

I presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento Il fallimento delle società¹

PAOLO GIOVANNI DEMARCHI

SEZIONE I

I presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento.

Sommario: 1. Introduzione - 2. La disciplina previgente: confronto con la nuova normativa - 3. L'impresa agricola - 4. Il cammino della riforma: dal progetto Trevisanato alla legge delega - 5. Le indicazioni della legge delega e gli atti successivi - 6. Il piccolo imprenditore: nuovi criteri di individuazione e nuovi problemi interpretativi - 7. I nuovi criteri di individuazione del piccolo imprenditore: riflessioni critiche. a) Il criterio degli investimenti. b) Il criterio reddituale - 8. Brevi cenni sul concetto di insolvenza - 9. L'art. 15 della legge fallimentare: la "soglia oggettiva di fallibilità"

SEZIONE II:

Il fallimento delle società'

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le società commerciali e la nozione di piccolo imprenditore - 3. Le società commerciali e le società artigiane - 4. Le azioni di responsabilità ed il potere cautelare del giudice delegato - 5. Il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili - 6. Soci e società occulte - 7. I gruppi societari - 8. Gli effetti del fallimento sull'organizzazione societaria e sui poteri degli organi amministrativi

¹ Il testo riproduce, in parte, la relazione tenuta al Convegno su "La riforma della legge fallimentare", Lanciano, 17-18 marzo 2006. La parte relativa al fallimento delle società è stata già pubblicata, debitamente rivisitata, ne "La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina", a cura di Stefano Ambrosini, Bologna, Zanichelli, 2007

SEZIONE I

I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI DEL FALLIMENTO

1. Introduzione

Il fallimento è una procedura di insolvenza non generale, nel senso che non si applica a tutti i soggetti giuridici e nemmeno a tutti gli operatori commerciali²; essendo destinata ad assicurare il pari trattamento dei creditori e a porre rimedio ad una situazione di allarme sociale³, essa è diretta prevalentemente alle imprese commerciali che superano una certa dimensione. Da sempre, dunque, vengono escluse le piccole imprese⁴: sono considerati piccoli imprenditori, per disposizione dell'art. 2083, i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.

Affinché un soggetto giuridico possa fallire è necessario non solo che egli sia imprenditore⁵, ma che eserciti anche un'attività di tipo commerciale;

² La tendenza in altri stati della CE è tuttavia diretta ad estendere, piuttosto che a limitare, l'ambito di fallibilità; vi sono addirittura stati in cui possono fallire anche soggetti che non sono imprenditori commerciali. Noto è il caso statunitense, in cui è prevista una procedura di insolvenza – sebbene semplificata – nei confronti di qualunque soggetto.

³ Cfr. Cass., 4 marzo 2005, n. 4784, Giust. Civ. Mass. 2005, f. 3, secondo cui: “*In tema di fallimento, la distinzione tra piccolo imprenditore ed imprenditore commerciale va effettuata, ai sensi dell'art. 1, legge fall., nel testo vigente a seguito della sentenza della Corte cost. n. 570 del 1989, avendo riguardo all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, all'entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale; l'accertamento di siffatti requisiti è riservato all'apprezzamento di fatto del giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità se sorretto da una motivazione completa, coerente e logicamente congruente (Nella specie, la Corte cass. ha ritenuto incensurabile la sentenza di merito, secondo la quale la compravendita di pubblicazioni editoriali effettuata presso locali condotti in locazione con un contratto nel quale si dava atto della loro destinazione all'esercizio dell'impresa, il ricorso al credito bancario per rilevanti importi in riferimento a detta attività, l'esistenza di un magazzino contenente merci di significativo valore e la stessa iscrizione alla camera di commercio dimostravano il possesso da parte del fallito della qualità di imprenditore commerciale)*”.

⁴ L'inapplicabilità della normativa fallimentare alla piccola impresa riposa sul presupposto che il dissesto assuma un significato modesto nel tessuto economico-sociale circostante, cosicché il ricorso ad un procedimento complesso e costoso come quello fallimentare riuscirebbe eccessivo; così CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento: presupposti e procedimento*, in S. AMBROSINI, a cura di, *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, in corso di pubblicazione per i tipi della Zanichelli.

⁵ E' nota la discussione in ordine all'esistenza di società non qualificabili come imprese; in argomento si veda efficacemente Cavalli :” Tale eventualità è stata prefigurata da una parte della dottrina con riferimento alle così dette società occasionali, la cui configurabilità, peraltro, è contrastata da chi reputa che il requisito della professionalità sia implicito nella nozione stessa di

tali requisiti sussistono se il soggetto esercita un'attività economica diretta allo scambio o alla produzione di beni e servizi⁶ e se tale attività è organizzata⁷ e svolta in modo professionale⁸.

Per ovvii motivi legati alla inconciliabilità della tutela di interessi pubblici con la normativa concorsuale prevalentemente orientata al

società. L'ipotesi, d'altro canto, appare, dal punto di vista concreto, del tutto marginale, poiché, di norma, nessuno costituisce una struttura collettiva tendenzialmente stabile al fine di svolgere un'attività economica destinata ad esaurirsi, oggettivamente, in poche ed elementari operazioni, mentre nel caso in cui il pur unico affare intrapreso richieda una pluralità di atti coordinati e complessi viene meno la stessa nozione di società occasionale.

Una seconda e ben più rilevante ipotesi nella quale sono state espresse perplessità sull'esistenza di un'impresa, si collega, poi, al fenomeno, sempre più diffuso, dei gruppi, con la creazione di strutture societarie deputate alla semplice gestione delle partecipazioni detenute in una o più società controllate (cosiddette holdings).

A ben considerare, tuttavia, il dubbio non ha ragion d'essere e ciò probabilmente spiega il silenzio serbato dal legislatore della riforma su quest'argomento.

Ciò appare evidente nel caso in cui, come spesso avviene, la holding presti anche servizi di tipo gestionale o finanziario alle varie componenti del gruppo e si qualifichi, pertanto, come holding operativa. Ma a conclusioni non diverse si deve pervenire anche nell'ipotesi in cui la società altro non faccia se non detenere le partecipazioni del gruppo, dirigendone e coordinandone l'attività (cosiddetta holding pura). Decisiva in tal senso è la considerazione che la società madre non si limita a comprare e detenere partecipazioni, ma estende il suo operato ad un'attività propulsiva ed organizzativa dell'attività economica altrui, dando origine ad un fenomeno dinamico non confondibile con una semplice comunione di godimento (quale potrebbe essere la gestione di un portafoglio azionario). L'operato della holding crea nuova ricchezza, giacché, attraverso la sua attività, le società operative conseguono risultati che, da sole, non sarebbero in grado di raggiungere e tali risultati si riflettono in un vantaggio delle singole unità e della stessa *holding*".

⁶ Per attività economica diretta allo scambio o alla produzione di beni e servizi si intende un'attività che si propone di ricavare dei proventi e che mira a soddisfare i bisogni altrui.

⁷ L'organizzazione si caratterizza per il coordinamento di un complesso di beni, capitale e lavoro. La Cassazione, facendo leva sulla centralità di questo elemento, per la sussistenza dell'impresa, ha ritenuto che *"..in presenza di un'esteriore apparato aziendale la qualità di imprenditore commerciale si acquista anche con il compimento di un singolo atto riconducibile a quella organizzazione ("atto dell'organizzazione"); quando, invece, manca un siffatto apparato esteriore, perché l'attività viene svolta con mezzi anche rudimentali, sufficienti comunque ad integrare il requisito dell'organizzazione, soltanto la reiterazione di atti, oggettivamente suscettibili di essere qualificati come atti d'impresa - i quali possono aversi anche prima che si siano instaurati rapporti con i terzi destinatari del prodotto dell'impresa stessa, allorché siano stati posti in essere atti economici preparatori che permettano di individuare l'oggetto dell'attività ed il suo carattere commerciale - rende manifesto che non si tratta di operazioni isolate, ma di attività professionalmente esercitata"* (Cass., 13 agosto 2004, n. 15769, Giust. Civ. Mass. 2004, f. 7-8).

⁸ La professionalità presuppone un esercizio continuativo e non occasionale dell'attività, per cui non è imprenditore chi compie occasionalmente un atto economico senza la programmazione di una vera e propria attività produttiva continua (PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 1994, 3); va rilevato tuttavia che anche il compimento di un solo affare, quando sia complesso ed articolato, tale da richiedere un minimo di organizzazione ed uno sviluppo temporale non irrisorio, può essere idoneo a far assumere la qualità di imprenditore commerciale (Trib. Roma, 21 luglio 1987, in *Fall.*, 1987, 1297)

regolamento di diritti soggettivi⁹, sono esclusi dal fallimento gli **enti pubblici**.

Non è soggetta al fallimento, in quanto non esercita un'attività di tipo commerciale, l'**impresa agricola**; va tuttavia rilevato che l'attività può dirsi agricola solo quando si presenta in collegamento funzionale con il fondo, traendo occasione e forza per lo sfruttamento del fattore terra, mentre, qualora tale attività, per le dimensioni, l'ubicazione e le modalità di esercizio, si configuri come autonoma rispetto ai fini dell'azienda agricola (come nel caso in cui il terreno funge soltanto da luogo di stazionamento degli animali oggetto di allevamento) si è in presenza di impresa commerciale o industriale¹⁰.

Per le **associazioni non riconosciute** il discorso è un po' più complesso, perché lo svolgimento di attività commerciale è incompatibile con le finalità proprie dell'associazione, le quali escludono lo scopo di lucro; si è rilevato, però, che l'attività diretta alla produzione di un profitto si può porre, all'interno del fenomeno associativo, quale ricerca dei mezzi per realizzare lo scopo ideale dell'associazione¹¹. Certo è che sono soggette a fallimento le associazioni non riconosciute che esercitano in via esclusiva o principale un'attività commerciale¹², in quanto a loro deve essere attribuito lo "status" di imprenditore commerciale¹³.

Analoga questione riguarda i **consorzi** fra imprenditori, vale a dire le organizzazioni costituite per la disciplina e per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese, soprattutto dopo che la legge n. 377/1976, modificando l'art. 2602 c.c., ha loro consentito lo svolgimento diretto di alcune fasi delle imprese consorziate e ne ha, quindi, accentuato le caratteristiche imprenditoriali¹⁴.

⁹ AZZOLINA, *Il fallimento*, Torino, 1961, 100; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 237.

¹⁰ Cfr. Trib. Pescara, 15 marzo 2000, *PQM* 2000, f. 2, 41. V. anche, per il necessario legame con la terra, Cass., 5 dicembre 2002, n. 17251, Riv. dir. agr. 2003, II, 195. Per l'irrelevanza delle norme fiscali e contributive, ai fini della qualificazione dell'imprenditore come agricolo, v. Cassazione civile, sez. I, 23 ottobre 1998, n. 10527, Giust. civ. Mass. 1998, 2161.

¹¹ Per cui si è esclusa la qualifica di imprenditore commerciale dell'ente quando l'attività di natura imprenditoriale non sia l'oggetto principale dell'associazione e non realizzi in sé lo scopo dell'ente, ma sia lo strumento per reperire i mezzi necessari al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

¹² Trib. Torino, 27 marzo 1997, Giur. piemontese 1997, 288; Trib. Monza, 11 giugno 2001, G. merito 2002, 10.

¹³ Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, Arch. civ. 2001, 985.

¹⁴ V. CAVALLI, op.cit., secondo cui "Sia nell'ipotesi dei consorzi, sia in quella delle associazioni e delle fondazioni si deve peraltro escludere che il fallimento dell'ente comporti anche il fallimento derivato dei singoli consorziati o dei singoli associati. Questa soluzione, già prevalente nel regime

Per quanto riguarda, infine, l'impresa familiare (a prescindere dalla natura associativa della stessa, su cui i commentatori non sono concordi), deve ritenersi che l'attività prestata nell'ambito della famiglia o dell'azienda della famiglia dia origine ad un particolare regolamento dei rapporti che rileva ai soli fini interni, senza alterare il carattere individuale dell'impresa nei confronti dei terzi; ne consegue che gli atti di gestione, al pari del rischio d'impresa, restano giuridicamente imputabili ad un'unica persona fisica, sicché, in caso d'insolvenza, solo il capo famiglia imprenditore può essere dichiarato fallito¹⁵. Ciò non toglie, peraltro, che quando il rapporto fra i componenti dell'impresa familiare si strutturi all'esterno come un rapporto societario, nell'ambito del quale i soci partecipano agli utili ed alle perdite, intrattengono rapporti con i terzi assumendo le conseguenti obbligazioni, spendono il nome della società, manifestando palesemente, nei rapporti esterni, l'*affectio societatis*, si costituisca fra i componenti stessi una società di fatto che si sovrappone al rapporto regolato dall'art. 230 bis c.c., di talché tale rapporto perde di rilevanza esterna, con conseguente applicazione - ad esempio - in relazione alle procedure concorsuali, dei principi generali che regolamentano le società di fatto, tra i quali l'assoggettabilità al fallimento di tutti i soggetti che partecipano al rapporto societario¹⁶.

2. La disciplina previgente: confronto con la nuova normativa

A parte l'imprescindibile eliminazione del riferimento all'amministrazione controllata, in quanto istituto espressamente abrogato dalla riforma, la nuova norma si differenzia da quella precedente sotto un duplice aspetto, e cioè per i nuovi criteri di individuazione (sebbene in negativo) del piccolo imprenditore e per le possibilità di esenzione dal fallimento degli enti collettivi.

Preso atto dell'obsolescenza dei criteri originari per l'accertamento della qualità di piccolo imprenditore, ormai abbandonati del tutto da dottrina

della vecchia legge, appare obbligata, oggi, dalla mutata formulazione dell'art. 147, 1° comma, che, come già avvertito, limita espressamente la *vis expansiva* del fallimento sociale ai soli soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo ed in accomandita (semplice o per azioni)".

¹⁵ Così CAVALLI, op. cit.; in giurisprudenza si vedano Cassazione civile, sez. I, 27 giugno 1990, n. 6569, Rass. dir. civ. 1992, 398; Cassazione civile, sez. I, 27 giugno 1990, n. 6559, Dir. famiglia 1994, 540

¹⁶ Cass., 24 marzo 2000, n. 3520, in Fall. 2001, 281; conf. Tribunale Roma, 5 luglio 1995, Dir. fall. 1996, II, 776 Tribunale Roma, 22 febbraio 1993, Foro padano 1996, I, 159; Tribunale Torino, 25 marzo 1991, Fall. 1991, 1193.

e giurisprudenza¹⁷, il legislatore ha introdotto un doppio criterio fondato su dati di tipo esclusivamente economico: la quantità degli investimenti in capitale effettuati nell'azienda e la misura dei ricavi annuali lordi, calcolati sulla media degli ultimi tre anni di attività.

Per quanto riguarda le società, è stato eliminato l'ultimo comma dell'art.1, il quale disponeva che “in nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali”; parallelamente è stata introdotta nella nuova norma una disposizione che lascia intendere che tanto l'imprenditore individuale, quanto quello collettivo, possono essere considerati “piccoli” ai fini della legge fallimentare (“..non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale *in forma individuale o collettiva*..”).

E' pertanto superata la questione relativa alla disparità di trattamento tra le società artigiane di modeste dimensioni, considerate piccoli imprenditori e dunque esentate dal fallimento, e le piccole società commerciali, strutturate sull'apporto prevalente del lavoro dei soci, che per legge non potevano mai essere considerate piccoli imprenditori¹⁸; oggi l'assoggettabilità al fallimento e, di converso, l'esenzione dalla procedura concorsuale deve essere condotta esclusivamente sulla base dei parametri quantitativi individuati dalla nuova norma, indipendentemente dalla natura individuale o collettiva dell'organizzazione di impresa.

3. L'impresa agricola

L'imprenditore agricolo non è soggetto al fallimento¹⁹ non in virtù delle sue dimensioni, ma in quanto si tratta di imprenditore non commerciale; anzi, secondo la tesi prevalente, l'impresa agricola configura, nel nostro ordinamento, l'unico caso di imprenditore che sia privo dei caratteri della “commercialità”, ragion per cui il problema dell'individuazione

¹⁷ Venuti meno i due criteri “speciali” di cui all'art. 1, la giurisprudenza afferma ora che ai fini della soggezione al fallimento la nozione di piccolo imprenditore deve desumersi esclusivamente dall'art. 2083 c.c., che dà rilievo alla prevalenza del lavoro proprio e dei componenti della famiglia (Trib. Sulmona, 9 dicembre 2004, Fall. 2005, 467); pertanto si sono ritenuti irrilevanti ai fini del fallimento i criteri di individuazione delle società artigiane dettati dalla l. 8 agosto 1985 n. 443, come modificata dalla l. 20 maggio 1997 n. 133, i quali rilevano invece ai soli fini della spettanza delle provvidenze previste dalla legislazione regionale di sostegno e non assurgono a principi generali ai fini civilistici, idonei a sovrapporsi alla disciplina codicistica (Cass., 22 ottobre 2004, n. 20640, Giust. Civ. Mass. 2004, f. 10; conf. Cass., 15 giugno 2005, n. 12847, Giust. Civ. Mass. 2005, f. 6, Cass., 29 agosto 2003, n. 12702, Giust. Civ. Mass. 2003, f. 7-8 e Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235, Foro it. 2003, I, 764).

¹⁸ Va comunque rilevato che una parte della giurisprudenza e della dottrina avevano già ritenuto implicitamente abrogato l'ultimo inciso del secondo comma dell'art.1. Si veda, *infra*, il paragrafo 2 della sezione II

¹⁹ V. relazione allegata allo schema di decreto legislativo presentato dal Governo, sub. art. 1

dell'imprenditore commerciale finisce per identificarsi con quello dell'individuazione dell'imprenditore agricolo, di cui costituisce l'altra faccia della medaglia. Occorre, in altri termini, delimitare in positivo la figura tratteggiata dall'art. 2135 c.c. per giungere, in via residuale, a dare un contenuto più preciso anche all'art. 2195 c.c.²⁰

Ai fini della qualificazione dell'impresa come impresa agricola conta unicamente la natura dell'attività esercitata, essendo irrilevanti tanto le dimensioni assunte dall'organizzazione aziendale, quanto gli strumenti utilizzati e le modalità tecniche attraverso le quali si esplicano la coltivazione del fondo, la selvicoltura, l'allevamento d'animali e le eventuali attività connesse. Non rileva, poi, la qualità del soggetto titolare dell'impresa, nel senso che l'attività agricola può essere indifferentemente esercitata tanto da un imprenditore individuale, quanto da un imprenditore collettivo e, in questo secondo caso, tanto da una società semplice, quanto da una società di tipo commerciale, quali che siano i capitali impiegati e l'importanza economica dei complessi produttivi.

