civile ogniqualvolta la legge gliene attribuisca il potere: l'obbligo sorge solo quando, venuto a conoscenza di un fatto che potrebbe integrare i presupposti di legge, egli abbia effettuato gli opportuni accertamenti e ritenga effettivamente sussistenti le condizioni per avanzare la domanda (P. Morozzo Della Rocca, voce *Pubblico ministero* (*Diritto processuale civile*), in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 108.).

Sicché, applicando quanto sopra descritto al segmento dell'istruttoria prefallimentare, si è tratteggiato un vero e proprio “statuto processuale” (F. De Santis, *Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terzietà del giudice*, cit.) del PM: egli non dispone di un potere d'iniziativa generale e indipendente, ma **può attivarsi** soltanto qualora la segnalazione di insolvenza ricevuta presenti elementi di **plausibilità**.

A tal uopo, per quanto dispone l'art. 38 c.c.i.i., il PM presenta il **ricorso** per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza. La stessa disposizione altresì ci ricorda che l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo **segnala** al pubblico ministero. Nell'inoltrare tale istanza, il pubblico ministero non agisce a tutela di interessi propri, bensì di quelli di carattere generale che l'ordinamento gli affida, assumendo così la qualità di parte processuale esclusivamente sotto il profilo formale: una volta esercitata l'azione, **non gli è consentito rinunciare** né può essere assoggettato a condanna alle spese nel caso in cui la domanda non venga accolta.

Dunque, inquadrata nella nuova cornice normativa, l'azione del PM per la dichiarazione di liquidazione giudiziale assume, in conseguenza delle recenti riforme, una **centralità** ancora maggiore: a seguito dell'eliminazione del potere del tribunale di agire d'ufficio, spetta **interamente** alla procura il compito di valutare se una notizia di insolvenza sia pertinente per la salvaguardia dell'interesse collettivo e, di conseguenza, presentare la formale istanza di liquidazione giudiziale.

Risulta, tuttavia, indubbio che l'evidenza di uno stato di decozione, riscontrata dal tribunale durante l'esame degli atti di una procedura concorsuale, debba essere trasmessa alla procura della Repubblica se questa non vi ha partecipato: urge, del resto, ricordare che, benché non possa più procedere autonomamente, l'organo giudicante ha comunque la facoltà di comunicare l'informativa circa l'insolvenza al PM. In tal senso, infatti, è stato interpretato il secondo comma dell'art. 38 c.c.i.i..

Il potere di dichiarare la liquidazione giudiziale se dall'istruttoria prefallimentare emerge che i debiti scaduti e non pagati siano superiori ai 30 mila euro

Sotto mentite spoglie resiste l'iniziativa d'ufficio, nonostante il c.c.i.i. richieda che gli atti debbono essere trasmessi al PM

Ed allora sorge un fondamentale quesito su cui non c'è certezza tra gli operatori del diritto: se viene proposto, per esempio, un ricorso per liquidazione giudiziale sulla base di un credito al di sotto di euro 30 mila, ma dalle scritture contabili emerge che vi sono altri debiti scaduti ed allo stesso modo anche dalle certificazioni ex art. 365 c.c.i.i. che la cancelleria richiede per i debiti fiscali, contributivi e per i premi assicurativi, risulta che tale soglia di fallibilità viene superata, il Tribunale prefallimentare deve dichiarare la liquidazione giudiziale o trasmettere gli atti al PM? Secondo quanto ritiene una rigorosa **giurisprudenza di merito** si approda a questo risultato: «la minima entità del credito vantato non influisce sulla legittimazione alla presentazione dell'istanza di fallimento, né integra la causa di esclusione della fallibilità di cui all'art. 15 ultimo comma, r.d. n. 267/1942 (legge fallimentare), secondo cui non si fa luogo al fallimento "se

l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore ad euro trentamila". Il tenore della norma è chiaro nel riferire l'esclusione della fallibilità all'ipotesi in cui l'entità complessiva dei debiti scaduti e non pagati – e non il solo debito verso il creditore istante – sia inferiore ad Euro 30.000,00» (App. Catanzaro, 24 luglio 2013). Il ragionamento non vale solo per la legge fallimentare, ma anche per il Codice della crisi che ha ripetuto all'art. 49, comma 5, il tenore dell'ultimo comma dell'art. 15 l.fall.

