

DIRITTO COMMERCIALE E FALLIMENTARE

Direttore

LORENZO DE ANGELIS
Università "Ca' Foscari" di Venezia

Comitato scientifico

Elisabetta BERTACCHINI
Università degli Studi di e-Campus

Antonio BLANDINI
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Alberto URBANI
Università "Ca' Foscari" di Venezia

Comitato redazionale

Giovanni GRIPPO
Università degli Studi di Ferrara

DIRITTO COMMERCIALE E FALLIMENTARE

In “Diritto commerciale e fallimentare” sono pubblicate opere di alto livello scientifico, anche in lingua straniera per facilitarne la diffusione internazionale.

I direttori approvano le opere e le sottopongono a referaggio con il sistema del « doppio cieco » (« *double blind peer review process* ») nel rispetto dell’anonimato sia dell’autore, sia dei due revisori che scelgono: l’uno da un elenco deliberato dal comitato di direzione, l’altro dallo stesso comitato in funzione di revisore interno.

I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare;

tenendo conto della: a) significatività del tema nell’ambito disciplinare prescelto e originalità dell’opera; b) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; c) attenzione adeguata alla dottrina e all’apparato critico; d) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; e) rigore metodologico; f) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; g) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta da uno dei direttori, salvo casi particolari in cui i direttori provvederanno a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell’elaborato.

Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali i direttori della collana, in assenza di osservazioni negative, ritengono approvata la proposta.

Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. I direttori, su loro responsabilità, possono decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Arminio Salvatore Rabuano
Rosario Rabuano

**Manuale di diritto fallimentare
e delle procedure concorsuali**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0576-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: agosto 2017

13 Premessa

15 Capitolo I

I Presupposti del fallimento

1.1. I presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento, 15 – 1.2. Imprese commerciali, 15 – 1.3. Imprese agricole, 17 – 1.4. Imprese pubbliche, 19 – 1.4.1. *La questione della natura giuridica delle società partecipate da soggetti pubblici nel diritto amministrativo*, 19 – 1.4.2. *Fallibilità degli enti pubblici economici e delle società partecipate da soggetti pubblici*, 23 – 1.4.3. *Fallibilità delle società pubbliche alla luce del D.Lgs. 175 del 2016*, 40 – 1.5. L'imprenditore occulto, 42 – 1.5.1. *Criteri per individuare la qualità di imprenditore "occulto"*, 51 – 1.6. Il fallimento delle società commerciali e dei soci illimitatamente responsabili, 52 – 1.7. Il fallimento del socio occulto illimitatamente responsabile, 53 – 1.8. Il fallimento del socio tiranno, 53 – 1.9. Il fallimento della holding, 54 – 1.10. Super società di fatto, 56 – 1.10.1. *Società di fatto*, 56 – 1.10.2. *Possibilità giuridica della partecipazione di una società di capitali in una società di persone di fatto*, 61 – 1.11. Requisito soggettivo prescritto dall'art. 1, comma 2, r.d. 267/42, 74 – 1.12. Il requisito oggettivo per la dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza, 78 – 1.12.1. *Lo stato di insolvenza della società in liquidazione*, 80 – 1.13. Condizione di procedibilità fissata dall'art. 15 ult. co. r.d. 267/42, 83 – 1.14. Termine temporale per la dichiarazione di fallimento, 83.

87 Capitolo II

Il giudizio prefallimentare e le impugnazioni

2.1. Giudizio prefallimentare, 87 – 2.2. Legittimazione a domandare il fallimento, 90 – 2.2.1. *Ricorso del creditore*, 90 – 2.2.2. *Ricorso del debitore*, 93 – 2.2.3. *Ricorso del Pubblico Ministero*, 94 – 2.2.4. *Competenza e giurisdizione*, 101 – 2.2.5. *Questioni di competenza*, 102 – 2.2.6. *Giurisdizione*, 102 – 2.2.7. *L'istruttoria prefallimentare*, 104 – 2.2.8. *Disciplina dell'istruttoria prefallimentare*, 105 – 2.3. La decisione, 106 – 2.4. Le impugnazioni, 108 – 2.4.1. *Impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*, 108 – 2.4.2. *Impugnazione avverso il decreto di rigetto*, 109.

