

A.DI.G.E.
ASSOCIAZIONE PER
LA DIFFUSIONE
DELLA GIURISPRUDENZA
ECONOMICA

Nuova serie
Il semestre
N. 9-2011



RIVISTA
di GIURISPRUDENZA
ed ECONOMIA d'AZIENDA

Con la collaborazione di

 **BANCA POPOLARE
DI VERONA**
PASSIONE E SENSIBILITÀ PER IL TERRITORIO

FRANCOANGELI

A.D.I.G.E.
ASSOCIAZIONE PER
LA DIFFUSIONE
DELLA GIURISPRUDENZA
ECONOMICA

RGGA

RIVISTA
di GIURISPRUDENZA
ed ECONOMIA d'AZIENDA

FRANCOANGELI

A. DI. G. E.

RIVISTA DI GIURISPRUDENZA ED ECONOMIA D'AZIENDA

DIRETTORE

LORENZO PICOTTI

COMITATO DI REDAZIONE

GIANFRANCO GILARDI (*Diritto Civile*) – PASQUALE D'ASCOLA (*Diritto Civile*) – ANDREA MIRENDA (*Diritto Processuale Civile*) – LAMBERTO LAMBERTINI (*Diritto Commerciale*) – PIERPAOLO LANNI (*Diritto Commerciale*) – DAVIDE GABALDO (*Diritto Bancario*) – FRANCESCO ABATE (*Diritto Fallimentare*) – FERNANDO PLATANIA (*Diritto Fallimentare*) – LAURA CALAFÀ (*Diritto del Lavoro*) – ANTONIO MATANO (*Diritto del Lavoro*) – FRANCESCO MOSCHETTI (*Diritto Tributario*) – LORENZO PICOTTI (*Diritto Penale*) – GIORGIO PIZIALI (*Diritto Processuale Penale*) – GIOVANNI ANTONIO SALA (*Diritto Amministrativo*) – MAURIZIO PEDRAZZA GORLERO (*Diritto Costituzionale*) – GIOVANNI ALBERTI (*Economia Aziendale*)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI AQUARO (*Diritto Civile*) – CHIARA PIGOZZI (*Diritto Processuale Civile*) – FEDERICO CENA (*Diritto Commerciale*) – ANDREA BORELLI (*Diritto Bancario*) – ELISABETTA UBINI (*Diritto Fallimentare*) – MARIA LUGHEZZANI (*Diritto del Lavoro*) – GIOVANNI MOSCHETTI (*Diritto Tributario*) – DIANA MURARO (*Diritto Tributario*) – ROBERTO FLOR (*Diritto Penale*) – STEFANO MARCOLINI (*Diritto Processuale Penale*) – DAVIDE LO PRESTI (*Diritto Amministrativo*) – SERGIO MORO (*Diritto Amministrativo*) – CHIARA LEARDINI (*Economia Aziendale*)

DIRETTORE RESPONSABILE

FRANCESCO RUFFO

Iscritto al numero 167 dell'Ordine dei Giornalisti del Veneto – Albo Professionisti

Segreteria di Redazione: SILVIA SCARTEZZINI

presso il Centro Studi Verona Innova, via Montanari 9 – 37122 Verona

Tel. 0458028849 – Fax 0458028825

e-mail: Verona.Innova@giurisprudenza.univr.it

Proprietà letteraria: A.DI.G.E.

Copyright © 2012 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Ristampa						Anno							
0	1	2	3	4	5	6	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore.

L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

PARTE PRIMA

GIURISPRUDENZA

DIRITTO CIVILE

Principio di buona fede, meritevolezza della tutela e abuso del processo

TRIBUNALE DI BASSANO DEL GRAPPA – SEZ. FALLIMENTARE – ORDINANZA 25
MAGGIO 2011 – N. 268 – EST. ATTANASIO 15

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Tutela d'urgenza del diritto del socio non amministratore di S.r.l. di estrarre copia della documentazione sociale

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – ORDINANZA 30 AGOSTO 2011 – EST.
VACCARI 23

DIRITTO COMMERCIALE

Finanziamenti del socio di S.r.l.: ambito di applicazione dell'art. 2467 c.c. e rilevanza dello status soci per la postergazione del credito

