

## CAPITOLO I

# PROCEDURE CONCURSUALI E SOCIETÀ: UN DIALOGO DIFFICILE

### 1. *Il c.d. "diritto societario della crisi": prospettive e problemi*

Negli ultimi anni l'attenzione al fenomeno delle crisi delle imprese, anche da parte della dottrina italiana<sup>1</sup>, ha avuto una crescita esponenziale: un esito scontato, almeno in certa misura, in ragione della nota situazione di difficoltà in cui versa l'economia (anche) nazionale<sup>2</sup>.

Tuttavia, il forte incremento delle crisi (che, come è noto, non ha interessato soltanto gli imprenditori, ma, più in generale, anche tutti coloro che, di là dalla qualifica di *imprenditore*, svolgono attività eco-

---

<sup>1</sup> La recente esplosione del fenomeno cui si allude nel testo ha determinato una più che proporzionale *esplosione* di contributi sul tema sì che la letteratura è ormai sconfinata.

Per gli opportuni riferimenti bibliografici si vedano, senza pretesa di completezza, le note che seguono.

Corre l'obbligo di ricordare, tuttavia, che il tema che s'intende indagare, benché *di moda* per le ragioni indicate nel testo, non è nuovo.

Si allude, in particolare, agli studi di M. CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano, 1984; ID., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nel fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, vol. III, Torino, 1997; ID., *Responsabilità degli amministratori nella crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2004, p. 298 ss. e L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo della impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1041 ss.

<sup>2</sup> U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto della crisi d'impresa" e "diritto societario"*, *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di Tombari, Torino, 2014, p. 5, ricorda come sia ormai diffusa l'opinione che la crisi della maggioranza dei Paesi industrializzati imponga di ripensare «i paradigmi conoscitivi dominanti e sino ad ora utilizzati per spiegare il capitalismo come forma di organizzazione dell'economia».

nomiche si pensi ai professionisti e ai debitori *civili*<sup>3</sup>) e l'arretramento generale dell'economia del Paese deve essere contestualizzato.

Si deve allora ricordare, da un lato, che dal 2008 la crisi è un fenomeno *globale*, esso ha infatti interessato tutte le principali economie avanzate<sup>4</sup>; dall'altro lato, nell'affrontare siffatte tematiche, occorre sempre tener presente una constatazione, in effetti banale, tuttavia di fondamentale utilità per la comprensione dei fenomeni che tradizionalmente si ascrivono alla categoria (per vero niente affatto omogenea)<sup>5</sup> delle crisi d'impresa e troppo spesso negletta: in una economia di mercato<sup>6</sup> è *fisiologico* che la gara concorrenziale si concluda

---

<sup>3</sup> Si spiega così la recente introduzione nell'ordinamento italiano della legge sul sovraindebitamento dei soggetti non fallibili.

Invero, è noto che in altri ordinamenti è già da tempo disciplinata la crisi del debitore, a prescindere dalla qualificazione di questo ultimo (e in particolare, a prescindere dalla circostanza che il debitore sia un imprenditore) e che una parte autorevole della dottrina italiana aveva approfonditamente indagato tale fenomeno prospettando, già prima della codificazione del 1942, la necessità di predisporre, anche da noi, una disciplina per regolare, in generale (e non soltanto con specifico riferimento all'imprenditore), le crisi del debitore. In tal senso soprattutto A. SACERDOTI, *Sull'estensione dell'istituto del fallimento ai non commercianti*, Padova, 1882; F. FOÀ, *L'insolvenza dei non commercianti*, in *Mon. trib.*, 1898, p. 81 ss.; E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. VIII, Milano, 1907, 5<sup>a</sup> ed.; A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 27.

Il Progetto Bonelli sul fallimento (su cui si veda *infra* in nota) aveva mantenuto il sistema in allora vigente, ossia aveva considerato il fallimento istituto tipico dei commercianti, tuttavia, nella Relazione a tale progetto emerge che la maggioranza della commissione aveva invece deliberato nel senso di estendere il fallimento ad ogni debitore insolvente «e non limitarlo al ceto industriale e commerciale, come si verifica ormai in pochi Stati, fra i quali l'Italia. *Ma il governo decise altrimenti*» (enfasi aggiunta).

È utile ricordare che l'estensione al debitore civile era in allora prevista, ad esempio, dall'ordinanza concorsuale austriaca del 10 dicembre 1914, citata nella Relazione al Progetto Bonelli sul fallimento quale esempio di legislazione straniera «autorevole».

<sup>4</sup> Si vedano, fra i tanti, P. KRUGMAN, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano, 2008; R.A. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, 2010, per una rimeditazione dei metodi di comprensione del capitalismo; S. KATES, *The global financial crisis: what have we learnt?*, Cheltenham, 2011; J. EATWELL e M. MILGATE, *The fall and rise of Keynesian economics*, Oxford, 2011; H. LEWIS, *Where Keynes went wrong and why world governments keep creating inflation, bubbles and busts*, Mt. Jackson, 2011.

<sup>5</sup> In termini generali, prima della riforma del diritto societario, si veda l'ampia indagine di A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000.

<sup>6</sup> In generale sui rapporti tra economia di mercato e diritto, Cfr. R.H. COASE,

con un vincitore. Ovvio è allora che la proclamazione di un vincitore imponga l'individuazione di chi quella gara ha perso<sup>7</sup>: l'impresa in crisi è, di là dalle consuete analisi e qualificazioni che si danno (e sulle quali si dirà più avanti), *l'impresa sconfitta*<sup>8</sup>.

Altro e diverso problema è quello della individuazione delle cause<sup>9</sup>

---

*Impresa, mercato, diritto*, ed. it. a cura di M. Grillo, Bologna, 1995; G.J. STIGLIZ, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994; criticando la diffusa prospettiva di un ordine naturale dell'economia di mercato, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004; S. LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia: l'artificio culturale della naturalità del mercato*, ed. it. a cura di P. Montanari, Casalecchio di Reno, 2005; S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Padova, 2009.

<sup>7</sup> Su questi temi è scontato rinviare al pensiero di B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, da ultimo ripreso in *Scritti giuridici*, vol. I – *Impresa e società. Concorrenza e mercato*, Milano, 2013, p. 629 ss. (e spec. p. 636); M. LIBERTINI, *Il mercato: modelli di organizzazione*, in F. GALGANO (a cura di), *Tratt. dir. comm. dir. pub. ec.*, III, Padova, 1979, p. 337 ss.

Per una prospettiva diversa si veda, in luogo di altri, L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986.

