

LEGGE FALLIMENTARE

(r.d. 16-3-1942, n. 267)

REGIO DECRETO 16 MARZO 1942, N. 267

Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa

(G.U. n. 81, 6 aprile 1942, Supplemento Ordinario)

Viste le leggi 30 dicembre 1923-II, n. 2814; 24 dicembre 1925-IV, n. 2260; 19 maggio 1941-XIX, n. 501, sulla facoltà concessa al Governo del Re Imperatore per la riforma dei codici;

Sentito il parere delle assemblee legislative a termini dell'articolo 2 della legge 30 dicembre 1923-II, n. 2814, e dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 1925-IV, n. 2260;

Udito il Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del nostro guardasigilli, Ministro segretario di Stato per la grazia e giustizia;

Abbiamo decretato e decretiamo:

TITOLO I

DISPOSIZIONI GENERALI

1 Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo. *Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.*

Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) *aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;*

b) *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 per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;*

c) *avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.*

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

SOMMARIO: I. Le linee generali della riforma. - II. Valutazioni in ordine alla riforma, di opportunità e di costituzionalità. - III. Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo; - IV. (segue) il socio tiranno e l'imprenditore occulto. - V. L'imprenditore incapace. - VI. Fallimento del fallito: fallimento dell'amministrazione fallimentare. - VII. Le soglie di fallibilità nella riforma: a) i persistenti dubbi sulla nozione di piccolo imprenditore; - VIII. (segue) b) i dubbi sui parametri di riferimento per la fallibilità introdotti con la riforma; - IX. (segue) c) l'esercizio dell'attività d'impresa in forma collettiva; - X. (segue) d) l'onere della prova dei presupposti del fallimento. - XI. La «correzione» della riforma: la definizione degli imprenditori non fallibili. - XII. I presupposti della fallibilità secondo la disciplina vigente, come delineata dal decreto correttivo: a) l'ammontare dell'attivo patrimoniale; - XIII. (segue) b) l'ammontare dei ricavi lordi; - XIV. (segue) c) l'ammontare dell'indebitamento. - XV. L'accertamento della qualità di imprenditore commerciale fallibile: a) il periodo di riferimento; - XVI. (segue) b) l'onere della prova dei presupposti del fallimento dopo il decreto correttivo. - XVII. Imprenditori non soggetti alle procedure concorsuali: a) enti pubblici; - XVIII (segue) b) imprenditori agricoli; - XIX. (segue) c) imprenditori artigiani.

1 I. Le linee generali della riforma. ■ Dopo vari tentativi di riforma stimolati dall'inadeguatezza (sia dal punto di vista interno che da quello comunitario) del quadro normativo in vigore dal 1942, tesi a estendere le procedure concorsuali a tutti gli imprenditori, commerciali e agricoli, piccoli e medio – grandi, nonché agli insolventi civili (sui diversi progetti, v. M. SANDULLI, *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. SANDULLI, 14ss.), il legislatore ha infine scelto di confermare la soggezione al fallimento del solo imprenditore commerciale. ■ Il percorso di revisione della norma in esame è iniziato con la **l. n. 80/2005** (di conversione del d.l. 14.3.2005, n. 35, recante, fra l'altro, delega al Governo per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali). Il legislatore, che aveva posto tra gli obiettivi prioritari da perseguire in particolare quello di semplificare la normativa, ha quindi emanato il d. lgs. 9.1.2006, n. 5 (di riforma organica delle procedure concorsuali), con il quale, nell'art. 1 l. fall. novellato, ha, come si diceva, mantenuto soggetto alle procedure concorsuali il solo imprenditore commerciale, e, più precisamente, il solo **imprenditore commerciale non piccolo**, delineando, nel contempo, parametri di esclusione che venivano a limitare in modo consistente l'**area della fallibilità** anche di questo soggetto. Si voleva, in tal modo, evitare l'instaurazione del complesso e costoso procedimento fallimentare in presenza di insolvenze che, involgendo imprese di modeste dimensioni, dovrebbero di regola comportare conseguenze sociali solo di ridotto rilievo (COLOMBO, *Fall.* 08, 626). Nei fatti, però, si è poi assistito a una **eccessiva riduzione del numero dei fallimenti** (in molti casi, soprattutto nei tribunali del sud, superiore al 50%: sul punto, cfr. MICCIO, *N.L.C.C.* 08, 736; APRILE, *Comm. Ferro App.*, 1), e spesso sono riusciti a evitare la procedura fallimentare, e le conseguenti sanzioni penali, anche imprenditori di rilevanti dimensioni in grado di raggiungere elevati livelli d'indebitamento, con

conseguente danno sia per i numerosi creditori insoddisfatti che per l'economia in generale. Di conseguenza, prendendo spunto dai diversi profili di criticità e problematicità emersi nei primi mesi di applicazione della riforma, il legislatore ha ritenuto di dovere ricorrere a tutta una serie di **interventi correttivi e integrativi** (con la l. 12.7.2006, n. 5, art. 1, il Parlamento ha aggiunto alla l. n. 80/2005 un comma con cui ha delegato il governo a emanare, appunto, disposizioni integrative e correttive, confluite nel d. lgs. 12.9.2007, n. 169), che hanno significativamente inciso anche sulla portata della norma in esame.

II. Valutazioni in ordine alla riforma, di opportunità e di costituzionalità. ■ La scelta del legislatore di estendere l'area della *non* fallibilità è apparsa, oltre che non coerente con il sistema comunitario (M. SANDULLI, *op. cit.*, 16ss.; sul punto, v. subito *infra*), in contrasto con la **finalità**, che pure con la riforma si voleva perseguire, di favorire la **conservazione delle componenti positive dell'impresa**, in considerazione non solo dell'interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma anche di interessi economici e sociali più ampi: infatti, se si voleva che il fallimento e il concordato preventivo divenissero strumenti cui ricorrere al fine non solo di realizzare una ordinaria e fisiologica uscita dal mercato, eventualmente non definitiva, dell'imprenditore, ma anche al fine di favorire il più possibile il mantenimento e la valorizzazione della struttura produttiva, non si comprende perché si sia voluto limitare l'ambito di riferimento dell'architettura normativa che si andava creando alle situazioni in cui si trovi coinvolto un imprenditore commerciale di non piccole dimensioni (CAPUZZI, *D. fall.* 08, I, 540; M. SANDULLI, *op. cit.*, 11). ■ Una ulteriore critica alla scelta di limitare la fallibilità all'imprenditore commerciale può poi essere mossa anche riflettendo su quella che è oggi la realtà sociale dalla quale può scaturire l'insolvenza: in particolare, la diffusione del credito al consumo

e della moneta elettronica, in un contesto, quale quello attuale, in cui si moltiplicano i bisogni indotti e sempre più vanno affermandosi modelli esistenziali la cui attuazione richiede risorse spesso eccedenti la capacità di spesa degli individui, ha fatto prepotentemente emergere, anche nel nostro sistema economico, il problema della c.d. **insolvenza civile** (A. ROSSI, *G. comm.* 06, I, 778; CAVALLI, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Tr. dir. comm.* diretto da COTTINO, XI, 2, Padova, 2008, 22), che la riforma ha trascurato, collocandosi in tal modo in una posizione incoerente con la disciplina europea, nel cui ambito il Reg. n. 1346/2000, che si è posto nella scia della normativa propria di numerosi paesi dell'Unione, prevede l'applicazione della disciplina concorsuale comunitaria a qualsiasi debitore, «persona fisica o giuridica, commerciante o non commerciante» (CAVALLI, *op. cit.*, 22; ma v. anche GUGLIELMUCCI, 23, secondo il quale la scelta legislativa di cui si tratta non potrebbe essere in realtà criticata, in quanto il problema dell'insolvenza c.d. civile dovrebbe essere risolto tramite la previsione di una procedura apposita, diversa da quelle riservate alla crisi d'impresa). ■ La sottrazione al fallimento dei piccoli imprenditori è stata spesso criticata, ravvisandosi nella sottrazione medesima un privilegio ingiustificato. Con l'introduzione, da parte della riforma, del **meccanismo premiale dell'esdebitazione** (FORTUNATO, *Comm. Jorio*, I, 37ss.; CAVALLI, *op. cit.*, 18ss.), quell'esenzione dal fallimento non costituisce più, però, un privilegio, bensì è divenuta una penalizzazione, dato che i debitori sottratti al fallimento, a differenza di quelli ad esso assoggettati, se travolti dall'insolvenza, non possono godere di una nuova opportunità (POTITO e M. SANDULLI, *Comm. Nigro Sandulli*, 4; PANZANI, *Comm. Bonfatti Panzani*, 3ss.; FORTUNATO, *op. cit.*, 39; CAPUZZI, *op. cit.*, 540; CAVALLI, *op. cit.*, 20ss.; NORELLI, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di FABIANI ed A. PATTI, 256ss.). Preso atto di ciò, e classificata come illogica l'appena descritta disparità di trattamento fra grandi imprenditori, da un lato, e piccoli imprenditori, oltre che debitori civili, dall'altro (circa le critiche che possono essere mosse in ordine alla mancata considerazione, nella disciplina fallimentare, dell'insolvenza civile, v. immediatamente *supra*), Trib. Bolzano 20.12.2006 ha conseguentemente ritenuto non manifestamente infondata la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 142 l. fall.**, con riferimento all'art. 3 Cost. Questione che Corte Cost. 30.11.2007, n. 411, *Fall.* 08, 152ss., con nota di NARDECCHIA, ha però dichiarato inammissibile, per difetto di rilevanza, oltre per la contraddit-

torietà delle motivazioni addotte dal giudice che l'aveva sollevata.

III. Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo; ■ Ai sensi dell'art. 1 novellato, sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo «**gli imprenditori che esercitano una attività commerciale**» (per quanto concerne l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo, v. *infra, sub XVIII*). Nel delineare l'ambito di operatività dell'art. 1, il legislatore della riforma è dunque rimasto ancorato alla tradizionale prospettiva «soggettivistica», a dispetto della macroscopica emersione del fenomeno **«impresa»** (FABIANI, *Fall.* 07, 322; PAJARDI e PALUCHOWSKI, 20) e nonostante la rilevanza attribuita, in molte delle norme riformulate, all'apparato produttivo in sé e per sé considerato (si pensi, in particolare, alla rivalutazione che è stata operata dell'esercizio provvisorio dell'impresa, all'introduzione delle norme in tema di affitto d'azienda nel corso del fallimento e alle previsioni dettate per la liquidazione dell'attivo). Secondo FORTUNATO, *op. cit.*, 44, alla circostanza dell'essere stato privilegiato il **profilo «soggettivistico»** sono da ascrivere la limitatezza della revisione compiuta con riguardo alla disciplina del fallimento delle società e la mancata introduzione di regole volte a disciplinare la crisi dei gruppi di imprese. ■ Sulla nozione di **«imprenditore»**, oltre ai manuali e ai trattati dedicati all'impresa in generale, nonché alla precedente edizione di questo commentario, cfr.: FORTUNATO, *op. cit.*, 55ss.; TEDESCHI, 9; SCHIANO DI PEPE, *Comm. Schiano di Pepe*, 1; CAVALLI, *op. cit.*, 23ss. ■ Nell'ambito della generale nozione di imprenditore di cui all'art. 2082, il c.c. distingue due categorie: l'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) e l'imprenditore commerciale (art. 2195 c.c.). È sorta la questione se possa essere configurata una terza specie di imprenditore, il c.d. **imprenditore «civile»**, diverso sia dall'imprenditore commerciale sia da quello agricolo (imprenditore civile sarebbe, precisamente, quello che non svolge «attività industriale» nel senso proprio del termine, non trasformando materie prime, né svolge l'attività d'intermediazione di cui al n. 2 dell'art. 2195 c.c.: ne costituirebbe un esempio l'impresa mineraria, che, per l'appunto, non trasforma materie prime e, quando vende ciò che ricava dalla propria attività, non svolge attività «intermediaria nella circolazione dei beni», non acquistando nulla al fine di rivenderlo). Il prevalente orientamento è in senso negativo (GALGANO, *L'imprenditore*, 50s.; ID., in BONSIGNORI e GALGANO, *Il fallimento delle società*, *Tr. Galgano*, X, 10s.; GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, 54ss.; MINERVINI, *L'imprenditore*, 39ss.; DE FER-

