



SEZIONE PRIMA

IL FALLIMENTO

SOMMARIO: § 1. I presupposti del fallimento e l'apertura della procedura. – § 2. Gli organi del fallimento. – § 3. Gli effetti del fallimento. – § 4. Lo svolgimento della procedura. – § 5. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. – § 6. Il fallimento delle società.



LETTERATURA: AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008; AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, Tr. Cottino, XI.2, 2009; ANDRIOLI, voce *Fallimento* (*Dir. priv. e proc. civ.*), *EncD*, XVI, 1967; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961; BONSIGNORI, *Il fallimento*, Tr. Galgano, IX, 1986; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1967; FERRI jr, *Procedure concorsuali (riforma delle)*, I, *Profili sostanziali*, *EncGiur Agg.*, XIV, Roma, 2006, 1; FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*², Padova, 2011; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Tr. Iudica-Zatti, 2000; LO CASCIO, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*², Milano, 2012; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974; PROVINCIALI-RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*², Padova, 1994; RAGUSA MAGGIORE-COSTA (diretto da), *Le procedure concorsuali*, vol. I: *Il fallimento*, vol. II: *Procedure minori*, Torino, 1997-2001; RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007; TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1994-2002; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008.

§ 1. I PRESUPPOSTI DEL FALLIMENTO E L'APERTURA DELLA PROCEDURA

SOMMARIO: I. *I presupposti*. – 1. Il c.d. presupposto soggettivo: profili generali. – 2. La controversa esenzione dal fallimento dell'impresa agricola. – 3. L'esenzione da fallimento per ragioni dimensionali ed il *rebus* della piccola impresa. – 4. Il c.d. presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza. – 5. Ipotesi particolari. – II. *L'apertura della procedura*.

LETTERATURA: AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979; BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969; CARLI, *Onere della prova, principio del contraddittorio e dichiarazione di fallimento*, *ContrImp*, 2007, 832; CENSONI/Faucegglia-Panzani; COLOMBO, *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, *Fall*, 2008, 625; FERRI jr., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, *RDComm*, 2010, I, 765; ID., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*,

RDComm, 2012, I, 423 ss.; ID., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, RDComm, 2011, I, 413; ID., *Lo stato d'insolvenza*, RivNot, 2015, 1149; IBBA, *Sul presupposto oggettivo del fallimento*, RDCiv, 2007, I, 797; ID., *Il fallimento dell'impresa cessata*, RSoc, 2008, 936; MARRASA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, RDComm, 2008, I, 1111 ss.; A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, GComm, 2006, I, 777; G. ROSSI, *Equivoci sul concetto di insolvenza. Studio comparato di diritto fallimentare italiano ed angloamericano*, DFall, 1954, I, 175; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2003; SANDULLI, *I soggetti esclusi dal fallimento*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, Milano, 2007, 225; TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, Torino, 2013; ID., *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, DirFall, 2006, I, 547; VASSALLI, *La nozione di insolvenza (alla luce dei recenti interventi legislativi sulle imprese in crisi)*, in *Problemi attuali dell'impresa in crisi, Studi in onore di Giuseppe Ferri*, Padova, 1983.

I. I presupposti

1. Il c.d. presupposto soggettivo: profili generali

Si è già evidenziato, nel Vol. I, § 2, come tutto il diritto commerciale abbia ad oggetto principalmente la disciplina di vicende collegate allo svolgimento dell'attività di impresa; e che la fenomenologia di una tale attività risulta giuridicamente ordinata, dal nostro sistema positivo, secondo una pluralità di modelli (fattispecie, o "sub-fattispecie" se si assume come generale la fattispecie dell'impresa *tout court* descritta dall'art. 2082) fra i quali quello più importante, per rilevanza economica e centralità sistemica, risulta essere quello dell'**imprenditore commerciale privato non "piccolo"**.

È proprio tale (sub)fattispecie, infatti, che funge da antecedente del c.d. "statuto dell'imprenditore commerciale" e quindi, fra le altre norme che lo compongono, di quelle che regolano le procedure concorsuali. Queste infatti, secondo quanto chiarito all'art. 1, si applicano all'imprenditore:

(i) che eserciti un'**attività commerciale**¹;

(ii) le dimensioni della cui azienda consentano di qualificarlo come "**non piccolo**", e che – almeno ai fini dell'applicazione del diritto fallimentare – risulta dall'interpretazione coordinata degli artt. 2083, 2221 c.c., e soprattutto dell'art. 1, co. 2 (su cui v. più ampiamente, appresso, il § I *sub* 3);

(iii) "**privato**": *esclusi* cioè (anche se solo per quanto riguarda il fallimento e il concordato preventivo, ma non, come si vedrà, la liquidazione coatta amministrativa) **gli enti pubblici** (artt. 2221 c.c. e 1, co. 1);

(iv) sono peraltro *escluse* da questo novero le c.d. "*start-up innovative*", soggette alle sole procedure concorsuali previste per il c.d. debitore civile dalla l. 3/2012 (v. § 12).

Quelle appena menzionate come identificanti il debitore fallibile (imprenditore – commerciale – privato – non piccolo) sono le caratteristiche normativamente assunte a coelementi costitutivi della *generale fattispecie* alla quale si riferisce la parte più rilevante ed organica del diritto dell'impresa, il c.d. statuto dell'imprenditore commerciale; ma si tratta

¹ Con l'eccezione, secondo quanto già accennato nell'Introduzione e meglio si vedrà al § 10, degli accordi di ristrutturazione (che però non sono ritenuti una procedura concorsuale vera e propria), accessibili anche per l'imprenditore agricolo.

di caratteri la cui elaborazione concettuale si è storicamente proposta soprattutto e proprio nell'ambito del diritto (teorico e pratico) fallimentare.

Come infatti non tarderebbe ad accorgersi chi vagliasse la copiosa giurisprudenza che si è formata dall'introduzione del Codice civile ad oggi in merito all'interpretazione dell'art. 2082 c.c., è nel contesto dei procedimenti fallimentari, o della riflessione dottrinale intorno ad essi, che si è principalmente alimentato il dibattito in merito alla definizione dei singoli requisiti che definiscono i confini della fattispecie "impresa" (e così l'economicità, la professionalità, l'organizzazione; ma anche i temi relativi all'inizio, alla fine e all'imputazione dell'attività di impresa) nonché poi dei caratteri distintivi delle singole sub-fattispecie che si ritengono comprese al suo interno (e così la distinzione fra impresa agricola e commerciale; fra impresa piccola e non). Ed è proprio nelle "aule" dei tribunali fallimentari che quei singoli termini diventano sovente oggetto di accesa disputa fra chi chiede il fallimento del debitore insolvente e chi, pur riconoscendo di esserlo, invoca la sua non fallibilità, discettando allora – secondo il complesso regime probatorio che caratterizza la c.d. istruttoria prefallimentare di cui si dirà più avanti – della sussistenza o meno di questo o quel requisito che dovrebbe integrare il c.d. presupposto soggettivo di fallibilità.