113 Capitolo III

Gli organi della procedura fallimentare

3.1. Il tribunale fallimentare, 113 – 3.1.1. *Il giudice delegato*, 114 – 3.1.2. *Poteri di vigilanza e controllo*, 114 – 3.1.3. *Tipologia dei poteri del giudice delegato*, 116 – 3.1.4. *Assemblea dei creditori*, 117 – 3.1.5. *Comitato dei creditori*, 118 – 3.1.6. *Poteri di autorizzazione*, 119 – 3.1.7. *Poteri del comitato dei creditori riguardo all'approvazione del programma di liquidazione*, 119 – 3.1.8. *Responsabilità dei componenti del comitato dei creditori*, 120 – 3.1.9. *Il funzionamento del comitato dei creditori*, 120 – 3.2. Il curatore, 121 – 3.2.1. *Natura dell'organo*, 122 – 3.2.2. *Funzioni del curatore. Potere di gestione del patrimonio fallimentare*, 124 – 3.2.3. *Organo competente alla nomina delle persone la cui opera è richiesta nell'interesse del fallimento e dei difensori della curatela*, 127 – 3.2.4. *Autorizzazione del giudice delegato alla proposizione di un'azione giudiziale*, 129 – 3.2.5. *Revoca del curatore*, 131 – 3.2.6. *Sostituzione del curatore*, 132 – 3.2.7. *Responsabilità del curatore*, 132 – 3.2.8. *Profili processuali*, 135 – 3.2.9. *Delegati e coadiutori*, 137 – 3.2.10. *Reclami endofallimentari*, 138 – 3.2.11. *Reclamo contro atti del curatore e del comitato dei creditori*, 140.

143 Capitolo IV

Gli effetti del fallimento nei confronti del fallito

4.1. Gli effetti del fallimento in generale, 143 – 4.2. Gli effetti patrimoniali sostanziali verso l'imprenditore fallito, 143 – 4.2.1. *Sentenza dichiarativa di fallimento e beni sopravvenuti*, 147 – 4.2.2. *Passività collegate ai beni sopravvenuti*, 152 – 4.2.3. *I beni non compresi nel fallimento*, 153 – 4.2.4. *Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento sulla persona dell'imprenditore*, 155.

157 Capitolo V

Gli effetti del fallimento nei confronti dei creditori

5.1. *Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali*, 157 – 5.2. *Il concorso formale*, 165 – 5.3. *Il concorso sostanziale dei creditori.*, 167 – 5.4. *Eccezioni al principio di parità di trattamento dei creditori*, 169.

171 Capitolo VI

Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti

6.1. La norma generale dettata dall'art. 72 r.d. 267/42, 171 – 6.1.1. *Ambito di applicazione dell'art. 72 L.F.*, 172 – 6.1.2. *Esercizio facoltà di subentro*, 174 – 6.1.3. *Il subentro nel rapporto*, 175 – 6.2. *I contratti che si sciolgono ex lege*, 176 – 6.3. *Limiti all'applicazione dell'art. 72 e i diversi casi di subentro ex lege dell'ufficio fallimentare nei contratti stipulati dall'imprenditore fallito*, 178 – 6.3.1. *I contratti che proseguono con il fallito*, 179

– 6.3.2. *Risoluzione dei contratti pendenti alla data della dichiarazione di fallimento*, 179.

183 Capitolo VII

La reintegrazione patrimoniale generica

7.1. Atti inefficaci ex lege, 184 – 7.1.1. *Rapporto tra la disciplina degli atti a titolo gratuito disposta dall'art. 64 co. 2 L.F. e la disciplina degli atti "compiuti a titolo gratuito" contenuta nell'art. 2929 bis c.c.*, 187 – 7.2. Atti revocabili, 188 – 7.2.1. *Azione revocatoria ordinaria nei confronti dei terzi subacquirenti*, 192 – 7.3. *Revocatoria fallimentare*, 193 – 7.3.1. *Azione revocatoria degli atti a titolo oneroso*, 196 – 7.3.2. *Azione revocatoria degli atti costitutivi di diritti di prelazione*, 197 – 7.3.3. *Pagamenti*, 197 – 7.3.4. *Atti compiuti tra coniugi*, 198 – 7.4. *Gli atti esenti dall'azione revocatoria fallimentare*, 199 – 7.5. *Termine di decadenza delle azioni revocatorie*, 200.

