

INDICE

pag.

CAPITOLO PRIMO INSOLVENZA E CRISI D'IMPRESA NELLA RIFORMA

1.	Lo stato d'insolvenza nel nuovo contesto normativo	1
2.	Crisi e insolvenza in un'economia industrializzata	11
3.	Gli istituti d'allerta e prevenzione	14
4.	Pericolo d'insolvenza e incapienza patrimoniale	19
5.	Lo stato d'insolvenza tra rigore concettuale ed elasticità applicativa	26

CAPITOLO SECONDO LA STORIA DEL PROBLEMA

6.	Dai fatti di bancarotta alla cessazione dei pagamenti	29
7.	Cessazione materiale e cessazione virtuale dei pagamenti	32
8.	La ricostruzione del Bonelli	34
9.	Gli argomenti a favore della tesi unitaria	36
10.	Qualche rilievo critico	39
11.	Una valutazione d'insieme delle tesi bonelliane	44

CAPITOLO TERZO "INSOLVENZA" E CONCETTI AFFINI NEL DIRITTO VIGENTE

12.	L'immediato antecedente della norma in vigore: l'art. 1 del "Progetto Bonelli"	49
-----	--	----

	<i>pag.</i>
13. Esegesi del secondo comma dell'art. 5 l. fall.	51
14. Le prime interpretazioni della norma	52
15. L'esigenza di una prognosi per valutare la regolarità dei flussi solutori	59
16. Inadempimento ed insolvenza: "fatti-evento" e "fatti-situazione"	63
17. I debiti "scaduti e non pagati" di cui all'art. 15 l. fall.	66
18. La natura dei "fatti esteriori"	69
19. I limiti del giudizio prognostico	75
20. Il contributo delle scienze economiche: l'insolvenza come crisi finanziaria, anche prospettica	77
21. Ancora su "stato d'insolvenza" e "stato di crisi"	81
22. Insolvenza e temporanea difficoltà d'adempire	87
23. Insolvenza e dissesto	90
24. L'insolvenza nelle revocatorie	91
25. L'insolvenza nel codice civile	98
26. Il sovraindebitamento del debitore civile e del consumatore	101

CAPITOLO QUARTO PROBLEMI APPLICATIVI

27. Le caratteristiche dei crediti rimasti insoddisfatti	109
28. La natura "commerciale" della pretesa del creditore istante	111
29. La posizione dei creditori postergati	113
30. L'insolvenza delle società di persone	119
31. L'insolvenza nei gruppi di società	120
32. L'insolvenza dell'imprenditore defunto	124
33. L'imprenditore cessato. I soci receduti, esclusi, occulti, apparenti	128
34. L'insolvenza dei patrimoni in liquidazione	135
35. L'insolvenza dei patrimoni destinati	136
36. L'insolvenza delle banche	138

APPENDICE

<i>Riferimenti normativi</i>	145
<i>Bibliografia</i>	147

33. *L'imprenditore cessato. I soci receduti, esclusi, occulti, apparenti*

L'istituzione del registro delle imprese ha indotto il legislatore a far dipendere la soluzione di una serie di problemi dall'espletamento delle formalità necessarie per rendere determinati fatti opponibili ai terzi, nel supposto che in tal modo si favorirebbe la certezza dei rapporti giuridici e l'incontestabilità di certi avvenimenti.

L'entusiasmo, in tale direzione, è stato tale da attribuire ad alcune registrazioni (almeno secondo una delle possibili letture) un'efficacia costitutiva, in deroga ai principi che regolano la materia. Ai sensi del primo comma dell'art. 10, infatti, l'anno oltre il quale non è più consentito dichiarare il fallimento di un'impresa (sia essa individuale o collettiva) decorre «dalla cancellazione dal registro delle imprese»; e così pure, ai sensi del secondo comma dell'art. 147, l'anno che mette in salvo dal fallimento il socio che ha cessato di rispondere illimitatamente per le obbligazioni sociali decorre dal momento in cui «sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti» che lo liberano dalla predetta responsabilità.