Ed è – ancora, e ad un livello più alto – principalmente in relazione alle *specifiche esigenze* che si manifestano in seno ad una procedura fallimentare che da una parte si riesce a cogliere, in tutta la sua pienezza, la funzione di altri complessi disciplinari che integrano lo statuto dell'imprenditore commerciale (esemplarmente, quello che impone l'obbligo delle scritture contabili soprattutto al fine di misurare la garanzia patrimoniale offerta ai creditori, ma anche quello che regola la pubblicità legale di taluni fatti, come ad es. l'identificazione dei soci solidalmente responsabili con la società fallita); e che, d'altra parte, gli interpreti tendono spesso a ricavare la più generale chiave di lettura – prima fra tutte l'**esigenza di tutelare un ceto creditorio numeroso e complesso**, anche dal rischio di una propagazione a catena dell'insolvenza – per comprendere talune funzioni dell'intero diritto dell'impresa ed affrontare i principali dilemmi sull'identificazione della relativa fattispecie.

Come in effetti è agevole accorgersi scorrendo la letteratura in materia, è proprio dalla prevalente attenzione a quelle esigenze e prospettive tipicamente "fallimentari" che, assai spesso, l'interprete – compreso il magistrato – si lascia orientare nello sciogliere i dubbi su alcuni fondamentali temi del diritto dell'impresa (sui quali v. ampiamente il Vol. I, §§ 1-5), come ad es. quelli: a) sull'opportunità di identificare un *tertium genus* fra impresa commerciale ed agricola (c.d. impresa civile), con il rischio di estendere forse ingiustificatamente l'area di non fallibilità riservata alla prima; b) sull'individuazione del giusto confine fra impresa piccola e non (su cui *infra*), ovvero c) fra impresa agricola e impresa commerciale (ancora, *infra*); d) sulla configurabilità, o meno, di un'impresa "per conto proprio", la cui produzione cioè non sia destinata al mercato; e) ovvero, ancora, su quando sia appropriato ritenere iniziata, oppure f) cessata, l'attività di impresa; g) e su quali comunque siano i giusti criteri della sua imputazione, quando sia stata svolta con modalità tale da rendere incerta l'identificazione del suo effettivo titolare (sono i temi dell'imprenditore occulto, o apparente, del socio "tiranno, dell'impresa fiancheggiatrice, etc.).

D'altra parte – allargando ulteriormente lo sguardo ad un orizzonte, concettuale e storico, più esteso – occorre essere consapevoli che tutte le considerazioni appena ricordate neppure avrebbero grande ragione di porsi se, a monte di tutto, non si ponesse una scelta "giuspolitica", che rimonta nei secoli ed è alle origini stesse dell'affermazione del diritto fallimentare quale diritto che deroga al diritto comune: la scelta, cioè, di isolare, all'interno della fenomenologia di tutti i possibili debitori (insolventi), soltanto quelli che, avendo determinate caratteristiche, sollevano le specifiche esigenze di cui poc'anzi si è detto.

Difatti, estendendo lo sguardo ad esperienze normative comparatisticamente importanti (ad es., ma non solo, a quella statunitense o tedesca), non è difficile avvedersi dell'esi-

stenza di altri ordinamenti concorsuali nei quali il presupposto soggettivo di una procedura di regolazione concorsuale dell'insolvenza comprende, tendenzialmente, l'*intera tipologia dei debitori insolventi* (pur con gli inevitabili scarti procedurali che la diversa natura o dimensione del debitore può comportare).

Ed è in questa direzione che, d'altra parte, si è recentemente mosso lo stesso legislatore italiano allorché, con la l. 3/2012 sulla disciplina della crisi da sovraindebitamento (su cui v. *infra*, § 12), ha previsto le forme di una regolazione concorsuale (alternativa a quella fallimentare) dell'insolvenza di tutti i soggetti non sottoposti all'applicazione della legge fallimentare (cioè degli imprenditori commerciali non piccoli): così istituendo quello che si può definire, nel suo complesso, un ordinamento concorsuale binario², tendenzialmente rivolto a qualunque debitore insolvente. Ed è, infine, nella stessa direzione che si è orientato il nostro legislatore – così completando la parabola normativa già avviata, al punto da rendere l'ordinamento italiano per certi aspetti assimilabile a quelli stranieri poc'anzi evocati – allorché ha recentemente emanato la già citata (nell'Introduzione) legge delega 155/2017 per la riforma organica del vigente ordinamento concorsuale (che abrogherebbe, quindi, tanto la legge fallimentare quanto la l. 3/2012): delineando una procedura unitaria (per quanto anch'essa, poi, con possibili diramazioni interne) per la regolazione dell'insolvenza e della crisi di *qualsiasi debitore*.

2. *La controversa esenzione dal fallimento dell'impresa agricola*

Come già avvertito, il tentativo di introdurre una disciplina unitaria della regolazione della insolvenza di ogni debitore (imprenditore o no), avviato con la l. 155/2017, è allo stato incompiuto, e tale rischia forse di rimanere. Esso tuttavia rivela la sensibilità, o se si vuole l'adesione, del legislatore (delegante) non soltanto ai più moderni orientamenti (italiani e non) favorevoli ad un approccio globale al problema dell'insolvenza di qualsivoglia debitore; ma anche ad un più risalente sentimento di insoddisfazione, in questo caso da parte dei soli giuristi italiani, nei confronti della attuale perimetrazione legislativa dell'area di fallibilità, pur all'interno dello stesso diritto dell'impresa.

Così e a dirsi innanzitutto quanto alla **non fallibilità dell'impresa agricola** (art. 2221 c.c.; art. 1).

Quella sulle ragioni, e comunque sull'opportunità, di uno statuto dell'impresa agricola differenziato da quello dell'impresa commerciale – con particolare riferimento poi all'esenzione della prima dall'applicazione del diritto fallimentare – è una *querelle* antica e mai sopita, ed anzi quanto mai attuale. Già nei vari progetti di riforma del Codice di commercio del 1882 che precedettero l'emanazione del vigente Codice civile, ripetutamente ed autorevolmente si affacciò la soluzione³ di equiparare *tout court* lo statuto dell'impresa agricola a quella commerciale; o almeno quando si trattasse di un'attività di produzione agricola che si integri con una attività di trasformazione e di commercializzazione dei prodotti agricoli la quale ecceda un rapporto di normalità rispetto alla prima⁴.

² Così RONDINONE, *L'imprenditore agricolo esercente attività commerciale nel nuovo diritto concorsuale*, RDComm, 2014, I, 443.

³ Cfr. JANNARELLI *La vicenda storica dell'impresa agricola*, in JANNARELLI-VECCHIONE, *L'impresa agricola*, Tr. *Buonocore*, 4 ss.; RONDINONE, *L'imprenditore agricolo*, cit., 444 ss. (ricordando peraltro, a p. 468 ss., anche i più recenti progetti di riforma, fra cui quello della c.d. "Commissione Trevisanato", negli anni 2000 e 2004).