<sup>8</sup> A chi scrive non sfugge la diffusa e incontrastata tendenza all'adozione di una terminologia *politicamente corretta*, specie nell'ambito che qui s'intende indagare, il cui fine è quello di non stigmatizzare evenienze negative dell'impresa. Basti pensare alla proposta di cancellare dal lessico dell'ordinamento il termine "fallimento" e di sostituirlo con quello di "liquidazione giudiziale" avanzata dalla commissione Rordorf (su cui si veda *infra*, testo e note). Insomma, è evidente l'utilizzazione "magica" delle parole (ed è scontato rinviare al noto saggio di T. ASCARELLI, *Cooperativa e società: concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 397 ss.).

Si tratta, tuttavia, di una *moda* che non è priva di inconvenienti, il più pernicioso dei quali è senza dubbio la confusione che genera nella percezione della società civile, ma anche fra gli addetti ai lavori, i quali perdono consolidati punti di riferimento.

L'ormai indiscussa e generalizzata visione *buonista* della impresa fallita (e si veda, ad esempio, M. ZITO, *Fisiologia e patologia delle crisi di impresa*, Milano, 1999, sottolineando *le opportunità* che deriverebbero dal fallimento) e del suo titolare, in reazione al sistema previgente e alla concezione *afflittiva* del fallimento, non può e non deve porre in secondo piano (come in effetti accade da alcuni anni a questa parte) la circostanza che si tratta di una impresa che è uscita dal mercato, ha perso la gara, è stata *sconfitta* da altri competitori, questo dovendo essere, a parere di chi scrive, il punto di partenza di ogni analisi che intenda indagare il fenomeno in rassegna e che invece in molta letteratura recente si tende costantemente a svalutare o a negligenza.

Per tali ragioni si è preferita l'adozione nel testo di un lessico che pare più aderente ai fenomeni che qui interessano, benché *antiquato*.

<sup>9</sup> In tema, si vedano ad esempio R. ROSSI, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Milano, 2003, p. 68 e D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio d'insolvenza*, Bologna, 2006.

che hanno condotto l'impresa fuori dal mercato e delle eventuali responsabilità del *management*.

Ancora un diverso problema, questo senza dubbio di vertice e interessante ai fini della presente indagine, è poi quello della comprensione delle *disfunzioni giuridicamente rilevanti* per l'attivazione delle specifiche (e molteplici) procedure volte a liquidare il patrimonio del debitore, ovvero a prevenire la crisi, ovvero ancora ad evitare l'aggravamento della stessa<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> E si veda G. FERRI jr., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 413 ss. (recentemente aggiornato e pubblicato in *Riv. not.*, 2014, p. 1149 ss.) il quale propone di considerare l'insolvenza alla stregua di una oggettiva disfunzione dell'organizzazione dell'impresa.

Il rilievo del tema si coglie soprattutto in riferimento al significato da attribuire allo stato di crisi rispetto all'insolvenza, questione sulla quale il dibattito è assai vivace.

E si veda ad esempio la posizione di A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, Torino, 2012, p. 3, per il quale l'impresa può essere considerata in "stato di crisi" quando, avuto riguardo ai fattori di produzione impiegati, essa non è più in grado di raggiungere gli obiettivi «che si sarebbero potuti ragionevolmente conseguire», a prescindere dai motivi che hanno determinato siffatta incapacità; M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa*, in *Fall.*, 2009, p. 1103.

Sul tema di vedano anche le riflessioni di G. CAPO, *Lo stato di insolvenza*, in BUONOCORE e BASSI (diretto da), *Tratt. dir. fall.*, I, Padova, 2010, p. 174 s.; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "comercialità"*, Milano, 2012, p. 270 ss. e da ultimo G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Torino, 2013.

Lo schema di disegno di legge "recante delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e insolvenza" elaborato dalla commissione Rordorf prevede ora, tra i principi generali di delega, l'introduzione di una definizione dello stato di crisi «intesa come probabilità di futura insolvenza» (art. 2, lett. c)).

Nel progetto di "Statuto dell'impresa", elaborato dalla Commissione Ferri nel 1982, era già presente una disciplina della "crisi" (la cui nozione consisteva in uno squilibrio reversibile tra costi e ricavi e determinava l'obbligo di elaborare un piano di risanamento) differenziata da quella dello "stato di insolvenza" che comportava la sottoposizione a procedure concorsuali di liquidazione nelle quali, però, si tendeva a preservare, per quanto possibile, l'organismo produttivo (cfr. P.G. JAEGER, *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985, p. 109 ss.; M. SANDULLI, *La crisi economica dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 973 ss.).

## 2. Sulla ritenuta utilità del salvataggio “ad ogni costo” delle imprese in crisi

Le numerose riforme che in Italia hanno riguardato la disciplina delle crisi delle imprese<sup>11</sup> (alle quali deve aggiungersi l’ambiziosa e recente proposta, elaborata dalla commissione c.d. “Rordorf”<sup>12</sup>, che intende riscrivere il sistema delle procedure concorsuali<sup>13</sup>, anche al

---

<sup>11</sup> Per una recente e approfondita analisi dell’evoluzione legislativa in Italia, cfr. per tutti F. VASSALLI, *Note introduttive al trattato. Le procedure concorsuali dalla legge fallimentare alla riforma*, in VASSALLI, LUISO e GABRIELLI (diretto da), *Tratt. di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. I, Torino, 2013, p. 48 ss.

<sup>12</sup> Si tratta del ddl. C.3671 (ora A.C., 3671 *bis*, dopo lo stralcio della parte dedicata all’amministrazione straordinaria. Stralcio, peraltro, del tutto inopportuno, non soltanto per la circostanza che una riforma delle procedure concorsuali che ambisce ad essere *organica* non può trascurare la disciplina delle grandi imprese, ma anche perché l’eccentricità di tale disciplina, rispetto a tutto il sistema, eccentricità da tempo criticata dalla dottrina più attenta, per un verso è del tutto ingiustificata, dal momento che determina l’applicazione di regole diverse per lo stesso fenomeno della crisi d’impresa, e per altro verso è pernicioso, perché sul piano interpretativo rende difficile colmare le lacune con il ricorso per analogia a tutto il riformando sistema) recante appunto «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza» (di seguito indicato anche solo come “riforma Rordorf”).

Si osservi che, dopo la ricordata operazione di stralcio della disciplina in tema di amministrazione straordinaria (su cui si vedano le dure critiche del Consiglio Nazionale Forense, *Audizione sull’indagine conoscitiva in merito all’esame sul disegno di legge C-3671 bis*, 13 luglio 2016), si è eliminato dal titolo del ddl l’aggettivo “organica” riferito alla riforma.

