

LA SELEZIONE DELLE IMPRESE FALLIBILI E LA “FRAMMENTAZIONE” DEL PICCOLO IMPRENDITORE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'irrelevanza della struttura soggettiva del debitore. L'esonero delle imprese pubbliche. — 3. L'esclusione del piccolo imprenditore. La disciplina applicabile. — 4. Il criterio dell'attivo patrimoniale. — 5. *Segue*: i ricavi lordi e l'ammontare dell'indebitamento. — 6. Riforma della legge fallimentare e “frammentazione” del piccolo imprenditore.

1. — La nuova disciplina ha in parte rimodellato la regolamentazione dei presupposti delle procedure concorsuali, incidendo sulla selezione delle imprese fallibili e, sia pur ai soli fini dell'applicazione del fallimento e del concordato preventivo, sulla nozione di piccolo imprenditore.

È stata, in primo luogo, mantenuta una vasta area di esonero, ribadendo l'esclusione degli imprenditori agricoli, dei professionisti intellettuali e dei debitori civili in genere. Risulta agevole constatare come siffatta scelta sia in contraddizione con la disciplina di ordinamenti a noi affini in cui è sottoposto a procedure concorsuali qualsiasi debitore insolvente ⁽¹⁾. In Germania, il disposto del § 11 dell'*Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994, là dove estende la *Insolvenzfähigkeit* a tutte le persone fisiche e giuridiche nonché ai gruppi associativi non personificati ⁽²⁾ si inserisce nel solco della tradizione tedesca che considera soggetti alle procedure concorsuali tutti i debitori. Più significativo, per valutare l'adeguatezza della disciplina italiana, è invece il percorso seguito nell'evoluzione della normativa francese e spagnola in cui la regola che riservava le procedure concorsuali ai soli imprenditori commerciali è stata abbandonata. In Francia, in seguito al succedersi di diverse riforme legislative, sono ora soggetti alle *procédures collectives* anche gli artigiani, gli agricoltori ed i professionisti intellettuali ⁽³⁾. In particolare, l'estensione a

(*) Lo scritto costituisce la rielaborazione della Relazione svolta il 23 marzo 2012 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli nell'ambito dell'incontro inaugurale della seconda edizione di *I venerdì del diritto fallimentare* ed è dedicato alla memoria del prof. Bernardino Libonati.

(1) V. IBBA, *Il presupposto soggettivo del fallimento dopo il decreto correttivo*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Ibba, Torino 2009, p. 3 ss. e in questa *Rivista*, 2007, I, p. 797 ss.; PORTALE, *Dalla « pietra del vituperio » alle nuove concezioni del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 398.

(2) KIRCHOF, in *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*⁴, Heidelberg 2006, sub § 11, p. 96; HIRTE, in *Insolvenzordnung Kommentar*¹³, hrsg. von Uhlenbruck, Hirte u. Valender, München 2010, sub § 11, p. 126; OTT, in *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 1, §§ 1-102, München 2001, sub § 11, p. 189.

(3) JEANTIN-LE CANNU, *Enterprises en difficulté*⁷, Paris 2007, p. 147; SAINT-ALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*⁶, Paris 2009, p. 201.

questi ultimi attuata con la *loi* 2005-845 del 26 *juillet* 2005 è stata considerata la fine di una esenzione oramai anacronistica alla luce dell'evoluzione del diritto concorsuale e degli strumenti che lo stesso prevede a favore del debitore ⁽⁴⁾. Seguendo un itinerario in parte analogo all'esperienza d'oltralpe, in Spagna le procedure concorsuali non sono più riservate ai *comerciantes*; e, superando la distinzione tradizionale fondata sulla natura civile o commerciale del debitore, è previsto un procedimento unitario applicabile a qualsiasi persona fisica o giuridica, essendo indifferente che si tratti di *deudor civil o mercantil* ⁽⁵⁾.

La limitazione del perimetro di estensione delle procedure concorsuali appare altresì in contraddizione con l'evoluzione del credito alle imprese; ed, in particolare, con lo sviluppo e la diffusione di tecniche di finanziamento di cui usufruiscono tutti gli operatori (imprenditori commerciali, agricoli, professionisti intellettuali ecc.). Sono invero venute meno le ragioni alla base dell'applicazione ai soli imprenditori commerciali medio-grandi, che erano in passato gli unici soggetti con un ricorso strutturale al finanziamento esterno ⁽⁶⁾; pertanto, dall'angolo visuale dei creditori l'esonero dal fallimento in ragione delle caratteristiche dell'attività non appare più giustificato.

Vero è poi che la sottrazione alle procedure concorsuali preclude, almeno in parte, ai soggetti esclusi la possibilità di avvalersi di meccanismi premiali (concordati, esdebitazione ecc.); sicché l'esenzione, una volta condizione di privilegio, finisce per ripercuotersi sugli stessi debitori ⁽⁷⁾, senza che sussista-

⁽⁴⁾ LE CORRE, *La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficultés*, in *Gaz. Pal.*, 2003, p. 13; ROUSSEL GALLE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Paris 2005, p. 15.

⁽⁵⁾ GÓMEZ MARTÍN, *Doctrina de los tribunales en sede concursal*, Granada 2007, p. 6; ROJO, *El derecho concursal*, in URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*², II, Cizur Menor 2007, p. 895; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Presupuesto subjetivo*, in *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I, diretto da J. Sánchez-Calero Guilarte e Vicente Guilarte Gutiérrez, Valladolid, 2004, p. 42.

⁽⁶⁾ M. SANDULLI, *L'ambito soggettivo delle procedure concorsuali*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano 2007, pp. 11-12; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova 2012, p. 37 ss. V. anche FORTUNATO, *Recenti sviluppi della riforma sulla disciplina delle crisi*, in *R. d. comm.*, 2003, I, p. 612.

Il carattere antistorico della scelta di limitare la soggezione alle procedure concorsuali agli imprenditori commerciali è messa in rilievo nella recente ordinanza, con cui è stata rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1 l. fall. per violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui non include gli imprenditori agricoli tra i soggetti sottoposti a fallimento e concordato preventivo (cfr., Trib. Torre Annunziata, ord., 12 gennaio 2011, in *D. fall.*, 2011, II, p. 546).

⁽⁷⁾ FORTUNATO, *Commento all'art. 1 legge fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna 2006, p. 37 ss.; in termini più sfumati, BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna 2009, p. 38, secondo cui il fallimento, anche se privo delle originarie caratteristiche, resta una procedura punitiva, mentre anche l'imprenditore non fallibile dovrebbe potersi avvalere del concordato preventivo.

no apprezzabili ragioni per riservare agli imprenditori commerciali medio-grandi le nuove forme di composizione della crisi.