⁴ Questa ultima soluzione poteva, anzi, ragionevolmente sostenersi anche *de jure condito*, dopo l'ema-

Varie sono state però le **motivazioni**, anche declinate propriamente in considerazione delle tipiche esigenze sottese al diritto fallimentare, addotte per giustificare una tale differenziazione⁵: e così – a parte altre (come quella per cui andrebbe giustificato un regime di favore per l'imprenditore che scontasse, fra gli altri, anche un rischio "terra" o comunque legato al ciclo biologico⁶) – quella volta a valorizzare il tendenziale scarso ricorso dell'impresa agricola al credito, o comunque la scarsa complessità del relativo ceto creditorio (geograficamente limitato o comunque costituito prevalentemente dalle banche specializzate nell'esercizio del credito agrario), ovvero la natura prevalentemente immobiliare dell'azienda agricola (che renderebbe meno facili eventuali condotte distrattive da parte del debitore). Tutte caratteristiche, queste, ritenute sufficienti a stemperare le più acute esigenze che reclamerebbero altrimenti un'esecuzione collettiva, come quella fallimentare; o comunque tali da attutire l'impatto del dissesto di un imprenditore agricolo sull'economia generale, giustificando perciò una disapplicazione del diritto fallimentare⁷.

Tuttavia, proprio per le identiche ragioni, già all'indomani dell'emanazione del Codice civile (ma ancora oggi), non mancava chi pronosticava come una tale differenziazione avrebbe perduto senso, sino a reclamare una parificazione delle regole applicabili, qualora l'impresa agricola avesse via via assunto metodi sempre più *industrializzati*, se non anche una "forma commerciale" (costituendosi cioè come società diversa dalla società semplice); in tal caso ben potendo il suo dissesto provocare un impatto tutt'altro che localizzato⁸. Anzi, valorizzando proprio il metodo e la complessità tipicamente industriali di certa produzione agricola, già *de jure condito*, ad avviso di taluni, si poteva (e si potrebbe tuttora) affermare – sulla scorta della previsione dell'art. 2195, co. 1, n. 1 – che quell'attività produttiva andrebbe sottoposta al medesimo statuto dell'impresa commerciale, ed anzi qualificata commerciale (in quanto industriale) essa stessa⁹.

nazione del codice civile: almeno sino a quando (2001) ebbe vigore l'originaria versione dell'art. 2135 c.c., che nel delimitare la fattispecie dell'impresa agricola attribuiva valore discriminante proprio al predetto criterio della "normalità" della connessione delle attività di trasformazione e vendita svolte dall'imprenditore agricolo, rispetto a quella agricola principale (così che in assenza di quella "normalità", egli avrebbe dovuto, piuttosto, qualificarsi commerciale): cfr. Cass. 24-3-2011, n. 6853; Cass. 23-10-1998, n. 10527.

⁵ Si rinvia al Vol. I, § 2.II e agli Autori ivi citati; cui *adde*, in generale, AA.VV., *Impresa agricola e impresa commerciale: le ragioni di una distinzione*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1992.

⁶ Cass. 28-4-2005, n. 8849.

⁷ In quest'ultimo senso, affermando la ragionevolezza e la legittimità costituzionale dello statuto differenziato, C.Cost. 16-6-1970, n. 94; e poi ancora (seppure arrestandosi al limite del merito), in materia di imprenditore "ittico", C.Cost. 20-4-2012, n. 104.

⁸ E v., rispettivamente, PAVONE LA ROSA, *Le attività connesse all'agricoltura ed il criterio della normalità*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III, Napoli, 1949, 21; OPPO, *Materia agricola e "forma" commerciale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 76 ss.; RAGUSA MAGGIORE, in diversi scritti e, fra i più recenti, in *Imprenditore agricolo e imprenditore commerciale: il diaframma sta per cadere*, *DFall*, 1984, I, 585 ss.

⁹ Così, con varie declinazioni, G. FERRI, *L'impresa agraria è impresa in senso tecnico?*, in *Atti del Terzo Congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo 19-23 ottobre 1952, Milano, 1954; ID., *Manuale di diritto commerciale*¹⁴, a cura di Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2015, 38; G. FERRI jr, *Procedure concorsuali (riforma delle)*, 2; RONDINONE, *L'imprenditore agricolo*, cit., 485 ss.

Sta di fatto però che, ancora in tempi recenti, molteplici indici ricavabili dalla continua evoluzione legislativa¹⁰ hanno piuttosto approfondito – in senso opposto al predetto orientamento – il solco che separa lo statuto dell'impresa commerciale da quella agricola, confermando in particolar modo l'essenzone di quest'ultima dal fallimento.

Dapprima la fattispecie dell'impresa agricola, nel segno di una scelta di *favor* per il settore agricolo perseguita dal d.lgs. 228/2001, è stata ampliata oltre i confini tradizionalmente delineati dalla versione originaria dell'art. 2135 c.c., rendendola compatibile con lo svolgimento di attività che, per l'innanzi, avrebbero forse provocato una qualificazione commerciale (e così, correlativamente, restringendo il novero delle imprese fallibili).

Ancor più di recente, e sempre in un'ottica che vorrebbe essere di favore, è stata concessa (art. 23, co. 43, d.l. 98/2011) all'imprenditore agricolo insolvente o in crisi la possibilità (seppure "in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi"¹¹) di avvalersi di strumenti di composizione della crisi, come gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la transazione fiscale, previsti dalla legge fallimentare; confermandosi tuttavia, per il resto, l'inapplicabilità di quest'ultima.

Regime di favore, quest'ultimo, ulteriormente confermato ed anzi rafforzato persino quando, grazie all'introduzione della disciplina della crisi da sovraindebitamento del debitore civile, l'imprenditore agricolo veniva ad essere destinatario di ulteriori strumenti di composizione della crisi che in qualche misura "doppiavano" – rendendola per certi (sebbene non per tutti: v. § 10) aspetti superflua – la sua facoltà di avvalersi della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dalla legge fallimentare.

Al cospetto di un tale quadro normativo – e considerata la vocazione sempre più commerciale (sia per il possibile oggetto che per il metodo industriale di produzione) di una significativa parte delle imprese attualmente qualificabili agricole a norma del vigente art. 2135 c.c. – non soltanto è stato inevitabile il manifestarsi di diffuse (e condivisibili) perplessità rispetto ad una differenziazione, come quella fra lo statuto dell'impresa agricola e quello dell'impresa commerciale, che appare sempre meno razionale e comprensibile¹²; ma, pur al di là di tali critiche, è emersa l'ulteriore considerazione che, persino a voler assecondare l'orientamento di *favor* per l'impresa agricola quale si è manifestato dal 2001 ad oggi, risulterebbe forse raccomandabile, in quanto nello stesso interesse dell'imprenditore

¹⁰ Nonché dalla costante giurisprudenza di legittimità, anche alla luce della nuova versione dell'art. 2135 c.c.: Cass. 17-7-2012, n. 12215; Cass. 10-12-2010, n. 24995 (evidenziando il carattere non decisivo della dimensione assunta); Cass. 21-1-2013, n. 1344; Cass. 10-11-2016 n. 22978. Con particolare riferimento all'impresa agricola costituita in forma societaria, e per la tendenziale irrilevanza ai fini della sua qualificazione della forma societaria assunta o dell'oggetto sociale dichiarato rispetto all'attività concretamente svolta, v. Cass. 12-5-2016, n. 9788 e Cass. 16-1-2018, n. 831 (entrambe con riferimento all'impresa agricola costituita in forma cooperativa); Cass. 13-7-2017, n. 17343; e già, con riferimento alla precedente versione dell'art. 2135 c.c., Cass. 24-3-2011, n. 6853 (per il fallimento di una associazione fra cerealicoltori che non esercitava direttamente attività agricola).

