

## INTRODUZIONE

# LA CRISI DI IMPRESA E LE RAGIONI DEL DIRITTO FALLIMENTARE

**SOMMARIO:** I. *Le ragioni e i presupposti di un diritto speciale*. – 1. Le vicende dell'impresa e la sua crisi. – 2. Le ragioni della disciplina fallimentare alle sue origini. – 3. Il presupposto soggettivo delle procedure concorsuali (rinvio). – II. *La legge fallimentare e il sistema concorsuale*. – 1. Le soluzioni negoziate della crisi di impresa. – 2. La salvaguardia dei complessi produttivi. – 3. Le c.d. procedure "amministrate". – III. *L'incessante evoluzione del diritto fallimentare e la legge delega del 2017*.

**LETTERATURA:** BENVENUTO STRACCA, *Tractatus de mercatura seu mercatore* (1532), Goldbach, 1997; CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938; GUALAZZINI-PECORELLA, voce *Fallimento (storia)*, *EncD*, XVI, 1967, 220; MIGLIORINO, *Mysteria Concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, 1999; ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, 1917 (rist. Milano, 1962); ID., *Studi sulla storia del fallimento*, *RDComm*, 1913, I, 856; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964; ID., voce *Fallimento (Storia del)*, *D<sup>4</sup>, sez comm*, V, 1990, 367.

### I. *Le ragioni e i presupposti di un diritto speciale*

#### 1. *Le vicende dell'impresa e la sua crisi*

Come tutti i fatti umani, anche l'attività di impresa ha un inizio e una fine e, nel mezzo, fasi di crescita e di declino. Si tratta di una parabola che non necessariamente coincide con la traiettoria biologica di chi eserciti quell'attività. Come si è visto, infatti, l'attività di impresa può essere riferita ad un ente impersonale (tipicamente una società) la cui esistenza resta tendenzialmente indifferente alle vicende personali delle (e comunque può sopravvivere alle) persone fisiche che vi hanno partecipato. Oppure può proseguire, avvalendosi del medesimo complesso aziendale, in capo ad un successivo acquirente di questo, in un avvicendamento che risulta allora soltanto soggettivo, riguardando il titolare dell'attività pur nella continuità di quest'ultima.

Si apprezza in questi casi la possibilità di una divergenza della traiettoria dell'impresa rispetto a quella del soggetto o dei soggetti ai quali si riferisce il relativo interesse economico.

Può anche accadere, inoltre, che l'attività di impresa cessi proprio in relazione alle vicende biologiche o alla volontà di chi la eserciti. E così – se poi nessuno rilevi e prosegua l'impresa cessata – nel caso della morte dell'imprenditore; o quando questi decida liberamente di smettere la sua attività, così come nel caso analogo in cui la so-

cietà che ne è titolare delibere di sciogliersi, liquidando il suo patrimonio e cessando ogni attività.

Sono vicende, tutte queste indicate, che ovviamente – almeno in principio – non destano particolare allarme e non richiedono perciò uno specifico intervento del legislatore, se non per regolarne alcuni passaggi (e così la disciplina del trasferimento d’azienda, o della liquidazione delle società, o della cancellazione dal registro delle imprese, ecc.).

Vi sono dei casi, però, in cui l’attività di impresa è costretta, o rischia di ritrovarsi costretta, a cessare per ragioni intrinseche al suo stesso andamento, in quanto venga meno, o neppure sia mai raggiunta, quella sua capacità (c.d. “equilibrio di impresa”) di remunerare i costi di produzione con i ricavi che secondo l’art. 2082 c.c. – indicando l’“economicità” fra i requisiti costitutivi della fattispecie “impresa” – dovrebbe costituire il criterio utilitaristico che ne orienta e giustifica l’esercizio. Nei casi accennati, invece, nonostante lo svolgimento dell’attività sia stato programmato secondo un metodo “economico”, capita che alla prova dei fatti debba prendersi atto che l’impresa, anziché produrre nuova ricchezza e quindi valore aggiunto rispetto a quello dei fattori produttivi impiegati, disperde tale valore, costando più di quel che produce.

A livello macroeconomico, il caso può essere visto come quello di una “cellula” del tessuto economico che lo indebolisce anziché alimentarlo. Che “brucia” ricchezza, anziché produrla.

A livello microeconomico, e comunque dei rapporti fra privati (che è poi il piano su cui prevalentemente verte il diritto commerciale) viene invece in questione, soprattutto, la considerazione che una tale attività di impresa, solitamente finanziata mediante un ampio ricorso al credito, genera perdite che non riescono ad essere coperte con i ricavi ottenuti: ed allora *debiti che non potranno essere pagati*.

Un tale squilibrio finanziario può risalire – sempre che non dipenda da un incidente fortuito o da una dolosa preordinazione – a cause tipicamente industriali (eccessiva costosità della produzione, scarso pregio del prodotto, scarsa domanda sul mercato) o a loro volta più strettamente finanziarie (ricorso ad un indebitamento eccessivo e/o a tassi insostenibili rispetto alle risorse proprie dell’imprenditore e ai flussi finanziari dell’impresa).

In ogni caso, se questo accade, l’imprenditore che si è indebitato per l’esercizio della sua attività non è più in grado di far fronte regolarmente alle sue obbligazioni, situazione che l’art. 5 r.d. 267/1942 (c.d. **legge fallimentare**, alla quale sempre in questo Volume si farà riferimento quando si citeranno articoli di legge senza ulteriori indicazioni) chiama di “**insolvenza**”; oppure, pur essendo ancora in grado, constatata che è in corso una fase di “declino”, o di “crisi”, che lascia pronosticare come imminente uno stato di insolvenza.

L’impresa dissestata, allora, o è costretta ad interrompersi, con il problema di come regolare, per quanto possibile, i debiti insoluti con un valore (quello del patrimonio residuo del debitore) tendenzialmente insufficiente; oppure, proprio facendo leva su questo valore residuo, potrà tentare una soluzione – industriale e/o finanziaria – per risanarsi e rilanciarsi. Una soluzione che potrà anche consistere nella “separazione” dell’impresa stessa dall’imprenditore indebitato (e cioè da chi l’ha fino a quel momento esercitata) e nella sua prosecuzione da parte di un nuovo titolare che “rile-

vi” l’azienda. Un nuovo titolare che tra l’altro potrebbe anche far capo, in certo modo e misura, agli stessi creditori con i quali la soluzione è stata negoziata, e che così verrebbero soddisfatti trasformandosi in – come suol dirsi – “proprietari” dell’impresa debitrice.

## 2. *Le ragioni della disciplina fallimentare alle sue origini*

Quando coinvolga un’impresa commerciale, lo stato di insolvenza (anche se poi, come si vedrà appresso, non solo un tale stato ma anche la “crisi” che lo precede) costituisce quella condizione di particolare tensione finanziaria, o se si vuole di vero e proprio dissesto, alla cui regolazione il diritto commerciale si è sin dai suoi albori rivolto (anzi in tal modo costituendosi), in quella sua parte tradizionalmente definita come “**diritto fallimentare**”.

Si tratta evidentemente – dal momento che la protezione e l’attuazione, anche coattiva, del rapporto obbligatorio sarebbero altrimenti “campi” disciplinari di pertinenza dal diritto civile e processuale civile – di regole diverse ed autonome da quelle di “diritto comune”, da quelle cioè che dovrebbero normalmente applicarsi. E, risalendo alle origini, è proprio in deroga allo *ius commune* (di tradizione romanistica) che in effetti il diritto fallimentare, come diritto “speciale” di regolazione dell’insolvenza dell’imprenditore commerciale, si è venuto ad attestare nel basso medioevo, nell’Italia dei Comuni.