Considerata, peraltro, la complessità organizzativa che può assumere oggi l'azienda agricola, l'importanza del fattore capitale e degli strumenti automatizzati rispetto al lavoro manuale, le dimensioni rilevanti che può raggiungere l'impresa, ci si deve chiedere se è ancora giustificata l'esclusione dal fallimento dell'imprenditore agricolo²¹, a fronte, soprattutto, della nozione, fortemente estesa, risultante dal nuovo art. 2135 c.c., introdotto dal d. lgs. n. 228/2001²². Si tratta – secondo alcuni - di un vero e proprio privilegio, sempre meno giustificabile, soprattutto se si considera che il legislatore delegato ha introdotto limiti dimensionali piuttosto elevati al fine di individuare la nozione di piccolo imprenditore, di talchè l'imprenditore agricolo soggetto a fallimento sarebbe stato unicamente quello medio-grande²³; vi è poi chi rileva che i problemi di tutela del credito posti

²⁰ Così CAVALLI, op.cit.

²¹ V. però Trib. S. Maria Capua V., 23 luglio 2002, in Fall. 2003, 221,1161, secondo cui è equiparabile all'imprenditore agricolo e, come tale, non assoggettabile a fallimento, l'imprenditore ittico che non svolga concretamente attività commerciale, senza che possa rilevare l'impiego di mezzi tecnici, di macchinari tecnologicamente sofisticati o di ingenti capitali e mezzi finanziari.

²² IRRERA, *Le imprese soggette a fallimento e l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento nello schema di decreto legislativo di riforma*, su www.fallimento.ipsoa.it

²³ Cfr. IRRERA, op.cit., il quale osserva ancora: “Mi domando se, dinanzi alla formale e rinnovata esclusione del (grande) imprenditore agricolo dal fallimento, non si giustifichi – come ha proposto un'arguta dottrina – una lettura della disciplina agraristica diversa da quella civilistica (che – è noto - contrappone l'impresa agricola a quella commerciale), ripercorrendo cioè la stessa strada che gli interpreti hanno impiegato con le norme speciali in tema di impresa artigiana.

Come si è osservato, l'odierna disciplina dell'impresa agricola esprime un diverso intento di politica legislativa (ovvero di promozione e di sviluppo e perciò di sostegno creditizio,

dall'insolvenza dell'imprenditore agricolo non appaiono molto diversi da quelli posti dall'insolvenza dell'imprenditore commerciale e sembrerebbero esigere, perciò, un'analogia risposta²⁴.

D'altronde la spiegazione tradizionale della posizione di privilegio riservata all'imprenditore agricolo, fondata sulla presenza del doppio rischio d'impresa, appare fortemente ridimensionata dall'evoluzione tecnica e tecnologica che consente di circoscrivere le incognite legate ai fattori ambientali e parrebbe smentita, comunque, dalle “..tendenze legislative che hanno progressivamente assegnato al settore agricolo alcune attività di coltivazione e d'allevamento nelle quali il collegamento con il fondo e la sottoposizione al rischio naturale appaiono fortemente ridotti e che, nell'ambito di un processo di progressivo ampliamento (come nel caso del coltivatore di funghi e dell'allevatore ittico ed altri ancora), hanno portato, da ultimo, ad una generale riformulazione dell'art. 2135 c.c. (d. l. 18 maggio 2001, n. 228)”²⁵.

Alcune proposte di riforma della legge fallimentare si erano fatte carico di questo problema, adottando la tesi più moderna: in particolare, sia il progetto della commissione Trevisanato, sia quello presentato dai D.S. avevano eliminato l'esenzione dal fallimento delle imprese artigiane. Su questo punto il legislatore delegato ha invece fatto un passo indietro, confermando l'impostazione tradizionale secondo cui sono soggette al fallimento solo le imprese commerciali, salvo quelle di piccole dimensioni e gli enti pubblici; l'unica innovazione – che peraltro “ratifica” un orientamento sia dottrinale che giurisprudenziale che stava prendendo il sopravvento – è relativa all'equiparazione di tutti i tipi di società commerciali, indipendentemente dalla natura e dalla forma in cui sono esercitate.

Quanto si è detto finora non esclude che l'impresa possa fallire qualora venga meno il necessario collegamento con la terra²⁶, e cioè quando il fondo si presenti come la semplice sede fisica di allocazione degli impianti, come

previdenziale, tributario e pubblicitario) rispetto alle scelte sottostanti al codice civile, rendendo legittima una lettura della nozione di impresa commerciale, in senso civilistico, nella quale ricada altresì la novellata impresa agricola”.

²⁴ CAVALLI, op. cit.; in argomento si vedano anche BUONOCORE, *Il «nuovo» imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 5 ss.; CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1998, p. 10; FAUCEGLIA, op. cit., 993; GENOVIVA, «Nuova» nozione d'imprenditore agricolo e conseguente applicabilità in ambito fallimentare, in *Fall.*, 2004, p. 218; ROMAGNOLI, *L'impresa agricola*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 15-2, 2001, p. 454.

²⁵ CAVALLI, op. cit.

²⁶ V. infra nota 47

accade per qualsiasi tipo d'attività industriale, ovvero quando le attività connesse di cui all'art. 2135 c.c. appaiano preponderanti o sproporzionate rispetto a quelle di coltivazione, allevamento o selvicoltura²⁷.

4. Il cammino della riforma: dal progetto Trevisanato alla legge delega

Ripercorriamo sinteticamente i principali passaggi che hanno portato all'attuale riforma:

-nel 2001 è stata istituita con D.I. 28/11/2001 una “Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi”, più conosciuta con il nome di “Commissione Trevisanato”, dal nome dell'avvocato che l'ha presieduta;

nel 2002 è stato presentato in parlamento il disegno di legge S1243, “Modifiche urgenti al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 recante disciplina del fallimento”: la cosiddetta “miniriforma”, caratterizzata da scarsa forza innovativa, è stata presentata in Parlamento (al

Senato) nel 2002 e lì è rimasta bloccata per ben due anni, fino al mese di maggio del 2004, quando il Comitato ristretto della Commissione Giustizia del Senato ha presentato un nuovo testo, completamente rivisitato, rimasto fermo anch'esso;

-nel 2004 un gruppo ristretto della Commissione Trevisanato ha prodotto uno “Schema di d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con D.M. 27 febbraio 2004 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, presentato agli uffici legislativi dei Ministeri deleganti”;

- nello stesso anno è stato reso noto un nuovo progetto di legge dei Democratici di Sinistra recante “Delega al Governo per la riforma delle procedure della crisi di impresa”: La proposta dei D.S. proponeva alcune scelte innovative:

1. la rivisitazione dei presupposti soggettivi con l'eliminazione delle previsioni dalla legge fallimentare che escludono le piccole imprese e le imprese agricole dall'accesso alle procedure concorsuali;

²⁷ Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine (art. 2135 co. II c.c.).

2. l’inserimento di una procedura di esdebitazione per i debitori non imprenditori;

3. l’ampliamento dello spazio delle procedure alternative all’insolvenza;

4. l’innovazione delle azioni revocatorie;

5. la previsione di un’apposita sezione dedicata ai gruppi di impresa;

6. l’inserimento di una nuova disciplina penalistica;

-nel mese di dicembre 2004 il Consiglio dei Ministri ha presentato un “maxi-emendamento” al disegno di legge Atto Senato n. 1243, contenente alcuni dei punti della futura riforma delle procedure concorsuali; con questo atto si è passati da una prospettiva di radicale modifica a quella, più circoscritta, di una riforma più contenuta, ma da emanarsi in tempi brevi. Poiché i lavori della miniriforma non sono proseguiti, il Governo ha scelto di far confluire alcune delle norme presenti nel maxiemendamento all’interno della successiva decretazione d’urgenza;

-all’inizio del 2005 ha dunque visto la luce lo schema di D.L. che è poi divenuto il D.L. 14/03/2005, n. 35, recante “Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”.

5. Le indicazioni della legge delega e gli atti successivi

La legge delega per la riforma del fallimento è contenuta nella legge 80/2005, di conversione del decreto legge cosiddetto della competitività (35/2005), il quale aveva introdotto le prime modifiche alla legge fallimentare, ritoccando la revocatoria fallimentare e alcuni aspetti, rilevanti, del concordato preventivo. L’art. 1 comma 6 della legge delega dispone che il governo, nell’attuazione della delega, deve attuare una **semplificazione del fallimento anche attraverso l’estensione dei soggetti esonerati dall’applicabilità dell’istituto**²⁸. La norma delegante è molto generica, e dunque lasciava ampio margine di operatività al legislatore delegato²⁹; l’art.

²⁸ Vale la pena rilevare che analogo principio non è invece previsto per il concordato preventivo, per l’ulteriore modifica del quale nessuna delega era conferita al governo. Ora, poiché l’art. 1 della legge fallimentare individua i presupposti soggettivi non solo del fallimento, ma anche del concordato preventivo, vi è da chiedersi se il governo non sia incorso in un eccesso di delega, perché con la suddetta modifica ha anche influito sulla disciplina dell’accesso al concordato preventivo, per il quale non era munito dei necessari poteri.

²⁹ La medesima osservazione fu fatta dalla Commissione Giustizia del Senato, in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo presentato dal Governo; nel resoconto della seduta del 22.11.2005 si legge: “Articolo 1. Il comma 6, lettera a), n. 1 della delega conferita al Governo per la riforma del fallimento, riserva al medesimo ampio raggio d’azione, per

1, comma quinto, della legge delega dispone che i decreti legislativi siano adottati su proposta del Ministero della Giustizia e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro delle Attività Produttive. Ciò ha comportato la elaborazione di due progetti, uno da parte del Ministero della Giustizia del 22 luglio 2005 ed uno ad opera del Ministero dell'Economia, reso pubblico il 6 luglio 2005, alquanto differenti³⁰. Il secondo lasciava sostanzialmente invariato il comma primo dell'art.1 - se si eccettua per la soppressione dell'inciso relativo all'amministrazione controllata, di cui il legislatore delegante aveva imposto l'abrogazione - mentre prevedeva, per l'individuazione del piccolo imprenditore, il solo metodo del capitale investito. La bozza elaborata dal Ministero di Giustizia prevedeva, invece, l'assoggettamento a fallimento di tutti gli imprenditori (anche agricoli) individuali o collettivi, esclusi sempre gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, e introduceva per questi ultimi il solo criterio dei ricavi (ponendo la soglia al livello più basso di € 150.000,00).

Il Governo con salomonica (?) saggezza ha fuso i due progetti, cercando di trovare una soluzione di compromesso: lo schema adottato dal Governo³¹ ricalca quello che è il testo definitivo riprodotto nel decreto

l'attuazione dell'obiettivo di accelerazione delle procedure fallimentari attraverso (anche) l'ampliamento del novero dei soggetti non sottoponibili al procedimento di fallimento".

³⁰ Cfr. IRRERA, op.cit.

³¹ Schema di decreto legislativo recante "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali."

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87, quinto comma, della Costituzione;

Visto l' articolo 1, commi 5 e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80, recante delega al Governo per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali;

Visto il regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante la disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 23 settembre 2005;

Acquisiti i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati, espressi in data 16 novembre 2005 e del Senato della Repubblica espressi in data 22 novembre 2005;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del;

Sulla proposta del Ministro della giustizia e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive; EMANA Il seguente decreto legislativo

CAPO I (Modifiche al Titolo I del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267)

Art. 1 (Modifiche all'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267)

1. L'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è sostituito dal seguente: "Art. 1. Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo. Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

legislativo n. 5 del 2006. Per quanto riguarda i presupposti soggettivi, si è preferita la posizione più conservatrice del Ministero dell'Economia e delle Finanze, ragion per cui nulla è innovato rispetto al passato: continuano ad essere assoggettati al fallimento gli imprenditori commerciali, esclusi i piccoli e gli enti pubblici, nonché coloro che non sono imprenditori commerciali, come gli imprenditori agricoli.

Per quanto riguarda i criteri di individuazione dei piccoli imprenditori, il Governo ha ritenuto di adottare entrambi gli indici – operanti in via complementare³² – proposti dai due gruppi di lavoro ministeriali; si legge nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo³³ che

a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;

b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

I limiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.”.

³² Tali criteri – di individuazione del piccolo imprenditore – vengono spesso presentati come alternativi, ma impropriamente, in quanto, essendo la definizione formulata in negativo, l'alternatività che è richiesta per l'individuazione del medio-grande imprenditore, diventa complementarietà per il piccolo imprenditore. Se, cioè, basta il superamento di una delle due soglie (reddito o investimenti) per uscire dall'area della piccola impresa, per essere esclusi dall'area di operatività delle procedure concorsuali è necessario mantenersi al di sotto dei limiti per entrambi i criteri.

³³ Relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto legislativo recante: “La riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”.

Art. 1 Legge fall.

In ossequio al criterio di delega che richiede l'estensione dell'ambito dei soggetti esonerati dalla assoggettabilità al fallimento, con l'articolo 1 è stato novellato l'articolo 1 della Legge Fallimentare, ridefinendo l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto fallimentare.

Al riguardo, l'ampliamento dei soggetti esonerati è stato inteso in senso quantitativo e non meramente qualitativo. In altri termini, benché vengano assoggettati a fallimento tutti gli imprenditori commerciali, qualunque sia l'attività esercitata. Restano quindi esclusi dall'assoggettabilità alle procedure concorsuali, oltre agli imprenditori agricoli ed agli enti pubblici che esercitano in via esclusiva o prevalente un'attività economica, anche tutti i piccoli imprenditori, siano essi imprenditori individuali che collettivi. In questo modo, confortati dall'indicazione del principio di delega, si è inteso risolvere nel senso dell'esclusione la vexata quaestio concernente la fallibilità delle piccole società commerciali. Tale dato va, poi, letto in collegamento con gli accresciuti nuovi limiti dimensionali delle imprese non assoggettate al fallimento di cui appresso.

Nell'ambito della discussione incentrata sul requisito “dimensionale” del piccolo imprenditore commerciale esonerato dal fallimento, è stata prospettata la possibilità di applicare diversi criteri di riferimento: il capitale investito; il numero di dipendenti impiegato dall'imprenditore; il totale dell'attivo di impresa; l'ammontare dell'indebitamento complessivo, un criterio “misto”, che

nell'ambito della discussione incentrata sul requisito "dimensionale" del piccolo imprenditore commerciale esonerato dal fallimento, è stata prospettata la possibilità di applicare diversi criteri di riferimento: il capitale investito; il numero di dipendenti impiegato dall'imprenditore; il totale dell'attivo di impresa; l'ammontare dell'indebitamento complessivo, un criterio "misto", che facesse riferimento al patrimonio investito, salvo che l'impresa non avesse conseguito una soglia minima di utili, nonché altri criteri basati su indici civilistici di valutazione degli utili di bilancio. All'esito della discussione sono stati prescelti, dice la relazione governativa, i due criteri alternativi che **rispecchiano** in maniera più congrua **l'effettiva consistenza delle dimensioni effettivamente assunte dall'impresa insolvente** e del patrimonio aziendale, ma che sono comunque **facilmente accertabili** in sede prefallimentare sia sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali, sia sulla base delle informative richieste di prassi alla Guardia di finanza.

Lo schema di decreto legislativo è stato sottoposto, conformemente alle indicazioni della legge delega, alle competenti commissioni parlamentari per il prescritto parere.

La Commissione Giustizia della Camera, in una proposta poi non ufficializzata³⁴, aveva ritenuto che il criterio del valore degli **investimenti** nell'azienda - adottato dall'articolo 1 in via alternativa come uno dei

faccia riferimento al patrimonio investito, salvo che l'impresa non abbia conseguito una soglia minima di utili; altri criteri basati su indici civilistici di valutazione degli utili di bilancio.

All'esito della discussione sono stati prescelti, in via assolutamente alternativa tra di loro, i due criteri che rispecchiano in maniera più congrua l'effettiva consistenza delle dimensioni effettivamente assunte dall'impresa insolvente e del patrimonio aziendale, ma che siano comunque facilmente accertabili in sede prefallimentare sia sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali, sia sulla base delle informative richieste di prassi alla Guardia di finanza. Si tratta, per un verso, del criterio degli investimenti di capitale effettuati nell'azienda per un ammontare non superiore a trecentomila euro e, per l'altro, di quello della media dei ricavi lordi non superiore a duecentomila euro conseguiti negli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se questa ha avuto una durata inferiore. In quest'ultimo caso, per evitare 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". I due criteri, peraltro, sono tra loro complementari, in quanto mentre il primo si adatta maggiormente alla fase iniziale dell'attività di impresa, quando non sono stati realizzati ancora ricavi di rilievo, il secondo si attaglia meglio ad un'attività di impresa dove gli investimenti risalgano ad un tempo più lontano.

Infine, per evitare che i parametri di valore innanzi indicati possano divenire inadeguati nel tempo, il Ministero della giustizia è stato delegato ad aggiornarli, con cadenza triennale, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

³⁴ Seduta del 27.10.2005: proposta dei deputati Falanga, Bonito, Finocchiaro, Carboni, Magnolfi, Siniscalchi.

parametri attraverso i quali individuare l'effettiva consistenza della dimensione assunta dall'impresa insolvente e, quindi, come criterio per determinare l'applicabilità della legge fallimentare - non fosse corretto, in quanto non era in grado di **rispecchiare in maniera congrua l'effettiva dimensione delle imprese che registrano ragguardevoli volumi di affari a fronte di investimenti modesti**, come può avvenire, ad esempio, nel caso di imprese che forniscono servizi; alcuni deputati avevano dunque espresso una proposta di parere favorevole a condizione che all'articolo 1, comma due, fosse eliminata la lettera a).