¹¹ V. in proposito SABATELLI, *Il precario ingresso dell'impresa agricola nella legge fallimentare*, NGCC, 2012, II, 71 ss.

¹² V. già, prima della riforma organica del 2006, v. COSSU, *La "nuova" impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale*, RDCiv, 2003, II, 73; FORTUNATO, *La nuova nozione di impresa agricola*, RDComm, 2002, I, 234 ss.; e poi dopo la predetta riforma, FERRI jr, *Procedure concorsuali (riforma delle)*, 2006, 2 ss.; G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 4; GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Padova, 2012; NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, Tr. Bessone, 2012, 38; RONDINONE, *L'imprenditore agricolo esercente attività commerciale*, cit., 486 ss.

agricolo, renderlo destinatario di una disciplina come quella recata dall'attuale legge fallimentare. La quale, in effetti, a parte avere oramai perduto larga parte dei suoi tradizionali connotati afflittivi, consente di pervenire a soluzioni della crisi d'impresa che da una parte consentirebbero di sventare il rischio di subire, secondo diritto comune, molteplici esecuzioni individuali¹³; e d'altra parte risulterebbero preferibili anche a quelle offertegli da una disciplina, come quella sulla crisi da sovraindebitamento, che almeno alla prova dei fatti ha dimostrato di essere, pur dopo svariati interventi modificativi, piuttosto farraginoso e spesso incapace, in concreto, di raggiungere le soluzioni auspiccate¹⁴.

Ed ecco allora come, *de jure condendo*, e in linea con la più recente dottrina¹⁵, lo stesso legislatore sia arrivato a delegare al Governo (con la già citata l. 155/2017, e in particolare con l'art. 2, co. 1, lett. e) l'emanazione di una "riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" applicabile, secondo un modello tendenzialmente unitario "ad ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, *agricola* o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici".

3. *L'esenzione da fallimento per ragioni dimensionali ed il rebus della piccola impresa*

Per intuibili ragioni, le variabili caratteristiche del debitore possono di caso in caso reclamare, secondo razionalità ed efficienza, l'applicazione di un diverso trattamento giuridico della sua insolvenza. Di certo, fra queste caratteristiche vi sono quelle connesse all'esistenza o meno di una qualche organizzazione aziendale (ciò che traccia il confine fra l'insolvenza di un'impresa e quella di un "debitore civile", ad es. un lavoratore autonomo) ovvero, seppure un'organizzazione aziendale sia riscontrabile, quelle dipendenti dalla sua dimensione e complessità: parametro, questo, sul quale la prevalente opinione fonda la distinzione fra **piccola impresa** e impresa non piccola (o medio-grande).

Infatti, che il dissesto di una piccola impresa possa avere un impatto talmente modesto sul mercato, o proporre un quadro debitorio di rilevanza e complessità sufficientemente contenute da non richiedere l'apertura di una procedura fallimentare (anche poi per ragioni di efficienza legate ai tempi e ai costi di quest'ultima) era concetto già acquisito dal legislatore del 1942 allorché dettò l'art. 2221 c.c., secondo il quale *i piccoli imprenditori insolventi non sono soggetti alle norme sul fallimento e sul concordato preventivo*¹⁶; contemporaneamente chiarendo, all'art. 2083 c.c., che per

¹³ Cfr. TAMPONI, *Impresa agricola e procedure concorsuali*, *DFall*, 1996, I, 713.

¹⁴ Cfr. JORIO, *L'impresa assoggettabile alla legge fallimentare e il presupposto soggettivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 3 ss. (e già in tempi più risalenti, ID., *Problemi e mezzi di risanamento delle aziende agricole in dissesto (premesse per un diritto agrario fallimentare)*, *RD Agr*, 1985, I, 393; PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Olivieri e Piscitello, Napoli, 2007, 12 ss.; A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo*, 777; COSTATO, *Imprenditore agricolo, novità codicistiche e polemiche retro*, *RDCiv*, 2006, I, 97 ss.; CARMIGNANI, *Sul fallimento dell'imprenditore agricolo ittico*, *Fall*, 2012, 1178 ss. (almeno con riferimento alle procedure "conservative").

¹⁵ *De jure condendo*, v. *supra*, nt. 12.

¹⁶ E dunque, come già detto, ad oggi la loro insolvenza può trovare regolazione concorsuale, piuttosto, secondo le procedure previste dalla l. 3/2012 in materia di crisi da sovraindebitamento.

“piccoli imprenditori” si intendono “*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*”.

Ora, al di là delle indubbie opzioni interpretative che questa definizione può lasciare aperte (quali già illustrate nel Vol. I, a cui deve ora rinviarsi), può dirsi che, almeno strutturalmente, l’assetto normativo che risulterebbe dalla sola correlazione fra le due norme appena ricordate si presenterebbe, di per sé, assai semplice; del tutto lineare, cioè, risultando la struttura logica di una proposizione normativa determinata dal rapporto fra una singola fattispecie (quella descritta dall’art. 2083 c.c.) e una singola disciplina (posta dall’art. 2221 c.c.).

Senonché, quelle *opzioni interpretative* che la definizione codicistica – ricorrendo ad una clausola generale di chiusura (la “*prevalenza*” del lavoro dell’imprenditore e dei suoi familiari) – inevitabilmente lascia aperte, quando riproposte sul terreno fallimentare rischiano di compromettere l’esigenza di certezza, di celerità, e non ultimo di uniformità (fra diversi tribunali) che da sempre connota la c.d. istruttoria prefallimentare, e cioè il procedimento di apertura della procedura. Si tratta dell’esigenza, in altri termini, per cui ogni giudice chiamato a dichiarare il fallimento di un’impresa deve essere messo nella condizione di agevolmente accertare – in tempi rapidi e senza troppi margini di opinabilità – se quell’impresa sia “piccola” o meno.

Ed ecco allora come lo stesso legislatore del 1942 all’enunciato del Codice civile giustappose, proprio nella disposizione iniziale della coeva legge fallimentare (all’art. 1), un’*ulteriore definizione* di piccola impresa, in questo caso basata su parametri quantitativi certi, ed infatti espressi in termini monetari.

Non interessa, ora, rievocare quali fossero tali parametri, visto che il loro vigore, in progresso di tempo, venne meno per essere oramai divenuti inutilizzabili (in quanto ancorati a loro volta a norme frattanto abrogate dal legislatore) oppure anacronistici ed irragionevoli (come ritenuto dalla C. Cost., in ragione dell’erosione inflazionistica degli importi in lire originariamente indicati). Interessa, piuttosto, chiarire come l’assetto normativo che così veniva istituito, poneva, per la sua stessa struttura logica, la difficoltà di inquadrare la relazione (per così dire a “Y”) che intercorreva fra *una medesima regola* (la disapplicazione della legge fallimentare) ed *il suo presupposto, descritto però in modo diverso da due distinte norme* (l’art. 2083 c.c., da un lato; l’art. 1 l.fall., dall’altro).