Le ragioni di una tale **specialità** risultano in buona parte (se dell’attuale disciplina si consideri l’interesse e non le tendenze) ancora attuali, dal momento che sin dall’origine esse sono dipese piuttosto da esigenze di razionalità ed efficienza economica, che da contingenti scelte (gius)politiche<sup>1</sup>.

In primo luogo, l’esigenza di una disciplina *ad hoc* per regolare l’insolvenza dell’imprenditore commerciale trae origine dalla **particolare complessità di una tale insolvenza**: ampio ed articolato, in effetti, risulta solitamente il ricorso al credito da parte di chi intraprenda un’attività commerciale; e conseguentemente molto più frastagliato risulta il fronte dei creditori, e molto più complessa, per quantità ed articolazione delle posizioni, risulta la regolazione dei rapporti obbligatori che ne derivano, rispetto a quella che occorrerebbe per un “normale” privato.

Si rende così opportuna una **procedura unitaria** che consenta un’*attuazione coattiva e simultanea di tutti i debiti insoluti*. Opportuna non soltanto perché *più efficiente ed economica* rispetto all’alternativa di una pluralità di azioni esecutive individuali – parallele o convergenti che siano – su singoli beni del debitore; ma anche *più equa* rispetto ad una tale alternativa, poiché opererà a favore di tutti e sotto l’egida di un’autorità che assicuri un trattamento paritario dei creditori, e non solo nell’interesse di coloro che, in caso di iniziative individuali, risultino i più vigili e lesti ad aggredire il patrimonio del debitore.

In questa prospettiva la **procedura esecutiva** diventa **collettiva**, perché non affidata all’iniziativa dei singoli ma operante a favore della collettività dei creditori; ed

---

<sup>1</sup> SANTARELLI, voce *Fallimento (storia)*, 366: “da allora [Basso Medioevo] ad oggi la storia di questo istituto si [è] venuta svolgendo lungo un itinerario di singolare continuità”.

“**universale**”, riguardando *tutti* i debiti dell'imprenditore e coinvolgendo l'*intero* suo patrimonio (che di quei debiti costituisce garanzia generica, secondo il principio oggi codificato nell'art. 2740 c.c.).

La “considerazione solidale” dei creditori, quale collettività unitariamente considerata (alla base poi del concetto di concorsualità e che ancora oggi trova espressione nella previsione di un “organo” fallimentare che la rappresenta, il comitato dei creditori) era all'origine implicata dall'esigenza che ogni atto transattivo del debitore fosse posto in essere (ed allora efficace) solo con l'approvazione della *comunitas* dei creditori (rappresentata da “*capi dei creditori*” o “*consoli*”, o “*sindici*”, o “*curatori*”)<sup>2</sup>; mentre ogni pagamento (che oggi diremmo) “preferenziale” (ricevuto cioè *per gratificationem vel extorsionem*) fosse da retrocedere al *corpus* dei creditori, *immessi nel possesso dell'universo patrimonio del debitore*, affinché il ricavato venisse diviso con tutti gli altri, secondo quel meccanismo posto a tutela della *par condicio* che oggi si ritrova nella c.d. azione revocatoria fallimentare<sup>3</sup>.

Può dirsi allora che per tal via si apre un *concorso sul patrimonio del fallito da parte di tutti i creditori*; d'onde anche il nome, per il fallimento innanzitutto, di “**procedura concorsuale**”. Un “concorso” tale per cui tutti i creditori (ancora una volta, alle origini, in deroga allo *ius commune*, che avrebbe piuttosto favorito la *regula juris* del “*qui prior est tempore potior est iure*”<sup>4</sup>) meriteranno di essere soddisfatti in eguale proporzione, secondo il principio della c.d. *par condicio creditorum* (o **proporzionalità**), salvi i casi in cui questo o quel creditore riesca ad avvalersi, pur all'interno della procedura, di precostituite ragioni di *preferenza* (ad es. un pegno o un privilegio). Fermo restando comunque che, se più creditori si trovassero a vantare una pari preferenza (si immagini, oggi, lavoratori che godano di un privilegio di pari grado), tornerà ad operare, all'interno della loro cerchia, il principio della *par condicio*.

È un criterio, questo della proporzionalità, a cui diventa pressoché indispensabile ricorrere dal momento che il patrimonio dell'imprenditore insolvente (anche calcolando i flussi finanziari ancora attesi e la possibilità di recuperare alcune utilità fuoriuscite) risulta quasi sempre insufficiente a soddisfare per intero i creditori, che finiscono così per essere le vere vittime dell'insolvenza del debitore, essendo proprio loro, in definitiva, a sopportare, in termini di mancata soddisfazione, le perdite dell'impresa.

Si stima che in Italia i creditori “normali” (quelli cioè che non godono di cause di preferenza, detti anche *chirografari*) ricevano solitamente, all'esito della procedure fallimentare, *meno dell'8%* di quanto loro spetterebbe (fonte Assonime, 2012). In questo senso, sembra più aderente alla realtà sostenere che il principio della *par condicio*, più che comportare una soddisfazione proporzionale, determina piuttosto una *ripartizione paritetica delle perdite*.

<sup>2</sup> Cfr. ROCCO, *Il fallimento*, 193; MIGLIORINO, *Mysteria*, 80.

<sup>3</sup> GUALAZZINI-PECORELLA, voce *Fallimento (storia)*, 228. V. anche PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Milano, 1962; SANTARELLI, voce *Azione revocatoria nel diritto medievale e moderno*, *D<sup>4</sup>, sez civ*, II, 1988, 46.

<sup>4</sup> Regola di derivazione romanistica con riferimento alla costituzione delle garanzie reali, ma poi generalizzata nell'età intermedia da Dino del Mugello (SANTARELLI, voce *Fallimento (storia)*, 370).

D'altra parte, fra le ragioni che hanno originato lo sviluppo del diritto fallimentare quale eccezione al "diritto comune", e che tuttora lo giustificano, milita anche la considerazione che l'insolvenza che esso è chiamato a regolare non è soltanto più complessa di quella di chi non svolge attività di impresa; ma desta anche maggiore "allarme sociale", in quanto *capace di provocare, in una sorta di effetto domino, ulteriori dissesti imprenditoriali*, trascinando nell'insolvenza anche quelle controparti commerciali (fornitori, finanziatori) che, avendo fatto credito all'imprenditore poi divenuto insolvente, non riescano a recuperare quanto prestato. Col rischio allora di destabilizzare parti significative del sistema economico oltre a danneggiare – almeno così si riteneva agli albori della disciplina qui esaminata – la reputazione e l'affidabilità dell'intero ceto imprenditoriale.