RA, *Manuale*, 14; BUONOCORE, *L'impresa*, 462; per la configurabilità dell'impresa civile v., invece, CASANOVA, *Impresa e azienda*, 120ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, V, 325). ■ È opinione generale che possano essere assoggettati a fallimento anche **associazioni, fondazioni e consorzi**, ove siano titolari di imprese commerciali (SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 13, M. SANDULLI, *op. cit.*, 63ss.; APRILE, *Comm. Ferro*, 4; CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, 9 ss). Ammessa la fallibilità delle associazioni, si ammette anche la fallibilità dei loro associati illimitatamente responsabili, intesi quali esercenti un'impresa commerciale nella veste di membri di un gruppo associato (secondo SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 14, il problema della fallibilità degli associati potrebbe essere posto esclusivamente con riguardo alle associazioni non riconosciute, dato che solo in relazione a queste si trova prevista, nell'art. 38 c.c., la responsabilità di coloro che hanno agito in nome 5 e per conto del gruppo). ■ Sono state considerate imprese commerciali anche le **associazioni sportive**, non costituite in forma di società, che esercitano abitualmente e sistematicamente attività di promozione, organizzazione, allestimento e attuazione di spettacoli sportivi non meramente dilettantistici e non gratuiti (Trib. Savona 18.1.1982, *Fall.* 83, 105, con nota favorevole di FRATTAROLO; e *D. fall.* 83, II, 191, con nota di FARENGA) e le **società calcistiche** (Trib. Bologna 18.6.1993, *ivi* 94, II, 549; Trib. Venezia 8.6.1984, *ivi* 85, II, 159; e *Fall.* 85, 196, con nota di MILLOZZA; Trib. Monza 27.5.2004, *ivi* 04, 1289; Trib. Firenze 11.7.2001, *Foro tosc.* 01, 148 con nota di 6 PILLA). ■ Le **società tra avvocati**, in quanto società senza impresa, sono sottratte al fallimento 7 (SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 2). ■ Gli imprenditori esercenti un'attività commerciale possono essere assoggettati a fallimento anche per l'inadempimento di **obbligazioni estranee all'attività**. ■ Per effetto della riforma, è (ovviamente) scomparso dal testo e dalla rubrica della norma qualsiasi riferimento all'abrogata procedura di **amministrazione controllata**. ■ Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ritengono che, nonostante il mancato richiamo nella norma in commento dell'istituto degli **accordi di ristrutturazione** di cui al nuovo art. 182 *bis* l. fall., anche questi accordi possano essere conclusi solo dagli stessi soggetti assoggettabili al fallimento, oltre che dai soggetti assoggettabili all'amministrazione straordinaria (PRESTI, *B. b. t. cred.* 06, I, 30; PANZANI, *op. cit.*, 789ss.; Trib. Brescia 22.2.2006, *F. it.* 06, I, 2563, con nota di FABIANI; *Impresa* 06, 1001, con nota di BARBIERI; e *Fall.* 06, 669, con nota di NARDECCHIA; Trib. Bari 21.11.2005, *F. it.* 06, I, 263; e *Fall.* 06, 479; per

più ampi riferimenti su questo istituto, cfr. *infra*, *sub art.* 182 *bis* l. fall.).

IV. (segue) il socio tiranno e l'imprenditore occulto. ■ Il mancato inserimento, nel testo definitivo del d. lgs. 5.1.2006, n. 9, della previsione, formulata in sede di lavori preparatori, diretta ad estendere il fallimento al c.d. **socio tiranno** induce a riaffermare la tesi secondo la quale questo soggetto non potrebbe essere assoggettato al fallimento (GUGLIELMUCCI, 22s.); dalla violazione delle norme di diritto societario che si traduca in un danno per la società, o per i soci *uti singuli*, o per i terzi creditori, potrebbe conseguire, in questa prospettiva, solo la responsabilità civile degli amministratori e, eventualmente, dei sindaci, ma non la propagazione della titolarità dell'impresa ai soci che, dietro lo schermo societario, svolgano come propria e personale l'attività formalmente imputabile alla persona giuridica (C 90/8154). Il fallimento potrebbe essere dichiarato solo lì dove si tratti di soci che svolgano a loro volta un'autonoma attività imprenditoriale, collegata o indipendente rispetto a quella della società sulle cui decisioni esercitino un'influenza determinante (v. Trib. Venezia 14.7.1981, *F. it.* 81, I, 2552, Trib. Venezia 30.9.1982, *Fall.* 83, 901, nonché C 03/3724, la quale, considerato che, ai sensi dell'art. 2082 c.c., è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, ha riconosciuto poter essere qualificato come tale anche chi operi ricorrendo a una *holding* personale, e cioè: a) agisca in nome proprio, con la conseguenza che la sua attività sia fonte di responsabilità diretta; b) persegua un risultato economico collegabile alla detta attività utile per il gruppo e per le sue componenti e, per questa via, anche per sé stesso; c) operi in maniera professionale, e cioè in maniera abituale e non occasionale, attraverso un'organizzazione, e cioè mediante il coordinamento di fattori produttivi). ■ La dottrina maggioritaria, muovendo 2 dall'art. 1705 c.c., nega la fallibilità dell'**imprenditore occulto** (DE FERRA, *op. cit.*, 10s.; *contra*, però, BIGIAVI, *L'imprenditore occulto; Difesa dell'imprenditore occulto*, sulla base del richiamo al previgente art. 147, 2° co., l. fall.); la giurisprudenza, invece, lo ha spesso colpito, ricorrendo alla configurazione di un rapporto di società tra lui e il prestanome (C s.u. 02/8257; C 07/3271; C 08/13421; C 08/16594; RAGO, *D. fall.* 03, II, 34). ■ Sul fallimento della **società occulta**, 3 cfr. *infra*, *sub art.* 147.

V. L'imprenditore incapace. ■ Mancano, nel 1 nostro ordinamento, norme dirette a disciplinare, in generale, la capacità di esercitare un'impresa. Ciò considerato, si ritiene, allora, che an-

che per quanto riguarda l'esercizio di attività d'impresa debbano valere le regole generali sulla capacità. Di conseguenza, chiunque abbia la capacità d'agire dovrebbe essere considerato capace di esercitare anche attività d'impresa e, quindi, capace di assumere la qualità d'imprenditore. Per converso, alla perdita della capacità d'agire dovrebbero conseguire la perdita della capacità di esercitare attività d'impresa e della qualifica d'imprenditore (v., per tutti, BUONOCORE, *L'impresa*, Tr. *Buoncore*, 187). Esistono, invece, disposizioni *specifiche* concernenti la possibilità che soggetti incapaci esercitino un'impresa commerciale. Dalla lettura degli artt. 320, 5° co., 371, 1° co., n. 3 e 2° co., 397, 424 e 425 c.c., si ricava che il **minore**, l'**interdetto** e l'**inabilitato** non possono *iniziare* l'esercizio di una nuova impresa commerciale, ma possono soltanto, con l'autorizzazione del giudice, *continuare* l'esercizio di un'impresa commerciale già pertinente al loro patrimonio (perché preesistente alla pronuncia di interdizione o inabilitazione, o perché pervenuta successivamente); il **minore emancipato**, invece, previa autorizzazione del Tribunale, su parere del giudice tutelare e sentito il curatore, può non solo continuare, ma anche *iniziare* l'esercizio di un'impresa commerciale. Tutti costoro, laddove esercitino un'attività commerciale in presenza e in conformità della necessaria autorizzazione, acquistano la qualifica di imprenditore commerciale, qualifica che non può essere, invece, loro riconosciuta tanto nel caso in cui l'autorizzazione manchi quanto nel caso in cui sia stata concessa in mancanza dei presupposti richiesti dalla legge (per es., perché concessa ad un minore per iniziare lo svolgimento di un'attività commerciale) quanto, infine, nelle ipotesi in cui l'attività venga svolta in contrasto con il contenuto dell'autorizzazione 2 medesima. ■ Qualora i soggetti di cui si tratta acquistino la qualifica di imprenditori commerciali, ci si trova in presenza di un fenomeno di dissociazione tra titolarità ed esercizio dell'impresa, nel senso che la prima spetta all'incapace, mentre il secondo è attribuito a colui che è adde- to alla sua cura: in conseguenza di tale dissociazione, si ritiene, in genere, che sull'incapace ricadano gli **effetti patrimoniali** dell'eventuale fallimento, mentre sui genitori, il tutore o il curatore quelli **personali** (cfr., su tutto questo, BUONOCORE, *op. cit.*, 492, nt. 141; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 80; RONCOLETTA, *Comm. Pajardi*, 15; APRILE, *Comm. Ferro*, 4; BONSIGNORI, *Il fallimento*, Tr. *Galgano*, 189; C 84/2936, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *D. fall.* 84, II, 720; C 65/2237; C 65/210; App. Milano 24.5.1968, *D. fall.* 68, II, 571; Trib. Pistoia 9.5.1960, *Giust. civ.* 60, I, 2046; Trib. Milano

13.6.1957, *D. fall.* 57, II, 831). ■ Il soggetto beneficiario di un'**amministrazione di sostegno**, in quanto, ex art. 409 c.c., capace d'agire con riguardo a tutti gli atti il compimento dei quali non gli sia stato precluso dal giudice, va senz'altro considerato capace pure di esercitare – sia nel senso di *continuare* sia nel senso di *iniziare* – un'impresa commerciale e assumere la qualità d'imprenditore fintantoché tali prerogative non gli vengano negate con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, nel qual caso ci si troverà di fronte a una situazione analoga a quelle che si verificano nei casi di interdizione e inabilitazione (in proposito, v., per tutti, BONILLINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, *Comm. Schlesinger*, 456ss.). ■ L'**incapacità naturale**, ai fini della dichiarazione di fallimento, non rileva (PROVINCIALI, I, 204s.; App. Catania 18.1.1997, *G. it.* 97, I, 2, 345; *D. fall.* 97, II, 415 e 1004, con note di RAGUSA MAGGIORE e DE SENSI; *Fall.* 97, 625, con nota di LO SINNO; e *B. b. t. cred.* 98, II, 156; C 64/101).