Il che interessa ancora oggi poiché – pur venuta meno a un certo punto la rilevanza della definizione contenuta nell’originario art. 1, con la definizione civilistica che veniva così ad occupare il ruolo di unico riferimento normativo possibile – analoghe difficoltà interpretative, dipendenti dalla coesistenza di due diverse definizioni, sono tornate a proporsi a partire da quando la riforma organica del 2006 introdusse una nuova versione dell’art. 1; il quale, ancora una volta (sempre per le suddette esigenze di certezza, ma anche – così aveva chiarito la legge delega – allo scopo di “estendere i soggetti esonerati dall’applicabilità dell’istituto” del fallimento), è venuto nuovamente ad identificare l’impresa non fallibile, in concorrenza con la definizione dell’art. 2083 c.c., in ragione di alcuni parametri dimensionali, espressi in termini monetari.

Non solo: già all’indomani della loro introduzione quei nuovi parametri non apparvero poi tanto inequivoci, come si sarebbe voluto, quanto alla loro formulazione; né tanto opportuni, quanto alle ricadute applicative. E ciò dal momento che – com-

plice anche un regime probatorio (allora) favorevole al fallendo – ad un riscontro empirico ci si accorse che la loro applicazione determinò un “successo” forse ... eccessivo del tentativo, dichiarato dal legislatore delegante, di estendere l’ambito dei soggetti esenti da fallimento. In pratica, il numero dei fallimenti dichiarati dopo la riforma si ridusse drasticamente (nella Capitale e in altre importanti città, di oltre il 50%)¹⁷. Conseguentemente, sopraggiunse un’ulteriore intervento di riforma (il c.d. decreto “correttivo” 169/2007) ad imprimere un nuovo contenuto, quello attualmente in vigore, all’art. 1.

L’art. 1, co. 2, in particolare:

– pur fissando, come già nel passato, dei parametri dimensionali chiamati ad operare quale “soglia di fallibilità”, *ha espunto ogni riferimento al concetto di “piccolo imprenditore”* (neppure menzionato, infatti, nella disposizione in discorso). Ciò nel tentativo di evitare sovrapposizioni definitorie fra l’art. 1 e l’art. 2083 c.c., ma riuscendovi ben poco. Difatti, a prescindere da questioni nominalistiche, resta indubbio che l’art. 1 descriva una fattispecie (quella dell’impresa non fallibile in ragione della sua dimensione) *concorrente* con quella dettata – nella identica prospettiva della non fallibilità affermata dall’art. 2221 c.c. – dall’art. 2083 c.c. Dunque, ancora una volta l’art. 1 ricrea quell’assetto normativo bicipite (quasi ad “Y”, si è detto) che già aveva operato nel primo trentennio di vigore della legge fallimentare. Con l’aggravante, anzi, di ingenerare, rispetto al passato, l’ulteriore dubbio che forse neppure vi sia un unico presupposto di non fallibilità, e cioè la “piccola impresa” (seppure descritta in termini diversi, ed allora da conciliarsi); bensì due presupposti fra loro diversi, seppure in qualche modo concorrenti¹⁸,

– *ha gravato il debitore dell’onere probatorio* di dimostrare il possesso dei requisiti di non fallibilità, e cioè di dimostrare che non supera la soglia fissata *ex lege* (creando gli ulteriori problemi di cui si dirà appresso);

– ha fissato una siffatta soglia di non fallibilità al *ricorrere congiunto dei seguenti tre parametri* riferibili all’impresa (anche collettiva, e societaria in particolare):

i) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento¹⁹ o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, un **attivo patrimoniale** (dovendosi fare riferimento a quello, più facilmente accertabile rispetto ad altri criteri possibili, bilancistico²⁰) di ammontare complessivo annuo *non superiore ad euro trecentomila*,

¹⁷ MARASÀ, *Il presupposto soggettivo*, 1111 ss., rinviando ad alcuni riscontri pubblicati da *Il Sole 24 Ore*.

¹⁸ FERRI jr., *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, *RDComm*, 2007, I, 735 ss, 750.

¹⁹ La prima, se come spesso capita, ve ne sono più che si succedono nel tempo (Cass. 15-5-2009, n. 11309).

²⁰ V. fra gli altri VENTORUZZO, *L’esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell’impresa*, *RSoc*, 2009, 1040 ss., 1056 ss.; CINCOTTI, *L’accertamento della dimensione dell’impresa nel procedimento prefallimentare*, *GComm*, II, 1408 ss., in nota a Cass. 29-10-2010, n. 22146 (secondo cui parametro normativo per definire il concetto di “attivo patrimoniale” sarebbe esattamente quello di cui all’art. 2424 c.c.; compendio che comprenderebbe quindi anche le rimanenze e i crediti rientranti nel patrimonio sociale, e da valutarsi secondo i criteri stabiliti dall’art. 2426 c.c.), oltre che a Cass. 29-7-2009, n. 17553; Cass. 29-10-2009, n. 22150.

ii) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, **ricavi lordi** (si dica pure il “fatturato”) per un ammontare complessivo annuo *non superiore ad euro duecentomila*;

iii) avere un ammontare di **debiti**, anche non scaduti, *non superiore ad euro cinquecentomila*. Parametro, questo, che seppure può rendere la misura della gravità della crisi, “dice” in realtà ben poco della dimensione aziendale dell'impresa; e che quindi potrebbe essere sorpassato anche da un'impresa piccola ai sensi dell'art. 2083 c.c.

Trattandosi dunque di parametri ben diversi dai criteri che l'art. 2083 c.c. prevede per identificare la piccola impresa, non risulta chiaro se la fattispecie descritta dai primi debba intendersi, ai fini dell'applicazione della legge fallimentare, come *alternativa, sostitutiva o integrativa* della fattispecie descritta dall'art. 2083, chiaramente assunta, invece, dall'art. 2221 c.c., quale figura di impresa non fallibile per ragioni dimensionali.

Sul terreno pratico, il problema può ben avvertirsi non appena si constati, almeno secondo una prognosi empirica, che l'applicazione dei criteri fissati dall'art. 1 condurrebbe probabilmente ad identificare come non fallibili un novero di imprese non del tutto coincidente (per quanto in buona parte forse sovrapponibile) con il novero delle imprese qualificabili come “piccole” ai sensi del codice civile.

Con il grosso inconveniente, fra gli altri prospettabili²¹, che chi si reputasse “piccolo imprenditore” alla stregua della definizione civilistica, ed allora neppure si fosse iscritto nella sezione ordinaria del registro delle imprese e non avesse tenuto le scritture contabili previste a fini civilistici (in quanto non obbligatorie *ex art. 2214, co. 3 c.c.*), potrebbe poi scoprirsi fallibile per aver comunque superato (o non essere riuscito a provare il contrario) anche uno soltanto dei parametri fissati da dell'art. 1. E così ritrovarsi fallito anche a distanza di oltre un anno dalla cessazione dell'impresa, considerato come secondo l'art. 10 tale cessazione si identifica tendenzialmente con la cancellazione dal registro delle imprese; cancellazione che tuttavia, per la piccola impresa in senso civilistico, non dovrebbe produrre effetti dichiarativi come quelli implicati dall'art. 10. E con il rischio soprattutto – anche a prescindere da questioni

È discusso peraltro se si tratti (come letteralmente almeno parrebbe) di requisito che voglia descrivere la dimensione dell'azienda, ovvero identificare la garanzia patrimoniale sulla quale i creditori concorsuali potrebbero contare (quale potrebbe ritenersi in una prospettiva funzionale) ed allora comprendere anche i beni aggredibili dai soci ai quali la procedura fallimentare potrebbe estendersi (in questa direzione: FERRI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, *RDImp*, 2009, 5 ss.; ID., *Sovraindebitamento*, cit., 426); fermo restando in ogni caso che, quanto all'imprenditore individuale, le sue scritture contabili dovranno indicare anche i suoi beni personali (il che, secondo coerenza, promuoverebbe maggiormente la seconda tesi).