Per altro verso, la nuova disciplina prevede che la soggezione alle procedure concorsuali è indipendente dalla natura individuale o collettiva dell'impresa e ridetermina, sia pur ai soli fini della definizione dei presupposti per l'esclusione dal fallimento, la nozione di piccolo imprenditore (*rectius* di imprenditore non fallibile).

Sotto il primo profilo, con significativo mutamento rispetto alla disciplina previgente, la riforma ammette che, in presenza di determinati presupposti, anche le società possano essere considerate piccoli imprenditori⁽³⁾. Si tratta, invero, di soluzione apprezzabile, in quanto la convenienza dell'apertura della procedura concorsuale per la massa dei creditori merita di essere valutata in ragione delle effettive possibilità di soddisfazione degli stessi, nonché del rilievo dell'organismo economico, mentre del tutto estranea a tali esigenze è la struttura soggettiva del debitore insolvente, nonché la circostanza che l'ente sia o meno destinato istituzionalmente all'esercizio dell'impresa.

Per quanto riguarda l'individuazione dei piccoli imprenditori sottratti alle procedure concorsuali, deve essere ricordato che, nel sistema previgente, i soggetti sottoposti a fallimento non erano agevolmente identificabili; ed invero, con il passare degli anni la disciplina della legge fallimentare aveva perso rilievo e la problematica si risolveva nell'interpretazione del disposto dell'art. 2083 c.c.

Con l'intento di eliminare le incertezze sono stati introdotti dei parametri numerici; il nucleo centrale dell'intervento del legislatore può essere colto nella previsione di criteri quantitativi con lo scopo di evitare l'apertura di procedure concorsuali relative ad imprese di piccole dimensioni che, in gran parte dei casi, risultano inutili per la soddisfazione dei creditori ed incrementano il carico di lavoro dei tribunali. L'obiettivo della semplificazione non ha tuttavia raggiunto i risultati sperati e restano aperti non pochi dubbi sul significato della nuova disciplina.

D'altro canto, le nuove norme sull'individuazione degli imprenditori sottratti al fallimento in ragione delle loro dimensioni hanno segnato un netto, e probabilmente definitivo, distacco della nozione di piccolo imprenditore della legge fallimentare da quella del codice civile, realizzando una "frammentazione" di tale concetto, che altro non è se non un aspetto della relatività delle definizioni giuridiche, per cui nell'ordinamento coesistono una pluralità di nozioni di imprenditore divergenti tra loro, perché dettate in funzione degli specifici interessi, di volta in volta, rilevanti.

Lo scenario che si presenta risulta pertanto composito e le modifiche realizzate non sono sempre coerenti; ciò non impedisce, tuttavia, di individuare nel nuovo assetto normativo due aree tematiche: il principio dell'irrelevanza

⁽³⁾ M. SANDULLI, *Commento all'art. 1 legge fall.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, I, Torino 2010, pp. 22-23.

della struttura soggettiva del debitore e la definitiva acquisizione di autonomia della nozione di piccolo imprenditore (*rectius* di imprenditore non fallibile) valida ai fini delle procedure concorsuali.

2. — Venendo all'esame dei profili di novità contenuti nella disciplina della riforma il primo dato da mettere in luce è come la soggezione alle procedure concorsuali sia — in linea di principio — indipendente dalla struttura soggettiva dell'impresa; risulta, in questo modo, superata la prospettiva che escludeva comunque la società dal novero degli imprenditori sottratti al fallimento.

Si tratta di soluzione certamente apprezzabile; la valutazione dell'opportunità o meno di aprire una procedura concorsuale deve tener conto di una pluralità di interessi (dimensioni, ammontare dell'indebitamento ecc.), mentre non ha rilievo alcuno la forma prescelta per l'esercizio dell'impresa che, come noto, non costituisce parametro idoneo per valutare la gravità della crisi.

L'ambito di applicazione comprende non solo gli imprenditori individuali e le società che esercitano un'attività commerciale, ma anche gli enti non societari se svolgono tale attività. In questa prospettiva, sono sottoposti alle procedure concorsuali i consorzi, qualora realizzino determinate fasi delle imprese partecipanti (acquisto di materie prime, distribuzione dei prodotti ecc.), dato che si è in presenza di un'impresa ausiliaria *ex art.* 2195, comma 1°, n. 5), c.c. ⁽⁹⁾; per contro, quando i consorzi costituiscono meri accordi restrittivi della concorrenza deve propendersi per la soluzione negativa in quanto non vi è attività d'impresa.

Anche le associazioni e le fondazioni, quando esercitano un'attività di impresa commerciale, possono essere sottoposte alle procedure concorsuali. Lo scopo ideale che caratterizza tali enti non impedisce infatti l'acquisto della qualità di imprenditore nell'ipotesi in cui l'esercizio dell'impresa sia l'oggetto esclusivo o principale ⁽¹⁰⁾. La possibilità di dichiarare il fallimento dell'associazione o della fondazione non è esclusa anche nel caso in cui l'attività d'impresa abbia carattere accessorio. Né una diversa soluzione può essere sostenuta in base al contenuto precettivo dell'art. 2201 c.c., là dove prevede l'iscrizione nel registro delle imprese degli enti pubblici economici che esercitano in modo esclusivo o principale un'attività commerciale ⁽¹¹⁾. Siffatta dispo-

⁽⁹⁾ *Ex multis*, JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2000, pp. 182-183. In giurisprudenza, per la soluzione favorevole alla dichiarazione di fallimento dei consorzi con attività esterna, Trib. Ancona 10 gennaio 1992, in *D. fall.*, 1992, II, p. 338; Trib. Milano 5 febbraio 1996, in *F. it.*, 1996, c. 2245; Trib. Genova 17 ottobre 1997, in *Fallimento*, 1998, p. 314 (solo massima); Trib. Saluzzo 3 giugno 2002, in *Vita not.*, 2003, I, p. 309.

⁽¹⁰⁾ CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino 2003, p. 68 ss.; ed, in giurisprudenza, Trib. Savona 18 gennaio 1982, in *R. d. comm.*, 1983, II, p. 245; Cass. 22 giugno 2000, n. 8374, in *Arch. civ.*, 2001, 985.

⁽¹¹⁾ Diversamente, BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova 1948, p. 90

ne, che nulla dice in merito agli altri aspetti dello statuto dell'imprenditore commerciale tra cui la disciplina delle procedure concorsuali, costituisce inoltre norma di carattere eccezionale correlata alla natura pubblica degli enti, sicché dalla stessa non è possibile desumere un principio generale di inapplicabilità dello statuto dell'imprenditore a tutte le imprese collettive non societarie che esercitano un'attività commerciale accessoria ⁽¹²⁾.

La conclusione cui si è pervenuti risulta, peraltro, in armonia con la scelta del legislatore della riforma di stabilire l'irrelevanza della struttura soggettiva del debitore insolvente e consente, altresì, di evitare che la scelta di una determinata forma giuridica dell'esercizio dell'attività d'impresa possa costituire lo strumento per sottrarsi alle procedure concorsuali.