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – SENTENZA 25 MAGGIO 2011 – EST. LANNI 31

DIRITTO FALLIMENTARE

Limiti all'imprescindibilità della transazione fiscale nel concordato preventivo

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA – SEZ. I CIVILE – DECRETO 10 DICEMBRE 2010 –
PRES. SILVESTRE – EST. TAGLIALATELA 37

DIRITTO BANCARIO

Comunione legale fra coniugi e diritto a ottenere copia della documentazione bancaria

TRIBUNALE DI VERONA – SENTENZA 4 FEBBRAIO 2011 – N. 240 – GIUDICE UNICO
RIZZUTO 47

Lettera di credito irrevocabile: la sospensione immediata del pagamento mediante ricorso al procedimento d'urgenza

TRIBUNALE DI MODENA – SEZ. DISTACCATA DI CARPI – SEZ. I CIVILE – ORDINANZA
24 FEBBRAIO 2011 – EST. CIGARINI 57

DIRITTO TRIBUTARIO

Utilizzo improprio delle sentenze della Corte di Giustizia nella giurisprudenza nazionale sulla indetraibilità Iva per "operazioni inesistenti"

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI VENEZIA – MESTRE – SEZ. XXVI – 30
MAGGIO 2011 – N. 27 – PRES. PASSARELLI – REL. CAVALLARO 63

DIRITTO DEL LAVORO

Perfezionamento e decorrenza del diritto all'assegno sociale

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. LAVORO – SENTENZA 24 SETTEMBRE 2010 – N. 597 –
EST. GESUMUNNO 77

SOMMARIO

DIRITTO PENALE

- Effetti penali dell'intervenuta regolarizzazione amministrativa di opere eseguite in assenza di autorizzazione ambientale o in difformità da essa*
TRIBUNALE DI VERONA – GIUDICE PENALE MONOCRATICO – SENTENZA 5 APRILE 2011 (UD. 3 MARZO 2011) – N. 464 – EST. PIZIALI83
- “Sottozone” e assenza di modifica della “destinazione di zona” nella deroga consiliare alle disposizioni del P.R.G. per la realizzazione di opere pubbliche*
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. PENALE – COMPOSIZIONE COLLEGIALE – ORDINANZA 10 GIUGNO 2011 – PRES. GUIDORIZZI – EST. MAGRI90

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

- Ancora negata la costituzione di parte civile nel processo per il crack di una banca*
TRIBUNALE DI MILANO – SEZ. III PENALE – COMPOSIZIONE COLLEGIALE – ORDINANZA 17 FEBBRAIO 2011 – PRES. ED EST. GAMACCHIO101

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- L'istituto del preavviso di diniego di cui all'art. 10 bis della L. n. 241/1990, natura e problematiche*
T.A.R. VENETO – SEZ. I – SENTENZA 6 OTTOBRE 2011 – PRES. BOREA – EST. SAVOIA....117

PARTE SECONDA

COMMENTI – RICERCHE – CONVEGNI E SEMINARI

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- Diritto a ottenere copia della documentazione bancaria: legittimazione del coniuge e altre questioni operative*
di Luca Andretto127

DIRITTO TRIBUTARIO

- Utilizzo improprio delle sentenze della Corte di Giustizia nella giurisprudenza nazionale sulla indetraibilità Iva per “operazioni inesistenti”*
di Giovanni Moschetti141

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- L'esperienza di PAT e PI al vaglio del giudice amministrativo*
di Marco Panato155

ECONOMIA AZIENDALE

- La rivalutazione degli immobili: effetti fiscali e riflessi nel bilancio*
di Paolo Farinon175

SOMMARIO

PARTE TERZA

STUDI PER L'INNOVAZIONE NELLE P.A.

