

Sommario

PREMESSA	3
L'impresa familiare: origini, natura giuridica e presupposti.....	3
CAPITOLO I.....	23
L'IMPRESA FAMILIARE: SOGGETTI, DIRITTI, DOVERI E GESTIONE....	23
1.1 I soggetti attivi e passivi.....	23
1.1.1 Il coniuge	27
1.1.2 Il convivente di fatto.....	31
1.1.3 Gli affini e i parenti	35
1.2 Diritti e doveri	36
1.2.1 Il diritto al mantenimento.	38
1.2.2 Il diritto di partecipazione agli utili, ai beni acquistati, agli incrementi.	39
1.3 La gestione	46
1.3.1. Il potere di concorrere alle decisioni adottate a maggioranza dai familiari partecipanti all'impresa.....	50
CAPITOLO II	56
L'IMPRESA FAMILIARE: ESTINZIONE E FALLIMENTO	56
2.1 Estinzione e trasferimento dell'impresa.....	56
2.1.1 Il trasferimento del diritto di partecipazione.....	58
2.1.2 Il diritto di prelazione sull'azienda dei familiari partecipanti all'impresa...	61
2.1.3 Prelazione in caso di trasferimento di azienda.....	64
2.1.4 Prelazione in caso di comunione ereditaria.....	66
2.1.5 Rinunce e transazioni	68
2.2 Il fallimento dell'impresa familiare	69
2.2.1 I presupposti dell'inquadramento del capo famiglia nel concetto di piccolo imprenditore	81
2.2.2 I presupposti soggettivi della dichiarazione di fallimento	90
2.2.3 I presupposti oggettivi.....	95
2.3 Procedura fallimentare	96
2.4 La sentenza di fallimento ed effetti.....	100
2.5. Il concordato fallimentare e concordato preventivo prima e dopo la riforma del 2006.....	104
2.5.1 Differenze tra concordato fallimentare e concordato preventivo: la collocazione normativa dell'impresa familiare.....	107

2.6. Il concordato preventivo per l'impresa familiare in crisi.....	110
CAPITOLO III.....	118
LE IMPRESE FAMILIARI E LE IMPRESE DI FATTO IN ITALIA E LA CRISI D'IMPRESA	118
1.1 Imprese familiari: lo stato dell'arte	118
3.2 Crisi e fallimento dell'impresa familiare: cause e modalità.....	124
3.2.1 Il ricambio generazionale come causa caratteristica di fallimento dell'impresa familiare	133
3.3 Crisi dell'impresa familiare: procedure di risanamento.....	141
3.3.1 Gli accordi di ristrutturazione per debiti	144
BIBLIOGRAFIA	160

PREMESSA

L'impresa familiare: origini, natura giuridica e presupposti

L'istituto dell'impresa familiare, che è una particolare forma di impresa individuale, fa capo all'art. 89 della legge 19 maggio 1975 n. 151 (recante la riforma del diritto di famiglia) che ha aggiunto un'ultima sezione (titolata "Dell'impresa familiare") al capo VI ("Del regime patrimoniale della famiglia") del titolo VI (Del matrimonio) del libro primo del codice civile.

Detta sezione è formata da un'unica disposizione: l'art. 230 *bis*¹, con il quale il legislatore ha voluto introdurre l'istituto dell'impresa

¹ L'articolo in questione recita testualmente: "Salvo che sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha il diritto al mantenimento secondo le condizioni patrimoniali della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi della azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa. I familiari partecipanti all'impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi. Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo. Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. Il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipi. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di

familiare allo scopo di offrire una specifica tutela al lavoro prestato familiare nell'impresa, riconoscendo a quest'ultimo il diritto «al mantenimento secondo le condizioni patrimoniali della famiglia» nonché la partecipazione «agli utili dell'impresa familiare (art. 230 bis c.c.). Tale familiare ha inoltre diritto a partecipare alle decisioni riguardanti «l'impiego degli utili», nonché a quelle inerenti «alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa».

E' stato osservato che l'importanza sociale del fenomeno del lavoro familiare non era «misconosciuto dal legislatore», nel senso che già l'art. 2083 del c.c. stabilisce che sono piccoli imprenditori coloro che svolgono una attività professionale organizzata prevalentemente «con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia» e che l'art. 1647 c.c. menziona, a proposito dell'affitto a coltivatore diretto, il lavoro delle persone della sua famiglia.

