

PARTE I

LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

CAPITOLO I

I PRESUPPOSTI PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

Giuseppe Fauceglia

I. IL FALLIMENTO: IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO: 1. La limitazione del fallimento ai soli imprenditori commerciali. – 2. L'esenzione da fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa. – 3. L'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo. – 4. Inizio e fine dell'impresa nella disciplina fallimentare. – 5. L'esclusione dal fallimento degli enti pubblici.

II. IL FALLIMENTO: IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO: 1. La nozione di insolvenza nella legge fallimentare e nel codice civile. – 2. Dalla cessazione dei pagamenti allo stato di insolvenza. – 3. Stato di insolvenza: inadempimenti ed altri fatti esterni. L'accertamento dell'insolvenza. – 4. Stato di insolvenza e stato di crisi.

I. IL FALLIMENTO: IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO

1. LA LIMITAZIONE DEL FALLIMENTO AI SOLI IMPRENDITORI COMMERCIALI

La disciplina del fallimento, nella sua prospettiva di diritto processuale oltre che di diritto sostanziale, prevede che soggetto passivo del procedimento sia l'imprenditore (art. 2082 c.c.) che eserciti un'impresa commerciale (art. 2195 c.c.). Non a caso, l'art. 1 l. fall. dispone che «*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*».

Invero, la limitazione ai soli imprenditori commerciali trova conferma nella tradizione storica del diritto italiano, e trova fondamento nell'esperienza del Basso Medioevo, dove il fallimento veniva considerato istituto applicabile essenzialmente ai mercanti¹. Nasce e si sviluppa in tal modo,

¹ SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998, pp. 62 ss., 40 ss.; ID., *Per*

una tipica forma di definizione del dissesto dei mercanti, che, diversamente da quanto consolidatosi con il principio di diritto comune della priorità temporale (*prior in tempore potior in iure*), chiama tutti i creditori a partecipare proporzionalmente (*par condicio creditorum*) alle perdite causate dall'insolvenza commerciale.

In particolare, il requisito soggettivo negli statuti medioevali presupponeva l'appartenenza del debitore ad una corporazione: l'adesione dell'organismo corporativo implicava, infatti, l'accettazione di una disciplina che non riguardava solo le tecniche di produzione o di commercio, ma pure la definizione delle vertenze insorte fra gli aderenti, secondo regole che prevedevano una procedura più rapida e l'adozione di criteri pratici adattabili alle sempre mutevoli esigenze del mercato. In questo contesto è stata concepita la disciplina del fallimento, come eccezione a regole più antiche, che pure prevedevano differenti strumenti per il recupero dei crediti: ed infatti, la procedura non ha sostituito, ma si è affiancato, alla *cessio bonorum* e alla *datio in solutum*, forme di sistemazione del "debito" dei mercanti, che venivano ancora utilizzate ogni qualvolta i creditori le ritenessero opportune². Si individua nelle regole di gestione dell'insolvenza del mercante una delle caratteristiche che caratterizzerà il fallimento nelle legislazioni moderne: si tratta, cioè, di una procedura universale che si svolge nell'interesse di tutti i creditori del fallito, nel senso che essa è istituzionalmente e per sua essenza destinata alla soddisfazione di tutti i creditori. Ciò ha comportato che il fallimento venisse configurato dopo una lunga evoluzione storica, come "processo esecutivo", sostanzialmente finalizzato alla liquidazione del patrimonio del mercante (ora dell'imprenditore) insolvente secondo le regole della *par condicio creditorum*, con la conseguente soddisfazione forzata dei creditori in misura proporzionale alle rispettive ragioni patrimoniali³.

L'adozione di uno speciale *ius* nei riguardi dell'insolvente trovava, inoltre, giustificazione nel clamore che derivava dal fallimento di un mercante (specie se grande), nonché nella maggiore facilità per i mercanti di ricorrere al credito e ai pagamenti differiti, ciò facilitando le premesse di una eventuale insolvenza e comportando, di conseguenza, un più rigoroso regime ispirato da motivi di ordine pubblico ed equilibrio sociale. Non solo, ma in questo contesto veniva affermato il collegamento tra l'adozione di speciali forme procedurali o di speciali sanzioni punitive e la fede pubbli-

la storia del fallimento delle legislazioni italiane dell'età intermedia, Padova, 1964, *passim*; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 49 ss.; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. I, Milano, 1962, p. 61 ss.