Nella successiva seduta del 16 novembre 2005, la commissione della Camera approvava la proposta di parere formulata dal relatore, osservando che la definizione della nozione di piccolo imprenditore contenuta nello schema di decreto legislativo si incentrava su parametri inerenti alle dimensioni economiche dell'impresa, quali il valore degli investimenti e dei ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni, che sollevano perplessità, poiché rischiano di **restringere eccessivamente l'area di applicazione delle procedure concorsuali**. Tali parametri suscitavano inoltre delle perplessità in relazione alla determinazione del valore e sembravano **non rispecchiare adeguatamente l'effettiva capacità imprenditoriale dell'azienda**.

Veniva poi per la prima volta rilevato che la riduzione dell'ambito applicativo delle procedure concorsuali poteva riverberarsi sulle procedure esecutive individuali, ove la negoziazione generale dell'insolvenza è di fatto preclusa, spostando semplicemente il carico giudiziario da un ufficio all'altro.

Anche la commissione Giustizia del Senato, nella seduta del 22.11.2005, pur formulando parere favorevole³⁵, rappresentava tuttavia la possibile convenienza di una miglior disamina, da parte del Governo, degli effetti delle previste esenzioni con riferimento al prevedibile e conseguente aumento delle procedure esecutive a carattere non concorsuale. La commissione del Senato invitava dunque il Governo a ridurre, anche solo inizialmente (e quindi con la previsione di un'espressa norma di prima applicazione), rispettivamente a €150.000,00 e a €100.000,00, i "tetti" dei capitali conferiti e dei ricavi conseguiti.

Pure il Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere approvato in data 9.11.2005, rilevava che l'estensione della categoria dei soggetti esonerati dall'applicazione della procedura fallimentare avrebbe comportato una

³⁵ Parere al Ministro per i rapporti con il Parlamento, ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35.

diminuzione delle sopravvenienze degli uffici fallimentari, provocando però un aggravio di altri uffici, “..in quanto è evidente che l'innalzamento della soglia di fallibilità attraverso l'allargamento della definizione di piccolo imprenditore avrà la conseguenza che i creditori, per realizzare il loro credito, saranno costretti a percorrere la via della procedura esecutiva ordinaria”. Viene anche posto in evidenza che “la ridefinizione della nozione di piccolo imprenditore non darà luogo solo ad una redistribuzione dei carichi di lavoro giudiziari, ma anche ad effetti funzionali collaterali, indirettamente nascenti dalla nuova struttura della tutela giurisdizionale. Il ricorso alla procedura esecutiva come unico strumento di realizzazione del credito nell'area di esenzione dal fallimento, da un lato farà venire meno la garanzia della *par condicio* tra i creditori (che può essere assicurata solo dalla dichiarazione di fallimento), e, parallelamente comporterà l'attenuazione della possibilità di salvataggio della unità produttiva, atteso che la pluralità delle azioni esecutive conseguente all'aggressione individuale dei beni aziendali renderà più probabile la disgregazione del patrimonio aziendale e ridurrà ancora di più le residue possibilità di accesso agli strumenti di salvataggio previsti per l'imprenditore commerciale dalla legge fallimentare, quali le procedure di crisi o, nell'ambito delle procedure dell'insolvenza, l'istituto dell'esercizio provvisorio. Questa delimitazione soggettiva, in ogni caso, dovrebbe costituire l'occasione per il coordinamento della disciplina dello statuto dell'imprenditore commerciale (sottoposto al fallimento) e di quella dell'imprenditore artigiano (che ne è esonerato), onde superare le oscurità definitorie delle due categorie che attualmente non poche incertezze determinano all'atto dell'individuazione dei soggetti sottoposti al fallimento”.

Per la prima volta ci si rende conto che esonero dal fallimento significa anche impossibilità di fruire dell'esdebitazione prevista dalla nuova legge e impossibilità di accedere alle altre procedure concorsuali; dunque quasi certezza di non poter salvare l'azienda attraverso una *reorganization* che passi attraverso procedure di composizione delle situazioni di crisi³⁶.

6. Il piccolo imprenditore: nuovi criteri di individuazione e nuovi problemi interpretativi

Mentre l'individuazione del piccolo imprenditore nella vecchia legge fallimentare era operata in positivo (ed analogo criterio era stato seguito nel c.d. maxi-emendamento), il legislatore riformista ha inteso seguire la strada

³⁶ Analoga considerazione si rinviene in FAUCEGLIA, *Sull'estensione dei soggetti esonerati*, in *Fall.*, 2005, 9, 991, il quale osserva appunto che esonerare il piccolo imprenditore dal fallimento significa anche privarlo del beneficio della esdebitazione.

opposta, delimitando in negativo l'ambito di operatività dell'esonero dal fallimento (secondo questa formula “**..non sono piccoli imprenditori** gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;

b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila”).

La definizione di piccolo imprenditore deve dunque essere individuata per esclusione; anche se il procedimento logico non è astrattamente esente da critiche³⁷, si può fondatamente ritenere che la formulazione della norma sia ancora una volta il frutto di una imprecisa tecnica legislativa e che sia dunque piccolo imprenditore – almeno nell'intenzione soggettiva del legislatore - chi non si trova nella situazione reddituale o di investimento di cui al comma due (*rectius*: si trova per entrambi i parametri al di sotto della soglia di legge).

In sostanza, allora, seguendo questa impostazione, oggi il piccolo imprenditore è quel soggetto che ha effettuato investimenti nella propria azienda per capitale uguale od inferiore a euro trecentomila ed ha realizzato ricavi lordi medi annui inferiori o uguali ad euro duecentomila. Sembra che siano diventati assolutamente irrilevanti tutti gli altri requisiti sino ad oggi

³⁷ L'esclusione di cui al secondo comma dell'art. 1 non ha esplicito carattere di completezza; la norma ci dice che non sono piccoli imprenditori coloro che hanno effettuato un determinato investimento o hanno realizzato un determinato reddito, ma non dice anche che solo questi soggetti non sono piccoli imprenditori. In breve, non ci dice che l'elenco dei “non piccoli imprenditori” è completo. Si presti attenzione al seguente esempio: se cerco la definizione di quadrupede e trovo una regola che dice che “l'uomo non è un quadrupede”, non necessariamente posso inferirne che tutti gli altri animali lo sono. Per ottenere questo effetto “residuale” dovrei trovare una regola che dice che “**solo** l'uomo non è un quadrupede”. Perciò se dico che l'uomo non è un quadrupede, non escludo necessariamente che vi siano altri animali che non appartengono all'insieme dei quadrupedi (ed in effetti i millepiedi e gli uccelli, pur non essendo uomini, non sono quadrupedi). Così, appunto, la formulazione sintattica del comma due dell'art. 1 l. fall. non afferma necessariamente che appartengono al gruppo dei “piccoli imprenditori” tutti gli altri, ossia tutti gli imprenditori che hanno effettuato investimenti per capitale uguale od inferiore a euro trecentomila ed hanno realizzato ricavi lordi medi inferiori o uguali ad euro duecentomila. Il problema interpretativo va valutato con attenzione con riferimento al disposto dell'art. 2083 c.c., perché si potrebbe sostenere, per esempio, che devono ritenersi piccoli imprenditori coloro che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2083 cod. civ. e che comunque mai possono essere considerati piccoli imprenditori, ai fini fallimentari, coloro che superano il reddito annuo di 200.000 euro od hanno effettuato investimenti per più di 300.000 euro. In quest'ottica, la riforma non introdurrebbe nuovi criteri per l'individuazione della piccola impresa, ma solo una presunzione assoluta di “non piccola impresa” nel caso di superamento degli indici di legge.

tenuti in considerazione per la qualificazione dimensionale dell'azienda, e cioè, in particolare, l'organizzazione prevalente dell'attività con il lavoro proprio e dei propri familiari.

Ma che ne è della previsione dell'art. 2083 del codice civile, che fornisce una definizione ed un elenco di piccoli imprenditori? Quali sono i rapporti tra l'art. 1 della legge fallimentare e l'art. 2083 c.c.?

Di certo una formulazione in positivo dell'art. 1 secondo comma della legge fallimentare, e cioè la definizione del piccolo imprenditore o dei requisiti per la sua qualificazione, avrebbe aiutato l'interprete; ad ogni modo di fronte al testo normativo non ci si può ritrarre in un ostinato rifiuto, in quanto l'operatore giuridico deve sempre cercare di dare alla novità un significato coerente all'interno del quadro organico di leggi in cui si inserisce, tenendo conto delle finalità cui è diretta la legge e senza mai prescindere da un criterio di ragionevolezza.

Nell'indagare il significato del novellato art. 1 non si può non tenere conto dell'evoluzione del concetto di piccolo imprenditore ai fini specifici della legge fallimentare; una volta venuti meno i parametri fissati dalla legge nel vecchio art. 1 – e cioè il reddito inferiore al minimo imponibile ai fini dell'imposta di ricchezza mobile³⁸ e il capitale investito nell'azienda non superiore a lire novecentomila³⁹ – la giurisprudenza ha ritenuto dapprima di applicare una serie di parametri solo in parte dedotti dall'art. 2083⁴⁰ per poi

³⁸ Cfr. Cass. 29 ottobre 1981, n. 5701, in *Giur. it.* 1982, I,1,490.

³⁹ C. Cost. 22 dicembre 1989, n. 570, in *Giust. civ.* 1990, I,603

⁴⁰ V. Cass., 22 dicembre 1994, n. 11039, *Giust. civ. Mass.* 1994, fasc. 12, secondo cui: *“In tema di fallimento, ai fini della distinzione tra piccolo, medio e grande imprenditore - dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 570 del 22 dicembre 1989, che ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 cost., l'art. 1 comma 2, l. fall., come modificato dall'art. 1 l. 20 ottobre 1952 n. 1375, nella parte in cui prevedeva che "quando è mancato l'accertamento ai fini dell'imposta di r.m., sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta un capitale non superiore a lire novecentomila" - bisogna tener conto dell'attività svolta, dell'organizzazione dei mezzi impiegati, dell'entità dell'impresa e delle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale”*. In argomento si veda anche FAUCEGLIA (op.cit., 991), secondo cui la giurisprudenza, nell'approfondire tutti gli elementi indicati nell'art. 2083 codice civile al fine di individuare la prevalenza del lavoro proprio e dei familiari rispetto al capitale investito nell'azienda ha tenuto conto di un «criterio composito», e cioè della remunerazione figurativa dell'imprenditore e delle retribuzioni dei familiari su base annua, degli incrementi di esercizio delle quote di ammortamento dei cespiti di durata pluriennale, dei corrispettivi per l'uso degli opifici e delle attrezzature in locazione ordinaria o finanziaria utilizzati con riserva di proprietà, dei corrispettivi dei servizi necessari alla produzione, delle retribuzioni dei lavoratori non familiari, nonché del capitale d'esercizio costituito dal totale degli acquisti di materie prime, semilavorati e finiti maggiorati delle rimanenze finali e decurtati dalle rimanenze iniziali. Lo stesso autore (p.992) cita ancora: le ripercussioni del dissesto dell'impresa nell'economia generale, il grado di allarme sociale che la stessa insolvenza può determinare nel mercato, il fattore «guadagno» o «profitto» nel senso che l'impresa perde i connotati di piccola

approdare ad una posizione più radicale, secondo la quale per la nozione di piccolo imprenditore commerciale rilevante per l'applicazione dell'art. 1, legge fall., che esclude dalla procedura concorsuale i piccoli imprenditori, si deve fare ricorso unicamente ai criteri stabiliti dall'art. 2083 c.c.⁴¹.

Da quanto detto di può argomentare che la definizione di piccolo imprenditore ai fini della assoggettabilità al fallimento deve ricavarsi unicamente dalla legge fallimentare e che solo in caso di “vacanza” della stessa è consentito ricorrere alla definizione generale contenuta nel codice civile, la quale ha svolto negli anni una funzione “supplente”. Venuta meno dapprima l'imposta di ricchezza mobile⁴², il parametro per l'individuazione del piccolo imprenditore è rimasto quello sussidiario del capitale investito non superiore a lire novecentomila⁴³; abolito anche questo criterio, per effetto di una pronuncia di incostituzionalità⁴⁴, la giurisprudenza, dopo alcuni tentennamenti, ha finito per affidarsi in toto ai criteri di cui all'art. 2083 c.c.⁴⁵

impresa qualora si organizzi per il conseguimento del profitto dell'imprenditore e non già del semplice guadagno, l'entità, sproporzionata o meno rispetto alla modesta entità dell'impresa, dei debiti.

⁴¹ *“In tema di fallimento, ed ai fini dell'accertamento della nozione di "piccolo imprenditore" rilevante per l'applicazione dell'art. 1, legge fall., che esclude dalla procedura concorsuale i piccoli imprenditori, si deve fare ricorso unicamente ai criteri stabiliti dall'art. 2083 c.c., mentre non occorre accertare se l'impresa abbia, o meno, i requisiti per essere iscritta nell'albo delle imprese artigiane previsto dalla legge n. 443 del 1985, in quanto quest'ultima stabilisce i criteri di accertamento del carattere artigianale dell'impresa rilevanti esclusivamente ai fini dell'ammissione della stessa alla fruizione delle provvidenze previste dalle leggi regionali”*, Cass., 15 giugno 2005, n. 12847, in Giust. civ. Mass. 2005, f. 6; conf. Cassazione civile, sez. I, 22 ottobre 2004, n. 20640, in Giust. civ. Mass. 2004, f. 10, Cassazione civile, sez. I, 29 agosto 2003, n. 12702, in Giust. civ. Mass. 2003, f. 7-8; Cassazione civile, sez. I, 21 dicembre 2002, n. 18235, Foro it. 2003, I, 764; Tribunale Sulmona, 9 dicembre 2004, in Fall. 2005, 467 e molte altre.

⁴² L'imposta di ricchezza mobile è stata abolita per effetto degli artt. 82 e 88 bis DPR 29 settembre 1973, n. 597

⁴³ *“L'abolizione dell'imposta di ricchezza mobile, se ha fatto venir meno il criterio principale fissato dalla legge fallimentare per l'individuazione del piccolo imprenditore, non ha eliminato il criterio sussidiario secondo cui si considera piccolo imprenditore chi abbia investito nell'azienda un capitale non superiore alle novecentomila lire”*

Cass., 29 ottobre 1981, n. 5701, in *Giur. comm.* 1982, II,8.

⁴⁴ Corte Cost., 22 dicembre 1989, n. 570, in *Giur. comm.* 1991, II,178

⁴⁵ “È noto che dei criteri dettati dall'art. 1, 2, l. fall. per individuare i piccoli imprenditori esclusi dal fallimento sembrerebbe sopravvivere soltanto il criterio negativo secondo cui “in nessun caso sono considerati piccoli imprenditori le società commerciali. Infatti, il criterio fiscale è venuto meno dopo l'abolizione dell'imposta di ricchezza mobile ed il criterio del capitale investito è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dal Giudice delle leggi con la sentenza 22 dicembre 1989, n. 570. A seguito di questa pronuncia non vi è dubbio che, quanto meno in positivo, la qualità di piccolo imprenditore, escluso dal fallimento ai sensi dell'art. 1, 1 co., l. fall. e dell'art. 2221 c.c., deve essere accertata soltanto sulla base dei criteri desumibili dall'art. 2083 c.c.. Tale regola vale certamente anche per l'artigiano (v. Cass. 27 luglio 1998, n. 7366; Cass. 22 settembre 2000 n. 12458 e Cass. 28 marzo 2001, n. 4455, in relazione agli imprenditori individuali, nonché

Oggi, ripristinati dei validi criteri all'interno della legislazione speciale, si deve ritenere, a mio parere, che solo questi siano rilevanti nell'indagine sulla natura dimensionale dell'impresa, ai fini dell'assoggettamento alle procedure concorsuali.

Ritengo, in conclusione, anche se la soluzione mi lascia piuttosto perplesso⁴⁶, che oggi sia da considerare piccolo imprenditore, dunque escluso dal fallimento, chiunque non si trovi nella situazione di cui al secondo comma dell'art. 1 della legge fallimentare, e cioè non abbia superato i 300.000 euro di investimenti nell'azienda e non abbia superato i 200.000 euro di ricavi medi lordi annuali⁴⁷. La conseguenza di questa impostazione è che non possono più darsi delle esenzioni aprioristiche, in relazione, per esempio, alla natura artigianale dell'attività esercitata, così come non sarà più determinante (questo per espressa disposizione di legge) la natura individuale o collettiva dell'impresa. Anche l'imprenditore artigiano, dunque, potrà fallire se supera anche uno solo dei limiti previsti nel comma due dell'art. 1 l. fall.⁴⁸.

Cass. 29 maggio 2000, n. 7065, in relazione alle imprese collettive). Infatti, la legge 8 agosto 1985, n. 443 (legge quadro per l'artigianato) definisce l'impresa artigiana non a tutti gli effetti di legge, come in passato la legge 25 luglio 1956, n. 860, ma soltanto allo scopo dichiarato ed esclusivo della legge quadro di fissare i principi direttivi che devono essere osservati dalle regioni nell'emanazione di una serie di provvidenze a favore dell'artigianato. L'inapplicabilità della legge n. 443-1985 alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome (art. 13, u. co.) conferma, ove ve ne fosse bisogno, i limiti della definizione dell'impresa artigiana dettata dalla stessa legge, considerato che per i rapporti di diritto privato anche tali enti territoriali non hanno potestà legislativa. Da ciò consegue che l'imprenditore, artigiano ai fini della legislazione regionale di sostegno, ben può qualificarsi, ai fini civilistici, imprenditore non piccolo e potrà, quindi, fallire, ove non ricorrano le condizioni dettate dall'art. 2083 c.c.. Tale interpretazione, sia pure con specifico riferimento agli effetti dell'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale con la sentenza 24 luglio 1996, n. 307". (Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235, Foro it. 2003, I, 764)

⁴⁶ V. nota 36

⁴⁷ Secondo la relazione del governo allo schema di decreto legislativo, i due criteri si complimentano a vicenda, in quanto mentre il primo si adatta maggiormente alla fase iniziale dell'attività di impresa, quando non sono stati realizzati ancora ricavi di rilievo, il secondo si attaglia meglio ad un'attività di impresa dove gli investimenti risalgano ad un tempo più lontano.