L'analisi organizzativa quale presupposto per la programmazione ed il controllo del bilancio negli enti locali: l'esperienza del Comune di Mozzecane (VR)
di Umberto Bertezzolo 193

EDITORIALE

L'accentuarsi della crisi economica e finanziaria, che investe in modo diretto il mondo delle aziende, ma si riflette immediatamente sui lavoratori, sui cittadini, sulla società, nonché sulla classe politica, la cui capacità di "governo" viene messa duramente alla prova, sollecita nuove riflessioni e approfondimenti anche da parte dei giuristi, chiamati a considerarne le ricadute non solo sul piano pratico degli effetti nell'applicazione quotidiana del diritto da parte della giurisprudenza, ma anche su quello più teorico e generale della relazione fra "crisi" e regolamentazioni giuridiche, nei diversi campi di competenza.

Sotto il primo angolo di visuale traspare già dai dati statistici, relativi al numero ed entità delle imprese in crisi, l'aumento delle procedure esecutive e concorsuali, con un forte impatto sull'attività giudiziaria, rispetto a cui appare rilevante verificare l'efficacia e la praticabilità concreta degli strumenti di soluzione "negoziata" alternativi al fallimento, potenziati dalla riforma del 2005, con tutte le problematiche ad essa collegate (per taluni profili fiscali si veda il decreto della Corte d'Appello di Venezia pubblicato nella sezione del Diritto fallimentare).

Ma di non meno importante rilievo può essere la ricaduta sul contenuto delle decisioni giudiziarie, che seppure di più difficile percezione, sembra avere un'incidenza significativa nel bilanciamento concreto degli interessi posti acutamente in conflitto (un esempio è offerto dall'ordinanza del Tribunale di Bassano del Grappa edita nella sezione del Diritto civile): con il paventato rischio che, riducendosi gli spazi di mediazione, si abbia una compressione dei diritti tradizionalmente garantiti dall'ordinamento, per la soverchiante forza o necessità di salvaguardare prioritariamente una "compatibilità economica" che è concretamente determinata dai caratteri "di fatto" della crisi stessa.

Il compito del diritto e, dunque, dei giuristi, è di farsi nondimeno guardiani attenti della tutela degli interessi individuali e collettivi, che sono irrinunciabili per un equilibrato assetto dei rapporti sociali, a sua volta indi-

spensabile proprio al futuro e necessario sviluppo economico, il quale non può non essere anche sociale: per cui non possono aversi compressioni dei “diritti”, se non nei limiti consentiti dall’ordinamento stesso, alla stregua di criteri di bilanciamento conformi a parametri giuridici, da ricavare oggi dal complesso assetto delle fonti, che specie per quanto attiene ai diritti “fondamentali” non possono essere definiti dal solo legislatore nazionale, magari in sede di provvedimenti d’emergenza, ma devono scaturire piuttosto dalla complessità dei principi e delle regole costituzionali e sovranazionali, in specie ricavabili dall’ordinamento dell’Unione europea, dalla sua Carta dei diritti fondamentali avente ormai valore di Trattato per le materie di competenza, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, e dall’incessante giurisprudenza delle relative giurisdizioni (sull’utilizzo delle sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione europea nella giurisprudenza interna si veda la decisione della Commissione Tributaria Regionale di Venezia, con il relativo commento pubblicato nella Parte seconda).

In questa complessità dell’ordinamento giuridico attuale, la giurisprudenza di merito non può non giocare un ruolo essenziale, quale primo fronte d’impatto dei fenomeni in esame, da “governare” con tutti gli strumenti normativi a disposizione: per cui è altrettanto rilevante il contributo dei professionisti, degli operatori del diritto, dei tecnici, che devono essere sempre più aggiornati ed attenti all’evoluzione legislativa e giurisprudenziale non solo interna, ma anche sopranazionale, per far valere in sede giudiziaria in modo coretto ed efficace tutte le “risorse” giuridiche cui possono attingere per la difesa degli interessi e dei diritti di cui sono portatori.

Si accentua dunque l’importanza di un approccio sistematico e di un’analisi critica nella raccolta e presentazione della giurisprudenza recente, indispensabili per inquadrare su solide basi teoriche e concettuali i nuovi orientamenti e l’evoluzione in corso, offrendo i necessari strumenti di lettura e di orientamento alla prassi, così da ridurre il rischio di soluzioni “escogitate” solo per un singolo caso o incomprensibilmente divergenti da criteri e parametri condivisibili o riconoscibili, non adeguatamente consapevoli del contesto giuridico e “di sistema” in cui si devono collocare.