Per un primo commento al (provvisorio) articolato si vedano M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, in *Fall.*, 2016, p. 261 ss.; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, p. 139 ss.; G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Soc.*, 2016, p. 386 ss.; P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell’UE*, in *Soc.*, 2016, p. 734 ss.

Un tentativo di riformare organicamente il sistema italiano delle procedure concorsuali e della crisi d’impresa, immediatamente antecedente a quello che si è indicato nel testo, fu intrapreso dalla commissione c.d. “Trevisanato”. Il testo elaborato dalla commissione Trevisanato può leggersi in A. JORIO e S. FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.

In argomento e con specifico riferimento alla procedura c.d. di allerta ora prevista dal progetto di riforma elaborato dalla commissione Rordorf (in larga misura ripreso dalla commissione Trevisanato) si veda *infra*, cap. III, sez. II.

<sup>13</sup> Sulla necessità e sulle ragioni (soprattutto per tentare di risolvere il problema

fine di dare organicità e coerenza, appunto, alle riforme che si sono caoticamente succedute nel volgere di un breve lasso di tempo), le pronunce della giurisprudenza<sup>14</sup> e l'aumento esponenziale degli studi sulle procedure concorsuali e *preconcorsuali*<sup>15</sup> e, su un piano più generale, la preoccupazione di come evitare o risolvere le crisi delle imprese<sup>16</sup>, in qualche misura hanno contribuito a diffondere l'idea

---

ricorrente di capire se, e se si sino a che punto, sia possibile estendere a procedure speciali o singolari di composizione della crisi, i principi generali propri delle procedure in rassegna) che inducono alla ricerca di una nozione unitaria di "procedure concorsuali", Cfr. per tutti A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, 3<sup>a</sup> ed., p. 42 s.

<sup>14</sup> Utili analisi delle pronunce giurisprudenziali in materia fallimentare, con dettagliate indagini delle diverse prassi adottate nei tribunali italiani, si possono leggere in M. FERRO e A. DI CARLO, *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010; M. FERRO, P. BASTIA, G.M. NONNO, *L'accertamento del passivo*, Milano, 2011.

<sup>15</sup> Oltre agli autori citati in questo lavoro, e limitando l'analisi alle opere a carattere generali, si vedano le note bibliografiche presenti in A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit.

<sup>16</sup> È noto che una delle questioni fondamentali che con la disciplina delle crisi delle imprese si intende evitare è quella della *distruttiva* rincorsa dei creditori all'appropriazione delle residue risorse della impresa in difficoltà. Di qui, la convinzione che le crisi delle imprese debbano essere scongiurate ... *ad ogni costo*. Con riferimento al fondamentale obiettivo di prevenire le azioni individuali del ceto creditore, senza, però, giungere alla conclusione del "salvataggio ad ogni costo" – nella letteratura italiana si vedano, da ultimo, le considerazioni di F. FIMMANÒ, *Gli effetti del fallimento sull'impresa*, in JORIO e SASSANI (a cura di), *Tratt. delle procedure concorsuali*, vol. III, Milano, 2016, p. 30 (si cita dall'estratto), il quale muove appunto dalla considerazione che: «L'esigenza di tutti gli ordinamenti giuridici di contemplare un sistema di norme fallimentari nasce sul piano economico dai problemi connessi all'azione collettiva.

La struttura finanziaria delle imprese tipicamente caratterizzata dalla molteplicità e dalla diversità dei creditori nel tempo può generare, al momento dell'insolvenza, l'incentivo degli stessi ad anticiparsi a vicenda in un costosissimo gioco a somma zero.

Le procedure concorsuali impediscono le azioni esecutive e cautelari dei singoli creditori che produrrebbero altrimenti effetti distruttivi per l'impresa in default.

Quando le passività superano le attività i creditori tendono, infatti, a sprecare risorse nel tentativo di appropriarsi per primi di "pezzi" del patrimonio del debitore con effetti pregiudizievoli sull'unità aziendale e quindi sull'esercizio dell'attività economica».

In senso analogo si vedano A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., *passim* e spec. p. 49 ss.

che un fenomeno, in definitiva fisiologico, per quanto certamente doloroso (la fine dell'impresa), sia piuttosto da considerare una catastrofe del tutto eccezionale e da scongiurare ad ogni costo.

Si spiega così, ad esempio, l'introduzione nell'ordinamento italiano del concordato c.d. "in bianco" che, almeno nella sua versione originaria<sup>17</sup>, ha avuto come effetto principale quello di posticipare la dichiarazione di fallimento e di consentire al debitore di distogliere il patrimonio dalle pretese dei creditori, *con calma e meditazione* e non invece *in fretta e furia*, come accadeva nel passato prima dell'avvento di siffatto "salvifico istituto". A tale ultimo proposito è utile ricordare che a marzo del 2013 le richieste di concordato in bianco erano superiori al doppio delle domande di concordato presentate nello stesso periodo del 2012 e che nel novanta per cento dei casi il Tribunale fallimentare di Milano le ha dichiarate inammissibili, ovvero si sono poi concluse con una dichiarazione di fallimento<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> L'adozione dello strumento concordatario si è intensificata per effetto appunto del concordato c.d. "in bianco", introdotto dal d.l. n. 83 del 2012 e con il quale si è inteso consentire alle imprese in crisi di fruire di una temporanea esenzioni da azioni esecutive individuali dei creditori al fine della predisposizione del piano di risanamento e per agevolare una emersione anticipata della crisi.

Tuttavia, l'uso opportunistico dell'istituto (per tale intendendo il ricorso al concordato in bianco senza alcuna volontà o possibilità di presentare un piano nei termini, in genere allo scopo di giustificare il rinvio del pagamento dei creditori) ha indotto il legislatore ad una correzione. In particolare, con il d.l. n. 69 del 2013, e per effetto della introduzione della figura del commissario che deve monitorare il comportamento del debitore, le istanze di concordato in bianco si sono sensibilmente ridotte.

L'istituto del concordato in bianco ha ricevuto critiche pressoché unanimi da parte della dottrina. Si veda G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, cit., p. 9, per il rilievo che siffatte scelte legislative finiscono per invertire l'ordine degli atti procedurali, dal momento che «invece di imporre al debitore di (fare i compiti a casa e) presentare una proposta dettagliata e completa, in modo da mettere in grado il tribunale e i creditori di pronunciarsi subito nel merito, gli si concede di bloccare tutto (sul versante delle azioni esecutive e cautelari), in attesa di vedere se sarà possibile elaborare un piano per raggiungere un ipotetico accordo»; L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *Il fallimentarista*, 14 settembre 2012.; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 25 settembre 2012.