VI. Fallimento del fallito; fallimento dell'amministrazione fallimentare. ■ Se pure di scarso 1 interesse pratico, vivamente dibattuto è il punto se possa darsi **fallimento del fallito**. A favore della tesi affermativa, si è pronunciata parte della giurisprudenza, secondo la quale lo *status* di fallito non sarebbe incompatibile con una successiva dichiarazione di fallimento del debitore in relazione all'esercizio di una **nuova e diversa attività commerciale** (Trib. Trani 20.9.2001, *Fall.* 02, 243; Trib. Genova 29.11.1995, *ivi* 96, 1125, con nota di PACCHIANO, in relazione a una socia accomandataria già dichiarata fallita in proprio, nonché, con riferimento in generale alla possibilità per il fallito di esercitare una nuova attività commerciale e di acquistare la qualifica di imprenditore commerciale, C 93/12159; Trib. Velletri 2.3.1992, *Fall.* 92, 646; Trib. Torino 17.12.1991, *ivi*, 428; Trib. Venezia 3.2.1989, *ivi* 89, 1140; Trib. Napoli 6.6.1979, *ivi* 80, 169; C 56/2430; e, in dottrina, FERRARA e BORGIOI, 336; ANDRIOLI, 406; SAITA, 150; PROVINCIALI, I, 371; JAEGER e SACCHI, *Fallimento (Effetti per il fallito)*, *Enc. Treccani*, VI, 5; *contra* RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, 142; CANDIAN, *T.* 56, 457). ■ 2 Ove si ammetta che, in linea di principio, anche i falliti possano fallire, si tratta di stabilire se, ai fini della dichiarazione del secondo fallimento, sia necessaria la presenza di una massa attiva, e, in caso affermativo, se siano individuabili beni sopravvenuti del fallito che non siano *ipso iure* devoluti alla massa del primo fallimento, anche in considerazione del disposto dell'art. 42 l. fall. (per un quadro generale di questi problemi, v. MINERVINI, *R. d. comm.* 52, II, 295; BONSIGNORI, *Il fallimento*, Tr. *Galgano*, IX, 329ss.; GATTI, R.

d. comm. 79, II, 303ss., che hanno riconosciuto l'ammissibilità di un vero e proprio nuovo fallimento, e, nel medesimo senso, sia pure con qualche diversità di argomentazioni e conseguenze, v. VERNARECCI di FOSSOMBRONE, *Capacità commerciale del fallito e fallimento plurimo, passim*; GUGLIELMUCCI, *R. d. comm.* 61, I, 170ss.; in giurisprudenza, v. Trib. Palermo 23.10.1978, *R. d. comm.* 79, II, 303; per la tesi contraria all'ammissibilità di un nuovo fallimento, v., invece: AZZOLINA, I, 552ss.; DE SEMO, 233s.; e, in giurisprudenza: C 56/2430; C 62/607; Trib. Roma 29.5.1959, *Giust. civ.* 59, I, 2237; Trib. Firenze 24.6.1965, *G. it.* 66, I, 2, 587). ■ Si nega che sia configurabile il **fallimento dell'amministrazione fallimentare** (COMPORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, 127s.; TEDESCHI, *Fallimento*, I, *Giur. sist. Bigiavi*, 209).

VII. Le soglie di fallibilità nella riforma: a) i persistenti dubbi sulla nozione di piccolo imprenditore; ■ In linea con la tradizione, il testo introdotto con la riforma aveva ricalcato l'impostazione della precedente normativa, stabilendo anch'esso l'esenzione dalle procedure concorsuali dell'imprenditore commerciale *piccolo*, e individuando questa figura attraverso il riferimento a parametri non coincidenti con quelli dettati nell'art. 2083 c.c.: impostazione che aveva sempre creato innumerevoli problemi interpretativi, sotto il profilo del coordinamento delle diverse previsioni. Anche prima, e ancor più dopo la dichiarazione di incostituzionalità della originaria norma della legge fallimentare che considerava piccoli imprenditori coloro che avevano investito un capitale non superiore a lire 900.000 (Corte Cost. 22.12.1989, n. 570, *F. it.* 90, I, 1132, con nota di SILVESTRI; e *G. it.* 90, I, 1, 880, con nota di CALVO; e *Giust. civ.* 90, I, 603; e *Corr. giur.* 90, 369, con nota di CANTELE; e *R. d. comm.* 90, II, 207; e *Fall.* 90, 260; e *D. fall.* 90, II, 5ss. e 645ss., con note di DI LAURO e DEL VECCHIO), le incertezze sulla individuazione di chi potessero considerarsi essere i piccoli imprenditori sottratti a fallimento avevano portato la giurisprudenza ad offrire interpretazioni spesso molto distanti tra loro (sulla nozione di piccolo imprenditore ai fini della dichiarazione di fallimento, v. ACCETTELLA, *B. b. t. cred.* 07, I, 721ss., ove numerosi richiami di dottrina e giurisprudenza). Ma anche dopo la riforma – il legislatore del 2006 aveva definito il piccolo imprenditore avendo riguardo all'ammontare degli investimenti effettuati nell'azienda (che non sarebbe dovuto risultare superiore a euro 300.000,00) e all'ammontare dei ricavi lordi, calcolati sulla media degli ultimi tre anni, o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore (che non sarebbe dovuto risultare superiore a euro 200.000,00) [per

essere considerati piccoli imprenditori, avrebbero dovuto essere presenti entrambi questi requisiti] – questioni di coordinamento tra la disciplina fallimentare e l'art. 2083 c.c. avevano continuato ad essere sollevate: certo che non si potesse parlare di piccoli imprenditori a fronte del superamento delle soglie stabilite nell'art. 1 l. fall., ci si chiedeva se, nell'opposto caso di non superamento di quelle soglie, per essere esclusi dal fallimento, dovessero anche sussistere i presupposti stabiliti nel codice civile (per la possibilità di dichiarare il fallimento di un imprenditore non piccolo ai sensi dell'art. 2083 c.c., pur non risultando superate le soglie di cui all'art. 1 l. fall., v.: BONFATTI e CENSONI, 35; MARASÀ, *R. d. civ.* 06, I, 581ss.; SILVESTRINI, *Fall.* 07, 230; G. FERRI JR., *R. d. comm.* 07, I, 735ss.; avevano escluso, invece, questa possibilità: FORTUNATO, *op. cit.*, 61; PANZANI, *op. cit.*, 14; DEMARCHI, *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Atti del Convegno di Lanciano 17-18.3.2006, a cura di BONFATTI e FALCONE, 335; in giurisprudenza, v., nel primo senso, Trib. Pordenone 10.10.2007 e Trib. Trieste 9.1.2007, entrambe *Fall.* 08, 451, con nota di TETTO; App. Torino 22.6.2007, *ivi* 07, 1237; Trib. Mantova 1.2.2007, *Fall.* 07, 591; nel secondo senso, cfr., invece, Trib. Modena 8-5-2007, *R. pen.* 08, 301; Trib. Firenze 31.1.2007, *Fall.* 07, 591).

VIII. (segue) b) i dubbi sui parametri di riferimento per la fallibilità introdotti con la riforma; ■ Ai sensi dell'art. 1, 2° co., l. fall., nel testo in vigore fino al gennaio 2008, non erano considerati piccoli imprenditori, come si è accennato nel precedente par., coloro che, anche alternativamente, avessero effettuato nell'azienda investimenti per un capitale di valore superiore a euro 300.000,00, oppure avessero realizzato ricavi lordi, calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro 200.000,00. Questi parametri erano stati scelti, come si può leggere nella relazione alla legge di riforma, in quanto suscettibili di un facile accertamento in sede prefallimentare, sia sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali sia sulla base delle informazioni eventualmente fornite dalla Guardia di Finanza. ■ Si tratta di due parametri ripresi dalle scienze economico – aziendali che hanno però da subito creato notevoli problemi interpretativi, soprattutto a causa della loro genericità (sul punto, cfr. TIZZANO, *Fall.* 07, 380; VERNA, *D. fall.* 06, I, 729ss.; secondo FORTUNATO, *op. cit.*, 62, sarebbe stato meglio fare ricorso ai criteri dettati in tema di bilancio abbreviato). ■ Per quanto concerne, 3 in particolare, gli **investimenti**, ci si è chiesti: se

si dovesse prendere in considerazione il solo capitale fisso, o anche quello circolante (in quest'ultimo senso, si era espressa la prevalente dottrina: tra gli altri, v. POTITO e M. SANDULLI, *Comm. Nigro Sandulli*, I, 8; A. ROSSI, *op. cit.*, 782; FAUCEGLIA, *D. fall.* 06, I, 1045); se si dovesse avere riguardo solo ai beni dell'imprenditore, o anche a quelli di terzi stabilmente utilizzati nell'impresa (FORTUNATO, *op. cit.*, 64; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, 20); se si dovesse avere riguardo all'intero attivo di bilancio (opinione, questa, che era divenuta prevalente) o all'attivo escluse le poste rettificative riconducibili a elementi dell'attivo, le poste che, pur essendo iscritte all'attivo, non risultino espressive di alcuna capacità produttiva, come le spese di impianto o di ampliamento, e i crediti verso i soci (pur se con diverse sfumature, in questo senso, v. TIZZANO, *op. cit.*, 379; CARATAZZOLO, *Fall.* 07, 6; SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 5). ■ Con riferimento alla individuazione della struttura destinataria degli investimenti, ci si è chiesti se dovesse trattarsi dell'azienda in senso stretto (in questo senso, v. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 1045; CAPUZZI, *op. cit.*, 547) o se potessero essere considerate tutte le attività imprenditoriali facenti capo al medesimo soggetto (così POTITO e M. SANDULLI, *op. cit.*, 9; FORTUNATO, *op. cit.*, 63, nt. 41); mentre, per quanto concerne l'individuazione del momento della vita aziendale da tenere come punto di riferimento per la valutazione degli investimenti effettuati, ci si era chiesti se si dovesse avere riguardo all'inizio dell'attività (così POTITO e M. SANDULLI, *op. cit.*, 8) o al momento della richiesta di fallimento (in questo senso, v. SILVESTRINI, *op. cit.*, 232). Vi era stato anche chi, a quest'ultimo proposito, aveva ritenuto necessario riferirsi a un arco temporale di tre anni, parallelamente a quanto previsto in relazione al secondo (quello avente riguardo ai ricavi lordi) dei parametri di riferimento per la fallibilità introdotti con la riforma (FORTUNATO, *op. cit.*, 66). ■ Indicando come parametro di riferimento per la fallibilità un certo ammontare di ricavi lordi, si era ritenuto che il legislatore avesse voluto imporre di tenere conto non soltanto dei proventi dell'attività tipica dell'impresa, e cioè dei ricavi dalla vendita di beni e dalla prestazione di servizi, ma anche di tutte le altre componenti patrimoniali positive, riconducibili all'attività d'impresa (POTITO e M. SANDULLI, *op. cit.*, 8; FORTUNATO, *op. cit.*, 65), come dividendi, ricavi accessori, canoni attivi, interessi attivi, etc. (NOTARI, *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, 106; SORCI, *La nuova legge fall. annotata* a cura di TERRANOVA – *infra Comm. Terranova* – Napoli, 2006, 9; VERNA, *op. cit.*, 730). Non è mai stato posto in dubbio che, ai fini della determinazione

dell'ammontare indicato, occorresse tenere conto anche dei ricavi c.d. «in nero». ■ Qualche dubbio era sorto in ordine al significato da attribuire all'aggettivo «lordi»: considerato che l'art. 2425 bis c.c., dettato in materia di redazione del bilancio delle società per azioni, impone che i ricavi debbano essere indicati al netto dei resi, degli sconti e degli abbuoni, era stata prospettata la tesi secondo cui l'aggettivo «lordo» sarebbe stato utilizzato al fine di rendere chiara la necessità di determinare l'ammontare dei ricavi ai fini della fallibilità tenendo conto di altre, diverse poste, quali spese di trasporto, provvigioni, premi di assicurazione, etc. (POTITO e M. SANDULLI, *op. cit.*, 8; FORTUNATO, *op. cit.*, 67). ■ In considerazione del fatto che lo strumento di misurazione dei ricavi è, di regola, il **bilancio d'esercizio**, si è ritenuto che il legislatore avesse voluto fare riferimento agli ultimi tre esercizi, e non agli anni solari precedenti l'istanza di fallimento (FORTUNATO, *op. cit.*, 68).

