

La disciplina delle società nel fallimento¹

PAOLO GIOVANNI DEMARCHI

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le società commerciali e la nozione di piccolo imprenditore - 3. La disciplina previgente: confronto con la nuova normativa - 4. L'impresa agricola - 5. Il cammino della riforma: dal progetto Trevisanato alla legge delega - 6. Le indicazioni della legge delega e gli atti successivi - 7. I nuovi criteri di esonero dal fallimento - 8. Analisi dei singoli criteri di cui all'articolo 1. a) Il criterio degli investimenti o dell'attivo patrimoniale - b) Il criterio reddituale - c) L'indebitamento - 9. Brevi cenni sul concetto di insolvenza - 10. L'art. 15 della legge fallimentare: la "soglia oggettiva di fallibilità" - 11. Il fallimento delle società - 12. Le azioni di responsabilità ed il potere cautelare del giudice delegato - 13. Il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili - 14. Soci e società occulte - 15. I gruppi societari - 16. Gli effetti del fallimento sull'organizzazione societaria e sui poteri degli organi amministrativi - 17. I patrimoni destinati ad uno specifico affare - 18. Fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa.

1. Introduzione

Al fallimento delle società è destinato un capo specifico della legge fallimentare, il decimo; il capo successivo, che si occupa dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, può però essere anch'esso oggetto di studio nell'ambito del fallimento delle società, posto che tali patrimoni, introdotti dall'articolo 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, possono essere costituiti solo in ambito societario.

Un'analisi approfondita del fallimento delle società, poi, non può prescindere dall'analisi dei presupposti di fallibilità, di cui all'articolo 1 della legge fallimentare.

E' bene, comunque, premettere che il fallimento delle società – pur trovando una disciplina specifica negli articoli da 146 a 154 della legge fallimentare - non costituisce affatto un fenomeno eccezionale, essendo anzi statisticamente maggiore del fallimento degli imprenditori individuali. Ciò è

¹ Il presente scritto riproduce il testo della relazione svolta presso la scuola di formazione Just Legal Services in Milano, nel gennaio 2008.

tanto più vero oggi che sono state introdotte soglie minime di fallibilità piuttosto elevate.

Il capo dedicato alle società non ha, dunque, la funzione di introdurre una disciplina speciale, all'interno della procedura concorsuale (quasi che le altre norme della legge fallimentare valgano solo per l'imprenditore individuale); al contrario, le norme sul fallimento sono studiate pensando in gran parte alle imprese societarie, in quanto soggetti con più ampi volumi reddituali e di investimento, caratterizzati da elevati livelli di rischio, e perciò più frequentemente assoggettati ad insolvenza.

La funzione del Capo X della legge fallimentare, allora, deve ricercarsi principalmente nella necessità di disciplinare gli effetti che il fallimento dell'imprenditore collettivo comporta nei confronti dei soci e la legittimazione del curatore ad intraprendere le azioni di responsabilità, nell'interesse della massa.

2. Le società commerciali e la nozione di piccolo imprenditore

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, sono state escluse le piccole imprese⁴: sono

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

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; 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.

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 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 qualifici, 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

Per ovvii motivi legati alla inconciliabilità della tutela di interessi pubblici con la normativa concorsuale prevalentemente orientata al 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**¹⁰; la relazione allo schema di decreto legislativo correttivo afferma espressamente che “.. resta quindi fermo l'esonero dalle procedure concorsuali di tutti gli imprenditori agricoli, piccoli e medio grandi”. 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 industriale¹¹.

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

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)

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

¹⁰ Sembra però sempre più ingiustificata l'esclusione dal fallimento dell'imprenditore agricolo, specie in relazione all'estensione della nozione, quale risultante dal nuovo art. 2135 c.c., nonché con riferimento al superamento delle soglie di cui all'art. 1 della legge fallimentare, per cui nel vigente sistema l'imprenditore agricolo assoggettabile a fallimento sarebbe stato solo quello medio-grande (cfr. CAGNASSO-IRRERA, *Il fallimento delle società*, Milano, 2007, 22).

¹¹ 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

realizzare lo scopo ideale dell'associazione¹². Certo è che sono soggette a fallimento le associazioni non riconosciute che esercitano in via esclusiva o principale un'attività commerciale¹³, in quanto a loro deve essere attribuito lo "status" di imprenditore commerciale¹⁴.

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 imprenditoriali¹⁵.

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 fallito¹⁶. 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

¹² 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.

¹³ Trib. Torino, 27 marzo 1997, Giur. piemontese 1997, 288; Trib. Monza, 11 giugno 2001, G. merito 2002, 10

¹⁴ Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, Arch. civ. 2001, 985.

¹⁵ 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 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)".

¹⁶ 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

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 societario¹⁷.

3. 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, il nuovo articolo 1 della legge fallimentare ha subito notevoli modifiche; in un primo tempo è rimasto il riferimento al piccolo imprenditore, quale soggetto giuridico esonerato dal fallimento, con la previsione di indici in negativo per la sua individuazione. In un secondo momento, con il correttivo del settembre 2007, in vigore dal primo gennaio del 2008, è stata del tutto abolita la nozione, ai fini fallimentari, di piccolo imprenditore.

L'imprenditore, sia esso individuale o collettivo, fallisce solo in quanto superi determinate dimensioni; ciò al fine precipuo di evitare che si aprano delle procedure nei casi in cui le dimensioni ridotte dell'impresa comporterebbero più costi che benefici.