² ARCANGELI, *Scritti di diritto commerciale e agrario*, I, Padova, 1935, pp. 161-244.

³ FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 42 ss.; GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 54.

ca, così come attribuita a determinati libri o scritture, dei quali era obbligatoria la tenuta⁴.

Con il passaggio alle moderne codificazioni, ispirate al modello dei codici napoleonici, dove il fallimento risultava disciplinato nel *code de commerce* del 1807, il legislatore italiano, sia nel codice di commercio del 1865 che in quello successivo del 1882, espressamente riteneva tale procedura concorsuale applicabile solo ai “commercianti” ovvero «*a coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale*» (art. 8 cod. comm.), e gli atti di commercio erano poi elencati, in modo tassativo, nell’art. 3 dello stesso codice di commercio.

Il nome di “commerciante” non costituiva solo un retaggio dell’epoca originaria, nella quale l’elemento dinamico del sistema economico era rappresentato essenzialmente dal commercio, ma ricomprendeva – nei testi legislativi dell’Ottocento – anche gli imprenditori di “fabbriche e costruzioni” e quelli di “manifatture”. Ciò emergeva proprio dall’art. 3 cod. comm., che indicava la categoria unitaria degli “atti di commercio”, come idonea a rappresentare tutte quelle operazioni che nel linguaggio ordinario⁵ avrebbero potuto definirsi un “affare” o una “speculazione”.

Il sistema dualistico delle fonti del diritto privato – rappresentato dall’esistenza di un codice civile e di un codice di commercio – è venuto meno con il codice civile del 1942, che rappresenta l’ultima tappa dell’evoluzione legislativa del diritto commerciale, con la scomparsa della categoria degli atti di commercio: la disciplina ora ruota intorno alla figura dell’imprenditore, superandosi la radicale contrapposizione, propria del codice di commercio, fra industria e commercio da una parte, ed agricoltura ed artigianato, dall’altra, ed assoggettando ad un minimo di disciplina uniforme ogni attività di impresa⁶. Il codice civile ha posto dunque al centro del sistema la nozione soggettiva di “imprenditore” e l’ha individuata mediante un esplicito riferimento all’attività: «*è imprenditore che esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*» (art. 2082 c.c.).

L’art. 2082 c.c. indica il fine cui è preordinata l’attività dell’imprenditore, ovvero la produzione e lo scambio di beni e servizi, e ciò rimarca la differenza con l’antica figura del commerciante, che rappresentava colui che per professione abituale compiva “operazioni speculative”; mentre nel codice civile del 1942 l’imprenditore si presenta come il “produttore” ov-

⁴ Così SAPORI, *Saggio sulle fonti della storia economica medioevale*, in *Studi di storia economica*, Firenze, 1953, pp. 5-24.

⁵ ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell’impresa*, Milano, 1962; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Milano, 1911, p. 97 ss.

⁶ Per una completa ricostruzione, R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990, *passim*.

vero come colui che professionalmente produce beni o servizi o si interpone nello scambio di beni. La nozione di imprenditore identifica, pertanto, ogni specie di “produttore professionale”⁷, quali che siano le forme o le dimensioni organizzative adottate il settore di attività, delineando regole comuni conosciute come “statuto generale dell'imprenditore”.