La Corte di Cassazione è stata chiarissima e non dà scampo alcuno quando statuisce: "al fine di accertare il superamento della soglia minima dei debiti prevista per la dichiarazione di fallimento, si deve far riferimento al complesso dei debiti scaduti e non pagati risultanti dall'istruttoria prefallimentare ed accertati alla data in cui il Tribunale decide sull'istanza di fallimento" (Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 16/06/2021, n. 17216). Ciò significa che, pure in assenza dell'effettivo ricorso del creditore legittimato, per esempio una banca con la quale il debitore ha una rilevante pendenza, se essa emerge dalle scritture contabili – il bilancio – ed allo stato degli atti si tratti di un debito scaduto, il Tribunale, anche se siamo al cospetto di un solo ricorso di liquidazione giudiziale al di sotto di euro 30 mila, deve dichiarare aperta la liquidazione giudiziale senza trasmettere gli atti al pubblico ministero.

Ed allora pare di comprendere, alla luce di questo orientamento giurisprudenziale che è oggettivamente maggioritario, che l'iniziativa d'ufficio resiste nel seno delle sezioni prefallimentari, in quanto, se si è al cospetto di un ricorso al di sotto di euro 30 mila, il Tribunale, acclarato lo stato di insolvenza che emerge dagli altri debiti scaduti rinvenibili dall'incarto processuale, o anche dall'informativa dei creditori pubblici, dovrebbe ai sensi del secondo comma dell'art. 38 c.c.i.i. – a parere di chi scrive – non dichiarare la liquidazione giudiziale, ma trasmettere gli atti al PM. Ciò non significherebbe ritardare la sentenza, poiché per esempio, con l'iniziativa del pubblico ministero che dovesse depositare il ricorso, il debitore potrebbe avvalersi di uno strumento di regolazione della crisi ed ex art. 7 c.c.i.i. proporlo al ceto creditorio, costringendo il Collegio a valutare se la proposta sia migliore rispetto alla liquidazione giudiziale. Verrebbe in questo caso conferita un'opportunità, che non sarebbe possibile se il Tribunale prefallimentare dovesse dichiarare la liquidazione giudiziale.

Alla luce di quanto esposto, appare viepiù suffragata quella scuola di pensiero (F. De Santis, *Il ricorso del pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale: tra interesse pubblico e modelli processuali comuni*, cit.) che scorge un percettibile filo conduttore tra le finalità perseguite dal legislatore che ha promulgato la riforma del 2006 e la *ratio* ispiratrice che ha animato lo stesso nella redazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tant'è vero che, ancora una volta, l'organo pubblico riveste la qualifica di collettore della *notitia decoctionis*, ossia "destinatario degli atti che costituiscono gli snodi essenziali delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza": è l'autorità legislativa a conferirgli tale funzione, al fine di garantire la tutela delle posizioni soggettive coinvolte nella crisi dell'imprenditore commerciale (in tal senso D. Torrella, *Art. 38 D.Lgs. 12-01-2019, n. 14 - Iniziativa del pubblico ministero*, Milano).

In tale meccanismo non si ravvisa alcuna violazione del principio di terzietà del giudice, sancito dall'art. 111 Cost., anche nell'ipotesi in cui il tribunale sia successivamente chiamato a pronunciarsi nuovamente sull'apertura della liquidazione giudiziale a seguito della richiesta del pubblico ministero sollecitata dalla precedente segnalazione del giudice stesso (Cass., sez. I, sent. 18 marzo 2015, n. 5447).

Tuttavia, se si vuole conservare l'intima coerenza con cui il legislatore ha trattato il principio di imparzialità e terzietà di cui all'art. 111 Cost., occorrerebbe ritenere che, siccome il processo prefallimentare è fondato sulla domanda di parte, se da essa non emerge l'insolvenza (ma questa emerge dall'incarto processuale), il Collegio giudicante non dovrebbe dichiarare la liquidazione giudiziale, ma, in presenza di uno stato di decozione, dovrebbe trasmettere gli atti al PM ex art. 38, co. 2 c.c.i.i., altrimenti si dovrà affermare che l'iniziativa d'ufficio in qualche modo persiste ancora.