Preso atto dell'obsolescenza dei criteri originari per l'accertamento della qualità di piccolo imprenditore, ormai abbandonati del tutto da dottrina e giurisprudenza¹⁸, il legislatore ha allora introdotto dapprima, con la riforma, 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. In un secondo tempo, con il decreto correttivo di settembre 2007, la norma è

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

stata riscritta con la previsione di tre indici economici che l'imprenditore non deve superare per essere esonerato dal fallimento.

Per quanto riguarda le società, fin dalla prima modifica è stato eliminato l'ultimo comma dell'art.1, il quale disponeva che "in nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali"; parallelamente la riforma aveva introdotto nella nuova norma una disposizione che lasciava intendere che tanto l'imprenditore individuale, quanto quello collettivo, potevano essere considerati "piccoli" ai fini della legge fallimentare ("..non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale **in forma individuale o collettiva**..").

Ne risultava 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 imprenditori¹⁹.

Ma la questione ha oggi perso ogni importanza, dato che con l'ultimo decreto correttivo è sparito ogni riferimento al piccolo imprenditore, sostituito da più semplici indici di natura economica. In questo contesto la forma di esercizio dell'impresa non può più avere alcuna rilevanza; l'imprenditore, sia esso individuale o collettivo, fallisce se supera anche una sola delle tre soglie di cui all'articolo 1.

4. L'impresa agricola

L'imprenditore agricolo non è soggetto al fallimento²⁰ 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 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.²¹

¹⁹ 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

²⁰ V. relazione allegata allo schema di decreto legislativo presentato dal Governo, sub. art. 1

²¹ Così CAVALLI, *op.cit.*

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 agricolo²², a fronte, soprattutto, della nozione, fortemente estesa, risultante dal nuovo art. 2135 c.c., introdotto dal d. lgs. n. 228/2001²³. 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-grande²⁴; vi è poi chi rileva che i problemi di tutela del credito posti dall'insolvenza dell'imprenditore agricolo non appaiono molto diversi da

²² 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.

²³ 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; CAGNASSO-IRRERA, *Il fallimento delle società*, Milano, 2007, 22.

²⁴ 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, 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”.

quelli posti dall'insolvenza dell'imprenditore commerciale e sembrerebbero esigere, perciò, un'analogia risposta²⁵.

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)”²⁶.

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 Democratici di Sinistra 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 terra²⁷, e cioè quando il fondo si presenti come la semplice sede fisica di allocazione degli impianti, come accade per qualsiasi tipo d'attività industriale, ovvero quando le attività

²⁵ 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.

²⁶ CAVALLI, op. cit.

²⁷ V. infra nota 47

connesse di cui all'art. 2135 c.c. appaiano preponderanti o sproporzionate rispetto a quelle di coltivazione, allevamento o selvicoltura²⁸.

5. 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;

²⁸ 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”.

6. 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**²⁹. La norma delegante è molto generica, e dunque lasciava ampio margine di operatività al legislatore delegato³⁰; l’art.

²⁹ 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.

³⁰ 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 differenti³¹. 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 Governo³² 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".

³¹ Cfr. IRRERA, op.cit.

³² 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 complementare³³ – proposti dai due gruppi di lavoro ministeriali; si legge nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo³⁴ 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.”.

³³ 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.

³⁴ 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 ufficializzata³⁵, 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.

³⁵ 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 favorevole³⁶, 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

³⁶ 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 crisi³⁷.

Infine, con il decreto legislativo n. 169 del 12 settembre 2007 è stata attuata un'ulteriore massiccia opera di ristrutturazione della legge fallimentare riformata, che però non ha interessato, se non marginalmente, la disciplina specifica del fallimento delle società.

³⁷ 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.

7. I nuovi criteri di esonero dal fallimento

L'effetto del nuovo testo dell'art. 1 della legge fallimentare sarà, 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) è 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 previsti e dalla possibilità di salvare l'azienda attraverso la ristrutturazione del proprio debito.

A tal proposito viene da chiedersi, dato per scontato che l'imprenditore di modeste dimensioni 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 fallimentare³⁸ (aggiunto dall'articolo 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35) ha introdotto nel sistema concorsuale un 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

³⁸ **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 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.

un'alternativa³⁹, mentre secondo altri si tratterebbe di uno strumento rafforzativo della domanda per l'ammissione al concordato preventivo⁴⁰.

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 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? Mi pare che la soluzione affermativa si imponga.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

8. Analisi dei singoli criteri di cui all'articolo 1

a) Il criterio degli investimenti o dell'attivo patrimoniale

Passando all'esame analitico dei criteri di cui all'art. 1, ci si rende subito conto della poca chiarezza che connotava quello degli investimenti, introdotto con la riforma del 2006. Innanzitutto non c'era alcun riferimento temporale (mentre nel maxi-emendamento, ad esempio, il riferimento era al capitale investito negli ultimi cinque anni).

In secondo luogo non si comprendeva appieno il significato di "investimenti per capitale": nonostante la relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto legislativo parlasse 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 era chiaro di cosa dovesse tenersi conto nell'analisi dei dati contabili⁴¹.

Se si prendeva a base il bilancio, il criterio poteva riferirsi all'attivo, ma il richiamo al capitale poteva indurre l'interprete a ricercare gli investimenti al passivo; e non era escluso che si potesse trattare del patrimonio netto. Non era chiaro, poi, se, preso come base di calcolo l'attivo patrimoniale, occorresse 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. Non si capiva poi se si dovessero considerare anche i beni in leasing, ossia i beni collegati all'impresa da un vincolo di destinazione economica, seppur ancora appartenenti a terzi⁴².