A) Come si è detto, questa impostazione pone problemi molto delicati, perché – in assenza di registrazione – si rischia di esporre una serie di soggetti al fallimento, anche molto tempo dopo aver dismesso quello specifico ruolo, che giustificava il ricorso alle procedure concorsuali. Naturalmente, non è questa la sede per affrontare *ex professo* il problema. Qui, con riferimento ai profili generali della questione, ci permettiamo di segnalare un paio di cose, che sembrano essere sfuggite all'attenzione della dottrina dominante: *a*) innanzi tutto, si verte in una materia nella quale il legislatore non ha una piena libertà d'agire perché, come ha rilevato la Corte costituzionale in numerosi interventi¹³², il debitore, che abbia dismesso le qualifiche alle quali si legava l'assoggettabilità al fallimento, deve essere in grado di sottrarsi a tale procedura in un lasso di tempo “ragionevole”; *b*) in secondo luogo, in alcuni casi appare del tutto sproporzionato (e dunque “non ragionevole”) sanzionare la mancata pubblicazione di un determinato evento nel registro delle imprese con una sogge-

¹³² Ricordati *supra*, § 31, nt. 22.

zione illimitata (sotto il profilo temporale) alle procedure concorsuali, con conseguenze anche penali.

Questi rilievi, poi, acquistano un peso ancora maggiore quando ci si trova di fronte a fenomeni (come quello del socio occulto) che non hanno creato alcun affidamento nei terzi, con l'aggravante che il diretto interessato in genere è propenso ad auto-qualificarsi (*ex ante*) come un garante, o come un semplice finanziatore dell'impresa (in quanto tale non soggetto ad alcun regime pubblicitario), salvo poi a dover subire la diversa qualificazione impostagli (*ex post*) dall'autorità giudiziaria.

B) I rilievi che precedono inducono a ritenere che l'interprete debba fare il massimo sforzo per fornire una lettura "costituzionalmente orientata" delle norme in vigore, nel senso di suggerire soluzioni in grado di contemperare l'esigenza di certezza del mercato (che trova tutela nella pubblicazione di certi fatti nel registro delle imprese) con la possibilità di sottrarre al fallimento il debitore, ogni qual volta la mancata registrazione dei medesimi fatti non abbia arrecato alcun danno ai terzi¹³³.

Partendo da tali premesse si potrebbe sostenere che la dichiarazione d'insolvenza, in tutte le fattispecie in esame, debba reggersi su due condizioni: *a*) che non sia ancora passato un anno dall'*iscrizione* nel registro delle imprese dell'evento (cessazione dell'attività d'impresa o perdita della qualifica di socio illimitatamente responsabile) che avrebbe l'astratta capacità d'escludere l'apertura del concorso; *b*) che *esistano* ancora dei creditori dotati del diritto d'avvalersi degli strumenti di tutela collettiva. Il primo presupposto si ricava *de plano* dal comma 1 dell'art. 10 e dalla prima parte del comma 2, dell'art. 147 l. fall.; il secondo presupposto può essere ricavato dalla seconda parte della norma da ultimo citata, attraverso un itinerario ermeneutico che tenga conto della sua *ratio*, in modo da poterne estendere l'applicazione a fattispecie non previste. Poiché il discorso è molto delicato, si deve procedere con i piedi di piombo.

¹³³ A dire il vero, vi è anche un'altra istanza, di cui si dovrebbe tenere conto, che è quella di una redistribuzione solidaristica delle perdite derivanti dall'insolvenza, mettendole a carico – almeno in parte – di chi ha goduto (o avrebbe potuto godere) degli utili prodotti dall'impresa. Questo è uno degli aspetti più delicati degli istituti fallimentaristici: molti interventi "pretori" della giurisprudenza sono dettati, infatti, da esigenze di carattere equitativo (o perequativo). Non è il caso di scandalizzarsi, ma è ovvio che su questa strada occorre procedere con molta cautela.