⁴⁸ Ciò che, d'altronde, si riteneva già prima in via interpretativa, si vedano, in proposito, Cass., 15 giugno 2005, n. 12847, cit. e Cassazione civile, sez. I, 22 ottobre 2004, n. 20640, cit: *"In tema di imprese artigiane, i criteri di individuazione delle società artigiane, dettati dalla l. 8 agosto 1985 n. 443, come modificata dalla l. 20 maggio 1997 n. 133, rilevano ai soli fini della spettanza delle provvidenze previste dalla legislazione regionale di sostegno e non assurgono a principi generali ai fini civilistici, idonei a sovrapporsi alla disciplina codicistica. Pertanto, la questione della assoggettabilità a fallimento delle imprese collettive artigiane deve essere risolta - anche al fine di evitare dubbi di legittimità costituzionale per disparità di trattamento rispetto alle imprese individuali - avendo esclusivo riguardo alla sussistenza, o meno, dei requisiti per l'identificazione*

Continuano invece ad essere esclusi dal fallimento, in quanto esercenti un'attività non commerciale, gli imprenditori agricoli, sebbene sia necessario precisare che essi assumono tale qualità solo quando l'attività si presenta in collegamento funzionale con il fondo, nel senso che essa deve trarre occasione e forza dallo sfruttamento del fondo stesso⁴⁹.

L'art. 2083 annovera tra i piccoli imprenditori anche i coltivatori diretti del fondo: qui però, in realtà, essendo il coltivatore diretto un imprenditore agricolo (e dunque escluso a priori dalle procedure concorsuali), la questione assume assai scarsa rilevanza. Va comunque rilevato che, ai sensi dell'art. 1647 del codice civile, è coltivatore diretto colui che coltiva il fondo con il lavoro prevalentemente proprio o di persone della sua famiglia, il che evidenzia un'identità sostanziale di presupposti tra

della figura del piccolo imprenditore (escluso dal fallimento ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. fall.) previsti dall'art. 2083 c.c.”

⁴⁹ V. Cass., 23 luglio 1997, n. 6911, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1260, la quale ha ritenuto insussistente la qualifica di imprenditore agricolo relativamente ad un aviculatore che esercitava l'allevamento di polli con strutture di ampie dimensioni e capacità, senza collegamento con il fondo. Il Trib. S. Maria Capua V., 23 luglio 2002, in *Fall.* 2003, 221, 1161, ha ritenuto equiparabile all'imprenditore agricolo e, come tale, non assoggettabile a fallimento, l'imprenditore ittico che non svolga concretamente attività commerciale, senza che possa rilevare l'impiego di mezzi tecnici, di macchinari tecnologicamente sofisticati o di ingenti capitali e mezzi finanziari. Secondo Cass., 5 dicembre 2002, n. 17251, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 2121, il riferimento al solo ciclo biologico del prodotto (pur se esatto dal punto di vista tecnico) non esaurisce il tema d'indagine devoluto al giudice di merito per l'accertamento, ai fini della soggezione al fallimento, della natura dell'impresa; per questo la Corte ha cassato la sentenza che aveva ritenuto che l'attività di ortoflorovivaista potesse essere qualificata agricola, non in base alla coltivazione diretta del fondo, bensì in relazione al fatto che la produzione dipende da un ciclo biologico che, nonostante le tecniche di perfezionamento, non è mai controllabile e, rispetto al quale, il fondo può ridursi a sede dell'attività produttiva. Per Tribunale Agrigento, 7 aprile 2003, in *Fall.* 2004, 213, non possono essere qualificati imprenditori agricoli e sono quindi assoggettabili a fallimento ex art. 1 l. fall. i caseifici e le imprese agroalimentari di trasformazione dei prodotti (a meno che non abbiano la forma di cooperative tra produttori agricoli), in quanto non sussiste rispetto ad essi quel vincolo tra esercizio dell'agricoltura a titolo principale ed esercizio dell'attività manipolativa connessa, ad opera della medesima persona. Analogamente il Tribunale di Mantova, 4 dicembre 2003, in *Fall.* 2004, 451, l'imprenditore agricolo, che abbia acquistato e poi alienato numerosi bovini, senza attendere ad alcuna fase del ciclo biologico e senza disporre di stalle per il ricovero dei capi, è assoggettabile al fallimento in caso di insolvenza. Secondo Cass., 28 aprile 2005, n. 8849, in *Giust. civ. Mass.* 2005, f. 4, la nozione di imprenditore agricolo contenuta nell'art. 2135 c.c., alla quale occorre fare riferimento per il richiamo contenuto nell'art. 1 l. fall. - nel testo (applicabile nella specie "ratione temporis") precedente alla modifica introdotta dal d.lg. n. 228 del 2001, che ha innovato la pregressa nozione allo scopo di rafforzare la posizione imprenditoriale dell'operatore agricolo, soprattutto per le attività connesse - presuppone che l'attività economica ruoti attorno al "fattore terra", con la conseguenza che deve ritenersi estranea all'attività agricola l'attività di realizzazione e gestione di villaggi turistici, la gestione, locazione e vendita d'appartamenti, bungalows, alberghi e sale di convegni.

la categoria generale del piccolo imprenditore e quella specifica del coltivatore diretto⁵⁰.

Poiché la legislazione speciale ha esteso, a fini prevalentemente agevolativi, la nozione di coltivatore diretto (così come è avvenuto per l'impresa artigiana), si deve concludere che quest'ultimo può essere considerato piccolo imprenditore solo quando la struttura della sua attività rimanga confinata negli angusti limiti di cui all'art. 2083; analogamente egli sarà escluso dal fallimento – indipendentemente dalla natura della sua attività – qualora gli indici reddituali e degli investimenti siano inferiori alle soglie di cui all'art. 1 nuovo testo della legge fallimentare.

Per quanto riguarda l'artigiano, si ritiene che il legislatore del '42, annoverandolo fra le figure tipiche di piccolo imprenditore, avesse in mente una piccola realtà economica produttiva di beni di natura artistica o usuale, per cui più che legittime sono oggi le perplessità in ordine alla persistente adeguatezza al mutato tessuto normativo⁵¹; ed in effetti la tendenza già sotto la vecchia normativa era nel senso dell'impossibilità di ricondurre aprioristicamente il nuovo modello di impresa artigiana – quale risultante dalla legge speciale - nell'alveo della definizione generale di piccolo imprenditore, dovendosi invece volta per volta verificarne i limiti dimensionali e il tipo della struttura assunta⁵².

⁵⁰ La legislazione speciale agraria (si veda, ad esempio, la l. 203/'82) ha fornito nel tempo definizioni del coltivatore diretto che si sono poste in contrasto con la norma codicistica, sostituendo il criterio della prevalenza con quello del terzo; la giurisprudenza ha preso atto di questo processo, rilevando che la qualifica di coltivatore diretto non comprende solo più i modesti lavoratori manuali che coltivano un piccolo fondo con il lavoro proprio e dei familiari, ma è stata estesa anche a imprenditori che conducono imprese meccanizzate di notevole estensione e produttività, ricorrendo a salariati per i due terzi della mano d'opera occorrente.

⁵¹ PECORARO, *Alla ricerca dell'artigiano: incertezze legate all'attuale quadro normativo e propositi di riforma*, in *Giur. comm.* 2004, 2, 222.

⁵² Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, Torino, 1993, p. 75 ss, il quale osserva che l'impresa artigiana certamente si caratterizza ancora oggi per il rilievo del lavoro personale dell'imprenditore nel processo produttivo e, forse, per la funzione preminente del lavoro (proprio ed altrui) sul capitale investito, ma da alcuna norma della legge speciale si può desumere che debba necessariamente ricorrere anche la prevalenza (funzionale e/o quantitativa) del lavoro proprio e dei componenti della famiglia sul lavoro altrui e sul capitale investito, come è invece richiesto dall'art. 2083 c.c. per il riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore. La conclusione alla quale detto autore perviene è che la legge-quadro realizza una vistosa frattura rispetto alla legge del 1956 e preclude ogni residua possibilità di ricondurre il nuovo modello di impresa artigiana nell'alveo della definizione generale di piccolo imprenditore. In argomento si vedano anche COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1993, p. 150 ss.; F. FERRARA JR.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, pp. 61-62; P.G. JAEGER - F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, I, Impresa e società, Milano, 1997, p. 48 ss., secondo i quali la soluzione meno insoddisfacente è quella che afferma l'irrilevanza della definizione dell'impresa artigiana contenuta nella legge-quadro ai fini dell'applicazione della disciplina "privatistica"

Anche la giurisprudenza meno recente esprimeva tali concetti, per cui si può ben dire che la riforma si caratterizza per il recepimento dell'evoluzione del diritto vivente⁵³; costituisce cioè il suggello normativo ad un comune sentire in diritto.

Ritengo che tanto più oggi, quantomeno ai fini fallimentari, non si possano più considerare inscindibili i due concetti di artigiano e di piccolo imprenditore, ma che l'indagine sull'imprenditore debba essere condotta solo più sotto il profilo "quantitativo", indipendentemente dalla natura dell'attività. Piccolo imprenditore, ai fini della legge fallimentare, sarà dunque colui che presenta ricavi inferiori o uguali ai 200.000 euro annui lordi e investimenti inferiori o uguali a 300.000 euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di imprenditore individuale, collettivo, artigiano..

Vale la pena di rilevare, infine, che ai sensi dell'art. 16 del regolamento CE sull'insolvenza (1346/2000) può essere aperta una procedura concorsuale secondaria in uno stato membro anche qualora il debitore, per la sua qualità, non sarebbe assoggettabile al fallimento.

dell'attività artigianale, sicché sarebbe in ogni caso necessario far ricorso alla previsione dell'art. 2083 per segnare i limiti all'applicazione dello "statuto" dell'imprenditore commerciale. V. anche PECORARO *Alla ricerca dell'artigiano: incertezze legate all'attuale quadro normativo e propositi di riforma*, Giur. comm., 2004, 2, 222; GENOVESE, *Anche l'impresa artigiana può fallire se il capitale prevale sul fattore-lavoro*, D&G 2004, 42, 33

⁵³ Per Cass., 15 ottobre 1981, n. 5403, CED Cassazione, rv. 416112, "L'artigiano diventa un normale imprenditore commerciale e, conseguentemente, può essere assoggettato a fallimento, quando organizza la sua attività in modo da costituire una base di intermediazione speculativa e da far assumere al suo guadagno, normalmente modesto, i caratteri del profitto, realizzando così una vera e propria organizzazione industriale, avente autonoma capacità produttiva ed in cui l'opera del titolare non è più essenziale, ne' principale, sicché non si è in presenza di un piccolo imprenditore. Pertanto, non è censurabile in sede di legittimità la sentenza di merito che qualifica impresa industriale un'attività di sartoria di alta moda, ritenendo la preminenza del capitale sugli altri fattori della produzione in considerazione dell'ammontare delle somme investite nell'acquisto di tessuti, del numero di capi prodotti, dell'entità dell'organizzazione per la loro alienazione e del volume degli affari trattati. (v. anche 5757/78, mass. n. 395560; 3509/76, mass. n. 382265; 2976/73, mass. n. 366644).

Secondo Cass. 14 marzo 1962, CED Cassazione, rv. 250812, "L'artigiano costituisce una figura giuridica a se stante, nettamente distinta dalle altre categorie di imprenditori. Tuttavia, l'attività dell'artigiano, pur non avendo, in se e per se, natura di attività intermedia nella circolazione dei beni, tale può ben divenire per la organizzazione e la espansione della impresa, quando egli col lavoro proprio e dei suoi scarsi collaboratori industrializzi la sua produzione costituendo una base di intermediazione speculativa, facendo assurgere al suo guadagno, normalmente modesto, i caratteri del profitto. pertanto, nella ipotesi che venga accertato che l'artigiano espliciti tale attività intermedia, egli deve essere considerato come imprenditore commerciale e, quindi, soggetto alle norme sulla procedura concorsuale. Spetta al giudice di merito indagare, caso per caso, se l'imprenditore abbia o meno esorbitato dai limiti della attività artigianale".

7. I nuovi criteri di individuazione del piccolo imprenditore: riflessioni critiche

Si è detto in apertura che la formulazione in negativo del piccolo imprenditore, cioè di cosa non lo è, può creare problemi interpretativi e non aiuta quindi a fare chiarezza su un tema che è sempre stato al centro di vivaci dibattiti.

Se è corretta l'interpretazione più semplice della norma, che abbiamo ritenuto di adottare, allora sarebbe stato così semplice descrivere il piccolo imprenditore in positivo – come colui che ha effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore non superiore a euro trecentomila ed ha realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila – che davvero non si comprende perché il legislatore abbia voluto complicare le cose.

Si tratta comunque di criteri che innalzano la soglia di fallibilità, anche se le prassi di numerosi tribunali, specie quelli del centro-nord, adottavano criteri e limiti quantitativi simili. L'effetto della norma sarà comunque, specie nelle realtà economiche minori, tipiche dei piccoli circondari, quello di diminuire il carico degli uffici fallimentari e di incrementare il ricorso alle procedure esecutive individuali; ciò potrebbe rivelarsi però pregiudizievole, perché la molteplicità di esecuzioni individuali, scoordinate e talvolta diffuse sul territorio e che costituiscono l'alternativa alle procedure concorsuali, sono in grado di pregiudicare in misura anche maggiore l'efficienza degli apparati giudiziari. Non si deve poi dimenticare che l'esenzione dalle procedure concorsuali comporta anche l'esclusione dell'imprenditore dai benefici da esse previste e dalla possibilità di salvare l'azienda attraverso la ristrutturazione del proprio debito.

A tal proposito vien da chiedersi, dato per scontato che il piccolo imprenditore non può accedere al fallimento ed al concordato preventivo, se vi siano ostacoli alla stipula e successiva omologa di accordi conclusi ex art. 182 bis; la soluzione dovrebbe dipendere dalla natura che si assegna a tali accordi.

L'articolo 182 bis della legge fallimentare⁵⁴ (aggiunto dall'articolo 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35) ha introdotto nel sistema concorsuale un

⁵⁴ **Art. 182-bis. (Accordi di ristrutturazione dei debiti).**

Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo

nuovo istituto, gli accordi di ristrutturazione dei debiti; è nota la questione che si dibatte sulla natura di tali accordi, essendo dai più ritenuta la loro estraneità rispetto al concordato, di cui costituirebbero piuttosto un'alternativa⁵⁵, mentre secondo altri si tratterebbe di uno strumento rafforzativo della domanda per l'ammissione al concordato preventivo⁵⁶.

La catalogazione dell'istituto non è priva di importanza, per via dell'individuazione della normativa applicabile; qualora si optasse per considerare gli accordi di ristrutturazione quale tipologia di concordato preventivo, ne risulterebbe infatti applicabile la relativa disciplina. Nel caso contrario, cioè ove si ritenesse che gli accordi di ristrutturazione configurano un istituto autonomo e caratterizzato, per di più, da una natura maggiormente privatistica, si dovrebbe invece valutare se applicare analogicamente le norme sul concordato ovvero se svincolare l'imprenditore dai rigidi parametri soggettivi previsti nella legge fallimentare (art. 1).

Ragioni di natura sistematico-interpretativa, la cui trattazione esula da questo contesto, mi inducono a preferire la tesi dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione, caratterizzati sia da maggior negoziabilità (in quanto l'accordo viene raggiunto tra il debitore ed alcuni creditori prima e al di fuori di ogni intervento giudiziale), sia da effetti non generalizzati (nel senso che la decurtazione dei crediti non tocca coloro i quali non hanno partecipato all'accordo); poichè l'art. 1 della legge fallimentare individua i presupposti soggettivi del fallimento e del concordato preventivo, si potrebbe ritenere che la realizzabilità di accordi di ristrutturazione non sia concessa solo agli imprenditori commerciali medio-grandi, ma sia consentita a tutti, e quindi anche ai piccoli imprenditori. La soluzione interpretativa è "accettabile", ma presenta il fianco ad una critica: l'istituto di cui all'art. 182 bis è regolato

stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese.

⁵⁵ AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 183 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Quaderni Giur. Comm. n. 282, p.227ss.

⁵⁶ FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, Fall. 2005, V, 595 ss. V. anche GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, 2005, 333.

dalla legge fallimentare e tutti gli istituti concorsuali ivi previsti sono subordinati ai requisiti soggettivi dell'art. 1. La collocazione sistematica della norma non è indice della volontà del legislatore di trattarla alla stregua degli altri istituti concorsuali? E gli stretti collegamenti con il concordato, dovuti al pur sibillino richiamo all'art. 160 contenuto in apertura della norma, nonché alla collocazione dell'istituto nel titolo III, dedicato al concordato preventivo, non dovrebbe forse suggerire all'interprete un'applicazione analogica delle norme che regolano quest'ultimo istituto? La *querelle* è aperta.

a) Il criterio degli investimenti

Passando all'esame analitico dei criteri di cui all'art. 1, ci si rende subito conto della poca chiarezza che connota quello degli investimenti. Innanzitutto non è contenuto alcun riferimento temporale degli investimenti (mentre nel maxi-emendamento, ad esempio, il riferimento era al capitale investito negli ultimi cinque anni).

In secondo luogo non si comprende il significato di "investimenti per capitale": nonostante la relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto legislativo parli di criteri facilmente accertabili sia sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali, sia sulla base delle informative richieste di prassi alla Guardia di finanza, non è chiaro di cosa debba tenersi conto nell'analisi dei dati contabili.

