
RIPROPOSIZIONE DELL'ISTANZA DI FALLIMENTO E NE BIS IN IDEM**[Nota a Trib. Cosenza, Sez. Fallimentare, sentenza n. 18/2021](#)**

AVV. GIOVANDOMENICO GEMELLI

SOMMARIO: [1. Il caso.](#) — [2. Il principio di diritto](#) — [3. Il contesto normativo e giurisprudenziale.](#) — [4. Conclusioni.](#)

1. – Il caso.

Un ex dipendente di una società a responsabilità limitata, nelle more posta in liquidazione, creditore in forza di sentenza del Giudice del Lavoro di Cosenza, non impugnata e perciò divenuta definitiva, ha tentato di recuperare il credito riconosciutogli, con pignoramento mobiliare sia diretto sia presso terzi.

Entrambe le procedure sono rimaste infruttuose.

Dal momento che la debitrice non risultava proprietaria di beni immobili sul territorio nazionale, il creditore si determinava a procedere con la richiesta di fallimento della stessa.

Il Tribunale di Cosenza, verificata la regolarità del titolo esecutivo e l'esistenza del credito, però, rigettava il ricorso, essendo l'importo vantato dall'ex dipendente inferiore a € 30.000,00 euro.

Nel decreto di rigetto, il Tribunale di Cosenza, testualmente, affermava: *"atteso che l'art. 15, ult. comma, L.F. prevede che non si faccia luogo a dichiarazione di fallimento se i debiti scaduti e non pagati risultanti dall'istruttoria prefallimentare sono di importo superiore ad € 30.000,00.....ritenuto dunque soglia che detta soglia non risulta superata, nè vi sono elementi per ritenere che l'impresa debitrice abbia debiti scaduti e non pagati per l'importo pari o superiore al limite indicato, non essendo stata compiuta attività istruttoria che, diversamente, potrà essere compiuta in ipotesi di ulteriori istanze di fallimento; rilevato che la mancanza di tale presupposto in ordine alla fallibilità della società fa venire meno la necessità di un vaglio approfondito in relazione alla sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge fallimentare per giungere ad una sentenza dichiarativa di fallimento, che dunque si intendono assorbiti.....P.Q.M. rigetta il ricorso".*

In questo primo procedimento, inoltre, si verificava un comportamento irrituale del debitore.

Questi, non costituito nel giudizio prefallimentare, presenziava in udienza, per tramite di un avvocato di fiducia munito di formale procura, il quale dichiarava la volontà del debitore di ripianare il debito nei confronti del ricorrente in un termine congruo di 5 mesi.

Alla luce di tale dichiarazione del debitore, i procuratori del ricorrente attendevano il termine di 5 mesi richiesto, scaduto il quale, però, perdurando l'inadempimento, ripresentavano una nuova istanza di fallimento, per lo stesso credito per cui il Tribunale si era già pronunciato con il rigetto del ricorso.

Nasceva un nuovo giudizio, nel quale il creditore ribadiva lo stato di decozione del debitore, l'assenza di qualsiasi attività imprenditoriale, l'assenza di beni mobili registrati e immobili.

2. – *Il principio di diritto.*

Il debitore, questa volta, si costituiva in giudizio, "contestando l'inammissibilità dell'azione per violazione del principio del *ne bis in idem* e l'insussistenza del presupposto dell'insolvenza".

Nel corso del procedimento prefallimentare era acquisito il prospetto delle pendenze verso l'erario della resistente.

Il Collegio, questa volta, dichiarava il fallimento della società debitrice, testualmente affermando:

"A seguito della riforma di cui al d.lgs. 169/2007, presupposti per la fallibilità sono dal punto di vista oggettivo l'insolvenza e dal punto di vista soggettivo l'essere il debitore un imprenditore che eserciti una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e gli imprenditori che dimostrino il possesso congiunto di tre stabiliti requisiti dimensionali stabiliti dall'art. 1 r.d. 267/1942 (e cioè:

1. aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila,

2. aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila,

3. avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila).

E' onere del debitore provare il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, co 2, l.f. (tra e tante cfr. Cass. 1 dicembre 2016, n. 24548). Sulla base, inoltre, della formulazione attuale dell'art. 15, u.c., l.f., non si può far luogo a dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia complessivamente inferiore ad € 30.000: ciò all'evidente fine di evitare l'apertura di procedure fallimentari nei casi in cui si possa ragionevolmente presumere che i costi della procedura superino i ricavi distribuibili tra i creditori.