Da ultimo G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Dir. fall.*, 2016, II, p. 305 ss.

<sup>18</sup> Per una analisi dei "numeri" del concordato preventivo, con specifico riferi-

Certo, l'organismo produttivo è un valore per la collettività ed è indubitabile, né qui s'intende dubitare, che in linea di principio sia opportuno porre in essere seri tentativi di conservarlo.

Dubbio è però se sia altrettanto opportuno salvare "ad ogni costo" l'impresa in crisi, che, di là dalle dichiarazioni e dai proclami ufficiali, è palesemente la direzione verso la quale spingono le riforme degli ultimi anni e la filosofia che ne è alla base<sup>19</sup>.

In proposito sembra utile, allora, ricordare il monito di quella dottrina che ha già lucidamente segnalato come: «nella stragrande maggioranza dei casi, è bene, al di là della pernicioso ed ambigua retorica risanatrice, che la procedura concorsuale aiuti l'impresa a morire con il minimo danno, anziché garantirne una mistificata parvenza di salvezza, foriera solo di ulteriori distruzioni di ricchezza»<sup>20</sup>.

---

mento alle prassi dei tribunali, cfr. per tutti M. FERRO, P. BASTIA, G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, spec. p. 111 ss.

In sintesi, è indubitabile che il concordato, pur dopo le numerose correzioni normative, venga utilizzato sostanzialmente in funzione liquidatoria e dunque per evitare il sistema di liquidazione giudiziale del fallimento.

La Corte europea in una recente pronuncia (Causa C-546) ha tuttavia ritenuto che la disciplina italiana del concordato preventivo liquidatorio è soggetta a criteri di applicazioni e di controllo rigorosi, tali da garantire una efficace attività di riscossione dell'imposta sul valore aggiunto. Sul punto vedi *infra* in nota.

<sup>19</sup> Una ricognizione, sul piano del diritto comparato delle diverse scelte effettuate in altri sistemi, si può leggere in S. PACCHI PESUCCI, *Debitore, creditori e patrimonio: legislazioni a confronto. Alcune riflessioni a partire dall'opera di Ariel Angel Daso «Derecho concursal comparado»*, in *Riv. dir. fall.*, 2011, I, p. 286 ss.

<sup>20</sup> In questi termini, F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 411 ss.

Del resto sono noti i problemi originati dalla vecchia legge francese sull'insolvenza, che appunto si fondava sull'idea centrale del salvataggio ad ogni costo dell'impresa in crisi (cfr. M.J. CAMPANA, *Le droit français des entreprises en difficulté*, in MASCIANDARO e RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento. Terzo rapporto sul sistema finanziario italiano*, Milano, 1997, p. 335 ss.).

Sul punto non merita di indugiare oltre, sarà qui sufficiente ricordare che quanto si viene dicendo si trova già nella teorica di J.M. KEYNES (si allude, naturalmente, a *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936). Fra gli Autori che, da ultimo, appunto in ragione del rilievo globale assunto negli ultimi anni dalla crisi economica, hanno criticato le teorie keynesiane, si veda, in luogo di altri, H. LEWIS, *Where Keynes went wrong and why world governments keep creating inflation, bubbles and busts*, cit.



### 3. Crisi dell'impresa in forma societaria e problematico adattamento di un sistema tuttora imperniato sull'imprenditore individuale

Pur potendosi individuare profili *comuni* in merito alle crisi<sup>21</sup>, dunque a prescindere dall'articolazione del modello organizzativo (o, più semplicemente, dall'*organizzazione*) concretamente adottato dalla singola impresa, si è concordi nel ritenere che l'impresa organizzata in forma societaria presenta talune specificità che mal si adattano ad un sistema storicamente pensato avendo come riferimento l'imprenditore individuale<sup>22</sup>.

E, d'altra parte, è da tempo in atto la tendenza a privilegiare l'adozione della forma societaria, specialmente delle società organizzate su base capitalistica<sup>23</sup>, rispetto a quella della impresa individuale, un

<sup>21</sup> Vedi A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, cit., *passim*.

<sup>22</sup> Il punto è ben noto. E si veda ora la Relazione allo schema di legge delega per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sottolineando come le modifiche di ampio respiro della legge fallimentare hanno finito, in certa misura, per accentuare «lo scarto tra disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attuale», una allusione evidente alle difficoltà che scaturiscono dall'impostazione originaria della legge fallimentare e, in particolare, dal suo essere stata pensata per l'impresa individuale.

In definitiva, conservano piena attualità le considerazioni di A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. 9\*\*, Torino, 1993, p. 213 e in particolare l'osservazione che, nonostante il notevole processo di modificazione della tipologia delle imprese rispetto all'assetto ottocentesco, «è rimasto, nel nostro ordinamento, pressoché inavvertito a livello di disciplina normativa delle crisi (patrimoniali) di impresa e degli strumenti per la loro composizione o soluzione».

Del resto, già con riferimento al sistema previgente, la dottrina più attenta discorreva di *crisi delle procedure concorsuali*. In tema per tutti B. LIBONATI, *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988, I, p. 455 ss.; ID., *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 18 ss., valorizzando la necessità di conservare l'organismo produttivo, principio che soltanto oggi, dopo le riforme degli ultimi anni, può considerarsi "generale" e non soltanto limitato alle imprese di maggiori dimensioni; P.G. JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri dei giudici*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 869.

Con riferimento al sistema vigente prima della codificazione della codificazione del 1942, cfr. per tutti A. SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1897.

<sup>23</sup> Si pensi, ad esempio, all'esperienza italiana degli *spin-off* universitari (su cui si

fenomeno fortemente accentuato dall'introduzione nell'ordinamento della società a responsabilità limitata semplificata<sup>24</sup>.

Il dato è evidenziato, fra l'altro, da una recente analisi statistica, secondo cui, anche negli ultimi anni, la natalità delle imprese conferma un fenomeno in atto da circa un decennio, vale a dire la circostanza, appunto, che è sempre più frequente da parte degli imprenditori la preferenza per forme giuridiche più sofisticate come le società di capitali, «che offrono un'autonomia patrimoniale perfetta ma che vincolano l'impresa al rispetto di maggiori obblighi, come quello del deposito di bilancio»<sup>25</sup>.