203 Capitolo VIII

Il procedimento fallimentare

8.1. *Accertamento dello stato passivo*, 203 – 8.1.1. *Le impugnative contrattuali e le domanda di accertamento del credito alla ripetizione della prestazione eseguita*, 205 – 8.1.2. *Carattere eventuale dell'accertamento dello stato passivo*, 209 – 8.1.3. *Processo di verifica dello stato passivo*, 209 – 8.1.4. *Il procedimento*, 210 – 8.1.5. *I provvedimenti del giudice*, 213 – 8.1.6. *Le impugnazioni*, 215 – 8.1.7. *L'opposizione*, 215 – 8.1.8. *La revocazione*, 217 – 8.1.9. *Le domande tardive*, 218 – 8.2. *Liquidazione dell'attivo*, 218 – 8.2.1. *La custodia e l'amministrazione dei beni*, 218 – 8.2.2. *Il programma di liquidazione*, 221 – 8.2.3. *L'esercizio provvisorio*, 222 – 8.2.4. *L'affitto di azienda*, 224 – 8.2.5. *La liquidazione dei beni*, 225 – 8.3. *Ripartizione attivo*, 227 – 8.3.1. *Somme disponibili e somme ripartibili*, 227 – 8.3.2. *Piani di riparto*, 228 – 8.3.3. *Disciplina della procedura di riparto dell'attivo*, 233.

235 Capitolo IX

La chiusura del fallimento

9.1. *Art. 118 co. 1 n. 1 L.F.*: nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa di fallimento non sono state proposte domande di ammissione al passivo, 236 – 9.2. *Art. 118 co. 1 n. 2 L.F.*: le ripartizioni ai creditori raggiungono, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione, 238 – 9.2.1. *Art. 118 co. 1 n. 3 L.F.*: *compiuta ripartizione finale dell'attivo*, 240 – 9.2.2. *Art. 118 co. 1 n. 4 L.F.*: *nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali*,

né i crediti prededucibili e le spese di procedura, 241 – 9.2.3. *La chiusura del fallimento sociale. La chiusura del fallimento individuale dei soci*, 242 – 9.3. Il decreto di chiusura. Natura e contenuto del decreto di chiusura, 248 – 9.3.1. *Aspetti processuali*, 249 – 9.4. *Gli effetti della chiusura*, 251 – 9.4.1. *Gli effetti della chiusura per gli organi della procedura*, 251 – 9.4.2. *Gli effetti della chiusura per il debitore*, 252 – 9.4.3. *Gli effetti della chiusura per i creditori*, 252 – 9.4.4. *Gli effetti della chiusura sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, 252 – 9.4.5. *Gli effetti della chiusura sui rapporti giuridici e sui processi pendenti*, 253 – 9.5. La riapertura del fallimento: generalità, 253 – 9.5.1. *Presupposti*, 254 – 9.5.2. *Aspetti processuali: legittimazione, comparizione, istruttoria, decisione. Disposizioni applicabili*, 256 – 9.5.3. *Il concorso dei vecchi e nuovi creditori*, 257 – 9.5.4. *Effetti della riapertura sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, 258 – 9.6. Il concordato fallimentare, 259 – 9.6.1. *Nozione e natura del concordato fallimentare*, 259 – 9.6.2. *Procedura*, 260 – 9.6.3. *Contenuto della proposta*, 260 – 9.6.4. *Approvazione del concordato*, 262 – 9.6.5. *Giudizio di omologazione*, 263 – 9.6.6. *Effetti del concordato*, 264 – 9.6.7. *Esecuzione del concordato*, 264 – 9.6.8. *Risoluzione del concordato*, 264 – 9.6.9. *Annullamento del concordato*, 265 – 9.6.10. *Effetti: riapertura della procedura fallimentare*, 265 – 9.7. *L'esdebitazione*, 265.

