

Presupposti ed effetti

IL FALLIMENTO DELL'IMPRESA INDIVIDUALE E COLLETTIVA

La legge del 2005 che ha delegato al Governo l'attuazione della riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali si ispira ad una loro sostanziale "privatizzazione"

di **Umberto Apice***

— L'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80, è stato il provvedimento con cui il Parlamento ha delegato al Governo l'attuazione della riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare), ponendo i principi ed i criteri direttivi della riforma. Con la stessa legge era stato convertito il decreto legge n. 35/2005 con cui, tra l'altro, era stata riformulata la disciplina concernente la revocatoria fallimentare e il concordato preventivo.

Dalla legge delega è scaturito un decreto delegato: il d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, pubblicato sulla G.U. n. 12 del 16 gennaio 2006, che, pur conservando il vecchio impianto, ne modifica sostanzialmente i vari istituti.

La filosofia ispiratrice della riforma, dove lo scopo prefisso dal legislatore è quello di una liquidazione rapida e soddisfacente per tutti gli attori, si riconduce ad una sostanziale "privatizzazione" delle procedure concorsuali, dove la giurisdizione viene essenzialmente relegata ad una funzione di controllo e di soluzione di controversie. Nel contempo, la riforma risulta finalizzata a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori e sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando, alla collettività ed agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento ed il trasferimento a terzi delle strutture aziendali.

L'entrata in vigore del d.lgs. di riforma, è stabilita in sei mesi dopo la pubblicazione del decreto medesimo sulla gazzetta ufficiale⁴. Sono però entrate immediatamente in vigore dalla pubblicazione sulla G.U.:

- le disposizioni in materia di limitazioni personali per il fallito (articoli 48, 49 e 50, l. fall.);
- la norma che, in materia di transazione fiscale, abroga l'art. 3, comma 3, del d.l. n. 138 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 178 del 2002;
- la norma che sopprime l'incapacità per il fallito, per cinque anni dopo il fallimento, di esercitare l'elettorato attivo (art. 2, comma 1, d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223).

I presupposti generali

I presupposti per la dichiarazione di fallimento sono essenzialmente due: la natura di imprenditore commerciale (non piccolo) del debitore (*presupposto soggettivo*) e lo stato di insolvenza (*presupposto oggettivo*).

Accanto a questi due presupposti, devono però concorrere le seguenti altre condizioni:

- che l'imprenditore non sia soggetto ad una procedura di liquidazione coatta amministrativa;
- che lo stesso non abbia avanzato domanda di concordato preventivo;
- che non sussistano i requisiti per l'assoggettabilità dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria.

In particolare: il presupposto soggettivo

L'art. 1 della legge fallimentare statuisce che "sono soggetti alle disposizioni sul fallimento... gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti

* Magistrato di Cassazione

L'articolo si basa fundamentalmente sul testo del volume di recente pubblicazione Umberto Apice – Saverio Mancinelli, *Manuale breve di diritto fallimentare* (Il Sole 24 ore Editore).

pubblici ed i piccoli imprenditori”.

Da tale disposizione si desume che può essere assoggettato al fallimento solo l'imprenditore commerciale (non piccolo) di natura privatistica. Per meglio individuare il presupposto soggettivo richiesto dalla legge fallimentare, occorre *in primis* far riferimento all'art. 2082 del c.c., che definisce imprenditore "chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi". Nel contempo è necessario che l'attività economica non sia piccola, nel senso indicato dall'art. 1, comma 2, l. fall., novellato dal d.lgs. 5/2006. Tale secondo comma recita che "... non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

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

Al riguardo, l'individuazione dei soggetti esonerati è stata intesa dalla riforma in senso quantitativo e non meramente qualitativo, escludendosi tutti i piccoli imprenditori, siano essi imprenditori individuali che collettivi.

I parametri adottati, però, sono stati già oggetto di aspre critiche, in quanto essi innalzano in maniera eccessiva la soglia della non fallibilità, senza tener conto, tra l'altro, né delle differenze geografiche né delle differenze tipologiche tra impresa e impresa.

Il discorso sull'individuazione del piccolo imprenditore è sempre stato piuttosto articolato. La Corte costituzionale, con sentenza n. 570 del 22 dicembre 1989, aveva dichiarato illegittimo il comma 2 dell'art. 1, l. fall. del 1942, nella parte in cui prevedeva, come limite per la qualifica di piccolo imprenditore, quello dell'investimento nell'azienda di un capitale non superiore a lire novecentomila.

A seguito di questa pronuncia, la qualifica restava affidata al dettato dell'art. 2083 c.c. in base al quale "sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli arti-

giani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della famiglia”.

Si trattava di un'indicazione generale, inidonea a fornire un criterio certo di individuazione, che aveva portato dottrina e giurisprudenza a cercare alcuni fattori oggettivi quali il tipo di attività svolta, l'organizzazione dei mezzi impiegati, la prevalenza della manodopera sul capitale investito.

