

PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80 e con il successivo d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la disciplina delle procedure concorsuali giudiziali è stata profondamente modificata. Il convincimento che la gestione della crisi delle imprese dovesse essere affidata essenzialmente ai soggetti che ne sono coinvolti e, in particolare, ai creditori, ha indotto a ridimensionare il ruolo degli organi giudiziari restituendo il giudice al suo ruolo naturale, quello di dirimere controversie. Nel contempo, al fine di contenere i tempi, spesso patologici, della procedura fallimentare, legati pressoché interamente a quelli del contenzioso, si è scelto da un lato di utilizzare massicciamente il rito camerale, considerato maggiormente idoneo ad una più sollecita definizione anche delle controversie relative a diritti soggettivi, dall'altro si è preveduta la possibilità di monetizzare attraverso la cessione a terzi le pretese in contenzioso, anche relative alla revoca di atti pregiudizievoli ai creditori.

Pur mantenendo inalterato l'impianto delle *Lezioni di diritto fallimentare*, si è reso pertanto necessario riscriverne larga parte, a cominciare dalla Introduzione.

Con la riforma non è stata invece toccata – se non limitatamente alle norme generali relative alla liquidazione coatta amministrativa contenute nella legge fallimentare – la disciplina delle procedure concorsuali amministrative. È però da attendersi un intervento legislativo volto a coordinare con i principi cui è ispirata la nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali, la disciplina della liquidazione coatta amministrativa disseminata nelle leggi che regolano i vari settori di attività (bancario, assicurativo, ecc.) e quella dell'amministrazione straordinaria, con riguardo alla quale si pone anche un problema di armonizzazione della disciplina contenuta nel d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 con quella del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito nella l. 18 febbraio 2004, n. 39 e successivamente ulteriormente modificato. Perciò è stata espunta l'illustrazione della disciplina delle procedure concorsuali amministrative, cui sono dedicati solo pochi cenni in connessione con alcuni aspetti delle procedure concorsuali giudiziali. Per tale ragione il volume non è più intitolato *Lezioni di diritto fallimentare*, ma *Diritto fallimentare - La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*.

l'Autore

Trieste, 1° settembre 2006

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Dopo il d.l. n. 35/2005, che ha modificato la disciplina dell'azione revocatoria fallimentare e del concordato preventivo ed introdotto il nuovo istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, dopo il d.lgs. n. 5/2006, con il quale è stata varata la "riforma organica delle procedure concorsuali", ecco ora – e siamo ormai al terzo anno consecutivo – il "decreto correttivo" del 7 settembre 2007, che introduce ulteriori e non trascurabili modifiche: per la gioia degli operatori, che si trovano a dover fare i conti con discipline differenziate a seconda della data di apertura delle procedure delle quali sono chiamati ad occuparsi.

Le modifiche introdotte con il "decreto correttivo" – applicabili, secondo quanto dispone l'art. 22, alle procedure aperte successivamente al 1° gennaio 2008 – sono in parte volte ad apportare modificazioni meramente formali ed aggiustamenti, il principale dei quali è diretto a proporre uno schema per quanto possibile uniforme di rito camerale per le controversie endofallimentari. Sono, poi, rilevanti sotto svariati profili: da quello relativo alla revisione dei parametri per l'esenzione da fallimento onde ovviare all'inconveniente dell'eccessiva riduzione dell'area di fallibilità manifestatasi a seguito dell'applicazione del d.lgs. n. 5/2006, a quello del ripristino del rito ordinario per le azioni che derivano dal fallimento, essendocisi resi conto della scarsa compatibilità con la disciplina costituzionale delle norme la cui applicazione alle controversie che derivano dal fallimento era stata inopinatamente prevista con la "riforma organica".

Ma è nella disciplina dei concordati che il decreto correttivo incide più profondamente, rendendo le soluzioni concordatarie ancor più agevolmente percorribili.

Nel concordato fallimentare, oltre ad eliminare la possibile iniziativa del curatore, implicitamente prevista dall'art. 129, che poteva consentire l'elaborazione, come nell'amministrazione straordinaria, di proposte maggiormente rispondenti all'interesse della collettività dei creditori, ponendole magari in concorrenza con proposte del fallito o di terzi di carattere più marcatamente speculativo, si è altresì rimosso il filtro del parere favorevole del curatore, sostituendolo con quello del comitato dei creditori, che poteva bloccare sul nascere iniziative avventate magari destinate al successo grazie anche al meccanismo di votazione secondo il criterio del silenzio – assenso, alla riluttanza dei creditori ad opporsi all'omologa e sin'anco ad impugnare il concordato con l'azione di risoluzione. Per entrambi i concordati, fallimentare e preventivo – la cui disciplina è stata opportunamente uniformata – è stata facilitata l'appro-

vazione, considerandosi sufficiente l'adesione della maggioranza delle classi e rimettendo all'iniziativa dei creditori dissenzienti, attraverso l'opposizione ad omologa, quel vaglio del tribunale sulla convenienza del trattamento riservato alla classe dissenziente, che in precedenza il tribunale era chiamato ad effettuare su richiesta del proponente il concordato.

L'intendimento di responsabilizzare i creditori, rimettendo esclusivamente ad essi la valutazione dei loro interessi coinvolti nel dissesto e la scelta di assumere o meno le – spesso non poco onerose – iniziative giudiziali volte a tutelarli è certamente coerente a convincimenti diffusi non solo nel nostro Paese. Resta da verificare in quale misura possano incentivare comportamenti opportunistici, in un sistema nel quale sembra non vi siano efficienti strumenti per contenerli.

l'Autore

Trieste, 10 settembre 2007

PREFAZIONE ALLA TERZA EDIZIONE

Dopo la riforma organica delle procedure concorsuali si era limitata l'illustrazione alle procedure concorsuali giudiziali sembrando logico attendersi un intervento legislativo sulla disciplina della procedura di liquidazione coatta amministrativa più ampio di quello contenuto nel d.lgs. n. 5/2006 e soprattutto sulla disciplina della amministrazione straordinaria, sia per coordinarla con quella relativa alle procedure concorsuali giudiziali, sia per sciogliere i numerosi interrogativi suscitati dalla sovrapposizione alla disciplina organica introdotta con il d.lgs. n. 270/1999 della normativa emergenziale del c.d. decreto Marzano.

Peraltro, mentre con il decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169, è stato previsto un più ampio coordinamento della disciplina della procedura di liquidazione coatta amministrativa con la nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali, sia pure limitato alla normativa generale contenuta nella legge fallimentare, per la riforma organica della disciplina dell'amministrazione straordinaria si dovrà attendere ancora qualche tempo. Tuttavia dopo le modifiche apportate alla legge Marzano con il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, per affrontare la crisi dell'Alitalia, il Consiglio dei ministri ha nel contempo approvato un disegno di legge delega “per la riforma della disciplina delle pro-

cedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e successive modificazioni e di cui al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modificazioni” contenente l’indicazione di una serie di principi e criteri direttivi, che consentono di intravedere, anche se non con estrema chiarezza, i contorni della emananda normativa.

Si è perciò ritenuto necessario – per offrire allo studente un panorama più completo delle procedure concorsuali – riproporre una illustrazione anche delle procedure concorsuali amministrative, sia pure in termini più sintetici che nelle precedenti edizioni delle *Lezioni di diritto fallimentare*, al fine di illustrare la disciplina in atto vigente, così come risultante anche dalle modifiche introdotte con il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 e segnalare le linee cui sembra destinata ad ispirarsi la ormai prossima riforma.

l’Autore

Trieste, 5 settembre 2008

PREFAZIONE ALLA QUARTA EDIZIONE

Dopo il decreto correttivo n. 169/2007 e le modifiche alla legge Marzano con il d.l. n. 134/2008 – occasionato dalla crisi Alitalia – dei quali si è dato conto nelle precedenti edizioni, continua lo stillicidio di modifiche relative ad aspetti settoriali della disciplina delle procedure concorsuali giudiziali e tuttavia di rilievo tutt’altro che marginale: dagli artt. 28 e 32 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito nella l. 28 gennaio 2009, n. 2, alla l. 18 giugno 2009, n. 69, agli artt. 29 e 48 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122. Si è quindi reso necessario predisporre una nuova edizione onde evitare che lo studente sia costretto ad andare a caccia delle modifiche consultando la *G.U.* o i giornali e le riviste che puntualmente le riportano.

Nessuna novità è, invece, intervenuta per la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, che pure richiederebbe un intervento legislativo per riordinare una disciplina ora affidata a due testi normativi – la cosiddetta Prodi bis approvata con il d.lgs. n. 270/1999 e il cosiddetto decreto Marzano, approvato con il d.l. n. 347/2003 e successive modificazioni – che appaiono ispirati a differenti filosofie di intervento nella crisi delle grandi imprese. Il disegno di legge delega, approvato dal Consiglio dei ministri conte-

stualmente alle modifiche della Marzano, giace tuttora in Parlamento, in tutt'altre faccende affaccendato.

Non resta quindi che prendere atto di questo sistema di riforma “a stati di avanzamento”, confidando che non si renda necessaria a breve una nuova edizione del presente volume.

l'Autore

Trieste, 31 gennaio 2011

PREFAZIONE ALLA QUINTA EDIZIONE

Nell'arco di otto anni – dal 2005 al 2012 – è questa la settima volta in cui il legislatore interviene sulla disciplina delle procedure concorsuali o addirittura la ottava se vi vogliamo ricomprendere anche quella della composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Quest'ultima si segnala per l'improvvisazione ove si consideri che dopo l'emanazione di una legge in sostituzione della conversione di un decreto legge, a distanza di circa due mesi è stato presentato un disegno di legge di modifica che incide non poco sull'impianto stesso della legge.

L'intervento sulla legge fallimentare si inserisce, poi, nell'ambito delle “misure urgenti per la crescita” adottate con decreto legge e destinate ad entrare in vigore, per la parte che ci interessa, dopo 30 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione: per la gioia di coloro che amano sollevare questioni di legittimità costituzionale. La nuova disciplina – con l'ormai abituale sistema degli innesti sulla legge fallimentare del 1942 – investe principalmente la regolazione negoziata della crisi sotto controllo giudiziario ed è volta a favorire ulteriormente le soluzioni alternative al fallimento. L'innovazione più significativa è costituita dalla possibilità di presentare una “domanda di concordato” con riserva di presentare successivamente la proposta, od, anche, in alternativa, un accordo di ristrutturazione dei debiti. Al fine di evitare che la possibilità così offerta agli imprenditori in crisi di strumentalizzare questo nuovo istituto per paralizzare sacrosante domande di fallimento è intervenuta, in qualche misura, la legge di conversione, ma a stroncare possibili abusi dovranno essere necessariamente i tribunali in presenza di domande di concordato con riserva contestuali ad istanze di fallimento di creditori o, addirittura, del pubblico ministero.

In ogni caso, per quanto opportune possano essere le modifiche via via in-

trodotte per fronteggiare le esigenze manifestatesi nella pratica dopo l'emanazione della "riforma organica delle procedure concorsuali", l'interprete non può non manifestare il proprio disagio di fronte ad un sistema di legiferare che appare frutto dell'assenza di un disegno organico e dell'incapacità di elaborare un sistema suscettibile di essere interpretato, se possibile, senza eccessiva difficoltà.

l'Autore

Trieste, 27 agosto 2012

PREFAZIONE ALLA SESTA EDIZIONE

Nell'arco dell'ultimo anno il legislatore è di nuovo intervenuto sulla disciplina delle procedure concorsuali.