Se si prende a base il bilancio, il criterio potrebbe riferirsi all'attivo, ma il richiamo al capitale potrebbe indurre l'interprete a ricercare gli investimenti al passivo; e non è escluso che si possa trattare del patrimonio netto. E poi, se si prende a base l'attivo patrimoniale, occorre guardare al solo valore delle immobilizzazioni (al lordo o al netto degli ammortamenti?) o anche al magazzino ed ai crediti e quindi al capitale circolante? Bisogna poi considerare anche i beni in leasing, ossia i beni collegati all'impresa da un vincolo di destinazione economica, seppur ancora appartenenti a terzi?⁵⁷

La nozione corrisponde a quella prevista in tema di bilancio abbreviato (art. 2435 bis, 1^a comma, n. 1, c.c.) e di bilancio consolidato (art. 27, 1^a comma, n. 1, g. lgs. n. 127/1991) e, quindi, al "totale dell'attivo dello stato patrimoniale"?⁵⁸

Secondo la migliore dottrina economico-aziendale sia l'attivo immobilizzato, sia l'attivo circolante concorrono a formare la nozione di capitale investito, ovvero "la somma dei valori patrimoniali esprimenti, all'epoca del bilancio, scorte liquide in attesa di impiego oppure investimenti

⁵⁷ Tali perplessità sono espresse da IRRERA, op.cit., par. 2

⁵⁸ IRRERA, op. cit., par. 2

in attesa di realizzo”. L’indagine in sede prefallimentare si dovrebbe allora rivolgere – secondo tale orientamento - all’accertamento di quale sia l’ammontare dell’attivo dello stato patrimoniale⁵⁹.

La nozione di capitale investito nell’azienda non è comunque univoca⁶⁰ ed è pertanto presumibile che nella pratica sorgeranno molte questioni, che si concreteranno nella moltiplicazione delle impugnazioni contro il provvedimento del tribunale (decreto o sentenza, a seconda che l’istanza di fallimento sia respinta od accolta).

Poiché la formulazione della nuova norma non è dissimile – quanto al criterio in esame - a quella del vecchio art. 1⁶¹, potrebbe essere utile verificare in quale modo la giurisprudenza aveva interpretato il dettato legislativo: una delle ultime sentenze della Cassazione⁶², prima che la norma fosse dichiarata incostituzionale, aveva dichiarato che per capitale investito nell’azienda deve intendersi **ogni investimento**, anche se frutto del cosiddetto "autofinanziamento", effettuato dall’imprenditore per l’acquisto di macchinari e di merci, per l’allestimento di negozi e di impianti, ed in definitiva **la quantità di ricchezza immessa nell’attività commerciale, con riferimento al tempo del suo impiego** e non solo in quella parte residua esistente al tempo della palese insolvenza, anteriore alla dichiarazione di fallimento.

In una precedente sentenza la Cassazione⁶³ aveva ritenuto che “..agli effetti dell’applicazione dell’art 1 della legge fallimentare è computabile nel capitale investito nell’azienda del fallito il valore d’uso dell’immobile adibito a sede dell’impresa e cioè l’equivalente dell’*utilitas* che l’imprenditore avrebbe potuto ricavarne con una diversa destinazione”.

In altra occasione, la Corte⁶⁴ aveva deciso che “..agli effetti dell’applicazione dell’art 1 della legge fallimentare, il giudice non è tenuto a ricercare quale sia la fonte della ricchezza in effetti investita nell’impresa, ma deve soltanto accertare il fatto obiettivo dell’investimento di capitale, capitale che può essere anche altrui, mentre ai cennati effetti non assume rilievo giuridico il fatto che l’obbligazione di restituzione possa essere soddisfatta in tutto od in parte con l’impiego degli utili di esercizio. (Nella specie, un esercente dichiarato fallito aveva proposto opposizione deducendo di essere artigiano o quanto meno piccolo imprenditore e che per la determinazione del

⁵⁹ IRRERA, op. cit., par. 2

⁶⁰ Come osserva FAUCEGLIA, op.cit., 991

⁶¹ Allora si parlava di “..azienda [in cui] risulta essere stato **investito** un **capitale**..”, oggi si parla di “..**investimenti** nell’azienda per un **capitale**..”

⁶² Cass., 12 luglio 1983, n. 4733, in Giur. Comm., 1985, II, pag. 36

⁶³ Sez. 1, Sentenza n. 5683 del 01/12/1978, CED Cassazione, Rv. 395473.

⁶⁴ Cass., 18 maggio 1971, n. 1471, CED Cassazione, Rv. 351773.

capitale investito nell'azienda non si doveva tener conto dei mezzi di proprietà altrui (immobile, macchine e impianti) presi in locazione da esso opponente. I giudici di merito avevano ritenuto che, per determinare il capitale investito, occorreva tener conto anche del valore locativo, ossia del corrispettivo dell'uso dell'opificio. Il SC ha condiviso tale giudizio ed ha enunciato il principio che precede)”.

Altra sentenza più risalente sembra riferire gli investimenti alle passività dell'azienda⁶⁵.

Potrà essere forse di ausilio all'interprete, in quanto molto specifica, Cass. 22 gennaio 1959 n. 142 (in CED Cassazione, rv. 880752), secondo cui “..nel determinare l'ammontare del capitale investito dall'imprenditore nella propria azienda, ai fini della disposizione contenuta nel 2° comma dell'art.1 l. fallimentare 16 marzo 1942 n.267, modificata con la l. 20 ottobre 1952 n.1375, non si deve confondere il capitale con il giro o volume degli affari, poiché questo può essere influenzato dai proventi di esercizio, il cui impiego non è investimento di capitale - pertanto, ove si prendano in considerazione, come indicativi dell'ammontare del capitale investito, i criteri che, per la vendita di merci, fabbricate o acquistate per rivendere, si accumulino a favore dell'imprenditore, occorre individuare gli elementi che concorrono a formare quei crediti, onde dedurre la parte che deve attribuirsi al lavoro prestato personalmente dall'imprenditore ed agli utili; detti crediti inoltre, possono normalmente essere, per la parte residua, dimostrativi del capitale investito per produrli soltanto se risultino prodotti nel corso di un solo ciclo produttivo o di normale attività commerciale, perché un solo investimento del capitale deve essere considerato, e non entrano in considerazione i successivi investimenti che, dello stesso capitale, possono verificarsi in conseguenza della sua, più o meno rapida, circolazione”.

b) Il criterio reddituale

Decisamente più semplice sembra il criterio collegato al reddito dell'impresa: dice la norma che non sono piccoli imprenditori coloro che hanno realizzato ricavi lordi, calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

⁶⁵ Sez. 1, Sentenza n. 692 del 11/03/1972, CED Cassazione, Rv. 356797 : “La valutazione delle circostanze di fatto (nella specie, **ammontare delle passività**) in base alle quali il giudice di merito ha ritenuto superiore a lire novecentomila il capitale investito nell'azienda al fine di escludere nel debitore la qualità di piccolo imprenditore, è incensurabile in cassazione, se correttamente motivata”.

A differenza che per il criterio precedente, il “ricavo” individua in contabilità un dato ben preciso, e la norma, con disposizione pur pleonastica⁶⁶, precisa che l’accertamento dei ricavi può essere compiuto in qualunque maniera⁶⁷ (e non è dunque “legato” al dato contabile espresso). Giova rammentare che l’art. 14 della nuova legge fallimentare dispone che l’imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i **tre** esercizi precedenti - ovvero l’intera esistenza dell’impresa, se questa ha avuto una minore durata - e deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l’elenco nominativo dei creditori e l’indicazione dei rispettivi crediti, l’indicazione dei **ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre anni**, l’elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l’indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto; tale disposizione di legge ha senza dubbio lo scopo di facilitare il compito del tribunale, nell’accertamento della sussistenza dei presupposti soggettivi del fallimento, ma non certo di vincolarlo alla situazione contabile emergente dai bilanci o dagli altri atti allegati dal fallendo. La formulazione della legge (“..in qualunque modo risulti..”) non lascia dubbi e la relazione governativa allo schema di decreto legislativo precisa – se mai ce ne fosse stato bisogno - che l’inciso si è reso necessario per evitare qualsiasi tipo di interferenza tra l’accertamento dei ricavi compiuto in sede fallimentare e quello eventualmente compiuto in sede tributaria⁶⁸.

Per evitare che i parametri di valore innanzi indicati possano divenire inadeguati nel tempo, il Ministero della giustizia è stato delegato ad aggiornarli, con cadenza triennale, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento; per tal via, è stata evitata la

⁶⁶ Giacchè è evidente che il tribunale, nell’accertamento dei presupposti soggettivi, non può essere vincolato ad un dato che risulta dalla contabilità aziendale, e dunque non imparziale.

⁶⁷ Secondo IRRERA, op. cit., è ragionevole la scelta di limitare la previsione ai soli ricavi lordi e non, invece, al capitale investito, per il quale tuttalpiù il rischio è di segno opposto, ossia di una sopravvalutazione dell’attivo patrimoniale da parte dell’imprenditore.

⁶⁸ Osserva IRRERA, op. cit., par. 2, che “Una delle tradizionali obiezioni formulate rispetto a limiti dimensionali collegati al bilancio concerne l’attendibilità dei dati sui quali esso si basa; ad esempio, il fatturato risultante dai registri IVA rappresenta l’effettivo ammontare dei ricavi? E se – viceversa – vi fossero ricavi non contabilizzati? E’ pur vero che l’ausilio della Guardia di Finanza o di altri organi di polizia nell’istruttoria prefallimentare non è così frequente, ma – perlomeno dinanzi ad una segnalazione qualificata del creditore istante (o, nei casi previsti, del Pubblico Ministero) – la possibilità di accertare aldilà delle scritture contabili l’esistenza di ricavi ulteriori e dunque l’ammontare complessivo degli stessi ai fini del raggiungimento della soglia, mi pare una soluzione assolutamente condivisibile”.

macchinosa necessità di provvedere agli aggiornamenti in via legislativa, assicurando in pari tempo l'oggettività dell'intervento ministeriale, che appare discrezionale nell'*an*, ma non anche nel *quantum*⁶⁹.

8. Brevi cenni sul concetto di insolvenza

La riforma non ha sostanzialmente modificato i presupposti oggettivi del fallimento, che rimane pertanto ancorato al concetto di insolvenza; il diverso concetto di "crisi"⁷⁰, introdotto nella legge fallimentare dal decreto legge 35 del 2005, attiene infatti esclusivamente al concordato preventivo, per il quale – essendo spesso caratterizzato dalla ricerca di una soluzione che consenta il mantenimento in vita dell'impresa – maggiore è l'esigenza di anticipare l'accesso alle procedure di composizione della (momentanea e reversibile) difficoltà in cui versa l'azienda⁷¹.

L'insolvenza – definita nell'art. 5 della legge fallimentare, articolo che è rimasto invariato – è caratterizzata dagli effetti che la particolare situazione aziendale manifesta all'esterno, tra i quali preminente rilevanza hanno gli inadempimenti e tutti gli altri fatti sintomatici dell'impossibilità, per il debitore, di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

L'insolvenza esprime dunque, normalmente, un giudizio sfavorevole sulla obbiettiva capacità dell'impresa di adempiere con regolarità e con mezzi normali i propri debiti alle rispettive scadenze, trovandosi essa in una situazione di crisi almeno finanziaria, cioè con carenza di mezzi liquidi e senza un rinnovato affidamento da parte dei creditori⁷².

⁶⁹ CAVALLI, op.cit.

⁷⁰ Per il quale si veda AMBROSINI-DEMARCHI, cit., p. 15 ss. e 79 ss.

⁷¹ Anche se la relazione governativa allo schema di decreto legislativo pone in evidenza come, mentre l'attuale disciplina si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, la riforma abbia inteso allinearsi agli altri Stati membri dell'Unione europea ed introdurre una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza che semplifichi le procedure attualmente esistenti e sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell'impresa e alla tutela dei creditori.

⁷² Cfr. Tribunale Potenza, 11 giugno 1994, Banca borsa tit. cred. 1995, II, 610: "Lo stato di insolvenza non coincide necessariamente con l'accertamento di gravi perdite patrimoniali e/o di gravi irregolarità nella gestione, ma consiste essenzialmente in una crisi di liquidità tale da rendere problematica l'effettuazione di pagamenti con normali mezzi di adempimento. Il relativo accertamento è caratterizzato da un giudizio probabilistico nel quale può essere anche irrilevante l'attuale assenza di inadempimenti e l'eventuale operatività di una garanzia dell'istituto centrale di categoria per perdite su crediti"; nonché Tribunale Roma, 22 ottobre 1982, Dir. fall. 1983, II, 1155: "La nozione di insolvenza, di cui all'art. 5 l. fall., si identifica in uno stato di impotenza economica che determina l'incapacità dell'imprenditore commerciale di adempiere, con mezzi normali, le obbligazioni assunte, una volta venuti meno la liquidità e il credito, indispensabili perché l'impresa possa continuare ad operare nel mercato".

Poiché la legge parla di “stato di insolvenza”, e non semplicemente di “insolvenza”, si è ritenuto che l’incapacità di fronteggiare regolarmente le proprie obbligazioni debba integrare una situazione di fatto sufficientemente definitiva e non reversibile, nel senso che non si deve trattare di un’evenienza meramente transeunte, ricollegabile a fattori eccezionali ed episodici. Se l’impossibilità attuale d’adempiere può essere rimossa in un lasso di tempo accettabile, col venir meno dell’evento che l’aveva cagionata o perché l’imprenditore è comunque in grado di reperire in breve tempo i mezzi necessari a fronteggiare le sue obbligazioni, non si può parlare di stato d’insolvenza, ma solamente di una temporanea crisi di liquidità⁷³.

Naturalmente, poiché nel concetto di insolvenza è insito quello di incapacità di soddisfazione dei propri creditori, deve ritenersi prevalente sul dato patrimoniale quello finanziario, con la conseguenza che ben potrà essere considerato insolvente un imprenditore il cui patrimonio sia sufficiente a coprire le passività, ma non sia di facile e rapido smobilizzo, e viceversa non potrà ritenersi insolvente il soggetto che, pur avendo un’esposizione debitoria superiore al proprio patrimonio, sia comunque in grado di far fronte alle scadenze di pagamento attraverso il ricorso al credito.

Oltre all’inadempimento rileva anche, come sottolineato dalla seconda parte dell’art. 5 comma due, la regolarità nell’adempimento delle proprie obbligazioni, il che significa che sono sintomo di insolvenza non solo l’inesattezza e la mancanza di puntualità nei pagamenti, ma anche l’utilizzo di sistemi anomali per la soddisfazione dei creditori e, secondo alcuni, si ha irregolarità nei pagamenti anche quando i mezzi utilizzati per pagare questo o quel creditore siano tali da impedire di fronteggiare altri debiti, scaduti o di prossima scadenza⁷⁴.

9. L’art. 15 della legge fallimentare: la “soglia oggettiva di fallibilità”

Ai fini della valutazione dell’estensione dei soggetti esonerati, non bisogna poi dimenticare che ora l’art. 15, interamente modificato, al suo

⁷³ Cfr. Trib. Cassino, 13 maggio 1996, in Fall. 1996, 10, 1031 e Trib. Milano, 27 giugno 1996, in Fall. 1996, 10, 1031; in dottrina v. CAVALLI, op. cit.

⁷⁴ V. CAVALLI, op. cit., il quale rileva tale anomalia per esempio “..quando il debitore, per adempiere alle sue obbligazioni, disgrega parte dell’azienda, svendendo i macchinari adibiti alla produzione, oppure contrae prestiti a condizioni usuarie, privandosi delle risorse necessarie a fronteggiare i successivi impegni ed aggravando la sua situazione di crisi. In tali ipotesi vi è adempimento, ma non si tratta di adempimento regolare ai sensi dell’art. 5, in quanto le risorse utilizzate non derivano dal normale svolgimento dell’attività d’impresa e rappresentano, anzi, il frutto e la manifestazione dello stato di dissesto in cui essa è coinvolta”.

ultimo comma prevede che “Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l’ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell’istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro venticinquemila⁷⁵”; tale disposizione, anche se non attiene ad un requisito propriamente soggettivo dell’imprenditore, ha l’effetto di produrre un rilevante sbarramento alla dichiarazione di fallimento, in quanto sovente le relative istanze nascono da crediti insoddisfatti di “taglia” inferiore ai 25.000 euro⁷⁶.

La disposizione in esame peraltro non fa che recepire e in qualche modo regolamentare⁷⁷ una prassi già invalsa presso numerosi tribunali italiani⁷⁸, ove l’enorme mole di lavoro delle sezioni fallimentari e la ritenuta inutilità di aprire una procedura concorsuale in caso di debiti di lieve entità (e mancanza di attivo realizzabile) avevano indotto l’autorità giudiziaria a

⁷⁵ Tale importo è periodicamente aggiornato, ai sensi dell’ultimo periodo dello stesso comma, con le modalità di cui al terzo comma dell’articolo 1.

⁷⁶ La nuova disposizione dovrebbe anche “tagliare le gambe” alle istanze di fallimento strumentali ad esercitare sull’imprenditore una pressione psicologica finalizzata all’adempimento di un singolo debito. Molto spesso, infatti, per gli avvocati l’istanza di fallimento era “l’ultima spiaggia” per indurre un debitore “nullatenente” ad onorare il proprio impegno.

⁷⁷ Introducendo una soglia minima determinata, valevole per tutti. Anche la relazione allegata allo schema di decreto legislativo presentato dal Governo il 23 settembre 2005 rileva che la previsione di una soglia minima dovrebbe avere come ulteriore effetto quello di “..uniformare le prassi allo stato utilizzate nei vari Tribunali, secondo cui non si fa luogo alla pronuncia di fallimento nell’ipotesi in cui l’esposizione debitoria risultante dagli atti dell’istruttoria prefallimentare sia inferiore ad un certo ammontare di volta in volta individuato”.

⁷⁸ V. App. Torino, 17 luglio 1998, Giur. merito, 1999, 20; Tribunale Pisa, 6 aprile 2000, Fall. 2001, 585, secondo cui “Ai fini della dichiarazione di fallimento, la sussistenza dello stato d’insolvenza dell’imprenditore non può essere desunta dalla sola circostanza del mancato adempimento di una sola obbligazione”; Trib. Forlì, 27 gennaio 2000, in Dir. fall. 2001, II,1031; Tribunale Napoli, 9 maggio 1996, Dir. e giur. 1996, 403, per il quale “In presenza dell’inadempimento di un sol credito, è onere del creditore ricorrente dimostrare l’esistenza di altri univoci elementi, che, in unione col detto inadempimento, provino lo stato di insolvenza dell’imprenditore commerciale, presupposto della dichiarazione di fallimento”; Trib. Foggia, 25 novembre 1983, in Dir. fall. 1984, II,316, che afferma recisamente che “La pluralità dei creditori costituisce presupposto indispensabile per la dichiarazione di fallimento dell’imprenditore commerciale e, quindi, una condizione per l’apertura del procedimento concorsuale”; più prudentemente Trib. Roma, 14 ottobre 1981, Dir. fall. 1982, II,174 sostiene che: “La pluralità dei creditori non costituisce una condizione per la dichiarazione di fallimento: tuttavia l’esistenza di una sola istanza di fallimento costituisce indubbiamente un fatto che impone un maggior rigore nella ricerca della prova dell’insolvenza”.