La riforma ha definito i requisiti "dimensionali" del piccolo imprenditore commerciale, esonerato dal fallimento in relazione agli *investimenti* ed alla *media dei ricavi lordi*². I due criteri prescelti, in via alternativa tra loro, accertabili in sede pre-fallimentare, rispecchiano la consistenza delle dimensioni dell'impresa insolvente e del patrimonio aziendale. In relazione al requisito soggettivo dimensionale "della media dei ricavi lordi", la norma precisa che il presupposto può risultare "in qualunque modo", quindi, indipendentemente da quanto fiscalmente dichiarato, occorrerà anche considerare quanto accertato in sede di eventuale verifica tributaria. Al fine di evitare che i parametri di valore statuiti possano divenire inadeguati nel tempo, il Ministero della Giustizia è stato delegato al loro aggiornamento, 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 quanto attiene all'esclusione dal fallimento dell'imprenditore agricolo occorre fare riferimento all'art. 2135 c.c. (introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 288/2001), che ha esteso la qualifica di imprenditore agricolo a colui che "esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame ed alle attività connesse, fra cui l'attività di lavorazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti agricoli”.

Oggi, alla luce delle attuali condizioni economiche e produttive del mondo agricolo, che si avvale anche di cospicui investimenti in capitale ed ingenti dotazioni tecnologiche, il trattamento del legislatore che sottrae tale imprenditore dalla disciplina del fallimento sembra alquanto "preferenziale”.

Prima della riforma era discusso il problema se l'artigia-

NOTE

¹ Il d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, è stato pubblicato in G.U. del 16 gennaio 2006, n. 12, pertanto la data di entrata in vigore è del 16 luglio 2006.

² Si tratta, forse, di soglie dimensionali, indivi-

duate dal nuovo art. 1, l. fall., troppo elevate; in particolare, quella riguardante il capitale investito potrebbe anche creare problemi di corretta individuazione. La generalizzata immunità falli-

mentare, di cui verranno a godere le imprese escluse dalla procedura, potrebbe tradursi in una compressione discriminatoria dei diritti dei creditori e della *par condicio*.

no, non considerato dall'articolo 1 della l. fall., ma compreso tra i piccoli imprenditori dall'art. 2083 c.c., potesse essere assoggettato al fallimento, nella considerazione che vi possono essere artigiani che non assumono veste di piccoli imprenditori. L'orientamento prevalente era nel senso che l'artigiano dovesse essere considerato imprenditore commerciale, soggetto alle norme della procedura fallimentare, quando espandeva le dimensioni della sua impresa in misura tale che il suo guadagno assumeva i caratteri del profitto ed ove veniva meno l'essenzialità dell'opera, anche manuale, del titolare.

Problema ulteriore era se fosse o meno assoggettabile al fallimento l'impresa artigiana esercitata in forma di società, anche alla luce dell'art. 1, l. fall. del 1942, che statuiva che in nessun caso le società potessero essere considerate piccoli imprenditori.

La giurisprudenza tendeva ad escludere dal fallimento soltanto le imprese artigiane nella forma di società di persone in nome collettivo. In dottrina era stato precisato che l'imprenditore artigiano era escluso dal fallimento solo ove qualificabile come piccolo imprenditore, mentre diveniva soggetto fallibile in presenza di un'industrializzazione della produzione, essendo ininfluenza la formale iscrizione nell'albo delle imprese artigiane.

La Corte costituzionale era intervenuta più volte sulla questione. Con sentenza n. 54 del 6 febbraio 1991 aveva statuito che il fallimento poteva essere evitato solo dalle società artigiane di modeste dimensioni. Con successiva sentenza n. 368 del 23 luglio 1991 aveva affermato che doveva ritenersi abrogato il principio normativo secondo cui le piccole società artigiane non potevano essere considerate piccoli imprenditori. Infine, con la sentenza n. 395 del 31 ottobre 1991, la Corte costituzionale aveva ribadito che il sistema normativo consentiva che potessero essere considerate piccoli imprenditori le società artigiane, non costituite nella forma di S.r.l.

Oggi l'art. 1, della l. fall. riformata, si esprime con una chiara delineazione di soglie quantitative: sembrano pertanto scomparire tutti i dubbi legati al passato, circa la fallibilità dell'impresa artigiana, individuale o collettiva. Il legislatore ha scelto due precisi criteri quantitativi al fine di ridimensionare la figura del piccolo imprenditore, indipendentemente dal tipo di attività svolta e di forma dell'impresa. Viene così meno il legame indiretto che si era instaurato tra l'art. 1, l. fall. del 1942 ed il menzionato art. 2083 c.c. e pertanto scompare la problematica relativa alla previgente esenzione degli artigiani dalla procedura fallimentare.

L'imprenditore "cessato" e l'imprenditore defunto

Gli artt. 10 e 11 della l. fall. ante riforma, stabilivano che, entro l'anno dalla cessazione dell'impresa o dalla morte, l'imprenditore poteva ugualmente essere dichiarato fallito quando il presupposto dell'insolvenza si era determinato durante l'esercizio dell'impresa. Da ciò derivava la necessità di fissare esattamente il momento in cui l'imprenditore cessava l'attività, trattandosi di un termine perentorio computato con riferimento alla pronuncia di fallimento e non alla data di deposito dell'istanza per la declaratoria fallimentare, che non produce alcun effetto interruttivo o sospensivo del decorso del termine.