Nell'ambito della nozione di imprenditore, formulata dall'art. 2082 c.c., il codice ha distinto tra l'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) e l'imprenditore commerciale (art. 2195 c.c.), e solo per quest'ultimo la disciplina concorsuale prevede l'assoggettabilità al fallimento. In sostanza, non fallisce mai l'impresa, ma solo ed esclusivamente l'imprenditore (individuale o collettivo) che la esercita e che svolge un'attività economica, organizzata e svolta in modo professionale, per la produzione e lo scambio di beni o servizi⁸. Si rileva, in sostanza, come, proprio ai sensi dell'art. 1, 1° comma, l. fall., il destinatario della disciplina fallimentare resta individuato dalla locuzione “imprenditore commerciale”, con la conseguenza che viene attratto nell'orbita della legge fallimentare il soggetto che rivesta la qualifica di “imprenditore”, ed è per ciò stesso escluso ogni fenomeno che non sia riconducibile alla fattispecie dell'“impresa”⁹.

Il legislatore italiano non ha ritenuto, diversamente da quanto avviene in alcune significative esperienze di altri Paesi, disciplinare, nel contesto della legge fallimentare, la c.d. “insolvenza civile”, riferita al consumatore che si sia indebitato con il ricorso al “credito al consumo”¹⁰: la limitazione viene giustificata dal maggior ricorso al credito dell'insolvente “commer-

⁷ L'espressione è di GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2008, p. 36.

⁸ Non è questa la sede per esaminare la nozione giuridica di imprenditore, si rinvia, anche per l'ampia bibliografia, a BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2002, *passim*.

⁹ RAGUSA MAGGIORE, *Il presupposto soggettivo*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 1997, p. 183 ss. Bisogna ricordare come nella vigenza della legge fallimentare del 1942, l'opzione normativa intesa ad escludere dall'area dell'applicazione della legge fallimentare i soggetti “non imprenditori” è stata ritenuta compatibile con le norme costituzionali: CAPO, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di BUONOCORE, Napoli, 2006, p. 456 ss.; Corte Cost. 16 giugno 1970, n. 94, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1857; Corte Cost. 12 marzo 1970, n. 43, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1017.

¹⁰ BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 49, secondo il quale «l'esistenza di un'impresa nel “patrimonio” del debitore fa sorgere problemi specifici, che non si incontrano nel fallimento dell'“uomo qualunque”». Sul tema, SPAGNOLO, *L'insolvenza del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 668; FALCONE, *La posizione del consumatore e gli istituti sdebitativi nella recente evoluzione degli ordinamenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 842; esprime forti riserve sulla soluzione restrittiva scelta dal legislatore: SCHIANO DI PEPE, *I presupposti (soggettivi e oggettivi) per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, p. 1 ss.

ziale” rispetto a quello “civile” e dalle più gravi conseguenze che l’insolvenza dell’imprenditore provoca sul mercato¹¹. Vi è, però, che se nella vigente legislazione concorsuale, il profilo dell’esclusione dal fallimento dell’insolvente civile poteva apparire norma di favore, oggi in ragione della forte attenuazione dei profili sanzionatori del fallimento e della configurazione di un possibile sbocco esdebitatorio della procedura (per lo meno per quanto attiene l’imprenditore individuale) si impone la riflessione sulla possibile valenza discriminatoria dell’esonero dalla procedura¹².

Proprio nella ricerca dei presupposti in ragione dei quali può essere evocata la “fattispecie” dell’impresa, e quindi dell’imputazione soggettiva dell’attività, è stato valorizzato il criterio dell’economicità, il quale implica che l’attività svolta tenda almeno alla remunerazione dei fattori produttivi, senza che ciò si traduca, però, nella necessaria preordinazione del programma imprenditoriale alla realizzazione di uno scopo lucrativo¹³.

Nella prospettiva di individuare le attività che possono innanzi tutto definirsi “imprenditoriali” e, dappoi, farvi rientrare quelle proprie dell’imprenditore commerciale, sono stati ritenuti, ad esempio, assoggettabili al fallimento: *a*) l’investitore professionale e cioè colui che con attività svolta sistematicamente, si interpone nella circolazione dei titoli societari (es. azioni e obbligazioni) negoziati in borsa¹⁴, ovvero nell’interposizione nello scambio dei titoli di borsa¹⁵; *b*) l’esattore delle imposte, in ragione della circostanza che, pur trattandosi di un concessionario di un pubblico servizio, in favore del quale si realizza un trasferimento di pubblici poteri in ordine alla riscossione, egli esercita pur sempre un’attività professionalmente organizzata con fine di lucro, avente ad oggetto la produzione e

¹¹ SILVESTRINI, *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 230.