È proprio all'esigenza, avvertita in primo luogo dallo stesso ceto mercantile, di prevenire e contenere un tale allarme sociale che, storicamente, si deve la formazione del diritto fallimentare nell'età comunale. I mercanti, riuniti in corporazioni, si facevano vanto della reputazione della loro corporazione: da ciò ricavando altresì la concessione dal potere pubblico di significativi benefici (come quello di ottenere, in via eccezionale, il riconoscimento della pubblica fede e quindi anche di efficacia probatoria alle scritture contabili da essi stessi formate e tenute<sup>5</sup>) o acquistando essi stessi crescenti riconoscimenti in termini di potere politico. Essi percepivano allora come un grave attentato, morale e materiale, all'intera corporazione il comportamento di chi, fra di loro, la "infangasse" dando il pubblico scandalo di debiti assunti e non pagati; tanto più quando l'affidabilità venisse minata proprio da una condotta fraudolenta quale quella, per eccellenza, del *debitor fugitivus* (così in effetti nelle prime norme statutarie era chiamato il fallito, ed il fallimento "fuga"), che cioè scappasse – magari con la "cassa" e le scritture contabili, in una città vicina ma sottoposta ad altra sovranità – per non dover affrontare i debitori.

L'esigenza di consentirne una **punizione esemplare** (se non addirittura, a compensazione del pubblico scandalo, volutamente umiliante<sup>6</sup>: profilo, questo, affievolitosi nel diritto contemporaneo), anche se irrogata in assenza del debitore fuggitivo (e perciò talora, in suo luogo, ai suoi familiari) ed attuata per iniziativa dei singoli creditori, legittimati a catturarlo e a detenerlo<sup>7</sup>, richiedeva indubbiamente un'eccezione allo *ius commune*.

Altro connotato storicamente caratterizzante del diritto fallimentare (e tuttora attuale) era rappresentato inoltre dall'esigenza di regolare velocemente l'insolvenza del debitore attraverso un **procedimento** rapido e allora anche – necessariamente ed ancora una volta in deroga la diritto comune – **sommario**, che realizzasse il primario interesse dei mercanti-creditori a recuperare quanto loro dovuto privilegiando la celerità piuttosto che l'integralità della soddisfazione ("meglio poco ma subito", per chi abbia normalmente esigenza di liquidità). Un procedimento sommario che si volle

---

<sup>5</sup> SAPORI, *Saggio sulle fonti della storia economica medievale*, in SAPORI, *Studi di storia economica*, Firenze, 1955, 5 ss.

<sup>6</sup> Occorreva "affermare le ragioni 'sacre' dell'affidamento, e colpir senza pietà un mercante per affermare le ragioni cetuali della mercatura" (SANTARELLI, voce *Fallimento*, 367); v. da ultimo PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, BBTC, 2010, I, 389 ss.

<sup>7</sup> GUALAZZINI-PECORELLA, voce *Fallimento (storia)*, 224, segnalando come ciò costituisse un'eccezione al principio generale di origine romanistica (Dig., 48, 17, I par.) "ne quis absens puniatur".

capace di assicurare celerità non soltanto (i) alla fase tipicamente esecutiva (con l'immediata immissione dei creditori nel possesso del patrimonio del fallito e delle sue scritture contabili), ma anche poi – in progresso di tempo – a quella (ii) dello stesso accertamento dei crediti da soddisfare, quando essi non risultassero da atti aventi forza di titolo esecutivo, o comunque aventi fede pubblica (fra cui le stesse scritture contabili dell'imprenditore) o altrimenti forza di prova certa<sup>8</sup>. Ed allora “sommario” in due distinte *fasi processuali* che si andarono via via diversificando: l'una *di cognizione*, instaurata con la domanda dei creditori (c.d. “insinuazione”) e consistente nell'**accertamento del passivo** (cioè della totalità dei crediti insinuati); e l'altra, più propriamente *esecutiva*, di realizzazione (*liquidazione*) e *ripartizione dell'attivo* a favore dei creditori, la cui soddisfazione deve intendersi, sin dalle origini ma ancora oggi, la finalità principale della procedura fallimentare. Entrambe eccezioni, dunque, rispetto al diritto processuale civile “comune”.

Ne derivava così – sempre alla ricerca della massima efficienza del procedimento – anche l'esigenza che quest'ultimo, per procedere sommariamente, venisse governato da un apparato di soggetti di particolare addestramento e competenza tecnica nel settore commerciale; ossia dagli stessi mercanti interessati e già immessi, collettivamente, nel patrimonio del debitore “spossessato” (per lungo tempo presso i tribunali commerciali non furono ammessi gli avvocati in quanto ritenuti portatori di cavilli interminabili)<sup>9</sup>, se non da giudici togati delegati dalla pubblica autorità ad occuparsi solo di quelle materie. Così arrivandosi a definire dei tipici “**organi**” della procedura, fra i quali in primo luogo (oltre il già ricordato comitato dei creditori), quella di un **giudice specializzato** chiamato a presiedere con particolare consapevolezza e sensibilità “mercantile” la procedura. Una tendenza che fu poi all'origine della formazione dei tribunali commerciali dell'età moderna e che ancora oggi, in Italia, vede la competenza dei tribunali civili (pur formalmente generale e perciò comprensiva, insieme alle altre cause civili, anche di quelle fallimentari) specializzarsi (seppure solo nella prassi, a livello di organizzazione interna degli uffici giudiziari) mediante la formazione di apposite “*sezioni fallimentari*” (nei maggiori tribunali) o di singoli giudici (nei tribunali minori), delegati ad occuparsi specificamente delle questioni fallimentari.

Erano queste, insomma, tutte esigenze che, reclamando un'eccezione allo *ius commune* o agli stessi statuti comunali, sollecitavano una disciplina *ad hoc*, che per certi aspetti, più che imposta al potere politico dal ceto mercantile, veniva da questo stesso creata in modo autoreferenziale e in via pattizia. Giacché era in definitiva un appartenente al ceto mercantile colui che, divenendo insolvente, avrebbe dovuto più di tutti subire ed accettare gli effetti gravosi ed eccezionali tipici dalla procedura fallimentare (dalla possibile cattura anche ad iniziativa del singolo creditore alle umilianti afflizioni personali; dalla immediata sottrazione di tutto il suo patrimonio, affidato alla collettività dei creditori procedenti, alla interdizione dalla prosecuzione dell'arte o del mestiere, spesso simboleggiata dalla rottura del

---

<sup>8</sup> GUALAZZINI-PECORELLA, voce *Fallimento (storia)*, 223, 228. V. anche PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*<sup>2</sup>, vol. VI – parte II, *Storia della procedura*, a cura di Del Giudice, Bologna, s.d. (ma 1966), I, 394, ricordando la prassi di ricorrere al giuramento per integrare una “*semiplena probatio*”.

<sup>9</sup> GUALAZZINI-PECORELLA, voce *Fallimento (storia)*, 228.

banco su cui era stato esercitato il commercio terminato nell'insolvenza, ciò da cui il termine "bancarotta"<sup>10</sup>; sino infine all'assoggettamento ad uno speciale procedimento sommario gestito da magistrati *ad hoc*); ed era allora proprio l'imprenditore che avrebbe potuto ritrovarsi assoggettato ad una tale procedura che, in via preventiva, nel prestare il giuramento necessario per essere ammesso alla corporazione, doveva accettare l'eventualità di sottoporsi ad un tale *ius speciale*.

Questo *ius speciale*, ai suoi albori, venne formalizzato in statuti comunali (i primi e più organici dei quali furono quello fiorentino e milanese<sup>11</sup>) e successivamente sistematizzato – razionalizzando il complesso di regole e principi risultanti non solo da quegli statuti, ma anche applicate dalle decisioni giudiziali o elaborate dai giureconsulti – dall'anconetano Benvenuto Stracca, nel suo celebre *De Mercatura seu Mercatore* (1553) che per secoli costituì un punto di riferimento del "diritto fallimentare" (e per la verità del diritto commerciale più in generale, che in quel testo trova una delle sue prime affermazioni come disciplina autonoma).