Assai rilevanti sono le novità che incidono sulla posizione del debitore non fallibile: è stata ridisegnata integralmente la composizione della crisi da sovraindebitamento; è stato creato il procedimento di liquidazione del patrimonio.

Non meno significativa è la novella dedicata al concordato preventivo, la quale intende prevenire abusi dettando nuove e più stringenti regole sulla proposta ed i suoi effetti immediati.

L'importanza di queste novità legislative ha suggerito di dare continuità all'opera del professore Lino Guglielmucci, purtroppo prematuramente scomparso: il non facile compito è stato da me assunto, con il consenso della famiglia, nel segno di una lunga frequentazione, anzitutto accademica, nell'Università di Trieste.

Proprio la linea della continuità ha indotto a mantenere intatta la trama del volume, conservandone, fin dove possibile, i contenuti, sì da non alterare le scelte originarie, di metodo e di tecnica.

L'aggiornamento è frutto anche del lavoro di un allievo, Enrico Bran, cui va, anzitutto, il merito della nuova parte quarta.

L'auspicio è che questa edizione possa contribuire ad alimentare il ricordo di un giurista, come il professore Lino Guglielmucci, che tanto ha dato allo studio del diritto fallimentare.

Il Curatore

Trieste, 1° novembre 2013

PREFAZIONE ALLA SETTIMA EDIZIONE

La fortuna incontrata dalla sesta edizione di quest'opera ha suggerito di predisporre non già una mera ristampa bensì una nuova edizione.

Si è così potuto tenere in conto l'arricchimento delle regole sui rapporti pendenti operato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, che ha dedicato una disciplina autonoma, anche sul piano fallimentare, al contratto di *rent to buy*.

Si è, altresì, data notizia delle più significative evoluzioni nella giurisprudenza, oltreché della recentissima pubblicazione del regolamento ministeriale dedicato agli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Anche questa volta, la linea della continuità ha indotto a mantenere intatta la trama del volume.

L'aggiornamento è, di nuovo, frutto del lavoro di un allievo, Enrico Bran, cui va il merito della rivisitazione analitica.

Pur nella consapevolezza che non è lontana una nuova riforma del diritto fallimentare – assai recente essendo la nomina di una commissione ministeriale chiamata ad elaborarla – resta l'auspicio che pure questa edizione continui ad alimentare il ricordo del professore Lino Guglielmucci, studioso insigne del diritto fallimentare.

Il Curatore

Trieste, 21 febbraio 2015

PREFAZIONE ALLA OTTAVA EDIZIONE

La rinnovata fortuna dell'ultima edizione di quest'opera, la settima, ha suggerito di predisporre una nuova edizione.

Si è così potuto dare conto, fra l'altro, della sostanziale riformulazione della disciplina dedicata al concordato preventivo, oggi divenuto strumento centrale nella gestione della crisi d'impresa.

Si è, altresì, data notizia delle più significative evoluzioni nella giurisprudenza, oltreché di alcune più minute novelle legislative, ad esempio in tema transazione fiscale e di patto marciano.

Anche questa volta, la linea della continuità ha suggerito di mantenere intatta la trama del volume.

L'aggiornamento è, di nuovo, frutto del lavoro di un allievo, Enrico Bran, cui va il merito della rivisitazione analitica.

Pur nella consapevolezza che appare meno lontana una riforma del diritto fallimentare – essendo all'esame del Parlamento il disegno di legge delega elaborato dalla commissione ministeriale Rordorf – qui merita rinnovare l'auspicio che pure questa edizione continui ad alimentare il ricordo del professore Lino Guglielmucci, studioso insigne del diritto fallimentare.

Il Curatore

Trieste, 31 marzo 2017

INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELLE PROCEDURE CONCORDI

SOMMARIO: 1. L'esigenza di regolazione della crisi dell'impresa. – 2. I percorsi per la regolazione della crisi. – 3. La regolazione della crisi fra liquidazione e conservazione del patrimonio produttivo. – 4. Imprenditore e impresa nella regolazione della crisi. – 5. Il soddisfacimento dei creditori, il ruolo del giudice ed il declino della *par condicio*.

1. L'esigenza di regolazione della crisi dell'impresa

Le procedure concorsuali sono essenzialmente strumenti di regolazione della crisi dell'impresa¹.

La crisi dell'impresa è ordinariamente legata ad una perdita di capacità

¹ Anche negli ordinamenti nei quali è assoggettabile a procedura concorsuale qualunque debitore – come oggi avviene anche nel nostro paese, dopo l'introduzione della disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento e della liquidazione del patrimonio dei debitori non fallibili – l'attenzione è rivolta principalmente alla regolazione della crisi delle imprese.

Così nell'ordinamento tedesco – nel quale, secondo un'antica tradizione, tutti i debitori potevano essere dichiarati falliti e possono ora essere assoggettati alla procedura unitaria di insolvenza introdotta con la l. 5 ottobre 1994 – la disciplina è modellata essenzialmente per la crisi dell'impresa: a cominciare dal § 1 che, pur individuando nel soddisfacimento concorsuale dei creditori la finalità della procedura, prevede la possibilità di regolazione dell'insolvenza con un piano (*Insolvenzplan*) volto in particolare alla conservazione dell'impresa; per proseguire con le norme che disciplinano le ristrutturazioni aziendali ed il piano sociale (§§ 121 ss.) e con quelle che prevedono la prosecuzione dell'attività d'impresa dopo l'apertura del concorso (§§ 157 s.). Per il debitore civile è prevista una procedura semplificata (§§ 304 ss.) ed è particolarmente al debitore civile che è riferita la finalità di consentire l'esdebitazione, ancorché prevista anche per l'imprenditore persona fisica: la disciplina dell'esdebitazione, contenuta nella *Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994 (§§ 185 ss.), è stata modificata con la l. 26 ottobre 2001, relativa all'insolvenza del consumatore (*Verbraucherinsolvenz*) proprio sulla spinta della preoccupazione delle conseguenze dell'eccessivo indebitamento delle famiglie.

Così anche nell'ordinamento spagnolo – nel quale con la *ley concursal* del 9 luglio 2003, n. 22 è stata introdotta una disciplina unitaria, che ha sostituito la precedente disciplina differenziata per il commerciante (procedura di *suspension de pagos*, introdotta con la l. 26 luglio 1922 e di *quiebra* contenuta negli artt. 874 ss. del codice di commercio) e per il debitore civile (procedure di *quita y espera* e di *concurso des acreedores*, contenute negli artt. 1912 ss. del codice civile) – si sottolinea l'esigenza di regolazione delle crisi riguardanti attività produttive (v. *exposición de motivos*, che può leggersi in ROJO e BELTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Madrid, 2004, vol. I, 121 ss., *ivi*, 123).

reddituale. Tuttavia, anche quando si viene a determinare una situazione di squilibrio non meramente momentaneo fra costi e ricavi, quando cioè l'imprenditore (sia esso persona fisica o società) non riesce ad operare secondo il principio di economicità, egli può essere egualmente in grado di far fronte alle proprie obbligazioni: con il ricorso, ad esempio, a risorse extra aziendali o – se ad esercitare l'impresa sia una società – utilizzando i mezzi propri non ancora assorbiti dalle perdite, ovvero reperendo i necessari mezzi finanziari con apporti dei soci od operazioni di aumento di capitale. In tal caso l'emorragia rappresentata dalla persistente maturazione di perdite è un problema dell'imprenditore o dei soci della società imprenditrice: che, in alternativa, possono liquidare l'impresa o tentare il recupero della capacità reddituale. Ma non vi è la necessità di regolare la crisi in una procedura concorsuale.

Questa necessità insorge, invece, quando la crisi esplose all'esterno, sfociando in una carenza dei mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni, cioè in uno stato di **insolvenza**. Non la prosecuzione in sé dell'attività di impresa, ma la prosecuzione incontrollata dell'attività da parte dell'imprenditore che non è in grado di far fronte alle proprie obbligazioni, si ripercuote su coloro che hanno instaurato o possono instaurare rapporti con lui: determinando un aggravamento del dissesto con un crescente coinvolgimento di altri soggetti; e non di rado generando l'insolvenza di coloro che, vantando cospicui crediti e non essendo dotati di una struttura economica particolarmente robusta, non riescono a riscuoterli. Perciò al debitore può essere imposta la regolazione della crisi – ad iniziativa dei creditori o, nel nostro ordinamento, anche ad iniziativa pubblica² – attraverso una procedura concorsuale liquidativa, ferma restando la possibilità per il debitore di prevenirla attraverso un accordo con i creditori.

Prima di sfociare nell'insolvenza vera e propria la crisi si estrinseca però in un **rischio di insolvenza**, situazione nella quale si trova l'imprenditore quando, pur essendo in grado di adempiere le obbligazioni scadute, è prevedibile che non sarà in grado di adempiere le obbligazioni di prossima scadenza. La denuncia tempestiva della crisi può favorirne una migliore regolazione, ma questa regolazione preventiva non può essere imposta al debitore, che vi si può soltanto sottoporre spontaneamente³. Un accordo con i creditori può quindi

² L'iniziativa pubblica è preveduta ancor oggi nell'ordinamento francese (artt. 631-5 e 640-5 *code de commerce*), al quale si era originariamente ispirata la nostra legislazione commerciale. In altri ordinamenti l'iniziativa è riservata ai creditori e al debitore: così, ad esempio, nell'ordinamento tedesco (§ 13 *InsO*) ed in quello spagnolo (art. 3 *ley concursal*).

Poiché peraltro nel dissesto sono coinvolti interessi di carattere generale, all'esclusione dell'iniziativa pubblica si accompagna, tuttavia, in alcuni ordinamenti, come quello tedesco, l'obbligo degli amministratori delle persone giuridiche di richiedere l'apertura della procedura concorsuale; ed in altri ordinamenti, come quello spagnolo, un più generale obbligo del debitore di chiedere l'apertura del concorso dopo il decorso di un certo termine dal momento in cui l'insolvenza era da lui conoscibile.

³ Il convincimento che un allargamento della legittimazione a richiedere l'apertura di una

essere ricercato anche quando non sussistono ancora i presupposti per l'apertura della procedura concorsuale liquidativa di fallimento.

2. I percorsi per la regolazione della crisi

Le alternative per la regolazione della crisi sono sostanzialmente due: l'**accordo** con i creditori o una **procedura che può essere imposta** al debitore dai creditori o ad iniziativa pubblica.