Secondo la migliore dottrina economico-aziendale sia l'attivo immobilizzato, sia l'attivo circolante concorrono a formare la nozione di capitale investito⁴³, ovvero "la somma dei valori patrimoniali esprimenti,

⁴¹ In argomento v. MALERBA, *Le soglie di fallibilità*, in www.ilcaso.it

⁴² Tali perplessità sono espresse da IRRERA, op.cit., par. 2; v. anche DEMARCHI, *Lo scioglimento del contratto di leasing a causa del fallimento*, in *Giur. Comm.* 2008, in corso di pubblicazione.

⁴³ Si veda A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.* 2006, 5, 777: "Pertanto, cercando di cogliere il significato degli "investimenti nell'azienda", non si può che concordare con chi, nel vigore del primigenio criterio, aveva ivi ricompreso tutti i fattori della produzione collegati da un vincolo di destinazione economica con l'impresa, a prescindere dalla loro appartenenza o meno all'imprenditore. La nozione di "investimento", quindi, andrebbe ricondotta al capitale investito nell'impresa, sia quale capitale fisso, sia quale capitale circolante, così come riconosciuto, anche recentemente, da certa giurisprudenza di merito. In altri termini, concessi dal multiforme linguaggio aziendalistico, nella valutazione del criterio di cui alla lett. a) dell'art. 1 l. fall., si dovrebbe considerare la totalità degli impieghi, a prescindere dalla natura delle fonti (...) Verosimilmente, la più immediata emersione degli "investimenti" sarà offerta dalle immobilizzazioni, materiali, finanziarie ed immateriali, mentre resta incerto se (e come) possa afferrarsi, in base al criterio in esame, la dimensione di un'impresa destrutturata e organizzata soprattutto su basi contrattuali, che escludano la contabilizzazione di immobilizzazioni. Non può essere ignorato, infatti, che, dal 1942 ad oggi, l'impresa è divenuta sempre meno "proprietaria" dei

all'epoca del bilancio, scorte liquide in attesa di impiego oppure investimenti in attesa di realizzo". L'indagine in sede prefallimentare si sarebbe dovuta allora rivolgere – secondo tale orientamento - all'accertamento dell'ammontare dell'attivo dello stato patrimoniale⁴⁴.

La nozione di capitale investito nell'azienda non era comunque univoca⁴⁵ ed era pertanto presumibile che nella pratica sarebbero sorte molte questioni, cosa che puntualmente avvenne, nel pur breve tempo di vigenza della norma.

Non è qui il caso di dilungarsi troppo sull'analisi di un requisito oggi tramontato⁴⁶; il decreto correttivo ha infatti sostituito il criterio degli investimenti per capitale con quello dell'attivo patrimoniale. La relazione al decreto correttivo dice che la nuova nozione di "attivo patrimoniale" consente di "...far riferimento alla precisa elencazione contenuta nell'art. 2424 c.c.", con il che sembrerebbe doversi aver riguardo ai soli elementi dell'attivo espressamente previsti da questo articolo⁴⁷.

b) Il criterio reddituale

Decisamente più semplice sembra il criterio collegato al reddito dell'impresa⁴⁸: dice la norma che sono soggetti al fallimento coloro che hanno realizzato ricavi lordi, calcolati sulla media degli ultimi tre esercizi⁴⁹ o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

fattori della produzione, come già suggeriva allora l'art. 2555 c.c.(18), e spesso oggi l'imprenditore si avvale di strutture aziendali da altri gestite, attraverso la stipulazione di contratti di durata che consentano l'esternalizzazione di fasi del ciclo economico".

⁴⁴ IRRERA, op. cit., par. 2

⁴⁵ Come osserva FAUCEGLIA, op.cit., 991

⁴⁶ Per eventuali approfondimenti si rimanda a DEMARCHI, *I presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento, il fallimento delle società*, su www.ilcaso.it, foglio di giurisprudenza, 6 marzo 2007.

⁴⁷ Per un approfondimento della questione, tutt'altro che scontata, vedi però DEMARCHI, *Lo scioglimento del contratto di leasing a causa del fallimento*, in *Giur. Comm.* 2008, in corso di pubblicazione.

⁴⁸ Secondo A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.* 2006, 5, 777: "...se è vero che un'impresa non piccola probabilmente non può autofinanziarsi con ricavi inferiori ad euro 200.000, è pur vero che una piccola impresa dovrebbe restare tale anche se caratterizzata da una rilevante redditività. In altri termini, il criterio si dimostra incongruo proprio per le imprese in cui sia maggiormente determinante l'apporto personale dell'imprenditore e che evidenzino un ritorno sugli investimenti (ed un valore aggiunto) elevato, che potrebbe consentire il superamento della soglia anche in presenza di una organizzazione aziendale minima ma molto ben impiegata, con la paradossale conseguenza di "punire" con il fallimento proprio l'imprenditore che (prima dell'insolvenza, normalmente) sia stato in grado di sfruttare in maniera ottimale la propria dotazione aziendale".

⁴⁹ Prima si faceva riferimento, gli ultimi tre anni.

A differenza che per il criterio precedente, il “ricavo” individua in contabilità un dato ben preciso, e la norma, con disposizione pur pleonastica⁵⁰, precisa che l’accertamento dei ricavi può essere compiuto in qualunque maniera⁵¹ (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 esercizi**, 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 tributaria⁵².

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

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

⁵² 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 al di là 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*⁵³.

c) L'indebitamento

Il terzo requisito introdotto dal correttivo è totalmente nuovo; dice la norma che sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che hanno un ammontare di debiti anche non scaduti superiore ad euro cinquecentomila⁵⁴; viene dunque preso in considerazione il dato finanziario dell'indebitamento complessivo dell'impresa, quale ulteriore indice dimensionale dell'impresa⁵⁵.