In seguito è stata concessa anche una tutela previdenziale a certi familiari che collaboravano nell'impresa, ma non sono mai stati regolati i rapporti interni fra l'imprenditore e i suoi familiari.

Tuttavia sebbene la normativa dell'impresa familiare appaia correttamente inserita nell'ambito dei rapporti di famiglia, risulta estranea al corpo normativo in cui è specificamente collocata, non avendo come suo presupposto indispensabile il vincolo coniugale, ma più genericamente la prestazione di lavoro nella famiglia o nell'organizzazione imprenditoriale di un familiare.

accordo, dal giudice. In caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Si applica nei limiti in cui è compatibile la disposizione dell'articolo 732. Le comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme”

L'imprecisa collocazione dell'istituto all'interno del Codice sarebbe da ricondurre alla fretta impressa dal Parlamento all'*iter* legislativo della riforma del diritto di famiglia.

L'istituto ha origine infatti da una proposta presentata dal senatore, Luigi Carraro, al termine del lunghissimo cammino parlamentare che ha portato al varo della legge n. 151 del 19 maggio 1975.

Nel corso della quinta e della sesta legislatura furono presentate numerose proposte di legge aventi ad oggetto la riforma del diritto di famiglia. La commissione giustizia della Camera, il 18 ottobre 1972, approvò le proposte presentate durante la sesta legislatura in un testo unificato².

La proposta del senatore Carraro fu, però, emendata nel corso dei successivi lavori della Commissione e la materia regolata dall'impresa familiare venne inserita nel Titolo VI, Capo VI, del I Libro del Codice civile.

L'originaria formulazione dell'art. 55 del progetto sarebbe dovuta essere inserita nel Codice civile al nuovo art. 2083 bis, subito dopo la definizione della piccola impresa, offerta dall'art. 2083 c. c., da cui l'abbandono della precedente formulazione dell'azienda familiare e la sua sostituzione con quella di impresa familiare³.

Gli interventi legislativi in tema di impresa familiare trovano ragione nell'inadeguatezza della disciplina dettata dall'art. 2140. Tali interventi hanno portato al varo della norma di cui all'art. 230-bis c.c.

² GRAZIANI, *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prime considerazioni*, in *Riv. dir. agr.* 1975, p. 199 ss..

³ COLUSSI, *Impresa familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1981. 53; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare*, Padova 1991, 43 ss.; BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995., 197.

Le motivazioni di politica del diritto che hanno ispirato l'art. 230-bis c.c. sono, le stesse che hanno condotto alla nuova disciplina del diritto di famiglia e quindi volte a soddisfare e garantire del principio di uguaglianza, anche, e soprattutto, in seno ai rapporti familiari⁴.

Nell'ambito dell'art. 230-bis c. c. vanno, dunque, tenuti distinti due fattispecie che si rifanno, come tali, a due distinte *rationes legis*: da un lato la tutela del lavoro familiare, per rimuovere la presunzione di gratuità delle prestazioni rese nella comunità familiare, dall'altro, la tutela della collaborazione di lavoro familiare all'attività di impresa esercitata da uno stretto congiunto⁵.

Questo non esclude che tra le due *rationes legis* non vi sia alcun collegamento, perché ciascuna di esse, in realtà, è espressiva di un superiore principio perseguito dal legislatore con la normativa di cui all'art. 230-bis c. c. che, al di là del riferimento all'impresa nella sua intitolazione, intende tutelare l'interesse patrimoniale dei familiari quando, in assenza *dell'animus contrahendi* o di un altro espresso riconoscimento normativo, essi prestano in modo continuativo la loro attività di lavoro a favore di uno stretto congiunto *affectionis vel benevolentiae causa*⁶.

La *natura giuridica* dell'impresa familiare è da ricercarsi ancora una volta nell'art. 230-bis c.c., che stabilisce l'effettiva e continuativa prestazione di lavoro, costituendo in tal modo la fonte di un nuovo, autonomo rapporto di lavoro, appunto definibile come familiare, con

⁴ STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano*, in *Vita not.* 1994, 1120.

⁵ BALESTRA, *L'impresa familiare*, Milano, 1996, 32.

GRAZIANI, *L'impresa familiare*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Torino, 1996, 47.