269 Capitolo X

Il concordato preventivo

10.1. I principi che governano la normativa della procedura di concordato preventivo: il principio della parità di trattamento dei creditori e il principio del miglior soddisfacimento del ceto creditorio, 269 – 10.2. *Presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato*, 272 – 10.3. La natura del concordato, 273 – 10.3.1. *Teorie contrattuali*, 274 – 10.3.2. *Teorie processuali*, 277 – 10.3.3. *Teorie dell'obbligazione legale*, 278 – 10.3.4. *Tesi che distingue le diverse fasi del procedimento di concordato*, 282 – 10.4. Le diverse tipologie di concordato, 284 – 10.5. Rapporto tra processo per la dichiarazione di fallimento e procedimento per l'apertura del concordato preventivo, 290 – 10.6. La consecuzione tra procedure, 297 – 10.7. Il procedimento diretto alla definizione del concordato, 298 – 10.8. Ammissione alla procedura di concordato preventivo, 299 – 10.8.1. *Il ricorso*, 299 – 10.8.2. *La proposta*, 299 – 10.8.3. *Le proposte concorrenti*, 302 – 10.8.4. *Le offerte concorrenti*, 304 – 10.8.5. *Il piano*, 305 – 10.8.6. *La relazione del professionista attestatore*, 307 – 10.9. I poteri di controllo del tribunale. Il controllo sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano, 308 – 10.9.1. *Il controllo sulla veridicità dei dati aziendali*, 308 – 10.9.2. *Il giudizio sulla fattibilità del piano*, 312 – 10.10. Il giudizio sulla formazione delle classi, 324 – 10.10.1. c1) *Facoltà o obbligo dell'imprenditore di procedere alla formazione delle classi*, 325 – 10.10.2. c2) *Necessità di formazione della classe dei creditori aventi un titolo di prelazione*, 327 – 10.10.3. c3) *Criteri di forma-*

zione delle classi, 328 – 10.11. Decisione del tribunale, 330 – 10.12. Effetti del decreto di apertura, 331 – 10.12.1. *Effetti per il proponente il concordato*, 331 – 10.12.2. *Effetto del decreto di apertura sui rapporti giuridici pendenti*, 336 – 10.13. Potere del tribunale di autorizzare lo scioglimento o la sospensione dei contratti, 338 – 10.14. Regime di pagamento dei crediti anteriori, 340 – 10.15. Gli organi della procedura, 344 – 10.16. Fase di approvazione del concordato, 346 – 10.17. Il procedimento di revoca del decreto di ammissione alla procedura di concordato, 348 – 10.18. La fase di omologazione del concordato, 357 – 10.19. Decreto di omologazione, 358 – 10.20. Esecuzione del concordato, 359 – 10.21. I finanziamenti, 366 – 10.21.1. *I finanziamenti “ponte o in funzione”*, 367 – 10.21.2. *I finanziamenti “interinali”*, 368 – 10.21.3. *I finanziamenti ex art. 167 co. 2 L.F.*, 369 – 10.21.4. *I finanziamenti in esecuzione del concordato*, 369 – 10.22. Risoluzione e annullamento del concordato, 369 – 10.23. Transazione fiscale, 370 – 10.23.1. *Contenuto della transazione fiscale*, 373.

379 Capitolo XI

Il concordato con riserva

11.1. Natura del concordato con riserva, 379 – 11.1.1. *Procedura*, 380 – 11.1.2. *Poteri di controllo del tribunale*, 381 – 11.1.3. *Finanziamenti*, 383 – 11.1.4. *Decisione del tribunale*, 384.

385 Capitolo XII

Accordi di ristrutturazione dei debiti

12.1. Accordi di ristrutturazione dei debiti. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. Nozione e natura giuridica del procedimento, 385 – 12.1.1. *Natura degli accordi*, 389 – 12.1.2. *Presupposto soggettivo e oggettivo*, 390 – 12.1.3. *Strumenti preparatori e anticipatori dell'accordo di ristrutturazione. Convenzione di moratoria*, 390 – 12.1.4. *Il procedimento di omologazione dell'A.R.D. ex art. 182 bis L.F.*, 393 – 12.1.5. *Natura del procedimento di omologazione*, 395 – 12.1.6. *Il potere di controllo del tribunale*, 396 – 12.1.7. *Effetti del decreto di omologazione*, 398 – 12.1.8. *Esecuzione dell'accordo*, 400 – 12.1.9. *Transazione fiscale e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 402.