Un "sistema", questo, che poi si diffuse in tutta Europa sino a giungere in epoca contemporanea, con connotati non così diversi da quelli originari, attraverso tappe che sarebbe ora troppo complesso tentare soltanto di riassumere<sup>12</sup>. Fra queste, comunque, valga senz'altro ricordare, anche per il più generale ruolo "costituente" che svolse nella formazione del moderno diritto commerciale, il *Code de Commerce* napoleonico del 1807, che infatti rappresentò il paradigma delle principali legislazioni nazionali moderne. E fra queste ultime, per quanto ora più interessa, anche i "codici di commercio" italiani del 1865 e del 1882: immediati predecessori, a loro volta, dell'attuale "legge fallimentare" del 1942, sia pure oggi ampiamente modificata rispetto alla sua prima versione, la cui nascita fu coeva, e non casualmente, a quella dei vigenti codice civile e di procedura civile.

### 3. *Il presupposto soggettivo delle procedure concorsuali (rinvio)*

Sono tutte "ragioni" – quelle appena individuate al principio del diritto fallimentare, ma in larga misura ancora capaci di spiegare quello vigente – che si affermano per iniziativa del ceto mercantile e che, in effetti, trovano "senso" proprio con riferimento alla attività ed allo statuto professionale tipici di quello che oggi chiamiamo **l'imprenditore commerciale non piccolo**, *destinatario dell'attuale disciplina fallimentare*.

Eppure, se ciò è vero in linea di massima, neppure può escludersi che quella particolare "funzionalità" della procedura fallimentare a regolare uno stato di insolvenza particolarmente complesso come quello del "mercante" potrebbe apprezzarsi anche rispetto ad uno stato di insolvenza riferibile ad altre figure di debitore (c.d. *debitori civili*). Si pensi così non soltanto a coloro che non svolgano alcuna attività di impresa; ma anche a chi svolga un'attività professionalmente dedicata alla produzione di beni o servizi, anche se non qualificabile come di "impresa commerciale non piccola". E così, stando al nostro diritto vigente, quella esercitata dagli imprenditori agricoli, dai piccoli imprenditori, dai lavoratori autonomi, dai professionisti intellettuali.

---

<sup>10</sup> ALFANI, voce *Bancarotta*, *DigIt*, V, 1890-1899, 98 ss.; ROCCO, *Sul concetto giuridico della bancarotta*, *RDComm*, 1911.

<sup>11</sup> Rispettivamente, gli *Statuti del Capitano del popolo* degli anni 1322-25 e i *Capitula de mercatoribus fugitivis*, risalenti al 1341 dettato dai Signori di Milano di Giovanni e Luchino Visconti, in appendice agli *Statuta Mercatorum Placentiae*.

<sup>12</sup> V. al riguardo l'accurata ricostruzione storica di GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi di impresa*, Padova, 2012, 62 ss.

Naturalmente ciò non deve portare a trascurare la matrice mercantile del diritto fallimentare, o a mettere in dubbio (almeno *de iure condito*) che fra le condizioni di applicabilità della vigente disciplina fallimentare operi, quale necessario “**presupposto soggettivo**”, la qualifica di *imprenditore commerciale non piccolo* del debitore insolvente.

Eppure, la considerazione di un’apposita disciplina dell’**insolvenza del “debitore civile”** non è rimasta sempre estranea al diritto positivo. Si registrano anzitutto taluni precedenti remoti, come ad es. quello, sicuramente isolato ma storicamente significativo, collocandosi temporalmente alle origini del diritto fallimentare, rappresentato dagli Statuti veneziani, in cui il fallimento appariva applicabile a chiunque<sup>13</sup>. E pure ai giorni nostri è frequente riscontrare come alcuni ordinamenti continentali dispongano di procedure (vuoi proprio quella fallimentare, magari con qualche correttivo, vuoi altra procedura *ad hoc*) dirette a regolare l’insolvenza di *qualsivoglia debitore*.

Esigenza, questa, tanto più avvertita quando si debba constatare – come in effetti accade sempre più spesso anche in Italia (si pensi al crescente fenomeno del credito al consumo) – che anche il c.d. debitore civile ricorre al credito in proporzioni e secondo modalità tali da generare istanze di regolazione di una sua eventuale insolvenza, non così diverse da quelle a cui provvede il diritto fallimentare. E così anche nel nostro ordinamento, da ultimo, affianco alla legge fallimentare, è comparsa una particolare procedura volta alla “*composizione del sovraindebitamento*” o alla “*liquidazione del patrimonio*” di coloro che non sono assoggettati alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare (v. § 12).

Su altro versante, può poi registrarsi un’ulteriore apertura anche nei confronti dell’*imprenditore agricolo*, ammesso ad avvalersi, oltre che della disciplina appena ricordata, di una particolare procedura giudiziaria prevista dalla legge fallimentare, volta alla omologazione giudiziaria degli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (v. § 10), al fine di favorire una soluzione della crisi concertata con i creditori più importanti, grazie all’incentivo di taluni effetti protettivi concessi dalla legge a seguito dell’omologazione. Né sono mancati – nelle recenti cronache legislative<sup>14</sup> e sulla scia di talune significative esperienze straniere – echi di proposte volte ad ampliare ulteriormente l’ambito di applicazione dell’intera legge fallimentare allo stesso *imprenditore agricolo*.

## II. La legge fallimentare e il sistema concorsuale

La c.d. legge fallimentare (il sopracitato r.d. 267/1942, ampiamente modificato dalla sua introduzione, ed in particolar modo, molto ampiamente, con il d.lgs. 5/2006, c.d.  *riforma organica*<sup>15</sup>) non prevede soltanto la disciplina del **fallimento**, i cui cardini

<sup>13</sup> CASSANDRO, *Le rappresaglie*, 100 ss.

<sup>14</sup> Ivi compreso, da ultimo, il disegno di legge delega al Governo “*per la riforma organica delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*” di cui si dirà *sub III*.

<sup>15</sup> Ma molti di più sono stati, negli ultimi anni, gli interventi di rilevante impatto. Solo per limitarsi agli interventi sulla legge fallimentare (numerosi altri interventi si registrano ad esempio in materia di amministrazione straordinaria), si ricordino così: il d.l. 35/2005 (in materia di azione revocatoria, di con-

sono stati sopra sommariamente descritti, ma anche altre due procedure concorsuali: il *concordato preventivo* e la *liquidazione coatta amministrativa*.

Ma il nostro ordinamento concorsuale (cioè il sistema di norme che prevedono e disciplinano le procedure concorsuali) neppure può dirsi esaurito dalla legge fallimentare. A parte alcune norme (talvolta isolate, talaltra – soprattutto in tema di liquidazione coatta amministrativa – più organicamente raccolte all'interno di diverse leggi speciali) che integrano e si “combinano” con la stessa legge fallimentare, il nostro ordinamento contempla infatti un'altra importante procedura concorsuale denominata *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* (in due “varianti”: v. § 14).