⁶ LA ROSA, *L'impresa familiare alla luce del trattamento tributario: spunti per una ricostruzione*, in *Riv. dir. civ.* 1986, 89,

caratteri suoi propri, che non ne consentono l'assimilazione con alcun altro rapporto obbligatorio di collaborazione, a struttura sinallagmatica (come il lavoro subordinato, autonomo o parasubordinato; l'associazione in partecipazione), ma neppure la ricomprensione nelle strutture associative aventi per oggetto la partecipazione di più persone all'esercizio in comune di un'attività di impresa⁷.

Sia la dottrina che la giurisprudenza si sono ampiamente divise sulla rilevanza *interna* oppure *esterna* del rapporto di lavoro familiare⁸. Le opinioni opposte sono state molteplici, ma si possono ricondurre a due orientamenti.

Secondo il primo orientamento⁹ l'impresa familiare dovrebbe essere qualificata come un'impresa *collettiva*, affidata alla gestione paritetica di tutti i partecipanti con la conseguenza che la stessa attività di impresa avrebbe rilevanza esterna, in quanto la titolarità di essa e la proprietà dell'azienda, in ordine agli utili, agli incrementi ed ai beni con essi acquistati, spetterebbero in comune a tutti e a ciascuno dei partecipanti, ai quali dovrebbe essere imputato il rischio dell'impresa, con tutte le conseguenze di legge.

A sostegno di questa ipotesi il filone dottrinale ha sostenuto che nell'art. 230-bis c. c. manca qualsiasi riferimento all'imprenditore, mentre, invece, verrebbe definita l'impresa familiare come un fenomeno associativo a cui partecipano il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo; che agli stessi partecipanti spetterebbero le situazioni di con titolarità previste in termini di

⁷ STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano*, cit., 1122

⁸ BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 42 ss.,

⁹ FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia* Milano, 1984-1988, 1376 ss; PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento*, Milano, 1988, 22 ss.

partecipazione agli utili, agli incrementi ed ai beni acquistati; che, soprattutto, verrebbero riconosciuti a tutti i partecipanti ampi poteri amministrativi, propri dell'imprenditore, in ordine alle decisioni riguardanti l'impiego degli utili, la gestione straordinaria e la cessazione dell'impresa, con una ripartizione dei compiti che attribuirebbe l'ordinaria amministrazione, in via disgiuntiva, a tutti i partecipanti¹⁰, limitando la posizione sovraordinata e privilegiata propria del capo dell'impresa e ponendo tutti i membri della famiglia lavoratrice in una posizione di parità, da cui si desumerebbe la qualifica di coimprenditore per ciascuno di loro. Quanto alla qualificazione giuridica di siffatta impresa collettiva¹¹, le opinioni tra i diversi sostenitori di tale tesi, si stemperano in varie posizioni che non sempre collimano tra loro.

Così, mentre per alcuni, nell'impresa familiare, tutti i partecipanti sono coimprenditori, per altri, la qualità di imprenditore spetterebbe alla stessa famiglia, di conseguenza in caso di fallimento sarebbero i familiari risulterebbero coinvolti¹², oppure alla collettività dei familiari secondo lo schema delle associazioni non riconosciute¹³.

¹⁰ Cons. Stato, sez. III, parere, 11 febbraio 1976 n. 89, in *Foro it.* 1977, III, 708 (con nota critica di JANNARELLI, *Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia*); *Giur. comm.* 1977, I, 726; Cons. Stato 1977, I, 1094; *Riv. not.* 1977, 743; *Vita not.* 1977, 988; *Nuovo dir. agr.* 1977, 349.

¹¹ In giurisprudenza, per l'affermazione che l'impresa familiare costituisce un'impresa collettiva, anche con rilevanza esterna, Cass. 13 ottobre 1984 n. 5124, in *Giust. civ.* 1985, I, 372 (con nota di M. FINOCCHIARO, *Natura associativa e rilevanza esterna dell'impresa familiare; alcune importanti precisazioni da parte della Suprema Corte*); Cass. 29 febbraio 1988 n. 2122, in *Foro it.* 1989, I, 852

¹² FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, I, cit., 1266, i quali muovendo dall'assunto che non ogni ipotesi di esercizio collettivo dell'attività imprenditoriale dia luogo ad una società, ritengono che imprenditori siano tutti i familiari partecipi; FINOCCHIARO M., *Considerazioni brevissime sul fallimento dell'impresa familiare*, Milano, 1996, 672.

¹³ TAMBURRINO, *Impresa, comunione e società in agricolture*, in *Giust. civ.* 1983., 291.

