

Le origini e i presupposti del fallimento

Autore: Concas Alessandra

In: Diritto civile e commerciale

Nell'ordinamento giuridico italiano, il fallimento è una procedura concorsuale liquidatoria, che riguarda l'imprenditore commerciale con l'intero patrimonio e i suoi creditori e si rivolge all'accertamento dello stato di insolvenza dell'imprenditore, all'accertamento dei crediti vantati nei suoi confronti e alla loro successiva liquidazione secondo il criterio della par condicio creditorum, tenendo conto delle cause legittime di prelazione.

In riferimento alla disciplina giuridica, il fallimento è regolato dal regio decreto legge 16 marzo 1942, n. 267 (cosiddetta legge fallimentare), e successive modifiche.

La legge è stata modificata anche di recente, dal decreto legislativo n. 5/2006 e dal decreto legislativo n. 169/2007.

Nei piani originari delle riforme legislative messe in cantiere fra le due guerre, la disciplina del fallimento avrebbe dovuto trovare sede nel nuovo codice di commercio, come era avvenuto per il Codice di Commercio del 1882.

Ma proprio quando nel 1940 i lavori preparatori erano a buon punto, Benito Mussolini decise dare corso all'unificazione del diritto privato.

Di conseguenza, il progetto di codice di commercio fu abbandonato, e i materiali già pronti furono in parte riversati nel codice civile allora in allestimento e, per la parte relativa alle procedure concorsuali, in un

provvedimento legislativo a se stante: il regio decreto legge 16 marzo 1942, n. 267, noto come legge fallimentare.

Il testo originario di questo regio decreto legge fu redatto da alcuni componenti del comitato per il codice di commercio: i professori Alberto Asquini, Salvatore Satta, Alfredo de Marsico (costui per la disciplina penalistica) e dai magistrati Gaetano Miraulo e Giacomo Russo.

Con il trascorrere degli anni e con la conseguente evoluzione giurisprudenziale, sono mutate sia la disciplina sia le finalità che riguardano il fallimento.

Se l'originaria formulazione della legge fallimentare disegnava il fallimento come una procedura concorsuale liquidatoria e sanzionatoria, tesa ad espellere l'imprenditore insolvente dal mercato e a liquidare il suo patrimonio, con la riforma del 2006, il fallimento può anche consentire la conservazione dell'attività di impresa, attraverso il trasferimento o l'affitto dell'azienda.

Dalle ultime riforme si può percepire un assottigliamento dei poteri dell'autorità giudiziaria, attribuendo al giudice delegato funzioni di controllo e di vigilanza e focalizzando l'attenzione sui poteri del curatore fallimentare come centro di tutte le attività delle procedure concorsuali, sotto la vigilanza e l'indirizzo del comitato dei creditori.

Nonostante il fallimento sia ancora finalizzato alla soddisfazione dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore, il legislatore consente il superamento della crisi dell'impresa incoraggiando la ristrutturazione e il salvataggio dell'impresa attraverso accordi tra l'imprenditore e i creditori.

I presupposti perché un soggetto possa essere dichiarato fallito sono due, uno soggettivo e uno oggettivo.

Riguardo il presupposto soggettivo, l'art. 1 della legge fallimentare stabilisce che "sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori".

Non sono altresì soggetti a fallimento i piccoli imprenditori esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che pur superando la prevalenza di lavoro altrui sul proprio hanno avuto, nei tre esercizi precedenti la dichiarazione di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale annuo non superiore ad euro trecentomila;

hanno realizzato, in qualunque modo risulti, negli ultimi tre esercizi o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila;

hanno un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila.

hanno un ammontare di debiti scaduti e non pagati di ammontare non inferiore a euro trentamila.

Questo requisito è necessario perché la sua mancanza, nonostante la presenza di uno stato di insolvenza, evita l'emanazione della sentenza dichiarativa.

Al comma tre si precisa che "le lettere a), b) e c) del comma 2 possono essere aggiornate ogni tre anni, con decreto del Ministro della Giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento".

Il legislatore ha così ridefinito l'ambito di applicazione della disciplina del fallimento, abbandonando la nozione di "piccolo imprenditore", che si può dedurre dal codice civile e togliendo valore a qualsiasi

differenza tra piccolo imprenditore individuale e piccola impresa societaria, escludendo dal fallimento anche le società commerciali di piccole dimensioni.

In caso di fallimento non fallisce né l'impresa né l'azienda, il fallimento è imputabile solo all'imprenditore.