¹² FORTUNATO, *Sub art. 1*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, p. 39; SANDULLI, *L’ambito soggettivo delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di SANDULLI, Milano, 2007, p. 3 ss.

¹³ Cass. 12 ottobre 1995, 10636, in *Giur. civ. mass.*, 1995; Cass. 14 giugno 1994, n. 5766, in *Giur. civ. mass.*, 1994; BUONOCORE, *L’impresa*, cit., p. 767 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell’impresa*, Torino, 2008, p. 31 ss.; GALGANO, *Diritto commerciale. L’imprenditore*, Bologna, 2006, p. 23 ss.

¹⁴ Trib. Napoli, 19 luglio 1951, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1951, II, p. 447; G. SANTI-NI, *L’operatore di borsa oggi: concetto e tutela*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 490; CARBONE, *Agente di cambio e concordato preventivo*, in *Fall.*, 1990, p. 436. Questa figura è diversa rispetto a quella dello speculatore di borsa o speculatore differenziale, ovvero di chi lucrava sulle oscillazioni di prezzo dei titoli societari, del quale si escludeva la qualità di imprenditore per la considerazione che egli non avrebbe posto in essere atti di vera e propria intermediazione.

¹⁵ Trib. Milano, 19 settembre 1955, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, c. 28, con nota di BIGIAVI, *Speculatore di Borsa e fallimento*; il quale evidenzia, pure, come lo speculatore non è un “produttore” ossia non svolge attività creativa di ricchezza.

l'offerta di un servizio¹⁶; c) l'agente di assicurazione, quando dispone di un'organizzazione economica costituita da mezzi e persone di cui si avvale nell'esercizio dell'attività¹⁷; d) il collaboratore scientifico ed il propagandista di un'azienda farmaceutica che, oltre all'attività di pubblicità e di informazione tecnica, provvede, attraverso una stabile organizzazione, alla conclusione di contratti, sì da essere parificato all'agente di commercio¹⁸; e) il commissionario, quale mandatario senza rappresentanza, che svolge professionalmente un'attività intermediaria per l'acquisto e la vendita dei beni¹⁹; f) il soggetto che esercita abitualmente a scopo speculativo l'attività di compravendita di immobili²⁰.

Tra i soggetti attratti nella disciplina fallimentare vi è anche l'imprenditore che esercita un'attività illecita, posto che il "fine illecito" (e non rileva di che tipo sia la illiceità, se penale, amministrativa o civile) non snatura la commercialità dell'attività svolta con organizzazione caratterizzata dagli elementi di stabilità e professionalità, per cui in presenza dei presupposti indicati dalla legge, si impone l'assoggettabilità dell'imprenditore al fallimento²¹.

Una problematica peculiare si è posta a fronte dell'insolvenza di società che esercitano attività bancaria in assenza di idonea autorizzazione della Banca d'Italia (cc.dd. *banche di fatto*), in tal caso discutendosi se le stesse possano essere sottoposte alla procedura speciale della liquidazione coatta amministrativa oppure a quella di diritto comune connessa alla dichiara-

¹⁶ Trib. Catania, 29 luglio 1977, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 261; Vi è da precisare che con l'entrata in vigore del D.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43 sul servizio di riscossione dei tributi, il problema è superato, pertanto l'assoggettabilità alla procedura concorsuale dei soggetti incaricati di tale attività è stata risolta sulla base della "natura" da questi rivestita e ciò anche in seguito ai DD.LLgs. 26 febbraio 1999, n. 46 e 13 aprile 1999, n. 112.

¹⁷ Trib. Roma, 28 maggio 1992, in *Fall.*, 1992, p. 1077; Trib. Torino, 2 luglio 1990, in *Fall.*, 1991, p. 89.

¹⁸ Trib. Roma, 14 febbraio 1990.

¹⁹ AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, p. 52; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, p. 52; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, 2009, Milano, p. 116.