IX. (segue) c) l'esercizio dell'attività d'impresa in forma collettiva. ■ Il nuovo testo dell'art. 1 introdotto con la riforma del 2006 stabiliva l'equiparazione fra imprenditori individuali e collettivi. La norma aveva ricevuto il consenso unanime della dottrina, anche perché venivano in tal modo risolti i problemi legati, vigente la vecchia disciplina, all'evidente disparità di trattamento che quest'ultima delineava tra imprenditore individuale e società (su questi profili, cfr. ACCETTELLA, *op. cit.*, 730, ove ampi richiami): disparità, peraltro, dal punto di vista della nostra Carta fondamentale, legittima, secondo quanto stabilito, in diverse sue pronunce, dalla Corte Costituzionale (da ultimo, v. Corte Cost. 14.11.2005, n. 421, *F. it.* 06, I, 651). ■ Il riferimento all'esercizio dell'impresa in forma collettiva, e non alle società, consentiva di ritenere estesa l'equiparazione all'imprenditore individuale a qualsivoglia **forma** di esercizio in comune di un'attività commerciale, anche **non societaria** (SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 7).

X. (segue) d) l'onere della prova dei presupposti del fallimento. ■ Tra i numerosi problemi emersi già nei tempi immediatamente successivi alla riforma del 2006, particolare attenzione aveva attirato, in ispecie, quello relativo all'onere della prova circa l'esistenza dei requisiti di fallibilità: problema, questo, la cui soluzione era stata legata, fra l'altro, alla qualificazione dell'istruttoria prefallimentare in termini di giudizio sommario o contenzioso, all'attribuzione o non alla qualificazione soggettiva di imprenditore commerciale del carattere di elemento costitutivo della fallibilità del debitore, alla possibilità di ravvisare, nella qualità di piccolo imprenditore, l'oggetto di una eccezione, alla considera-

zione delle nuove regole introdotte con la riforma in punto legittimazione alla richiesta di fallimento, alla definizione dei limiti propri del potere inquisitorio del tribunale (su tutto questo, v. M. SANDULLI, *op. cit.*, 37). In questo quadro, all'orientamento, prevalente, che poneva in capo al debitore l'onere di provare il non superamento delle soglie indicate, ai fini della fallibilità, in materia di investimenti e di ricavi (App. Milano 30.8.2007, *Fall.* 08, 43, con nota di BADINI CONFALONIERI; Trib. Torino 11.1.2007, *ivi* 07, 319, con nota di FABIANI; e *G. it.* 07, 2271, con nota di CANALE; Trib. Palmi 2.10.2006, *D. fall.* 07, II, 247; FORTUNATO, *op. cit.*, 68; MONTANARI, *Fall.* 07, 561), si era contrapposto chi riteneva che la prova della fallibilità fosse a carico del soggetto richiedente il fallimento (APRILE, *Comm. Ferro*, 10; Trib. Napoli 6.11.2006, *Fall.* 07, 351; Trib. Varese 15.12.2006, *ivi*, 553).

XI. La «correzione» della riforma: la definizione degli imprenditori non fallibili. ■ Il notevole numero e la consistenza delle questioni sorte in merito al testo dell'art. 1 l. fall. introdotto con la riforma del 2006 hanno indotto il legislatore a rimeditare le scelte già operate e lo hanno condotto a emanare il d. lgs. «correttivo»

2 **12.9.2007, n. 169.** ■ Innanzi tutto, il legislatore ha preso atto dell'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità venutasi a determinare a seguito della novella del 2006, che, come si è accennato *sub I*, spesso aveva impedito di assoggettare alla procedura fallimentare ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori di rilevanti dimensioni in grado di raggiungere elevati livelli di indebitamento, con conseguente danno sia per i creditori insoddisfatti che per l'economia in generale, e anche per porre rimedio a questa situazione ha rinunciato alla nozione di piccolo imprenditore, introducendo un'**autonoma nozione di imprenditore non fallibile** (APRILE, *Comm. Ferro App.*, 3), delineata attraverso il riferimento a una serie di requisiti dimensionali massimi che gli imprenditori commerciali congiuntamente non debbono superare, pena l'assoggettabilità a fallimento e concordato preventivo. Anche per porre rimedio a detta situazione, dicevamo, il legislatore ha introdotto questa nuova nozione, ma non solo, dato che, in questo modo, si voleva pure, e soprattutto, porre fine ai contrasti interpretativi riguardanti l'individuazione della nozione di piccolo imprenditore rilevante ai fini del fallimento, escludendo ogni possibile ruolo, in materia, dell'art. 2083 c.c., e cioè della nozione civilistica di piccolo imprenditore, avente riguardo alla circostanza che l'attività sia oppure non prevalentemente organizzata con il lavoro proprio dell'imprenditore e dei suoi familiari (in questo senso, espressamente, la Relazione al de-

creto correttivo). E, in effetti, secondo la dottrina maggioritaria e parte della giurisprudenza, il risultato voluto sarebbe stato raggiunto, in quanto l'eliminazione, dal testo dell'art. 1 l. fall., di ogni riferimento al «piccolo imprenditore» avrebbe determinato l'implicita abrogazione dell'**art. 2221 c.c.** (volto a disporre la sottrazione al fallimento dei piccoli imprenditori quali definiti nell'art. 2083 c.c.), che risulterebbe ancora presente nel nostro ordinamento esclusivamente per un difetto di coordinamento normativo (M. SANDULLI, *op. cit.*, 39s.; CAVALLI, *op. cit.*, 48; PANZANI, *op. cit.*, 17; GIUSTA, *Codice Comm. del fall.* a cura di LO CASCIO, – *infra Comm. Lo Cascio* – Milano, 2008, 11; App. Firenze 29.4.2008, *F. it.* 08, I, 2272; Trib. Pescara 26.2.2007, *P.Q.M.* 07, 70, con nota di SPINACI; Trib. Mantova 1.2.2007, *Fall.* 07, 591; Trib. Catania 28.11.2006, *F. it.* 07, I, 604). Altra parte della giurisprudenza ha però rilevato che, se pure è vero che l'attuale formulazione dell'art. 1 l. fall. esclude che per la individuazione delle imprese fallibili sia necessario ricordarsi con la disposizione di cui all'art. 2083 c.c., essendo sufficiente il superamento di uno dei requisiti dimensionali previsti dal 2° co. dello stesso art. 1, non si può tuttavia dimenticare che il legislatore delegante aveva autorizzato soltanto l'estensione delle aree di esenzione dal fallimento (e non la loro soppressione), sicché si dovrebbe concludere che il giudice deve sempre verificare, in concreto, innanzi tutto che l'imprenditore non sia né un ente pubblico né un piccolo imprenditore, di modo che all'art. 1, 2° co., l. fall. dovrebbe essere di conseguenza riconosciuto il ruolo di circoscrivere ulteriormente la nozione di piccolo imprenditore non fallibile, comportando la possibilità che alla procedura concorsuale vengano assoggettate anche quelle imprese che, pur classificabili come piccoli imprenditori ai sensi dell'art. 2083 c.c., in quanto operanti in via esclusiva o principale grazie al lavoro proprio del titolare e dei familiari, abbiano tuttavia raggiunto determinati livelli di patrimonio, ricavi o indebitamento (Trib. Salerno 7.4.2008, *Fall.* 08, 939; e *F. it.* 08, I, 2276). In questa prospettiva, si dovrebbe, però, anche concludere che coloro i quali risultino essere piccoli imprenditori ai sensi dell'art. 2083 c.c. sono sottratti al regime delle presunzioni di cui all'art. 1 l. fall., e possono quindi essere dichiarati falliti solo se, in concreto, sia acquisita nei loro confronti la prova di una dimensione superiore ai parametri di cui al 2° co. l. fall. (in questo senso, v. ancora Trib. Salerno 7.4.2008, *Fall.* 08, 939; e *F. it.* 08, I, 2276), quando questa previsione, nel momento in cui dispone che la prova del non superamento dei limiti in essa fissati è a carico dell'imprenditore che voglia sfug-

gire al fallimento, appare rivolta agli imprenditori commerciali *in genere*, senza distinzione alcuna (circa gli oneri probatori in parola, cfr. *infra*, sub XVI). ■ È rimasto fermo l'esonero dalle procedure concorsuali degli **imprenditori agricoli** (sui quali, cfr. *infra*, sub XVI). ■ La circostanza che i **requisiti dimensionali che non debbono essere superati** perché fallimento e concordato preventivo risultino inapplicabili siano stati individuati attraverso l'utilizzo della **formula «non superiore»** induce a ritenere che non possano essere dichiarati falliti o assoggettati a concordato preventivo coloro con riguardo ai quali siano riscontrabili parametri uguali a quelli indicati nella norma. ■ È scomparso, nella norma come riformulata con il decreto correttivo, il riferimento alla **forma, individuale o collettiva, di esercizio dell'impresa**. Ciononostante, non dovrebbero sussistere dubbi circa la sua applicabilità anche a fronte di attività imprenditoriali esercitate in modo collettivo (MICCIO, *op. cit.*, 738; APRILE, *op. ult. cit.*, 3). ■ Nulla osta a che siano assoggettate a fallimento anche **imprese da tempo inattive o poste in liquidazione** (CAVALLI, *op. cit.*, 6; ZANELLI, *op. cit.*, 878). È vero che, in tali casi, la liquidazione concorsuale difficilmente condurrà a risultati apprezzabili, ma si potrà, grazie alla dichiarazione di fallimento, rendere le **condotte** dei c.d. professionisti del dissesto **penalmente rilevanti** (GUGLIELMUCCI, 32).