Il criterio in esame si pone in stretta relazione con quello di cui all'art. 15, ultimo comma, della legge fallimentare, differenziandosene solo per la qualità del credito, che in quest'ultimo caso deve essere scaduto. Naturalmente, per il conteggio dei debiti di cui al parametro contenuto nella lettera c) dell'articolo 1, si terrà conto anche di quelli già valutati ai sensi dell'art. 15.

9. 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"⁵⁶, 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'azienda⁵⁷.

⁵³ CAVALLI, op.cit.

⁵⁴ In argomento si veda C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 29.

⁵⁵ La relazione allo schema di decreto correttivo precisa che "Le modifiche tengono conto del fatto che, l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità venutasi a determinare a seguito della novella del 2006, spesso ha impedito di assoggettare al fallimento ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori di rilevanti dimensioni con elevati livelli di indebitamento, danneggiando, in tal modo, sia i numerosi creditori insoddisfatti, che il sistema economico in generale."

⁵⁶ Per il quale si veda AMBROSINI-DEMARCHI, cit., p. 15 ss. e 79 ss.

⁵⁷ 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.

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 creditori⁵⁸.

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 liquidità⁵⁹.

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.

⁵⁸ 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”.

⁵⁹ 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.

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 scadenza⁶⁰.

10. 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 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 trentamila⁶¹”; 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 30.000 euro⁶².

La disposizione in esame peraltro non fa che recepire e in qualche modo regolamentare⁶³ una prassi già invalsa presso numerosi tribunali

⁶⁰ 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”.

⁶¹ La riforma aveva imposto il limite più basso di 25.000 euro, poi aumentato dal decreto correttivo. Tale importo è periodicamente aggiornato, ai sensi dell'ultimo periodo dello stesso comma, con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.

⁶² 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.

⁶³ 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”.

italiani⁶⁴, 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 respingere i ricorsi per la dichiarazione di fallimento⁶⁵. 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 appartenenza⁶⁶; 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 sociale⁶⁷.

Ciò che dobbiamo chiederci, oggi, è se la soglia oggettiva di punibilità (30.000 euro di debiti) incida sulla stessa nozione di insolvenza,

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Ciò che poteva anche incrementare il fenomeno del cosiddetto *forum shopping*, oggi scoraggiato dalla disposizione sulla *perpetuatio iurisdictionis* contenuta nell'art. 9.

⁶⁷ 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".

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 €30.000,00.

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 dovrebbe ritenere che il legislatore ha introdotto una deroga "quantitativa" al presupposto oggettivo del fallimento (l'insolvenza). Mi pare preferibile quest'ultima soluzione⁶⁸, 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 (30.000 euro)?

Dunque in linea generale si può ritenere che solo un piccolo imprenditore, di fronte ad un'esposizione debitoria inferiore ai 30.000 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 facilitata⁶⁹, in quanto prevenuta, l'indagine sulla sussistenza dei presupposti soggettivi del fallimento.

⁶⁸ Conf. CAVALLI, op. cit.

⁶⁹ Attraverso l'introduzione di un criterio di valore facilmente accertabile

Sotto un profilo teleologico, si rileva che la funzione della norma è senza dubbio di natura deflattiva⁷⁰, 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/benefici⁷¹, ma comporterebbero altresì la paralisi di molte sezioni fallimentari, specie nei tribunali delle grandi città o delle zone fortemente industrializzate⁷².

Sotto un profilo procedimentale, si è osservato⁷³ 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, quando il tribunale ha – o perlomeno – può avere un quadro più preciso della situazione economica e patrimoniale del fallendo”.

11. Il fallimento delle società

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

⁷⁰ Come rileva la relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo emanato dal Governo nel settembre del 2005

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ IRRERA, op. cit

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 commerciale⁷⁴, con ovvie conseguenze anche sulla fallibilità del socio cessato⁷⁵, mentre l'indirizzo seguito dalle prevalenti dottrina⁷⁶ e giurisprudenza ritiene che il socio non fallisce in quanto imprenditore, tale essendo la sola società⁷⁷, 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 sociale⁷⁸.

12. 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.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ V. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 31.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Cfr. CAVALLI, op. cit.

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 creditori⁷⁹.

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 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 giurisprudenza⁸⁰ e della dottrina⁸¹ tale comma doveva,

⁷⁹ In argomento, P. TOMAIUOLI, *La revoca degli amministratori e l'azione di responsabilità promossa dal socio, dai creditori e dal curatore fallimentare*, in D&G, Quotidiano del 8/04/2006.

⁸⁰ 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.,

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 tribunale⁸², ai sensi dell'art. 15 - ogni qual volta sia 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”.

13. 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.⁸³, pur rispondendo dei debiti sociali con

comunque invocabile esclusivamente laddove la misura cautelare venga concessa contestualmente al decreto con il quale viene autorizzata l'azione di merito.

⁸¹ 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

⁸² 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

⁸³ 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

tutti i suoi beni, non potrà essere dichiarato fallito “per estensione” e non subirà quindi lo spossessamento e l’esecuzione concorsuale⁸⁴. 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 creditori⁸⁵. 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 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 stessa⁸⁶.

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

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).

⁸⁴ 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.

⁸⁵ GUERRERA, *op. cit.* 1

⁸⁶ 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.

(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 terzi⁸⁷, 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.

Gli ultimi due commi dell'art. 147 disciplinano il regime delle impugnazioni richiamando le disposizioni di cui agli articoli 18 e 22 in materia di reclamo avverso la sentenza di fallimento o il decreto di rigetto della domanda⁸⁸.