²¹ E così, ad es., quello di “falsi positivi” o “falsi negativi” (specialmente con riferimento al requisito dell'indebitamento: superabile, al limite, anche da una piccola impresa che sia chiamata a risarcire un ingente danno da essa provocato; ovvero rispettato, al contrario, da un'impresa che abbia pagato un certo debito *in extremis*, cioè durante l'istruttoria prefallimentare, magari ricorrendo a “mezzi anormali” che, invece, confermerebbero le esigenze di protezione dei creditori); “falsi” generati dall'applicazione dei rigidi parametri dimensionali (così confermandosi come spesso i numeri siano “stupidi”: TERRANOVA, *Che cosa resta del piccolo imprenditore*, *RDComm*, 2010, I, 732; e v. considerazioni critiche anche in COLOMBO, *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, *Fall*, 2008, 625).

temporali – di ritrovarsi, oltre che fallito, per di più incriminato per bancarotta “documentale”²², non avendo mai tenuto (ritenendo di non averne l’obbligo) le scritture contabili. Rischio, quest’ultimo, ulteriormente aggravato dalla circostanza che, essendo ribaltato sul debitore che intenda sottrarsi alla dichiarazione di fallimento l’onere di provare di non aver superato tutti e tre i parametri fissati dalla legge, una tale prova non risulta facilmente raggiungibile in assenza di scritture contabili²³. Il che, in ultimo, comporterebbe l’ulteriore conseguenza negativa di non poter neppure confidare, all’esito del fallimento, su una esdebitazione (art. 142).

Si tratta dunque di un *rebus* (dal sapore non solo enigmistico, ma potenzialmente drammatico per la concreta sorte di taluni imprenditori), la cui possibile soluzione ha sinora visto campeggiare, fondamentalmente, due principali tesi antagoniste.

Quella di chi²⁴, da un lato, valorizza le istanze di certezza applicativa sottese alla recente riformulazione dell’art. 1; con il risultato, allora, di ritenere *implicitamente abrogato l’art. 2221 c.c.*, proprio in quanto superato dalla legge posteriore (quella fallimentare) che regola la medesima materia. E con il risultato, conseguentemente, di ritenere che oramai *l’art. 1 sarebbe l’unico riferimento normativo per determinare la fallibilità o meno di un’impresa in ragione della sua dimensione*.

Ed è questa, occorre segnalare, la tesi – indubbiamente più semplice e lineare – che viene normalmente seguita dalla giurisprudenza²⁵. Il che ne decreta, almeno sul terreno pratico, il successo.

Dall’altro lato, si colloca però l’opinione di chi²⁶ – valorizzando l’immutato dato letterale dell’art. 2221 c.c., il quale afferma la non fallibilità dei “piccoli imprenditori” come definiti (oramai solamente) dall’art. 2083 c.c. – sostiene invece che, ferma la portata precettiva dell’art. 1, *anche l’art. 2083 continuerebbe ad operare quale presupposto di non fallibilità*. Con il risultato, quindi, che anche l’imprenditore che non riuscisse a provare il possesso di tutti e tre i requisiti dimensionali previsti dall’art. 1, o

²² Certamente “semplice” e, se del caso, “fraudolenta”, come previsto, rispettivamente, dagli artt. 216, co. 1, n. 2 e 217, co. 2.

²³ V. fra i molti TERRANOVA, *Che cosa resta*, cit., 733. Ciò nonostante, C. Cost., 1-7-2009, n. 198, ha recisamente confermato la legittimità costituzionale della norma che fa gravare sul debitore l’onere di provare la sussistenza dei requisiti ostativi alla dichiarazione di fallimento, nonostante ciò potrebbe comportare una conseguenza (il fallimento) non proporzionata (“inutile”, si dice apertamente) alla natura e all’effettiva importanza economica dell’attività del fallito, e neppure all’impatto sul sistema economico del suo dissesto; difatti, si argomenta, l’alternativa – l’eventuale ribaltamento dell’onere probatorio sul creditore istante o sul p.m. – sarebbe peggiore, rendendo spesso impossibile per costoro ottenere l’accoglimento della istanza di fallimento proposta. Confermano la regola, fra l’altro, Cass. 15-5-2009, n. 11309; Cass. 23-7-2010, n. 17281.

²⁴ IBBA, *Sul presupposto soggettivo del fallimento*, *RDCiv*, 2007, I, 797 ss., spec. nella Postilla; MARASÀ, *Il presupposto soggettivo*, 1111 ss.; e, valorizzando la volontà del legislatore, v. anche FORTUNATO/Jorio-Fabiani 2007, art. 1, 58 ss., spec. 61-62; VENTORUZZO, *L’esenzione dal fallimento*, cit., 1040; ZANELLI, *I requisiti di fallibilità tra giurisprudenza e riforma fallimentare*, *Fall*, 2008, 874.

²⁵ E v. infatti Cass. 28-5-2010, n. 13086, espressamente negando ogni rilevanza agli artt. 2221 e 2083 c.c., rispetto ad un regime concorsuale concluso che ha oramai tratteggiato la figura dell’“imprenditore fallibile” sulla base dei soli parametri dettati dall’art. 1.

²⁶ V. soprattutto FERRI jr., *Il presupposto soggettivo*, cit., 5 ss.; ID., *Sovraindebitamento*, 423 ss.; ID., *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, *RDComm*, 2007, I, 735 ss.), tesi verso cui pare propendere – in quest’Opera – anche CETRA (Vol. I, § 2.III.2).

ne avesse certamente superato uno (o più), potrebbe nondimeno invocare la sua qualificabilità come piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c., onde sottrarsi al fallimento.