XII. I presupposti della fallibilità secondo la disciplina vigente, come delineata dal decreto correttivo: a) **L'ammontare dell'attivo patrimoniale;** ■ Le numerose critiche sollevate nei confronti della scelta di collegare la fallibilità (anche) al «capitale investito», operata con il d. lgs. 5.1.2006, n. 9 (criterio, questo, che, nella Relazione illustrativa al d. lgs. 12.9.2007, n. 169, è stato qualificato come «alquanto vago e di incerta definizione»), ha indotto il legislatore a eliminare tale richiamo e a sostituirlo – mantenendo immutato l'ammontare di riferimento – con quello all'attivo patrimoniale, che può essere invece facilmente definito, risolvendosi in un dato documentalmente rilevabile (M. SANDULLI, 2 *op. cit.*, 52). ■ Con il riferimento all'attivo patrimoniale, si è ritenuto che il legislatore abbia voluto operare un generale rinvio a tutte le norme e a tutti i principi contabili generalmente concernenti la iscrivibilità in bilancio di beni materiali, immateriali, crediti e altre attività (APRILE, *op. ult. cit.*, 5; GIUSTA, *op. cit.*, 16). Si è ritenuto, in tal modo, possibile, nel procedere alla determinazione dell'attivo patrimoniale, prendere come punto di riferimento quanto previsto, per la redazione dei bilanci delle s.p.a., nell'**art. 2424 c.c.**, concludendosi che, nell'attivo di cui si trat-

ta, dovrebbero essere comprese tutte le voci di cui alle lett. B), C) e D) di tale norma, o, quanto meno, quelle, di tali voci, che debbono essere inserite nel bilancio in forma abbreviata **ex art. 2435 bis c.c.**; mentre dubbi sono stati sollevati circa la possibilità di comprendere, nell'attivo patrimoniale, anche i **crediti verso soci**, richiamati nella lett. A) dello stesso art. 2424 lett. A), in considerazione della loro inidoneità a rappresentare elementi immediatamente e facilmente liquidabili per garantire il soddisfacimento delle ragioni dei creditori sociali (PANZANI, *op. cit.*, 25). Ma si è ritenuto possibile, e doveroso, alla luce di quella che è la *ratio* dell'art. 1 l. fall. – delimitare l'area di fallibilità degli imprenditori commerciali, in vista dell'apertura di un concorso fra i creditori sul patrimonio del debitore che possa risultare a questo fine disponibile –, andare anche oltre quanto è possibile ricavare dalla disciplina codicistica, affermandosi che, nella determinazione dell'attivo patrimoniale, si dovrebbe in realtà avere riguardo a **qualsivoglia attività**, indipendentemente dalla fonte dell'investimento e dalla natura di immobilizzazione o di capitale circolante che la caratterizzi, e, soprattutto, a prescindere dalla circostanza che si tratti oppure non di attività espressamente contemplata nell'elenco di cui all'art. 2424 c.c. Così, si è affermato doversi tenere conto, in particolare, dei **beni goduti in leasing** (MICCIO, *op. cit.*, 739; PANZANI, *op. cit.*, 24ss.; ZANELLI, *Fall.* 08, 875, e ivi ulteriori richiami; in giurisprudenza, cfr., sia pure con riferimento alla nozione di «capitale investito» di cui alla riforma del 2006, App. Brescia 21.2.2007, *G. it.* 2224, con nota di IRRERA, e *Fall.* 07, 591): anche perché la mancata considerazione del valore di tali beni ai fini della determinazione dell'attivo comporterebbe un'ingiustificata discriminazione a danno di quegli imprenditori che, anziché ricorrere al *leasing*, abbiano acquisito la proprietà di beni strumentali utilizzando le forme tradizionali di indebitamento (COLOMBO, *op. cit.*, 633). ■ Su quest'ultima linea si sono collocati anche coloro che, nel delineare le modalità secondo le quali dovrebbe essere calcolato l'attivo patrimoniale quando si tratti di un **imprenditore individuale**, tenuto conto del fatto che l'art. 2217, 2° co., c.c. obbliga questo soggetto a preparare ogni anno un inventario che «si chiude con il bilancio e con il conto dei profitti e delle perdite il quale deve dimostrare con evidenza e verità gli utili conseguiti e le perdite subite», hanno affermato doversi muovere da quest'ultimo documento, ma doversi comunque avere riguardo a tutti gli elementi attivi del patrimonio dell'imprenditore (M. SANDULLI, *op. cit.*, 46; nello stesso senso, anche se in termini non convinti, LO CASCIO, *Fall.*

07, 865; nel senso, più generale, che sarebbe possibile avvalersi di qualunque scrittura documentale imposta dalla normativa civilistica e fiscale, v. CAPUZZI, *op. cit.*, 548; nel senso che si dovrebbe procedere a una valutazione di tipo economico – aziendalistico, v. CAMODECA e DONATO, *D. fall.* 07, I, 334). ■ In presenza di una **società con soci illimitatamente responsabili**, la valutazione dell'attivo patrimoniale deve essere eseguita con riferimento al solo patrimonio sociale (APRILE, *op. ult. cit.*, 5), stante l'autonoma soggettività della società (M. SANDULLI, *op. cit.*, 51). ■ Al fine di individuare i **criteri valutativi delle attività aziendali**, di computare i **valori materiali non iscrivibili a bilancio** e di adeguare i **valori contabili ai prezzi di mercato**, si è ritenuto possibile ricorrere ai principi codicistici in materia (COLOMBO, *op. cit.*, 633). ■ In ordine al fatto che, per evitare il fallimento o il concordato preventivo, la soglia di riferimento dell'attivo patrimoniale non deve essere stata raggiunta in nessuno dei tre **esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento**, cfr. *infra*, sub XV.

XIII. (segue) b) *P'ammontare dei ricavi lordi*;

1 ■ La scelta di collegare la fallibilità (anche) a un certo tetto di ricavi lordi non è stata rivista dal decreto correttivo, il quale si è limitato a sopprimere l'indicazione secondo cui il raggiungimento o non del tetto medesimo sarebbe stato da accertare avendo riguardo alla media degli ultimi tre anni, o partendo dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, sostituendola con una regola analoga a quella dettata a proposito dell'attivo patrimoniale: anche per quanto concerne i ricavi lordi, è stato richiesto che il tetto di cui si tratta – che continua a non dover essere superiore a euro 200.000,00 – non sia stato raggiunto in nessuno dei tre **esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento** (circa questa previsione, v. *infra*, sub XV). ■ Immutata, sostanzialmente, la previsione, riproposti possono essere i dubbi con riguardo ad essa affacciati già immediatamente dopo la riforma, e dei quali si è detto *supra*, sub VIII. Al fine di superarli, una nuova chiave di lettura della norma potrebbe essere costituita dal richiamo alle disposizioni dettate in materia di bilanci delle s.p.a.: infatti, se può ritenersi lecito ispirarsi all'art. 2424 c.c. al fine di determinare l'attivo patrimoniale (sul punto, v. *supra*, sub XII), alle norme dettate in materia di bilanci nelle s.p.a., parimenti, dovrebbe ritenersi lecito ispirarsi anche al fine di stabilire i ricavi dell'impresa. Permangono, ciononostante, numerose le perplessità. In particolare, se non si dubita che siano da considerare ricavi quelli derivanti dall'attività tipica dell'impresa quale contrappartita di beni e servizi riconducibi-

le al valore della produzione di cui alla lett. A1) del conto economico delineato nell'**art. 2525 c.c.**, nonché quelli indicati nella lettera A5 dello stesso conto economico (NOTARI, *op. cit.*, 106; CAPUZZI, *op. cit.*, 556; SORCI, *op. cit.*, 9; VERNA, *op. cit.*, 730), incertezze continuano a sussistere, anche dopo l'emanazione del decreto correttivo, in merito alla possibilità di comprendere fra i ricavi anche ulteriori componenti positive, quali ricavi accessori, dividendi, canoni attivi, interessi attivi, *royalties*, comunque generati da attività d'impresa (cfr. POITTO e M. SANDULLI, *op. cit.*, 6; APICE e MANCINELLI, *Manuale breve di diritto fallimentare*, 23; FORTUNATO, *op. cit.*, 65), così come incertezze sussistono sul punto se nel computo debbano oppure non essere compresi pure i ricavi straordinari (PANZANI, *op. cit.*, 31; PAJARDI e PALUCHOWSKI, 70; APRILE, *op. ult. cit.*, 7; TIZZANO, *op. cit.*, 383). Secondo COLOMBO, *op. cit.*, 635, sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse esplicitamente indicato a quali voci, contenute nell'art. 2425 c.c., fare riferimento per la determinazione del valore dei ricavi rilevanti ai fini fallimentari. ■ In linea con quanto si sosteneva prima del decreto correttivo (cfr. *supra*, sub VIII), si ritiene che **ricavi «lordi»** siano quelli al netto di resi, sconti, abbuoni e premi, oltre che delle imposte direttamente connesse con la vendita dei prodotti e la prestazione dei servizi (*ex art.* 2425 c.c.) (APRILE, *Comm. Ferro*, 7; CARATAZZOLO, *op. cit.*, 9; Trib. Piacenza 22.1.2007, *Fall.* 08, 944), ma al lordo di altri costi imputabili all'attività, quali spese di trasporto, di assicurazione, *etc.* (FORTUNATO, *op. cit.*, 67). ■ Il decreto correttivo ha mantenuto il riferimento alla possibilità che i **ricavi siano accertati «in qualunque modo»**: il valore dei ricavi lordi potrà dunque essere desunto, oltre che dalle scritture contabili e dai registri fiscali, anche da accertamenti tributari non definitivi, come da dati extracontabili, quali, ad esempio i corrispettivi di contratti di vendita, o informazioni rese dalla Guardia di Finanza (CAVALLI, *op. cit.*, 56; ZANELLI, *op. cit.*, 877).

XIV. (segue) c) *P'ammontare dell'indebitamento*.

1 ■ Similmente a quanto si è osservato *supra*, sub XII e XIII, con riguardo alla determinazione dell'attivo patrimoniale e dei ricavi lordi, l'importo dei debiti, del, secondo la dottrina, il d. lgs. 12.9.2007, n. 169, ha imposto di tenere conto perché ritenuto un significativo **indice delle dimensioni aziendali** (CAVALLI, *op. cit.*, 56; MICCIO, *op. cit.*, 741; dubbi circa l'effettiva significatività dell'indebitamento sotto questo profilo sono stati peraltro avanzati da APRILE, *Comm. Ferro App.*, 9) e una delle **cause dell'al-larme sociale** collegato all'insolvenza (PANZANI, *op. cit.*, 20), può essere accertato anzitutto muo-

vedo dagli artt. 2424 e 2425 c.c., e cioè avendo riguardo alle **voci iscritte nello stato patrimoniale del bilancio d'esercizio alla sezione D del passivo** (APRILE, *Comm. Ferro*, 9s.; CAVALLI, *op. cit.*, 57). Sempre similmente a quanto si è osservato *supra*, sub XII e XIII, con riguardo alla determinazione dell'attivo patrimoniale e dei ricavi lordi, si è ritenuto, tuttavia, da non escludere, in una più ampia prospettiva ispirata alla *ratio* della norma in commento, che, soprattutto per quanto riguarda i soggetti che non sono tenuti a rispettare *in toto* le disposizioni codicistiche appena richiamate, sia possibile annoverare fra le passività qualsivoglia **posizione debitoria**, anche se **non inclusa nella documentazione contabile** (PANZANI, *op. cit.*, 21; CAVALLI, *op. cit.*, 57), salvo i **debiti eventuali e potenziali**, nonché i **debiti condizionati**, compresi, fra questi ultimi, quelli **derivanti dalla prestazione di garanzie** che presuppongono la preventiva escussione del debitore principale (M. SANDULLI, *op. cit.*, 56ss.). ■ L'art. in commento non contempla alcun riferimento temporale cui ancorare la valutazione dell'ammontare dei debiti. Dall'ult. co. dell'art. 15 l. fall., si ricava, comunque, che tale ammontare andrà determinato avendo riguardo al momento conclusivo dell'istruttoria prefallimentare, il che equivale a dire avendo riguardo al momento della decisione sull'istanza di fallimento (BADINI CONFALONIERI, *op. cit.*, 48ss.; CAVALLI, *op. cit.*, 57; ZANELLI, *op. cit.*, 878), come testimonia, del resto, anche la circostanza che, mentre nelle lett. a) e b) i verbi sono stati utilizzati al passato, nella lett. c) è stato impiegato il presente. Il debitore potrà perciò tentare, nelle more del procedimento, di ridurre l'ammontare dei debiti, così da evitare, almeno temporaneamente, il fallimento, tacitando uno o più dei suoi creditori (con atti di pagamento che, qualora il fallimento venga poi dichiarato, risulteranno revocabili) (APRILE, *op. ult. cit.*, 10s.).