14. 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 occulta⁸⁹; 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

⁸⁷ 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.

⁸⁸ La riforma del 2006 aveva tenuto distinti i due mezzi di impugnazione, prevedendo l'appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento; il correttivo del 2007 ha invece modificato l'at. 18, prevedendo il reclamo anche come mezzo di impugnazione contro la sentenza che dichiara il fallimento.

⁸⁹ 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.

dei medesimi⁹⁰. 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 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 palese⁹¹).

La norma, come si è detto, recepisce un orientamento seguito dalla giurisprudenza prevalente⁹² e da parte della dottrina, secondo cui la società

⁹⁰ 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”.

⁹¹ Cfr. CAVALLI, op. cit.

⁹² 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

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 sociale⁹³.

Vi è chi⁹⁴ 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 conclusione degli indici presuntivi di appartenenza alla società.

15. 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 società⁹⁵; 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 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 delegato⁹⁶, il primo comma dell'art. 148 riproduce la formulazione anteriore alla riforma, con la sola precisazione che le diverse procedure rimangono distinte⁹⁷, così come rimangono distinti il patrimonio della società e quello dei singoli soci.

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”.

⁹³ Trib. Napoli, 17 luglio 1996, in Fall. 1997, 103; conf. 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.

⁹⁴ GUERRERI, op. cit., par. 2.3.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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”.

⁹⁷ 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.”.

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 socio⁹⁸.

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)⁹⁹.

16. 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

⁹⁸ 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”.

⁹⁹ 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 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..

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)¹⁰⁰.

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 dell'impresa, ma anche per il concordato fallimentare e gli accordi di ristrutturazione dei debiti¹⁰¹.

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

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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).

accertato e dichiarato lo stato di insolvenza e che la società fallita non viene automaticamente posta in liquidazione¹⁰².

17. I patrimoni destinati ad uno specifico affare

Il nuovo art. 2447-bis c.c., inserito dall'articolo 1 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6., ha introdotto nel nostro ordinamento i patrimoni destinati ad uno specifico affare¹⁰³, la cui funzione sembra quella di consentire alla società per azioni di limitare il rischio di impresa senza la necessità di ricorrere alla moltiplicazione dei soggetti giuridici, cioè alla creazione di numerose società con compiti specifici. Oggi lo stesso risultato può essere raggiunto operando direttamente sul patrimonio dell'unica impresa societaria, mediante una segregazione di alcune risorse; il patrimonio destinato, allora, risponderà solo delle obbligazioni relative a predeterminate e specifiche operazioni economiche¹⁰⁴.

I patrimoni destinati sono disciplinati dagli articoli da 2447-bis a 2447-novies e possono essere costituiti nella misura massima del dieci per cento del patrimonio netto della società.

La disciplina fallimentare dei patrimoni destinati costituisce un banco di prova fondamentale per verificare la tenuta della segregazione patrimoniale; è stato correttamente osservato, infatti, che solo se regge all'insolvenza il patrimonio destinato può dirsi che svolge effettivamente la sua funzione¹⁰⁵.

Dice l'art. 155 della legge fallimentare che in caso di fallimento della società che ha costituito uno o più patrimoni destinati, l'amministrazione di

¹⁰² 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.

¹⁰³ In argomento, v. CAGNASSO-IRRERA, *Il fallimento delle società*, Milano, 2007, 199 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 37; F. FINMANÒ, *sub art. 155*, in JORIO-FABIANI, diretto e coordinato da, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2228 ss.; B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contratto e Impresa*, 2003, vol. 1, n. 1, p. 164 ss.; S. SCOVAZZO, *Profili di tutela dei creditori: patrimoni destinati nelle Spa e finanziamenti dei soci nelle s.r.l.*, in S. AMBROSINI, a cura di, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005, II, 391 ss.; A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.* 2006, 5, 777; A. LAUDONIO, *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca borsa tit. cred.* 2006, 3, 265; R. PARTISANI, *La responsabilità civile nella gestione separata dei patrimoni destinati allo specifico affare*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 9, 1560.

¹⁰⁴ G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 38.

¹⁰⁵ S. SCOVAZZO, *Profili di tutela dei creditori: patrimoni destinati nelle Spa e finanziamenti dei soci nelle s.r.l.*, in S. AMBROSINI, a cura di, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005, II, 391.

questi ultimi è attribuita al curatore (per via dello spossessamento degli organi societari) che vi provvede con gestione separata e, se possibile, provvede a norma dell'articolo 107 alla cessione a terzi dei patrimoni, al fine di conservarne la funzione produttiva; in caso contrario (se, cioè, la cessione non è possibile), il curatore provvede alla liquidazione dei patrimoni. Il corrispettivo della cessione *al netto dei debiti* del patrimonio o il *residuo attivo della liquidazione* sono acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che vi abbiano effettuato apporti, ai sensi dell'articolo 2447-ter, primo comma, lettera d), del codice civile.

Si può dire, dunque, che se il patrimonio è capiente (se può, cioè, far fronte ai propri debiti), la separatezza permane anche in caso di insolvenza della società: in caso di gestione attiva del patrimonio il curatore acquisirà alla massa fallimentare l'esubero risultante dalla sua cessione a terzi o dalla sua liquidazione, una volta soddisfatti i creditori particolari. I creditori sociali potranno dunque beneficiare degli utili conseguiti dalla gestione separata; i patrimoni destinati, d'altronde, fanno sempre parte della società, per cui è evidente che i relativi ricavi, depurati dei costi e degli altri oneri, vadano a vantaggio della stessa compagine sociale¹⁰⁶.