405 Capitolo XIII

La liquidazione coatta amministrativa

13.1. Nozione e natura, 405 – 13.1.1. *Presupposti*, 406 – 13.1.2. *La ripartizione delle competenze*, 408 – 13.1.3. *Il coordinamento tra le procedure di liquidazione coatta amministrativa e quelle di fallimento*, 409 – 13.1.4. *Il provvedimento di liquidazione*, 410 – 13.2. Gli effetti del provvedimento di liquidazione, 411 –

13.2.1. *Gli organi della procedura*, 412 – 13.2.2. *Fasi salienti della procedura*, 414 – 13.3. Liquidazione dell'attivo, 415 – 13.3.1. *La fase di liquidazione dell'attivo ha natura amministrativa*, 415 – 13.3.2. *Chiusura della procedura*, 415.

417 Capitolo XIV

L'amministrazione straordinaria

14.1. Il quadro normativo, 417 – 14.2. Procedura, 417 – 14.2.1. *Fase giurisdizionale*, 419 – 14.2.2. *Gli organi*, 420 – 14.2.3. *Svolgimento della fase giurisdizionale*, 421 – 14.3. Fase amministrativa, 422 – 14.3.1. *Gli organi della fase amministrativa.*, 423 – 14.3.2. *Svolgimento della fase amministrativa*, 424 – 14.4. Cessazione dell'amministrazione straordinaria, 425 – 14.5. Amministrazione straordinaria e gruppi di imprese., 427 – 14.6. Amministrazione straordinaria speciale., 429 – 14.6.1. *Procedura*, 429 – 14.7. Cessazione della procedura, 433.

435 Capitolo XV

Procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento

15.1. Definizione e natura della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, 435 – 15.1.1. *Natura della PCC*, 435 – 15.2. Il presupposto soggettivo, 436 – 15.3. Presupposto oggettivo: il concetto di "sovraindebitamento", 440 – 15.4. Condizione del mancato ricorso alla PCC nel termine di cinque antecedenti alla presentazione del ricorso, 441 – 15.5. Gli elementi della PCC, 442 – 15.5.1. *Il piano*, 442 – 15.5.2. *L'accordo di ristrutturazione del debito*, 444 – 15.5.3. *Natura dell'accordo di ristrutturazione del debito*, 445 – 15.6. Il procedimento di omologazione, 445 – 15.6.1. *La presentazione del piano e della proposta. Il decreto di fissazione dell'udienza del giudice*, 445 – 15.6.2. *Il perfezionamento dell'ADR*, 447 – 15.6.3. *Omologazione dell'ADR*, 449 – 15.6.4. *Effetti dell'ADR omologato*, 449 – 15.6.5. *Il potere di controllo del tribunale sulla fattibilità del piano*, 450 – 15.6.6. *Esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore*, 451 – 15.7. Impugnazione e risoluzione dell'accordo, 452 – 15.8. Procedimento di omologazione del piano del consumatore, 453 – 15.9. Effetti dell'omologazione del piano del consumatore, 455 – 15.10. Esecuzione del piano del consumatore, 456 – 15.11. Revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore, 457 – 15.12. Procedura di liquidazione del patrimonio, 458 – 15.12.1. *Procedimento*, 458 – 15.12.2. *Formazione dello stato passivo*, 461 – 15.12.3. *Fase di liquidazione dei beni del debitore*, 462 – 15.12.4. *Chiusura della procedura di liquidazione*, 463 – 15.13. Esdebitazione, 463.

467 Bibliografia

Premessa

Il presente manuale è diretto a illustrare i principi fondamentali del diritto concorsuale.

La peculiarità dell'opera è rappresentata dall'intento di riprendere i principi fondamentali del diritto concorsuale esposti nei manuali classici che costituiscono la base necessaria per comprendere e interpretare, soprattutto nel periodo attuale caratterizzato da una copiosa produzione legislativa, le linee che devono guidare l'interprete nella soluzione delle problematiche applicative della normativa.

Si è proceduto, quindi, a un continuo richiamo delle tesi sostenute dagli autori classici e a verificarne l'attualità sulla base della normativa vigente. Sono state illustrate, con riferimento alle problematiche più attuali i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali evidenziando in modo particolare il percorso motivazionale posto alla base dei diversi assunti teorici.