Si tratta di notazioni che, in effetti, contribuiscono a spiegare e a giustificare una maggiore attenzione della dottrina alle specifiche questioni che originano dalla crisi dell'impresa organizzata in forma societaria, anche perché, in definitiva, i vari progetti di riforma della disciplina delle crisi che nel tempo si sono succeduti (incluso l'ultimo, quella elaborato dalla già citata Commissione Rordorf), muovono dalla assoggettabilità alle società di tutte le norme generali<sup>26</sup> e dun-

---

veda da ultimo, anche per i riferimenti statistici all'adozione, da parte delle Università italiane, di società di capitali, in particolare della società a responsabilità limitata, M. COSSU, *Spin-off universitari e accademici in forma societaria. Spunti sul modello organizzativo dello spin-off*, in DI CATALDO, MELI e PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo, I, Milano, 2015, p. 129 e 135, ove la constatazione che i regolamenti di Ateneo «non contemplano le società di persone»).

<sup>24</sup> Per l'analisi delle motivazioni che hanno condotto a introdurre nell'ordinamento le società a responsabilità limitata semplificata e delle criticità in punto di disciplina originate dall'inadeguata compromesso politico dal quale è sorto tale modello, sia consentito il rinvio al mio, *La società a responsabilità limitata semplificata*, scheda di analisi dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense, n. 1/2012, reperibile all'indirizzo <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/pubblicazioni/dossier-ufficio-studi/documento6007.html>; M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1085 ss.

<sup>25</sup> La ricerca è stata condotta dal CERVED e ha posto in evidenza che: «I dati indicano infatti che nel 2014 sono nate 168 mila newco nella forma di imprese individuali (-2,2% rispetto al 2013), 25 mila newco nella forma di società di persone (-4,9%) e 83 mila come società di capitali (+15,8%). Il 30% delle nuove imprese sono quindi società di capitale, una percentuale ben superiore rispetto al 21% del 2004. L'impennata del numero di nuove società di capitali – che lo scorso anno hanno fatto registrare un massimo in tutto il periodo esaminato – è attribuibile al successo delle Srl semplificate: nel 2014 ne sono nate 28 mila, un terzo delle newco costituite nell'anno e in forte aumento rispetto all'anno precedente».

<sup>26</sup> Si vedano, *ex multis*, le riflessioni di C. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*,

que continuano a non essere dedicati (o *adeguatamente* dedicati) all'organizzazione societaria.

Tuttavia, come è stato osservato, quando s'indagano le questioni critiche, ci si rende conto che questa assimilazione «di massima» si scontra con numerose e rilevanti limitazioni, che dipendono dalla circostanza – banale ma utile ai fini del discorso che si viene facendo – che le società, e in particolare le società di capitali, presentano caratteri peculiari rispetto all'impresa individuale<sup>27</sup>.

Si che, come si vedrà più avanti, tali constatazioni inducono a notare l'*assenza*, piuttosto che la *presenza*, di un diritto societario della crisi.

---

in BUONOCORE e BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, Padova, 2010, p. 88 ss.; S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 213 e da ultimo, con specifico riferimento alle criticità che originano nei gruppi di società, M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista ODC*, 2015, p. 1 ss.

<sup>27</sup> A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 227 s., il quale pone in evidenza come la peculiarità delle società «talvolta impone di *escludere* quelle società dall'applicazione di disposizioni sicuramente modellate a misura delle persone fisiche (e basta pensare, per fare l'esempio più appariscente, all'art. 47 l.f.); talaltra richiede *adattamenti* della norma; talaltra, ancora, evidenzia *lacune* che l'interprete deve colmare [...] coordinando i principi del diritto societario con quelli delle procedure concorsuali».

E, pur dopo le epocali riforme introdotte nel sistema della disciplina delle crisi, a ben guardare e almeno con riferimento alle società, si deve convenire che le perplessità manifestate dalla dottrina con riferimento al “vecchio” sistema”, continuano in larga misura a persistere anche nel “nuovo”. Ciò che in definitiva conferma la sensazione – avvertita nel testo e su cui si avrà modo di tornare in seguito – di una perdurante assenza del *diritto societario della crisi*.

L'aver trascurato la dimensione collettiva dell'impresa che fallisce, in certa misura comprensibile al tempo del varo della legge fallimentare («uno dei pochi manifesti miopismi di quello che è stato, alla resa dei conti un grande legislatore», così P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2008, p. 743), è invece del tutto sorprendente ai nostri giorni, anche in considerazione delle innumerevoli occasioni che si sono avute per effetto dell'alluvionale legislazione di riforma.



**CAPITOLO II**  
**COMPETENZE E RESPONSABILITÀ**  
**NELL'AUTOFALLIMENTO DELLE SOCIETÀ.**  
**QUESTIONI APERTE E PROFILI SISTEMATICI**

SEZIONE I

IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA, SUA RILEVANZA E INADE-  
GUATEZZA DEL SISTEMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

1. *L'istanza per l'“autofallimento” delle società e suo rilievo si-  
stematico. La questione della competenza tra esercizio di pote-  
re e doverosità del comportamento*

Esemplare delle difficoltà che originano dall'impianto (*attuale*, si badi, e non soltanto da quello *originario*) della legge fallimentare e dal suo *cattivo* (*rectius* inadeguato) funzionamento rispetto all'impresa organizzata in forma societaria è la questione del c.d. “autofallimento” delle società<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si tratta di tema per lo più trascurato dagli studi recenti, l'utilità del quale, come si confida di dimostrare nel corso della presente trattazione, trascende la questione della responsabilità civile e penale degli amministratori (all'evidenza di grande rilievo operativo) ed appare a chi scrive densa di implicazioni sistematiche. V. *infra* in questo paragrafo.

Esulano dalla presente indagine le questioni relative alla natura giuridica dell'azione del creditore le quali, tuttavia, rivestono un ruolo rilevante sul piano sistematico.