A conforto di questa tesi si osserva²⁷ fra l'altro che: i) anche la dimostrazione di essere un "piccolo imprenditore", come quella del possesso dei requisiti fissati dall'art. 1, graverebbe, sul piano probatorio, sull'imprenditore; con il risultato di non gravare oltremodo l'istruttoria prefallimentare²⁸; ii) sarebbe scorretto ipotizzare un'abrogazione implicita dell'art. 2221 c.c.: non solo perché il legislatore avrebbe avuto la possibilità di farlo espressamente in due diverse occasioni (con i provvedimenti del 2006 e del 2007, in cui intervenne sulla materia), senza però averlo fatto; ma anche perché tale disposizione, facendo salva l'applicazione di diverse leggi speciali (ed ammesso che tale sia la legge fallimentare), intende al più regolare la sua possibile coesistenza con diverse regole "speciali", ma giammai consentire loro di sostituirla o abrogarla implicitamente; iii) la stessa legge fallimentare – specialmente lì dove, ripetutamente e con effetti notevoli, dà rilevanza alle scritture contabili civilistiche obbligatorie (prescindendo quindi da quelle fiscali, obbligatorie anche per il piccolo imprenditore) – rivelerebbe una sua intima coerenza con lo statuto dell'imprenditore commerciale non piccolo, quale definito nel codice civile; senza quindi che possa disconoscere del tutto il rilievo di quel criterio (quello fissato dall'art. 2083 c.c.) che, sempre sul piano civilistico, contribuisce a circoscriverne il presupposto.

Neppure mancano, infine, punti di vista intermedi²⁹, che, seppure conducono a risultati applicativi identici a quelli della prima tesi sopra rappresentata, si dimostrano sensibili alle istanze di unità del sistema rappresentate dalla seconda tesi. In questa prospettiva si sostiene allora che il tuttora vigente art. 2221 – richiamando la nozione di piccolo imprenditore, ma facendolo esclusivamente ai fini dell'applicazione della legge fallimentare – piuttosto che essere ritenuto implicitamente abrogato andrebbe letto come se rinviasse, nel determinare il contenuto di quella nozione, a quanto stabilito dalla legge fallimentare. Con il risultato, in questo caso, che, almeno da quando (nel 2006) tale legge è tornata a stabilire i requisiti di non fallibilità in ragione della dimensione dell'impresa, sarebbe a tali parametri che dovrebbe commisurarsi la nozione di piccolo imprenditore assunta dall'art. 2221 c.c.³⁰

In definitiva, come dimostra la complessità delle diverse argomentazioni addotte, non pare che l'assetto normativo istituito dal legislatore brilli per linearità. Lo scopo, certamente comprensibile, di una semplificazione dell'istruttoria prefallimentare,

²⁷ Cfr. FERRI jr., *Sovraindebitamento*, spec. p. 431-434.

²⁸ Seppure in senso contrario potrebbe osservarsi che, spettando in ultima analisi al Tribunale la valutazione di quanto il debitore abbia cercato di dimostrare, ne sarebbe comunque appesantito il compito del Tribunale e, soprattutto, non sarebbe neutralizzato il rischio di una difformità di orientamenti fra diversi Tribunali.

²⁹ Come quello proposto da TERRANOVA, *Che cosa resta del piccolo imprenditore*, cit., 729 ss.; e già, parlando dell'art. 1, co. 2, come una sorta di "concretizzazione" della regola posta dall'art. 2221, NIGRO-VATTERMOLI.

³⁰ Questa tesi "sincretica", tuttavia, pare un po' soffrire il confronto con l'innegabile dato normativo per cui, a partire dal 2007, consapevolmente il legislatore ha inteso disancorare i parametri fissati dall'art. 1 da ogni riferimento alla nozione di "piccolo imprenditore"; la cui definizione, evocata dall'art. 2221, rimane allora rintracciabile solamente nell'art. 2083. Insomma: o si ritiene implicitamente abrogato l'art. 2221 per effetto del "nuovo" art. 1 l.fall., oppure la norma contenuta nell'art. 2221 non può che rinviare alla nozione di piccolo imprenditore descritta dall'art. 2083.

avrebbe dovuto tener conto del vincolo che il giurista positivo (anche quello giudicante) non può non avvertire rispetto al dato normativo (civilistico, innanzitutto); e non solo in quanto letteralmente inteso, ma anche in quanto esso delinea un più ampio sistema che la normativa fallimentare non potrebbe in ogni caso sovvertire o rendere irrazionale. Col che, l'obiettivo della semplificazione non pare messo al riparo da persistenti difformità di orientamenti.

4. *Il c.d. presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza*

Esaminate così le principali, e complesse, questioni concernenti l'identificazione delle caratteristiche giuridiche del debitore potenzialmente esposto a fallimento, deve ora aggiungersi che se la sussistenza di quelle caratteristiche (tradizionalmente e complessivamente assunte quali "presupposto soggettivo" del fallimento) è condizione necessaria perché possa aprirsi una procedura fallimentare, ciò non è anche sufficiente. Perché possa³¹ darsi assoggettamento a fallimento, infatti, la legge richiede la sussistenza anche di *un'altra condizione*, da inquadrarsi perciò quale co-elemento costitutivo della complessa fattispecie (che si potrebbe sintetizzare come quella della "impresa insolvente") capace di provocare una dichiarazione di fallimento: lo **stato di insolvenza**, ritenuto perciò il *presupposto oggettivo* del fallimento.

Secondo l'art. 5, co. 1, infatti, "l'imprenditore" (avente i requisiti sopra elencati) "che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito".

E il co. 2, di seguito, specifica: "Lo stato d'insolvenza si manifesta con *inadempiamenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

Emergono, secondo questa importante norma definitoria, due profili del presupposto oggettivo del fallimento: quello *intrinseco*, legato alla condizione di *obbiettiva impotenza finanziaria* (l'incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni); e quello *estrinseco*, legato alla soggettiva percettibilità di tale condizione attraverso *fatti esteriori* che la manifestino.

i) Cominciando dal primo profilo, deve innanzitutto rilevarsi – anche per meglio comprendere il complesso di interessi in funzione dei quali è nata e si giustifica la disciplina fallimentare – che l'**incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni** (anche se "civili", e cioè non relative all'esercizio dell'impresa³²) rappresenta una situazione pregiudizievole non solo per i creditori la cui pretesa possa già esser fatta valere o sia prossima ad esserlo, ma altamente rischiosa per la generalità di tutti coloro che vantano crediti, quantunque non scaduti, nei confronti dell'imprenditore decotto. Nonché, più in generale, potenzialmente nociva per l'intero mercato, e cioè di chi, pur senza ancora esserlo, potrebbe divenire creditore dell'imprenditore già insolvente.

³¹ Venuto meno il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento dell'imprenditore insolvente, in effetti, può dirsi che al ricorrere dei presupposti di fallibilità il debitore *può*, ma non deve essere dichiarato fallito (ad es., perché i creditori attendano soluzioni migliori, pur consapevoli dell'attuale stato di insolvenza): cfr. SANDULLI/Jorio-Fabiani 2007, art. 5, 86 ss.; FERRI jr., *Il presupposto oggettivo*, 769.

³² SATTA; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*³, Milano, 1969-1970, 286 ss.; Cass. 22-3-1986, n. 1918.

In ragione di queste possibili esternalità negative, l'incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni viene dalla legge riconosciuta come *rilevante nella sua obiettività*, a prescindere cioè dalle eventuali responsabilità del debitore o, comunque, dalle cause, seppure fortuite, che hanno determinato il dissesto³³. Neppure importa il *numero dei creditori*, foss'anche uno solo: anche in assenza di un concorso con altri creditori, infatti, la conservazione e la reintegrazione della garanzia patrimoniale dell'unico creditore sarà meglio assicurata dalla procedura fallimentare di quanto non lo sarebbe mediante un'azione esecutiva individuale. Né importa, poi, il *numero delle obbligazioni* che gravano sull'imprenditore³⁴.