Si riscontra dunque – in questa introduttiva e sommaria mappatura del sistema concorsuale italiano – una **pluralità di procedure** che, pur essendo al pari del fallimento volte a realizzare un concorso dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore in crisi, risultano ad esso *alternative*. La spiegazione del perché siano previste più procedure per regolare un fenomeno che, in senso lato, può considerarsi unico, vale a dire il dissesto delle imprese commerciali, può approcciarsi attraverso tre generali chiavi di lettura del nostro sistema concorsuale.

### 1. *Le soluzioni negoziate della crisi di impresa*

Una prima chiave di lettura va individuata nel parallelo attestarsi – fin dai tempi della prima formazione del diritto fallimentare<sup>16</sup> – di percorsi di composizione della crisi dell'impresa frutto piuttosto di un *accordo fra debitore e creditori* anziché, come nel fallimento, di una procedura esecutiva condotta autoritativamente secondo un percorso liquidatorio predeterminato dalla legge “secondo regole oggettive, rigorose e non disponibili dall'arbitrio delle parti o degli organi del preposti al governo del fallimento stesso”<sup>17</sup>; un percorso che comporterebbe non soltanto l'estromissione dell'imprenditore da ogni potere decisionale e dispositivo sul suo patrimonio, appreso alla procedura (c.d. spossessamento); ma anche, in larga misura, la neutralizzazione della stessa iniziativa dei creditori (alla cui protezione, pure, la procedura fallimentare è diretta, ma appunto secondo un percorso in buona parte predeterminato).

Tali **soluzioni negoziate della crisi di impresa** – che possono essere intraprese (ed anzi converrebbe che lo fossero) *prima* ancora che l'impresa giunga in stato di “decozione”, ma che possono comunque avere senso anche quando si sia giunti ad uno sta-

---

cordato preventivo e di accordi di ristrutturazione); e, dopo la sopraddeata riforma organica del 2006, l'ampio decreto “correttivo” di quest'ultima, d.lgs. 169/2007; poi la l. 69/2009, il d.l. 78/2010 (in materia di concordato e accordi di ristrutturazione); poi, ampiamente, il c.d. “decreto sviluppo”, d.l. 83/2012 e il c.d. “decreto sviluppo-bis”, d.l. 179/2012; e ancora più puntualmente, il d.l. 69/2013, la l. 9/2014; ancora, l'importante d.l. 83/2015 e il d.l. 180/2015 (in materia di l.c.a. e di disposizioni penali) e, da ultimo, il d.l. 59/2016 e la l. 232/2016 (in materia di transazione fiscale).

<sup>16</sup> V. MIGLIORINO, *Mysteria*, 142; REZZARA, *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza*, Torino-Roma, 1901, 44 ss.

<sup>17</sup> In questo senso già si esprimevano le prime legislazioni basso medioevali, evidenziando il carattere pubblicistico della procedura ed affermando come la sua indisponibilità “*‘interest reipublicae’* (*‘republicae mercatorum’ si capisce*)” (SANTARELLI, *Fallimento*, 371).

to di insolvenza vera e propria – possono infatti offrire il vantaggio di conseguire risultati più proficui di un fallimento.

Un accordo (che, come tale, si postula realizzi l'interesse di ciascuna delle parti che lo concludono) può in effetti consentire al debitore di sfuggire agli effetti più indesiderati del fallimento (sia in termini di sanzioni personali – ciò che all'origine veniva detto “salvacondotto”<sup>18</sup> – che di spossamento del suo patrimonio, nonché, quando questo risulti insufficiente, di schiacciante e perpetua esposizione all'indebitamento accumulato). Ma può consentire anche ai creditori di ottenere, grazie all'impegno dell'imprenditore (che, bene o male, resta pur sempre colui che meglio di chiunque altro conosce le potenzialità residue della propria impresa), una soddisfazione che, seppur non integrale, risulti maggiore di quella che potrebbero ricavare all'esito di un fallimento. Naturalmente, a fronte della soddisfazione che viene loro promessa, i creditori acconsentono a rinunciare (in conto capitale, o per interessi, o differendo la scadenza, ecc.) a parte delle loro pretese. In tal modo si aiuterà l'imprenditore a risollevarsi dalla crisi, o comunque a disporre del necessario margine di manovra per poter adempiere alla propria promessa (anche a costo di dover liquidare tutto quel che possiede, ma almeno con la prospettiva di affrancarsi infine da ogni residuo debito).

Ora – come può ben constatarsi – queste soluzioni, avendo natura consensuale, si lasciano di per sé ricondurre ad una *prospettiva puramente privatistica*, in cui ogni singolo creditore (ma non necessariamente tutti) decide liberamente per sé: non ravvisandosi perciò alcun genere di concorsualità. E in effetti la prassi dei c.d. *accordi stragiudiziali* di soluzione (o prevenzione) della crisi di impresa è sempre stata presente nel mondo degli affari, senza che ciò implicasse il ricorso ad alcuna procedura concorsuale.

Dove però il diritto concorsuale è venuto a formarsi – contaminando con un intervento di natura pubblicistica il carattere puramente privatistico di quegli accordi, ma in tal modo riuscendo anche a superarne i limiti intrinseci – è stato nel momento in cui tali accordi sono stati assunti dalla legge quale possibile oggetto di una **procedura giudiziaria** capace di conferir loro, a certe condizioni, una portata e degli effetti che essi, da “soli” (e cioè quale mera espressione dell'autonomia privata), non avrebbero mai potuto raggiungere (c.d. **effetti legali**). E così, innanzitutto, la possibilità che le condizioni previste nell'accordo raggiunto dal debitore con i titolari della maggioranza dei crediti si estendano e si impongano anche a quegli altri creditori che non vi abbiano aderito: in tal modo superandosi quel limite, che sarebbe invalicabile in una prospettiva strettamente contrattuale e privatistica, della necessità del consenso di ciascun creditore affinché la sua pretesa possa essere “rinegoziata”.

In questo modo, grazie anche all'incentivo di ulteriori effetti legali (che cioè i privati, pur d'accordo fra loro, non potrebbero mai raggiungere) di natura “protettiva”, le soluzioni della crisi d'impresa, pur restando fondamentalmente il frutto di una libera negoziazione, possono arrivare lì dove l'autonomia privata non potrebbe arrivare, e così divenire effettivamente realizzabili anche a dispetto del dissenso di una minoranza dei creditori, e senza rischiare di comprometersi già sul nascere, durante le

---

<sup>18</sup> CASSANDRO, *Le rappresaglie*, 113 ss.

trattative preliminari o durante il tempo che intercorrerà fra la proposta del debitore ed il voto dei creditori. Fra gli *effetti legali “protettivi”* opereranno infatti (oltre alla sottrazione del fallito alle affezioni personali, l’originario “salvacondotto” o “fida”) anche la sua sottrazione ad iniziative cautelari ed esecutive, la conservazione della disponibilità del proprio patrimonio e dell’amministrazione della propria impresa, oltre all’esonero – a rassicurazione dei creditori – degli atti compiuti in esecuzione della procedura, da eventuali azioni revocatorie.

Appartiene a questo novero di percorsi – in primo luogo – la procedura del **concordato preventivo**.

Ma anche quella ulteriore procedura (benché non propriamente concorsuale, dal momento che non opera secondo il principio di maggioranza, pur propagando alcuni suoi effetti anche ai creditori non aderenti alla proposta) diretta alla omologazione degli **accordi di ristrutturazione**.