Per la tesi che nega all'azione in rassegna natura di azione esecutiva in senso tecnico si veda, in luogo di altri, M. FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2011, p. 54, argomentando sulla base del condivisibile rilievo che la partecipazione del creditore al concorso non si determina in automatico in seguito alla domanda di fal-

Si tratta di capire come si declini, nelle società (e specialmente nelle società per azioni<sup>2</sup>), l'*obbligo* (di là dalle affermazioni che si legono nelle premesse dei rari lavori ove, per lo più in via incidentale, si prende posizione sull'autofallimento, le analisi sul tema tendono usualmente a concludersi con il noto esito descrittivo: l'imprenditore è *obbligato* a chiedere il proprio fallimento quando l'omissione di tale comportamento aggrava il dissesto, per non incorrere nel reato di bancarotta semplice<sup>3</sup>) che graverebbe sul debitore insolvente di chie-

---

limento, occorrendo l'ulteriore presentazione della domanda di insinuazione al passivo. In senso contrario, per tutti, P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 117, ove si sostiene che tale peculiarità dell'azione del creditore si spiega in termini di specialità della stessa ma che, in ogni, caso, il creditore presenta il ricorso per fallimento al fine di soddisfare il credito che vanta nei confronti del soggetto del quale appunto chiede il fallimento.

<sup>2</sup> Si è già dichiarato l'intento di volgere l'attenzione, in questa sede, specie alla società per azioni.

Tuttavia, quanto si viene dicendo nel testo dipende non soltanto da una scelta di chi scrive, quanto piuttosto dalla circostanza che dopo la novella del 2003 in tema di diritto societario non pare più praticabile la via di considerare in modo sostanzialmente omogeneo società per azioni e società a responsabilità limitata, via che in effetti anche anteriormente alla citata riforma non conduceva a risultati appaganti, come già da tempo aveva avvertito la migliore dottrina.

In argomento e sulla opportunità, tuttavia, di riflettere anche sulla società a responsabilità limitata, al fine di cogliere adeguatamente il diverso fenomeno della società per azioni, si veda *infra*, sez. II, § 3.

<sup>3</sup> L'affermazione è ricorrente nelle trattazioni manualistiche. Fra le opere più recenti si vedano, ad esempio, M. SCIUTO, *I presupposti del fallimento e l'apertura delle procedure*, in CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016, p. 168; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Ferri e Angelici, Torino, 2015, 14<sup>a</sup> ed., p. 827; G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, vol. I, Bologna, 2015, 7<sup>a</sup> ed., p. 269; G. AULETTA e N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, a cura di Mirone, Milano, 2015, 20<sup>a</sup> ed., pp. 649 e 709.

Nella letteratura penalistica sul reato di bancarotta si vedano intanto, in luogo di altri, le recenti trattazioni di A. FIORELLA e M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 92 ss. e degli stessi Autori, *I delitti di bancarotta*, in VASSALLI, LUISO e GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Gli effetti del fallimento*, III, Torino, 2015 e, con specifico riferimento alla bancarotta impropria societaria, in luogo di altri, il lavoro di A. MANNA, *Bancarotta impropria societaria (fraudolenta e semplice) tra recenti interventi legislativi e questioni di costituzionalità ancora aperte*, in GHIA, PICCININNI e SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Torino, 2012, p. 214 ss.

Sul rilievo sistematico dei rapporti fra diritto penale e attività d'impresa, resta tuttora fondamentale l'opera di A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

dere il proprio fallimento e le connesse questioni che pare possano inventariarsi secondo l'elenco che segue.

In particolare, ammesso che si riconosca la sussistenza dell'obbligo in rassegna nelle società (sussistenza che in letteratura e in giurisprudenza si tende a dare per scontata, perlomeno nel senso cui si è fatto cenno poco anzi, argomentandosi dalla circostanza che l'art. 224 l.f. prescrive l'applicazione delle pene stabilite nell'art. 217 l.f. agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite «i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo» e che, appunto, l'art. 217 l.f. stabilisce al punto 4 che risponde di bancarotta semplice l'imprenditore fallito che ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento<sup>4</sup>), chi è investito del potere di decide-

---

<sup>4</sup> Ma si veda, intanto, la recente sentenza Cass., 26 agosto 2015, n. 35708, secondo cui: «Il punto in discussione non è, a ben guardare, se la colpa grave sia elemento psicologico che caratterizza l'intera fattispecie incriminatrice; conclusione sulla quale le opinioni riportate finiscono per concordare. Il quesito è se la gravità della colpa debba o meno ritenersi presunta laddove il fallimento non sia tempestivamente richiesto dall'imprenditore in stato di insolvenza. Orbene, la soluzione affermativa di una siffatta presunzione appare per un verso priva di ragionevolezza, e per altro non essere l'unica autorizzata dal testo normativo. Per il primo aspetto, non è difficile comprendere come il ritardo nell'adozione della senza dubbio grave decisione dell'imprenditore di richiedere il proprio fallimento possa essere ricollegato ad una vasta gamma di dinamiche gestionali, che si estende dall'estremo dell'assoluta noncuranza per gli effetti del possibile aggravamento del dissesto a quello dell'opinabile valutazione sull'efficacia di mezzi ritenuti idonei a procurare nuove risorse. L'eterogeneità di queste situazioni rende improponibile una loro automatica sussunzione nella più intensa dimensione della colpa. Il dato oggettivo del ritardo nella dichiarazione di fallimento, in altre parole, è ancora troppo generico perché dallo stesso possa farsi derivare una presunzione assoluta di colpa grave; dipendendo tale carattere dalle scelte che lo hanno determinato.

Per il secondo profilo, il fatto che la norma qualifichi nel segno della "altra grave colpa" le condotte diverse da quella di ritardato fallimento non implica necessariamente che quest'ultima sia intesa dal legislatore come manifestazione tipica di colpa grave. È altresì praticabile una lettura che sottintende tale condotta come punibile in quanto in concreto connotata da colpa grave, al pari di altri comportamenti non tipicizzati altrimenti che per la loro efficienza causale rispetto all'aggravamento del dissesto; e per la quale, in altri termini, la tardiva richiesta di fallimento assume la consistenza di un'omissione penalmente rilevante ove oggetto di una scelta caratterizzata da colpa di livello grave. Questa opzione interpretativa, non incorrendo nei difetti di ragionevolezza rilevabili nella tesi per la quale la gravità della colpa sarebbe

re in tal senso? Ci si deve poi interrogare su quali siano gli effetti del mancato assolvimento di un siffatto adempimento e ancora se, con specifico riferimento alle società per azioni, sia possibile invocare un potere supplente, analogamente a quanto l'ordinamento dispone in talune ipotesi di inerzia del consiglio di amministrazione nelle quali, come è noto, si attribuisce al collegio sindacale un potere/dovere di supplenza<sup>5</sup>; quali siano gli effetti di una eventuale *sfasatura* tra soci e

---

assolutamente presunta nell'ipotesi in esame, deve pertanto essere privilegiata laddove, per quanto appena detto, non incompatibile con il dato letterale».