E' pacifico, comunque, che per accertare il superamento della condizione ostativa alla dichiarazione di fallimento prevista dall'art. 15, u.c., l. fall., non deve

aversi riguardo al solo credito vantato dalla parte istante per la dichiarazione di fallimento, ma alla prova, comunque acquisita nel corso dell'istruttoria prefallimentare dell'esistenza di una esposizione debitoria complessiva superiore ad euro trentamila (cfr., tra le tante, Cass. 14 novembre 2017, n. 26926).

La valutazione, inoltre, va riferita al complesso dei debiti scaduti e non pagati accertati non già alla data della proposizione dell'istanza di fallimento, ma a quella in cui il tribunale decide sulla stessa (cfr. Cass. 3 agosto 2017, n. 19414). quanto, invece, all'insolvenza, essa deve valutarsi in relazione ad inadempimenti ed altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 15 l.f.).

In particolare, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, lo stato di insolvenza va inteso come non transitoria situazione di impotenza economica e patrimoniale, da valutarsi sulla base di dati obiettivi, che prescindano, cioè, da ogni indagine sulle relative cause (Cass. 13 agosto 2004, n. 15769, Cass. 23 giugno 2000, n. 8374) e da stimarsi con riferimento alla attuale situazione economico patrimoniale della società debitrice indipendentemente dal momento i cui il debito è sorto o il ricorso è stata presentato (tra le tante, cfr. Cass. 15 marzo 1994, n. 2470)".

Sull'eccezione dell'inammissibilità della domanda fallimentare per violazione del principio di ne bis in idem, il Collegio osservava:

"Venendo al caso di specie, si deve in primo luogo premettere che il principio del ne bis in idem per come invocato da parte resistente non risulta applicabile al ricorso per fallimento. Parte resistente ha dedotto, infatti, che il tribunale di Cosenza aveva già rigettato l'istanza di fallimento con decreto n. 58/2020 del 24 settembre 2020, evidenziando che il debito scaduto e non pagato era di importo inferiore ad € 30,000,00 e che pertanto, essendovi già una statuizione definitiva il tribunale non può pronunciarsi sul presente ricorso. Sul punto occorre innanzi tutto osservare che il creditore non è portatore del diritto al fallimento del proprio debitore, onde il decreto di rigetto non può essere inteso come provvedimento che nega in concreto la sussistenza di un diritto al fallimento del proprio debitore, neppure astrattamente configurabile (cfr. Cass. sez. 1, sentenza n. 19446 del 2011). Non può quindi configurarsi una preclusione all'esame dell'istanza di fallimento se non in correlazione alle circostanze di fatto del caso concreto che tengano conto delle ragioni del decreto di rigetto (si cfr. Cass. Sez.1, Sentenza n. 13909 del 2014). Da tali considerazioni deriva, in definitiva che il decreto di rigetto del ricorso per fallimento è privo di attitudine al giudicato (ragion per cui non può essere impugnato davanti alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.), ma non ha neanche natura decisoria sui diritti soggettivi (Cass. S.U. n. 26181/06 nonché Cass. nn. 21834/09 e 15018/01).

3. – Il contesto normativo e giurisprudenziale.

La pronuncia annotata si inserisce nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale.

La Corte di legittimità, già con sentenza n. 15018 del 27/11/2001, aveva statuito che il provvedimento sulla dichiarazione di fallimento è privo di natura decisoria. È noto che i provvedimenti giurisdizionali, anche aventi forma giuridica diversa da quella della sentenza, sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. soltanto quando presentano, nel loro contenuto e nella loro disciplina i caratteri della decisorietà e della definitività.

Secondo l'impostazione tradizionale, tali caratteri consistono, quanto alla decisorietà, nella risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o status e, quanto alla definitività, nella mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato, quegli status o quei diritti.