E sono inoltre da ricondursi allo stesso ambito (seppure con talune peculiarità che rendono talvolta meno nitidi i contorni di un vero e proprio accordo fra debitore e creditori) le **soluzioni concordatarie** praticabili all’interno delle procedure di *liquidazione coatta amministrativa* e di *amministrazione straordinaria*, nonché all’interno della stessa *procedura fallimentare* (c.d. **concordato fallimentare**, che storicamente rappresenta la prima forma di soluzione negoziata della crisi), che può in tal modo vedere il suo consueto indirizzo liquidatorio, quale predefinito dalla legge, deviare verso un differente percorso tracciato dall’iniziativa privata.

Deve così prendersi atto, in definitiva, che all’interno del nostro sistema concorsuale convive, a fianco della vocazione tipicamente pubblicistica del procedimento giudiziale di natura esecutiva, un’*anima privatistica* che lascia ampio (e spesso prevalente) spazio all’autonomia privata. Il che, sempre di più nei tempi recenti, ha portato a parlare di **“privatizzazione” delle procedure concorsuali**.

## 2. *La salvaguardia dei complessi produttivi*

V’è poi una seconda chiave di lettura che consente di comprendere l’articolazione del vigente sistema concorsuale. Essa deriva dal fatto che sempre più, nel diritto concorsuale moderno (soprattutto quello di derivazione anglosassone), alla tradizionale *vocazione liquidatoria* (del complesso aziendale) e *affittiva* (del debitore insolvente), tipica del fallimento, si è affiancata, sino forse a divenire prevalente, una nuova sensibilità legislativa orientata a *comporre l’insolvenza prodottasi, o addirittura a prevenire un’insolvenza non ancora prodottasi, salvaguardando il complesso produttivo delle impresa in crisi*<sup>19</sup>.

In tal modo può consentirsi all’imprenditore di restare alla guida della sua impresa o comunque (separando le sorti dell’uno da quelle dell’altra) di cederla a terzi ma almeno, in tale ipotesi, con il vantaggio di “uscirne” in modo più utile (destinando ai creditori il prezzo della cessione e con la prospettiva, in alcuni casi, di liberarsi dai debi-

---

<sup>19</sup> Cfr. JORIO, *Le crisi di impresa, Introduzione*; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, spec. cap. III; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2003.

ti nella misura che sia rimasta insoddisfatta) ed onorevole (evitando sanzioni personali).

Il risanamento o comunque la cessione sul mercato dell'azienda (in blocco, o di alcuni suoi rami), perché altri possa proseguirne l'esercizio, può in effetti consentire – sempre che il complesso produttivo si trovi oggettivamente in condizioni tali da poter essere utilmente impiegato – un risultato ben più soddisfacente dello smembramento dello stesso e della successiva liquidazione (spesso precipitosa e a prezzo di “svendita”) dei singoli cespiti che lo compongono. Questa *maggior utilità* sarà apprezzabile non soltanto dal punto di vista del debitore (per le ragioni poc'anzi ricordate); ma anche e soprattutto per i creditori, che con la prosecuzione dell'impresa “risanata” (che cioè torni a produrre, anziché bruciare ricchezza) potranno beneficiare di nuovi flussi finanziari capaci di ripagarli meglio di quanto si sarebbe potuto sperare per effetto di una liquidazione “spiccia”. Anche *interessi più diffusi*, ulteriori rispetto a quelli del debitore e dei creditori, ma che comunque ruotano intorno all'impresa (dei lavoratori innanzitutto, ma anche del circostante tessuto economico alimentato dal c.d. indotto, e in definitiva dell'intero circuito economico, soprattutto quando si tratti di grandi imprese) possono inoltre trarre giovamento dalla prosecuzione dell'attività di impresa; poco importa, poi, se ad opera del suo originario titolare o di un nuovo soggetto che gli sia subentrato.

In questa prospettiva, di salvataggio (anche mediante cessione) del complesso produttivo delle grandi imprese e di mantenimento dei relativi livelli occupazionali, trova giustificazione in primo luogo la procedura di **amministrazione straordinaria delle grandi imprese** in stato di insolvenza (benché anch'essa mirata almeno in principio, alla soddisfazione dei creditori in primo luogo).

Ma anche il **concordato preventivo** (che pure potrebbe limitarsi a tracciare un percorso soltanto liquidatorio, per quanto alternativo a quello fallimentare) si presta in larga misura al risanamento di un'impresa insolvente o, giocando d'anticipo, alla prevenzione dell'insolvenza di un'impresa in crisi, grazie alla possibilità – già sopra segnalata – di un piano reso realizzabile grazie all'alleggerimento della complessiva esposizione debitoria, nei termini consentiti dagli stessi creditori che l'abbiano approvato.

E persino all'interno della stessa *procedura fallimentare* – benché indubbiamente finalizzata, in prima (ed imprescindibile) istanza, alla liquidazione del patrimonio del debitore e alla soddisfazione dei creditori – non mancano opzioni capaci di assecondare, compatibilmente con quella primaria finalità, la salvaguardia del complesso produttivo e dei livelli occupazionali. Si tratta di opzioni che si possono ravvisare, all'interno della disciplina del fallimento, in quelle sue parti che ammettono, ed anzi per certi aspetti incoraggiano, l'*affitto* e poi la *cessione a terzi dell'azienda in blocco*, ovvero di suoi rami; o anche, *medio tempore*, una prosecuzione dell'attività di impresa da parte degli stessi organi della procedura al fine di preservarne l'avviamento e così mantenere integro il valore di mercato dell'azienda, in attesa di poterlo monetizzare mediante una cessione a terzi.

### 3. Le c.d. procedure “amministrate”

Secondo una terza chiave di lettura generale, la struttura del nostro ordinamento concorsuale si lascia spiegare (anche se non sempre giustificare, in termini di efficien-

za e giustizia, e in definitiva di razionalità) considerando la pesante **componente “amministrativa”** che, per talune procedure, *si giustappone a quella giudiziaria*, talora emarginandola.

Il fallimento, e così il concordato preventivo – insomma le procedure concorsuali più tradizionali e di applicazione generale – si sono sempre svolte, e tuttora si svolgono, sotto il presidio e la vigilanza dell’autorità giudiziaria, che è l’unica autorità pubblica coinvolta. Certo, vi sono momenti in cui anche il giudice è chiamato dalla legge ad operare valutazioni e ad assumere decisioni discrezionali che risultano essere più di natura amministrativa che giurisdizionale (ad es., la scelta se proseguire o meno l’impresa fallita subito dopo la dichiarazione di fallimento; ovvero la scelta sulle modalità con cui taluni impegni assunti in via concordataria dovranno essere adempiuti). Ma ciò non toglie che l’autorità giudiziaria operi all’interno di tali procedure fondamentalmente nell’esercizio della propria funzione giurisdizionale senza la discrezionalità tipica della pubblica amministrazione: aprendo le procedure stesse ogni volta che, di ciò richiesta, constati la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge; e poi – all’interno di esse, e sempre quando richiesta – risolvendo le eventuali controversie insorte e garantendo l’attuazione coattiva dei diritti che vi sono fatti valere.