A queste quotidiane esigenze di dialogo fra teoria e prassi, oltre che fra diverse competenze e materie, la nostra Rivista intende continuare ad offrire il proprio apporto, come dimostra anche questo fascicolo, dopo che già è stata data particolare attenzione alla crisi dell’economia e al ruolo dei controlli giuridici, con un importante Convegno di studi dedicato a detto tema tenutosi lo scorso anno, e di cui si è avuto ampio riscontro nell’Editoriale del numero 7-2010, oltre che nella pubblicazione di uno dei molti contributi nell’ultimo numero.

Ed è in questa direzione che prosegue dunque l'attività della Rivista, fedele ai suoi specifici tratti distintivi, che ne hanno assicurato il riconoscimento e l'attenzione in un ambito sempre più vasto e qualificato, con l'auspicio che il suo percorso possa felicemente andare "oltre la crisi", superando le inevitabili difficoltà del momento nel quadro di quella rinnovata volontà di impegno e di fiducia, che deve rafforzarsi in ogni campo nel nostro Paese.

Ottobre 2011

Lorenzo Picotti

PARTE PRIMA

GIURISPRUDENZA

**PRINCIPIO DI BUONA FEDE,
MERITEVOLEZZA DELLA TUTELA E ABUSO DEL PROCESSO**

TRIBUNALE DI BASSANO DEL GRAPPA – SEZ. FALLIMENTARE – ORDINANZA
25 MAGGIO 2011 – N. 268 – EST. ATTANASIO

Istanza di fallimento – Presupposti soggettivi – Accertamento del credito – Principio di buona fede e correttezza – Abuso – Inammissibilità
(artt. 1175, 1375 c.c.; art. 6 R.d. 16 marzo 1942, n. 267)

La presentazione dell'istanza di fallimento non richiede il possesso né di un titolo esecutivo, né di pronunce accertative del diritto di credito vantato, dal momento che l'art. 6 parla genericamente di "creditore", senza ulteriori specificazioni.

È tuttavia evidente che la legittimazione dell'istante non può fondarsi su una mera affermazione dello stesso di essere creditore del fallendo, di talché, in difetto di un accertamento giudiziale del credito avente carattere di definitività, occorrerà procedere, ai fini della verifica della sussistenza della legittimazione attiva, ad un accertamento incidentale della sussistenza del credito allegato dall'istante. Poiché tuttavia non può ammettersi che, in presenza di contestazione del credito dell'istante da parte del fallendo, l'istruttoria prefallimentare – strutturata come procedura sommaria e connotata da particolare celerità – si trasformi in un giudizio di cognizione ordinaria inteso all'accertamento di tale credito, è necessario che la sua esistenza risulti prima facie evidente.

Istanza di fallimento – Presupposti oggettivi – Accertamento dello stato di insolvenza – Principio di buona fede e correttezza – Abuso – Inammissibilità
(artt. 1175, 1375 c.c.; art. 5 R.d. 16 marzo 1942, n. 267)

Non può dirsi sussistente lo stato di insolvenza, ed è dunque preclusa la dichiarazione di fallimento, ogni qual volta l'obiettiva situazione di difficoltà in cui il fallendo si viene a trovare appare essere conseguenza di un comportamento abusivo, perché improntato a mala fede, posto in essere dall'istante.

Motivi della decisione

Una delle più importanti novità introdotte con la riforma del 2006 è rappresentata, com'è noto, dalla soppressione del potere/dovere del Tribunale Fallimentare di pronunciare il fallimento d'ufficio; a seguito della riforma, la dichiarazione di fallimento può essere effettuata soltanto su istanza dello stesso debitore, di un creditore, ovvero del pubblico ministero (cfr. l'art. 6 riformato, nonché l'art. 162 della L. fall., il cui testo, rimasto in un primo momento immutato – con conseguente previsione di una declaratoria d'ufficio del fallimento a seguito della dichiarazione di inammissibilità della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo –, col correttivo del 2007 è stato coordinato e reso coerente col disposto del citato art. 6).