C) La norma in esame dispone che il fallimento del socio possa essere dichiarato solo se «l'insolvenza della società [attiene] a *debiti esistenti* alla data della cessazione della responsabilità illimitata»: dal che si deduce, attraverso un banalissimo argomento *a contrario*, che la procedura concorsuale non può essere aperta, qualora o debiti contratti prima di quella data siano stati tutti pagati.

A prima vista sembrerebbe che la predetta esenzione dal fallimento presupponga la cessazione (*erga omnes*) della responsabilità illimitata e, quindi (ai sensi del precedente periodo della stessa norma), sembrerebbe presupporre l'osservanza «delle formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati». Tenendo conto di tale richiamo interno, si potrebbe essere indotti a ritenere, pertanto, che l'iscrizione del recesso (o degli altri eventi previsti dalla legge) nel registro dell'impresa sia indispensabile per far venir meno la responsabilità illimitata e, di conseguenza, l'assoggettabilità del socio al fallimento.

A ben guardare, però, la disposizione in esame esprime anche un principio di più ampia portata, che potrebbe essere riassunto in questi termini: il socio non può essere dichiarato fallito se *tutte le obbligazioni* per le quali dovrebbe rispondere sono state già *estinte* nel momento in cui lo si vorrebbe coinvolgere nella procedura concorsuale. In quest'ottica occorre accertare “prima” se il socio è ancora responsabile per una qualche obbligazione della società e, solo “dopo” aver dato una risposta positiva a tale quesito, si potrà procedere (qui non ci occupiamo della distribuzione dell'onere della prova) alla dichiarazione del fallimento in estensione. La norma, per vero – se presa alla lettera – dice una cosa apparentemente diversa, giacché si riferisce all'esistenza di obbligazioni della *società*, e non alle obbligazioni del singolo *socio*. A guardar meglio, però, non si può dubitare che fosse proprio quello dianzi individuato l'obiettivo che il legislatore (sia pure con un'espressione poco felice) intendeva perseguire, perché il riferimento alle obbligazioni della società tiene conto del *quod plerumque accidit*: di solito, infatti – fino a quando l'evento dal quale dipende la cessazione della responsabilità illimitata non viene iscritto nel registro delle imprese – vi è un'assoluta corrispondenza tra le obbligazioni della società e quelle del socio volte a garantirle, con la conseguenza che le ipotesi eccezionali (come quella di un recesso non iscritto, ma noto a certi creditori) sono passate inosservate.

In altri termini, la cosa fondamentale nel costrutto della norma è che

il giudice non deve limitarsi a controllare alcune date, per verificare se è già trascorso un anno dalla predetta iscrizione; ma deve anche verificare se nel passivo della società vi sono ancora dei debiti per i quali il socio dovrebbe rispondere. L'importante, dunque, non è che esistano genericamente obbligazioni della società anteriori alla data degli adempimenti pubblicitari, bensì che le predette obbligazioni siano riferibili (sotto il profilo della responsabilità) al socio, del quale si chiede il fallimento¹³⁴.

D) Se la *ratio* dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 147 è quella dianzi evidenziata, si deve ritenere che il *socio receduto* si sottragga alla dichiarazione d'insolvenza non solo quando abbia avuto cura d'estinguere (o di far estinguere) tutti i debiti anteriori alla data che risulta dal registro delle imprese, ma anche quando i predetti debiti non gli possano essere imputati per il semplicissimo motivo che i creditori, nella specie, sapevano benissimo (nel momento in cui il rapporto obbligatorio è sorto) del già avvenuto recesso, ancorché non iscritto: in fondo è questo il principio che governa la pubblicità dichiarativa e non si vede per quale ragione disattenderlo. Sul piano pratico, del resto, appare assurdo che il dissesto della società possa coinvolgere il socio receduto (v. *supra*, § 31) quando l'insolvenza dipende da debiti di cui quest'ultimo, sul piano civilistico, non deve rispondere perché il fatto che fosse uscito dalla compagine sociale era *notorio*, anche se non debitamente *pubblicizzato*.