Il manuale è destinato sia agli studenti universitari, che hanno il primo approccio con la materia, sia ai professionisti in modo da consentire loro una rapida analisi delle norme fondamentali relative alle procedure concorsuali e delle connesse problematiche più attuali.

Con riferimento al metodo seguito per la stesura del presente testo è stato seguito l'insegnamento del Prof. Vivante il quale, nel Suo Trattato di Diritto Commerciale, affermava:

Agli studenti e agli studiosi — le due parole non sempre sono sinonime — che spesso mi chiedono consigli e temi per le loro dissertazioni io non posso dare per guida che il metodo da me seguito. Non si avventurino mai ad alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è l'oggetto dei loro studi. Raccolgano nelle borse, nelle banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie, il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà. Se il diritto ha per iscopo di regolare gli effetti di un istituto è evidente che lo studio pratico della sua natura deve preceder quello del

diritto. Compiute queste indagini in rei veritate, si segua per quanto è possibile la linea storica dell'istituto sceverandolo dagli istituti affini, e si metta a profitto quella conoscenza pratica e storica per sottoporre ad una critica le fonti giuridiche, come le leggi, la giurisprudenza, le consuetudine. Non si cominci a scrivere se non quando di è ricomposto tutto l'argomento nella propria mente, secondo le necessità logiche del suo rinnovato contenuto, e nello scrivere si pigli come punto di partenza l'ultima parola cui sono giunti gli studiosi precedenti, in Italia e all'estero, perché la letteratura giuridica in materia commerciale progredisce sincreticamente in tutti i paesi appartenenti al ciclo della nostra cultura. S'incominci dove gli altri scrittori hanno finito, perché le ripetizioni costituiscono il più penoso inombro che s'incontri sulla via degli studi giuridici e non si deve accrescerne la mole già enorme¹.

Napoli, 9 maggio 2017

1. C. VIVANTE, *I Commercianti*, Trattato di Diritto Commerciale, vol. I, Torino 1902.

I Presupposti del fallimento

1.1. I presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento

L'art. 1 r.d. 16 marzo 1942, n. 267 prescrive i requisiti soggettivi per l'applicabilità delle norme della legge fallimentare e dispone al comma 1 che «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento [...] gli imprenditori che esercitano una attività commerciale». L'art. 1, comma 2, inoltre, precisa che «non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento [...] gli imprenditori [...] i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

- a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;
- b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;
- c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

1.2. Imprese commerciali

Il primo requisito soggettivo è rappresentato dall'essere imprenditore commerciale.

Questa è figura è delineata dal combinato disposto degli artt. 2082 e 2195 c.c.

L'art. 2082 c.c. dispone: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi».

L'art. 2195 c.c. precisa che sono imprenditori commerciali coloro che esercitano:

- a) attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi;
- b) attività intermediaria nella circolazione dei beni;
- c) attività di trasporto per terra, per acqua e per aria;
- d) attività bancaria o assicurativa;
- e) altre attività ausiliarie delle precedenti.

La ragione della scelta del legislatore di limitare l'ambito di applicabilità delle norme della legge fallimentare agli imprenditori commerciali si ricollega a ragioni storiche e di politica legislativa.

Sotto il profilo storico, la legislazione italiana è stata ispirata, da un lato, alla legislazione napoleonica — e, dall'altro, ai codici del commercio del 1865 e del 1882.

In particolare, per quanto attiene alla legislazione napoleonica, essa disciplinava il fallimento nel *code de commerce* del 1807 limitandone l'applicazione ai commercianti. Riguardo ai codici del commercio del 1865 e del 1882, questi sistemi normativi, modellati sul *code de commerce*, delimitavano l'operatività dell'istituto del fallimento ai soli commercianti.

La relazione del Guardasigilli al r.d. 267/42 precisava che «sono fin troppo note, perché qui debbano essere richiamate, le ragioni che hanno determinato il sorgere del fallimento come istituto proprio dei commercianti: conviene solo ricordare che in questo senso è sempre stata la tradizione italiana, anche se le leggi moderne che hanno determinato la distinzione tra debitore commerciante e non commerciante ripetono la loro origine immediata dal codice francese».