Nel sistema attuale, pertanto, ai fini della sussistenza della legittimazione a domandare la dichiarazione di fallimento è necessaria la titolarità in capo all'istante di un diritto nei confronti del fallendo.

Resta peraltro fermo il principio elaborato nella vigenza della previgente normativa secondo il quale la presentazione dell'istanza di fallimento non richiede il possesso né di un titolo esecutivo, né di pronunce accertative del diritto di credito vantato: nulla del genere è, infatti, richiesto dall'art. 6, che parla genericamente di “creditore”, senza ulteriori specificazioni.

È tuttavia evidente che la legittimazione dell'istante non può fondarsi su una mera affermazione dello stesso di essere creditore del fallendo, di talché, in difetto di un accertamento giudiziale del credito avente carattere di definitività, occorrerà procedere, ai fini della verifica della sussistenza della legittimazione attiva, ad un accertamento incidentale della sussistenza del credito allegato dall'istante. Poiché poi non può ammettersi che, in presenza di contestazione del credito dell'istante da parte del fallendo, l'istruttoria pre-fallimentare – strutturata come procedura sommaria e connotata da particolare celerità – si trasformi in un giudizio di cognizione ordinaria inteso all'accertamento di tale credito, è necessario che la sua esistenza risulti *prima facie* evidente.

Tanto premesso, va osservato che la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria pre-fallimentare non consente di ritenere raggiunta una siffatta evidenza in ordine all'esistenza del credito vantato da (*omissis*).

Giova premettere che, in materia di prestazioni professionali, la parcella corredata dal parere del competente Consiglio, mentre costituisce idonea prova scritta ai fini della pronuncia di decreto ingiuntivo, nel giudizio ordinario di cognizione non ha valore probatorio, in quanto la parcella è una mera dichiarazione unilaterale del professionista e il parere del Consiglio attesta soltanto la conformità in astratto della parcella alla tariffa (cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14556 e Cass., 29 maggio 2008, n. 14443); in presenza, pertanto, di contestazione da parte del (presunto) debitore in ordine

all'effettività ed alla consistenza delle prestazioni, in applicazione dei principi che regolano la distribuzione dell'onere probatorio fra le parti, spetta al professionista fornire la prova dei fatti costitutivi del diritto vantato.

Nella specie, a supporto del ricorso presentato, (*omissis*) ha innanzi tutto allegato di aver ottenuto dal Giudice del Tribunale di Vicenza, avverso la Società (*omissis*) S.r.l., un decreto ingiuntivo per un importo di Euro (*omissis*), a titolo di compenso per attività professionale svolta nel 2005 in relazione a trattative intercorse fra la fallenda e la Società (*omissis*) S.p.a. per l'acquisto di un'area industriale di proprietà della stessa Società (*omissis*) S.p.a. Il decreto – la cui pronuncia venne peraltro domandata nella pendenza di un giudizio di accertamento negativo promosso dalla Società (*omissis*) S.r.l. proprio in relazione al predetto credito, malgrado che l'istante potesse richiedere in quella stessa sede, e, quindi, in contraddittorio con la controparte, l'emissione di un'ordinanza ingiunzione *ex art. 186 ter c.p.c.* – fu però fatto oggetto di opposizione da parte della fallenda, che, in quella sede, come nel giudizio di accertamento e nel presente procedimento, ha negato di aver mai conferito mandato professionale a (*omissis*) e che questi avesse mai svolto prestazioni professionali in suo favore; nel giudizio di opposizione così instaurato, con ordinanza in data 18.3.2011 è stata disposta la sospensione della provvisoria esecutività del predetto decreto.

Tale provvedimento potrebbe, di per sé, non assumere rilievo nella presente sede – si è, infatti, già sottolineato che, ai fini della legittimazione a proporre il ricorso per dichiarazione di fallimento, non è necessario il possesso di un titolo giudiziario, e tanto meno di un titolo esecutivo –, se non fosse che la disposta sospensione rinviene le sue ragioni in considerazioni che attengono, non tanto alla valutazione del pregiudizio conseguente all'esecutività o meno del decreto, quanto principalmente, all'insufficienza della prova offerta dall'odierno istante a fondamento del credito azionato in via monitoria.