Altri¹⁴ riconducono l'impresa familiare al modello generale della società di cui all'art. 2247 c. c. e, in particolare, alternativamente, nello schema della società semplice¹⁵ collettiva, regolare o non¹⁶, di fatto¹⁷ o atipica¹⁸, in accomandita semplice¹⁹, ad un nuovo tipo di società legale²⁰ o *sui generis*²¹, ovvero ad un istituto di transito verso una forma di impresa collettiva²².

Per la seconda ed opposta ricostruzione, ormai decisamente prevalente in dottrina²³ e in giurisprudenza²⁴, la normativa dettata dall'art. 230-bis c. c., in tema di impresa familiare, non varrebbe a trasformare l'impresa in un organismo collettivo a fine di lucro, con rilevanza esterna, ma, al contrario, è tale da farla considerare come un'impresa individuale, configurabile come un rapporto associativo di lavoro, non di scambio, a rilevanza meramente interna.

¹⁴ SIMONETTO, *L'impresa familiare: dubbi interpretativi e lacune normative*, in *Dir. soc.* 1976, 521.

¹⁵ GRAZIANI, *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prime considerazioni* cit., 99.

¹⁶ PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento*, Milano, 1988, 25.

¹⁷ MARCELLI, *Considerazioni sull'impresa familiare contadina*, in *Nuovo dir. agr.* 1976, 210; TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1990, 896,

¹⁸ SANTORO – PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro* Napoli, 1972, 99.

¹⁹ NIGRO, *Riflessioni sull'impresa familiare (a proposito del parere 11 febbraio 1976 del Consiglio di Stato)* in *Giur. comm.* 1977, I, 720 ss; MORELLO, *Sull'impresa familiare e sull'ammissibilità di sue trasformazioni in società*, in *Riv. not.* 1984, I, 1075 ss.

²⁰ BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 1981, 377; MANCINI, *Natura giuridica dell'impresa familiare*, Roma, 1992, 318.

²¹ BUSNELLI, *Impresa coniugale e azienda coniugale*, Napoli, 1992, 1413 ss.

²² GRAZIANI, *L'impresa familiare* cit., 683; BALESTRA, *L'impresa familiare* cit, 77.

²³ STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1121 ss.; PROIETTI, *Natura dell'impresa familiare e controversie "snaturate"*, in *Giur. civ.*, 1994, I, 1, 322; NUZZO, *L'impresa familiare*, in *Il diritto di famiglia, Trattato* diretto da BONILINI e CATTANEO: II) *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997; AMOROSO, *L'impresa familiare*, Padova, 1998, 47.

²⁴ Cass. I, 27 giugno 1990, n. 6559, in *Giust. civ.*, 1991, I, 667,

Le argomentazioni addotte, in positivo, a favore della rilevanza meramente interna del rapporto di impresa familiare possono si basano in primis sul fatto che l'istituto dell'impresa familiare è sorto per l'evidente ragione del legislatore di dare rilevanza di diritto a situazioni di fatto formatesi al di fuori di schemi negoziali e di vincoli diversi da quelli familiari (*affectio familiae*), come quelli derivanti da contratto associativo o di lavoro subordinato²⁵, mentre la qualificazione dell'impresa familiare come impresa collettiva nella quale ciascun partecipante si trasformerebbe in imprenditore, si risolve in una petizione di principio determinando la scomparsa della prestazione di lavoro, in quanto il lavoro sarebbe sempre in realtà dai familiari a sé medesimi²⁶.

Segue a tale argomentazione evenienza che l'identificazione dei familiari partecipanti all'impresa attraverso uno specifico rapporto di coniugio, di parentela e di affinità è chiaramente fatta dalla legge con riferimento ad un soggetto il quale deve avere nell'impresa, rispetto agli altri, una posizione qualificante o qualificata che non può essere che quella del titolare dell'impresa medesima²⁷.

Inoltre, l'impresa familiare è, dallo stesso comma 3 dell'art. 230-bis c.c. identificata in quella in cui collaborano i familiari nel grado indicato: pertanto, poiché la semplice collaborazione non può assurgere ad esercizio in comune di attività economica a fine di lucro, in mancanza di una specifica previsione di legge, non si può estendere

²⁵ Cass. 27 giugno 1990 n. 6559, cit.

²⁶ COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Nuoviss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1980, 63; STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare* cit., 1123.