La ragione di natura politica che ha determinato il legislatore a dettare regole analitiche per la disciplina dell'esecuzione concorsuale soltanto nei confronti dell'imprenditore commerciale si ricollega alla particolare complessità e pericolosità dell'insolvenza dell'imprenditore.

La natura dinamica dell'attività d'impresa e la complessa rete di rapporti che avvince i soggetti economici sono fattori in grado di

ampliare gli effetti dello stato di insolvenza di un imprenditore con conseguenze dirompenti nel settore economico, atteso il pericolo della rapida estensione della crisi ad altre imprese.

1.3. Imprese agricole

Sono escluse dal novero dell'impresa fallibile le imprese agricole.

L'art. 2135 c.c., riformulato dall'art. 1 D.Lgs. 18/05/2001, n. 228, definisce imprenditore agricolo chi esercita l'attività di coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Il concetto di coltivazione del fondo, selvicoltura e allevamento di animali di cui all'art. 2135, comma 2, c.c. comprende le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. Sono connesse, invece, le attività esercitate dal medesimo imprenditore agricolo dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dell'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata. Sono, inoltre, ricomprese nella nozione di attività connesse quelle di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge.

L'art. 2135, comma 2, c.c. ha positivizzato il criterio agro-biologico per l'individuazione della natura agricola dell'impresa riconoscendo come profilo qualificante dell'imprenditore agricolo lo svolgimento dell'attività diretta alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico naturale o animale e attribuendo rilievo soltanto eventuale al dato dell'utilizzo, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, del fattore produttivo naturale rappresentato dalla terra, dal bosco o dall'acqua.

L'interpretazione della nozione di impresa agricola è confermata dal confronto con il testo originario dell'art. 2135 c.c.

La disposizione abrogata dell'art. 2135 c.c. prevedeva: «È imprenditore agricolo chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla selvicoltura, all'allevamento del bestiame e attività connesse».

Il legislatore aveva recepito una nozione fondiaria di impresa agricola fondata sul criterio strettamente funzionale, nell'ambito dell'azienda, del fattore naturale rispetto alla realizzazione dei prodotti vegetali e animali.

La Relazione Ministeriale al codice del 1942, infatti, precisava: «L'espressione agricoltura è assunta nel codice nel suo senso più ampio di esercizio dell'attività rivolta allo sfruttamento della terra e delle sue attitudini produttive, sia che tale sfruttamento consista nella coltivazione del fondo o invece nella silvicoltura e nell'allevamento del bestiame».

Il testo attuale dell'art. 2135 c.c., invece, prevede espressamente che l'attività debba consistere nella cura e sviluppo di un ciclo biologico o di una sua fase necessaria per la realizzazione di prodotti di carattere vegetale o animale. Attribuisce rilevanza, pertanto, a un ciclo che obbedisce alle leggi della natura. L'attuale formulazione della disposizione in parola si riferisce, dunque, a un'attività sottratta al completo e assoluto controllo dell'imprenditore.

L'art. 2135, co. 2, c.c., inoltre, con l'espressione «utilizzano o possono utilizzare il fondo» indica la mera eventualità che l'imprenditore agricolo ricorra, nell'ambito del ciclo produttivo, alla forza genetica del fattore naturale (terra, bosco, acqua, animali) per la realizzazione dei propri prodotti.

Il legislatore ha, quindi, ampliato la categoria dell'imprenditore agricolo¹, riconoscendo rilevanza all'elemento del rischio rappresentato, oltre dal possibile utilizzo nell'ambito dell'organizzazione aziendale di mezzi produttivi naturali, dal collegamento della produzione alla cura di un ciclo biologico, mai completamente controllabile dall'imprenditore, e dalla particolarità delle leggi regolanti il mercato dei prodotti agricoli.

In relazione a quest'ultimo profilo, tale mercato, che ha ad oggetto beni essenziali-primari, è dominato dalla regola della utilità decrescente e, quindi, dalla rigidità del rapporto tra domanda e offerta e dalla anelasticità della domanda rispetto al reddito.

I rischi indicati sono alla base della previsione legislativa del nuovo

1. Cass.civ., sez.I, 10 dicembre 2010, n.24995 ha affermato che è sufficiente per legittimare la configurazione dell'imprenditore agricolo «che il suo intervento nell'ambito del processo produttivo sia limitato ad un'attività di controllo dell'esistenza delle condizioni necessarie per la verifica di un esito riconducibile all'andamento in sé del ciclo biologico».

art. 2135 c.c. che ha ampliato la categoria dell'impresa agricola.