Se il patrimonio destinato è **incapiente**, cioè non ha risorse sufficienti per pagare i suoi creditori, il curatore provvede, previa autorizzazione del giudice delegato, alla sua liquidazione secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili (art. 156). Il patrimonio destinato non può essere dichiarato insolvente e fallire autonomamente¹⁰⁷, per cui la sua incapacienza non può mai propagarsi all'ente societario; le perdite della specifica iniziativa possono portare al dissesto anche la società che l'ha gestita solo laddove quest'ultima sia responsabile in via illimitata, coinvolgendone il patrimonio generale¹⁰⁸. Nonostante la chiara dizione della norma, non mi pare sussistano seri ostacoli sia alla cessione a terzi del patrimonio, che costituisce pur sempre una modalità di liquidazione in senso lato¹⁰⁹, sia alla continuazione dell'affare da parte del curatore (debitamente

¹⁰⁶ Si realizza una situazione analoga alla liquidazione di una società interamente controllata.

¹⁰⁷ Ciò comporta, secondo alcuni, che gli atti compiuti nella gestione dello specifico affare sono esenti da revocatoria fallimentare, la quale presuppone la procedura concorsuale. E' sicuramente configurabile, invece, l'esperimento di un'azione revocatoria ordinaria.

¹⁰⁸ F. FINMANÒ, *sub art. 155*, in JORIO-FABIANI, diretto e coordinato da, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2241, il quale ulteriormente osserva che solo in tale caso l'incapienza della cellula può riverberare i propri effetti sull'insolvenza della società, trascinando il patrimonio destinato all'affare che tale insolvenza aveva originato.

¹⁰⁹ Anche se l'art. 155 tiene distinte le due ipotesi.

autorizzato) quando i tempi della procedura lo consentano e vi siano buone possibilità di conseguire un risultato utile¹¹⁰.

I creditori particolari del patrimonio destinato possono presentare domanda di insinuazione al passivo del fallimento della società solo nei casi di responsabilità sussidiaria o illimitata previsti dall'articolo 2447-quinquies, terzo e quarto comma, del codice civile¹¹¹, oltre che nei casi in cui la delibera istitutiva del patrimonio separato preveda la responsabilità della società. Ciò significa che la segregazione opera in generale in senso bilaterale, sia a favore che contro i creditori “speciali” del patrimonio destinato¹¹². La responsabilità sussidiaria della società subentra solo in casi patologici del rapporto, qualora non siano rispettate (o non possano essere rispettate, come nei casi di fatto illecito) le formalità di pubblicità poste a garanzia dei terzi.

Se risultano violate le regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima, il curatore può agire in responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo della società ai sensi dell'articolo 146. Si tratta qui di una comune azione di responsabilità dipendente da negligenze degli amministratori¹¹³; non è chiara, peraltro, l'estensione dei poteri del curatore ed in particolare non è specificato se egli può agire solo per i danni cagionati

¹¹⁰ Va peraltro osservato che l'art. 2447-novies sembra sancire la cessazione del patrimonio destinato in caso di fallimento; in realtà la norma dice, al suo ultimo comma, che in caso di fallimento “..si applicano le disposizioni del presente articolo”. L'articolo però è rubricato “Rendiconto finale” e parla dell'obbligo di rendiconto degli amministratori (che deve essere accompagnato da una relazione dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione contabile, e poi depositato presso l'ufficio del registro delle imprese), nonché della liquidazione del patrimonio su richiesta espressa dei creditori. Pertanto ritengo che la norma non sia ostativa alla continuazione provvisoria dell'affare per cui era stato costituito il patrimonio destinato; d'altronde l'obbligo di rendiconto sussiste ogni volta che un amministratore/gestore debba dar conto della propria attività, indipendentemente dal fatto che questa sia definitivamente chiusa: il curatore, per esempio, deve rendere il conto ogni volta che cessa dal suo incarico, anche per sostituzione. Ciò che non è chiaro, piuttosto, è se il rendiconto di cui all'art. 2447-novies debba essere redatto dall'amministratore della società fallita o dal curatore; la norma sembra suggerire la prima soluzione.

¹¹¹ Resta salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito e per gli atti, pur compiuti in relazione allo specifico affare, che non recano espressa menzione del vincolo di destinazione.

¹¹² A differenza che in altre ipotesi di patrimoni separati, come ad esempio nel fondo patrimoniale, ove la separazione opera solo a sfavore di alcuni creditori, mentre quelli “familiari” possono soddisfarsi anche sui beni dei coniugi non facenti parte del fondo.

¹¹³ Secondo F. FINMANÒ, *sub art. 155*, in JORIO-FABIANI, diretto e coordinato da, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2252 la norma configura una mera specificazione della generale legittimazione del curatore ad esercitare le azioni di responsabilità.

alla società ed ai soci, ovvero anche in rappresentanza dei creditori danneggiati dalla cattiva amministrazione¹¹⁴.

18. Fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa

Il vecchio articolo 10 della legge fallimentare disponeva che l'imprenditore che, per qualunque causa, ha cessato l'esercizio dell'impresa, può essere dichiarato fallito entro un anno dalla **cessazione** dell'impresa, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo¹¹⁵.

La norma assumeva un carattere eccezionale nella regolamentazione degli effetti dell'insolvenza, posto che per regola generale (evincibile dall'art. 1) la qualità di imprenditore doveva ritenersi sussistente al momento della dichiarazione di fallimento; la scelta legislativa fu dettata probabilmente dal contemperamento dei due opposti interessi dell'imprenditore e dei creditori.