Nel caso di imprenditore individuale poteva individuarsi la cessazione di impresa con riferimento alla definitiva cessazione di ogni attività; maggiori problemi si ponevano nel caso di impresa esercitata in forma societaria, in quanto occorreva applicare in via analogica i principi fissati per l'imprenditore individuale e ciò aveva comportato molteplici interventi, tanto della Corte di Cassazione quanto della Corte costituzionale.

Un primo chiarimento si era avuto in relazione alla fusione di società. La Cassazione aveva stabilito l'applicabilità dell'art. 10 anche a tale fattispecie, ritenendo che potesse essere dichiarato il fallimento della società estinta entro un anno dalla fusione (Cass. 16 giugno 1996, n. 5679).

Per intervento della Corte costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto n. 66 del 12 marzo 1999, il limite temporale di un anno, per la dichiarazione di fallimento, era stato esteso dall'imprenditore individuale anche al socio venuto meno al rapporto sociale e quindi al socio defunto, receduto, escluso o cedente le proprie quote.

Attraverso questo primo intervento del giudice delle leggi si era aperto un varco per ribaltare l'orientamento consolidato e risalente alla Corte di legittimità che aveva sempre sostenuto la potenziale fallibilità in perpetuo di una società commerciale.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 319 del 21 luglio 2000, facendo seguito alla sentenza n. 66 del 1999, aveva mutato l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 147 e 10, l. fall. del 1942, in ragione del generale principio di certezza delle situazioni giuridiche. Aveva infatti chiarito la Consulta che, secondo il diritto vivente, il termine annuale oltre il quale non può darsi declaratoria di fallimento, nel caso di impresa collettiva, decorre non già dalla cessazione dell'attività, bensì dal

compimento della fase liquidatoria effettiva, sicché questa si considera esistente in presenza di rapporti attivi o passivi da definire. La Corte costituzionale aveva, quindi, dichiarato illegittimo l'art. 10, l. fall. nella parte in cui non prevedeva che il termine di un anno dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa decorresse, per l'impresa collettiva, dalla cancellazione della società dal registro delle imprese e non dalla liquidazione effettiva dei rapporti facenti capo alla società stessa (che in pratica rimane in corso finché sussiste una posizione debitoria).

La Corte di Cassazione ed alcuni tribunali di merito, non si erano tuttavia uniformati alle decisioni assunte dalla Consulta.

L'art. 10, l. fall. riformato dal d.lgs. 5/2006 oggi recita 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. In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma"*.

La norma, sulla scorta dei principi contenuti nella citata pronuncia della Consulta del 21 luglio 2000, n. 319, che dichiarava l'incostituzionalità dell'articolo 10, l. fall. nella parte in cui non prevedeva che le società non potessero più essere dichiarate fallite decorso un anno dalla cancellazione del registro delle imprese, accomuna oggi gli imprenditori individuali e collettivi nella determinazione del termine annuale per dichiarazione di fallimento, termine che, in entrambi i casi, decorre dalla cancellazione dal registro delle imprese. Il secondo comma del novellato articolo in commento, fa espressamente salva, in caso di impresa individuale o collettiva *cancellata d'ufficio* dal registro delle imprese³, la possibilità di dimostrare che la cessazione effettiva dell'attività non corrisponde alla data della cancellazione dal registro delle imprese, facendo così decorrere il termine annuale dalla data di effettiva cessazione dell'attività commerciale.

Per le società non iscritte nel registro delle imprese (società di fatto o irregolari), non viene dettata dalla riforma alcuna specifica disposizione, sicché esse dovrebbero continuare ad essere assoggettate a fallimento senza alcun limite temporale, quale sanzione per la vio-

lazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro.

Per quanto attiene il fallimento dell'imprenditore defunto, l'art. 11, l. fall., richiama espressamente l'art. 10, l. fall., sottoponendo la fattispecie alle medesime condizioni. I problemi specifici che sorgono in argomento riguardano la possibile presenza di uno o più successori dell'imprenditore. Stabilisce l'art. 11, l. fall., che l'erede non può chiedere il fallimento del defunto se l'eredità si è già confusa col suo patrimonio; inoltre la riforma ha espressamente previsto l'esonero dell'erede, che chiede il fallimento del defunto, dagli obblighi di deposito della documentazione contabile, di cui agli articoli 14 e 16, secondo comma, n. 3, l. fall.. Con la dichiarazione di fallimento cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto ex art. 512 c.c.. Il fallimento del defunto, che non può coinvolgere l'erede, determina due masse separate, quella dei beni ereditari, destinata a favore dei creditori del *de cuius*, e quella dei beni dell'erede che è destinata ai creditori di quest'ultimo, con divieto di soddisfarsi sui beni del defunto.

Ritiene parte della dottrina, non riscontrandosi in merito un indirizzo uniforme, che lo stato d'insolvenza debba comunque sussistere al momento della morte dell'imprenditore, risultando ininfluenti le vicende successive.