Il principio dell'irrelevanza della struttura soggettiva soffre l'eccezione dell'esonero degli enti pubblici dalla soggezione alle procedure concorsuali (art. 1 l. fall.) ⁽¹³⁾. Sono pertanto escluse in primo luogo, le imprese esercitate direttamente dallo stato o da enti pubblici territoriali (comuni, province, regioni), senza che vi sia altro soggetto cui viene imputata l'attività (c.d. imprese organo) e gli enti pubblici economici, come noto, sottratti alle norme del codice civile e regolati da una disciplina speciale ⁽¹⁴⁾.

Questione più complessa è quella della possibilità di dichiarare il fallimento delle società a partecipazione pubblica.

Con riferimento alle società di gestione di servizi pubblici essenziali è stato sostenuto che le stesse non possono essere sottoposte a fallimento, qualora si accerti la loro sostanziale natura di enti pubblici, né a liquidazione coatta amministrativa a causa dell'assenza di una specifica disciplina ⁽¹⁵⁾ o, seguendo altro itinerario concettuale, si è rilevato che l'esclusione degli enti pubblici risponde alla *ratio* di garantire la continuità dell'attività, sicché l'area di es-

ss.: GALGANO, *L'imprenditore commerciale*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova 1978, p. 86 ss.; ed, in giurisprudenza, Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Fallimento*, 1994, p. 151; App. Palermo 7 aprile 1989, in *G. comm.*, 1992, II, p. 61.

⁽¹²⁾ G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni ed attività d'impresa*, in questa *Rivista*, 1994, II, p. 589 ss.; CETRA, *op. cit.*, p. 71; FARENZA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, in *D. fall.*, 1981, I, p. 222 ss.; GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *R. d. comm.*, 1980, I, p. 108 ss.; ed, in giurisprudenza, Trib. Monza 12 marzo 1955, in *R. d. comm.*, 1956, II, p. 483; Trib. Treviso 10 marzo 1981, in *Fallimento*, 1982, p. 140; Trib. Savona 18 gennaio 1982, *cit.*

⁽¹³⁾ CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Tratt. Buonocore-Bassi*, I, Padova 2010, p. 32.

⁽¹⁴⁾ NOTARI, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in AA.Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano 2008, p. 103. In assenza di una dichiarazione espressa contenuta nella legge istitutiva, il carattere pubblico può desumersi da diversi indici quali l'origine, l'ingerenza dello stato ecc. (CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento*, XI, in *Tratt. Cottino*, Padova 2009, p. 58).

⁽¹⁵⁾ M. SANDULLI, *Commento all'art. 1 legge fall.*, *cit.*, p. 16; v., anche, D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, p. 715 ss.; Id., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, *ivi*, 2010, p. 691 ss.

nero deve essere estesa a tutte le ipotesi in cui, per effetto dell'apertura della procedura, possa essere compromesso l'interesse collettivo⁽¹⁶⁾. Alle stesse conclusioni, è giunta la giurisprudenza, ritenendo che, ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato, si deve dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma giuridica e, pertanto, in presenza di determinati indici sintomatici, è possibile riconoscere natura pubblica anche a società per azioni formalmente private che sono quindi sottratte alla disciplina fallimentare⁽¹⁷⁾.

Per contro, si è convincentemente rilevato che le società "in mano pubblica" rimangono enti privati, senza la possibilità di operare una riqualificazione dell'ente⁽¹⁸⁾.

Né a soluzione diversa può pervenirsi attribuendo rilievo all'interesse pubblico; ed invero, la sottrazione alle procedure concorsuali è talvolta stabilita in ragione del tipo di attività (impresa agricola) o della natura dell'ente (v. art. 2221 c.c.), ma non degli interessi coinvolti⁽¹⁹⁾. Su di un piano più generale poi, non sembra azzardato rilevare che l'evoluzione della disciplina dei presupposti delle procedure concorsuali è orientata verso una progressiva riduzione dell'area di esonero; e tale tendenza appare in contrasto con l'affermazione dell'esclusione dal fallimento delle società a partecipazione pubblica in ragione del carattere collettivo degli interessi coinvolti. Vero è, inoltre, che l'esonero delle società a partecipazione pubblica, richiedendo un complesso esame della fattispecie, appare in contrasto con gli obiettivi di semplificazione perseguiti dalla nuova regolamentazione.

Non sono infine soggetti ad un'autonoma procedura concorsuale i patrimoni separati come può agevolmente desumersi dal disposto dell'art. 2447 *novies*, comma 2°, c.c., là dove prevede che, nel caso in cui non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio, si applicano *esclusivamente* le disposizioni sulla liquidazione delle società in quanto compatibili. Pertanto, la constatazione che la sottrazione del patrimonio al fallimento indebolisce i creditori⁽²⁰⁾ non può costituire argomento sufficiente per giustificare la soluzio-

⁽¹⁶⁾ NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003, p. 179 ss.; Id., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *D. amm.*, 2004, p. 824 s.

⁽¹⁷⁾ Trib. Santa Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 713 ss.; v. anche, Trib. Catania 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*.

⁽¹⁸⁾ Tra gli altri, GALGANO, *Il fallimento delle società*, in *Tratt. Galgano*, X, Padova 1988, p. 24 s.; NOTARI, *op. cit.*, p. 104; VENTORUZZO, *Commento all'art. 1 legge fall.*, in *Comm. Cavallini*, I, Milano 2010, p. 12; ed. in giurisprudenza, Cass. 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, p. 593; App. Napoli 15 luglio 2009, *ivi*, 2010, p. 690.

⁽¹⁹⁾ ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *G. comm.*, 2006, I, p. 478.

⁽²⁰⁾ D'ALESSANDRO, *Le linee generali della riforma*, in AA.Vv., *Atti del Convegno su Diritto societario: dai progetti alla riforma* (Courmayeur, 27-28 settembre 2002), Milano 2003, p. 10; Id., *Patrimoni separati e vincoli comunitari*, in *Le società*, 2004, p. 1063; Gu-

ne positiva. Al fine di evitare pregiudizi ai diritti dei creditori è, peraltro, prevista una specifica disciplina nel caso di fallimento delle società che abbiano costituito patrimoni destinati in via esclusiva ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447 *bis*, lett. a), c.c., improntata al principio secondo cui l'apertura della procedura non comporta il venir meno della separazione. Non va trascurato poi che la legge fallimentare presuppone, in linea di principio, la qualità di imprenditore del soggetto sottoposto alla procedura mentre il patrimonio destinato non costituisce un'entità distinta rispetto alla società costituente, ma una mera articolazione patrimoniale della stessa ⁽²¹⁾. Ed invero, un'autonoma dichiarazione di fallimento del patrimonio comporterebbe l'apertura di una procedura nei confronti di un soggetto che non è mai stato imprenditore commerciale; si tratterebbe, invero, di situazione qualitativamente diversa da quella che si realizza in altre fattispecie (fallimento dell'imprenditore defunto, ecc.) in cui il soggetto passivo della procedura è stato imprenditore, ma in un periodo anteriore all'apertura della stessa.