Quando la crisi investe imprese di dimensioni significative, solitamente articolate in "gruppi", l'accordo con i creditori viene spesso ricercato stragiudizialmente. La preferenza per la **soluzione privatistica** è legata da un lato agli elevati costi del ricorso alla via pubblica – anche se la composizione stragiudiziale non è certamente esente da apprezzabili costi – e alla maggior perdita di credibilità dell'impresa legata al suo assoggettamento ad una procedura concorsuale; dall'altro e soprattutto alla maggiore snellezza ed elasticità di un *iter* affidato esclusivamente all'imprenditore ed ai suoi naturali interlocutori. Tuttavia essendo la regolazione completamente rimessa all'autonomia privata e quindi vincolante unicamente per i creditori che via aderiscono: *a*) vi è la necessità di una massiccia adesione di creditori, assai superiore a quella richiesta in caso di ricorso alla via pubblica ove trova applicazione il principio di maggioranza; *b*) la mancanza di una struttura pubblica di controllo e la correlativa mancanza di protezione contro iniziative individuali (azioni esecutive, costituzione di ipoteche giudiziali) impone di fronteggiare le azioni dei *free riders*, per lo più reperendo con immediatezza le risorse per il loro soddisfacimento integrale. In caso di insuccesso e di apertura di una procedura di fallimento si pone, poi, il problema del trattamento dei debiti contratti – in particolare con il sistema bancario chiamato spesso a supportare la prosecuzione dell'attività concedendo, come dicono gli aziendalisti, "nuova finanza" – e degli atti compiuti dall'imprenditore. All'esigenza di favorire le composizioni stragiudiziali risponde ora la previsione dell'esenzione da revocatoria di atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista indipendentemente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti

procedura di regolazione della crisi prima che si sia manifestata l'insolvenza si tradurrebbe in una indebita limitazione della libertà di iniziativa economica e potrebbe prestarsi a manovre poco trasparenti sta a fondamento del riconoscimento al solo debitore dell'iniziativa a richiedere l'apertura della procedura concorsuale in presenza di un rischio di insolvenza: così in Germania (§ 18 *InsO*) – laddove già nella legislazione previgente il debitore poteva richiedere l'apertura della procedura di fallimento anche in caso di rischio di insolvenza (§ 102 *Konkursordnung*) – ed in Spagna (art. 2, 3° comma, *ley concursal*).

dall'art. 28, lett. a) e b) (art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall.).

Nell'esperienza statunitense è stata escogitata una via ibrida tra la via privatistica e quella pubblica, rappresentata dalla ristrutturazione del passivo prenegoziata con i creditori (*pre-packaged bankruptcy*), costituente una via preferenziale per l'accesso alla procedura di *reorganisation*⁴ ed ai vantaggi che essa offre (protezione contro le azioni esecutive, sottoposizione del piano all'approvazione della maggioranza). A questa esperienza si ricollega in qualche misura l'**accordo di ristrutturazione dei debiti** (art. 182 *bis* l. fall.) prenegoziato con creditori rappresentanti una maggioranza di rilievo – anche se inferiore a quella che risulta ordinariamente necessaria per una composizione stragiudiziale – accordo che può essere depositato nelle forme e con la documentazione prevista per la domanda di ammissione a concordato preventivo ed è soggetto ad omologazione del tribunale. Se l'accordo con la maggioranza – che deve essere di almeno il 60% dei crediti – si forma stragiudizialmente, il percorso successivo segue dunque la via pubblica della sottoposizione al tribunale per l'emanazione di quel provvedimento di omologazione, cui è subordinata l'esenzione da revocatoria di atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione dell'accordo.

La via (interamente) pubblica della regolazione della crisi attraverso un accordo con i creditori è rappresentata dal **concordato preventivo**, in quanto l'accordo si raggiunge nell'ambito della procedura e quindi sotto la copertura dell'ombrello protettivo aperto automaticamente con l'ammissione alla procedura medesima. La regolazione della crisi è destinata a realizzarsi con l'accettazione da parte dei creditori, a maggioranza, di sacrifici che – secondo quanto prevede l'art. 160 – non sono più ancorati a parametri rigidi. La valorizzazione dell'autonomia privata con la attribuzione ai soli creditori della valutazione, a maggioranza, della convenienza della proposta del debitore e della fattibilità del piano di regolazione della crisi ad essi sottoposto, implica un ridimensionamento del ruolo degli organi della procedura, chiamati ad un controllo di mera legittimità, salva l'esigenza di una valutazione anche di merito quando risulti una disparità di valutazioni fra la maggioranza delle classi di creditori e classi di creditori dissenzienti e venga sollevata controversia con opposizione ad omologa da parte di creditori delle classi dissenzienti.

La possibilità di regolazione della crisi attraverso un accordo con i creditori che si limiti ad un riscadenziamento dei debiti certamente può esservi: anche se in tal caso appare quanto meno improbabile che si renda necessario il ricorso ad una procedura. Tuttavia nella legge fallimentare del 1942 era preveduta la procedura di amministrazione controllata – abolita con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 – alla scadenza della quale il debitore doveva essere in grado di

⁴ Per una sintetica illustrazione della procedura di *reorganisation* si veda C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 65.

adempiere regolarmente le obbligazioni, corrispondendo addirittura anche gli interessi maturati nel corso della procedura medesima. In realtà alla richiesta formale di una moratoria, nella quale si sostanziava il ricorso per ammissione alla procedura di amministrazione controllata, si accompagnavano di frequente richieste ai creditori di accordi concordatari stragiudiziali, in difetto dei quali alla scadenza il debitore si vedeva costretto a proporre un concordato preventivo od a subire il fallimento.

Nel quadro uscito dalla riforma risalente ormai a un decennio fa, anche ove la crisi possa essere superata con un semplice riscadenziamento dei crediti l'accordo con i creditori deve rivestire una delle due forme sopra illustrate, quella del concordato preventivo o quella dell'accordo di ristrutturazione dei debiti; ma con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2015, n. 132 è stata introdotta la possibilità di estendere il contenuto degli accordi di ristrutturazione raggiunti con i creditori appartenenti alla categoria di banche e intermediari finanziari ai creditori appartenenti a quella stessa categoria che – pur essendo stati coinvolti nelle trattative ed essendo destinatari di trattamenti paritari e convenienti – non abbiano accettato di aderirvi; ed è stato anche introdotto il nuovo istituto della *moratoria* che, coinvolgendo il medesimo ceto di creditori istituzionali, può assicurare all'imprenditore in crisi le condizioni per uscirne, senza fare ricorso alla più complessa e onerosa procedura di concordato preventivo e senza coinvolgere le altre categorie di creditori in un accordo di ristrutturazione.

Quando un accordo con i creditori – stragiudiziale o giudiziale – non viene ricercato o non si raggiunge o non viene eseguito, la regolazione della crisi può essere imposta ad debitore (od anche da lui richiesta) in una procedura di **fallimento**, che pure nel nuovo sistema conserva la struttura di procedimento esecutivo.

Se la regolazione della crisi dell'impresa in una procedura è ordinariamente affidata all'autorità giudiziaria, nel nostro ordinamento, tuttavia, la gestione della crisi è non di rado rimessa all'autorità amministrativa. Ciò avviene:

a) per gli enti pubblici e per le imprese soggette a controllo pubblico (banche, assicurazioni, S.I.M.), che sono assoggettabili a **liquidazione coatta amministrativa**: procedura modellata su quella di fallimento, tanto che nel linguaggio corrente, quando, ad esempio, si fa riferimento ad una banca assoggettata a liquidazione coatta amministrativa, si parla di fallimento della banca;

b) per le imprese di dimensioni di un certo rilievo, in particolare per il numero dei dipendenti: per queste imprese – e sempreché non venga raggiunto un accordo preventivo con i creditori – il fallimento non è aprioristicamente escluso, ma può essere dichiarato soltanto dopo un periodo di osservazione sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, diretto a verificare se sussistono concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, in presenza delle quali viene aperta non una procedura giudiziaria di

fallimento, ma una procedura amministrativa di **amministrazione straordinaria**, volta alla conservazione del patrimonio produttivo, nella quale la gestione della crisi è affidata al Ministero dello Sviluppo Economico.

Poiché nella procedura di amministrazione straordinaria la conservazione del patrimonio produttivo può essere perseguita anche attraverso la cessione di alcuni soltanto dei complessi aziendali in esercizio e la cessione, cui si accompagna l'obbligazione dell'acquirente di proseguire l'attività per almeno un biennio, è agevolata dalla previsione di scomputo sul prezzo della redditività negativa, cioè delle ipotizzabili perdite future, risulta evidente che assai raramente le "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" possono essere escluse: sicché l'assoggettamento ad amministrazione straordinaria, anziché a fallimento delle imprese aventi i requisiti dimensionali preveduti dalla legge che disciplina l'amministrazione straordinaria, si può considerare nella maggior parte dei casi del tutto scontato.

Per le imprese di dimensioni ancor maggiori – ma solo teoricamente dopo il ridimensionamento dei limiti di accesso preveduto con il d.l. 29 novembre 2004, n. 281, convertito nella l. 28 gennaio 2005, n. 6 – l'amministrazione straordinaria può, poi, essere richiesta dal debitore direttamente al Ministero, senza passare per la fase di osservazione.

Ne consegue che la procedura di fallimento rimane per lo più riservata alle imprese che, da un punto di vista economico, devono essere considerate piccole o medio piccole, mentre per le imprese che non superano le soglie di fallibilità previste dall'art. 1, 2° comma e per il debitore non imprenditore è stata recentemente introdotta (dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3, profondamente modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con modif. nella l. 17 dicembre 2012, n. 221) la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento e della liquidazione del patrimonio dei debitori non fallibili, che completa il panorama delle procedure concorsuali⁵.

3. La regolazione della crisi fra liquidazione e conservazione del patrimonio produttivo

Qualunque sia il percorso seguito, gli esiti della regolazione della crisi dell'impresa, sono, in alternativa, il risanamento, la cessione dell'azienda o dei complessi aziendali, la liquidazione atomistica del patrimonio del debitore.

La **liquidazione atomistica** costituisce l'alternativa peggiore non solo per una equilibrata composizione degli interessi coinvolti nella crisi, ma anche se si consideri soltanto l'interesse dei creditori, che può essere in qualche misura

⁵ La nuova disciplina si applica però anche all'imprenditore agricolo e alle *start-up* innovative costituite in forma di s.r.l., le cui attività possono superare le soglie dell'art. 1, 2° comma. V. *infra*, parte IV.

soddisfatto attraverso una più fruttuosa liquidazione. La estrema difficoltà se non la assoluta impossibilità di monetizzare, nell'ambito di una liquidazione atomistica, i valori immateriali dell'impresa e l'estremamente depresso valore di realizzo dei beni materiali al di fuori dell'esercizio dell'impresa, danno ragione della affermazione, corrente da tempo memorabile, secondo la quale il fallimento – considerato come procedura preordinata alla liquidazione atomistica – rappresenta uno strumento di distruzione di ricchezza e si traduce nello scaricare sui creditori le perdite subite dall'insolvente.

La **cessione dell'azienda** costituisce un modo alternativo di liquidazione che, con la conservazione dell'organismo produttivo, consente nel contempo un più fruttuoso realizzo del patrimonio dell'insolvente e la tutela anche di altri interessi coinvolti nel dissesto: quello dei dipendenti alla conservazione del posto di lavoro, quello dei fornitori alla prosecuzione dei rapporti di fornitura, ecc.

Perché si possa addivenire alla cessione dell'azienda devono sussistere ovviamente gli imprescindibili presupposti economici: occorre cioè che, passando in altre mani, il complesso aziendale possa riacquistare la capacità di produrre reddito. Ove detti presupposti sussistano la cessione dell'azienda può costituire una modalità della liquidazione fallimentare o di una liquidazione concordataria e non soltanto un possibile modo di regolazione della crisi delle grandi imprese insolventi nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria.