In questa prospettiva, e conformemente al suo ruolo tipicamente terzo, l’autorità giudiziaria si limita allo *ius dicere*, restando (o almeno così dovrebbe) per lo più “disinteressata” all’esito della procedura o alle scelte discrezionali che per legge, invece, risultano devolute agli altri organi, non giudiziari, che compongono l’apparato della procedura stessa (nel fallimento: il curatore e il comitato dei creditori), se non addirittura lasciate alla stessa autonomia privata (come nel caso dell’accordo che, nel concordato preventivo, si forma fra i diretti interessati: debitore e creditori). Al giudice, insomma, “interesserà” soltanto che la procedura si svolga secondo il percorso e le tipiche finalità delineate *dalla legge* (l’orientamento della Cassazione, ad es., ha tracciato, con riferimento al concordato preventivo, una netta – almeno concettualmente se non praticamente – distinzione fra fattibilità giuridica, di cui deve occuparsi il magistrato, e fattibilità economica, rimessa alla valutazione dei creditori: cfr. § 7.IV.3); evitando poi che, lungo un tale percorso, vengano pretermessi diritti che la legge stessa mostra di tutelare. E questa, per la verità, dovrebbe essere la regola, come in effetti è dato riscontrare (pur al di là della diversa strutturazione del complessivo sistema concorsuale) in altri ordinamenti di primaria rilevanza sullo scenario europeo, o in quello, comparatisticamente non meno importante, statunitense.

Nel nostro sistema operano invece, come sopra accennato, due altre procedure oltre al fallimento e al concordato preventivo: la **liquidazione coatta amministrativa** e l’**amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in stato di insolvenza. Procedure, che come rivela il loro stesso nome, sono accomunate dal fatto di risultare “amministrate”, gestite cioè da un apparato al cui interno il ruolo di primo piano risulta affidato all’**autorità amministrativa** (autorità di vigilanza di settore o apparati ministeriali), pur non restando del tutto escluso l’intervento dell’autorità giudiziaria (talora anzi essenziale, come nell’amministrazione straordinaria, che perciò è stata anche definita<sup>20</sup>, nella

---

<sup>20</sup> Cfr. NIGRO-VATTERMOLI.

prospettiva qui affrontata, come procedura “mista”). La pubblica amministrazione, insomma, si affianca e talora sopravanza il ruolo del potere giudiziario nella gestione delle crisi delle imprese sottoposte a tali procedure.

Si vedrà in seguito quali sono le imprese interessate e quali siano gli interessi pubblici che esse mobilitano, così inducendo il legislatore ad assoggettarle a tali procedure amministrative (o “amministrate”). Ciò che comunque vale la pena notare in questo primo schizzo del nostro sistema concorsuale è la fondamentale anomalia da cui quest’ultimo risulta affetto a causa della loro presenza.

Il fallimento ed il concordato preventivo, difatti, dovrebbero in principio risultare le procedure concorsuali (giudiziarie) centrali all’interno di un tale sistema. Così è a dirsi infatti nella *prospettiva storica*, guardando a come quel sistema si è venuto formando nei secoli. Così è a dirsi anche dal punto di vista della loro *rilevanza sistematica*, considerata l’importanza delle regole e dei principi che con riferimento ad esse si sono sviluppati e che consentono di interpretare e di concettualizzare l’intero ordinamento concorsuale (ed è per ciò che, anche in questo Volume, a tali procedure verrà dato maggiore spazio). E così è a dirsi – infine, ma soprattutto – dal punto di vista del loro *ambito di applicazione*, che è concepito per essere tendenzialmente *generale*: esse sono infatti applicabili non solo, in via esclusiva, a tutte le imprese (commerciali non piccole) che non possiedano gli specifici requisiti previsti per accedere alle procedure amministrate; ma in molti (benché non tutti) casi – sia pure in alternativa alle procedure amministrate o in conseguenza del loro “insuccesso” – anche alle stesse imprese che siano in possesso di quei requisiti.

Tuttavia, se volesse analizzarsi la realtà del diritto vivente dal punto di vista della *rilevanza economica* delle crisi di impresa regolate dal nostro ordinamento concorsuale, il giudizio ne risulterebbe capovolto. La maggior parte delle imprese più “importanti” – per tipo di attività svolta (si pensi soltanto, con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa, alle banche, alle assicurazioni, alle SGR, alle SIM, ecc.) e soprattutto in termini di fatturato (come sono solitamente, oltre a quelle già citate, tutte le altre “grandi” imprese in crisi a cui è riservata l’amministrazione straordinaria) – risultano infatti normalmente assoggettate alle “procedure amministrate”.

Ne risulta così un sistema fortemente anomalo, dove ciò che dovrebbe essere normale risulta invece valere, tendenzialmente, per i casi meno rilevanti. Al contrario, i dissesti più eclatanti vengono “calamitati” da procedure (tra l’altro previste, per i casi più rilevanti, da leggi emanate in via d’urgenza e che perciò rendono caotico il sistema) pilotate dalla pubblica amministrazione e dunque dalla politica. Così giustificando la ricorrente ironia secondo cui, in definitiva, il diritto fallimentare “classico” sarebbe confinato, nel nostro sistema, al ruolo di mero *code des boutiquiers* (lett. codice dei bottegai, come originariamente venne definito il *Code de Commerce* del 1807 in ragione della possibile modesta rilevanza degli atti di commercio a cui si riferiva).

### III. *L’incessante evoluzione del diritto fallimentare e la legge delega del 2017*

Il diritto della crisi di impresa illustrato in questo Volume è quello delineato in massima parte dalla vigente Legge fallimentare, quale emanata nel 1942 ma poi og-

getto di ripetuti interventi che ne hanno profondamente modificato la fisionomia.

Nei primi sessant'anni circa di vigore – se si fa eccezione per gli interventi legislativi soprattutto in materia di amministrazione straordinaria (comunque esterni, almeno formalmente, alla legge fallimentare) – è stata soprattutto la giurisprudenza costituzionale che, con una serie di sentenze interpretative, abrogative o additive, ha inciso sulla portata precettiva dell'originario testo normativo, tentando di renderlo più coerente con alcuni principi fondanti del nostro ordinamento costituzionale (come noto instauratosi alcuni anni dopo l'emanazione della legge fallimentare), fra i quali soprattutto quelli inerenti al diritto di difesa, al “giusto processo” e alla parità di trattamento. Successivamente – dal 2005 ad oggi, periodo di profondi mutamenti dello scenario economico globale, dei quali anzi è proprio la crisi di impresa ad essersi rivelata causa (o se si vuole effetto) principale – è stato direttamente il legislatore che, con cadenza frequente anche se con mutevole approccio, ha rinnovato per larghissimi tratti il testo normativo originario. Di questo è stato così anche modificato, inevitabilmente, il complessivo disegno sistematico che l'interprete (pur con incessante rincorsa) tenta via via di intravedervi, al fine di ricondurre a razionalità e coerenza il mutato materiale normativo. Di tali ripetuti interventi normativi già si è data rapida notizia e si terrà più ampiamente conto, nei prossimi capitoli, nell'analizzare la normativa attualmente in vigore.

Tuttavia l'ultimo intervento – potenzialmente più dirompente seppure ancora incompiuto – con il quale il legislatore ha operato sulla materia concorsuale è stato la **l. 155/2017** (“**Delega al Governo per la riforma delle discipline delle crisi di impresa e dell'insolvenza**”). Legge di delega con la quale si è recepito un disegno di legge elaborato da una commissione istituita dal Ministero della Giustizia (c.d. *commissione Rordorf*, dal cognome del suo presidente) che già era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 10-2-2016. Obiettivo di tale legge è principalmente (seppure non solo) quello di sostituire l'intera legge fallimentare vigente con una *nuova disciplina dell'intera materia concorsuale e della crisi di impresa*.