²⁰ AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., p. 57.

²¹ Cass. 25 gennaio 1982, n. 718, in *Giur. fall.*, 1982, p. 19; Trib. Sulmona, 24 giugno 1999, in *Fall.*, 1999, p. 1156. In dottrina, AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., p. 75; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, pp. 24-26; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 50; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 87. Nello stesso senso, è ritenuta assoggettabile al fallimento l'imprenditore abusivo, ossia colui che eserciti una attività commerciale in violazione di qualsiasi tipo di divieto, posto a carico di soggetti che ricoprono determinati uffici o professioni (come gli avvocati o gli impiegati dello Stato); così come non incide sulla capacità di agire, il difetto di autorizzazioni o licenze amministrative, FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori*, cit., p. 95; SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 26; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 11.

zione di fallimento. Quest'ultima soluzione sembra preferibile, in considerazione del carattere imprenditoriale dell'attività comunque esercitata dalla "banca di fatto", nonché della circostanza che la disciplina della liquidazione coatta amministrativa è riservata dall'art. 80 Testo Unico Bancario (D.Lgs. n. 385/1993 e succ. integr. e modif.) alle sole "banche", ovvero a quelle imprese che ai sensi dell'art. 1, 1° comma, lett. b) dello stesso Testo unico, hanno "ottenuto l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria".

Per quanto alcuni dei profili che in passato sono stati posti per il c.d. "esercizio indiretto" dell'attività di impresa, siano stati in parte risolti dall'art. 147 l. fall., sicché la tematica verrà affrontata nell'ambito della trattazione del fallimento delle società, in questa sede è opportuno esaminare la possibilità che la dichiarazione di fallimento possa attingere anche il c.d. "imprenditore occulto". Se non vi è dubbio che il rischio di impresa ricada sul soggetto nel cui nome gli atti d'impresa vengono posti in essere o la stessa attività venga esercitata (il c.d. criterio della "spendita del nome"), ci si domanda quale sia la disciplina applicabile nei confronti di un soggetto che, non volendo per qualsiasi ragione apparire all'esterno, si avvalga di un "prestanome" che si presenti ed appaia ai terzi come "imprenditore", e ciò quando sopravvenga uno stato di insolvenza: in sostanza, se possa essere dichiarato fallito, oltre che l'imprenditore "manifesto" o "palese", anche l'imprenditore "occulto", il quale, pur restando sconosciuto ai terzi, non solo amministra di fatto l'impresa, dettandone le direttive e le istruzioni più opportune, ma resta pure il destinatario finale dei risultati economici dell'attività. Vi è, però, da considerare che la tematica, in ragione dell'evoluzione che ha subito l'organizzazione dell'impresa, non ha oggi la stessa valenza che conservava in seguito all'entrata in vigore del codice civile e della legge fallimentare. Almeno in linea teorica, la fattispecie si distingue dalla società occulta, di cui all'art. 147, 5° comma, l. fall., posto che tra il "vero" imprenditore e il suo prestanome non intercorre alcun rapporto societario; nonché dall'ipotesi prevista dal 4° comma dello stesso articolo, considerato che quest'ultimo disciplina il socio occulto di società palese²². Come è noto la tesi secondo la quale il fallimento, oltre a colpire il titolare apparente dell'impresa, potrebbe travolgere anche l'imprenditore occulto, muove dall'affermazione di un criterio di effettività nell'imputazione dell'attività d'impresa, fondato sull'indissolubile legame tra "potere gestorio" e "responsabilità". Vi è, però, che la giurisprudenza, oltre che la prevalente dottrina, ritiene che la "spendita del nome" resti un requisito indefettibile per l'imputazione dell'attività di impresa, così che ad essere dichiarato fallito è solo il "prestanome", mentre l'imprenditore occulto, quale mandatario senza rappresentanza, potrà essere chiamato a rispondere delle obbligazioni assunte dal suo prestanome nel suo interes-

²² CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2009, p. 31.

se, soltanto alla stregua dei principi enunciati dall'art. 1719 c.c.²³.