L'alternativa del **risanamento** è quella la cui realizzazione presenta le maggiori e non di rado insormontabili difficoltà: non solo un risanamento che non comporti sacrifici per i creditori – come testimonia il fallimento della procedura giudiziale di amministrazione controllata – ma anche quello che passi attraverso sacrifici concordati con i creditori, come preveduto nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Emblematica è proprio l'esperienza di questa procedura, alla luce della disciplina introdotta con il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che prevede l'alternativa fra “ristrutturazione dell'impresa” cioè il risanamento e la “cessione dei complessi aziendali”: a quanto risulta da una verifica effettuata nel febbraio 2005 su 39 società ammesse a questa procedura, per una soltanto è stata battuta la via della ristrutturazione⁶.

Infatti, nonostante i ripetuti incitamenti ad una tempestiva denuncia della crisi, assai spesso l'imprenditore tende ad occultare – qualche volta anche a se stesso – la situazione di crisi, sicché anche quando l'equilibrio fra costi e ricavi sia stato alterato soltanto da un peso eccessivo degli oneri finanziari o dal drenaggio di liquidità dovuto alla scelta di far affluire risorse finanziarie ad altre società del gruppo nel quadro di una spesso dissennata politica di diversifica-

⁶ V. *Amministrazione straordinaria/Cosa fanno i commissari/Tutte le vendite della “Prodi”*, in *Il Sole-24 Ore*, 26 febbraio 2005.

zione delle attività, al risanamento non si riesce ad addivenire, se non raramente, attraverso la ristrutturazione dei debiti, e vi si può arrivare piuttosto – secondo il modello previsto dalla procedura di amministrazione straordinaria disciplinata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 e successive modificazioni, emanato in occasione della crisi Parmalat, modello ora utilizzabile anche nelle procedure giudiziali di concordato, preventivo e fallimentare – scrollandosi di dosso i debiti ed offrendo ai creditori la partecipazione ad un'impresa “risanata” e quindi la prospettiva di un parziale recupero attraverso la partecipazione agli utili futuri o la monetizzazione della partecipazione ove la società “risanata” venga quotata.

4. Imprenditore e impresa nella regolazione della crisi

A questo punto occorre chiedersi qual è la sorte dell'imprenditore.

In proposito va tenuta distinta la nozione di imprenditore in senso giuridico formale e di imprenditore in senso economico. Al di là del caso, del tutto marginale, dell'impresa individuale, la qualifica di imprenditore in senso giuridico-formale spetta alla società in nome della quale vengono compiuti gli atti di impresa. Ma in senso economico imprenditore è il “socio di riferimento” o il “gruppo di soci” che controlla la società e ne influenza gli indirizzi o, ancora, nelle società di modeste dimensioni, anche l'intera compagine sociale.

Orbene il risanamento dell'imprenditore in senso giuridico-formale (la società) passa, spesso, attraverso quello che nel d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, sull'amministrazione straordinaria, viene chiamato il “mutamento degli assetti imprenditoriali”, cioè la sostituzione di un nuovo imprenditore (in senso economico) a quello coinvolto nella crisi: “mutamento degli assetti imprenditoriali” che può conseguire alla conversione di crediti in capitale, alla ricapitalizzazione della società ad opera di soggetti diversi dai vecchi soci e, nei casi di soluzioni concordatarie, attraverso l'intervento di un assuntore che è allora, anche da un punto di vista giuridico-formale, soggetto diverso dalla società coinvolta dalla crisi. La regolazione della crisi si attua, quindi, spesso con l'espulsione dal mercato dell'imprenditore – intesa l'espressione in senso economico e talora, come nel caso dell'assunzione del concordato, pure in senso giuridico-formale – anche quando dal mercato non viene espulsa l'impresa.

Fenomeno speculare è quello che viene denominato della “sindrome della Fenice”, quello cioè del risorgere dalle sue ceneri del vecchio imprenditore (in senso economico): fenomeno che si verifica quando la società che assume un concordato o che acquista l'azienda o rami d'azienda nella liquidazione fallimentare, è costituita, in tutto o in parte, dai vecchi soci; e che si spiega ove si consideri che nessuno meglio dell'imprenditore è in grado di stabilire il reale valore dell'impresa ed è in grado di formulare una proposta per i creditori più favorevole di quella che potrebbe pervenire da altri, se non addirittura l'unica

proposta⁷. La regolazione della crisi si attua, in tal caso, non con l'espulsione dell'imprenditore dal mercato, ma con l'espulsione dall'impresa dei debiti.

5. *Il soddisfacimento dei creditori, il ruolo del giudice ed il declino della par condicio*

Secondo una affermazione ormai tralatizia il fallimento e le altre procedure concorsuali sono dirette ad assicurare il soddisfacimento dei creditori e per soddisfacimento si intende tradizionalmente un pagamento almeno parziale.

In realtà la funzione delle procedure concorsuali è – come si è detto – essenzialmente quella di regolare la crisi dell'impresa e questa regolazione passa anche attraverso il riconoscimento ai creditori di un qualche soddisfacimento. La soluzione tradizionale dell'attribuzione ai creditori, secondo le regole della cosiddetta *par condicio*, di una somma di denaro correlata al ricavato della liquidazione del patrimonio del debitore o nella misura dell'offerta fatta nell'ambito di un accordo concordatario è però in parte superata. Nelle soluzioni concordatarie giudiziali – e pure in quelle inserite in un procedimento di amministrazione straordinaria delle imprese coinvolte in crisi di particolare rilevanza – è dato di proporre ai creditori forme di soddisfacimento fra le più varie: dalla cessione di beni all'attribuzione di azioni, quote, obbligazioni, *warrant*, ecc.: e la valutazione di forme e misura del soddisfacimento è rimessa essenzialmente ai creditori.

Certo la disponibilità dei creditori ad accettare anche proposte di soddisfacimento che, come l'attribuzione di partecipazioni nella società risanata o ceduta, sono in realtà soltanto aspettative di soddisfacimento, è spesso influenzata dalla preoccupazione ingenerata dal timore o dalla consapevolezza dell'assenza di valide alternative. Ma trattandosi di decidere – nell'ambito della regolazione della crisi dell'impresa – della sorte dei creditori, si è scelto di riservare ad essi soltanto la valutazione dei propri interessi, senza che il tribunale possa sovrapporre d'ufficio una propria valutazione a quella espressa dalla maggioranza.

Il ruolo del giudice si sta, dunque, riducendo a quello di garante della legalità e la tendenza è quella ad una netta distinzione dei ruoli anche nel fallimento: affidamento al curatore ed ai creditori delle scelte gestionali, affidamento al giudice del controllo di legalità e della risoluzione dei conflitti.

L'ampia valorizzazione dell'autonomia privata nelle pattuizioni concordatarie implica poi un ridimensionamento del principio della *par condicio credi-*

⁷ Di questo fenomeno sembra aver preso atto la *Insolvenzordnung* tedesca, laddove considera legittima la vendita dell'azienda quando l'acquirente o una persona che partecipa al suo capitale per almeno un quinto è "persona contigua al debitore", richiedendosi però in tal caso l'assenso dell'assemblea dei creditori.

torum, che tradizionalmente caratterizza le procedure concorsuali.

Per la verità l'espressione *par condicio* è impropria. L'espressione, infatti, è volta a descrivere il principio, sancito dall'art. 2741, 1° comma, c.c., per il quale "i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore". Tuttavia la riserva ("salve le cause legittime di prelazione") contenuta in detta norma vale ad evidenziare che il principio della *par condicio creditorum* ha, in realtà, valore residuale: si applica cioè all'interno di ciascuna categoria omogenea di creditori (creditori privilegiati aventi lo stesso grado, creditori chirografari). Nel rapporto fra le varie categorie di creditori, per contro, vige non già il principio di parità di trattamento, bensì quello di preferenza: così il creditore pignoratizio è preferito ai creditori aventi privilegio speciale sui beni mobili dati in pegno; i creditori aventi privilegio speciale su beni immobili sono anteposti ai creditori ipotecari (art. 2748 c.c.); i creditori privilegiati, infine, vanno soddisfatti secondo l'ordine stabilito dagli artt. 2777, 2778 e 2780 c.c. Nel soddisfacimento dei creditori, quindi, più che il principio di parità di trattamento (o *par condicio creditorum*), vanno rispettate le **regole sulla graduazione dei crediti** e solo in via residuale il principio della *par condicio*⁸.

In ogni caso trattasi di principio non agevolmente compatibile con le esigenze di una soluzione concordataria della crisi. Vi sono infatti spesso creditori aventi la stessa posizione giuridica, ma interessi economici differenti: si pensi ai piccoli creditori aventi la posizione giuridica di creditori chirografari, ma per i quali l'attribuzione dello stesso trattamento previsto per i grossi creditori può non sembrare giustificato da un punto di vista economico. Queste esigenze di trattamenti differenziati di creditori aventi la stessa posizione giuridica ma interessi economici non omogenei è stata da sempre tenuta presente nelle composizioni stragiudiziali, ma anche nel concordato giudiziale, in qualche misura, è stato possibile soddisfarle utilizzando l'istituto della postergazione e quindi grazie a rinunce individuali alla collocazione spettante per legge. Ora, con la previsione della suddivisione per classi nel concordato – sulla scorta dell'esperienza statunitense e di quella tedesca – il trattamento differenziato diventa possibile, nell'ambito di ciascuna classe, a maggioranza.

L'ambito di applicazione del principio della *par condicio*, inteso nel senso sopra chiarito di osservanza delle regole sulla collocazione dei crediti si restringe in tal modo ancor più e finisce con il caratterizzare essenzialmente la sola procedura di fallimento e quella di liquidazione coatta amministrativa.

⁸ Il principio sancito dall'art. 2741 c.c. ("i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione") – diversamente da quanto accadeva in origine, nel diritto intermedio, allorché vigea il principio *prior in tempore, potior in iure* e solo nel fallimento trovava applicazione la regola del concorso – ha carattere generale e si applica in linea di massima anche nell'esecuzione individuale, disciplinata dagli artt. 474 ss. c.p.c., quando – per effetto di più pignoramenti sugli stessi beni o dell'intervento tempestivo nell'esecuzione di altri creditori – più creditori partecipano, in concorso fra di loro, alla distribuzione del ricavato dei beni coattivamente venduti.

PARTE PRIMA
IL FALLIMENTO

CAPITOLO PRIMO

I PRESUPPOSTI DEL FALLIMENTO

Sezione I

QUALITÀ DI IMPRENDITORE COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Origine storica e ragioni della limitazione del fallimento agli imprenditori commerciali. – 2. L'imprenditore e l'impresa. – 3. Imprenditore, lavoratore autonomo, professionista intellettuale. – 4. L'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo. – 5. L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa. – 6. Dimensione dell'impresa e imprese del gruppo. – 7. Acquisto e perdita della qualità di imprenditore.

1. *Origine storica e ragioni della limitazione del fallimento agli imprenditori commerciali*

L'art. 1 l. fall. statuisce che “sono soggetti alle disposizioni sul fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale”. Ne sono, quindi, esclusi gli imprenditori agricoli¹, coloro che esercitano professioni intellettuali ed ogni altro debitore.