Presupposto oggettivo

Per l'art. 5 della l. fall. è dichiarato fallito l'imprenditore che si trova in "stato di insolvenza" e "non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni", ovvero di adempiere alle dovute scadenze con mezzi normali.

In una recente sentenza la Suprema Corte (n. 4787 del 4 marzo 2005) ha affermato che lo stato di insolvenza si realizza in presenza di una situazione di impotenza strutturale e non transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali, le proprie obbligazioni, venendo meno le condizioni di liquidità e di credito necessarie all'attività dell'impresa.

Lo stato di insolvenza manifestatosi deve avere carattere permanente ed irreversibile ed è differente dal sempli-

NOTE

³ Tale secondo comma è stato introdotto al fine di coordinare la norma in commento con la discipli-

na della cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese, ai sensi del d.P.R. 23 luglio 2004, n. 247.

ce inadempimento, che consiste nella "mancata, esatta prestazione di ciò che era dovuto". Tale stato si riferisce non ad una singola obbligazione, bensì a tutta la situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, risolvendosi in una situazione di impotenza economica, funzionale, non transitoria ed irreversibile.

E' insolvente non soltanto chi non può pagare tutti i suoi creditori, ma anche chi può pagarne solo alcuni o può pagare solo parzialmente i suoi debiti; ovvero può pagarli tutti, ma in tempi successivi rispetto alla scadenza. Deve altresì considerarsi insolvente chi può pagare i propri debiti, solo svendendo i propri beni, il che, pur se non rende inadempiente il soggetto, ne aggrava la situazione economica complessiva, con pregiudizio degli altri creditori.

L'insolvenza non va cercata né confusa con indicazioni derivanti dal bilancio dell'imprenditore: non ha influenza alcuna un eventuale deficit patrimoniale, né hanno influenza eventuali risultati economici negativi, potendo avere l'imprenditore, anche in tali situazioni, capacità di credito nel mercato o possibilità di reintegrazione del capitale di rischio.

Ai fini della declaratoria fallimentare è irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa; unico oggetto di indagine dell'istruttoria pre-fallimentare potrà essere l'entità dei crediti fatti valere, considerando che, alla luce dell'art. 15, l. fall. *post* riforma, ove la complessiva esposizione debitoria risulti inferiore ad una soglia minima di valore, fissata oggi in venticinquemila euro, non si potrà procedere alla dichiarazione di fallimento.

L'insolvenza acquista rilevanza giuridica quando si manifesta all'esterno: solo in tal caso può considerarsi realizzato il presupposto oggettivo della manifestazione dello stato di insolvenza.

La forma principale di manifestazione è data dai reiterati inadempimenti, che oggettivamente costituiscono un serio indizio delle difficoltà finanziarie dell'imprenditore. Accanto ad essi la stessa l. fall. prevede ipotesi sintomatiche, quali la fuga, l'irreperibilità e la latitanza dell'imprenditore, la chiusura dei luoghi di attività dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore.

Altre manifestazioni potrebbero consistere nel suicidio o il tentato suicidio dell'imprenditore, in truffe o appropriazioni indebite da esso commesse o in rovinose svendite dei beni dell'impresa. Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza deve essere, quindi, valutato secondo dati oggettivi, a prescindere da qualsiasi indagine,

sia in ordine alle relative cause, imputabili o meno all'imprenditore o dovute a fattori esterni o addirittura a forza maggiore, sia in ordine alle potenzialità dell'impresa.

Effetti per il fallito

La sentenza dichiarativa di fallimento produce effetti di natura personale, patrimoniale e processuale, riguardanti la posizione del fallito. Gli effetti di natura personale sono oggi disciplinati, dopo l'abrogazione dell'art. 50, dagli artt. 48 e 49, l. fall..

Prima della riforma sussistevano forti dubbi in ordine alla legittimità costituzionale degli effetti di natura personale così come disciplinati dalle norme del '42; alcuni di questi (perdita del diritto alla corrispondenza ed obbligo di residenza del fallito) si giustificavano per il fatto di essere diretti ad agevolare lo svolgimento della procedura concorsuale; essi, infatti, cessavano con la chiusura del fallimento.

Altri, invece, costituivano delle vere e proprie sanzioni, non più giustificabili dalla natura del procedimento fallimentare, visto come forma di esecuzione collettiva sui beni del fallito e non quale procedura sanzionatoria; essi cessavano solo a seguito della sentenza di revoca del fallimento o della sentenza di riabilitazione di cui agli artt. 142 e ss., l. fall., *ante* riforma.

In seguito alla sentenza di fallimento, il nome del fallito era iscritto in un pubblico registro tenuto dalla cancelleria del tribunale⁴. Fino a quando non veniva cancellata, per effetto di sentenza di revoca del fallimento o di riabilitazione, tale iscrizione comportava determinate incapacità per il fallito, stabilite dalla legge⁵.

Il fallimento comportava anche la perdita dei diritti elettorali per tutta la durata del procedimento e, comunque, non oltre cinque anni dalla sentenza dichiarativa del fallimento stesso (art. 2, d.P.R. n. 223/1967).