E) Un po' diversa è la posizione del *socio occulto*, perché qui la responsabilità illimitata non si lega all'affidamento che in essa avevano riposto i creditori, bensì al fatto puro e crudo di aver partecipato alla

¹³⁴ La posizione assunta nel testo è consapevolmente contraria ad un consolidato orientamento della giurisprudenza della suprema Corte, secondo il quale la responsabilità illimitata del socio per le obbligazioni della società cesserebbe solo dopo che il recesso (o altro evento equipollente) è stato pubblicizzato nelle forme previste dalla legge: Cass., 26 ottobre 2008, n. 28255; Cass., 8 settembre 2006, n. 19304; Cass., 5 ottobre 1999, n. 11045, in *Foro it.*, 2001, I, 1, p. 1034, ove espressamente si configura la perdurante responsabilità del socio per le obbligazioni sociali come una "sanzione" per il mancato utilizzo dei meccanismi pubblicitari volti a tutelare l'affidamento del pubblico. Cfr., Tuttavia, le perplessità avanzate al riguardo da CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 113. Per una ricostruzione complessiva della problematica cfr. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, I, Bologna, 2010, p. 88 ss., spec. p. 101 ss.

compagine sociale per un determinato lasso di tempo (in termini sociologici si potrebbe parlare di una corrispondenza tra esercizio del potere ed esposizione ad una responsabilità, ma la valutazione giuridica, nella specie, è molto più astratta). A ben guardare, però, se il fondamento della responsabilità illimitata è dato dalla partecipazione alla società (e non dall'affidamento dei terzi)¹³⁵, se ne deve dedurre che il socio occulto non risponde dei debiti contratti dall'ente collettivo dopo il proprio recesso (anch'esso segreto), a meno che l'improvviso venir meno del sostegno finanziario non configuri (se possiamo utilizzare un'espressione nata nell'ambito bancario) un illecito civile per "brusca interruzione" del credito. Anche in questo caso, se mancano i debiti di cui rispondere, manca anche la possibilità di dichiarare il fallimento, a prescindere dalla pubblicizzazione del recesso, che sarebbe innaturale attendersi da parte di chi ha fatto di tutto per restare nell'ombra, o magari ha ritenuto, in buona fede, di non essere mai entrato nella compagine sociale.

F) Ancora diversa è la problematica dei *soci apparenti*, e cioè di quelle persone che, pur non essendo socie, vengono considerate tali in base ad una serie di indizi idonei a suscitare un affidamento di un certo tipo nel pubblico¹³⁶. Anche qui – se il *prius* è la responsabilità per i debiti rimasti inadempiti – occorrerà verificare se i creditori insoddisfatti possano davvero vantare un'aspettativa degna di tutela, o se fossero talmente vicini all'impresa da sapere perfettamente come stavano le cose. Naturalmente, una volta accertato, in linea generale, che i soggetti in questione avevano assunto atteggiamenti ambigui nei confronti dei fornitori e della clientela, ricadrà su di loro l'onere di provare che i creditori residui non avrebbero potuto sensatamente fare affidamento su una loro presuntiva partecipazione alla società.

G) Resta da vedere se i principi fin qui esposti possono essere appli-

¹³⁵ Cfr. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, cit., p. 117. È interessante osservare come per SATTÀ, *Diritto fallimentare*, a cura di Vaccarella e Luiso, cit., p. 464, parlare di "socio occulto" o di "società occulta" fosse una contraddizione in termini. Sul punto cfr. anche FABIANI, *Il diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 532.