La limitazione del fallimento agli imprenditori commerciali risponde alla nostra tradizione storica. L'origine del fallimento va, infatti, individuata nelle legislazioni statutarie del Basso Medioevo, nelle quali il fallimento fu istituito applicabile essenzialmente ai **mercanti**. Anche se nelle legislazioni più tarde e, in particolare, in quelle degli inizi dell'EvoModerno, non mancano esempi di assoggettabilità a fallimento anche di chi non esercitava la mercatura, questa disciplina appariva come frutto di estensione al di là della cerchia dei mercanti di un istituto preveduto in origine per essi: così, ad esempio, negli statuti dei mercanti bolognesi del 1550 si fa riferimento ad “alcuna persona habitante

¹ Il codice civile disciplina l'imprenditore in generale (artt. 2082 ss.), distinguendo poi gli *imprenditori agricoli* (artt. 2135 ss.) dagli *imprenditori commerciali* (artt. 2195 ss.). Si ritiene comunemente non sia configurabile quale *tertium genus* una categoria di *imprenditori civili*.

nella città o contà di Bologna ... di qualunque conditione ... la quale non si esercitasse in alcuno mistiero o traffico”, stabilendosi che contro di essa si potesse procedere “così com’egli fosse artifice, et havesse botega et statione”.

Nel passaggio alle moderne codificazioni la legislazione italiana, pur coerente alla nostra tradizione storica, si è ispirata però in via immediata alla legislazione napoleonica, che disciplinava il fallimento nel *code de commerce* del 1807 e ne limitava l’applicazione ai commercianti. Così, sia nel codice di commercio del 1865, che in quello, di poco successivo, del 1882, entrambi modellati sul *code de commerce*, il fallimento viene disciplinato come istituto applicabile solo ai **commercianti**.

La separazione tra legislazione civile contenuta nel codice civile e legislazione commerciale contenuta nel codice di commercio caratterizza i numerosi progetti di riforma successivi all’entrata in vigore del codice di commercio del 1882 e ancora alla fine degli anni ’30 viene elaborato dalla commissione Asquini un progetto di codice di commercio. Solo in ossequio ad una direttiva dell’ultima ora si procede, nel 1942, alla unificazione, concentrando in un unico testo normativo – per l’appunto il codice civile – sia la materia civile, che quella commerciale. Fu allora giuocoforza estrapolare la materia fallimentare, fatta oggetto di un testo normativo separato, nel quale venne travasato, senza apprezzabili variazioni, il contenuto di quel libro del progettato nuovo codice di commercio, che era dedicato alla disciplina del fallimento. Così ancora la legge fallimentare del 1942 statuiva – come si è ricordato – che sono soggetti alle disposizioni sul fallimento gli **imprenditori che esercitano un’attività commerciale** e nella Relazione del Guardasigilli si ricordava che “sono fin troppo note, perché qui debbano essere richiamate, le ragioni che hanno determinato il sorgere del fallimento come istituto proprio dei commercianti: conviene solo ricordare che in questo senso è sempre stata la tradizione italiana, anche se le leggi moderne che hanno determinato la distinzione tra debitore commerciante e non commerciante ripetono la loro origine immediata dal codice francese”.

La riforma del 2006 ha lasciato immutata la limitazione, che si giustifica ove si consideri che – a differenza degli ordinamenti nei quali nell’esecuzione individuale trova applicazione il principio *prior in tempore potior in iure* e solo nelle procedure concorsuali opera il principio di parità di trattamento – la *par condicio creditorum* (nel senso sopra precisato *sub 5* dell’Introduzione) caratterizza l’esecuzione individuale oltre che quella concorsuale ed il fallimento, perciò attivabile anche ad iniziativa pubblica, risponde all’esigenza di regolazione della crisi delle imprese per quelle “ripercussioni che il dissesto produce nell’economia generale”, che sono state sottolineate dal giudice delle leggi (Corte cost. 8 agosto 1985, n. 433), esigenza non ravvisabile invece quando a non essere in grado di far fronte ai propri impegni sia il debitore civile.

La limitazione, sul piano pratico, si giustifica anche per l’inadeguatezza delle

nostre strutture giudiziarie², che non di rado ha indotto i tribunali maggiormente oberati ad escogitare prassi, alcune delle quali recepite con la recente riforma, volte a porre un freno alla corsa da parte dei creditori all'istanza di fallimento come strumento di pressione per conseguire pagamenti, pur in presenza di dissesti non particolarmente rilevanti.

La previsione, con la riforma, accanto alla tradizionale esdebitazione per accordo con i creditori da essi considerato conveniente (concordato fallimentare), anche di una esdebitazione “per buona condotta” (*infra*, cap. VIII, § 9), implica certo una disparità di trattamento fra imprenditore commerciale assoggettabile a fallimento, che in esito alla liquidazione concorsuale può conseguire la liberazione dai debiti residui ed il debitore civile – ad esempio il socio o l'amministratore che avesse massicciamente garantito con fidejussioni debiti della società – che, non potendo fallire, non può nemmeno ottenere l'esdebitazione. Ma la soluzione del problema non poteva essere ricercata attraverso l'estensione del fallimento al debitore civile – che sarebbe stata, oltretutto, in contrasto con la delega che prevedeva, all'opposto, “l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicazione dell'istituto (del fallimento)” – ed è stata ora perseguita con la previsione di una procedura apposita³ quella della “composizione delle crisi da sovraindebitamento” introdotta con la l. n. 3/2012.

2. *L'imprenditore e l'impresa*

Nel nostro ordinamento il fallimento si applica, dunque, solo agli imprenditori commerciali. Occorre, quindi, chiedersi innanzitutto chi è l'imprenditore.

L'imprenditore, secondo quanto dispone l'art. 2082 c.c., è colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi. Ci si chiede, allora, cosa si debba intendere per attività di produzione o scambio di beni o di servizi (e si esclude

² L'inadeguatezza è legata anche al ruolo attribuito al giudice in tutte le fasi della liquidazione concorsuale – ruolo in parte ridimensionato con la riforma – a differenza di quanto preveduto in altri ordinamenti, come quello tedesco, nel quale al giudice delle insolvenze – presso l'*Amtsgericht*, corrispondente a quello che nel nostro ordinamento era l'ufficio del pretore – sono riservate in via esclusiva solo poche competenze (apertura del procedimento, emanazione dell'ordine di arresto del debitore), mentre le altre attribuzioni – salva la facoltà del giudice delle insolvenze di avocare a sé la procedura – sono attribuite ad un ausiliario di giustizia (*Rechtspfleger*) istituito con l. 5 novembre 1969.

All'istituzione nel nostro ordinamento di un ausiliario di giustizia osta – oltre all'eterno convincimento di poter risolvere i problemi di sollecito svolgimento delle procedure a colpi di riforma della normativa processuale – anche l'ormai cronica carenza di risorse economiche.

³ Come nell'ordinamento francese, nel quale con l'art. 334-4, l. n. 93-949 del 26 luglio 1993, modificato dalla l. n. 98-657 del 29 luglio 1998 è stata introdotta una procedura per il caso di *surendettement des particuliers*; la disciplina è stata successivamente modificata nel 2010 e nel 2014 e trova oggi collocazione nel Titolo III del Libro III del *Code de la consommation*.

vi possa essere ricondotta l'attività di chi si limita a concedere in locazione i propri immobili; o l'attività dello speculatore di borsa); se il carattere economico dell'attività implichi il perseguimento di un fine di lucro o sia sufficiente l'astratta economicità, cioè l'astratta idoneità a coprire i costi con i ricavi (e si esclude comunque dal campo delle attività economiche quella di mera erogazione di beni o di servizi); se il requisito della professionalità sia configurabile nel caso del compimento di un solo affare (e si risponde che anche un singolo affare può implicare lo svolgimento di un'attività protratta nel tempo, nella quale può essere configurabile il requisito della professionalità).

A questo punto occorre però considerare che ad essere assoggettabile a fallimento – come si è ricordato (v. Introduzione, § 4) – è l'imprenditore in senso giuridico formale, non l'imprenditore in senso economico.

In origine questa distinzione non era configurabile. Il soggetto giuridico che esercitava professionalmente l'attività economica si identificava nella **persona fisica** del mercante, che rispondeva delle obbligazioni contratte nell'esercizio della mercatura con tutto il suo patrimonio; ed anche quando la mercatura veniva esercitata da compagnie di mercanti – assimilabili alle odierne società di persone⁴ – l'attività veniva riferita alle persone fisiche, ai *plures mercatores unam mercantiam gerentes*.

Solo più tardi, quando per affrontare grandi imprese emerge la necessità di disporre di ingenti capitali, fa la sua comparsa il modello della società caratterizzata dalla limitazione della responsabilità dei soci, il cui prototipo viene individuato nella Compagnia Olandese delle Indie Orientali, costituita nel 1602. Il soggetto cui viene riferita l'attività economica e che risponde delle obbligazioni assunte per la realizzazione dell'impresa, cessa di essere una persona o una pluralità di persone fisiche e diventa la **persona giuridica** società⁵.

La limitazione della responsabilità dei soci, cui si ricollega l'identificazione dell'imprenditore nella persona giuridica società, rimane tuttavia a lungo una eccezione, un beneficio accordato con autorizzazione del sovrano e, successivamente dell'autorità amministrativa, in considerazione dell'utilità dell'affare e delle prospettive di successo aperte dalla concentrazione dei capitali raccolti per l'impresa.

Ad un certo momento, però, la limitazione di responsabilità cessa di essere un beneficio accordato sulla base di una valutazione di merito e viene riconosciuta in base alla semplice verifica della ricorrenza delle condizioni stabilite

⁴ Alle quali viene attribuita la qualifica di imprenditore, mentre i soci, anche se illimitatamente responsabili, secondo una peraltro discutibile opinione non vengono considerati imprenditori nemmeno indiretti.

⁵ Sull'emersione nell'impresa come unione autonoma di capitali finanziari si può leggere l'ancor oggi interessante scritto, risalente al 1904, del giurista austriaco F. KLEIN, *I recenti sviluppi nella costituzione e nella disciplina della società per azioni*, pubblicato nella traduzione italiana in *Riv. soc.*, 1964, 387 ss.

dalla legge per la legale costituzione della società di capitali. Nel nostro ordinamento ciò avviene con il codice di commercio del 1882.

A questo punto la società di capitali, imprenditore in senso giuridico formale che risponde dei debiti contratti per l'esercizio dell'impresa e che è assoggettabile a fallimento, può continuare ad essere una "unione autonoma di capitali finanziari" – che caratterizza le *public companies*, in Italia, per la verità, costituenti una rarità – ma può anche diventare lo strumento per limitare la responsabilità di coloro che sono **gli imprenditori in senso economico**. Si assiste, così, al fenomeno della corsa alla limitazione della responsabilità attraverso la costituzione di una società di capitali per un determinato affare seguita dallo scioglimento della società ad affare concluso e dalla costituzione di un'altra società di capitali per un nuovo affare dello stesso tipo; o attraverso la costituzione di un gruppo di distinte società per lo svolgimento di differenti fasi di una stessa impresa o per operare in differenti zone.

L'unico limite all'utilizzo dello schermo della persona giuridica era costituito, sino a qualche tempo fa, dall'esigenza che l'attività d'impresa fosse riconducibile ad una pluralità – effettiva⁶ – di persone, riprendendo vigore il principio della responsabilità illimitata in caso di concentrazione in unica persona di tutte le partecipazioni sociali.