²⁷ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1990, 46, 486; COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Torino, 1990, 75; COLUSSI, voce *Impresa familiare*, cit., 75; STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1122.

la titolarità dell'impresa ai familiari che prestano attività di lavoro nell'impresa.²⁸

Si aggiunge il principio che i familiari non hanno un diritto reale sui beni aziendali e che questi, invece, appartengono al titolare dell'impresa, trova conferma nell'attribuzione agli stessi partecipi del diritto di prelazione sull'intera azienda, e non sulle quote degli altri partecipanti, *in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda medesima* (art. 230-bis c.c.)²⁹.

Infine l'art. 230-bis c.c. sottintenderebbe un titolare dell'impresa a cui compete il potere di *gestione ordinaria* in quanto ai familiari partecipanti è stato attribuito solo il potere di interferire sul compimento di atti attinenti alla *gestione straordinaria* spetterebbe, disgiuntivamente, a tutti i familiari contrasta con lo specifico regolamento legislativo³⁰.

Occorre notare però che mentre da alcuni si afferma che l'art. 230-bis c. c. ha previsto unicamente un diritto *tipico*, di natura obbligatoria nei confronti dell'imprenditore, privo di rilevanza *reale*³¹, da altri, soprattutto in giurisprudenza, si sostiene che l'art. 230-bis c.c. ha voluto regolare un rapporto associativo *interno* alla famiglia, con l'istituzione di una solidale partecipazione di tutti i componenti della comunità familiare agli oneri ed ai vantaggi economici connessi alloro comune lavoro, allo scopo di impedire che la comunità medesima possa dare origine a rapporti di subordinazione fra i suoi membri, con la conseguenza che, nell'ambito dell'istituto dell'impresa familiare,

²⁸ OPPO, *L'impresa* cit.

²⁹ OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 494.

³⁰ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 64; OPPO, *Dell'impresa familiare*, cit., 487.

³¹ OPPO, *Dell'impresa familiare*, 495.

andrebbero distinti un aspetto interno, costituito dal rapporto associativo del gruppo familiare, ed un aspetto esterno, nel quale ha rilevanza la figura del familiare-imprenditore, effettivo gestore dell'impresa³².

Altra parte della dottrina³³ ha affermato che la distinzione tra rapporti *interni* e rapporti *esterni* deve essere categoricamente respinta, così come riferita all'impresa familiare. Questo perché si ingenera l'equivoco ed il paradosso, inaccettabile, che la comune e solidale partecipazione di tutti i familiari, senza distinzione tra i singoli prestatori di lavoro ed il familiare imprenditore possa comportare, in caso di dissesto dell'impresa, il fallimento del solo familiare che, all'esterno, si presenti come titolare del potere di gestione, con conseguente apprensione, all'attivo della massa fallimentare, del patrimonio personale del fallito, "ivi compresi i beni comuni ed ancora indivisi fra i membri del gruppo"³⁴ ma senza coinvolgere nella procedura fallimentare gli altri partecipanti allo stesso fenomeno di gruppo, così suscitando le giuste e pesanti critiche dei fautori dell'opposta ricostruzione della natura collettiva dell'impresa familiare³⁵.

Il paradosso può essere evitato prendendo atto che il rapporto di impresa familiare non può essere costruito né come un rapporto

³² Per tutti, v. Cass. 27 giugno 1990, n. 6559, cit., secondo cui "il dovere giuridico di adottare a maggioranza (ancor meglio se vi è l'unanimità) le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi ed alla cessazione dell'impresa è diretta conseguenza dell'attribuzione in proprietà a tutti e a ciascuno, anche se in proporzione variabile fra i membri della famiglia, degli utili, degli acquisti e degli incrementi aziendali appena acquisiti al patrimonio dell'impresa e comunque rilevabili dal bilancio familiare".

³³ Per tutti, PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento* cit., 22,

³⁴ Ibidem

³⁵ Cass. 27 giugno 1990 n. 6590, cit.

associativo reale, con rilevanza esterna, né come un rapporto associativo interno del gruppo familiare, perché, dalla sua disciplina, non emerge né il dato della produzione in comune di un'azione, che costituisce il tratto identificante di ogni struttura associativa, né il dato sottostante di un interesse collettivo di gruppo.