3. — La seconda area di intervento della riforma in tema di presupposti dell'applicazione del fallimento riguarda, come noto, l'individuazione dei parametri dimensionali in base ai quali può riconoscersi l'esclusione dalla procedura. Nella prospettiva scelta dal legislatore non assumono alcun rilievo le modalità di esercizio dell'attività d'impresa ed, in particolare, la circostanza che il lavoro sia prestato dall'imprenditore e dai membri della sua famiglia, ma unicamente i criteri quantitativi contemplati dall'art. 1, comma 2°, l. fall. ⁽²²⁾.

GLIELMUCCI, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, in *www.fallimento.ipsoa.it*; ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, in *G. comm.*, 2004, I, p. 40 s.

⁽²¹⁾ PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni « separati »*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, Torino 2006, p. 921 ss.; FIMMANÒ, *Commento agli artt. 155 e 156 legge fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna 2006, p. 2228 ss.; MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni destinati*, in *Fallimento*, 2003, p. 1248. V., inoltre, LOCORATOLO, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, Napoli 2005, p. 195 ss.

⁽²²⁾ M. SANDULLI, *Commento all'art. 1 legge fall.*, cit., p. 6; R. SANTAGATA, *Sull'onere della prova dei requisiti di esonero dal fallimento*, in *D. fall.*, 2008, I, p. 11 ss.

La disciplina introdotta con il d. legisl. n. 169/2007 ha espressamente previsto che incombe sul debitore provare il mancato superamento dei requisiti dimensionali di cui alle lett. a) e b) nonché dell'ammontare dell'indebitamento di cui alla lett. c). Pertanto, mentre chi richiede il fallimento deve dimostrare il possesso della qualità di imprenditore (Cass. 15 maggio 2009, n. 11309, in *F. it.*, 2009, I, c. 2577) e l'esistenza dello stato di insolvenza, l'onere di provare il mancato superamento delle soglie dimensionali e di indebitamento ricade sul debitore (*ex multis*, R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 14) in forza del principio della vicinanza alla prova trattandosi, in molti casi, di dati e notizie cui per i terzi potrebbe risultare complesso, se non addirittura impossibile, l'accesso (CAPO, *op. cit.*, p. 69). Il tribunale, nell'ipotesi in cui all'esito dell'istruttoria prefallimentare dovessero permanere dubbi in merito alla sussistenza di tutti i requisiti richiesti dall'art. 1, comma 2°, l. fall., deve dichiarare il

L'individuazione degli imprenditori soggetti alle procedure è compiuta sulla base di parametri che non hanno alcun rilievo extraconcorsuale⁽²³⁾. È pertanto previsto che non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori in possesso dei seguenti requisiti: *a*) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento; *b*) ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nello stesso periodo; *c*) un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila.

L'assenza di un'esplicita abrogazione dell'art. 2221 c.c., là dove esclude i piccoli imprenditori dalle procedure di fallimento e di concordato preventivo non comporta che, ancora oggi, si debba tener conto del contenuto precettivo dell'art. 2083 c.c.⁽²⁴⁾ con la conseguente esclusione dal fallimento delle im-

fallimento in applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova (DE MATTEIS, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento riformato e corretto*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di Caiafa, Torino 2009, p. 96).

È inoltre controverso se il tribunale possa d'ufficio raccogliere prove in relazione al mancato superamento dei requisiti dimensionali. La possibilità di compiere siffatte indagini è stata negata sul presupposto che il fallimento costituisce un processo in cui trovano applicazione le regole generali di ripartizione dell'onere della prova e della terzietà del giudice (Trib. Napoli 1 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 367).

Al tribunale può essere riconosciuto un potere di impulso officioso volto a colmare le lacune delle parti e necessariamente limitato ai fatti da esse dedotte quali allegazioni difensive. A favore della legittimazione del tribunale ad espletare tali attività istruttorie (richieste di informazioni presso enti previdenziali, guardia di finanza ed agenzie delle entrate) possono addursi il contenuto precettivo dell'art. 15 l. fall. ed il rilievo pubblicistico degli interessi in gioco; la sentenza di fallimento produce, invero, effetti nei confronti di un novero indifferenziato di soggetti, sicché è opportuno evitare che il giudizio possa risolversi in un accordo tra le parti (FABIANI, *L'impulso officioso nella gestione del procedimento prefallimentare*, in *F. it.*, 2007, I, c. 610; R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 15) ed, infine, ragioni di economia processuale, che impongono di evitare di aprire procedure concorsuali destinate ad essere revocate (*ex multis*, M. CAMPOBASSO, *Il piccolo imprenditore da una riforma all'altra*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino 2009, p. 17; VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 47; ed, in giurisprudenza, Cass. 23 luglio 2010, n. 17281, in *Fallimento*, 2011, p. 447). Nella stessa direzione, depona la considerazione che il procedimento di dichiarazione di fallimento si svolge con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio, per i quali l'art. 738, comma 3°, c.p.c. attribuisce al giudice il potere di assumere informazioni (DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 96). Invero, la Corte Costituzionale, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. fall., ha rilevato che il giudice conserva un ampio potere di indagine officioso di verifica dei presupposti della dichiarazione di fallimento come può desumersi dalla previsione dell'art. 15, comma 4°, l. fall., là dove si precisa che il tribunale, dopo aver ordinato al debitore il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi nonché di una situazione patrimoniale economica e finanziaria aggiornata, può comunque chiedere informazioni urgenti agli organi pubblici competenti (C. cost. 1 luglio 2009, n. 198, in *F. it.*, 2009, I, c. 2576).

⁽²³⁾ COLOMBO, *L'esonero dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in *Fallimento*, 2008, p. 630.

⁽²⁴⁾ In giurisprudenza nel senso del testo Cass. 28 maggio 2010 n. 13086, in *Fallimento*, 2010, p. 1261, allorché rileva come il regime concorsuale abbia tratteggiato la figura

prese qualificabili come piccole ai sensi del codice civile, anche se eccedono i parametri quantitativi della legge fallimentare ⁽²⁵⁾.