Di recente, tuttavia, movendo dal convincimento della idoneità della limitazione di responsabilità a favorire lo sviluppo delle iniziative economiche, è stata preveduta l'ammissibilità di società unipersonali a responsabilità limitata, che possono appartenere sia al tipo della società a responsabilità limitata, che a quello della società per azioni. La distinzione tra imprenditore in senso giuridico formale e imprenditore in senso economico si manifesta, allora, in tutta la sua pienezza e poiché ad essere assoggettabile a fallimento è quella parte del patrimonio dell'unico socio che viene imputato alla società unipersonale, acquista un suo indiscutibile significato descrittivo l'affermazione che il fallimento investe non l'imprenditore, ma l'impresa, attraverso la finzione dell'attribuzione della personalità giuridica ad una struttura appartenente nella sua interezza ad una persona fisica (od anche ad una persona giuridica⁷).

Se la persona giuridica è l'unico soggetto che risponde di tutti i debiti contratti per l'esercizio dell'impresa o, se vogliamo, se di detti debiti risponde il patrimonio separato attraverso l'imputazione alla persona giuridica società considerata imprenditore in senso giuridico formale, l'imprenditore in senso economico – cioè l'unico socio o, nelle società pluripersonali, il gruppo di soci o il socio di riferimento o, ancora, quello che nelle società a partecipazione

⁶ Sicché in presenza di una pluralità formale di soci conseguente ad intestazioni fittizie o fiduciarie trovava applicazione la disciplina delle società di capitali con unico socio (cfr. Cass. 29 novembre 1983, n. 7152).

⁷ Cass. 27 agosto 1987, n. 7064.

pubblica viene denominato il socio imprenditore – è chiamato a rispondere, in forza delle garanzie prestate a quei creditori d'impresa ai quali non sia stato possibile rifiutarle, di una parte, spesso assai rilevante, dei debiti relativi all'attività d'impresa; e la limitazione di responsabilità finisce con l'operare soltanto in danno dei creditori deboli. Tuttavia, sin quando vengono rispettate le regole del giuoco, cioè sin quando l'imprenditore in senso economico utilizza correttamente le strutture apprestate dall'ordinamento per limitare la responsabilità, non può essere chiamato a rispondere se non nei limiti del conferimento in società o delle garanzie prestate.

Una responsabilità illimitata per i debiti della società e l'assoggettabilità a fallimento è stata invece prospettata a carico di quello che è stato significativamente denominato il **socio tiranno**, di colui cioè che non rispetta le regole del giuoco e si serve della società come cosa propria. La tesi dell'assoggettabilità a fallimento del socio tiranno, emersa in Francia nella giurisprudenza degli anni 30 del secolo scorso e successivamente ivi recepita legislativamente⁸ e mai accolta dalla nostra giurisprudenza⁹ è stata rispolverata nel corso dei lavori della Commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali costituita con d.m. 28 novembre 2001: e mentre nell'articolato approvato dalla maggioranza era stata prevista l'estensione della procedura anche a chi, ancorché socio limitatamente responsabile, avesse fraudolentemente disposto della società come cosa propria ovvero, nell'interesse proprio o di terzi, avesse dolosamente attuato una gestione idonea a determinare l'insolvenza, nell'articolato predisposto dalla minoranza l'estensione della procedura non era stata preveduta, osservandosi – come si legge nella Relazione generale – che “tanto il problema del socio tiranno quanto i problemi dell'amministratore di fatto debbono essere affrontati in termini di accertamento di responsabilità e di risarcimento danni che ne conseguono e non già in termini di imputazione dell'attività o di utilizzazione sanzionatoria della procedura”. È certamente vero che lo strumento dell'azione di responsabilità è spesso un'arma spuntata, come insegna l'esperienza delle azioni di responsabilità contro gli amministratori, ma non si può sottacere il rilievo, sottolineato nella citata Relazione, della “tendenza a generalizzare il beneficio della responsabilità limitata (società per azioni unipersonali, patrimoni destinati)”; né trascurare l'esperienza dell'estensione del fallimento laddove nelle società personali è certamente ammissibile

⁸ Laddove si prevede che *le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale per avere sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel; disposé des biens de la personne morale comme des siens propres; poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale* (art. 653-4 code de commerce).

⁹ V. infatti, Cass. 9 dicembre 1976, n. 4572. Ma nella giurisprudenza di merito affiora ogni tanto la tentazione di estendere il fallimento al socio tiranno: v., ad esempio, Trib. Sulmona 8 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 952.

(estensione al socio di fatto o all'accomandante che si assuma essersi ingerito nella gestione), estensione talora perseguita con una certa disinvoltura.

Con la riforma del 2006 la proposta formulata dalla maggioranza della Commissione non è stata accolta e l'ipotesi dell'estensione del fallimento a chi si serve della società come cosa propria ed è quindi l'imprenditore in senso economico – che opera con poco rispetto dell'etica degli affari – si deve considerare ormai tramontata.

L'unico strumento di possibile coinvolgimento nel fallimento di persone fisiche cui possa essere riconosciuta la veste di imprenditore in senso economico è allora quella della configurazione di una **impresa** o di una **società collaterale di finanziamento**, quando una persona fisica o un gruppo di persone gestisca partecipazioni di una pluralità di società di capitali ad esso facente capo. Si ritiene in tal caso configurabile una *holding* di tipo personale come autonoma impresa¹⁰: ed anche se non si richiede persegua un autonomo fine di lucro e sufficiente che “presenti obiettiva attitudine a perseguire utili economici per il gruppo o per le sue componenti” deve svolgere un'attività che “si espliciti in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio e, quindi, fonte diretta di responsabilità del loro autore” (Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439 e, da ultimo, Cass. 13 marzo 2003, n. 3724). Per i debiti contratti in nome delle singole società facenti capo a questa *holding* di tipo personale resta dunque fermo il principio di limitazione della responsabilità e l'imprenditore in senso economico risponde sostanzialmente solo dei debiti contratti per finanziare o sostenere altrimenti le società del gruppo, salva la responsabilità per violazione delle norme sulla direzione e coordinamento del gruppo (art. 2497 c.c.). D'altra parte, se è fermo che per l'imputazione alla holding delle obbligazioni di fonte contrattuale (e, così, per la sua autonomia fallibilita) è necessaria la spendita del nome, per le obbligazioni di fonte extracontrattuale (ad esempio per abuso nell'attività di direzione e coordinamento svolta dalla holding di fatto) la questione della esteriorizzazione della volontà non ha motivo di porsi, trattandosi appunto di obbligazioni di fonte non volontaria (Cass. 25 luglio 2016, n. 15346).

3. Imprenditore, lavoratore autonomo, professionista intellettuale

Nel titolo II del libro V del codice civile, intitolato “Del lavoro nell'impresa”, è contenuta la disciplina dell'imprenditore. Nel successivo titolo III è di-

¹⁰ La disciplina della direzione e coordinamento di società, introdotta con l'art. 5 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, riguarda “le società o gli enti” che esercitano attività di direzione e coordinamento. L'inapplicabilità degli artt. 2497 ss. c.c. novellato alla persona fisica – e, deve ritenersi, anche alle società di fatto – non esclude, tuttavia, la configurabilità di una *holding* personale come autonoma impresa.

sciplinato il lavoro autonomo, cui sono dedicate disposizioni generali sul contratto d'opera e disposizioni speciali relative alle professioni intellettuali.

Si disputa se al **lavoratore autonomo** possa essere attribuita la qualifica di imprenditore. Trattasi peraltro di questione che, ai fini che ci interessano, non assume rilievo. Il lavoratore autonomo, infatti, in ragione delle dimensioni dell'attività non sarebbe comunque assoggettabile a fallimento (v. *infra*, § 5).

A differenza del lavoratore autonomo il **professionista intellettuale** si avvale spesso di una struttura organizzativa, per lo più di modeste dimensioni, ma che può anche assumere dimensioni tutt'altro che trascurabili. In nessun caso, tuttavia, l'esercizio di una professione intellettuale implica l'applicazione delle norme sull'impresa. Qualunque sia la ragione per la quale l'esercizio di una professione intellettuale non viene fatto rientrare nello schema dell'attività d'impresa, non si può contestare che l'inapplicabilità delle norme sul fallimento si giustifica obiettivamente sotto un duplice profilo: quello della prevalenza, da un punto di vista qualitativo, dell'attività personale del professionista; e quello del minor allarme sociale della – peraltro infrequente – insolvenza del professionista rispetto a quella dell'imprenditore¹¹.

Queste conclusioni sono avvalorate dall'art. 2238, 1° comma, c.c., in forza del quale “se l'esercizio della professione costituisce elemento di una attività organizzata in forma d'impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II” ed il professionista intellettuale diventa, quindi, imprenditore. Si fanno, comunemente, gli esempi del medico che gestisce la casa di cura nella quale presta la propria opera professionale, dell'insegnante che gestisce una scuola privata, del farmacista in quanto rivende al pubblico le specialità prodotte dalle case farmaceutiche. In questi casi sulla prestazione dell'opera professionale prevale l'esercizio dell'attività d'impresa nella quale essa si inserisce; e l'insolvenza del professionista intellettuale imprenditore – che può verificarsi con maggiore frequenza – può destare allarme sociale in misura non diversa da quella riscontrabile in presenza dell'esercizio di una qualsivoglia altra attività di impresa.

4. *L'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo*

L'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo *de iure condendo* viene da tempo messa in discussione. I massicci investimenti e l'ampiezza del ricorso al credito, che caratterizzano la moderna economia agricola e riducono sensibilmente, da un punto di vista economico, la differenza rispetto all'attività commerciale – si è ripetutamente osservato – non giustificano più la limitazione del fallimento ai soli imprenditori commerciali.

¹¹ Ma in senso critico sull'esenzione dal fallimento di chi esercita attività professionale v. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 368 ss., *ivi*, 370.

La nozione di imprenditore agricolo risultante dalla norma dell'art. 2135 c.c. nella formulazione vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, poteva, tuttavia, giustificare l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo. Lo stretto collegamento con lo sfruttamento del fondo, che – secondo l'interpretazione giurisprudenziale – caratterizzava l'attività agricola e la limitazione delle attività agricole per connessione a quelle di trasformazione o alienazione dei prodotti agricoli rientranti nell'esercizio normale dell'agricoltura, poteva giustificare l'affermazione che il pericolo di dilatazione dell'insolvenza e del coinvolgimento di un numero crescente di soggetti, che caratterizza la crisi dell'impresa commerciale, era avvertibile in misura assai minore nella crisi delle imprese agricole.

Una tendenza ad estendere lo statuto dell'imprenditore agricolo a imprese che, a ben vedere, non rientravano nella previsione dell'art. 2135 c.c., si era per la verità da tempo manifestata [leggi sugli imprenditori avicoli (n. 419/71), sui coltivatori di funghi (n. 126/85), sull'agriturismo (n. 730/85), sull'acquacoltura (n. 102/92), sugli allevatori di cani (n. 349/93) e di cavalli (n. 173/98)], ma l'art. 2135 c.c. era rimasto formalmente immutato. Con il d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 – emanato in forza della delega attribuita al Governo della l. 5 marzo 2001, n. 57, ad emanare, tra l'altro, norme “per l'orientamento e la modernizzazione nei settori dell'agricoltura, delle foreste, della pesca, dell'acquacoltura e della lavorazione del pescato” – l'art. 2135 c.c. è stato però radicalmente riscritto ed è stato superato il criterio della limitazione delle attività connesse a quelle di alienazione e trasformazione dei prodotti del fondo, per ricomprendervi le attività dirette alla fornitura di beni o servizi, nonché ridimensionato se non abbandonato il criterio della riconducibilità di tali attività all'esercizio normale dell'agricoltura.