Le due condizioni debbono coesistere, essendo necessario che il provvedimento relativo a diritti o status sia espressione di un potere giurisdizionale esercitato con carattere vincolante rispetto all'oggetto della pronuncia, in modo da garantirne l'immodificabilità da parte del giudice che lo ha pronunciato e l'efficacia del giudicato ex art. 2909 codice civile (cfr. Cass., sent. n. 4222 del 7 maggio 1996; Cass., sent. n. 5242 dell'11 giugno 1997). Ne segue che, secondo la giurisprudenza risalente (cfr., in relazione a provvedimenti di rigetto, Cass., sent. n. 11107 del 6 ottobre 1999), in relazione a pronunce rese dalla Corte di appello nei procedimenti dell'art. 22 della L. F., debba negarsi la ricorribilità, in via straordinaria, in Cassazione, tanto del provvedimento di rigetto quanto di quello di accoglimento del reclamo avverso il decreto del tribunale che abbia respinto l'istanza di fallimento.

Si deve considerare, inoltre, che non esiste un diritto soggettivo del creditore al fallimento del proprio debitore in stato d'insolvenza, ma solo una legittimazione del creditore a richiedere il fallimento stesso dell'imprenditore insolvente e in stato di decozione. L'insolvenza dell'impresa – sul punto la dottrina è unanime – è interessi di tutti:

- dell'ordinamento perché l'impresa fa parte del tessuto economico nazionale e, quindi, la dichiarazione del fallimento dell'impresa determina l'espulsione di questa dal mercato;
- di tutti i creditori per la possibile dispersione del patrimonio del debitore insolvente e per il rispetto del principio della par condicio creditorum;
- dello stesso imprenditore che non ha interesse ad aggravare il dissesto e a non vedere dilaniato il patrimonio sotto i colpi delle azioni esecutive individuali.

Di fronte a tale pluralità di interessi coinvolti nella dichiarazione di fallimento non può considerarsi esistente un diritto del creditore a vedere attuata la par condicio creditorum in sede concorsuale.

Infatti, la partecipazione al concorso viene chiesta dal creditore soltanto successivamente alla dichiarazione di fallimento e con specifica domanda di

ammissione al passivo. Vi è poi da considerare che è pur sempre possibile che il credito vantato dall'istante per il fallimento sia, in sede di verifica, escluso dall'ammissione allo stato passivo. Ed ancora, quando il fallimento sia stato dichiarato su istanza di un altro creditore o d'ufficio, il creditore che si è visto respingere l'istanza può insinuare ugualmente il suo credito nel passivo fallimentare e vedere riconosciuto il suo diritto al concorso, poiché su di esso non si è formato alcun giudicato.

Tali esempi confermano che l'azione del creditore ha ad oggetto soltanto la richiesta della dichiarazione di fallimento, rispetto al quale, però, non si può configurare un diritto, proprio per la preminenza dell'interesse generale alla dichiarazione del fallimento dell'imprenditore decotto.

Pertanto, il provvedimento che eventualmente rigetti l'istanza di fallimento non può, e non deve, considerarsi come negativo di un diritto, trattandosi di pronuncia inidonea ad incidere su diritti soggettivi.

Ciò che è stato confermato dalla Suprema Corte in plurime occasioni. Si consideri, infatti, che fin dal 2006 le Sezioni Unite, con sentenza n. 26181 del 7 dicembre 2006, hanno statuito che avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, che non ha attitudine al giudicato ed è quindi privo dei caratteri della decisorietà e della definitività, non è ammissibile il ricorso per Cassazione ai sensi dell'articolo 111, settimo comma, Cost. Ed ancora, la Suprema Corte, Sez. I, con sentenza n. 13909 del 18 Giugno 2014, si è pronunciata sulla preclusione derivante da precedenti decisioni di rigetto o di revoca del fallimento, quindi sull'inesistenza del principio del ne bis in idem, sancendo il principio della riproponibilità della richiesta di fallimento, precedentemente abbandonata dal ricorrente o rigettata dal Tribunale.

4. – *Conclusioni.*

L'orientamento univoco e costante della giurisprudenza di legittimità, sopra sinteticamente richiamato, conferma l'inattitudine al giudicato del provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento. Ne deriva la possibilità, dopo un provvedimento di rigetto, di dichiarare il fallimento, su istanza di un diverso o del medesimo creditore, non solo a fronte di elementi sopravvenuti, attinenti eventualmente solo alla posizione del debitore, ma anche sulla base tanto di elementi preesistenti non previamente valutati quanto di una rappresentazione identica a quella respinta.