¹³⁶ Cfr.: Cass. 20 aprile 2006, n. 9250; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26258; Cass. 19 settembre 2005, n. 18458; Cass. 14 febbraio 2001, n. 2095, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 1885.

cati agli *imprenditori individuali non registrati*¹³⁷. Il discorso è delicato, perché in questo caso l'ordinamento non consente di distinguere (come avveniva una volta: v. *supra*, § 28) tra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali. Anche qui, però, vi è una data di cessazione effettiva dell'impresa (che va posta alla fine della liquidazione del patrimonio aziendale), alla quale si può fare riferimento per stabilire quali creditori potevano vantare una legittima aspettativa all'utilizzo delle procedure concorsuali: se i crediti residui – nel momento in cui la sentenza dichiarativa di fallimento deve essere pronunciata – non si legano a rapporti sorti quando l'impresa era ancora attiva (e qui si fa riferimento solo alla *data* d'insorgenza del credito, non alla sua “causa” commerciale), l'accesso alle procedure concorsuali resta precluso, a prescindere dal depennamento dal registro delle imprese.

La ricostruzione qui suggerita ha l'obiettivo di contemperare due esigenze contrapposte: quella della certezza, alla quale aspirano i mercati attraverso l'istituzione di appositi regimi pubblicitari; e quella dell'equità, che non può tollerare l'esposizione di un soggetto al fallimento senza limiti di tempo, soprattutto se l'esenzione dalla procedura non sacrifica alcun interesse degno di tutela.

La prima esigenza è stata presa in considerazione da due delle norme più volte citate (e cioè dal primo comma dell'art. 10 e dalla prima parte del comma 2 dell'art. 147 l. fall.), le quali risolvono un problema di diritto processuale (la possibilità d'utilizzare gli strumenti collettivi di tutela solo entro periodi di tempo definiti) sulla base di un criterio oggettivo, fondato sull'iscrizione di certi eventi nel registro delle imprese. La seconda esigenza è stata valorizzata dall'ultima parte del secondo comma dell'art. 147, che risolve un problema di diritto sostanziale sulla base d'un criterio individualistico, costituito dal fatto che esistano dei creditori ancora in grado di vantare (sia pure sulla base di regole e principi non tutti desumibili da un'espressa norma di legge) un “diritto” alla predetta tutela, nei confronti di un determinato soggetto (socio illimitatamente responsabile o imprenditore individuale).

¹³⁷ Oltre alle opere citate *supra*, al § 31, nt. 25, cfr. da ultimo, F. BELVISO, *Cessazione dell'attività d'impresa e fallimento dell'imprenditore individuale*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 392.

In fondo si tratta di esigenze che convivono da sempre e che, *in antiquo*, venivano “mediate” attraverso la distinzione tra obbligazioni commerciali e obbligazioni civili, con la conseguenza che solo l’inadempimento delle prime rendeva possibile l’apertura del fallimento. Oggi, tale distinzione non è più utilizzabile, ma resta il fatto che solo in presenza di rapporti obbligatori di un certo tipo (o sorti in uno specifico intervallo temporale) si può avere accesso alle procedure concorsuali. Paradossalmente, si potrebbe sostenere – anche se la frase è un po’ ad effetto – che non esistono più “obbligazioni commerciali” (qualificabili come tali *ex ante*), ma continua ad esistere una “insolvenza commerciale” caratterizzata, non solo da specifici metodi di valutazione, ma anche dalla presenza (da rilevare *ex post*) di una particolare tipologia d’indebitamenti.

Tutto ciò ha delle ripercussioni sul piano processuale, perché l’accertamento dell’insolvenza sembrerebbe dipendere (almeno in alcuni casi) da valutazioni concernenti i singoli rapporti, dei quali il debitore è chiamato a rispondere: è quanto emerge (a prescindere dalla nostra interpretazione) dal cit. art. 147; ed è quanto emerge dalla soppressione del potere del Tribunale di dichiarare d’ufficio il fallimento (tale mancanza di potere rende necessaria, infatti, una valutazione sulla fondatezza della pretesa del creditore istante: v. *supra*, § 27).