A fronte di questo ampliamento della nozione di imprenditore agricolo l'esenzione dal fallimento non sembra allora più giustificata¹². Ma il criterio direttivo fissato nella delega – che, come si è già ricordato, era quello della “estensione dei soggetti esonerati dall'applicazione dell'istituto (del fallimento)” – è risultato incompatibile con una estensione del fallimento agli imprenditori agricoli.

In questo contesto normativo appare certamente condivisibile la recente decisione che ha statuito che “l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività

¹² Il problema dell'estensione del fallimento all'imprenditore agricolo non può, comunque, essere risolto in via interpretativa prospettando “una lettura della disciplina agraristica diversa da quella civilistica ... rendendo legittima una lettura della nozione di impresa commerciale in senso civilistico nella quale ricada altresì la novellata impresa agricola” (IRRERA, *Le imprese soggette al fallimento e le novità in materia di iniziative per la dichiarazione di fallimento*, Relazione svolta al Convegno Paradigma svoltosi a Milano il 22 novembre 2005. Nel senso che è il parametro civilistico ad assumere rilievo ai fini dell'esclusione dal fallimento v. ora Cass. 10 dicembre 2010, n. 24995).

connesse di cui all'art. 2135, 3° comma, c.c. assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione *ex art.* 2135, 1° comma, c.c. il corrispondente onere probatorio (Cass. 8 agosto 2016, n. 16614).

5. *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*

In ragione delle dimensioni dell'impresa la legge fallimentare del 1942 prevedeva l'esenzione dal fallimento del piccolo imprenditore. Per l'individuazione del piccolo imprenditore, non assoggettabile a fallimento, l'art. 1, 2° comma, prevedeva in origine due criteri di immediata applicazione: quello del reddito accertato, che, essendo riferito alla allora vigente imposta di ricchezza mobile, era divenuto inutilizzabile a seguito della sostituzione di detta imposta con quella, oggi vigente, sul reddito delle persone fisiche (IRPEF); e quello del capitale investito, che essendo riferito ad un importo determinato (lire 900.000, secondo l'ultimo aggiornamento disposto legislativamente, pari ad attuali € 464,81), era divenuto palesemente inadeguato ed aveva indotto il giudice delle leggi ad una pronuncia di incostituzionalità. Nel tracciare le linee direttive per un intervento legislativo si era allora precisato che “i limiti devono essere stabiliti in relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, all'entità dell'impresa ed alle *ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale*” (Corte cost. 22 dicembre 1989, n. 570).

La sopravvenuta inapplicabilità dei criteri originariamente previsti nel 1942 aveva comportato la necessità di utilizzare il criterio generale fissato dall'art. 2083 c.c. relativo alla prevalenza del lavoro dell'imprenditore e dei componenti la sua famiglia sugli altri fattori della produzione: criterio certamente non “assolutamente idoneo e sicuro”, come auspicato dalla corte costituzionale. Occorre, poi, aggiungere che l'art. 1, 2° comma, statuiva che in nessun caso sono considerati piccoli imprenditori le società commerciali: ed anche se il giudice delle leggi aveva considerato tacitamente abrogata la norma per le società artigiane (Corte cost. 23 luglio 1991, n. 368), ma aveva ritenuto costituzionalmente legittima l'esclusione dalla nozione di piccolo imprenditore delle società fra commercianti (Corte cost. 6 febbraio 1991, n. 54; Corte cost. 7 ottobre 1993, n. 374), l'assoggettabilità a fallimento delle piccole società commerciali non appariva coerente alle considerazioni svolte dalla stessa Corte costituzionale e relative all'entità dell'impresa, agli effetti e alle ripercussioni del dissesto nell'economia generale, che si attagliano alle imprese collettive non meno che a quelle individuali.

Con la riforma, per l'identificazione del piccolo imprenditore ai fini dell'esenzione dal fallimento, si sono adottati criteri dimensionali riferiti a parametri

numerici – applicabili alle **imprese individuali** ed alle **società**, sia **commerciali** che **artigianali** – apparsi “certi e sicuri”, come suggerito dal giudice delle leggi: parametri che, salvo che per l’entità degli importi, rappresentano una sorta di ritorno al passato, essendo costituiti dagli investimenti e dal risultato dell’attività d’impresa, anche se quest’ultimo non più riferito al reddito imponibile, ma ai ricavi lordi.

Ne è derivata una restrizione dell’area di fallibilità forse superiore a quella preventivata nella legge delega – nella quale era stato fissato il criterio direttivo della “estensione dei soggetti esonerati” dall’applicazione del fallimento – ed è emersa così la tentazione di rispolverare la norma dell’art. 2083 c.c. per assoggettare a fallimento le imprese che avessero effettuato investimenti nell’azienda ed avessero realizzato ricavi lordi in misura inferiore a quella preveduta dal novellato art. 1, 2° comma, ma nelle quali fosse ravvisabile una prevalenza del capitale investito sugli altri fattori della produzione. Perciò con il decreto correttivo del 2007 *si è abbandonata nell’art. 1 (ri) novellato l’etichetta di “piccolo imprenditore”* per i soggetti esentati dal fallimento e si è incentrata la previsione dell’esenzione *esclusivamente sulle dimensioni dell’impresa*.

In forza della nuova formulazione dell’art. 1, 2° comma, l’esenzione da fallimento è prevista **quando non venga superato nessuno dei seguenti parametri**:

1. Attivo patrimoniale superiore ad € 300.000

Il riferimento all’**attivo patrimoniale** consente ora, come si scrive nella Relazione al decreto correttivo, “di far riferimento alla precisa elencazione contenuta nell’art. 2424 c.c.”.

Il parametro è temporalmente limitato ai **tre esercizi antecedenti** il deposito dell’istanza di fallimento.

2. Ricavi lordi superiori ad € 200.000

Il parametro che misura la dimensione dell’attività è quello dei ricavi lordi, nuovamente riferito ai **tre esercizi precedenti**: è sufficiente che la soglia sia superata in uno di essi¹³.

Strumento di verifica dei ricavi sono ordinariamente i bilanci di esercizio o le dichiarazioni dei redditi. Il riferimento, contenuto nella Relazione al d.lgs. del 2006, ad una scelta legislativa di criteri “che siano comunque facilmente accertabili in sede prefallimentare ... sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali ...” evidenzia come per l’accertamento in sede fallimentare possa rendersi necessario un controllo della rispondenza alle scritture contabili ed ai registri fiscali dei dati riassuntivi sui ricavi lordi contenuti nei bilanci di esercizio o nelle dichiarazioni dei redditi. Tuttavia, “per evitare – come si scrive nel-

¹³ La Suprema Corte ha precisato che per “ricavi lordi” devono intendersi soltanto le voci di cui all’art. 2425, lett. a), nn. 1 e 5, con esclusioni delle voci da 2 a 4 e, quindi, delle variazioni delle rimanenze (Cass. 27 dicembre 2013, n. 28667).

la medesima Relazione – qualsiasi tipo di interferenza tra l'accertamento dei ricavi compiuto in sede fallimentare e quello eventualmente compiuto in sede tributaria, si è reso necessario precisare che tale presupposto può risultare in qualunque modo”. Si è così inteso valorizzare le “informative richieste di prassi alla Guardia di finanza”: con la prospettiva che si possa rendere necessario, per la decisione sull'istanza di fallimento, verificare i rilievi della Guardia di finanza sulla correttezza dei dati relativi ai ricavi risultanti dalle scritture contabili e dai registri fiscali.

3. Esposizione debitoria superiore ad € 500.000

Questo ulteriore parametro, introdotto con il decreto correttivo, si giustifica alla luce dell'esigenza di assoggettare a fallimento anche le imprese che, per investimenti e ricavi, risultino di dimensioni modeste e siano riuscite, tuttavia, ad accumulare una rilevante esposizione debitoria; o imprese che, poste in liquidazione e trascinandosi la liquidazione per un considerevole lasso di tempo, siano scese al di sotto dei parametri relativi ad investimenti e ricavi rimanendo tuttavia gravate da debiti in misura rilevante. È certamente vero che in tali casi la liquidazione concorsuale difficilmente può condurre a risultati apprezzabili. Ma ci si è ricordati che il dissesto non sempre è un incidente di percorso nel quale può incappare qualunque imprenditore – come si usa ripetere abitualmente – e può essere anche opera di professionisti del dissesto, che possono essere perseguiti penalmente con la normativa fallimentare solo se il fallimento viene dichiarato: ed infatti nella Relazione al decreto correttivo si scrive che “l'eccessiva riduzione dell'area di fallibilità” aveva “impedito di assoggettare *al fallimento e alle conseguenti sanzioni penali* imprenditori di rilevanti dimensioni con elevati livelli di indebitamento”.

Il parametro dell'esposizione debitoria è riferito all'ammontare complessivo dei debiti **anche non scaduti**. Rimane comunque ferma la causa ostativa del fallimento costituita dall'esistenza di **debiti scaduti** e non pagati, risultanti dall'istruttoria prefallimentare, per un ammontare complessivo di € 30.000.

Fermo quanto si dirà appresso circa la legittimazione del creditore istante, la cui pretesa sia contestata dal debitore (*infra*, Cap. II, Sez. I, § 1), si è opportunamente statuito che – ai fini del vaglio circa il superamento della soglia in questione – si debba tener conto “non solo dei debiti già sorti, ed appostati al passivo del bilancio, ma anche di quelli ulteriori, contestati in tutto o in parte ed ancora *sub iudice*. Tale circostanza, infatti, non ne impedisce, di per sé sola, l'inclusione nel computo dell'indebitamento rilevante quale dato dimensionale dell'impresa per stabilirne l'assoggettabilità al fallimento, in quanto attiene a un dato oggettivo, che non dipende dall'opinione del debitore a riguardo” (Cass. 12 gennaio 2017, n. 601): anche per questa finalità, dunque, il tribunale ha il potere di decidere in via incidentale sulla sussistenza del debito.

Con il decreto correttivo è stato poi risolto – come si è ricordato – il problema dell'**onere della prova delle dimensioni dell'impresa**. Quando, come di regola avviene, a richiedere la dichiarazione di fallimento è un creditore, mentre può senza eccessiva difficoltà provare la qualità di imprenditore commerciale del debitore e l'esistenza di significativi indici di insolvenza, può trovarsi in difficoltà a dimostrare le dimensioni dell'impresa, specie quando il debitore non si presenti all'udienza prefallimentare o addirittura risulti irreperibile. Si è, quindi, fatta strada la tentazione di addossare al debitore l'onere di provare la sua non assoggettabilità a fallimento in ragione delle dimensioni della sua impresa. Questa conclusione era peraltro resistita dalla difficoltà di considerare i limiti dimensionali come fatto impeditivo. Con il decreto correttivo, statuendosi che "non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento ... gli imprenditori ... i **quali dimostrino** il possesso congiunto dei seguenti requisiti ...", è stato posto a carico del debitore l'onere della prova dell'ammontare dell'attivo patrimoniale, dei ricavi lordi e dell'esposizione debitoria in misura non superiore a quella che consente l'assoggettamento a fallimento¹⁴, evitando così – come si scrive nella Relazione al decreto correttivo – di premiare "quegli imprenditori che scelgono di non difendersi in sede di istruttoria prefallimentare o che non depositino la documentazione contabile" o, ancora, si può aggiungere, che si rendono uccel di bosco.