La sentenza di fallimento incideva, inoltre, su due diritti civili dell'imprenditore, costituzionalmente garantiti: il diritto di libertà e segretezza della corrispondenza ed il diritto di locomozione e soggiorno. Dopo la declaratoria fallimentare, infatti, la corrispondenza del fallito veniva consegnata al curatore⁶, il quale aveva diritto di trattene- re solo quella inerente interessi patrimoniali e doveva conservare il segreto su quella avente contenuto diverso. Nel contempo il fallito non poteva allontanarsi dalla sua residenza senza permesso del giudice delegato e doveva presentarsi personalmente a quest'ultimo, al curatore o al comitato dei creditori, ogni qualvolta veniva convocato, salvo che per legittimo impedimento, pena l'accom-

pagnamento a mezzo della forza pubblica disposto dal giudice delegato.

Dalla data di pubblicazione del d.lgs. 5/2006 sulla G.U. (16 gennaio 2006) si è modificata la disciplina relativa al diritto alla corrispondenza (art. 48, l. fall.), sostituendo l'obbligo generalizzato dei competenti intermediari di consegnare al curatore tutta la corrispondenza diretta al fallito, con l'obbligo dell'imprenditore, ovvero dell'amministratore o del liquidatore di società soggetti a procedura fallimentare, di consegnare al curatore solamente la corrispondenza, *inclusa quella elettronica*, riguardante i rapporti compresi nel fallimento. La violazione di tale obbligo determina la sanzione di escludere l'imprenditore dal beneficio dell'esdebitazione, previsto dal novellato art. 142, primo comma, n. 3, l. fall..

Per quanto attiene l'obbligo di residenza del fallito, è stato sostituito con quello di comunicazione agli organi della procedura delle variazioni di residenza dell'imprenditore (art. 49, l. fall.), o dei legali rappresentanti delle società soggetti a fallimento, eliminando la possibilità di accompagnamento coattivo. In caso di legittimo impedimento o di altro giustificato motivo, si è confermato che il giudice delegato possa autorizzare gli stessi soggetti a comparire dinnanzi agli organi della procedura per mezzo di un mandatario.

Come accennato, in coordinamento con le novità appurate in sede di riabilitazione e di esdebitazione, è stato abrogato, unitamente al propedeutico procedimento di riabilitazione, l'articolo 50, l. fall. che prevedeva l'istituzione del pubblico registro dei falliti.

Risulta altresì soppresso dalla riforma, l'art. 2, comma 1, d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, che prevedeva l'incapacità per il fallito, per cinque anni dopo il fallimento, di esercitare il diritto di voto (elettorato attivo), limitazione quest'ultima da cui discendeva una serie di altre limitazioni, legate alla mancanza del pieno godimento dei diritti civili.

Il fallimento delle imprese collettive

In linea generale, può essere soggetto al fallimento qualunque soggetto collettivo, dotato di autonomia patrimoniale ed anche senza personalità giuridica, che non sia un ente pubblico ed eserciti un'attività commerciale con limiti dimensionali tali da non essere "piccolo imprenditore", ai sensi del novellato art. 1, l. fall..

Mentre nessun dubbio può essere mosso circa alla fallibilità delle società commerciali (di persone o di capitali), costituite secondo i modelli previsti dal codice civile, necessitano alcune precisazioni in merito alla fallibilità di altre imprese collettive.

Devono ritenersi soggette al fallimento: le società irregolari, di fatto o "occasional", che esercitino un'attività commerciale (art. 2195 c.c.); le associazioni e le fondazioni, qualora abbiano come scopo l'esercizio di attività commerciale; i consorzi tra imprenditori con attività esterna; le società sportive; le società cooperative e le società di mutuo soccorso che in concreto esercitino attività commerciale.

Sono invece escluse dalle procedure concorsuali: le società semplici (purché non esercitino un'attività commerciale non "piccola"); le comunioni a scopo di godimento e le associazioni in partecipazione.

Nulla prevede il legislatore circa il regime della responsabilità dell'impresa familiare e non individua i soggetti da assoggettare al fallimento, nell'ipotesi in cui detta impresa venga a trovarsi in stato di insolvenza. In ogni caso, si ritiene riconducibile al solo titolare l'assoggettività al fallimento, in quanto solo a questi spetta il potere di gestione ordinaria.

Particolare questione da esaminare è quella del fallimento di un'impresa collettiva, con soci illimitatamente responsabili, anche non persone fisiche, che *implica il fallimento anche dei soci illimitatamente responsabili*⁷.

NOTE

⁴ Le norme per la tenuta del registro, di fatto, non furono mai emanate, pertanto le iscrizioni venivano eseguite nell'albo dei falliti, disciplinato dall'art. 697 del precedente Codice di Commercio.