Il Giudice del Tribunale di Vicenza, premesso che, a fronte della contestazione dell'opposta in ordine al conferimento di incarico professionale a (*omissis*), quest'ultimo era gravato dall'onere di fornire la relativa prova, ha ritenuto inidonea la documentazione all'uopo prodotta, evidenziando l'insufficienza a tal fine di una dichiarazione proveniente da un terzo, ed il fatto che “(...) *il documento riferito ad un espresso conferimento a (omissis) di incarico professionale relativamente ad altra vertenza stragiudiziale appare elemento contrario agli assunti, nel presente giudizio, del professionista, in quanto non si comprende per quale motivo nella vicenda in oggetto non fosse stata seguita la medesima procedura formale*”; nella stessa ordinanza, a proposito dell'effettivo svolgimento di attività professionale in favore della Società (*omissis*) S.r.l., si osserva inoltre che “(...) *dalla scarna*

documentazione prodotta dall'opposto concernente la vicenda per cui è causa non pare possibile scrutinare in termini sufficientemente apprezzabili l'attività professionale che sarebbe stata esercitata dal legale (ed anzi il riferimento all'autorizzazione a (omissis) in forza di decisione del C.d.a. rende ancor più opaca la vicenda, ingenerando oggettivo dubbio che il predetto abbia partecipato all'affare in veste "imprenditoriale", quale socio di società partecipante al capitale sociale dell'opponente, piuttosto che in qualità di legale officiato da specifico mandato professionale ad hoc (...)"; si tratta di considerazioni valide anche nel presente procedimento, in cui l'istante non ha prodotto alcun altro documento specificamente riferito alle prestazioni professionali in parola, tale non potendo essere, all'evidenza, il mandato conferito nel dicembre 2007, in quanto successivo all'asserito svolgimento delle predette prestazioni ed avente diverso oggetto, né per la sua genericità la mail inviata, fra gli altri, a (omissis) da tale signor (omissis) nel settembre 2007, con la quale si invitavano i soci a trasmettere l'elenco delle prestazioni effettuate per conto della Società (omissis) S.r.l. e di altra società.

Altro decreto ingiuntivo, dell'importo di Euro (omissis) oltre accessori, era stato ottenuto da (omissis) dal Tribunale di Vicenza in data 18-2-2010, per prestazioni professionali rese agli inizi del 2005 in favore della Società (omissis) S.r.l. e consistenti nell'assistenza "(...) nell'operazione di acquisto, successiva realizzazione e commercializzazione, compresa la redazione ed assistenza a tutti i relativi contratti, del complesso immobiliare, di proprietà della Società (omissis) S.p.A. sito in (omissis)" – decreto peraltro neppure notificato alla fallenda, ma utilizzato ai soli fini dell'iscrizione di ipoteca giudiziale sull'intero patrimonio immobiliare della Società (omissis) S.r.l., del valore di circa (omissis) milioni di Euro.

In particolare, nel ricorso monitorio, (omissis), pur precisando di aver eseguito, in esecuzione del mandato verbalmente conferitogli dalla Società (omissis) S.r.l., prestazioni professionali che avrebbero giustificato la richiesta di un compenso di almeno Euro (omissis), limitava la domanda di ingiunzione alla somma di Euro (omissis), pari all'acconto sul compenso che era stato pattuito con scrittura dell'11-12-2007, di conferimento e conferma di incarico professionale riferito al complesso immobiliare di (omissis). Malgrado l'inefficacia del decreto conseguente alla sua mancata notificazione nei termini all'uopo previsti, la pretesa dell'odierno istante riferita a tali prestazioni appare avere (nell'an, se non nel quantum) una maggiore consistenza: in tal caso sono infatti prodotti la lettera di conferimento (e conferma) di incarico professionale, le parcelle, e, soprattutto, contratti preliminari di compravendita di immobili siti in (omissis) stipulati fra la Società (omissis) S.r.l. e terzi soggetti.

Sennonché, nella memoria datata 14.4.2011, (*omissis*) afferma che l'iscrizione ipotecaria eseguita sulla scorta del decreto ingiuntivo in questione venne cancellata a seguito di pagamento; di pagamento riferito alle predette prestazioni, per un importo prossimo ai (*omissis*) Euro, si parla anche nell'informazione di garanzia della Procura di (*omissis*).