Anche la Cassazione (Cass. 24 luglio 2003, n. 11470, Dir. e giur. 2005, 135) ha ritenuto che l’esistenza di un unico credito, di importo non rilevante, non configura uno stato di insolvenza (“Il mancato pagamento dell’unico creditore istante, per una somma non rilevante non può ritenersi dovuto ad impossibilità di soddisfare i propri debiti, potendo essere frutto sia di un disguido che di una temporanea incapacità di adempiere”); conf. Corte appello Napoli, 30 marzo 2001, Dir. e giur. 2005, 135. Si veda anche, per un caso particolare, Cassazione civile, sez. I, 19 settembre 2000, n. 12405, Foro it. 2001, I,2326 e Fallimento 2001, 669.

respingere i ricorsi per la dichiarazione di fallimento⁷⁹. L'orientamento assunto in costanza di vecchia legge fallimentare era tuttavia criticabile (anche se non privo di logica in un'ottica sostanziale) in quanto lasciava un'eccessiva discrezionalità all'organo giudicante e comportava disparità di trattamento a seconda del circondario di appartenenza⁸⁰; la scelta operata dai tribunali citati tendeva a spostare il presupposto del fallimento dai requisiti prestabiliti dal legislatore ad un indice non meglio definito, fondato su criteri di economicità, utilità ed impatto sociale⁸¹.

Ciò che dobbiamo chiederci, oggi, è se la soglia oggettiva di punibilità (25.000 euro di debiti) incida sulla stessa nozione di insolvenza, delimitandola, ovvero se, lasciando quest'ultima immutata, introduca piuttosto un'eccezione al fallimento dell'imprenditore insolvente. La differenza, quantomeno sotto il profilo concettuale, non è di poco conto: nel primo caso si deve ri-valutare il concetto di insolvenza, introducendovi aspetti che nulla hanno a che fare con la possibilità dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni. Si dovrebbe cioè dare ingresso ad elementi "esterni" nella valutazione di insolvenza, quali la convenienza di aprire una procedura concorsuale, gli effetti del dissesto nell'ambiente socio-economico, il grado di allarme sociale provocato dalla crisi (elementi che il legislatore avrebbe tenuto in conto nel predeterminare il presupposto minimo di valore dell'insolvenza) .. e si dovrebbe concludere che non vi è insolvenza quando i debiti dell'imprenditore – scaduti e non pagati - sono inferiori alla somma di €25.000,00.

Nel secondo caso, invece, fermo restando che l'insolvenza è – semplificando - l'impossibilità per l'imprenditore di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni, di qualunque entità esse siano, l'impossibilità di procedere alla dichiarazione di fallimento in presenza di ridotte situazioni debitorie non costituirebbe altro che un'eccezione ad un principio generale; l'imprenditore sarebbe comunque insolvente, ma non fallirebbe se tale insolvenza non assume determinate proporzioni. In sostanza, dunque, si

⁷⁹ Per Trib. Modena 23 novembre 2004, in *Fall.*, 2005, 10, 1187, l'esiguità del credito e l'assenza di altri creditori escludono addirittura la sussistenza dell'insolvenza, la quale dunque si caratterizzerebbe necessariamente per l'entità del debito e la produzione di un certo allarme sociale.

⁸⁰ Ciò che poteva anche incrementare il fenomeno del cosiddetto *forum shopping*, oggi scoraggiato dalla disposizione sulla *perpetuatio iurisdictionis* contenuta nell'art. 9.

⁸¹ Cfr. ZORZI, *Dichiarazione di fallimento: presupposti e finalità*, in *Fall.*, 2005, 10, 1191, il quale osserva anche che "...non appare incongruente ritenere che il legislatore, nel prevedere come presupposti necessari, ma anche sufficienti, per la dichiarazione di fallimento la qualifica di imprenditore commerciale e lo stato di insolvenza, abbia inteso non solo limitare il campo di indagine del giudice, ma anche esaurire le condizioni per l'apertura della procedura concorsuale".

dovrebbe ritenere che il legislatore ha introdotto una deroga “quantitativa” al presupposto oggettivo del fallimento (l’insolvenza). Mi pare preferibile quest’ultima soluzione⁸², come conferma anche la relazione allo schema di decreto legislativo licenziato dal Governo il 23 settembre 2005, ove si legge che “Una tale soluzione evita di interferire sul profilo dell’accertamento dello stato di insolvenza, quale presupposto oggettivo del fallimento”.

Tutto sommato, comunque, il limite di valore del debito non sembra che l’altra faccia del requisito soggettivo della piccola impresa; quale media-grande impresa potrebbe mai essere messa in crisi da una situazione debitoria di tale limitata entità (25.000 euro)?

Dunque in linea generale si può ritenere che solo un piccolo imprenditore, di fronte ad un’esposizione debitoria inferiore ai 25.000 euro, possa essere messo in ginocchio; la soglia di valore non costituirebbe altro che la presunzione di trovarci di fronte ad un piccolo imprenditore, escluso dal fallimento; viene pertanto ulteriormente facilitata⁸³, in quanto prevenuta, l’indagine sulla sussistenza dei presupposti soggettivi del fallimento.

Sotto un profilo teleologico, si rileva che la funzione della norma è senza dubbio di natura deflattiva⁸⁴, per l’esigenza di evitare l’instaurazione di troppe procedure che per la loro complessità ed onerosità non solo non sarebbero convenienti o anche solo utili in un esame comparato di costi/benefici⁸⁵, ma comporterebbero altresì la paralisi di molte sezioni fallimentari, specie nei tribunali delle grandi città o delle zone fortemente industrializzate⁸⁶.

Sotto un profilo procedimentale, si è osservato⁸⁷ che “..la soglia “entra in gioco” non già in sede di presentazione dell’istanza di fallimento, ma – molto più opportunamente – soltanto all’esito dell’istruttoria prefallimentare,

⁸² Conf. CAVALLI, op. cit.

⁸³ Attraverso l’introduzione di un criterio di valore facilmente accertabile

⁸⁴ Come rileva la relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo emanato dal Governo nel settembre del 2005

⁸⁵ Secondo la relazione allegata allo schema di decreto legislativo presentato dal Governo il 23 settembre 2005, questa innovazione persegue la finalità, prospettata incidentalmente dalla Corte Costituzionale nella pronunce nn. 302/1985, 488/1993 e 368/1994, tesa ad evitare l’apertura di procedure fallimentari nei casi in cui si possa ragionevolmente presumere che i loro costi superino i ricavi distribuibili ai creditori.

⁸⁶ Rileva FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, 2, 213 che la norma persegue effettivamente un’esigenza deflattiva, al contrario dello sbarramento consistente nelle dimensioni dell’impresa, perché in quest’ultimo caso la molteplicità di esecuzioni individuali, scoordinate e talvolta diffuse sul territorio e che costituiscono l’alternativa alle procedure concorsuali, sarebbero in grado di pregiudicare in misura maggiore l’efficienza degli apparati giudiziari.

⁸⁷ IRRERA, op. cit

quando il tribunale ha – o perlomeno – può avere un quadro più preciso della situazione economica e patrimoniale del fallendo”.

SEZIONE II

IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ

1. Introduzione

Il fallimento delle società è disciplinato nel capo X della legge fallimentare, per un totale di nove articoli (da 146 a 154), mentre il capo XI si occupa dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. La novità più saliente, però, è contenuta nell'art. 1, ove è stato eliminato (attraverso la mancata riproduzione nella nuova norma) l'inciso che impediva di considerare piccoli imprenditori, in ogni caso, le società commerciali.

Si è rilevato che il decreto legislativo di riforma non contiene una regolamentazione organica del fallimento delle società, lasciando aperto un vuoto che oggi è tanto più ingiustificabile in quanto nella prassi si riscontra un incremento delle attività di impresa svolte secondo il modello collettivo; inoltre, e ciò non è meno grave, è mancato in molti punti un coordinamento tra la legislazione fallimentare e la riforma del diritto societario.

Il legislatore delegato ha sì affrontato alcuni dei temi che avevano suscitato vivaci dispute, sia in dottrina che in giurisprudenza, ma ha lasciato irrisolti alcuni nodi cruciali: tali questioni riguardano prevalentemente l'insolvenza del gruppo di imprese, l'esercizio dell'azione di responsabilità e i risvolti sull'organizzazione societaria della sentenza di fallimento.

Il fenomeno del fallimento societario orbita prevalentemente attorno ai rapporti tra la persona giuridica e i singoli soci, siano persone fisiche o a loro volta altre società: le norme del capo X si occupano infatti prevalentemente del fallimento dei soci in relazione al regime della responsabilità, al tipo societario, al momento di scioglimento del rapporto sociale: bisogna allora chiedersi qual è il motivo per cui il socio illimitatamente responsabile è assoggettato al fallimento. In proposito si riconoscono due filoni interpretativi prevalenti: il primo attribuisce il fallimento del socio alla sua natura di imprenditore commerciale⁸⁸, con ovvie conseguenze anche sulla

⁸⁸ Anche se la società di persone si presenta nel nostro ordinamento come un centro autonomo d'imputazione giuridica e può venire dichiarata fallita come tale, è altrettanto vero che i suoi soci, proprio in quanto illimitatamente responsabili, assumono su di sé il rischio d'impresa e normalmente godono dei poteri d'amministrazione e di gestione che connotano tipicamente lo *status* imprenditoriale.

fallibilità del socio cessato⁸⁹, mentre l'indirizzo seguito dalle prevalenti dottrina e giurisprudenza ritiene che il socio non fallisce in quanto imprenditore, tale essendo la sola società⁹⁰, ma piuttosto per la finalità di tutela particolarmente rigorosa dei creditori sociali e per l'opportunità che la responsabilità illimitata dei soci venga realizzata nella misura più ampia ed efficace possibile, attraverso l'applicazione delle medesime regole d'esecuzione generale e collettiva che governano l'escussione del patrimonio sociale⁹¹.

2. Le società commerciali e la nozione di piccolo imprenditore

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, la novella ha ampiamente modificato la disciplina relativa alle società commerciali; mentre in precedenza era escluso per legge che tali enti collettivi potessero essere considerati piccoli imprenditori⁹² (l'ultimo periodo dell'art. 1 legge

⁸⁹ Chi riconosce al socio illimitatamente responsabile la qualifica di imprenditore commerciale applica a suo favore il disposto dell'art. 10, il quale prevede che il fallimento non può essere dichiarato dopo un anno dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa; il che significava, applicato al socio, che egli non poteva fallire decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale. Per i sostenitori della opposta tesi della natura non imprenditoriale del socio, invece, quest'ultimo poteva fallire senza limiti di tempo. La questione ha perso tuttavia di interesse, in quanto la riforma – all'art. 147, co. II – ha precisato che il fallimento dei soci di cui al comma primo non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati.

⁹⁰ Tant'è che la dichiarazione di fallimento prescinde dal fatto che egli eserciti effettivamente oppure no dei poteri gestori e dall'accertamento di un suo personale stato d'insolvenza

⁹¹ Cfr. CAVALLI, op.cit.

⁹² Anche se parte della giurisprudenza giungeva a risultati differenti, "forzando" un poco il dettato normativo: si vedano Tribunale Campobasso, 31 gennaio 2001, in *Giur. merito* 2001, 982, secondo cui: "Venuti meno il criterio fiscale stabilito dalla prima parte del comma 2 dell'art. 1 l. fall. per l'individuazione del piccolo imprenditore non assoggettabile alle procedure concorsuali, per effetto dell'abolizione dell'imposta di ricchezza mobile, ed il criterio suppletivo del capitale investito non superiore a lire novecentomila, per effetto di declaratoria di illegittimità costituzionale, l'ultima parte del comma 2 dell'art. 1 l. fall., che stabiliva "in nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali" deve ritenersi implicitamente abrogata. Conseguentemente, le società commerciali nelle quali il lavoro personale dei soci e dei loro familiari prevalga sul capitale impiegato nell'impresa, cui è applicabile per analogia l'art. 2083 c.c., sono escluse dalle procedure concorsuali"; Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235, in *Foro it.* 2003, I, 764, secondo cui possono essere considerati piccoli imprenditori anche le società commerciali; Trib. Barcellona P.G., 7 giugno 1994, in *Dir. fall.* 1994, II,1248; Tribunale Alessandria, 21 maggio 1994 in *Dir. fall.* 1994, II, 542; Tribunale Milano, 2 dicembre 1993, in *Fall.* 1994, 420; Tribunale Teramo, 15 settembre 1993, in *Fall.* 1994, 420. Per una critica di tale orientamento minoritario, si veda l'ottimo saggio di APRILE, *Società artigiana e fallimento: percorrendo antichi e nuovi sentieri esegetici tra provocazioni legislative e suggestioni giurisprudenziali*, in *Giur. comm.* 2004, 4, 1019.

fallimentare disponeva espressamente che “In nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali”⁹³), ora viene escluso ogni riferimento alle modalità di esercizio dell’impresa, dandosi rilievo al solo elemento dimensionale.

Ancora una volta, però, la formulazione letterale della norma è censurabile, in quanto il principio suddetto si deve ricavare dall’affermazione in negativo che non si considerano piccoli imprenditori coloro che – superando i parametri di cui al comma due - esercitano la propria attività in forma individuale o collettiva. Vale qui quanto già detto a proposito dell’individuazione dei requisiti dimensionali del piccolo imprenditore, e cioè che le affermazioni contenute nel secondo comma dell’art. 1 forniscono i criteri per individuare il medio-grande imprenditore, ma non ci consentono con certezza di affermare che tutto il resto rientra nella categoria del piccolo imprenditore; pertanto si potrebbe sostenere che l’indifferenza manifestata dal legislatore per le modalità di esercizio dell’attività sia riferibile solo all’imprenditore non piccolo.

Nonostante queste perplessità sintattiche, ritengo comunque che ci si trovi nuovamente di fronte ad una norma mal formulata, e che l’interpretazione corretta sia quella propugnata nella sezione precedente (§ 6). Depone in tal senso la relazione allegata allo schema di decreto legislativo presentato dal Governo, la quale precisa infatti che “Restano quindi esclusi dall’assoggettabilità alle procedure concorsuali (...) anche tutti i piccoli imprenditori, siano essi imprenditori individuali che collettivi . In questo modo, confortati dall’indicazione del principio di delega, si è inteso risolvere nel senso dell’esclusione la *vexata quaestio* concernente la fallibilità delle piccole società commerciali”.

E’ poi di ausilio all’interprete la mancata riproduzione, nel nuovo articolo 1, dell’ultimo periodo della vecchia norma, che espressamente escludeva le società commerciali dal novero delle piccole imprese; tale abrogazione non può che avere il significato, specie se letta in sincronia con il nuovo comma due, di confermare che la piccola impresa oggi dipende solo più da un requisito dimensionale e non invece da criteri legati alla natura dell’impresa o alle modalità (individuali o collettive) del suo esercizio⁹⁴.

⁹³ GENOVESE, *Il fallimento della società tra artigiani*, in Riv. soc., 1973, p. 542; COSTI, *Il fallimento delle società*, in Giur. comm., 1976, I, p. 427 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Società artigiana e fallimento*, in Dir. fall., 1991, II, p. 881; FABIANI, *La società artigiana, il piccolo imprenditore e un «residuo» di norma non più attuale*, in Foro it., 1992, I, c. 2064; FERRO, *Fallimento della piccola impresa commerciale*, in Fallimento, 1994, p. 420

⁹⁴ Cfr. FORTUNATO, op.cit. ; IRRERA, op. cit.

3. Le società commerciali e le società artigiane

La scelta del legislatore per l'equiparazione, ai fini del fallimento, delle imprese individuali e collettive, dovrebbe determinare il venir meno delle questioni legate alla disparità di trattamento tra la piccola società artigiana (che si ritiene esclusa dal fallimento) e la piccola società commerciale (alla cui riconduzione nell'ambito della piccola impresa, esclusa dal fallimento, osta il disposto dell'art.1, secondo comma, ultimo periodo).

La riforma tende dunque a semplificare il quadro legislativo e costituisce l'occasione – come osserva il parere del CSM allo schema di decreto legislativo presentato dal Governo – “..per il coordinamento della disciplina dello statuto dell'imprenditore commerciale (sottoposto al fallimento) e di quella dell'imprenditore artigiano (che ne è esonerato), onde superare le oscurità definitorie delle due categorie che attualmente non poche incertezze determinano all'atto dell'individuazione dei soggetti sottoposti al fallimento”.

Per la verità già oggi, pur non senza incertezze, si ritengono da alcuni⁹⁵ non soggette a fallimento sia le piccole società artigiane, sia le piccole società commerciali, anche se il dato è tuttora controverso⁹⁶.