⁵ A titolo esemplificativo si possono ricordare le incapacità riguardanti incarichi di curatore, tutore o protutore (artt. 350, 355, 393 c.c.), amministratore e sindaco di società di capitali, rappresentante comune degli obbligazionisti di società per azioni, arbitro (art. 812 c.p.c.), curatore fallimentare (art. 28, l. fall.), agente di cambio (art. 57, legge n. 272/1913). Inoltre, la privazione dell'esercizio dei diritti civili e politici, richiesto, quale requisito per l'iscrizione in alcuni ordini professionali, albi o elenchi, impediva

di esercitare l'attività di: avvocato (art. 17, r.d. legge n. 1578/1933), dottore commercialista (art. 31, d.P.R. n. 1067/1953), ragioniere (art. 31, d.P.R. n. 1068/1953), dottore in scienze agrarie (art. 5, r.d. n. 2248/1929), professioni sanitarie (art. 8, d.lgs. cps. n. 233/1946), mediatore (art. 5, d.P.R. n. 1926/1960), agente e mediatore di assicurazione (art. 4, legge n. 48/1979 e art. 4, legge n. 792/1984), notaio (art. 5, legge n. 89/1913), magistrato (art. 8, r.d. n. 12/1941) giudice di pace (art. 5, legge n. 374/1991), geometra (art. 2, legge n. 75/1985), cancelliere, segretario ed ufficiale giudiziario (art. 17, legge n. 1196/1960 e art. 4, d.P.R. n. 1229/1959), impiegato civile dello Stato (art. 2, T.U. n. 3/1957). Nel caso in

cui un soggetto era iscritto in un albo professionale, l'intervenuto fallimento ne implicava la cancellazione. Tale provvedimento, però, non aveva natura disciplinare.

⁶ L'estratto della sentenza di fallimento veniva comunicato all'Amministrazione postale, che provvedeva alla diretta consegna al curatore.

⁷ Come noto, con la riforma del diritto societario, dal 1° gennaio 2004 il secondo comma dell'art. 236 c.c. consente alle società di capitali di acquisire quote di società di persone, divenendo socie delle stesse. Tale acquisto ingenera, quindi, per la società di capitali una responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte.

L'impresa con soci illimitatamente responsabili

L'art. 147, l. fall., al primo comma, sancisce 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 civile⁸, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili."

Da ciò segue che il fallimento di una società in nome collettivo determina il fallimento di tutti i soci; il fallimento di una società in accomandita per azioni, o di una società in accomandita semplice, produce il fallimento dei soli soci accomandatari e potrebbe essere causa di eventuale fallimento di soci accomandanti, soltanto se questi abbiano compiuto atti di "ingerenza" nell'attività di gestione.

Il fallimento della società è causa del fallimento dei singoli soci illimitatamente responsabili e viene dichiarato contestualmente al fallimento della società, in quanto dipende da esso e ne è conseguenza legale, ma il fallimento potrebbe anche essere successivamente esteso, il che accade ad esempio molto spesso quando alcuni soci sono occulti.

Quanto ai soci illimitatamente responsabili, si prescinde dai presupposti oggettivi e soggettivi della dichiarazione di fallimento, che vanno accertati solo nei confronti della società; il socio viene dichiarato fallito anche se non è insolvente ed anche se non è imprenditore commerciale. La riforma del d.lgs. 5/2006, ha inserito nell'art. 147, l. fall., l'inciso "pur se non persone fisiche", al fine di chiarire che falliscono per estensione anche le eventuali società (sia di capitali, sia di persone), socie (ai sensi dell'art. 2361, secondo comma, c.c.) di società di persone. Tali imprese collettive falliscono *ex lege*, anche se non imprenditori commerciali ed anche se piccoli imprenditori commerciali, nei limiti dimensionali del novellato art. 1, l. fall..

Il secondo comma del nuovo art. 147, l. fall. dispone che il fallimento dei soci 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 i fatti indicati ai terzi⁹. Inoltre, in tal caso, la dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.

L'estensione al socio illimitatamente responsabile deve essere interpretata nel senso più ampio possibile. Ciò deve collegarsi alle parole usate dalla legge: «*Se dopo la dichia-*

razione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale su istanza del curatore, di un creditore o di un socio fallito dichiara il fallimento dei medesimi» (art. 147, comma 4, l. fall.).

Questa è l'unica vera ipotesi in senso stretto di "estensione" del fallimento, giacché qui interviene una successiva sentenza che va a integrare la primitiva sentenza a carico della società, mentre non è così nell'ipotesi del primo comma dell'art. 147, ipotesi nella quale la sentenza di fallimento dei soci viene pronunciata contestualmente a quella della società.

Limite temporale per l'estensione del fallimento ai soci

In dottrina e giurisprudenza ci si era sempre chiesti se al socio defunto, o cessato dal rapporto sociale, potessero essere applicati i limiti temporali di cui agli artt. 10 e 11, l. fall.. La questione era stata risolta con due sentenze della Corte costituzionale.

Nella sentenza 12 marzo 1999, n. 66, la Corte aveva svolto il seguente iter logico-giuridico: il limite di un anno previsto dagli artt. 10 e 11 per l'assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore cessato o defunto, ha la sua *ratio* nell'esigenza di contemperamento delle opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche. Tale esigenza si presenta in termini identici riguardo all'assoggettabilità a fallimento degli ex soci illimitatamente responsabili di società commerciale di persone (siano stati o meno anch'essi imprenditori, essendo il loro fallimento pronunciato in estensione a quello della società). Non rinvenendosi, peraltro, nell'art. 147, l. fall. del 1942 la previsione di un ben preciso limite temporale per il fallimento degli ex soci illimitatamente responsabili, la Corte costituzionale aveva ritenuto, con la sentenza n. 66/1999, di ritrovarlo all'interno del sistema della legge fallimentare e quindi proprio negli artt. 10 e 11, di cui aveva stabilito, in tale sentenza, l'applicazione estensiva anche all'ipotesi di cui all'art. 147.