6. Dimensione dell'impresa e imprese del gruppo

Come l'assoggettabilità a fallimento è preveduta per l'imprenditore in senso giuridico-formale (*supra*, § 2), così anche per l'imprenditore altrimenti assoggettabile a fallimento, cioè per l'imprenditore in senso giuridico formale, è prevista l'esenzione da fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa.

Non è stata quindi presa in considerazione, ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, l'appartenenza dell'impresa ad un "gruppo", che è configurabile in caso di scomposizione di un'impresa – intesa in senso economico – in una pluralità di società, ciascuna delle quali esercita una diversa fase di una medesima attività di produzione e di scambio¹⁵.

¹⁴ Con sentenza 1° luglio 2009, n. 198, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile in riferimento all'art. 3 Cost. e infondata in riferimento all'art. 76 Cost. la questione di legittimità della norma che pone a carico del debitore l'onere di provare il possesso dei requisiti per l'esenzione da fallimento.

¹⁵ I casi di gruppi di tipo elementare sono quelli della scomposizione dell'attività di produzione e di quella di commercializzazione o di scomposizione della stessa attività di produzione attraverso una società che provvede all'approvvigionamento delle materie prime e di altra società che provvede alla lavorazione "per conto terzi" o, ancora di scomposizione dell'attività di commercializzazione con la costituzione di una società che vi provvede in Italia e altre che vi provvedono nei vari Paesi esteri. Man mano che l'organizzazione del gruppo, anche in relazione

Poiché i rapporti intercorrenti fra le società appartenenti ad un “gruppo”¹⁶ implicano ordinariamente la ripercussione della crisi di una società su altre, se non su tutte le società del “gruppo”, l’esigenza di una gestione unitaria della crisi è stata avvertita, ma solo nel disciplinare la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, prevedendo l’assoggettabilità alla procedura di amministrazione straordinaria di tutte le imprese insolventi appartenenti al gruppo, *ancorché altrimenti non assoggettabili a detta procedura*, ma a quella di fallimento, in ragione delle loro dimensioni (art. 81, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270)¹⁷, con la preposizione a tutte le procedure degli stessi organi (art. 85, d.lgs. n. 270/1999).

Per il fallimento, viceversa, sia perché la legge fallimentare del 1942, sulla quale è stata innestata la riforma, non aveva preso minimamente in considerazione il fenomeno dei “gruppi”, sia per il pregiudizio della riferibilità del fenomeno dei “gruppi” alle imprese di rilevanti dimensioni mentre a fallimento sono ormai assoggettabili solo imprese di dimensioni modeste, è stato del tutto trascurata l’ipotesi dell’appartenenza della impresa fallita ad un “gruppo”. Di conseguenza in difetto dei requisiti dimensionali illustrati nel precedente paragrafo, un’impresa non è più assoggettabile a fallimento nemmeno se appartenente ad un “gruppo” del quale facciano parte imprese di maggiori dimensioni e perciò dichiarate fallite; né ove più società siano assoggettabili e in concreto assoggettate a fallimento, è stata preveduta la preposizione alle stesse dei medesimi organi.

La soluzione del problema della gestione unitaria della crisi di società appartenenti ad un gruppo è, quindi, rimessa all’iniziativa degli organi delle società fallite, anche attraverso la sostituzione degli amministratori di quelle non fallite ove quella o quelle fallite dispongano della maggioranza per poter procedere alla sostituzione.

Ma sul piano normativo la crisi delle società assoggettabili a fallimento o non assoggettabili in dipendenza delle ridotte dimensioni è considerata con esclusivo riferimento alle singole società.

alle maggiori dimensioni dell’“impresa”, diviene più sofisticata, confluiscono nel gruppo società che provvedono, per tutte le società del gruppo, all’elaborazione della contabilità e alla predisposizione dei bilanci, o società che curano il *marketing*, ecc. Alla stessa “proprietà” possono, altre volte, far capo società che svolgono attività del tutto eterogenee e non complementari, ispirate alla logica della diversificazione dei rischi per la “proprietà” e non dei rischi inerenti alle differenti fasi dell’impresa.

¹⁶ Al di là dei rapporti commerciali – quali quelli fra la società che svolge attività di produzione e quella che cura la commercializzazione – i rapporti infragruppo si possono estrinsecare nella concessione di finanziamenti o nella prestazione di garanzie, per arrivare talvolta sino alla gestione centralizzata della liquidità.

¹⁷ Con il successivo d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito nella l. 18 febbraio 2004, n. 39, così come modificato dal d.l. 29 novembre 2004, n. 281, relativo all’ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria senza passare attraverso la fase di osservazione prevista dal d.lgs. n. 270/1999, si è arrivati sino a consentire la valutazione dei requisiti dimensionali per l’ammissione alla procedura con riferimento non alla singola impresa, ma con riferimento al gruppo.

7. *Acquisto e perdita della qualità di imprenditore*

Se ad esercitare l'impresa è una persona fisica la qualità d'imprenditore si acquista nel momento in cui inizia l'attività di impresa. Ci si chiede, tuttavia, se l'attività di impresa si possa considerare iniziata già con il compimento di atti preparatori, cioè di atti di organizzazione o se, invece, occorra il compimento di atti esterni di gestione. È certamente condivisibile l'affermazione che "la persona fisica diventa imprenditore commerciale se ed in quanto abbia intrapreso professionalmente l'esercizio effettivo di quella attività commerciale, per cui mezzo soltanto, e non già in virtù di una mera intenzione o di atti preparatori diretti ad organizzarla, il soggetto può assumere tale qualifica ed entrare con essa nei rapporti intersoggettivi" (Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577). Occorre, peraltro, considerare che alcuni atti di organizzazione (stipula di contratti di lavoro, allestimento dei locali, contatti con i fornitori) sono intrinsecamente uguali a quelli inerenti l'esercizio dell'impresa e si attuano con l'instaurazione di rapporti intersoggettivi: trattandosi sostanzialmente di atti di impresa par difficile contestare che la persona fisica che li compie non debba essere qualificata imprenditore.

Dopo la cessazione dell'attività l'imprenditore rimane assoggettabile a fallimento entro un anno. Il *dies a quo* viene presuntivamente fatto coincidere con quello della cancellazione dal registro delle imprese, ma secondo quanto dispone l'art. 10, 2° comma, novellato, è riconosciuta soltanto al *creditore* ed al *pubblico ministero* la facoltà di dimostrare il momento della effettiva cessazione dell'attività. Pertanto, il debitore che abbia proseguito l'attività dopo la cancellazione può essere dichiarato fallito anche dopo il decorso dell'anno, ma non può evitare il fallimento invocando la cessazione effettiva dell'attività se non abbia provveduto a richiedere tempestivamente la cancellazione (Cass. 26 agosto 2016, n. 17360).

Il principio di effettività è stato, quindi, limitato anche per l'imprenditore individuale.

Se ad esercitare l'impresa è una società – o, più genericamente, secondo la terminologia dell'art. 10 novellato, un imprenditore collettivo – il termine di un anno decorre dalla cancellazione dal registro delle imprese, salva la facoltà per il creditore e il pubblico ministero di dimostrare la data di effettiva cessazione – ma solo in caso di cancellazione d'ufficio ai sensi del d.p.r. 23 luglio 2004, n. 247 per le società di tipo personale – e salva la possibilità che, ai sensi dell'art. 2191 c.c., sia disposta la cancellazione della pregressa cancellazione della società dal registro delle imprese, quando sia accertato che la cancellazione era stata disposta in difetto delle condizioni previste dalla legge¹⁸.

¹⁸ Nel qual caso, la cancellazione della cancellazione disposta dal giudice del registro delle imprese ha effetto retroattivo e fa presumere fino a prova contraria l'avvenuta prosecuzione dell'attività d'impresa: Cass., sez. un., 9 aprile 2010, n. 8426.

Il principio di effettività non trova quindi applicazione nemmeno nei più ristretti limiti previsti per l'imprenditore individuale; sicché per l'acquisto della qualità di imprenditore e la conseguente assoggettabilità a fallimento deve ritenersi rimarrà confermato l'orientamento consolidatosi prima della riforma, secondo il quale le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale acquistano la qualità di imprenditore – e sono conseguentemente assoggettabili a fallimento – dal momento della loro costituzione ed in relazione all'oggetto sociale (Cass. 26 giugno 2001, n. 8694; Cass. 28 aprile 2005 n. 8849). Poiché le forme previste dal codice civile possono essere adottate anche per l'esercizio di attività agricole e la società può anche avere un oggetto promiscuo (ad esempio: allevamento del bestiame; compravendita di bestiame) sembra peraltro incongruo assoggettare a fallimento la società che in concreto eserciti solo attività agricola.

L'assunto della irrilevanza dell'effettività dell'esercizio appare discutibile anche sotto il profilo della decorrenza del termine di assoggettabilità a fallimento dal dato formale della cancellazione dal registro delle imprese; e l'assoggettabilità a fallimento di società che abbiano da tempo cessato la loro attività e sopravvivano solo perché non è intervenuta la cancellazione dal registro delle imprese non risponde a quella esigenza di aprire una procedura concorsuale per l'allarme che deriva dalla prosecuzione di attività in stato di insolvenza. Ma ormai anche per l'imprenditore individuale vige la regola dell'assoggettabilità a fallimento anche quando l'attività di impresa sia da tempo cessata, solo in conseguenza dell'omissione della richiesta di cancellazione dal registro delle imprese.

Il riferimento alla cancellazione dal registro delle imprese quale *dies a quo* per il decorso dell'anno entro il quale sono assoggettabili a fallimento le imprese collettive comporta poi l'assoggettabilità a fallimento delle società di fatto o irregolari senza limiti di tempo. La scelta legislativa – implicita nella mancata previsione di una disposizione specifica per dette società – viene giustificata, come si legge nella Relazione al d.lgs. del 2006, con l'esigenza di evitare che, facendo decorrere il termine annuale di assoggettabilità a fallimento dalla data di cessazione effettiva, a queste società finisse con l'essere riservato un trattamento più favorevole rispetto a quello delle società regolarmente costituite, per le quali il termine comincia a decorrere solo dalla data della cancellazione; ma l'intendimento di sanzionare in tal modo la violazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro delle imprese – e anche di quelle che impongono la cancellazione, sia per l'imprenditore collettivo che per l'imprenditore individuale – finisce con il far resuscitare una funzione sanzionatoria del fallimento che per altri versi con la riforma si è dichiaratamente inteso superare¹⁹.

¹⁹ Ma con riferimento alla disciplina previgente, quale risultante dall'originaria formulazione della norma dell'art. 10 che fissava il *dies a quo* dalla *data di cessazione* dell'esercizio dell'im-