

# IL CASO.it

IL TRIBUNALE DI CAGLIARI

Ciou 6038

Sezione Fallimentare, composto dei Signori:

Dott. Ignazio Tamponi

Presidente rel.

Dott. Antonio Dessi

Giudice

Dott. Stefano Greco

Giudice

ha pronunciato il seguente:

## DECRETO

|                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| A.B.S. TRIBUNALE                    |   |
| Dipartimento Corte Appello Cagliari |   |
| N° 100                              | R |
| Spese Postali                       |   |
| Anticipate                          |   |

Esaminato il ricorso presentato S. Fa. Spa, con sede in Cagliari (n. /2009), volto ad ottenere la dichiarazione di fallimento della F. srl, con sede in Cagliari; letta la comparsa di costituzione della società debitrice; esaminati gli atti e le memorie depositate dalle parti; osserva:

1. Nei confronti della parte debitrice è stato presentato un unico ricorso per la dichiarazione di fallimento ed il credito posto da tale unica parte ricorrente a fondamento dell'istanza di fallimento è oggetto di contestazione già radicata dal debitore davanti all'autorità giudiziaria prima del deposito dell'istanza di fallimento.

2. In tali condizioni occorre preliminarmente accertare se il creditore istante sia o meno legittimato a proporre l'istanza di fallimento.

Com'è noto secondo il predominante orientamento sia dottrinario che giurisprudenziale formatosi prima della riforma della legge fallimentare l'istanza di fallimento poteva essere ritualmente proposta anche dal creditore il cui diritto risultasse da una sentenza o da un altro provvedimento giudiziale ( quale ad esempio il decreto ingiuntivo) soggetto ad impugnazione (o nel caso del decreto ingiuntivo ad opposizione) o anche già impugnato (o nel caso del decreto ingiuntivo già opposto).

E ciò in quanto si riteneva che il *thema decidendum* nel procedimento volto alla dichiarazione di fallimento era costituito dalla sussistenza dei relativi presupposti legali, con la conseguenza che l'esistenza del credito del ricorrente poteva essere valutata *incidenter tantum*.

Una simile interpretazione era d'altronde del tutto coerente con la previsione normativa (contenuta nell'art.6 l.f. *ante novellam*) che legittimava il tribunale a dichiarare d'ufficio il fallimento, così che anche l'istanza formulata da un unico creditore portatore di un credito non solo contestato, ma addirittura inesistente, non sarebbe risultata ostativa alla dichiarazione di fallimento poiché il tribunale ben avrebbe potuto giungere al merito della valutazione sulla sussistenza dei presupposti legali in via officiosa.

Nell'attuale quadro normativo, una volta che è venuto meno il potere di dichiarare d'ufficio il fallimento, l'attitudine del procedimento a pervenire ad una pronunzia sul merito della domanda (costituita dall'accertamento dei presupposti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge fallimentare per la dichiarazione di fallimento) è necessariamente condizionata dalla sussistenza nel soggetto ricorrente della legittimazione ad agire.

### **IL CASO.it**

E poiché ai sensi degli artt. 6 e 7 della vigente legge fallimentare i soggetti che possono proporre il ricorso la dichiarazione di fallimento sono oltre al debitore che chiede il proprio fallimento ed al pubblico ministero, uno o più creditori, ecco allora che l'accertamento dell'esistenza del credito costituisce un passaggio imprescindibile per il tribunale potendosi dichiarare il fallimento solo dopo avere accertato che il soggetto che ha proposto il ricorso è dotato della necessaria legittimazione ad agire.

Tanto premesso deve poi rilevarsi come l'ambito entro cui al tribunale nel procedimento pre fallimentare è consentito compiere un simile accertamento trova i suoi limiti nella necessità di fondare la dichiarazione di fallimento su dati certi che non debbano poi essere smentiti né in ambito strettamente endo fallimentare (con riferimento al procedimento per la verifica dei crediti), né in relazione all'esito della pronunzia dell'autorità giudiziaria già investita prima della dichiarazione di fallimento della res litigiosa (con riferimento all'ipotesi prevista dall'art.96 n.3 lf).