Si pose allora il problema dell'individuazione del momento in cui l'imprenditore dovesse ritenersi cessato, specie in mancanza di un atto formale di estinzione. Si disse, allora, - per quanto attiene all'**imprenditore individuale** - che per il **principio della effettività** (alla cui stregua l'acquisizione della qualità di imprenditore commerciale è indissolubilmente collegata, al di là di ogni elemento nominalistico e formale, al concreto esercizio dell'attività di impresa), la dismissione della qualità di imprenditore deve intendersi correlata al mancato compimento, nel periodo di riferimento, di operazioni economiche o commerciali intrinsecamente corrispondenti a quelle poste normalmente in essere nell'esercizio dell'impresa¹¹⁶, ivi comprese le operazioni che si collocano nella fase di liquidazione e siano dirette alla disgregazione dell'azienda¹¹⁷. L'imprenditore individuale poteva dunque fallire solo entro un anno dalla effettiva cessazione dell'attività d'impresa, indipendentemente da provvedimenti formali di chiusura e dalla permanenza di rapporti non chiusi.

¹¹⁴ In quest'ultimo senso sembra orientato F. FINMANÒ, cit., 2253.

¹¹⁵ La Corte costituzionale, con sentenza 21 luglio 2000, n. 319, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, nel testo precedente la modifica, nella parte in cui non prevedeva che il termine di un anno dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa collettiva per la dichiarazione di fallimento della società decorresse dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese.

¹¹⁶ Cfr. Cass. 28 marzo 2001, n. 4455, in Giust. civ. Mass. 2001, 602.

¹¹⁷ Cass. 24 aprile 2007, n. 9897, in Guida al diritto 2007, 28 44.

Per quanto riguarda le imprese collettive, si disse invece che la cessazione dell'esercizio dell'impresa, dalla quale decorre il termine di un anno entro il quale può essere dichiarato il fallimento, va individuato non nella **cessazione dell'attività** - rilevante nel diverso caso dell'imprenditore individuale - o nello **scioglimento** della società medesima, bensì nel compimento della fase liquidatoria, che non coincide con la chiusura formale della liquidazione, ma con la **liquidazione effettiva dei rapporti** che fanno capo alla società¹¹⁸.

Dunque, l'impresa individuale si riteneva cessata al momento di cessazione dell'attività o di scioglimento, mentre per le società si richiedeva anche l'estinzione di ogni rapporto pendente.

Successivamente, in seguito all'intervento della Consulta¹¹⁹, si uniformò la disciplina della cessazione dell'impresa ai fini della dichiarazione di fallimento. Il termine fu fatto decorrere, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dal compimento di un atto formale e cioè dalla **cancellazione dal registro** delle imprese. Per le società *non iscritte* nel registro delle imprese - nel necessario bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche - si disse che il *dies a quo* andava individuato nel momento in cui la cessazione dell'attività era stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, o comunque era stata dagli stessi conosciuta, anche in relazione ai segni esteriori attraverso i quali si era manifestata¹²⁰.

La riforma sembra aver recepito le indicazioni della giurisprudenza; oggi l'art. 10 afferma che *gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo*¹²¹.

La precisazione contenuta nell'ultima parte del comma primo (*..se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo..*) sembra del tutto superflua, posto che un'insolvenza manifestatasi dopo il decorso dell'anno sarebbe ovviamente ininfluenza per essere il soggetto a quel momento non più fallibile.

¹¹⁸ Cass. 8 gennaio 1997, n. 73, in Giust. civ. Mass. 1997, 11.

¹¹⁹ Sentenza 21 luglio 2000 n. 319 e ordinanze 7 novembre 2001 n. 361 ed 11 aprile 2002 n. 131.

¹²⁰ Cass. 28 agosto 2006, n. 18618, in Giust. civ. Mass. 2006, 7-8.

¹²¹ Parte della dottrina ha rilevato che, in caso di impresa individuale, perché si abbia insolvenza non necessariamente dovrà trattarsi di inadempimenti di obbligazioni commerciali, potendosi trattare, secondo le regole generali, anche di inadempimenti a debiti civili dell'ex imprenditore (CECCHIELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 35).

Va ricordato che entro l'anno deve essere emessa la sentenza di fallimento¹²², non essendo sufficiente la proposizione dell'istanza.

Precisa il secondo comma della norma che in caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà per **il creditore o per il pubblico ministero**¹²³ di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma.

L'aggiunta effettuata dal decreto correttivo - che ha individuato i soggetti ai quali spetta la facoltà di vincere la presunzione di cessazione dell'attività insita nella formale cancellazione - consente di risolvere i problemi interpretativi che erano sorti nella breve vigenza della formulazione introdotta dalla riforma del 2006; non si capiva, infatti, se la prova di una diversa data di cessazione dell'impresa (rispetto alla cancellazione) fosse prevista a favore del debitore o dei creditori. L'integrazione della *lettera legis* serve anche a dirimere un ulteriore dubbio, relativo alla sorte delle imprese che, pur essendosi formalmente cancellate, abbiano tuttavia di fatto continuato la propria attività; mi parve che, nel silenzio della legge e nella dubbia formulazione del secondo comma dell'articolo 10, si dovesse pervenire alla conclusione che l'impresa che continuava l'attività dopo la cancellazione dovesse considerarsi alla stregua delle irregolari¹²⁴, pertanto sempre fallibile.

La soluzione adottata in ultima battuta dal legislatore sembra avallare una presunzione generale di cessazione dell'impresa cancellata, vincibile solo ad opera di determinati soggetti (creditori e pubblico ministero) e solo in determinati casi¹²⁵; suscita qualche perplessità la limitazione della prova del

¹²² Per CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 35, la sentenza deve anche essere pubblicata entro l'anno.

