

Le origini, finalità e presupposti del fallimento nell'Ordinamento Italiano

Autore: Alessandra Concas

In: Diritto civile e commerciale

Il fallimento, nell'ordinamento giuridico italiano, è una procedura concorsuale liquidatoria, che coinvolge l'imprenditore commerciale con l'intero patrimonio e i suoi creditori.

La procedura è diretta 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.

Il fallimento è regolato dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), norma più volte modificata nel corso del tempo.

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

Per la redazione del testo, nel settembre 1939 il ministro di Grazia e Giustizia Dino Grandi aveva spinto sul Comitato ministeriale per la redazione dei testi definitivi del codice civile, affidando ad Alberto Asquini la presidenza di un apposito sottocomitato e di una sottocommissione parlamentare.

Nel 1940 si decise di dare corso all'unificazione del diritto privato, ma soprattutto fu varato il codice di procedura civile che prese il nome di Grandi-Calamandrei, visto l'importantissimo e fondamentale apporto

di questo giurista, di conseguenza, il progetto di codice di commercio fu abbandonato, ma il materiale già pronto fu in parte riversato nel codice civile in fase in allestimento. La parte relativa alle procedure concorsuali confluì in un provvedimento legislativo a sé stante:

il regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, noto come "legge fallimentare".

Il testo originario di questo regio decreto fu redatto da alcuni componenti del comitato per il codice di commercio, nelle persone dei professori Alberto Asquini, Salvatore Satta, Alfredo de Marsico (costui per la parte sanzionatoria) e dai magistrati Gaetano Miraulo e Giacomo Russo.

Tra i principali autori del provvedimento, Asquini era al tempo impegnato in prima persona anche nella stesura della disciplina dell'impresa e delle società, mentre Satta in successive affermazioni, espresse una valutazione non molto favorevole sulla stesura della legge in questione.

Con la riforma del 2006, sono cambiate la disciplina e le finalità che si riferiscono al fallimento.

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

Mentre alcune interpretazioni, hanno ravvisato nella riforma un supposto assottigliamento dei poteri dell'autorità giudiziaria, attribuendo al giudice delegato funzioni di controllo e di vigilanza e focalizzando l'attenzione sui poteri del curatore come centro delle attività delle procedure concorsuali (sotto la vigilanza e l'indirizzo del comitato dei creditori), secondo altre visioni il ruolo della magistratura si sarebbe accresciuto.

In realtà, secondo una visione non molto concorde della riforma, sottrarrebbe all'Autorità Giudiziaria il potere di direzione dell'attività di liquidazione, la delimiterebbe a un semplice ruolo di vigilanza e controllo, ma siccome il comitato dei creditori fatica adesso anche a formarsi, rientra in gioco il Giudice Delegato in funzione sostitutiva.

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 necessari perché un soggetto possa essere dichiarato fallito sono di due nature:

una soggettiva ed una oggettiva.

In relazione al presupposto soggettivo, l'art. 1 della legge fallimentare prevede 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 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 (condizione per essere piccolo imprenditore o artigiano) rientrano nei seguenti parametri:

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 sufficiente per evitare il fallimento in quanto, la sua mancanza, nonostante la presenza di un conclamato stato di insolvenza, evita l'emanazione della sentenza dichiarativa, nonostante l'eventuale assenza degli altri requisiti.

Nel comma 3 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".

Nella prassi non è sempre facile verificare la sussistenza dei presupposti per evitare il fallimento, magari per l'inaffidabilità delle scritture contabili presentate dal fallendo.

La prassi dei Tribunali è di solito per dichiarare il fallimento in casi di dubbio, mentre un presupposto sufficiente per dichiarare il fallimento è anche la fuga dell'imprenditore, ritenuta provata se l'imprenditore non si presenta alla convocazione avanti al Giudice. Nella prassi sono frequenti dichiarazioni di fallimento di piccoli imprenditori su istanza di dipendenti per mancato pagamento di "indennità di fine rapporto".

Il legislatore ha così ridefinito l'ambito di applicazione della disciplina del fallimento, abbandonando la nozione di "piccolo imprenditore", deducibile 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, non esclusivamente attraverso le esclusioni prima elencate, ma anche imponendo un contributo alle spese di giustizia elevato per potere presentare l'istanza di fallimento.

In caso di fallimento non fallisce l'impresa, né tantomeno l'azienda, al contrario il fallimento è imputabile esclusivamente all'imprenditore.

Per 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”.

Visto che dalla legge fallimentare non è possibile ricavare una definizione di imprenditore commerciale, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che questa nozione vada collegata 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 intermediaria nella circolazione dei beni;

un'attività bancaria o assicurativa”.

Da queste norme si arriva a potere escludere dal fallimento gli imprenditori che non esercitano attività commerciale (es. imprenditori agricoli, anche se nel frattempo sono tenuti all'iscrizione al Registro Imprese della Camera di Commercio) e gli enti pubblici.

Per il fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'attività d'impresa, l'articolo 10 della legge fallimentare dispone che "gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro un anno successivo", dando la possibilità "in caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma".

In riferimento a questa disposizione, modificata dalla riforma del 2006, vista anche la dichiarazione di incostituzionalità della precedente versione dell'art.10 (sentenza della Corte Costituzionale n.319 del 21 luglio 2000), è data la possibilità di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività.

Presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento è lo stato di insolvenza.

Secondo l'art. 5 della legge fallimentare:

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

Una nozione di insolvenza è stata fornita dalla Corte di cassazione individuandola 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. Anteriormente a quella riforma, la condizione oggettiva era la semplice "cessazione dei pagamenti" da parte del "commerciante".

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

L'art. 5 della legge fallimentare 1942 dispone che:

“L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od 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 far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, con mezzi ordinari e alle

scadenze dovute, nei confronti dei creditori o di terzi.

L'insolvenza, inoltre, per poter portare ad una dichiarazione di fallimento, deve non solo sussistere, ma anche manifestarsi all'esterno tramite 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.

Non sia più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni;

la tendenziale irreversibilità di detta situazione.

Lo stato di insolvenza per essere rilevante ai fini del fallimento deve essere manifesto.

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.

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 proprio 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.

L'insolvenza si può manifestare anche con "altri fatti esteriori", cioè con qualsiasi manifestazione che riveli lo stato di impossibilità oggettiva e strutturale dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni.

Lo stato di insolvenza si può descrivere non come una volontà dell'imprenditore di non adempiere, ma uno stato di incapacità irreversibile di far fronte ai proprio 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: fuga, irreperibilità o latitanza dell'imprenditore, chiusura dei locali dell'impresa, trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore.

<https://www.diritto.it/le-origini-finalita-e-presupposti-del-fallimento-nell-ordinamento-italiano/>