<sup>5</sup> La questione cui si allude nel testo va inquadrata nel tema di vertice della responsabilità per concorso omissivo e che, in sintesi estrema, riguarda la necessità di individuare quali sono i fatti per i quali si deve ritenere gravi sul collegio sindacale un obbligo di impedimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 40, comma 2 del codice penale. In argomento cfr., fra i tanti, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri d'impedimento*, Milano, 2003; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009; G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, p. 197 ss.

L'idea del collegio sindacale come di organo garante della legalità è particolarmente accentuata in quelle pronunce giurisprudenziali che ritengono non sia necessaria l'individuazione concreta di violazioni specifiche del generale dovere di vigilanza cui all'art. 2403 c.c., ritenendo sufficiente l'inerzia di fronte al compimento di atti di dubbia legittimità e regolarità da parte degli amministratori.

In tal senso, si veda ad esempio, Cass., 24 aprile 2014, n. 13517. Da ultimo Cass., 10 maggio 2016, n. 19470, della quale è utile riportare integralmente alcuni passaggi i quali, in effetti, sembrano confermare l'orientamento rigoroso cui si è accennato. «In termini generali e ricostruttivi, giova ricordare che, in tema di bancarotta, questa Corte di legittimità ha avuto modo di precisare che è configurabile il concorso dei componenti del collegio sindacale nei reati commessi dall'amministratore della società, anche a titolo di omesso controllo sull'operato di quest'ultimo o di omessa attivazione dei poteri loro riconosciuti dalla legge (Cass., Sez. V, 1° luglio 2011, n. 31163 – dep. 5 agosto 2011, Checchi, rv. 250555). Detto altrimenti, nei reati di bancarotta è ammissibile il concorso di un componente del collegio sindacale con l'amministratore di una società, che può realizzarsi anche attraverso un comportamento omissivo del controllo sindacale, il quale non si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione (Cass., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327 – dep. 14 luglio 1998, Bagnasco e altri, rv. 211368).

Pertanto, sussiste la responsabilità, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, del componente del collegio sindacale *qualora sussistano*



amministratori, ossia, in altri termini, quali effetti si producono se i soci deliberano di non chiedere il fallimento o non deliberano affatto il fallimento e gli amministratori, al contrario, presentano la relativa istanza e viceversa<sup>6</sup>.

Al tema s'intende qui dare ampia trattazione, non soltanto perché

---

*puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, in forza dei quali l'omissione del potere di controllo – e, pertanto l'inadempimento dei poteri-doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distrattive degli amministratori – esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori* Cass., Sez. V, 5 marzo 2014, n. 26399 – dep. 18 giugno 2014, Zandano, rv. 260215). Ed invero, oltre alle ipotesi eccezionali – configurabili in linea astratta – di condotte positive o commissive in concorso con altri, tali da integrare gli estremi della bancarotta fraudolenta, la responsabilità a carico dei sindaci è, normalmente, ravvisabile a titolo di concorso omissivo, alla stregua dell'art. 40 c.p., comma 2, e cioè sotto il profilo della violazione del dovere giuridico di controllo che, ordinariamente, inerisce alla loro funzione, sub specie dell'equivalenza giuridica, sul piano della causalità, tra il non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire ed il cagionarlo. È noto che, nella disciplina codicistica sostanziale, sia nel previgente regime che nell'assetto novellato dalla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il collegio sindacale è tipico organo di controllo, chiamato a vigilare sull'amministrazione della società, con il compito di garantire l'osservanza della legge ed il rispetto dell'atto costitutivo nonché di accertare che la contabilità sia tenuta in modo regolare (cfr. Cass., Sez. V, 12 novembre 2001, n. 45237, rv. 221014; e, per il nuovo regime, Sez. I civ., 11 novembre 2010, n. 22911, rv. 614607)» (enfasi aggiunta).

Secondo l'opinione prevalente, il dovere c.d. sostitutivo del collegio sindacale ha portata generale, «a nulla rilevando che le specifiche ipotesi normative di convocazione da parte degli amministratori non contemplino espressamente il dovere in esame da parte dei sindaci» (così da ultimo P. SFAMENI, P. SPOLAORE, *sub art 2406*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Le società per azioni*, Tomo 1, Milano, 2016, p. 1675, ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

Tuttavia, in ragione della natura eccezionale di tale potere-dovere il potere vicario dei sindaci non si estende alla attività sostanzialmente gestoria propria degli amministratori, seppure, al cospetto di segnali di allarme si deve convenire che «sia dovere del collegio sindacale sollecitare il rispetto dei principi di corretta amministrazione, richiedendo la redazione di documenti (anche di natura contabile) da parte del consiglio di amministrazione al fine di accertare la reale situazione economico-finanziaria della società» (così sempre P. SFAMENI, P. SPOLAORE, *op. cit.*, p. 1676, richiamando sul punto Trib. Milano 3 febbraio 2010).

<sup>6</sup> L'indagine degli interrogativi posti nel testo sarà svolta *infra* e, in particolare, § 7 e sez. II.

si tratta di tema all'evidenza rilevante *ex sé*<sup>7</sup>, ma anche e soprattutto perché l'autofallimento e le questioni allo stesso connesse, a ben guardare, trascendono i problemi ad esso specifici.

Basti intanto pensare, quanto agli aspetti che in questa sede maggiormente interessano, alle questioni del riparto di competenze fra gli organi sociali<sup>8</sup>, della responsabilità degli amministratori per non aver presentato la richiesta di fallimento<sup>9</sup> e alla circostanza che normalmente le procedure c.d. *di allerta* tendono ad incentivare il ricorso all'autofallimento<sup>10</sup>, temi tutti che incidono direttamente sui problemi della gestione della società per azioni in crisi.

Su un piano ancora più generale, nella prospettiva dell'autofallimento potrebbe osservarsi il rilievo dell'organizzazione<sup>11</sup> e il rapporto tra impresa individuale e impresa in forma societaria<sup>12</sup>.

Non è però il caso di indugiare oltre, si vuole dire che il tema in rassegna, a parere di chi scrive, consente di porre in evidenza profili e principi di carattere generale, potendo allora assumere un valore sistematico significativo sul quale è utile interrogarsi.

---

<sup>7</sup> Basti pensare alla frequenza con la quale la giurisprudenza affronta, sia in sede civile che in sede penale, il tema della responsabilità degli amministratori per aver aggravato il dissesto della società in seguito al fallimento giudicato "intempestivo".

<sup>8</sup> Si vedano gli autori citati *infra*.