Per quanto riguarda, poi, il fallimento del socio illimitatamente responsabile, nell'ambito della disciplina propria delle società di persone (art. 147 l. fall.), si rinvia a quanto sarà esposto in questo Trattato.

Assoggettabili al fallimento sono le associazioni non riconosciute qualora esercitino un'impresa commerciale e le fondazioni che abbiano assunto in sé la natura di attività d'impresa: in tal modo viene confermata la non influenza delle finalità altruistiche sullo *status* di imprenditore commerciale²⁴ e richiamato il c.d. "principio dell'economicità" di cui innanzi si è detto.

Da tempo è stata affrontata la problematica relativa se sia possibile attribuire la qualità di imprenditore (commerciale) al soggetto (individuale o collettivo) che eserciti l'attività di direzione in forma organizzata una serie di società, delle quali ha il controllo azionario (c.d. *holding*). Si è ritenuto che la circostanza che l'art. 2082 c.c., non faccia menzione di questa modalità, mediata ed indiretta, di esercizio dell'attività di produzione o di scambio, non possa considerarsi argomento decisivo ai fini dell'esclusione dalla procedura fallimentare. In sostanza, si evidenzia come l'art. 2082 c.c. opera nell'ambito di un contesto normativo, che in ragione degli artt. 2497-2497 *sexies* c.c. oggi conosce anche una peculiare configurazione dell'attività di "direzione" e "coordinamento" delle società, ciò comportando che nozione di "imprenditore" debba essere ricostruita anche in ragione di queste norme. In tal modo si perviene alla sicura soluzione che un'attività economica possa essere esercitata, oltre che in modo immediato e diretto, anche nei modi mediati ed indiretti che sono propri della società *holding*²⁵. Stessa conclusione è evocata a fronte di forme tipizzate di gestione di patrimoni propri – sia in senso formale (es. società finanziarie, società di investimento), sia in senso sostanziale (*holding*) – per le quali – unitamente a quanto già detto – la circostanza che esse abbiano ad oggetto «*la produzione di un servizio*»; consente di affermarne la natura di imprese

²³ Cass. 9 dicembre 1982, n. 6712, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 201; Cass. 10 agosto 1990, n. 8154, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 597; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, p. 10; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 135; FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 128; MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza in tema di società di fatto, società occulta e società apparente dopo la riforma del diritto societario e del diritto fallimentare*, in *Riv. dir. imprese*, 2010, p. 47 ss.; BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 169.

²⁴ RIMINI, *Il problema del fallimento della fondazione: le vicende dell'istituto serioterapico milanese*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 581; Trib. Milano, 17 luglio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3544, con nota di PONZANELLI; confermata in sede di opposizione a sentenza dichiarativa da Trib. Milano, 16 luglio 1998, in *Fall.*, 1999, con nota di RUSSO; CAVALAGLIO, *Il fallimento della fondazione titolare d'impresa: sottocapitalizzazione e abuso della persona giuridica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 241.

²⁵ GALGANO, *Trib. Aosta, 13 maggio 1998*, in *Dir. e prat. società*, 1999, fasc. 21; Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, p. 407.

commerciali²⁶. La giurisprudenza considera, in questa prospettiva, imprese commerciali sia le cc.dd. *holdings* pure, che hanno ad oggetto esclusivo l'acquisto di partecipazioni di controllo in funzione della direzione unitaria e del finanziamento delle imprese controllate²⁷ sia le società finanziarie che erogano crediti con mezzi non raccolti tra il pubblico²⁸. Ed in questa prospettiva la tendenza è quella di ritenere tali imprese assoggettabili al fallimento.

Con riferimento ai presupposti utilizzabili per individuare la fattispecie dell'imprenditore commerciale, si discute se al professionista intellettuale possa essere attribuita la qualifica di imprenditore commerciale e come tale, in considerazione delle dimensioni dell'organizzazione, ritenerlo assoggettabile al fallimento.