Neppure importa, inoltre, *il loro ammontare* (o il fatto che siano già scadute oppure non), per quanto ciò sia vero solo in principio, giacché in realtà occorre tener presente un altro dato normativo che, pur senza interferire concettualmente con la nozione di insolvenza, ne condiziona, operativamente, la capacità di legittimare una dichiarazione di fallimento. Si tratta dell'art. 15, co. 9, secondo il quale “*non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente³⁵ inferiore a euro trentamila*”. La previsione, in sé, si lascia agevolmente spiegare in considerazione delle esigenze di razionalità ed efficienza economica della procedura fallimentare: se l'ammontare complessivo dell'indebitamento è ridotto, infatti, i costi della procedura (a cominciare dai compensi del curatore) potrebbero risultare sproporzionati rispetto al fine perseguito, meglio valendo, allora, lasciare l'iniziativa esecutiva ai singoli creditori³⁶.

La condizione prevista dalla legge, facendo riferimento alla “*incapacità ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*” consente poi di chiarire meglio il rapporto, che *non è necessariamente di coincidenza*, fra **insolvenza** e **inadempimento**³⁷.

Al proposito, viene innanzitutto in questione il requisito della **regolarità**, dal quale deriva che *potrebbe ben esservi un'incapacità ad adempiere “regolarmente” anche quando non consti (ancora) alcun inadempimento*.

La “regolarità” dei pagamenti, infatti, evidenzia innanzitutto come lo stato di insolvenza sia una situazione da valutarsi in generale, con riferimento alla complessiva “*attività solutoria*”³⁸ dell'imprenditore e non a singoli atti solutori. E poi, anche con particolare riferimento a ciascuno di essi, “regolarità” dovrà giudicarsi non soltanto

³³ Cass. SU 13-3-2001, n. 115; Cass. 24-9-2013, n. 21802; Cass. 14-1-2016, n. 441; in dottrina, fra gli altri, NIGRO-VATTERMOLI.

³⁴ Fosse anche un solo debito non adempiuto, se capace di rivelare l'insolvenza (Cass. 30-9-2004, n. 19611; Cass. 15-1-2015, n. 583).

³⁵ Non deve quindi aversi riguardo al solo credito vantato dalla parte istante per la dichiarazione di fallimento, ma alla prova, comunque acquisita nel corso dell'istruttoria prefallimentare, dell'esistenza di una esposizione debitoria complessiva superiore ad euro trentamila (Cass. 14-11-2017, n. 26926).

³⁶ V. anche *infra*, I.5.

³⁷ Né l'insolvenza coincide, come in altri ordinamenti o nel nostro previgente Codice di Commercio del 1882 (art. 683), con la “cessazione dei pagamenti”. Sulla differenza, e auspicando un preminente rilievo del “credito” dell'imprenditore basato su “*segni estrinseci e visibili*”, anziché su indagini interne all'impresa, v. già BONELLI, *Del fallimento*³, I, Milano, 1939, 109 ss. Ma diversamente, in tempi più recenti, AMATUCCI, *Temporanea difficoltà*, 119 ss.

³⁸ FERRI jr, *Il presupposto oggettivo*, 770 ss.

dal punto di vista della *integralità* e della *puntualità* dei singoli adempimenti; ma anche con riguardo alle *modalità* attraverso cui li si effettua o ci si procura il denaro necessario.

Non risulterebbe capace di adempiere regolarmente, allora, non solo chi, per la generale scarsità di mezzi, non riuscisse a saldare per l'intero i propri debiti oppure vi riuscisse solo con sempre crescenti difficoltà e ritardi, invocando continue dilazioni. Ma neppure sarebbe regolare l'adempimento di chi, pur adempiendo per l'intero e alla scadenza, adempisse con *mezzi anomali* (come la *datio in solutum* – ad es. di un'automobile o di gioielli personali o di opere d'arte, ovvero restituendo la merce ricevuta), ovvero procurandosi danaro *in modo anomalo*, ad es. *svendendo* a prezzi rovinosi i propri beni o *alienando cespiti aziendali* che potrebbero compromettere la continuità dell'impresa, o procurandosi denaro ricorrendo ad *usurai*. Da questo punto di vista, a certe condizioni lo stesso denaro contante, tanto più se corrisposto in violazione dei limiti posti dalla normativa c.d. antiriciclaggio³⁹, potrebbe risultare anomalo rispetto ad altri mezzi di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, come ad es. un bonifico bancario per rilevanti somme. Naturalmente, come si dirà a breve parlando dei fatti esteriori capaci di manifestare l'insolvenza, ognuno di questi elementi non costituirà prova certa, ma solo un indizio, da valutarsi nel caso concreto, dell'incapacità di adempiere regolarmente.

Sarà del tutto *regolare*, per converso, l'adempimento effettuato procurandosi denaro mediante *linee di credito concesse da un intermediario finanziario*, se ottenuto a condizioni normali e costantemente⁴⁰, dal momento che il ricorso al credito, soprattutto bancario, rappresenta, particolarmente in Italia, un normale mezzo di finanziamento attraverso il quale l'impresa, facendosi anticipare liquidità, provvede a gestire i suoi flussi finanziari. E regolare potrà ritenersi altresì, almeno entro certi limiti, l'adempimento effettuato attingendo a risorse e flussi finanziari degli stessi soci (c.d. finanziamento soci⁴¹) o, più in generale, del gruppo di società cui appartenga la società-debitrice: secondo una logica unitaria che porti allora a considerare, quando ciò avvenga normalmente, la condizione di solvibilità o di insolvenza come riferita all'intero gruppo di società⁴².

In altri termini, seppure è vero che la condizione di insolvenza rileva nella sua **attualità**⁴³ (e quindi non se verificatasi nel passato ma oramai superata; ovvero non ancora prodottasi ma *soltanto temuta come imminente*), è pur vero che la "irregolarità" degli adempimenti, almeno se dipenda da una causa strutturale dell'organizzazione dell'impresa, già rileva come insolvenza proprio perché lascia pronosticare che il debitore, a breve, non potrà più adempiere, neppure irregolarmente⁴⁴. Il che costituisce un *pericolo attuale*, e non solo temuto, per i creditori dell'impresa.

³⁹ D.lgs. 231/2007, come aggiornato dal d.lgs. 90/2017

⁴⁰ GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, 188 ss: ROSSI/Dir. fall. – Man. breve.

⁴¹ Per converso, potrebbe allora parlarsi di insolvenza nel caso in cui i soci si astengano dal rifinanziare la società nei limiti di quanto necessario a soddisfare i creditori sociali, pur avendone senz'altro la disponibilità (v. già NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 80 ss.). Del tutto normale, ovviamente, sarà il ricorso ai contributi dei consorziati (art. 2614 c.c.) da parte di un'impresa consortile.

⁴² Cfr. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 208 ss.

⁴³ Cass. 25-5-1993, n. 5869.

⁴⁴ Tanto che il ritardo nel chiedere il fallimento, mediante operazioni imprudenti o comunque aggravando il dissesto, costituisce di per sé reato di bancarotta (art. 217, n. 3 e 4).