Vero è che la tesi del perdurante rilievo della disciplina codicistica, se pur affascinante sul piano ricostruttivo, appare in contrasto con il significato dei dati normativi e con gli obiettivi perseguiti dal legislatore della riforma. Non sembra infatti che l'art. 1 l. fall. possa essere considerato come norma speciale rispetto all'art. 2221 c.c.; ed invero, ambedue le disposizioni disciplinano la stessa materia stabilendo quali sono i soggetti esclusi dal fallimento; piuttosto, proprio l'identità delle fattispecie regolate induce a ritenere che la modifica dell'art. 1 l. fall. comporti l'abrogazione implicita ⁽²⁶⁾ dell'art. 2221 c.c. ⁽²⁷⁾. Peraltro, anche qualora si volesse riconoscere il carattere speciale dell'art. 1 l. fall., la soluzione più convincente è quella di ritenere che la nuova norma deroghi alla disciplina del codice civile ⁽²⁸⁾. Ed invero, nell'ipotesi

dell'«imprenditore fallibile» affidandola in via esclusiva ai parametri della legge fallimentare i quali prescindono dal criterio della prevalenza del lavoro personale e della propria famiglia canonizzata nel regime civilistico; e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Tolmezzo 14 ottobre 2008 (decr.), in *D. fall.*, 2008, II, p. 193, secondo cui per accertare il presupposto soggettivo del fallimento deve tenersi conto esclusivamente dei criteri di cui all'art. 1 l. fall. Diversamente Trib. Salerno 7 aprile 2008, in *D. fall.*, 2009, II, p. 49, che attribuisce rilievo alla nozione di piccolo imprenditore del codice civile. Sul tema v. DE SANTIS, *Struttura « bifasica » del fallimento, disciplina transitoria della riforma della legge concorsuale e giusto processo civile*, in *Fallimento*, 2010, p. 1262; DESSÌ, *Dalla piccola impresa all'impresa fallibile: osservazioni sul presupposto soggettivo del fallimento*, in *G. comm.*, 2008, II, pp. 898-899; IOZZO, *Il piccolo imprenditore tra codice civile e leggi speciali e i poteri del giudice*, in *G. it.*, 2009, p. 1705; PASQUARIELLO, *I presupposti soggettivi del fallimento*, in *G. comm.*, 2010, II, pp. 557-558; POSITANO, *È ancora ammissibile il riferimento all'art. 2083 cod. civ., per delimitare la categoria degli imprenditori esclusi dal fallimento*, in *D. fall.*, 2009, II, p. 49; TEDESCHI, *L'accertamento dei presupposti per l'esenzione dal fallimento*, in *D. fall.*, 2008, II, p. 193.

⁽²⁵⁾ *Contra*, FERRI jr., *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, in *R. d. comm.*, 2007, I, p. 735 e già in *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *R. d. imp.*, 2009, p. 13 ss.; nonché, CENSONI, *Il presupposto soggettivo*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*³, Padova 2009, p. 36, che esclude un'abrogazione implicita del disposto dell'art. 2221 c.c.; per l'affermazione del rilievo della nozione di piccolo imprenditore nell'arco di tempo intercorrente tra l'entrata in vigore del d. legisl., 9 gennaio 2006, n. 5 ed il c.d. « decreto correttivo » (d. legisl., 12 settembre 2007, n. 169), MARASÀ, *Prime notazioni sui presupposti soggettivi del fallimento nel nuovo art. 1 l. fall.*, in questa *Rivista*, 2006, I, pp. 588-589.

⁽²⁶⁾ MARASÀ, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *R. d. comm.*, 2008, I, p. 1118. Sui problemi interpretativi nei casi di abrogazione implicita, v. A.M. SANDULLI, voce *Legge (diritto costituzionale)*, in *Nov. D.*, IX, Torino 1963, p. 650.

⁽²⁷⁾ In questi termini ALLECA, *I presupposti soggettivi delle procedure concorsuali alla luce del decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169*, in *R. d. comm.*, 2007, I, p. 1104.

⁽²⁸⁾ In argomento, CRISCUOLO, *L'autoreferenzialità dell'art. 1 l. fall.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 243, che acutamente rileva come l'art. 1 l. fall. sia norma speciale che regola il presupposto soggettivo e, pertanto, non solo prevale sulla disciplina del codice civile, ma contiene una deroga all'art. 2221 c.c. da questo legittimata allorché fa salve le disposizioni di leggi speciali.

di norma speciale successiva a quella generale, la *lex specialis* non abroga la *lex generalis* anteriore, ma piuttosto si limita a derogare ad essa ⁽²⁹⁾, dando luogo ad un fenomeno che non è molto diverso dall'abrogazione parziale ⁽³⁰⁾.

Alle stesse conclusioni può peraltro giungersi, pur negando che si sia verificata un'abrogazione implicita dell'art. 2221 c.c., se si riconosce a tale disposizione la natura di norma di mero rinvio ⁽³¹⁾. In tale prospettiva, le modifiche al testo dell'art. 1 l. fall. introdotte dal d. legisl. n. 169 del 12 settembre 2007 (c.d. *decreto correttivo*), dopo che era trascorso un breve lasso di tempo dall'entrata in vigore della riforma delle procedure concorsuali, possono essere considerate indicative dell'intento del legislatore di escludere ogni rilievo dell'art. 2083 c.c. per l'individuazione delle imprese fallibili, rendendo autonoma la nozione fallimentare di piccolo imprenditore rispetto a quella del codice civile.

In questo ordine di idee, la diversa formulazione lessicale dell'art. 2083 c.c. e dell'art. 1 l. fall. introdotto dalla riforma ed, in particolare, la circostanza che la prima si riferisce al piccolo imprenditore e la seconda agli imprenditori « non fallibili » non avvalorata la tesi del perdurante rilievo della nozione del codice civile. A ben vedere, l'abbandono di qualsiasi riferimento al piccolo imprenditore ha, invece, proprio la finalità di eliminare ogni equivoco in merito all'autosufficienza della disciplina della legge fallimentare ⁽³²⁾, segnando il definitivo tramonto della nozione del codice civile al fine dell'individuazione dei soggetti sottoposti alle procedure concorsuali ⁽³³⁾.

Da altro angolo visuale poi, non può trascurarsi che l'affermazione del perdurare del rilievo della nozione di piccolo imprenditore del codice civile, al fine della determinazione dei soggetti fallibili, appare in contraddizione con l'obiettivo di semplificare l'istruttoria fallimentare e di assicurare maggiore

⁽²⁹⁾ R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1974, p. 326; v., tuttavia, PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. d.*, I, Milano 1958, p. 143, che, seppur in termini dubitativi, afferma come, nel caso di successione di norma speciale a norma generale, non si verifichi un fenomeno di abrogazione, ma di applicazione simultanea delle due leggi.

⁽³⁰⁾ In questi termini, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano 2011, p. 123, sulle orme di KELSEN, *La derogazione* (1962), in *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milano 1981, p. 189 ss.

⁽³¹⁾ Per questa impostazione, TERRANOVA, *Che cosa resta del piccolo imprenditore?*, in *R. d. comm.*, 2011, I, 730 ss., sul presupposto che non sussiste il minimo indizio della volontà di abrogare l'art. 2221 c.c.