Si deve, peraltro, osservare che il legislatore con l'espressione ciclo biologico, formula elaborata in passato dalla dottrina, ha inteso riferirsi a qualsiasi attività di cura di esseri viventi, animali o vegetali, legata anche solo eventualmente allo sfruttamento delle forze e delle risorse naturali, e che si risolve economicamente nell'ottenimento dei frutti destinati al consumo, sia come tali sia previa una o più trasformazioni.

La ragione dell'esclusione dell'applicazione delle norme della legge fallimentare si ricollega alla volontà del legislatore di evitare che l'imprenditore agricolo sia sottoposto oltre al c.d. rischio biologico anche al rischio dell'insolvenza.

1.4. Imprese pubbliche

Il problema dell'assoggettabilità al regime giuridico della liquidazione giudiziale concorsuale delle c.d. società pubbliche, precisamente, delle società le cui partecipazioni siano in mano pubblica, rappresenta una questione particolarmente complessa che è al vaglio della dottrina e della giurisprudenza.

1.4.1. La questione della natura giuridica delle società partecipate da soggetti pubblici nel diritto amministrativo

Preliminare rilievo assume la questione della natura giuridica delle società partecipate da soggetti pubblici e, precisamente, se si tratti di soggetti di diritto pubblico o di diritto privato.

Il problema in esame è stato analizzato in particolare dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa che sono pervenute sulla base di differenti percorsi argomentativi di matrice prettamente dogmatica a diverse soluzioni.

Sul piano della teoria generale la qualificazione di un ente come figura soggettiva pubblica è stata oggetto di un attento esame sia in dottrina sia in giurisprudenza perché da essa discendono rilevanti conseguenze applicative.

Innanzitutto, gli enti in esame sono titolari di un potere pubblicistico il cui contenuto minimo si sostanzia nel potere di auto-organizzarsi e, quindi, di dettare, in via statutaria o regolamentare, le regole fonda-

mentali della propria organizzazione interna (c.d. *atti di macrorrganizzazione*). In forza dell'art. 2 D.Lgs. 165/01 questi atti sono espressione del potere pubblicistico di auto-organizzazione dell'ente rispetto ai quali si confrontano situazioni di interesse legittimo.

La qualificazione di ente pubblico determina, inoltre, l'assoggettamento alla disciplina dettata dal D.Lgs. 165/01 che riserva tratti peculiari al rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, alle regole sul procedimento amministrativo (l. 241/90), e alla disciplina dettata dagli artt. 822 e ss. c.c. per i beni pubblici.

La qualificazione di ente pubblico determina, inoltre, il riconoscimento di poteri di autotutela e di autarchia, la sottrazione all'applicazione della legge fallimentare e all'esecuzione individuale per quanto concerne i beni demaniali ed indisponibili.

La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato distinti criteri per il riconoscimento della natura pubblica o privata degli enti.

In applicazione del principio della riserva di legge fissata dall'art. 97 Cost., l'art. 4 legge del parastato (l. 70/1975) ha previsto che nessun nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge.

L'art. 97 Cost. pone una riserva di legge relativa. Il legislatore, pertanto, può prevedere direttamente o per il tramite dell'azione amministrativa la costituzione di un ente pubblico con la determinazione delle sue attribuzioni e l'individuazione degli organi fondamentali. È consentita, invece, alla pubblica amministrazione ovvero all'ente la predisposizione della disciplina dettagliata della propria organizzazione.

Gli indici normativi sintomatici della natura pubblica dell'ente individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono:

- a) il sistema di controlli pubblici statali o regionali o degli enti locali;
- b) l'ingerenza dello Stato o di altra PA nella nomina e revoca dei dirigenti nonché nell'amministrazione dell'ente;
- c) la partecipazione dello Stato o di altra PA alle spese di gestione;
- d) il potere di direttiva dello Stato nei confronti degli organi, in relazione al conseguimento di determinati obiettivi;
- e) il finanziamento pubblico istituzionale;
- f) la costituzione a iniziativa pubblica.