Ci rendiamo conto della delicatezza della questione. A nostro avviso, però, può essere agevolmente risolto tenendo conto del ruolo degli accertamenti incidentali, giacché, nell’uno come nell’altro caso, la sentenza dichiarativa di fallimento, una volta passata in giudicato, non pregiudica il (e non può essere pregiudicata dal) giudizio di merito sulle singole pretese. Del resto è ovvio che l’insolvenza del debitore non può essere messa nuovamente in discussione sol perché una o più poste del passivo si rivelano insussistenti.

34. *L’insolvenza dei patrimoni in liquidazione*

Può ormai ritenersi incontroverso l’assunto che l’insolvenza dei patrimoni imprenditoriali in liquidazione debba essere valutata sulla base di parametri diversi da quelli di un’impresa in piena attività produttiva: non si dovrebbe fare riferimento alla regolarità dei flussi solutori, bensì

alla capienza del patrimonio del debitore (valutato a prezzi di realizzo) rispetto ai debiti da estinguere¹³⁸.

Qui, dunque, la valutazione prospettica diventa di lungo periodo: non si dà rilievo al fatto che il debitore non sarà in grado di estinguere alcune obbligazioni alle scadenze convenute, ma s'impone ai creditori di attendere l'esito della liquidazione volontaria del patrimonio, purché vi siano garanzie sufficienti (sempre sulla base di una prognosi) per un pagamento integrale dei debiti alla fine del percorso. Se si vuole, si torna a riconoscere una primazia alle esigenze della proprietà su quelle dell'impresa, nel senso che l'aspirazione dei creditori alla tempestività degli adempimenti viene sacrificata al diritto del debitore di liquidare con calma i propri beni, purché il patrimonio sia adeguato alla bisogna. Sotto certi profili è anche giusto che sia così, perché, se si prende a modello la liquidazione fallimentare, si deve ammettere che non vi è alcuna garanzia di una sua maggiore efficienza (in termini di tempo e di rendimenti) rispetto alla liquidazione volontaria. Le cose potrebbero cambiare, se si pensasse ad una soluzione concordataria, ma non la si è voluta imporre ad un debitore che è ancora in grado di tener fede (sia pure con minore immediatezza) ai propri impegni.

A nostro avviso, però, questo discorso deve avere un limite, perché, se la liquidazione volontaria dei beni s'incepisce, o procede disordinatamente – senza dare ai creditori quelle certezze, alle quali hanno diritto – la possibilità di fare ricorso alle procedure concorsuali deve restare aperta. Se si vuole, si tratta di mettere a confronto due forme di “regolarità” dell'attività solutoria (e delle correlate operazioni preparatorie): quella dell'impresa *in bonis* e quella dell'impresa in liquidazione¹³⁹. Le due “regolarità” debbono essere valutate con parametri diversi, soprattutto dal punto di vista temporale, ma vi è un limite oltre il quale i creditori debbono avere la possibilità di mettere fuori gioco, con la dichiarazione d'insolvenza, un debitore truffaldino o semplicemente indolente e disordinato.

¹³⁸ Cfr. SANDULLI, *Sub art. 5*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, cit., p. 102 s.; L. MANDRIOLI, *Lo stato d'insolvenza dell'impresa*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Didone, cit., p. 155 ss.; Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834, Cass. 6 settembre 2006, n. 19141, in *Fallimento*, 2007, 99; Cass. 17 aprile 2003, n. 6170, in *Fallimento*, 2003, p. 130; Cass. 10 aprile 1996, n. 3321, in *Fallimento*, 1996, p. 1117; Trib. Padova, 14 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.

¹³⁹ Sotto il profilo concettuale la materia è stata di recente rinvivata dagli scritti di Galletti e di Ferri jr., più volte citati.