¹²³ Le parole in grassetto sono state aggiunte dall'articolo 2, comma 2, del D.Lgs. 12 settembre 2007 n.169, con decorrenza dal 1 gennaio 2008.

¹²⁴ La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo del 2006 spiega che per le società non iscritte (di fatto o irregolari) è apparso preferibile non dettare una specifica disposizione, sicché esse continuano ad essere assoggettate a fallimento senza alcun limite temporale. La dottrina ha così enucleato le motivazioni: i) la loro equiparazione all'imprenditore individuale non iscritto (per il quale il termine decorre dalla cessazione dell'attività) avrebbe avvantaggiato le società irregolari rispetto a quelle iscritte nel registro delle imprese; ii) la mancata iscrizione nel registro delle imprese e, quindi, l'impossibilità di usufruire del termine annuale, è una libera scelta dei soci; iii) la legge deve sanzionare la violazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro (cfr. M. SPIOTTA, *Cancellazione della ... cancellazione*, in *Giur. comm.* 2006, 5, 706).

¹²⁵ Secondo la relazione allo schema di decreto legislativo correttivo "La modifica apportata risponde all'esigenza di restringere, a favore dei soli creditori o del pubblico ministero, la possibilità di dimostrare che l'effettiva cessazione dell'attività economica, momento da cui decorre

momento di effettiva cessazione dell'attività alle imprese individuali ed a quelle societarie cancellate d'ufficio¹²⁶. La ragione deve probabilmente rinvenirsi nel maggior formalismo che circonda le società - quali enti giuridici fittizi, che vivono solo nella finzione giuridica - rispetto alle imprese individuali, che fanno capo invece a soggetti reali, identificandosi con essi. L'inserimento delle sole società cancellate d'ufficio, nella salvezza del secondo comma, ha probabilmente il significato di consentire che un atto eteroimposto (e potenzialmente erroneo) possa in qualche modo essere emendato negli effetti travolgenti che potrebbe determinare a danno dei creditori. Il generico riferimento, nella prima parte del secondo comma dell'art. 10, all'imprenditore individuale (in alternativa alla cancellazione d'ufficio delle società), consente di affermare che sia sempre salva per le imprese individuali la prova di una data di cessazione diversa dal momento della formale cancellazione¹²⁷. Al contrario, per le società di capitali, non essendo prevista la cancellazione d'ufficio¹²⁸, non è mai possibile provare una diversa data di cessazione della società.

La possibilità di dimostrare una data di cessazione diversa da quella risultante dal registro delle imprese resta, invece, preclusa all'imprenditore (individuale o collettivo che sia); non è apparso difatti corretto consentire all'imprenditore collettivo che, pur avendo cessato di fatto l'attività d'impresa, non abbia curato tempestivamente la cancellazione dal registro delle imprese, di superare con la prova contraria le risultanze del registro medesimo,

il termine annuale per la dichiarazione di fallimento, non corrisponde alla data dell'avvenuta cancellazione della società dal registro delle imprese, essendo proseguita l'attività commerciale anche dopo la formale cancellazione”.

¹²⁶ Secondo PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in www.fallimento.ipsoa.it, 2006, 17, il principio espresso dal secondo comma potrebbe creare problemi applicativi giacché non è sempre facile individuare la data di effettiva cessazione dell'attività e rischia di creare una disparità di trattamento in relazione all'ipotesi in cui la cancellazione sia avvenuta, anziché d'ufficio, su domanda, con l'effetto paradossale di premiare gli imprenditori collettivi non diligenti a danno di quelli che si sono attivati per chiedere la cancellazione, anche se in ritardo rispetto all'effettiva data di cessazione dell'impresa.

¹²⁷ Anche in caso di cancellazione d'ufficio, ex art. 2 dPR 23 luglio 2004 n. 247: “Si procede alla cancellazione dell'impresa individuale quando l'ufficio del registro delle imprese accerta una delle seguenti circostanze:

- a) decesso dell'imprenditore;
- b) irreperibilità dell'imprenditore;
- c) mancato compimento di atti di gestione per tre anni consecutivi;
- d) perdita dei titoli autorizzativi o abilitativi all'esercizio dell'attività dichiarata...”.

¹²⁸ L'art. 3 dPR 23 luglio 2004 n. 247 si riferisce, infatti, solo alla società semplice, alla società in nome collettivo e alla società in accomandita semplice.

eludendo così il legittimo affidamento che i creditori hanno tratto dalla pubblicità dei fatti ivi iscritti¹²⁹.

In conclusione si può dire che la vecchia disparità di trattamento tra imprenditore individuale e collettivo è stata risolta estendendo al primo la regola secondo la quale il termine annuale di fallibilità deve decorrere dall'iscrizione della cessazione nel registro delle imprese¹³⁰, mentre si è chiarito che “..l'inapplicabilità della sentenza della Consulta alle società non iscritte nel registro delle imprese non è un problema da risolvere (introducendo, ad esempio, un termine decorrente dalla cessazione di fatto dell'attività), ma una sorta di sanzione (in perfetta assonanza con l'esigenza, sempre più sentita, di garantire trasparenza e certezza nei rapporti giuridici, soprattutto per coloro che intrattengono rapporti economici con imprenditori collettivi e individuali)”¹³¹.

¹²⁹ Così, ancora, si esprime la relazione allo schema di decreto legislativo correttivo.

¹³⁰ Cfr. App. Salerno, 1° dicembre 2004, in *Fallimento*, 2005, 568.

¹³¹ Così M. SPIOTTA, *Cancellazione della ... cancellazione*, in *Giur. comm.* 2006, 5, 706.