XV. L'accertamento della qualità di imprenditore commerciale fallibile: a) il periodo di riferimento; ■ Con riguardo ai primi due tetti indicati nel 2° co., il legislatore precisa che l'imprenditore non deve averli superati «nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento». Il riferimento deve intendersi ai tre **esercizi chiusi** prima della data di deposito della domanda di fallimento, e non ai tre esercizi il cui bilancio sia stato redatto (o addirittura pubblicato) prima di quella data (Trib. Sulmona 12.2.2008, *Fall.* 08, 469 e 942; App. Milano 30.8.2007, *ivi* 43, con nota di BADINI CONFALONIERI; App. Venezia 5.7.2007, *ivi* 07, 1484; App. Torino 16.5.2007, *ivi*, 843; PANZANI, *op. cit.*, 26; APRILE, *op. ult. cit.*, 8, il quale evidenzia, però, come l'art. 2428, 3° co., nn. 5 e 6, c.c. imponga

agli amministratori di indicare, nella relazione sulla gestione, anche i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura esercizio e l'evoluzione prevedibile della gestione, traendo, da ciò, che anche il giudice fallimentare dovrebbe allora potere tenere conto di questi elementi). Certamente, si corre il rischio, in questo modo, di tenere come punto di riferimento una situazione eccessivamente arretrata nel tempo; ma si tratta di un rischio che può considerarsi ampiamente compensato dal vantaggio di non doversi procedere ad attività istruttorie particolarmente complesse. ■ Si è escluso che, al fine di compiere le valutazioni imposte dalla norma in commento, l'attività della società nel corso del triennio debba essere segmentata in fase di attività, fase di inattività e fase di liquidazione, traendosi, da ciò, che una **società in liquidazione** (e lo stesso dovrebbe valere per una **società che abbia cessato l'attività**) la quale non abbia superato negli ultimi tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento i tetti indicati nell'art. 1, 2° co., l. fall. non potrebbe considerarsi soggetta a fallimento (Trib. Roma 12.12.2006, *F. it.* 07, I, 613; *G. mer.* 07, 1352, con nota di SCARAFONI; e *G. comm.* 07, II, 411, con nota di INNOCENTI; e *D. fall.* 07, II, 239, con nota di FAUCEGLIA; nello stesso senso, in dottrina, v. ZANELLI, *op. cit.*, 878; *contra*, però, Trib. Taranto 19.3.2007, *Fall.* 07, 591, secondo cui, al fine di stabilire se una società in liquidazione [e, di nuovo, lo stesso dovrebbe valere anche per una società che abbia cessato l'attività] sia assoggettabile al fallimento, il requisito dimensionale relativo ai ricavi conseguiti negli ultimi tre anni andrebbe riferito al periodo di attività, e non a quello di inattività conseguente allo stato di liquidazione [e dunque la valutazione andrebbe eseguita muovendo, a ritroso, dalla data di cessazione dell'attività, e non da quella di deposito dell'istanza di fallimento], poiché, diversamente, si potrebbe finire per escludere che siano assoggettabili alla procedura concorsuale anche imprenditori di dimensioni rilevanti). ■ Qualora ³ alla data dell'istanza di fallimento il bilancio dell'ultimo esercizio antecedente ancora non sia stato formato, si dovrà avere riguardo alla **situazione patrimoniale aggiornata**, di cui il tribunale deve ordinare il deposito (COLOMBO, *op. cit.*, 634). ■ Il riferimento agli ultimi tre esercizi ⁴ anteriori al deposito dell'istanza di fallimento serve, delimitando nel tempo il campo d'indagine del tribunale, ad evitare il formarsi di prassi applicative difformi. Si collega, a questa regola, quella di cui all'art. 14 l. fall., che fa obbligo al debitore il quale chieda il proprio fallimento di depositare presso la cancelleria «le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre

5 esercizi precedenti». ■ Il superamento dei tetti in parola risultante da **bilanci anteriori agli ultimi tre esercizi precedenti la data del deposito dell'istanza di fallimento** può essere preso in considerazione solo in assenza di elementi idonei a fornire una prova diretta del superamento dei tetti medesimi nel periodo triennale indicato dal legislatore, quando si possa ritenere, sulla base di giudizi formulati caso per caso, che i bilanci disponibili, o singole poste degli stessi esprimano valori destinati a permanere nel tempo (PANZANI, *op. cit.*, 27; in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 18.6.2008, *www.ilcaso.it*).

XVI. (segue) b) l'onere della prova dei presupposti del fallimento dopo il decreto correttivo.

1 ■ Le discussioni sviluppatasi dopo il d. lgs. 9.1.2006, n. 5, con riguardo alla distribuzione dell'onere della prova dei presupposti del fallimento (sulle quali, v. *supra*, sub X) hanno indotto il legislatore del 2007 a prendere espressamente posizione sul punto, imponendo in capo all'**imprenditore commerciale l'onere di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità**. In questo modo, si è introdotta una vera e propria **presunzione di fallibilità**, che può essere vinta solo con la prova contraria fornita dal debitore regolarmente costituitosi in giudizio e che è inevitabilmente destinata a riflettersi negativamente sulla posizione del **contumace**, di fatto assoggettato a un elevato rischio di essere dichiarato fallito anche solo per effetto di meri indizi o di un inizio di prova (CAPUZZI, *op. cit.*, 555; ancorché dubitativamente, APRILE, *op. ult. cit.*, 3s.; Trib. S.M. Capua Vetere 2.5.2008, *Fall.* 08, 847; App. Milano 29.6.2007, *ivi* 07, 1484; Trib. Roma 10.5.2007, *D. fall.* 08, II, 473, con nota di PROIETTI; e *Fall.* 07, 1237). Per quanto tale scelta possa dirsi senz'altro sufficientemente fondata, trovando la propria giustificazione nella necessità di non consentire ai debitori di evitare il fallimento semplicemente scegliendo di non difendersi in sede d'istruttoria prefallimentare, o di non depositare la documentazione contabile dalla quale sarebbe possibile rilevare i dati necessari per verificare la sussistenza dei tetti previsti, la dottrina maggioritaria attenua la rigidità della regola in parola riconoscendo che, tramite di essa, il legislatore non avrebbe comunque voluto escludere i **poteri istruttori officiosi del tribunale** in sede prefallimentare (MICCIO, *op. cit.*, 742; PANZANI, *op. cit.*, 36; PAJARDI e PALUCHOWSKI, 74; AMBROSINI, *Comm. Ambrosini*, 26; cfr. anche *sub art.* 15, IX): a favore di questa conclusione deporrebbero sia la considerazione secondo cui solo il mantenimento di quei poteri potrebbe assicurare un'adeguata protezione degli interessi pubblicitici sottesi al fallimento (SANTAGATA, *D. fall.* 08, I, 15; Trib.

Varese 9.1.2007, *F. it.* 07, I, 603, con nota di FABIANI) sia la Relazione al d. lgs. 12.9.2007, n. 169, in cui si legge che, in virtù della nuova regola sull'onere della prova, «qualora gli elementi probatori dedotti dalle parti o quelli acquisiti d'ufficio non siano sufficienti a fornire la prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità, permanendo l'incertezza, l'imprenditore viene assoggettato alla procedura fallimentare». Di conseguenza, la nuova regola potrebbe essere applicata al fine di assoggettare l'imprenditore al fallimento solo quando il tribunale, per qualsiasi ragione, pur avendo fatto ricorso ai propri poteri officiosi, non abbia potuto reperire informazioni complete sulla situazione patrimoniale dell'impresa (MICCIO, *op. cit.*, 742; COLOMBO, *op. cit.*, 635). E, se così stanno le cose, si deve allora anche escludere che, pure lì dove il debitore abbia fornito le prove del non superamento dei tetti previsti, il tribunale possa esimersi, oltre che dalla verifica delle scritture contabili prodotte, dall'espletamento, d'ufficio, delle normali attività istruttorie finalizzate all'accertamento dei presupposti del fallimento (SANTAGATA, *op. cit.*, 15). Lì dove, poi, il debitore non abbia provveduto al deposito dei documenti di cui alla seconda parte del 4° co. dell'art. 15 l. fall., si deve ricordare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2435 e 2478 *bis* c.c., copia del bilancio delle società di capitali deve essere depositata presso il registro delle imprese, e che di questi documenti, sempre considerato quanto disposto nella seconda parte del 4° co. dell'art. 15 l. fall. (da cui si ricava che i documenti di cui si tratta debbono essere necessariamente acquisiti al procedimento), il tribunale può disporre l'acquisizione d'ufficio, ai sensi dell'art. 213 c.p.c. (APRILE, *op. ult. cit.*, 4, il quale richiama proprio questa circostanza ad ulteriore riprova del fatto che l'onere della prova imposto al debitore non potrebbe dirsi assoluto, bensì dovrebbe ritenersi attenuato in considerazione dell'obbligo, gravante sul giudice, di operare una valutazione congiunta di tutti gli elementi probatori allegati dalle parti o da lui acquisiti o comunque emersi nel corso del procedimento, anche in forma di argomenti presuntivi). ■ La **questione di legittimità costituzionale** dell'art. 1, 2° co., l. fall., come modificato dal d. lgs. 12.9.2007, n. 169, sulla base della previsione di cui all'art. 1, 6° co., lett. a), n. 1, l. n. 80/2005, nella parte in cui addossa al debitore l'onere di provare la propria non assoggettabilità a fallimento, o, come dir si voglia, nella parte in cui prevede il fallimento dell'imprenditore commerciale insolvente che non dimostri di non essere compreso nell'area della non fallibilità definita dalle lett. a), b) e c) del medesimo comma è stata ritenuta non manife-

stamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost., da Trib. Napoli 23.4.2008, *Fall.* 08, 975; *Corr. mer.* 08, 1017, con nota di PERUGINI; e *F. it.* 08, I, 2270, *ivi* peraltro datata 16.5.2008.

XVII. Imprenditori non soggetti alle procedure concorsuali: a) enti pubblici; ■ Anche dopo la riforma, rimangono sottratti alla disciplina delle procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 1, gli enti pubblici: tanto vale sia per le c.d. **imprese organo** sia per gli **enti pubblici economici**. Quella che riguarda gli enti pubblici economici costituisce, peraltro, una fattispecie di esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo il cui rilievo si è considerevolmente ridotto per effetto del processo di privatizzazione iniziato dopo il 1990, che ha comportato la nascita, in luogo degli enti pubblici economici, di società di diritto privato (assoggettabili al fallimento in quanto tali) con partecipazione pubblica (sul punto, cfr. CAVALLI, *op. cit.*, 58).

XVIII. (segue) b) imprenditori agricoli; ■ L'**esenzione** dal fallimento dell'imprenditore agricolo **non** appare oggi **più giustificata** (in questo senso, cfr., tra gli altri, FAUCEGLIA, *Fall.* 05, 993, MINUTOLI, *D. fall.* 05, I, 600s., SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 9; A. ROSSI, *op. cit.*, 779): la logica per cui sarebbe meritevole di particolare protezione chi sopporta un doppio rischio d'impresa, in quanto esposto alle incertezze dell'ambiente naturale (c.d. rischio biologico) ancora prima che a quelle del mercato, appare, da un lato, logorata dalla crescente evoluzione tecnologica e, dall'altro, erosa da un quadro legislativo che ha progressivamente dilatato la nozione di impresa agricola (CAVALLI, *op. cit.*, 35; per i dubbi che già in passato erano stati comunque sollevati circa la fondatezza di questa esenzione, v. M. SANDULLI, *op. cit.*, 132ss.); più precisamente, per quanto concerne quest'ultimo punto, è da dire che il legislatore, attraverso la riforma, con il d. lgs. n. 228/2001, dell'**art. 2135 c.c.** e la disciplina dedicata, con il **d. lgs. n. 226/2001**, all'imprenditore ittico, ha finito per annullare quel confine tra le due categorie dell'imprenditore agricolo e dell'imprenditore commerciale che, da sempre labile, è divenuto pressoché inesistente, centrando così, sia pure senza volerlo, l'obiettivo della loro unificazione (BUONOCORE, *G. comm.* 02, I, 5).