<sup>9</sup> Su cui si veda *infra*, sez. IV, §§ 1 e 2; cap. III, sez. II, § 10 e sez. III.

<sup>10</sup> Il punto sarà meglio chiarito nelle pagine che seguono (vedi *infra*, cap. III, sez. II) Intanto si può anticipare che, per certi versi, si potrebbe dire che l'induzione del debitore a chiedere il proprio fallimento sia il *second best* in una procedura di allerta, nel senso che, assunto come miglior risultato quello di offrire consapevolezza che è in atto una crisi e ciò al fine di consentire una reazione adeguata atta a scongiurarla ovvero a mitigarne gli effetti, ove il processo di decozione fosse inarrestabile la procedura di allerta dovrebbe tradursi in incentivi all'autofallimento così da preservare quanto più possibile la ricchezza ancora presente.

<sup>11</sup> Sul tema, per tutti, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1969.

<sup>12</sup> V. G. FERRI, *Le società*, in VASSALLI (fondato da), *Trattato di diritto civile*, vol. X, Tomo 3, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1987, p. 60 ss.

## 2. Anomalia della perdurante assenza di una soluzione normativa e contraddittorietà rispetto alla tendenza a valorizzare l'emersione anticipata della crisi

In proposito va anzitutto segnalato un dato che pare a chi scrive sconcertante sul piano della politica legislativa e che, ancora una volta, giustifica le perplessità che in questa sede si intendono sollevare sull'esistenza di un diritto societario della crisi<sup>13</sup>. Si allude alla circostanza che la questione che ci occupa presenta all'evidenza problemi di notevole impatto operativo, anche per le sopra ricordate implicazioni penalistiche<sup>14</sup> e che tale questione era stata diffusamente e autorevolmente affrontata già prima della codificazione del 1942, sotto la vigenza del codice di commercio<sup>15</sup>.

Orbene, il sistema del diritto fallimentare è stato rimaneggiato e rivisitato al punto da condurre ad una vera e propria *rivoluzione*: in sintesi estrema, da un sistema essenzialmente *liquidatorio, punitivo e sanzionatorio* si è passati ad un sistema che tende a conservare e preservare i complessi produttivi e a liberare l'imprenditore fallito dalla gogna giuridica e morale alla quale in origine era sottoposto<sup>16</sup>, tanto che il

---

<sup>13</sup> Vedi *infra*, cap. III, sez. I.

<sup>14</sup> Vedi *supra*, § 1.

<sup>15</sup> Cfr. Per tutti G. BONELLI, *Progetto Bonelli sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 192 s.

<sup>16</sup> Significativo è in proposito osservare che nella recente causa C 546/14 la Corte Europea, investita della questione dal Tribunale di Udine, ha ritenuto che la normativa europea (in particolare, l'art. 4, § 3, TUE, 2 e 250, § 1 e 273 della direttiva 2006/112/CE) in tema d'imposta sul valore aggiunto, non è ostativa all'ammissione di un concordato preventivo liquidatorio ove si preveda un pagamento parziale dell'IVA.

Una decisione che può apparire sorprendente nella prospettiva del principio di intangibilità del debito per l'imposta sul valore aggiunto.

È noto, infatti, che, all'imposta sul valore aggiunto si attribuisce la natura di "risorsa europea", rispetto la quale lo Stato membro dovrebbe garantire una riscossione integrale ed è perciò che nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'art. 182 *ter* l.f. nel disciplinare la transazione fiscale impone che la proposta di concordato possa prevedere soltanto una dilazione e non anche la falcidia del debito per l'imposta sul valore aggiunto (come, oltretutto, conferma il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. n. 22931 del 2011, Cass. n. 22932 del 2011; Cass. n. 7667 del 2012. Si veda anche la sentenza n. 225 del 2014 Corte Cost.).

disegno di legge delega elaborato dalla commissione Rordorf propone ora, addirittura, una modificazione del lessico tradizionale che intende sostituire al termine di *fallimento* quello di *liquidazione giudiziale*<sup>17</sup>.

Sono fatti noti.

Pure è noto che non sono mancate occasioni normative per rimediare a dimenticanze o risolvere questioni (e la mente corre specialmente a quelle sulle quali esiste una diffusa consapevolezza e o di grande impatto operativo): legge 14 maggio 2005, n. 80; d.lgs. 20 giugno 2005, n. 80; il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; la legge 15 luglio 2011, n. 111; la legge 17 dicembre 2012, n. 221; la legge 7 agosto 2012, n. 134; il d.l. n. 59 del 2016<sup>18</sup>, tanto per ricordare alcuni degli interventi effettuati, l'ultimo dei quali è appunto il d.d.l. di riforma della commissione Rordorf, ma l'elenco è con buona probabilità destinato a crescere ancora in breve tempo.

Insomma tante ed epocali modifiche, che includono le avanguardie dell'allerta<sup>19</sup> e l'introduzione di organismi pensati per risolvere le crisi delle imprese<sup>20</sup>, ed appare sconcertante che in nessuna delle no-

---

Tale pronuncia, d'altra parte, è pienamente coerente con l'idea che la conservazione dell'organismo produttivo ha assunto il ruolo di interesse preminente nella disciplina delle crisi d'impresa.

<sup>17</sup> Si legge nella Relazione che accompagna la bozza di legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali che: «Si propone di abbandonare la pur tradizionale espressione “fallimento” (e quella da esse derivate), in conformità ad una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di *civil law* (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), volta ad evitare l'aura di negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato».

<sup>18</sup> Il d.l. è stato convertito con modifiche dalla legge 30 giugno 2016, n. 119 e prevede, fra l'altro, l'introduzione di rilevanti novità anche in tema di garanzie, per le quali sarebbe stato opportuno un adeguato dibattito e una riflessione attenta.

Basti pensare alla novità rappresentata dal «pegno non possessorio» espressione che, se si guarda alle origini e alla tradizione dell'istituto, già sul piano lessicale denota una evidente contraddizione in termini (in luogo di altri, si veda G. GORLA e P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in SCIALOJA e BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1992, p. 67 ss.), seppure ormai si ritiene centrale non tanto il possesso quanto piuttosto l'indisponibilità dei beni offerti in garanzia (cfr. per tutti E. GABRIELLI, *Il pegno*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2005, p. 115 ss.; ma già ID, *Il pegno anomalo*, Cedam, 1990).

<sup>19</sup> Su cui si veda *infra*, cap. III, sez. II.

<sup>20</sup> Si tratta degli organismi già previsti dalla legge sul sovraindebitamento e ai