In realtà, ai sensi dell'art. 2238, 1° comma, c.c., alla cui stregua le disposizioni in oggetto si applichino solo se «*l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa*», il professionista intellettuale diventa imprenditore solo se e in quanto la professione intellettuale è esercitata nell'ambito di un'ulteriore attività, qualificabile come d'impresa (ad esempio, il medico gestore di una clinica privata; il professore titolare di una scuola privata nella quale insegna²⁹; l'attore titolare di un teatro; il direttore d'orchestra che abbia alle proprie dipendenze una pluralità di musicisti). In questi casi si è in presenza di due distinte attività – intellettuale e d'impresa –, sicché troveranno applicazione, sia la discipline specifiche dettate per l'esercizio della professione intellettuale che la disciplina dell'impresa, con la conseguenza che, ricorrendone i presupposti, il professionista o l'artista potranno essere assoggettati alla disciplina fallimentare³⁰.

L'opzione di politica legislativa indirizzata ad escludere la natura di attività di impresa in senso stretto per le professioni intellettuali, e, dunque, la loro assoggettabilità al fallimento è frutto di un "vero e proprio privilegio", ispirato dalla particolare considerazione sociale che, tradizionalmente circonda, le professioni intellettuali (specie le cc.dd. "professioni intel-

²⁶ Sul tema, BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2002, pp. 67-71.

²⁷ Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439 in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366, con nota di RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria e acquisto della qualità di imprenditore*.

²⁸ Cass. 19 febbraio 1976, n. 4577, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 628; Cass. 19 novembre 1981, n. 6151, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2897; Trib. Genova, 28 novembre 1985 e 12 febbraio 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 148.

²⁹ Cass. 23 marzo 1988, n. 2532, in *Dir. prat. trib.*, 1988, II, p. 1219; App. Catania, 27 marzo 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 833; Trib. Torino, 21 aprile 1995, in *Fall.*, 1995, p. 974; Trib. Milano, 19 luglio 2001, in *Fall.*, 2001, p. 1283.

³⁰ In senso critico sull'esenzione dal fallimento di chi esercita attività professionale, PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 370.

lettuali protette”, quelle, cioè, per il cui esercizio è obbligatoriamente prevista l’iscrizione in Albi, come per l’avvocato, l’ingegnere, il commercialista, ecc.)³¹. Questa opzione di vera e propria politica legislativa risulta confermata dalla circostanza che il D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, in attuazione della Direttiva 98/5/CE, disciplinando la società di avvocati, con il ricorso alla forma della società in nome collettivo, ne ha, poi, nell’art. 16, 3° comma, espressamente escluso il fallimento.

Unica eccezione è quella del farmacista che, benché qualificato dalla legge come professionista intellettuale e nonostante il peculiare regime dell’attività svolta (T.U. leggi sanitarie 27 luglio 1934 n. 1265; legge 8 gennaio 1981, n. 362), è considerato imprenditore commerciale, e come tale assoggettabile alla disciplina fallimentare, posto che oggetto prevalente della sua attività resta la vendita al pubblico di specialità farmaceutiche acquistate dalle case produttrici³².

È opportuno, a chiusura della riflessione generale sul fallimento dell’imprenditore commerciale, evocare la problematica connessa al fallimento del minore, dell’interdetto o dell’incapace, i quali siano stati autorizzati a continuare l’esercizio dell’impresa. Come è noto nel nostro ordinamento non si rinvengono norme dirette a disciplinare, in generale, la capacità di esercitare un’impresa, ed in tal senso si ritiene di evocare, con riguardo alle persone fisiche, la disciplina sulla c.d. capacità negoziale: di conseguenza, chiunque abbia la capacità di agire dovrebbe essere considerato capace di assumere la qualità di imprenditore³³. Nel codice civile si rinvengono, per altro, disposizioni specifiche concernenti la possibilità che soggetti incapaci esercitino un’impresa commerciale. Dalla lettura degli artt. 320, 5° comma, 371, 1° comma, n. 3 e 2° comma, 397, art. 424 c.c.³⁴ si ricava il principio secondo cui il minore, l’interdetto o l’inabilitato, pur non potendo iniziare l’esercizio di una nuova impresa commerciale, possono, con l’autorizzazione del giudice tutelare, continuare l’esercizio di un’impresa commerciale la cui azienda era già nel patrimonio dell’incapace ovvero quando l’azienda sia allo stesso pervenuta per testamento o donazione già appartenente al proprio patrimonio, sia perché preesistente alla pronuncia di interdizione o di inabilitazione sia perché allo stesso pervenuta successivamente. Mentre il minore emancipato, previa autorizzazione del tribunale, su parere del giudice

³¹ GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, cit., p. 34 ss.