■ L'esercizio in forma imprenditoriale di una qualsiasi delle attività indicate nell'art. 2135 c.c. (coltivazione del fondo, allevamento di animali - riferimento, questo, che ha sostituito quello al bestiame contenuto nella formulazione previgente della norma - e selvicoltura) è sufficiente per fare assumere, al soggetto che le esercita, la qualifica di **imprenditore agricolo** (M. SANDULLI, *op. cit.*, 134). ■ Nel riformulare l'art. 2135 c.c., il legislatore si è evi-

dentemente ispirato alla **tesi del ciclo biologico**, che afferma il carattere agrario di tutte le attività comunque legate, appunto, a un ciclo biologico, a prescindere dal ruolo svolto dal fattore terra (tesi già condivisa da una larga parte della dottrina e della giurisprudenza, e che già aveva ispirato talune normative di settore: si pensi, tra le altre, alla l. 20 novembre 1986, n. 778, che ha compreso fra le attività reputate in ogni caso agricole «le attività di allevamento delle specie suinicole, cunicole, ittiche, dei selvatici a scopo alimentare e quelle attinenti alla apicoltura, alla bachicoltura e simili», nonché alla l. 5 aprile 1985, n. 126, ai sensi della quale è da considerare a tutti gli effetti attività imprenditoriale agricola anche l'attività di coltivazione dei funghi, e alla l. 23 agosto 1993, n. 349, con la quale il legislatore ha stabilito che l'attività cinotecnica, cioè volta all'allevamento, alla selezione e all'addestramento delle razze canine, si deve considerare a tutti gli effetti attività imprenditoriale agricola), precisando non solo, in linea con quella tesi, che debbono considerarsi agricole tutte le attività che utilizzano o (anche soltanto) possono utilizzare (ma effettivamente non utilizzano) il fondo, ma anche che agricole sono pure le attività dirette a curare o sviluppare *anche una sola fase* del ciclo biologico, animale o vegetale. ■ La definizione dell'impresa agricola espressa dall'art. 2135 c.c. novellato consente di ritenere non più proponibili i dubbi che in passato erano stati sollevati circa il carattere agrario così delle coltivazioni svolte in serre o capannoni come di quelle, aeroponiche o idroponiche, svolte fuori terra, (in questo senso, v. Trib. S. Maria C.V. 9.4.2002, *G. mer.* 02, 982): ciò che rileva è la partecipazione diretta dell'imprenditore alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase dello stesso, indipendentemente dalle modalità organizzative ed esecutive seguite, risultando così classificabili come agricoli anche le coltivazioni di piante in serra e gli allevamenti di animali «in batteria» all'interno di capannoni, senza che abbiano rilievo le dimensioni e l'entità dell'organizzazione dell'attività d'impresa (cfr. App. Torino 26.10.2007, *Fall.* 07, 1484) né il tipo di organizzazione dell'attività medesima, che può essere anche societario (Trib. Lamezia Terme 17.3.2005, *D. fall.* 06, II, 373 con nota di CECARELLI). ■ È stato considerato fallibile l'imprenditore agricolo che abbia acquistato e poi alienato numerosi bovini, senza attendere ad alcuna fase del ciclo biologico e senza disporre di stalle per il ricovero dei capi (Trib. Mantova 4.12.2003, *Fall.* 04, 451). ■ È stata ritenuta non ravvisabile nella fattispecie una impresa agricola quando l'oggetto sociale pattuito sia quello della lavorazione e trasformazione di ortaggi

senza che risulti la diretta cura di alcun ciclo biologico, vegetale o animale (Trib. Agrigento 14.4.2003, *G. it.* 04, 1431, con nota di DE RENTIS). ■ Ai sensi dell'art. 2135 c.c. novellato, sono da considerare come **attività connesse** a quelle agricole tutte le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla **manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione** che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le **attività dirette alla fornitura di beni o servizi** mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, o di ricezione ed ospitalità, come definite dalla legge: in pratica, affinché si possa essere qualificati come imprenditori agricoli, occorre che l'attività presa in considerazione, obiettivamente commerciale, sia esercitata da un soggetto che è imprenditore agricolo (Cavalli, *op. cit.*, 39; Pacchi, *Manuale AA.VV.*, 39) e che l'attività agricola sia prevalente su quella connessa. ■ Non possono essere qualificati imprenditori agricoli i caseifici e le imprese agroalimentari di trasformazione dei prodotti (a meno che non rivestano la forma di cooperative tra produttori agricoli), per difetto del necessario vincolo tra esercizio dell'agricoltura a titolo principale ed esercizio dell'attività manipolativa connessa che può scorgersi solo lì dove le diverse attività siano svolte dalla medesima persona (Trib. Agrigento 7.4.2003, *Fall.* 04, 213).

XIX. (segue) c) imprenditori artigiani, società artigiane e piccole società commerciali.

L'eliminazione di qualunque riferimento al «piccolo imprenditore» (cfr. *supra*, sub VII e XI), operata dal d. lgs. 12.9.2007, n. 169, sembrerebbe destinata ad incidere anche sulla controversa questione dell'assoggettabilità a fallimento dell'**imprenditore artigiano**. ■ Il problema traeva origine, prima della riforma, dalla necessità di armonizzare la nozione codicistica di artigiano, considerato in tutto e per tutto piccolo imprenditore dall'art. 2083 c.c., con quella di imprenditore (e impresa) artigiani offerta dalla legislazione speciale, rappresentata, inizialmente, dalla l. 25.7.1956, n. 860, la quale aveva definito la figura dell'artigiano sulla base di propri originali criteri «a tutti gli effetti di legge», e, più recentemente, dalla l. 8.8.1985, n. 443 (c.d. Legge quadro per l'artigianato, da ultimo modificata con la l. 20.5.1997, n. 133), la quale, pur non contenendo l'inciso appena ricordato, ha previsto l'efficacia costitutiva dell'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane, suscitando così, fra l'al-

tro, il problema di stabilire a quale regolamentazione giuridica debbano essere assoggettate le imprese che, pur presentando i requisiti strutturali e dimensionali previsti dalla normativa in esame, non siano tuttavia in regola con l'iscrizione. ■ Ancora sotto il vigore della **l. 25.7.1956, n. 860**, la dottrina, superato l'orientamento minoritario che riteneva l'imprenditore artigiano sottratto in ogni caso a fallimento (DALMARTELLO, *Jus* 57, 517ss.; CASANOVA, *op. cit.*, 134s.), aveva ritenuto applicabile l'art. 1 l. fall. anche all'artigiano (ANDRIOLI, 295; SATTI, 37), articolandosi poi nella posizione di chi (SANTINI, *R. d. civ.* 62, I, 20ss.) affermava la sostanziale identità della figura dell'artigiano nella l. fall., nell'art. 2083 c.c. e nella legislazione speciale (e la conseguente automatica sottrazione dell'impresa artigiana, come definita nella legge del 1956, al fallimento, in quanto piccola impresa ai sensi dell'art. 2083 c.c.: cfr. ancora SANTINI, *Comm. SB*, 115) e in quella di chi riteneva potersi configurare anche un artigiano piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c. (e della legge del 1956), ma assoggettabile a fallimento in virtù di quanto previsto nell'art. 1 l. fall. (CIPOLLONE, *D. fall.* 63, I, 310; per una sintesi delle diverse posizioni, cfr. da ultimo CAVACINI, *D. fall.* 82, I, 579ss.). La giurisprudenza si era invece prevalentemente orientata nel senso di ritenere l'artigiano assoggettabile a fallimento (solo) ove avesse espanso le dimensioni dell'impresa in misura tale che, per l'organizzazione e l'entità economica acquisite, il suo guadagno, normalmente modesto, avesse assunto i caratteri del profitto (v., ad es., C 66/765, 71/1471, C73/2976, 75/28, 81/5403). ■ La revisione dei requisiti dimensionali e organizzativi caratterizzanti le nozioni di impresa e imprenditore artigiani compiuta con gli artt. 2, 3 e 4, l. 8.8.1985, n. 443, ha reso poi più difficile la giustificazione della classificazione in termini di piccola impresa, ai sensi dell'art. 2083 c.c., con conseguente sottrazione alle procedure concorsuali, dell'impresa artigiana, dato che, pur essendo stata prevista come necessaria la prestazione del lavoro, anche manuale, dell'artigiano e pur essendo stato escluso che l'attività possa essere svolta mediante una lavorazione «del tutto automatizzata», le è stato consentito di raggiungere limiti dimensionali anche decisamente elevati (cfr., per tutti, il commento della nuova legge in *G. comm.* 87, I, 690; e CAVAZZUTI e MAFFEI ALBERTI, *N.L.C.C.* 86, 1016, nonché, successivamente alla riforma del 1997, GUERRIERI e A. ROSSI, *ivi* 98, 1003). Per questa ragione, hanno ancora più perso credito gli orientamenti giurisprudenziali volti a motivare la sottrazione indiscriminata dell'artigiano a fallimento, attribuendogli in ogni caso la qualifica di «piccolo