⁽³²⁾ È invero affermazione ricorrente che, alla base della nuova formulazione dell'art. 1, comma 2°, l. fall., vi sia l'obiettivo di escludere il rilievo della nozione di piccolo imprenditore del codice civile, cfr., CENSONI, *op. cit.*, p. 36; FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo*, in FAUCEGLIA-ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna-Roma 2011, p. 32.

⁽³³⁾ ALLECA, *op. cit.*, p. 1103; JORIO, *L'impresa assoggettabile alla legge fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, *Comm.* diretto da Jorio e Fabiani, Bologna-Roma 2010, p. 13.

certezza nell'individuazione degli imprenditori sottratti alle procedure per motivi dimensionali; obiettivo che, se pur non realizzato in pieno, era certamente alla base dei presupposti soggettivi del fallimento introdotti con la riforma ⁽³⁴⁾. È noto infatti che il criterio della prevalenza di cui all'art. 2083 c.c. lascia margini alla discrezionalità del giudice sicuramente più ampi di quelli quantitativi della legge fallimentare. Né il richiamo alla disposizione con cui si impone al debitore resistente di provare il mancato superamento delle soglie dimensionali depone, a mio avviso, in senso contrario ⁽³⁵⁾; ed invero, la diversa ripartizione dell'onere della prova non esclude che la necessità di tener conto del criterio qualitativo posto dalla disciplina del codice civile renda molto più complessa l'istruttoria prefallimentare.

4. — Acquisito che l'individuazione dei soggetti sottoposti a procedure concorsuali debba avvenire tenendo conto della disciplina fallimentare è necessario addentrarsi nell'interpretazione dei criteri quantitativi di cui all'art. 1, comma 2°, l. fall. In tale direzione, è opportuno rilevare che nell'attivo patrimoniale è necessario ricomprendere tutte le attività indipendentemente dalla fonte dell'investimento e dalla natura di immobilizzazioni o di componenti del capitale circolante. È questo un dato che può essere agevolmente definito, prendendo come punto di riferimento quanto previsto per la redazione dei bilanci di società per azioni ⁽³⁶⁾ e cioè l'insieme delle attività risultanti dalle voci raggruppate nelle macroclassi di cui all'art. 2424 c.c. ⁽³⁷⁾, che rappresenta, pertanto, il parametro normativo per definire tale concetto ⁽³⁸⁾.

L'espresso riferimento all'attivo patrimoniale induce a pensare che si debba tener conto dei crediti verso i soci per versamenti ancora dovuti nonché delle disponibilità liquide e dei ratei e dei risconti attivi; mentre appare opportuno non considerare i conti d'ordine, che costituiscono mere scritture contabili di memoria. È, inoltre, necessario valutare le voci al netto degli ammortamenti che, come noto, operano mediante riduzione diretta del valore di

⁽³⁴⁾ ACCETTELLA, *Il piccolo imprenditore ed il nuovo art. 1 della legge fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 72; CINCOTTI, *L'accertamento della « dimensione dell'impresa » nel procedimento prefallimentare*, in *G. comm.*, 2011, II, p. 1409.

⁽³⁵⁾ *Contra* FERRI jr., *op. cit.*, pp. 752-753.

⁽³⁶⁾ NOTARI, *op. cit.*, p. 105; PENTA, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano e Forgillo, Torino, 2008, p. 15 ss.; VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 21; ed. in giurisprudenza, Cass. 29 ottobre 2010, n. 22150, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 1387; App. Torino 4 marzo 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 632.

⁽³⁷⁾ Ne consegue che trovano applicazione i principi contabili di cui è espressione l'art. 2424 c.c., con la conseguenza che, con riferimento agli immobili iscritti nell'attivo dello stato patrimoniale, opera il criterio del costo storico e non quello del valore di mercato al momento del giudizio (Cass. 29 ottobre 2010, n. 22146, in *Fallimento*, 2011, p. 438).

⁽³⁸⁾ In questi termini, Cass. 29 luglio 2009, n. 17553, in *G. comm.*, 2011, II, p. 486, con nota di RENZULLI, *Fallimento del piccolo imprenditore e prova dei requisiti dimensionali*.

iscrizione del cespite nell'attivo e, più in generale, al netto dei fondi di rettifica⁽³⁹⁾.

Nel caso di soggetti il cui patrimonio non è integralmente destinato all'attività imprenditoriale (persone fisiche, associazioni, fondazioni), appare preferibile ritenere che, per stabilire il superamento dei limiti dimensionali, debbano essere considerate anche le entità estranee all'impresa; ed invero, il fallimento coinvolge l'intero patrimonio dell'imprenditore e, quindi, in presenza di cespiti di un certo valore, sia pur non compresi nell'azienda, può essere utile la composizione concorsuale dell'insolvenza⁽⁴⁰⁾. Per contro, nell'ipotesi di società con soci illimitatamente responsabili, la valutazione deve essere fatta con riferimento al solo patrimonio sociale, stante l'autonoma soggettività della società.

Sotto il profilo temporale, va infine rilevato che, per verificare se vi sia stato superamento della soglia, deve aversi riguardo alla data di chiusura di ciascun esercizio e perché possa operare l'esonero la misura dell'attivo patrimoniale non deve essere più elevata del parametro fissato in nessuno dei tre esercizi anteriori alla presentazione dell'istanza di fallimento⁽⁴¹⁾.

5. — Il secondo requisito previsto per individuare i soggetti sottratti alle procedure riguarda i ricavi; in particolare, l'impresa non deve aver realizzato, nei tre esercizi antecedenti alla data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila.

Non vi è dubbio che, per stabilire il valore di tale parametro, debba farsi riferimento principalmente al bilancio di esercizio⁽⁴²⁾, mentre più problemati-

⁽³⁹⁾ M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 11.

Per le immobilizzazioni dovrà farsi riferimento ai dati di bilancio, si tratta infatti di accertamento che deve essere svolto con rapidità e non può essere ancorato ad un dato opinabile quale il valore di mercato (così, CARATOZZOLO, *La nozione di « investimenti nell'azienda » e di « ricavi lordi » nell'art. 1 della nuova legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, p. 5 ss.; ed, in giurisprudenza, Cass. 29 ottobre 2010, n. 22146, in *G. comm.*, 2011, II, p. 1406; *contra*, PENTA, *op. cit.*, p. 55). Non si devono invece considerare i beni in *leasing*, posto che, secondo le regole di redazione del bilancio abbreviato, tale documento deve essere redatto seguendo le regole contabili nazionali in cui è prevista l'iscrizione di tali beni nel bilancio del concedente e non dell'utilizzatore (M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 11; VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 24; diversamente, POTTITO, *Commento all'art. 1 legge fall.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, I, Torino 2010, p. 27).