In tempi rapidissimi, ed infatti già nel dicembre 2017, sono stati conseguentemente predisposti dalla Commissione ministeriale e consegnati al Ministro della Giustizia quattro schemi di altrettanti decreti legislativi che dovrebbero attuare la riforma, e fra i quali si staglia – per importanza e per dimensione – quello recante un nuovo “**Codice della crisi e dell'insolvenza**”. Questo, in particolare, ove tradotto in atto normativo dal Governo, conterrebbe un nuovo articolato integralmente sostitutivo della vigente legge fallimentare (a cominciare dalla stessa sostituzione della parola “fallimento” – e dei “suoi derivati”, aggiunge la legge – con quella di “*liquidazione giudiziale*”), ma anche della legge che attualmente disciplina la c.d. crisi da sovraindebitamento dei soggetti esenti dalla legge fallimentare (la sopracitata l. 3/2012, di cui si dirà al § 12).

Tuttavia, la fine della XVII legislatura (intervenuta il 22-12-2017, pochissimi giorni dopo la consegna dei predetti schemi di decreto legislativo al Ministro della Giustizia), il successivo rinnovo delle Camere parlamentari a seguito delle elezioni del marzo 2018 e la probabile formazione di un nuovo Esecutivo, hanno reso politicamente incerta l'emanazione dei decreti legislativi da parte del Governo, seppure questo sarebbe tecnicamente legittimato a farlo entro il 14-11-2018 (data alla quale il potere legislativo delegato perderebbe anche formalmente vigore).

Ciò non toglie che, allo stato, la l. 155/2017 costituisca a tutti gli effetti parte integrante del nostro ordinamento giuridico e del “sistema concorsuale” in particolare; e che pertanto meriti di essere ora, seppure brevemente, rappresentata nei suoi profili salienti; se non al-

tro, per gli spunti interpretativi ed evolutivi che può fornire anche nell'interpretazione della vigente legge fallimentare.

La legge delega muove innanzitutto dalla necessità di valorizzare due prospettive generali delineate già a livello comunitario, sulla scorta peraltro di modelli culturali oramai attestatisi fra gli studiosi (giuristi ed economisti) e le organizzazioni internazionali che si occupano di crisi d'impresa.

La prima prospettiva, emergente dalla *Raccomandazione n. 2014/135 UE* del 12-3-2014, è quella che scaturisce dall'esigenza di far **emergere con anticipo** la crisi imprenditoriale (c.d. "early warning") e poter così intervenire anticipatamente nel risanamento, evitando l'insorgere dell'insolvenza. La seconda – che potrebbe ritenersi un'evoluzione della prima (anche perché la Raccomandazione non ha ricevuto un significativo seguito spontaneo da parte dei singoli legislatori nazionali) – può rinvenirsi invece in una *Proposta* (del 22-11-2016) di *Direttiva comunitaria*, con la quale la possibilità di intervenire precocemente sulla crisi incipiente (c.d. "emerging insolvency") vorrebbe essere attuata favorendo l'accesso del debitore in crisi a **soluzioni di ristrutturazione preventiva e di recupero dell'impresa**, anziché puramente liquidatorie; offrendogli comunque una *seconda opportunità* di tornare ad operare sul mercato (c.d. *fresh start*): "ritorno" che le evidenze empiriche dimostrerebbero come spesso coronato da successo.

Questi principi ispiratori spiegano allora la scelta della legge delega:

a) da un lato di approntare delle **procedure di allerta** (per così dire pre-concorsuali) che il debitore – attraverso un complesso sistema di incentivi premiali e sanzionatori – dovrebbe intraprendere già al manifestarsi di taluni indici oggettivi rivelatori della crisi, allo scopo di trovare soluzioni di composizione ("assistita" da appositi Organismi) con i creditori;

b) dall'altro – una volta che si renda inevitabile il percorso giudiziale – di accordare "*priorità di trattazione*", fatti salvi i casi di abuso, alle "proposte che comportino il *superamento della crisi assicurando la continuità aziendale*, anche tramite un diverso imprenditore", purché "funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori". Con la "liquidazione giudiziale", pertanto, relegata ad un ruolo (in teoria) residuale per i casi in cui "non sia proposta un'idonea soluzione alternativa" (tipicamente, un concordato preventivo con continuità aziendale, eventualmente perseguita grazie ad un nuovo titolare dell'impresa).

Un siffatto percorso (analogamente a quanto già previsto in altre esperienze straniere) sarebbe poi **unitario**, a prescindere dalla natura del debitore e dalla finalità perseguita.

A differenza del "presupposto soggettivo" della vigente legge fallimentare (alla quale infatti solo di recente è stata giustapposta la diversa legge volta a regolare la crisi del "sovraindebitamento" di soggetti diversi dall'imprenditore commerciale non piccolo) e della stessa tradizione plurisecolare del diritto fallimentare italiano, secondo la legge delega **qualunque debitore in crisi o insolvente** (che sia imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., o non; e quale che sia eventualmente la categoria di impresa coinvolta, commerciale o non, piccola o non, individuale o societaria) sarebbe soggetto ad una **unitaria procedura di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza**, a pre-

*scindere dalla finalità di risanamento o liquidatoria* che essa persegua sin dappprincipio, o possa assumere in corso di procedura. Il che non toglie – com'è inevitabile – che il diverso combinarsi di tutte queste variabili condurrà l'unitaria procedura intrapresa a proseguire lungo diversi possibili percorsi alternativi, che si dirameranno a seconda delle caratteristiche del debitore, della crisi e degli esiti perseguiti.

La procedura, d'altra parte, potrebbe restare unitaria anche laddove coinvolgesse un intero *gruppo di società* (col che si colmerebbe certamente una grave lacuna della disciplina vigente); e potrebbe con una certa facilità concludersi con l'esdebitazione del debitore, a condizioni ben più favorevoli (e talora addirittura automatiche) di quelle attualmente previste, persino se si trattasse di una *società* (e non solo di una persona fisica).

Deve tuttavia constatarsi, in ultimo, che nonostante le sedicenti aspirazioni di “organicità” della riforma ora in discorso, quand'anche la legge delega 155/2017 venisse attuata, essa non riuscirebbe comunque ad emendare quella che già si è segnalata come l'anomalia più macroscopica del vigente sistema concorsuale italiano: e cioè la previsione della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi quale disciplina istitutiva di una procedura speciale destinata ad regolare i dissesti più rilevanti, e condotta sotto la direzione e la vigilanza del potere politico.

*L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese* in stato di insolvenza è stata infatti espunta, nel corso dei lavori parlamentari della XVII legislatura, dall'originario disegno di legge n. 3671 (a tal fine “amputato” del suo originario art. 15, la cui materia è stata invece “dirottata” su un diverso disegno di legge, n. 3671-*bis*, rimasto però privo di ulteriori sviluppi), e cioè quello infine approdato al disegno di legge delega a sua volta tradottosi nella l. 155/2017. E tutto ciò, come non è difficile intuire, per ragioni riferibili più ad istanze e ad equilibri politici che ad una auspicabile razionalità del sistema.





## SEZIONE PRIMA

# IL FALLIMENTO

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



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

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

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

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

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

## I. I presupposti

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

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

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

(i) che eserciti un'**attività commerciale**<sup>1</sup>;

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

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

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

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

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