Esclusa, dunque, la configurabilità di un rapporto di tipo associativo o societario che coinvolga, all'interno della comunità familiare, tutti i partecipanti all'impresa familiare³⁶, resta confermato che la fattispecie prevista dall'articolo 230-bis c. c. costituisce la fonte di un tipico rapporto di lavoro obbligatorio e non reale tra prestatore d'opera familiare ed imprenditore - familiare³⁷.

Sulla questione della natura giuridica del rapporto di lavoro nell'impresa familiare, si può concludere che la collaborazione lavorativa prevista dall'articolo 230 bis c.c. produce, come suo effetto, *ex lege*, un tipico rapporto di lavoro con obbligazioni a carico del solo familiare – imprenditore ed a favore del familiare – prestatore di lavoro che, sempre *ex lege*, si trova associato, a titolo individuale, alle fortune economiche, alle sorti dell'impresa, nel senso che il diritto agli utili, ai beni con questi acquistati, agli incrementi dell'azienda, si perfeziona solo al termine, per qualsiasi causa, della collaborazione di lavoro e, come tale, può essere liquidato, in proporzione alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato, solo a condizione che la stessa prestazione abbia comportato, *medio tempore*, un corrispondente incremento del valore patrimoniale dell'impresa, appunto in termini di utili, di beni e di incrementi aziendali.

³⁶ Cass. 2 aprile 1999 n. 3163, *Gius.* 2000, 402.

³⁷ Cass. 25 luglio 1992 n. 8959, in *Lavoro e prev. Oggi*, 1992, 2273..; Cass. 6 marzo 1999 n. 1917, in *Giust. civ. Mass.* 1997, fasc. 3, 321.

Infine, con riferimento al modello tipologico disciplinato nell'articolo 230-bis c. c., se certamente costituisce uno dei suoi presupposti la presenza di un'impresa individuale di un familiare, perché sarebbe un evidente paradosso configurare una relazione di parentela con una società o un rapporto personale di lavoro tra un familiare ed un socio di una società, dal momento che, anche in questo caso, la prestazione di lavoro avverrebbe nei confronti della società e non del socio tuttavia, il regime dell'impresa familiare può essere applicato anche sul presupposto dell'esistenza di un'impresa collettiva, a struttura tipicamente familiare, come nel caso di impresa coniugale, atteso che essa costituisce una forma volontaria di esercizio in comune di attività economica da parte dei coniugi, i quali intervengono nella loro specifica qualità di soggetti esponenziali dell'interesse collettivo della famiglia che fa capo direttamente alla comunione dei beni: infatti, anche se la fattispecie impresa coniugale è strutturalmente e funzionalmente diversa dall'impresa gestita da un solo familiare, tuttavia essa non è tale da alterare la struttura e la funzione della fattispecie costitutiva del rapporto di lavoro nell'impresa familiare, il quale, proprio perché è ben distinto dal fenomeno dell'impresa coniugale, trova in esso la sua naturale collocazione, in totale armonia con le ragioni ispiratrici dell'istituto e con la tutela dell'articolo 230 bis c.c.

I criteri normativi di identificazione della fattispecie costitutiva del rapporto di lavoro familiare vanno individuati nell'effettività dell'attività di lavoro prestata da un familiare, in modo continuativo, nella famiglia o nell'impresa familiare, nella quale collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo.

Secondo l'opinione prevalente³⁸ il rapporto di lavoro familiare ha la sua fonte nella prestazione di lavoro effettivamente svolto dal coniuge, dai parenti entro il terzo grado, dagli affini entro il secondo.

La dottrina e la giurisprudenza sono invece ampiamente divise sul valore negoziale o meno da attribuire all'effettività del comportamento tenuto dai soggetti interessati.

La giurisprudenza prevalente³⁹ e la maggioranza della dottrina ritiene che il rapporto non ha natura contrattuale né negoziale, ma mentre da alcuni si afferma che il rapporto ha la sua fonte nella legge, nel fatto dell'effettiva esecuzione dell'attività di collaborazione nell'impresa o nella famiglia⁴⁰, da altri si sostiene che il rapporto si costituisce sulla base di un atto giuridico in senso stretto, di un comportamento volontario e consapevole che acquista rilevanza giuridica⁴¹.

L'indirizzo che attribuisce un fondamento negoziale o contrattuale, sostenuto dalla minoranza della dottrina⁴² e della giurisprudenza, ha avuto un avallo autorevole dalle Sezioni unite della Cassazione, la quale ha affermato che ai fini della costituzione dell'impresa familiare

³⁸ STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1121.