Per gli imprenditori non tenuti alla redazione del bilancio, trovano comunque applicazione i principi di logica contabile di cui è espressione lo stesso art. 2424 c.c., con la conseguenza che devono essere comunque utilizzati i criteri previsti da tale disposizione (Cass. 29 luglio 2009, n. 17553, in *G. comm.*, 2011, II, p. 486).

⁽⁴⁰⁾ M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 11; POTTITO, *op. cit.*, p. 26; *contra*, VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 21 s.

⁽⁴¹⁾ CAVALLI, *op. cit.*, p. 53; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna 2009, p. 62; NOTARI, *op. cit.*, p. 105.

⁽⁴²⁾ La previsione della norma secondo cui per essere esonerate dal fallimento le imprese debbano aver realizzato « in qualunque modo risulti » ricavi lordi inferiori ad euro due-

co è individuare le voci rilevanti. In proposito, è stato sostenuto che si devono considerare i soli ricavi derivanti dalla gestione caratteristica dell'impresa; pertanto, rientrerebbero nel computo le contropartite ricevute in cambio di beni o servizi riconducibili al valore della produzione di cui alla voce A1 del conto economico, nonché i proventi di natura diversa, purché collegati ai primi in quanto derivanti da attività accessorie inclusi nella voce A5, mentre non potrebbero invece essere compresi i proventi finanziari, quelli straordinari e le rivalutazioni, poiché tali poste non fanno parte della gestione ordinaria e non appaiono quindi parametri idonei per valutare la dimensione dell'impresa ⁽⁴³⁾.

Una siffatta limitazione delle voci che concorrono a stabilire l'ammontare dei ricavi lordi non appare, a mio avviso, convincente. Il riferimento a tale criterio e non ai ricavi delle vendite e delle prestazioni induce a ritenere che debba essere considerato non solo quanto realizzato dalla vendita di beni o servizi, ma anche altre voci, quali dividendi, canoni attivi, *royalties*, purché tutte queste entità siano state generate nell'attività d'impresa con l'esclusione dei ricavi del tutto straordinari o occasionali, quali le plusvalenze derivanti da alienazione dei beni o le sopravvenienze attive. Invero, il riferimento ai ricavi lordi ha l'obiettivo di definire la dimensione aziendale in funzione dell'allarme sociale che la crisi dell'impresa può generare; pertanto, è opportuno tenere in conto tutti i proventi con un certo grado di stabilità compresi quelli finanziari escludendo solo quelli di carattere straordinario ⁽⁴⁴⁾.

Nella realtà economica, molte imprese non si limitano a produrre ed a vendere, ma svolgono anche attività di investimento in titoli ed in partecipazioni in altre imprese, sicché, se non si computassero anche i dividendi e gli altri proventi finanziari, le società che svolgono prevalentemente questa attività rimarrebbero in pratica senza ricavi; ne consegue, pertanto, la necessità di considerare anche i proventi finanziari ⁽⁴⁵⁾.

centomila comporta che, pur restando il bilancio il documento principe al fine dell'accertamento della conformità ai parametri dimensionali previsti, in caso di inattendibilità del bilancio o di assenza dello stesso il convincimento del giudice potrà formarsi anche su dati emergenti da altri documenti, quali i libri, le scritture contabili e gli accertamenti tecnici (cfr., JORIO, *op. ult. cit.*, p. 12).

⁽⁴³⁾ NOTARI, *op. cit.*, p. 107; VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 27. V., inoltre, SORCI, *Commento all'art. 1 legge fall.*, in *La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di Terranova, Ferri, Giannelli, Guerrera, Perrino e Sassani, Napoli 2006, p. 9.

⁽⁴⁴⁾ Una diversa interpretazione non può fondarsi sull'argomento che nella regolamentazione del bilancio in forma abbreviata il legislatore attribuisce rilievo ai ricavi delle vendite e delle prestazioni (M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 13). Le differenti finalità della disciplina del bilancio abbreviato e dei presupposti del fallimento richiedono infatti una diversa considerazione di tali parametri; ed invero, se nel caso del bilancio abbreviato non sembra opportuno inserire tra i ricavi i proventi finanziari, in quanto non indicativi delle dimensioni della gestione caratteristica, nell'ottica della procedura concorsuale appare opportuno tenere in conto tutte le entità che potrebbero essere significative della convenienza dell'apertura del fallimento.

⁽⁴⁵⁾ CARATOZZOLO, *op. cit.*, p. 9; COLOMBO, *op. cit.*, p. 630.

Devono invece essere escluse le voci del conto economico che non possono iscriversi nella categoria dei ricavi come le variazioni delle rimanenze e dei lavori in corso su ordinazione, gli incrementi di immobilizzazioni per lavori interni nonché le componenti positive del reddito derivanti da fenomeni o accadimenti straordinari, perché non possono considerarsi indicatori delle dimensioni ⁽⁴⁶⁾. L'accertamento del superamento della soglia può avvenire in qualunque modo; è questa previsione che tiene conto delle difficoltà connesse al frequente stato di disorganizzazione delle imprese insolventi in cui spesso non si rinvergono le scritture contabili; pertanto, non dovrà tenersi conto dei dati risultanti dalle dichiarazioni fiscali obbligatorie, ma del reddito complessivo dell'imprenditore comunque accertato ⁽⁴⁷⁾.

Sono inoltre sottratte al fallimento le imprese con un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; è questo criterio che, a differenza dei precedenti, si riferisce non alle dimensioni, ma alla gravità dell'insolvenza ed ha l'obiettivo di evitare l'esclusione del fallimento di imprese con un'elevata esposizione debitoria (Relazione al d. legisl. n. 169/2007).

Il valore dell'indebitamento può essere accertato in base al disposto degli artt. 2424 e 2425 c.c. avendo riguardo ai debiti iscritti nello stato patrimoniale, compresi quelli nei confronti dei lavoratori subordinati relativi al trattamento di fine rapporto. Deve inoltre attribuirsi rilievo a tutte le posizioni debitorie comunque risultanti, anche se omesse nella documentazione disponibile, come accade nell'ipotesi in cui le scritture contabili o manchino o siano inattendibili ⁽⁴⁸⁾.

Appare, infine, preferibile ritenere che l'ammontare dei debiti non vada calcolato con riferimento alla data della presentazione dell'istanza di falli-

⁽⁴⁶⁾ TIZZANO, *I caratteri dell'impresa « non piccola » nella nuova legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, p. 388.

Non devono essere ricompresi i resi, gli sconti, gli abbuoni, i premi e le imposte dirette; ed invero, l'art. 2425 *bis* c.c. impone di iscrivere in bilancio i ricavi al netto di tali importi (CAVALLI, *op. cit.*, p. 56). Per altro verso, l'esplicito riferimento ai « ricavi lordi » comporta che, per verificare il superamento della soglia di fallibilità, non devono essere detratti né le imposte indirette, né i costi necessari per ottenere i ricavi quali le spese di trasporto, di assicurazione e le provvigioni (COLOMBO, *op. cit.*, p. 630).