La possibilità di attribuire la qualità di imprenditore artigiano ad un'impresa collettiva era prevista a suo tempo dall'abrogata legge n. 860 del 1956 ed è prevista oggi dalla legge n. 443 del 1985 (art. 3, 2 co.), "a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale". La possibilità della qualificazione come impresa artigiana, originariamente prevista per le imprese collettive costituite in forma di società cooperativa o in nome collettiva, è stata estesa dalla legge 20 maggio 1997, n. 133, che ha modificato l'art. 3 della legge n. 443-1985, alle società unipersonali a responsabilità limitata ed alle società in accomandita semplice,

⁹⁵ V. Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235, Foro it. 2003, I, 764

⁹⁶ Sostengono la “ultrattività” dell'art. 1 ultimo periodo e l'applicabilità anche alle imprese collettive artigiane, Tribunale Napoli, 5 dicembre 1991, Foro it. 1992, I,2065; Tribunale Genova, 18 novembre 1988, Giur. comm. 1990, II,174. Per altre pronunce (Tribunale Trieste, 25 novembre 1993, Fall. 1994, 420) invece non è assoggettabile al fallimento la piccola società artigiana, di modeste dimensioni, ma solo se non è assimilabile ad una vera e propria impresa commerciale o industriale (l'esclusione sembra operare dunque a priori, perché l'imprenditore non esercita attività commerciale. L'indicazione in tal senso proviene dalla motivazione di C. Cost., 6 febbraio 1991, n. 54, in Giur. it. 1992, I,1,797).

a condizione che il socio unico o tutti i soci accomandatari siano in possesso dei requisiti previsti per l'imprenditore artigiano e non siano nel contempo socio unico di altra s.r.l. o socio di altra s.a.s.. Tale disciplina è stata oggetto di esame da parte della Corte costituzionale, che, con la sentenza interpretativa di rigetto 23 luglio 1991, n. 368⁹⁷, ha affermato che le società artigiane di piccole dimensioni non sono escluse dalla categoria dei piccoli imprenditori, come tali non assoggettabili a fallimento. Questa conclusione è stata fondata dalla Corte costituzionale sul rilievo che "la nozione di società artigiana quale società esercente una piccola impresa, si inserisce in quella delineata dall'art. 2083 del codice civile, il quale detta ormai il solo criterio di determinazione della suddetta qualifica". Per tali motivi la Consulta ha ritenuto "abrogato l'art. 1, secondo comma, della legge fallimentare, nella parte in cui esclude che le società artigiane possano essere considerate piccoli imprenditori, per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti".

Nonostante tale presa di posizione, nella giurisprudenza di merito la questione dell'assoggettabilità a fallimento delle società artigiane è stata variamente risolta, a volte disattendendo l'interpretazione suggerita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 368 del 1991 (come ha ricordato la stessa Corte con la sentenza 22 giugno 1994, n. 266 e con l'ordinanza 15 dicembre 1994, n. 490, nel dichiarare prima non fondata e poi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. fall.).

In questo dibattito si è inserita la Cassazione che, con una recente pronuncia⁹⁸, ha ritenuto che i criteri di individuazione delle società artigiane, come dettati dalla legge n. 443-1985, non coincidono con quelli delineati dal codice civile per il piccolo imprenditore: infatti, mentre per le società artigiane è richiesta la prevalenza del lavoro in genere (e non del lavoro dei soli soci) sul capitale investito, per il riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore è necessaria la prevalenza del lavoro proprio (e dei componenti della famiglia) sul lavoro altrui e sul capitale investito. In secondo luogo, il limite di rilevanza della definizione di impresa artigiana, ai sensi della legge n. 443-1985, si estenderebbe anche alla qualificazione della impresa collettiva (quest'ultima, pertanto, sarebbe impresa artigiana, quando ricorrono i requisiti previsti dalla stessa legge n. 443-1985, soltanto ai fini delle provvidenze previste dalla legislazione regionale. Ai fini civilistici e della assoggettabilità a fallimento, anche per le imprese collettive

⁹⁷ C. Cost., 23 luglio 1991, n. 368, Fall. 1991, 1034.

⁹⁸ Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235, Foro it. 2003, I, 764

occorrerebbe, invece, avere riguardo alla disciplina dettata dall'art. 2083 c.c.⁹⁹ ed eventualmente, se si ritiene ancora applicabile, dall'art. 1 l. fall.).

Non si può infatti ritenere, secondo la citata pronuncia, che la disciplina di una figura di impresa artigiana non omogenea, sul piano dei criteri che definiscono le dimensioni dell'impresa, con la figura dell'artigiano piccolo imprenditore possa interferire con effetti abrogativi sulla esclusione delle società commerciali dal novero dei piccoli imprenditori. Il fatto che l'impresa artigiana disciplinata dalla legge n. 443-1985 possa avere anche i distinti requisiti della piccola impresa artigiana ex art. 2083 c.c. non consente di concludere che ciò debba valere necessariamente anche per l'impresa artigiana collettiva. Se, infatti, il criterio di individuazione della figura del piccolo imprenditore è dettato dall'art. 2083 c.c. e non dalla legge n. 443-1985, che definisce una figura di artigiano non necessariamente piccolo imprenditore, non si può negare che l'impresa artigiana collettiva potrebbe, in ipotesi e senza che possa profilarsi alcuna incompatibilità tra le discipline, essere sempre esclusa dal novero delle piccole imprese ex artt. 1 l. fall. e 2083 c.c.

Da quanto detto consegue:

- a) che non è possibile far discendere dalla legge n. 443-1985 l'abrogazione dell'art. 1, 2 co., I. fall. nella parte in cui esclude che le società artigiane possano essere considerate piccoli imprenditori;
- b) che il trattamento della società artigiana non si può differenziare dal trattamento della piccola società commerciale.

Due, pertanto, sono le conclusioni che la Cassazione ritiene possibili in via alternativa: la prima nel senso che l'impresa collettiva artigiana è sempre soggetta al fallimento, anche quando ha i requisiti previsti dall'art. 2083 c.c., per effetto dell'esclusione prevista dall'ultima parte del 2 comma dell'art. 1 l. fall.. La seconda nel senso che le società commerciali e, quindi, anche le società artigiane non falliscono quando hanno i requisiti previsti dall'art. 2083 c.c..

Questa seconda soluzione viene preferita dalla Corte, in forza della seguente considerazione: la regola dell'esclusione delle società commerciali dal novero dei piccoli imprenditori non ha valore assoluto, ma correlato alle presunzioni dettate dalla prima e dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 1 l. fall., con la conseguenza che, venute meno dette presunzioni, collegate al criterio fiscale ed al criterio del capitale investito, ha perso significato e possibilità di applicazione l'ultimo inciso dello stesso comma. In altre parole, l'art. 1 l. fall. non dettava una definizione del piccolo

⁹⁹ Cfr. Cass., 29 maggio 2000, n. 7065, Fall., 2001, 621

imprenditore, ma due presunzioni assolute espresse con le parole "sono considerati"; cosicché, l'esclusione delle società commerciali operava in relazione alle menzionate presunzioni e non in relazione ad una categoria che non trovava definizione nella norma.

Pertanto, per le società la qualificazione di piccolo imprenditore non poteva avvenire in nessun caso sulla base delle presunzioni dettate dall'art. 1 l. fall. e poteva avere luogo soltanto sulla base del disposto dell'art. 2083 c.c.. Venute meno le presunzioni, per l'abolizione dell'imposta di ricchezza mobile e per la declaratoria di incostituzionalità del riferimento al capitale investito, è venuto meno il presupposto per l'applicazione della esclusione dalla presunzione.

La forza di questa interpretazione viene rinvenuta dalla Cassazione nel dato letterale, dal quale emerge il collegamento tra le presunzioni e l'esclusione ("Sono considerati piccoli imprenditori... sono considerati piccoli imprenditori... In nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali"). In secondo luogo, come ebbe a ricordare anche la Corte Costituzionale¹⁰⁰, la relazione ministeriale alla legge sul fallimento, avvertendo che la nozione di piccolo imprenditore è data dall'art. 2083 del codice civile, precisava che si era ritenuto opportuno porre una norma integrativa idonea a facilitare l'opera del giudice nei singoli casi. Bisogna allora considerare che i compilatori della legge fallimentare sono stati mossi dall'esigenza pratica di semplificare l'accertamento della qualità di imprenditore soggetto al fallimento ed hanno, allo scopo, utilizzato il criterio dell'accertamento fiscale; tale strumento, tuttavia, considerava in modo non omogeneo i redditi delle società e delle persone fisiche piccoli imprenditori, riconducendoli a categorie diverse (la distinzione, già presente nella legislazione anteriore al 1942, veniva ribadita nell'art. 85 del t.u. 29 gennaio 1958, n. 645: "Cat. B - redditi... derivanti dall'esercizio di imprese commerciali...; Cat. C-1 - redditi di lavoro autonomo delle persone fisiche come quelli prodotti nell'esercizio di... imprese organizzate con il lavoro prevalentemente proprio del contribuente e dei familiari"). **L'esclusione delle società dalla categoria dei piccoli imprenditori era, quindi, strettamente collegata al criterio fiscale, non utilizzabile in modo omogeneo per le persone fisiche e per le società.** In terzo luogo, giova ricordare che la Corte costituzionale¹⁰¹ ebbe anche ad osservare, senza distinguere tra imprese individuali ed imprese collettive, l'irrazionalità del riferimento al capitale investito per fondare la qualificazione di piccolo imprenditore, ai fini

¹⁰⁰ Corte costituzionale, 22 dicembre 1989, n. 570, Giust. civ. 1990, I, 603, in motivazione.

¹⁰¹ Corte costituzionale, 22 dicembre 1989, n. 570, Giust. civ. 1990, I, 603, in motivazione

dell'assoggettabilità o meno alla procedura fallimentare, precisando che i relativi limiti "devono essere stabiliti in relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, alla entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale". Si tratta, evidentemente, di parametri che prescindono dalla natura collettiva o individuale dell'impresa e che attengono alla stessa definizione del piccolo imprenditore, lasciando da parte qualsiasi presunzione. Nello stesso senso rilevano ancora le ulteriori considerazioni della Corte costituzionale, secondo cui quando "imprese molto modeste incorrono nelle procedure fallimentari ... vengono meno le finalità del fallimento. L'esiguo patrimonio attivo del fallito può rimanere assorbito interamente dalle spese della complessa procedura e a volte risulta persino insufficiente a coprire le spese anticipate dall'erario. Il fallimento finisce con l'essere un rimedio processuale impeditivo della tutela dei creditori e un mezzo di difesa insufficiente." In questa situazione l'interpretazione accolta è da preferire anche perché la contraria ipotesi dell'assoggettamento a fallimento delle società, siano o meno artigiane, che abbiano le caratteristiche della piccola impresa ex art. 2083 c.c., determinerebbe, alla luce delle ragioni dell'esclusione dal fallimento sopra individuate dalla Corte costituzionale, una irragionevole disparità di trattamento con le imprese individuali. Deve applicarsi perciò il principio secondo cui il giudice deve essere costantemente guidato dall'esigenza di rispetto dei precetti costituzionali e deve privilegiare, ove l'interpretazione di una norma di legge sia suscettibile di più letture ed una di esse appaia confliggente con alcuno di tali principi, quella idonea a superare ogni antinomia con il testo costituzionale¹⁰².

In conclusione, la questione della assoggettabilità a fallimento delle società doveva già essere risolta – secondo la vecchia normativa - avendo riguardo solo alla sussistenza o meno dei requisiti previsti dall'art. 2083 c.c. per l'identificazione della figura del piccolo imprenditore, indipendentemente dalle modalità con cui viene svolta l'attività d'impresa¹⁰³.

La nuova formulazione dell'art. 1 ha comunque il pregio di porre fine ai contrasti, tuttora non sopiti, in ordine alla persistente validità del divieto di cui all'ultimo periodo dell'art. 1 e soprattutto alla sua limitata applicabilità alle società commerciali; le pronunce del giudice delle leggi, infatti, sembrano giungere a soluzioni contrastanti con quelle assunte dalla Cassazione, laddove affermano che "...Il diverso trattamento fatto alla società artigiana trova giustificazione nella natura e nel carattere di questo tipo di

¹⁰² V. Corte costituzionale, 24 luglio 1996, n. 307, Dir. fall. 1996, II, 987

¹⁰³ Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235, Foro it. 2003, I, 764, in motivazione

società, la quale gode di uno status particolare ed è soggetta ad una disciplina peculiare, la quale si applica, però, fino a che le sue dimensioni siano modeste”¹⁰⁴; alcune considerazioni espresse nella sentenza Corte Cost. n. 579 del 1989 (che dichiarò la illegittimità costituzionale della norma della legge fallimentare che stabiliva un criterio fisso per la esclusione dalla soggezione al fallimento del piccolo imprenditore, cioè il limite di lire 900.000 del capitale investito nelle aziende) sono, secondo la stessa Consulta, valide anche per le società commerciali di modeste dimensioni, ma tali considerazioni, però, attengono alla sfera della discrezionalità del legislatore perchè rientrano nell'ambito della generale politica economica e giudiziaria e a lui spetta la scelta di una delle varie soluzioni possibili¹⁰⁵.

4. Le azioni di responsabilità ed il potere cautelare del giudice delegato

Dispone il nuovo articolo 146 della legge fallimentare – per nulla innovando rispetto al passato – che gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49 e che essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.

E' stata invece modificata la rubrica dell'articolo, al fine di coordinarla con l'introduzione dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo e la responsabilità dei soci di s.r.l., ai sensi dell'art. 2476, settimo comma, c.c.

Il secondo comma è stato suddiviso in due parti: la prima concernente le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi sociali ed i liquidatori; la seconda riguardante l'azione di responsabilità contro i soci di società a responsabilità limitata, prevista dall'art. 2476, comma settimo, del codice civile. Entrambe le azioni sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori.

Alla lettera a) del secondo comma si è adottata una formulazione aperta – senza rinvio a norme particolari - in virtù della quale sembra doversi ritenere che le azioni di responsabilità riguardino anche i componenti degli organi sociali della società a responsabilità limitata e che le stesse siano promuovibili, oltre che nei confronti dei liquidatori, il che era pacifico, anche

¹⁰⁴ Per la consulta, la sottoposizione alla procedura fallimentare delle società anche se di fatto e di modeste dimensioni trova adeguata giustificazione nella presunzione di speculazione e di profitto che ne ha determinato la costituzione. In via generale, quindi, la differenziazione tra le società ed il piccolo imprenditore individuale non è, per la Corte, irrazionale

¹⁰⁵

nei confronti dei componenti degli organi di controllo, sia nei casi di obbligatorietà della loro nomina, sia nelle ipotesi di facoltatività.

Per quanto riguarda gli amministratori della società a responsabilità limitata – in relazione alla sussistenza o meno di una loro specifica responsabilità verso i creditori sociali – il legislatore della riforma ha preferito non adottare una posizione netta al riguardo; la relazione allo schema di decreto legislativo osserva che la scelta di adottare una formula “aperta”, che lasci cioè agli interpreti il compito di stabilire se il curatore possa esercitare nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata solo l’azione di responsabilità sociale o anche quella verso i creditori sociali, deriva sostanzialmente dalla mancanza di una precisa indicazione nella legge delega.

E’ stato soppresso il terzo comma dell’art. 146, secondo cui “Il giudice delegato, nell'autorizzare il curatore a proporre l'azione di responsabilità, può disporre le opportune misure cautelari”; ciò è dovuto, si ritiene, alla considerazione che il nuovo ruolo assegnato al giudice delegato dalla riforma rende incompatibile l’assunzione da parte dello stesso di misure cautelari. Secondo parte della giurisprudenza¹⁰⁶ e della dottrina¹⁰⁷ tale comma doveva, già in precedenza, considerarsi implicitamente abrogato, in seguito all’entrata in vigore del nuovo procedimento cautelare commerciale. Vale la pena comunque rilevare che la maggior parte delle proposte di riforma che si sono susseguite nel tempo abbiano avuto, come comune denominatore, in relazione all’art. 146, proprio l’abrogazione del terzo comma (ci si riferisce al progetto di «miniriforma», al c.d. “maxiemendamento” e agli schemi redatti dalle Commissioni Trevisanato).

L’abrogazione della norma in esame ha oggi il chiaro significato di eliminare, in radice, il potere cautelare del giudice delegato, per cui – salvi i limitati poteri di cui all’art. 25 n. 2 e fermi i poteri cautelari dell’istruttoria prefallimentare del tribunale¹⁰⁸, ai sensi dell’art. 15 - ogni qual volta sia

¹⁰⁶ Si veda la recente Trib. Tolmezzo, 25 luglio 2005, in Fall. 2006, 1, 65: “A seguito della modifica del procedimento cautelare per le controversie in materia societaria fra le quali va compresa l’azione di responsabilità promossa dal curatore nei confronti degli organi sociali, deve ritenersi definitivamente caducata l’ipotesi dello speciale procedimento di cui all’art. 146 l. fall., comunque invocabile esclusivamente laddove la misura cautelare venga concessa contestualmente al decreto con il quale viene autorizzata l’azione di merito.

¹⁰⁷ Cfr. FABIANI, *Riforma dei riti societari e nuovi dubbi sui sequestri speciali fallimentari nella prospettiva delle riforme concorsuali*, in Fall., 2006, 1, 69 e FABIANI, *L’art. 146 l. fall., fra note questioni di competenza funzionale e nuovo processo societario*, in Fall., 2005, 173

¹⁰⁸ I provvedimenti emessi in tale fase hanno un’efficacia limitata nel tempo connessa alla durata del procedimento, dovendo essere confermati o revocati dalla sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l’istanza

necessario assicurare la conservazione dei beni personali degli amministratori e liquidatori, a garanzia del soddisfacimento in caso di ritenuta responsabilità, gli organi fallimentari, e cioè il curatore, non potranno che rivolgersi al giudice ordinario, come una qualsiasi altra parte “privata”.

5. Il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili

Dispone il primo comma dell’art. 147 che la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili.

Il rinvio a determinati tipi societari - e più precisamente a società in nome collettivo, società in accomandita semplice e società in accomandita per azioni - consente all’interprete di risolvere, in senso negativo, il dibattuto problema relativo alla fallibilità dei soci unici di società di capitale, nei limitati casi in cui essi assumono responsabilità illimitata. Il mancato richiamo a srl e spa sembra doversi dunque interpretare nel senso che il socio unico di tali imprenditori collettivi, qualora ricorra una delle condizioni di cui agli artt. 2325 e 2462 cod. civ.¹⁰⁹, pur rispondendo dei debiti sociali con tutti i suoi beni, non potrà essere dichiarato fallito “per estensione” e non subirà quindi lo spossessamento e l’esecuzione concorsuale¹¹⁰. Resta peraltro irrisolto il problema della sussistenza, in capo al curatore fallimentare, della legittimazione ad escutere il socio illimitatamente responsabile, e con esso quello della esclusività o concorrenza di tale (eventuale) legittimazione con quella dei creditori sociali. Secondo alcuni il legislatore della riforma avrebbe dovuto approfittarne per risolvere la questione e superare il tradizionale orientamento negativo della giurisprudenza, imponendo, con la concentrazione della legittimazione in capo al curatore, una soluzione senz’altro più razionale ed efficiente per la massa dei creditori¹¹¹. Sembra però preferibile la soluzione adottata dalla Cassazione, secondo cui il curatore del fallimento della società non è legittimato ad agire, nell’interesse della massa, al fine di far valere la responsabilità del socio unico. La relativa azione, infatti, sia nel caso dell’unico azionista di una società per azioni che

¹⁰⁹ E cioè: in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni (o quote) sono appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall’articolo 2342 (2464 per le srl) o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall’articolo 2362 (2470 per le srl).