In altri termini se dopo l'apertura del fallimento il credito del creditore istante non

venisse ammesso al passivo ciò significherebbe che la legittimazione del creditore istante era carente già da prima della pronunzia dichiarativa del fallimento.

Deve, dunque, innanzitutto escludersi che rientri nei poteri del tribunale in sede di dichiarazione del fallimento quello di valutare, al di fuori, quindi, della sede giudiziaria già adita e delle garanzie che di questa sono proprie, la fondatezza nel merito delle contestazioni mosse dal debitore alle ragioni dei propri creditori.

Se si opinasse per la soluzione opposta la valutazione espressa dal tribunale in sede pre fallimentare si risolverebbe in un giudizio prognostico sull'esito della lite già pendente, espresso peraltro allo stato degli atti esistenti al momento della decisione sul ricorso fallimentare e, dunque, soggetto ad essere privo ( come per l'appunto nel caso in esame) della necessaria completezza delle ragioni difensive delle parti e degli elementi di prova da porre a fondamento della decisione sull'esistenza del credito e, conseguentemente, caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità.

Deve, in secondo luogo, ritenersi che realtà la legittimazione del creditore a chiedere il fallimento del proprio debitore sussiste solo quando è stata raggiunta la prova dell'esistenza certa del credito.

### **IL CASO.it**

Tale prova, ove il credito sia oggetto di accertamento giudiziale ed anche ove il creditore sia munito di un titolo solo provvisoriamente esecutivo, in realtà ancora non può dirsi essere stata raggiunta.

Quando è pendente davanti all'autorità giudiziaria il giudizio in ordine all'accertamento di una obbligazione deve escludersi che la stessa possa considerarsi esistente sino a che quella pronunzia di accertamento non sia stata emanata ed abbia acquisito la definitività del giudicato.

Quando un'obbligazione è supportata da un titolo provvisoriamente esecutivo la sua carenza di definitività è in *re ipsa* poiché il titolo provvisoriamente esecutivo è temporaneo per definizione, dato che nel prosieguo del giudizio o viene sostituito da un titolo definitivo o viene rimosso in radice e la sua provvisorietà, si badi, non

concerne solo il profilo della sua esecutività, ma si riverbera anche, e soprattutto, in ordine alla sua stessa esistenza, proprio perché è pendente il giudizio in ordine al suo accertamento.

3. Nel caso in esame è pacifico in atti che la società creditrice istante ha ottenuto un decreto ingiuntivo avverso il quale la società debitrice ha proposto opposizione, allo stato ancora pendente in primo grado.

Dando applicazione ai principi interpretativi sopra espressi il ricorso deve essere respinto non essendo stata provata l'esistenza certa del credito e, difettando, dunque, nella parte ricorrente la qualità di creditore.

### IL CASO.it

4. Sussistono, in ragione della novità della questione interpretativa posta a fondamento della decisione, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del presente procedimento.

5. Alla stregua delle motivazioni poste dal creditore ricorrente a sostegno dell'istanza per la dichiarazione del fallimento, nonché alla luce della documentazione prodotta in causa dalle parti, sembrano emergere indici dello stato d'insolvenza in cui verserebbe la società debitrice e, pertanto, sussistono i presupposti per dar corso alla segnalazione al pubblico ministero di cui all'art.7 n.2 l.f.

P.Q.M.

respinge, ai sensi dell'art.22, comma primo, l.f., il ricorso che precede, compensa integralmente tra le parti le spese processuali, manda gli atti al Pubblico Ministero presso il Tribunale di Cagliari e dispone che la Cancelleria provveda alle comunicazioni di rito, autorizzando sin d'ora il ritiro dei fascicoli di parte.

Così deciso in Cagliari in data 29.12.2009.

Il presidente estensore

dott. Ignazio Tamponi

Copia conforme all'originale che si rilascia per gli usi consentiti dalla legge.

Cagliari,

4 GEN. 2010

IL CANCELLIERE

(Nella Ullert)