La reazione della giurisprudenza alla pronuncia della Corte costituzionale era stata assai varia. Non vi era stato un uniforme adeguamento all'interpretazione dell'art. 147, l. fall. del 1942 offerta dalla Consulta, anzi, più di un giudice di merito se ne era totalmente distaccato.

Da qui le ragioni di un nuovo intervento della Corte costituzionale la quale, con la sentenza 21 luglio 2000, n. 319, aveva definitivamente spazzato il campo da dubbi ed incertezze.

Tale sentenza, rispetto al fallimento delle società, aveva

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, l. fall., nella parte in cui non prevedeva che il termine di un anno dalla cessazione dell'impresa per la dichiarazione di fallimento decorresse, per quanto riguarda le società, dalla cancellazione dal Registro delle imprese.

Detta pronuncia era risultata essenziale anche rispetto alla problematica del limite temporale per la dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile cessato. La Corte costituzionale aveva infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 147, comma 1, l. fall. del 1942 nella parte in cui prevedeva che il fallimento dei soci a responsabilità illimitata di società fallita, potesse essere dichiarato dopo il decorso di un anno dal momento in cui essi avevano perso, per qualsiasi causa, la responsabilità illimitata.

Con tale decisione, la Consulta aveva ritenuto di risolvere il problema direttamente intervenendo sul dettato dell'art. 147, l. fall. del 1942, inserendovi espressamente il limite annuale per il fallimento del socio illimitatamente responsabile. Il *dies a quo* per il decorso di tale limite temporale, peraltro, non veniva più riferito allo scioglimento dal rapporto sociale, ma al momento in cui il socio aveva perduto, per qualsiasi causa, la responsabilità illimitata.

Il d.lgs. 5/2006 modifica il secondo comma dell'art. 147, l. fall., recependo le conclusioni della sentenza 21 luglio 2000, n. 319 della Corte costituzionale e disponendo che il fallimento dei soci 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, purché siano state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. Inoltre, in tal caso, la dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.

I soci nel fallimento delle società di capitali

Il fallimento di una società di capitali non produce effetti nei confronti dei soci (con esclusione del socio accomandatario della S.a.p.a.), assumendo i soci responsabilità nei soli limiti delle azioni versate o delle quote confe-

rite. Il fallimento va dichiarato nei confronti della società, in persona degli amministratori che la rappresentano e la dichiarazione di fallimento è causa di scioglimento, non di estinzione, della società. Gli amministratori e i liquidatori sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'art. 49, l. fall. e vanno sentiti ogni qualvolta la legge prescrive che sia sentito il fallito.

Le problematiche inerenti il fallimento delle società di capitali vanno necessariamente analizzate in relazione alle recenti modifiche del diritto societario.

Di recente è stato profondamente modificato nel nostro ordinamento societario: il d.lgs. 61/2002, il d.lgs. 5/2003 e il d.lgs. 6/2003 hanno praticamente riscritto l'intera materia societaria, dalla costituzione alle regole di amministrazione e controllo, dalla responsabilità degli organi alle impugnazioni delle delibere assembleari.

Alla luce delle nuove norme, va rimeditata la tematica della possibilità di estensione del fallimento al socio unico quotista e al socio unico azionista, su cui esistevano due orientamenti opposti (in giurisprudenza e in dottrina). Secondo la giurisprudenza maggioritaria, ivi compresa quella di legittimità, la norma dell'art. 147, l. fall., che prevede l'estensione del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili, sarebbe stata dettata con riguardo alle sole società commerciali la cui compagine sociale comprende *ab origine* soci che rispondono illimitatamente, con il proprio personale patrimonio, di tutte le obbligazioni sociali.

Impostazione, questa, che portava all'esclusione dell'estensione nei confronti dell'unico azionista e dell'unico quotista. Secondo la tesi opposta, bisognava propendere per l'applicabilità del fallimento in estensione anche nelle ipotesi di unico azionista e unico quotista, sulla base del tenore letterale dell'art. 147, l. fall., che non operava alcuna distinzione in ordine alla tipologia legale della società fallita.