³² Cass. 23 maggio 1978, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 1635; Cass. 24 febbraio 1986, n. 1149, in *Rass. dir. farm.*, 1987, p. 230.

³³ BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 147, secondo cui regola simmetrica e generale è che la perdita della capacità all’esercizio dell’impresa consegue all’interdizione o all’inabilitazione; anche, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 103; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1993, p. 192.

³⁴ Sul tema, COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, Padova, 1974, p. 32 ss.; CAPOZZI, *Incapaci e impresa*, Milano, 1992, p. 23 ss.

tutelare e sentito il curatore, può non solo continuare ma, finanche, iniziare l'attività d'impresa³⁵.

Questi soggetti, in presenza delle necessarie autorizzazioni³⁶, esercitano un'attività di impresa ed acquistano la qualità di imprenditore commerciale, anche se in costanza di una dissociazione tra titolarità dell'impresa (attribuita all'incapace, all'interdetto, all'inabilitato) ed esercizio dell'impresa (attribuito a coloro che per legge sono addetti alla loro cura). Proprio in ragione di tale dissociazione, si ritiene che in sede concorsuale, mentre tutti gli effetti patrimoniali conseguenti alla eventuale dichiarazione di fallimento ricadano sul "titolare" dell'impresa, gli effetti personali ivi compresi quelli penali³⁷, invece, ricadano sul tutore e sul curatore³⁸.

2. L'ESENZIONE DA FALLIMENTO IN RAGIONE DELLE DIMENSIONI DELL'IMPRESA

In relazione alle dimensioni dell'impresa commerciale, il codice civile, con l'art. 2221, e la legge fallimentare del 1942, con l'art. 1, esoneravano dalla disciplina del fallimento e del concordato preventivo i "piccoli imprenditori" (art. 2083 c.c.), e ciò in ragione dello "scarso" allarme sociale o del "minore", se "non esiguo", effetto che l'insolvenza di queste imprese poteva avere sul mercato.

In materia era stata raggiunta la consapevolezza dell'obiettiva difficoltà di formulare una nozione unitaria di "piccolo imprenditore" o di "piccola impresa", intorno alla quale ricomporre – specie in sede fallimentare – il disorganico quadro legislativo esistente, che ancora oggi accumuna organismi produttivi "minimi" insieme a modelli imprenditoriali più complessi per struttura e dimensioni, diversificati rispetto all'originaria e risalente impostazione civilistica rinveniente nell'art. 2083 c.c.³⁹.

³⁵ BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 492; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 80.

³⁶ È, infatti, opinione prevalente che l'autorizzazione abbia valore costitutivo e la sua mancanza renda non imputabile all'incapace l'attività d'impresa e la relativa disciplina, AULETTA, voce *Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, p. 80 ss.; Cass. 15 maggio 1984, n. 2936, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 333.

³⁷ Nei confronti del genitore e del tutore si ritiene applicabile l'art. 227 l. fall. che punisce i reati fallimentari dell'istitutore, e ciò se si dà rilievo non già al nome "istitutore" ma alla corrispondente posizione nell'impresa e al potere di rappresentanza generale, certamente non meno ampio per il rappresentante legale del minore (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 111).

³⁸ App. Milano, 24 maggio 1968, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 571; Trib. Pistoia, 9 maggio 1960, in *Giust. civ.*, 1960, I, 2046; Trib. Milano, 13 giugno 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 831.

³⁹ Per una esauriente rassegna delle diverse problematiche, CAPO, *La piccola impresa*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2002, *passim*, ed ivi ampia