In ogni caso, anche a ritenere che il predetto pagamento non sia stato integralmente soddisfacente della pretesa di (*omissis*), con conseguente legittimazione di (*omissis*) a presentare ricorso per dichiarazione di fallimento della Società (*omissis*) S.r.l. in relazione ai crediti in ultimo menzionati, il ricorso si presenta infondato nel merito, per insussistenza dello stato di insolvenza, o, meglio, per il fatto che l'obiettivo situazione di difficoltà in cui la fallenda è venuta a trovarsi appare essere conseguenza di un comportamento abusivo posto in essere dall'istante (cfr., al riguardo, Cass., 19 settembre 2000, n. 12404, secondo la quale *“La dichiarazione di fallimento non può essere la conseguenza di una condotta abusiva da parte del singolo creditore ed è preclusa – salvo che vi siano altri creditori da tutelare – ogni qual volta lo stato d'insolvenza sia stato causalmente determinato da un suo comportamento improntato a mala fede in quanto contrario al dovere di correttezza e cooperazione alla realizzazione degli interessi della controparte”*).

Ed invero, può ritenersi pacifico, da un lato, che la Società (*omissis*) S.r.l. è proprietaria di un complesso immobiliare di consistente valore e, dall'altro, che essa versa attualmente, ed a decorrere dal 2010, in una situazione di crisi di liquidità. Per sostenere l'insussistenza dello stato di decozione la fallenda ha prodotto una serie di preliminari di compravendita di unità immobiliari di sua proprietà stipulati con soggetti terzi, ma (*omissis*) ha evidenziato che detti preliminari sono rimasti tutti inadempiti, esponendo la fallenda al rischio di dover pagare il doppio della caparra versata dai promissari acquirenti; sottolinea ancora (*omissis*) come nella nota integrativa al bilancio 2010 si segnali la presenza di iscrizione ipotecaria sul complesso immobiliare di (*omissis*), eseguita sulla scorta di decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Bassano del Grappa, in data 7.4.2010, in favore della Società fiduciaria (*omissis*) S.r.l. e si evidenzi come tale iscrizione – peraltro in via di riduzione a seguito di provvedimento emesso dal Tribunale di Vicenza in data 26.10.2010 – avesse avuto l'effetto di rallentare l'operatività della società.

Appare in effetti evidente che la presenza dell'iscrizione ipotecaria in parola – così come di quella a suo tempo eseguita sulla base del decreto ingiuntivo n. 3359/2010 – abbia reso difficoltosa la vendita degli immobili di proprietà della fallenda, e, quindi, l'esercizio della sua ordinaria e principale attività (trattandosi di società che ha per oggetto l'*“acquisto, vendita,*

permuta e gestione di fabbricati e terreni, lottizzazione di terreni in genere, costruzione in proprio o a mezzo appalti di fabbricati civili, rustici, industriali e commerciali”).

Va tuttavia osservato che anche in relazione al decreto ingiuntivo dell'aprile 2010 è stata disposta la sospensione della provvisoria esecutività, nonché, e soprattutto, che lo sfiduciante è indagato, in concorso con (*omissis*), per il reato di (*omissis*) posto in essere ai danni della Società (*omissis*) S.r.l., proprio per il fatto di aver chiesto ed ottenuto, su indicazioni fornite dall'odierno istante, dapprima l'emissione del decreto ingiuntivo in parola e, poi, l'iscrizione di ipoteca giudiziale, al fine di costringere la Società (*omissis*) S.r.l. a versargli la somma di Euro (*omissis*) a titolo di restituzione di un finanziamento soci non esigibile, con la minaccia di non acconsentire alla cancellazione dell'ipoteca iscritta e di bloccare in tal modo l'operatività della fallenda (analoghe imputazioni sono poi contestate nella medesima informazione di garanzia a carico di (*omissis*), in relazione alle vicende relative agli altri due decreti ingiuntivi che si sono in precedenza menzionati).