imprenditore» (App. Trieste 3.6.1992 e Trib. Trieste 13.11.1991, entrambi *D. fall.* 94, II, 1140, con nota di ROMAGNOLI; Trib. Lecce 21.10.1991, *Fall.* 92, 612, con nota di MACCHIA; Trib. Torino 13.9.1990, *ivi* 91, 310; Trib. Treviso 2.7.1990, *ivi* 89; Trib. Foggia 11.11.1988, *D. fall.* 89, II, 504; App. Trieste 9.4.1986, *G. comm.* 87, II, 661, con nota di CARANO; Trib. Pistoia 20.11.1986 e 2.4.1987, entrambe *D. fall.* 87, II, 1015, con nota di CALVOSA) o negando *tout court* la qualifica di «commerciale» alla sua attività d'impresa, considerandola priva del requisito dell'«industrialità» (Trib. Roma 15.7.1998, *D. fall.* 99, II, 631; Trib. Perugia 10.1.1992, *Fall.* 92, 94; Trib. Saluzzo 26.2.1990, *G. it.* 90, I, 2, 561; Trib. Milano 6.7.1989, *D. fall.* 90, II, 766; Trib. Foggia 17.3.1989, *ivi* 89, II, 964; Trib. Bologna 1 giugno 1988, *G. mer.* 89, 1157, con nota di DIDONE; Trib. Bologna 24.5.1988, *Fall.* 89, 336; e *D. fall.* 90, II, 240, con nota di DRAGHETTI; Trib. Bologna 9.3.1988, *ivi* 88, II, 1023; e *Fall.* 88, 1023; e *G. comm.* 89, II, 499, con nota di BOLLINO; C 88/4865, 87/2310; PROVINCIALI, I, 257; PAJARDI, *Codice del fallimento*⁴, 32s.) e ha finito per prendere decisamente il sopravvento la tesi diretta ad ammettere la possibilità di sottoporre l'artigiano a procedura concorsuale ogni volta in cui, per le dimensioni e l'organizzazione assunte dalla sua attività e per il carattere di profitto del suo guadagno, debba essere considerato «imprenditore commerciale» a tutti gli effetti (Trib. Cassino 7.3.1997, *Fall.* 97, 1036; C 95/9976; C 94/11039, con nota di DOMENICHINI, *Fall.* 95, 649; Trib. Roma 27.3.1995 e Trib. Milano 15.5.1995, entrambe *ivi*, 1158; Trib. Bologna 22.3.1995, *ivi*, 974; App. Bari 30.11.1990, *ivi* 91, 419; App. Bari, 30.6.1989, *ivi* 90, 94; App. Bari 10.2.1989, *ivi*, 943; Trib. Roma 30.4.1988, *ivi* 88, 1023; App. Bari 15.2.1988, *ivi*, 614; App. Bari 24.9.1987, *ivi*, 271; nonché, in dottrina, PELLEGRINO, *Prassi fallimentare*, 43), e, segnatamente, abbia realizzato una base di intermediazione speculativa, cioè una vera e propria struttura economica a carattere industriale avente una autonoma capacità produttiva, sicché l'opera del titolare dell'impresa non sia più né essenziale né principale (C 08/2455; App. Torino 26.4.2006, *Fall.* 06, 851; C 05/12847; C 05/4784; C 04/20640; Trib. Cagliari 16.9.2002, *G. comm.* 04, II, 222; e *R. giur. sarda* 03, 377, con nota di ANCIS; C 00/16157; C 00/3690; Trib. Torino 19.1.2000, *G. it.* 00, 544; cfr. inoltre, per la non assoggettabilità al fallimento dell'impresa artigiana in cui il lavoro personale e domestico siano rimasti prevalenti sugli altri elementi reali e personali, Trib. Orvieto 15.10.1993, *Fall.* 94, 433; Trib. Voghera 24.12.1992, *ivi* 93, 513; Trib. Milano 28.7.1988, *ivi* 89, 97; Trib. Milano 20.1.1983, *ivi* 83, 1109;

Trib. Genova 4.8.1982, *D. fall.* 83, II, 567). Per accertare la sussistenza di una tale situazione, è stato ritenuto necessario considerare diversi parametri, quali il volume d'affari, il numero dei dipendenti, il tipo di attività svolta (con particolare riguardo alla prestazione lavorativa manuale dell'artigiano), le dimensioni dell'impresa (in rapporto anche alle eventuali unità operative), l'entità della sua organizzazione, il credito bancario ottenuto, il tipo e la natura dei contratti stipulati, i beni strumentali posseduti, l'entità dei debiti e l'eventuale ricorrenza di numerosi protesti (Trib. Torino 8.5.2006, *G. it.* 06, 2089, con nota di Iozzo; Trib. Padova 10.10.2001, *G. mer.* 02, 994), mentre un'importanza non decisiva è stata attribuita, dall'orientamento maggioritario, all'**iscrizione all'albo delle imprese artigiane**, che è stata ritenuta destinata a perseguire fini esclusivamente fiscali (PERASSI, *G. comm.* 85, II, 1098; DE VERGOTTINI, *N.L.C.C.* 86, 1046), senza assumere alcun rilievo sotto il profilo dell'assoggettabilità a fallimento (GIUSTA, *op. cit.*, 11; CAIAFA, 64s.; GALGANO, in BONSIGNORI e GALGANO, *op. cit.*, 29s.; FANILE, *Fall.* 86, 273; BRONZINI, *D. fall.* 85, I, 488; Trib. Bologna 18.5.2004, *Guida dir.* 04/45, 50; C 00/12548, con note di FIORIO, *G. it.* 01, 965; e MINUTOLI, *Fall.* 01, 788; Trib. Torino 19.1.2000, *G. it.* 00, 544; Trib. Torino 27.6.1997, *Fall.* 97, 1036; Trib. Milano 14.6.1993, *D. fall.* 94, II, 119; App. Trieste 6.7.1992, *Fall.* 93, 113; App. Milano 27.9.1991, *G. comm.* 92, II, 804; *contra*, nel senso che anche agli effetti della non assoggettabilità a fallimento la qualifica di imprenditore artigiano presupporrebbe imprescindibilmente l'iscrizione nell'apposito albo, Trib. Torino 29.3.1988, *Fall.* 88, 820; isolata è rimasta la tesi di Trib. Pistoia 1.6.1987, *D. fall.* 87, II, 1016, con note di CALVOSA; e BRONZINI, *ivi* 88, II, 313, secondo cui, qualora un soggetto risulti iscritto a questo albo, non sarebbe possibile sottoporlo a procedura concorsuale, se non promuovendo il procedimento di revisione di cui all'art. 7, l. 8.8.1985, n. 443). ■ Il mantenimento, nella formulazione dell'art. 1 l. fall. introdotta con la **riforma del 2006**, del riferimento alla nozione di «piccolo imprenditore», ridefinita, però, attraverso l'introduzione di nuovi requisiti dimensionali, aveva indotto la dottrina ad affermare che l'artigiano avrebbe potuto essere classificato come «piccolo imprenditore» sottratto alla procedura concorsuale solo nel caso di mancato superamento di tali requisiti dimensionali (FORTUNATO, *op. cit.*, 56; SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 8; GUGLIELMUCCI, 27). Eliminato, con il **d. lgs. 12.9.2007, n. 169**, il riferimento alla nozione di «piccolo imprenditore», e divenuti così autonomi (almeno secondo l'opinione prevalente: sul punto cfr. *su-*

pra, sub XI) i piani di valutazione civilistico e fallimentare della figura dell'imprenditore commerciale, anche gli imprenditori artigiani debbono considerarsi senz'altro fallibili, lì dove risultino superati i tetti di attivo patrimoniale, ricavi lordi e indebitamento indicati nell'art. 1, l. fall. (M. SANDULLI, *op. cit.*, 151; GIUSTA, *op. cit.*, 10s.; CALAFA, 65; CAVALLI, *Comm. Ambrosini*, 9); salvo che non si voglia recuperare la tesi che nega natura «commerciale» all'impresa artigiana: anche se sembra davvero difficile ipotizzare che un'impresa atta a superare i rilevanti livelli di introiti e ricavi previsti dal 2° co. della previsione in commento possa davvero reputarsi idonea a perseguire un fine di lucro. ■ Le novità introdotte con la riforma e il decreto correttivo consentono di ritenere superata anche la controversa questione concernente la fallibilità della **7** **società artigiane**. ■ Anteriormente alla riforma, l'art. 3 l. 25.7.1956, n. 860, prima, e l'art. 3, 2° co., l. 8.8.1985, n. 443 (come modificato dalla l. 20.5.1997, n. 133, e dalla l. 5.3.2001, n. 57) hanno riconosciuto la qualifica di artigiano, e quindi, di riflesso, di piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c., anche alle società cooperative o in nome collettivo che non superino determinati limiti dimensionali e in cui la maggioranza dei soci svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e il lavoro svolga una funzione preminente sul capitale. Per questo motivo, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie erano state indotte a ritenere implicitamente abrogato, per tali società, il vecchio ult. cpv. dell'art. 1, l. fall., il quale disponeva che «in nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali» (Corte Cost. 23.7.1991, n. 368, *D. fall.* 91, II, 881, con nota di DIDONE; *G. it.* 92, I, 1, 34, con nota di BAIOTTO; *G. comm.* 93, II, 5, con nota di PISANI; e *Fall.* 91, 1034; Corte Cost. 31.10.1991, n. 395, *ivi* 92, 357; SANTINI, *op. ult. cit.*, 117; AFFERNI, *Gli atti di organizzazione*, 108ss.; PROVINCIALI, I, 262; FORMIGGINI, *R. d. civ.* 58, II, 330; GENOVESE, *R. soc.* 73, 452; *contra*, invece, Trib. Milano 2.3.1999, *B. b. t. cred.* 01, II, 214, con nota di LA SALA; DALMARTELLO, *op. cit.*, 522; VERRUCOLI, *R. soc.* 57, 973; DE FERRA, *Manuale*, 17, secondo i quali le società artigiane dovrebbero in ogni caso essere assoggettate a fallimento; cfr. anche BIN, *Contr. impr.* 86, 257; GALGANO, *op. ult. cit.*, 26; BUONOCORE, *Fallimento (Fallimento delle società)*, *Enc. Treccani*, VI, 3s.), e a ritenere assoggettabili a fallimento (solo) le società artigiane che, in ragione delle loro dimensioni e caratteristiche, similmente a quanto prevalentemente si

riteneva con riguardo all'imprenditore artigiano individuale, non potessero dirsi «piccoli imprenditori» (Trib. Torino 26.4.2006, *Fall.* 06, 851; Trib. Modena 16.12.2005, *ivi*, 354; Trib. Modena 8.11.2002, *Gius.* 03, 1770; Trib. Trieste 25.11.1993, *Fall.* 94, 420, con nota di FERRO). ■ 8 La norma introdotta con la riforma del 2006 equiparava espressamente imprenditori individuali e collettivi (sul punto, v. *supra*, sub IX). Questa previsione, nella norma come riformulata con il decreto correttivo del 2007, non si trova più. Ciononostante, non dovrebbero sussistere dubbi circa la sua applicabilità anche a fronte di attività imprenditoriali esercitate in modo collettivo (anche su questo punto, v. *supra*, ora sub XI). Così come per quanto riguarda gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le altre società, pure l'esonero da fallimento delle società artigiane non potrà oggi che passare dalla valutazione dei requisiti dimensionali indicati nel 2° co. della previsione in commento, salvo che, secondo quanto già osservato, non si ritenga possibile contestare la natura «commerciale» della società artigiana (GIUSTA, *op. cit.*, 12; GUGLIELMUCCI, 26s.; BONFATTI e CENSONI, 33s.; DEMARCHI, *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Atti del Convegno Lanciano 17-18.3.2006, a cura di BONFATTI e FALCONE, 357s.). ■ 9 Prima della riforma, per evidenti ragioni di coerenza, tenuto conto delle conclusioni raggiunte con riguardo alla disciplina che avrebbe dovuto ritenersi valere per le società artigiane, parte della giurisprudenza era giunta a ritenere non fallibili neppure le **piccole società commerciali** (Trib. Milano 8.9.2003, *Gius.* 04, 877; Trib. Milano 22.12.1997, *Fall.* 98, 423; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto 7.6.1994, *D. fall.* 94, II, 1248; Trib. Alessandria 21.5.1994, *Fall.* 94, 877; e *D. fall.* 94, II, 542; SCHIANO DI PEPE, *D. fall.* 97, I, 591; *Id.*, *Fall.* 98, 897; PANZANI, *ivi* 00, 14). Anche questo punto di vista può considerarsi superato alla luce della formulazione attuale dell'art. 1 l. fall., ai sensi del quale tutti gli imprenditori commerciali debbono essere considerati fallibili, lì dove non ricorra anche un soltanto dei requisiti dimensionali per essere esonerati dalla procedura concorsuale, indipendentemente dal fatto che esercitino la propria attività in forma individuale o collettiva, (BONFATTI e CENSONI, 34; SCHIANO DI PEPE, *Comm. Schiano di Pepe*, 8s.; CALAFA, 49; DEMARCHI, *op. cit.*, 358s.; sulla equiparazione fra imprenditori individuali e commerciali attuata con la riforma, v. *supra*, sub IX e XI).