A seguito della disciplina della S.r.l. unipersonale introdotta dal d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, la responsabilità limitata del socio è divenuta un fatto fisiologico e non più eccezionale, dal momento che solo la mancata pubblicità prescritta dall'art. 2475 *bis*, c.c., comporta la perdita del beneficio della responsabilità limitata. Con la riforma societaria, poi, si sono ampliate le possibilità di costitui-

NOTE

8 Ossia le società in nome collettivo, quelle in accomandita semplice e le società in accomandita per azioni.

9 La norma recepisce le conclusioni della sentenza 21

luglio 2000, n. 319, della Corte costituzionale. Viene, altresì, data maggiore certezza alla materia, oggetto di decisioni contrastanti della giurisprudenza, anche dopo tale pronuncia, tramite l'inserimen-

to della precisazione riguardante le operazioni di trasformazione, fusione e scissione.

re società di capitali con un solo socio, anche con riguardo alla società per azioni. Inoltre, la problematicità del fallimento del socio unico (persona fisica o persona giuridica) si è vieppiù complicata: infatti, se è vero che ormai la realtà del socio unico non è più una situazione considerata come eccezionale dall'ordinamento, tuttavia è ancora ugualmente possibile l'ipotesi di responsabilità illimitata (e cioè nel caso in cui il socio non abbia effettuato i conferimenti e nel caso in cui non adempia agli obblighi di pubblicità, art. 2325 c.c.), per cui essendo rimasta l'eventualità della responsabilità illimitata, è ancora legittimo chiedersi, alla stregua dell'art. 147, l. fall., se l'insolvenza della società faccia scaturire l'automatica conseguenza del fallimento del socio unico. Poiché le due eccezioni che la legge prevede, come preclusive della limitazione di responsabilità, sono indicative di una volontà legislativa volta a sanzionare le violazioni del principio di trasparenza, potrebbe porsi il problema del socio sovrano e della sua fallibilità in estensione, atteso che il suo dominio all'interno della società, essendo quasi sempre frutto di una preordinata macchinazione volta a simulare un'inesistente pluralità di soci, si risolve in una sostanziale violazione, sia pure in forma elusiva, degli obblighi di pubblicità. Ma, per l'accettabilità di tale tesi, sembrerebbe oggi ostare il dettato testuale dell'art. 147, l. fall., che fa riferimento esclusivamente ai soci di determinate tipologie societarie, in cui non sono ricomprese né le S.r.l. né le S.p.A..

Trasformazione, fusione, scissione

Anche in tema di trasformazione, fusione e scissione la riforma societaria ha introdotto innovative disposizioni che hanno immediato riflesso in campo fallimentare. E' stato previsto espressamente che tali operazioni possano essere compiute anche durante la pendenza di una (qualsiasi) procedura concorsuale, senza alcuna distinzione tra procedure liquidatorie e procedure conservative e, nel contempo, si è previsto un limite preclusivo generale: dette operazioni non sono più possibili quando è stata iniziata la distribuzione dell'attivo (v. art. 2501, comma 2 per la fusione e art. 2506, comma 4 per la scissione). Inoltre, per la sola trasformazione, si è previsto (art. 2499) che per la sua attuabilità durante una procedura concorsuale si richiede che non vi sia «incompatibilità con la finalità o lo stato della stessa»: il che dovrebbe indurre a ritenere che la trasformazione è sempre preclusa nel corso di una procedura liquidatoria.

Le nuove disposizioni costituiscono un decisivo argomento a favore dell'opinione già prevalente, secondo cui l'avvio di una procedura concorsuale non determina la cessazione della società, né tanto meno la cessazione degli organi, ivi compreso l'organo assembleare.

Altra riflessione riguarda la liberazione, a seguito della trasformazione, dei soci illimitatamente responsabili.

E' evidente che una trasformazione nel corso di un fallimento (sempreché in tale procedura si ammetta una simile operazione), non potrà giammai incidere sulla posizione di fallito (o fallendo) di ciascun socio illimitatamente responsabile. Invece, per le trasformazioni che avvengano al di fuori di una procedura concorsuale, la liberazione del socio (e quindi l'esclusione di un suo coinvolgimento in una futura procedura fallimentare della società) trova la sua disciplina nelle norme che condizionano la liberazione al consenso dei creditori e che prevedono un meccanismo di silenzio-assenso. Ora, poiché lo stesso meccanismo di silenzio-assenso non è previsto per le fusioni, c'è da chiedersi se, ove manchi il consenso esplicito, il socio rimanga obbligato, oltreché assoggettabile a fallimento. Non essendo però giustificabile la sperequazione tra le due situazioni, è da ritenere che, pur nel silenzio della legge, il consenso possa essere presunto, alle condizioni di cui all'art. 2500 *quinquies*, comma 2, anche con riferimento alle fusioni, alla stregua della pronuncia della Corte costituzionale (n. 47 del 20 febbraio 1995), che fu emessa nel vigore della vecchia normativa societaria e con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c., nella parte in cui non prevedeva che la liberazione dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali anteriori alla fusione, conseguisse, oltre che al consenso espresso, anche a quello presunto, nei modi e nel termine di cui all'art. 2499 c.c.. Pertanto, desumendosi che ancora oggi si è perpetuata nel tessuto normativo attuale la stessa lacuna che aveva legittimato l'intervento correttivo del giudice delle leggi, si deve aderire all'interpretazione secondo cui solo un consenso espresso, o presunto, dei creditori può consentire, in caso di fusione di società di persone con società di capitali, la liberazione dei soci. In ogni caso il fallimento dei soci, ai sensi del novellato art. 147, l. fall., non può essere dichiarato decorso un anno dalla trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati ed è ammissibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.