Ad ulteriore conferma del fatto che l'attuale situazione di difficoltà in cui versa la Società (*omissis*) S.r.l. è imputabile al comportamento abusivo posto in essere dall'istante – e dal coindagato – vi è la circostanza (risultante dal provvedimento reso *ex art.* 700 c.p.c dal Tribunale di Vicenza in data 26.10.2010) costituita dall'assenso alla cancellazione di ipoteca volontaria di primo grado iscritta per importo che, fissato originariamente in (*omissis*) milioni di euro, era stato successivamente ridotto a (*omissis*) Euro, prestato dalla Cassa di (*omissis*) nel settembre 2010 relativamente ad alcuni dei beni siti in (*omissis*): essa appare testimoniare, infatti, una fiducia nutrita dalla banca nei confronti della fallenda, assicurando al contempo, unitamente alla riduzione dell'iscrizione ipotecaria inizialmente eseguita dalla fiduciaria (*omissis*) S.r.l, disposta dal provvedimento appena menzionato, una ripresa dell'operatività della Società (*omissis*) S.r.l.

Per l'effetto, il ricorso per dichiarazione di fallimento proposto da (*omissis*) deve essere rigettato – e, con esso, la domanda di emissione di misure cautelari *ex art.* 15, comma 8, L. fall.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

OSSERVAZIONI

1. Riferimenti normativi

L'ordinanza in commento ha l'indiscutibile pregio di estendere la portata precettiva delle posizioni di principio emerse negli ultimi anni, sia in giu-

risprudenza che in dottrina, sul ruolo che il generale dovere di buona fede e correttezza deve occupare anche all'interno del processo.

Ed infatti, dopo aver ricordato come la legittimazione dell'istante non può fondarsi su una mera affermazione di essere creditore, il Tribunale basanino (già) conclude sanzionando come abusiva, perché contraria al principio di buona fede e correttezza, la condotta processuale dell'istante là dove sia volta a trasformare “(...) *l'istruttoria pre-fallimentare – strutturata come procedura sommaria e connotata da particolare celerità – (...) in un giudizio di cognizione ordinaria inteso all'accertamento del credito*”.

Sempre nella medesima ottica, l'ordinanza in parola, dopo aver comunque richiamato il consolidato principio secondo il quale lo stato di insolvenza opera quale presupposto oggettivo dell'apertura della procedura concorsuale, indipendentemente dalle cause che lo hanno provocato, giunge tuttavia ad escludere che quel presupposto possa essere assunto a dimensione di assoluta e indiscriminata generalizzazione, dovendo al contrario incontrare, ancora una volta, il limite segnato dai principi generali che permeano di sé l'intero ordinamento: tra i quali, appunto, il principio di correttezza e buona fede di cui, tra l'altro, agli artt. 1175 e 1375 c.c.

2. Riferimenti giurisprudenziali

La pronuncia in parola – pur ribadendo, tra l'altro, il consolidato principio secondo il quale lo stato di insolvenza opera quale presupposto oggettivo e indipendente dalle cause che lo hanno originato (cfr. Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, in *Foro it. Mass.*, 771; Cass., 29 settembre 1990, n. 9704, in *Giur. Fall.*, 1991, 265, e Cass., 17 marzo 1989, n. 1321, *ivi*, 1989, 614) – riprende e amplia l'insegnamento della Cassazione (Cass., sez. I, 19 settembre 2000, n. 12405, in *Dir. e Prat. Soc.*, 2001, 4, 69; in *Foro it.*, 2001, I, 2326 nonché in *Fallimento*, 2001, 669) secondo la quale “(...) *la dichiarazione di fallimento non può essere il frutto di una condotta abusiva da parte del singolo creditore istante e deve ritenersi quindi preclusa ogni qual volta lo stato di insolvenza sia stato determinato da un suo comportamento improntato a mala fede in quanto contrario al dovere di cooperare per la realizzazione degli interessi della controparte*”.

3. Riferimenti dottrinali

Come ricordato, numerosi sono, in dottrina, i contributi in materia di abuso del processo.

Per una prima rassegna sul punto, si vedano, tra i tanti, i contributi di: ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 1; TARUFFO, *Elementi per una definizione di “abuso del processo”*, in A-A.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 435; DONDI, *Manifestazioni della*