⁽⁴⁷⁾ La formulazione dell'art. 1, comma 2°, l. fall. impone di ritenere che il parametro dei ricavi lordi vada riferito agli ultimi tre esercizi e non agli anni solari (v., in questo senso, con riferimento al testo dell'art. 1, lett. b, l. fall. introdotto con il d. legisl., 9 gennaio 2006, n. 5 il cui testo appariva equivoco, Cass. 3 dicembre 2010, n. 24630, in *Fallimento*, 2011, 629).

⁽⁴⁸⁾ CAVALLI, *op. cit.*, p. 57. L'assenza di ulteriori specificazioni induce a ritenere che, per il calcolo del superamento del parametro di cinquecentomila euro, si debba aver riguardo non solo dei debiti liquidi ed esigibili, ma anche di quelli sottoposti a condizione sospensiva o risolutiva (CAPO, *op. cit.*, p. 68; NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 64). In modo analogo, sembrano da ricomprendere nel calcolo dell'indebitamento i debiti postergati, se si ritiene che gli stessi costituiscano passività della società ancorché la loro esigibilità sia sospesa in presenza di determinate condizioni (M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 15).

mento, ma si debba piuttosto avere riguardo al momento conclusivo dell'istruttoria prefallimentare, come sembra potersi desumere dal tenore letterale del disposto della lett. c) dell'art. 1 l. fall. in cui il verbo è utilizzato al tempo presente; pertanto, nelle more del procedimento, il debitore potrà ridurre l'ammontare dei debiti.

È palese come risultino aperte non poche questioni e, di conseguenza, continuino a sussistere margini di incertezza in merito alla soluzione di problemi dai rilevanti risvolti applicativi in palese contrasto con le finalità di semplificazione perseguite dalla riforma. È pertanto ancora attuale l'affermazione di Walter Bigiavi, in uno dei passi più significativi della indimenticata monografia sulla piccola impresa, ove si osservava che il contenuto precettivo dell'art. 1 l. fall. « *che avrebbe dovuto portare ad una semplificazione del problema si è risolto, invece, in una grave complicazione dello stesso* »⁽⁴⁹⁾.

6. — Le riflessioni sin qui svolte hanno poi un non trascurabile valore sistematico; ed invero, mentre nei decenni successivi alla codificazione del 1942 il significato dei parametri quantitativi previsti dalla legge fallimentare era stato progressivamente eroso, tanto che si era sottolineato come si fosse realizzata una "ricodificazione del piccolo imprenditore"⁽⁵⁰⁾, la nuova disciplina, eliminando il rilievo della nozione di piccolo imprenditore contenuta nel codice civile, rappresenta un aspetto della moltiplicazione delle nozioni di impresa in relazione agli obiettivi perseguiti ed agli interessi tutelati nei diversi settori dell'ordinamento⁽⁵¹⁾.

È noto che nella legislazione speciale, già da tempo, sono stati introdotti criteri identificativi delle piccole imprese divergenti da quelli del codice civile ed alcune categorie di piccoli imprenditori hanno trovato considerazione legislativa in un'accezione diversa nella disciplina delle agevolazioni alle imprese, nella disciplina lavoristica o tributaria, ove si fa riferimento al numero di dipendenti, al volume di affari o ad altri indici⁽⁵²⁾. Oggi la legge fallimentare prevede parametri meramente quantitativi, mentre il codice civile impostava la distinzione tra imprenditore medio grande e piccolo in termini qualitativi⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ BIGIAVI, *La « piccola impresa »*, Milano 1947, pp. 121-122.

⁽⁵⁰⁾ G.F. CAMPOBASSO, *La ricodificazione del piccolo imprenditore*, in questa *Rivista*, 1992, I, p. 343 ss.; MARASÀ, *op. cit.*, p. 1111.

⁽⁵¹⁾ Sull'utilizzazione di una categoria in più settori dell'ordinamento, già OPO, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *G. comm.*, 1977, I, p. 32 ss. ed in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, vol. I, Padova 1992, (da cui si cita), p. 218; SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv.*, - sez. *comm.*, VII, Torino 1992, che acutamente parla di poliseimia del vocabolo impresa.

⁽⁵²⁾ OPO, *Impresa e Imprenditore*, in *Diritto dell'impresa, cit.*, p. 306; BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, vol. I, Padova 2001, p. 487; SPADA, *Imprenditore ed impresa artigiana tra codice civile e legislazione speciale*, in *G. comm.*, 1987, I, p. 710 ss.

⁽⁵³⁾ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, 6ª ed., a cura di M.

Si è così verificata una sostanziale frammentazione dell'istituto in cui non esiste più un piccolo imprenditore, ma diversi "piccoli imprenditori", che conferma come, al di là del dibattito sul valore precettivo delle norme definitorie ⁽⁵⁴⁾, queste costituiscano uno strumento da cui non è facile prescindere, là dove per la delicatezza degli interessi in gioco sia necessario predisporre criteri certi per la individuazione delle fattispecie.

Si tratta, come è agevole constatare, di definizioni che non entrano in collisione tra loro, in quanto operano a fini diversi. In quest'ottica, la nozione del codice civile continua ad avere un valore non più essenziale, ma limitato ad aspetti sostanzialmente marginali, quali l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese con effetti di mera pubblicità notizia, l'applicazione della regola generale della perdita di efficacia della proposta e dell'accettazione in caso di sopravvenuta morte o incapacità del proponente (art. 1330 c.c.), l'individuazione dei soggetti obbligati alla tenuta delle scritture contabili e della sfera di applicazione del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, c.c.

Su di un piano generale, non può peraltro negarsi come il processo di frammentazione della nozione di piccolo imprenditore, finalmente giunto a compimento a quasi settanta anni dalla promulgazione del codice civile costituisca un aspetto del progressivo venir meno della posizione centrale del codice a favore di leggi speciali che contengono propri principi ⁽⁵⁵⁾.

PAOLO PISCITELLO

Prof. ord. dell'Università degli Studi di Napoli
« Suor Orsola Benincasa »

Campobasso, Torino 2008, p. 25; FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in *L'impresa*, a cura di Libonati e Ferro-Luzzi, Milano 1985, p. 8.

⁽⁵⁴⁾ In argomento, BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977, spec. p. 59 ss.

⁽⁵⁵⁾ IRTI, *L'età della decodificazione*, in *D. e società*, 1978, p. 629; Id., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in questa *Rivista*, 1979, II, p. 141 ss., che mette in luce come l'esperienza dei decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile abbia visto la proliferazione di una pluralità di microsistemi di norme.