In riferimento a questa nozione è determinante l'articolo 2221 del codice civile ("gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salvo le disposizioni delle leggi speciali") e gli articoli 1 e 5 della legge fallimentare ("l'imprenditore che si trova nello stato di insolvenza è dichiarato fallito").

Siccome dalla legge fallimentare non è possibile ricavare una definizione di imprenditore commerciale, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che questa nozione si ricolleggi agli articoli 2082 del codice civile ("è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi") e 2195 del codice civile ("sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano:

un'attività industriale, diretta alla produzione di beni e servizi;

un'attività intermedia nella circolazione dei beni;

un'attività bancaria o assicurativa.")

Da queste norme si possono escludere dal fallimento gli imprenditori che non esercitano attività commerciale (es. imprenditori agricoli) e gli enti pubblici.

Il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento è lo stato di insolvenza.

L'art. 5 della legge fallimentare recita testualmente:

"l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito".

Una nozione di insolvenza è stata fornita dalla Corte di cassazione individuandolo "in uno stato di impotenza funzionale non transitoria, quindi non passeggera, a soddisfare le obbligazioni contratte dall'imprenditore".

Lo stato di insolvenza è stato introdotto con la riforma della legge fallimentare del 1942, prima della riforma la condizione oggettiva era la semplice "cessazione dei pagamenti" da parte del "commerciante".

La nozione di "cessazione di pagamenti" era peraltro causa di evidenti incongruenze perché, da un lato anche un semplice inadempimento poteva portare al fallimento anche con un quadro aziendale di ripresa concreta e al contrario poteva accadere che il commerciante anche adempiendo alle proprie obbligazioni, lo facesse con mezzi fraudolenti, evitando così il fallimento.

L'art. 5 della legge fallimentare 1942 stabilisce che "L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito".

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Lo stato d'insolvenza corrisponde quindi all'incapacità patrimoniale irreversibile dell'imprenditore commerciale che non riesce a fare fronte alle proprie obbligazioni, con mezzi ordinari e alle scadenze dovute, nei confronti dei creditori o di terzi.

L'insolvenza, inoltre, per portare a una dichiarazione di fallimento, deve non solo sussistere, ma si deve anche manifestare all'esterno con inadempimenti o anche fatti esteriori, i quali dimostrino che l'imprenditore commerciale non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

L'accertamento dello stato d'insolvenza del quale all'art. 5 della legge fallimentare impone pertanto l'accertamento di quattro distinti elementi:

- la sussistenza di inadempimenti e altri fatti sintomatici dell'insolvenza;

- la loro esteriorizzazione;

- la dimostrazione che l'imprenditore non sia più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni;

- la tendenziale irreversibilità di questa situazione;

Lo stato di insolvenza per essere rilevante ai fini del fallimento deve essere manifesto, ma questa identificazione non coincide con il momento genetico della stessa.

Questo stato è un processo che non si esaurisce in un unico momento, ma è un susseguirsi di situazioni

che durano nel tempo, spesso impercettibili dall'esterno dell'impresa sino all'atto della loro esteriorizzazione.

Il legislatore non considera il fenomeno dell'insolvenza sino a quando non sia ritenuto pericoloso, lasciando l'imprenditore sino a quel momento libero di gestire le sue difficoltà.

Lo stato di insolvenza consiste in una situazione oggettiva d'impotenza patrimoniale non temporanea: l'imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente ai propri impegni economici con mezzi usuali di pagamento.

Non è necessaria, ai fini della dichiarazione di insolvenza, una pluralità di mancati pagamenti, ma può anche essere sufficiente un solo inadempimento, quando sia idoneo a dimostrare l'esistenza di uno stato di dissesto patrimoniale con l'oggettiva incapacità dell'imprenditore di soddisfare regolarmente e con mezzi normali gli obblighi assunti.

Quindi possiamo descrivere lo stato di insolvenza non come una volontà dell'imprenditore di non adempiere, ma uno stato di incapacità di far fronte ai propri impegni verso creditori e terzi.

Gli altri fatti che descrivono lo stato di crisi dell'imprenditore sono elencati nell'art. 7 della legge fallimentare del 1942 e sono:

fuga, irreperibilità o latitanza dell'imprenditore, chiusura dei locali dell'impresa, trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

Codice Civile

<https://www.diritto.it/le-origini-e-i-presupposti-del-fallimento/>