¹¹⁰ Contra, sotto la vecchia normativa, Tribunale Tivoli, 19 marzo 2003, Dir. e prat. soc. 2003, f. 24, 88; Tribunale Messina, 11 marzo 2002, Foro it. 2002, I, 1222; Tribunale Lucera, 18 gennaio 2002, Dir. fall. 2002, II, 330; Corte appello Bologna, 21 settembre 2001, Fallimento 2002, 770.

¹¹¹ GUERRERA, op. cit. 1

nel caso del socio unico di srl, non rientra nel novero delle azioni che originariamente avrebbe potuto esercitare la società fallita, e che dunque competono al curatore, bensì è attribuita esclusivamente ed individualmente a ciascun singolo creditore, legittimato ad esercitarla nei confronti di un soggetto (unico azionista o quotista) che non è stato dichiarato personalmente fallito e la cui responsabilità, per le obbligazioni sociali inadempite, si affianca a quella della società fallita, senza che per questo egli si identifichi con la società stessa¹¹².

Il primo comma dell'articolo 147 precisa anche che il fallimento di una delle società appartenente ai tipi regolati i capi III, IV e V del libro quinto del codice civile (ossia, come si è detto, le società in nome collettivo, quelle in accomandita semplice e le società in accomandita per azioni) produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche illimitatamente responsabili. L'inciso "pur se non persone fisiche" sembra sia stato inserito – come si rileva nella relazione allegata allo schema di decreto legislativo del Governo - al fine di chiarire che falliscono per estensione anche le eventuali società (sia di capitali, sia di persone), socie (ai sensi dell'art. 2361, secondo comma, c.c.) di società di persone.

Il secondo comma dell'articolo 147 precisa che il fallimento dei soci non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, se sono state osservate le formalità per rendere noti i fatti indicati ai terzi¹¹³, così recependo le conclusioni della sentenza 21 luglio 2000, n. 319, della Corte Costituzionale ("È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 cost., l'art. 147 comma 1 r.d. n. 267 del 1942, nella parte in cui prevede che il fallimento dei soci a responsabilità illimitata di società fallita possa essere dichiarato dopo il decorso di un anno dal momento in cui essi abbiano perso, per qualsiasi causa, la responsabilità illimitata". Corte costituzionale, 21 luglio 2000, n. 319, in Giust. civ. 2000, I, 2789).

Al fine di dare maggiore certezza alla materia, oggetto di decisioni contrastanti della giurisprudenza anche dopo la pronunzia della Consulta, il legislatore della riforma ha opportunamente inserito una precisazione riguardante le operazioni di trasformazione, fusione e scissione.

¹¹² Cass., 27 maggio 1997, n. 4701, Fall. 1998, 153; vale la pena rilevare che diversamente (a meno di creare una massa separata) tutti i creditori del fallimento si avvantaggerebbero dell'azione svolta dal curatore, mentre la responsabilità illimitata dell'unico azionista (o quotista) è limitata alle sole obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona.

¹¹³ L'inciso relativo alla pubblicizzazione del recesso comporta però evidenti problemi per il socio di fatto e, soprattutto, per il socio occulto, il quale, proprio perché tale, non è in grado di rendere noto ai terzi l'avvenuto scioglimento del vincolo sociale.

Gli ultimi due commi dell'art. 147 disciplinano il regime delle impugnazioni richiamando le disposizioni di cui agli articoli 18 in materia di appello e 22 in materia di reclamo avverso il decreto di rigetto della domanda

10. Soci e società occulte

Nel quarto e nel quinto comma dell'art. 147 viene recepito il noto orientamento giurisprudenziale in tema di socio e di società occulta¹¹⁴; dispone la norma che se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi¹¹⁵. Il comma in esame riproduce il contenuto del vecchio comma due, salvo per quanto riguarda l'iniziativa processuale (ora estesa ai creditori ed agli altri soci, ma sottratta, conformemente a quanto statuito dall'art. 6, al potere d'ufficio del Tribunale). E' stato inoltre eliminato l'inciso "dopo averli sentiti in camera di consiglio", ma ciò non significa che il socio occulto possa essere dichiarato fallito anche senza previa convocazione; al contrario, il periodo è stato eliminato perché lo stesso principio è stato sancito in via generale per i soci dal nuovo comma terzo, a tenore del quale "Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, deve disporre la convocazione a norma dell'articolo 15".

Il comma sesto precisa che "Allo stesso modo si procede qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente

¹¹⁴ Non sembra invece prospettabile, specie di fronte alla nuova formulazione della norma, l'ipotesi di fallimento personale del socio sovrano o del socio tiranno di società di capitali; tale ipotesi infatti configge insanabilmente con la nuova concezione del fallimento come procedimento recuperatorio, piuttosto che sanzionatorio della condotta imprenditoriale. La tutela dei creditori dovrà allora realizzarsi mediante rimedi di tipo risarcitorio.

¹¹⁵ Osserva giustamente CAVALLI, op. cit., che: "In questi casi, l'aspetto più delicato della questione, che la legge di riforma non ha affrontato, sta, naturalmente, nell'accertamento e nella prova del vincolo sociale, che spesso, proprio a causa del suo carattere occulto, possono risultare non agevoli. In linea di principio, occorrerebbe dimostrare che i soggetti coinvolti hanno eseguito dei veri e propri conferimenti e che hanno partecipato ai costi ed ai benefici di una struttura collettiva, legati fra loro dalla così detta affectio societatis. In concreto, però, l'ampiezza che assume la nozione di conferimento nell'ambito delle società personali e la propensione ad intendere in senso altrettanto ampio il concetto di utile conseguente alla gestione dell'impresa hanno consentito alla giurisprudenza di allargare notevolmente le maglie dell'interpretazione. Un caso tipico è quello, assai ricorrente, del soggetto che abbia eseguito finanziamenti alla società o prestato garanzie personali a suo favore: tale comportamento, specialmente se ripetuto nel tempo e non giustificabile altrimenti (ad esempio, con vincoli di tipo parentale o coniugale), è stato sovente reputato come indice di un vincolo societario, se pur con l'avvertenza che l'indagine dev'essere condotta dal giudice tenendo conto di tutte le circostanze del singolo caso".

responsabile”; si tratta della cosiddetta “società occulta”, che si distingue dalla fattispecie del socio occulto poiché, mentre in quest’ultimo caso la società è regolarmente costituita e si manifesta all’esterno (la dissimulazione investe dunque solo il profilo della sua componente soggettiva), nel primo caso è la stessa esistenza di un’impresa collettiva ad essere dissimulata (la società occulta, dunque, si presenta ai terzi come impresa individuale, ma l’attività fa capo, in realtà, ad una struttura collettiva, a causa della presenza di uno o più soggetti che fiancheggiano nell’ombra l’imprenditore palese¹¹⁶).

La norma, come si è detto, recepisce un orientamento seguito dalla giurisprudenza prevalente¹¹⁷ e da parte della dottrina, secondo cui la società realmente esistente, ma occulta, risponde di fronte ai terzi anche in difetto di esteriorizzazione del vincolo, essendo sufficiente che la società esista di fatto e che il negozio da cui trae origine la responsabilità sia comunque riferibile al patrimonio sociale, seppure non vi sia stata spendita del nome sociale¹¹⁸.

Vi è chi¹¹⁹ ha rilevato l’opportunità – onde delimitare l’eccessiva discrezionalità del giudice nell’indagine – di un riferimento all’effettività della società, alla natura realmente collettiva dell’impresa o almeno alla concludenza degli indici presuntivi di appartenenza alla società.

11. I gruppi societari

Una delle grandi carenze della riforma fallimentare attiene senza dubbio alla mancata regolamentazione delle crisi e delle situazioni di insolvenza che interessano i gruppi di società¹²⁰; l’art. 148, infatti, si limita a precisare che “Nei casi previsti dall’articolo 147, il tribunale nomina, sia per il fallimento della società, sia per quello dei soci un solo giudice delegato e

¹¹⁶ Cfr. CAVALLI, op. cit.

¹¹⁷ Si veda in merito Cass., 30 gennaio 1995, n. 1106 (in Giust. civ. Mass. 1995, 234 e Fall.1995, 919, con nota di PANZANI): “In tema di fallimento di soci illimitatamente responsabili, l’art. 147, comma 2, l. fall., che espressamente riguarda il socio occulto di società palese, non costituisce norma di carattere eccezionale, perché applica, in sede fallimentare, il principio della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci il quale è immanente nelle società con soci a responsabilità illimitata (art. 2291 e 2297 c.c.). La suddetta norma è pertanto, analogamente applicabile al socio occulto di società occulta, e cioè al caso in cui una persona agisca, nei rapporti con i terzi, come imprenditore individuale, ma abbia un rapporto occulto con uno o più soci, ed i terzi possano provare che i debiti assunti dall’imprenditore apparentemente individuale sono debiti di una società della quale egli è amministratore”.

¹¹⁸ Trib. Napoli, 17 luglio 1996, in Fall. 1997, 103; conff. Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in Fall. 1997, 1009; App. Bologna, 21 settembre 2001, in Fall. 2002, 770; Trib. Ferrara, 23 gennaio 2002, in Gius 2002, 1639.

¹¹⁹ GUERRERI, op. cit., par. 2.3.

¹²⁰ In argomento si vedano CAVALLI, op. cit., GUERRERA, op. cit., MEOLI, *Crisi ed insolvenza delle società e dei gruppi nel Progetto di riforma fallimentare*, in Fall., 2005, 37 ss.

un solo curatore, pur rimanendo distinte le diverse procedure. Possono essere nominati più comitati dei creditori”. A parte la lieve modifica relativa alla nomina del comitato dei creditori, che deve ritenersi atto di competenza del giudice delegato¹²¹, il primo comma dell’art. 148 riproduce la formulazione anteriore alla riforma, con la sola precisazione che le diverse procedure rimangono distinte¹²², così come rimangono distinti il patrimonio della società e quello dei singoli soci.

La norma prosegue poi regolando i diritti dei creditori nei fallimenti della società e dei singoli soci, senza introdurre sostanziali novità e pur precisando, in ciò risolvendo un punto controverso, che l’eventuale privilegio generale che assiste il credito verso la società è conservato anche nel fallimento del socio¹²³.

Non sono stati invece previsti specifici meccanismi di distribuzione interna delle perdite causate dalla crisi e di perequazione del trattamento dei creditori delle diverse società del gruppo (contemperando il principio di autonomia patrimoniale della singola società)¹²⁴.

¹²¹ Si veda in proposito la relazione del Governo allo schema di decreto legislativo licenziato il 23 settembre 2005: “Nel primo comma, si è risolta quella che si era definita una “svista” della legge fallimentare che sembrava attribuire al tribunale e non al giudice delegato il potere di nominare il comitato dei creditori”.

¹²² Conclusione cui la giurisprudenza era già pervenuta sotto la vecchia normativa: si veda Trib. Verbania, 23 giugno 1989, *Informazione previd.* 1990, 97: “Tra il fallimento di una società e quello dei soci illimitatamente responsabili dichiarato ai sensi dell’art. 147 l. fall. esiste un rapporto di completa autonomia, nonostante venga nominato un solo giudice delegato ed un solo curatore ai sensi dell’art. 148 l. fall.”.

¹²³ La Cassazione era già orientata in tal senso: “Il credito assistito da privilegio generale e vantato nei confronti di una società di persone conserva la prelazione anche qualora venga fatto valere nel fallimento in proprio del socio illimitatamente responsabile, non sussistendo diversità di causa tra le pretese azionabili nei confronti della società debitrice e dei soci della stessa illimitatamente responsabili, nè sul piano oggettivo - trattandosi del medesimo credito - nè su quello soggettivo, in quanto l’obbligazione della società di persone rappresenta anche l’obbligazione diretta del socio della stessa illimitatamente e personalmente responsabile” (Cass., 30 luglio 2004, n. 14646, in *Giust. civ. Mass.* 2004, f. 7-8; conf. Cass., 22 novembre 1993, n. 11512, in *Giust. civ. Mass.* 1993, fasc. 11, nonché Cass., 11 agosto 1995, n. 8817, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 1511); contra Trib. Torino, 17 gennaio 1989, in *Fall.* 1989, 1213: “Il credito assistito dal privilegio generale e vantato nei confronti di una società di persone (nella specie per ILOR dovuta dalla società) non conserva la prelazione anche agli effetti delle masse patrimoniali dei soci, ma degrada a mero rango chirografario”.

¹²⁴ Si veda Guerriera, *op. cit.*, 3.1. s., il quale segnala anche: a) la mancata previsione della legittimazione del curatore ad esercitare l’azione sociale di responsabilità da eterodirezione abusiva, unitamente all’azione di responsabilità spettante ai creditori sociali (pur ammessa dalla prevalente dottrina); b) la mancata concentrazione esclusiva, in capo al curatore, di tutte le azioni (individuali, sociali ed esterne) che possono derivare, in ragione della natura plurioffensiva dell’illecito, dall’inosservanza della regola di corretta gestione societaria ed imprenditoriale da parte della capogruppo (v. 2394 bis c.c.); c) il mancato coordinamento della implicita

8. Gli effetti del fallimento sull'organizzazione societaria e sui poteri degli organi amministrativi

L'art. 152 è rimasto inalterato nel suo primo comma; nel secondo si è ritenuto preferibile, in coerenza con la tendenza legislativa che emerge dalla riforma del diritto societario, assegnare agli amministratori delle società di capitali il potere di chiedere il concordato, nonché prevedere – per tutti i tipi societari – la derogabilità delle scelte operate dal legislatore. In particolare, mentre è rimasto invariato il potere attribuito ai soci di maggioranza (assoluta) per la deliberazione della proposta di concordato nelle società di persone, per le altre imprese collettive (società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e società cooperative) si è invertito il rapporto tra regola ed eccezione; mentre in precedenza la proposta e le condizioni del concordato dovevano essere approvate dall'assemblea straordinaria, salva la delega dei relativi poteri agli amministratori, ora tali atti sono deliberati dagli amministratori, ma è fatta salva la possibilità di diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto (tale salvezza si riferisce anche alle società di persone)¹²⁵.

Il terzo comma, di nuova introduzione, stabilisce – similmente ad altre ipotesi di carattere societario (ad es. emissione di obbligazioni, aumento delegato del capitale, trasformazione di società di persone) – l'obbligo di formalizzare attraverso l'intervento del notaio le decisioni concernenti la proposta di concordato riguardanti società di capitali.

Un ultimo cenno merita il problema dei rapporti tra gli organi delle società assoggettate a procedure concorsuali e gli organi di dette procedure, che può creare incertezze e confusioni; il problema si pone con particolare riferimento alle procedure non liquidatorie, ed in special modo per il concordato preventivo, naturalmente destinato alla ristrutturazione

legittimazione del curatore ad agire in responsabilità contro gli altri soggetti concorrenti o beneficiari dell'illecito della capogruppo, ai sensi dell'art. 2497, co. II, c.c., con la legittimazione ad agire contro gli amministratori della società controllata ai sensi dell'art. 2394 bis c.c..

¹²⁵ Osserva GUERRERI, op. cit. 4.3., che tale disposizione, quantunque derogabile, altera l'assetto tradizionale delle competenze societarie (per l'esigenza di snellimento e accelerazione del processo decisionale in materia) e si rivela tuttavia discutibile proprio se messa confronto con le operazioni di ristrutturazione societaria e il mutamento degli assetti imprenditoriali che rappresentano il nuovo possibile contenuto della proposta di concordato (contenuto che non potrebbe essere sottratto alla deliberazione dell'assemblea, in quanto incide direttamente sulle partecipazioni dei soci).

dell'impresa, ma anche per il concordato fallimentare e gli accordi di ristrutturazione dei debiti¹²⁶.

Pur tuttavia, anche in relazione al fallimento si possono verificare situazioni dubbie, se sol si considera che la dichiarazione di fallimento non è più considerata tra le cause di scioglimento della società dal nuovo art. 2484 c.c.; ne consegue che il contratto sociale resta efficace pur dopo che sia stato accertato e dichiarato lo stato di insolvenza e che la società fallita non viene automaticamente posta in liquidazione¹²⁷.

¹²⁶ Si pensi, come osserva GUERRERI, op. cit., 4.2., alle operazioni sul capitale e straordinarie contemplate proprio come strumento di soluzione della crisi d'impresa, oppure a tutti gli atti che si rendono necessari dopo l'ammissione al concordato preventivo e prima dell'omologazione, pur in costanza di procedura liquidatoria: si è posto il problema, per esempio, della titolarità del diritto di voto nell'ambito di concordati "esterni" in cui la società soggetta alla procedura concorsuale rivesta il ruolo di creditrice. In questo caso la scelta è caduta sul liquidatore giudiziale, piuttosto che sull'amministratore della società ammessa al concordato preventivo, posto che la votazione nell'adunanza dei creditori della società debitrice, a sua volta ammessa al concordato, realizzava un interesse di tipo patrimoniale che era destinato ad accrescere l'attivo liquidatorio spettante ai creditori (Trib. Mondovì, ord. 26 luglio 2005, ric. Syncro Set srl, inedita).

¹²⁷ Rileva GUERRERI, op. cit. 4.1., che la dichiarazione di insolvenza è riguardata come un accidente non definitivamente impeditivo della realizzazione del programma imprenditoriale sotteso al contratto di società; dal che, osserva questo autore, sarebbe stato opportuno trarre le dovute conseguenze in ordine alla disciplina del funzionamento delle società in stato di fallimento.