³⁹ Pretura Santhià 25 gennaio 1980, in *Riv. dir. agr.* 1980, II, 228 (con nota di FORTUSINI, *La competenza del giudice del lavoro nelle controversie di lavoro relative all'impresa familiare*; Cass. 16 luglio 1981, n. 4651, in *Foro it.* 1981, I, 2123; *Giust. civ.* 1982, I, 717 (con nota di M. FINOCCHIARO, *Ancora sull'impresa familiare*"); Cass. 27 giugno 1990, n. 6559, in *Giust. civ.* 1991, I, 667 (con nota di M. FINOCCHIARO, *Considerazioni brevissime sul fallimento dell'impresa familiare*); *Riv. not.* 1991, 149; *Giur. it.* 1991, I, 1, 428

⁴⁰ GRAZIANI, *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prime considerazioni* cit.; FERRI, *Impresa familiare e impresa coniugale* cit., 9.

⁴¹ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 45; AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 63.

⁴² SIMONETTO, *L'impresa familiare: dubbi interpretativi e lacune normative* cit., 519; FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, I, cit., 1380 ss.

occorre una manifestazione di volontà espressa o tacita del titolare dell'impresa⁴³.

Secondo una tesi intermedia si è evidenziato che la prestazione continuativa di lavoro nell'impresa implica una scelta di vita e che questa, a sua volta, implica l'esistenza di un elemento di volontà, che pur senza giungere a riportare l'origine dell'impresa stessa ad un contratto, non consente che si possa negare che essa vada ravvisata in un comportamento volontario, sia esso negozio giuridico o atto giuridico⁴⁴.

La tesi che pone a fondamento del rapporto di lavoro familiare l'esistenza di una manifestazione di volontà negoziale, espressa o tacita, dei familiari interessati, non può essere accettata. Essa contrasta, innanzitutto, con il carattere residuale ed imperativo dell'art. 230-bis c.c.

Essa, inoltre, si pone in totale contrasto con la *ratio* dell'istituto che è quella di dare rilevanza giuridica a situazioni di fatto che originano nella realtà sociale della famiglia sulla base dei valori etici ed affettivi in essa espressi. La prestazione lavorativa rileva in sé come mero comportamento, come fatto in senso stretto, semplice presupposto di effetti preordinati dalla legge con carattere imperativo e, come tali, sottratti al potere dispositivo delle parti.

Se, dunque, l'inserimento ed il successivo permanere dei familiari collaboratori nell'organizzazione di lavoro della famiglia o dell'impresa familiare presuppongono, entrambe, un comportamento volontario dei soggetti interessati, è certo, però, che quel che conta, ai fini della rilevanza giuridica della fattispecie e della conseguente

⁴³ Cass., sez. un., 4 gennaio 1995, n. 89, in *Giust. civ. mass.* 1995, fasc. 1, 165.

⁴⁴ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 53, 61.

costituzione del rapporto di lavoro familiare, è soltanto il fatto della effettività e della continuità della prestazione medesima.

Il fondamento della prestazione di lavoro non può essere confuso con la fonte del rapporto obbligatorio di lavoro familiare, che deriva dal realizzarsi in facto dello schema legale descritto dall'art. 230-bis c.c.86, così come del pari il permanere del rapporto è condizionato esclusivamente dalla continuità della prestazione di lavoro, come è confermato dal quarto comma dell'art. 230-bis c.c., secondo cui il diritto del collaboratore familiare può essere liquidato in denaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione di lavoro.

Quanto, infine, alla sua definizione e classificazione, la prestazione lavorativa resa tra familiari deve essere inquadrata nella categoria del fatto giuridico, perché rispetto al comportamento del soggetto non hanno rilievo gli elementi – consapevolezza e volontarietà – caratteristici degli atti di volontà, dato che la legge non subordina la costituzione del rapporto ad alcun requisito di capacità, né giuridica né di agire, tanto è vero che anche i soggetti che sono privi della capacità di agire, come i fanciulli e gli adolescenti, possono essere parti del relativo rapporto sulla base di una prestazione lavorativa effettivamente svolta.

Un secondo presupposto per identificare l'impresa familiare oltre la prestazione del lavoro è la continuità⁴⁵.

La prestazione di lavoro resa dal familiare, pur costituendo uno degli elementi dello schema legale della fattispecie delineata dall'art. 230-bis c.c., assurge a fatto costitutivo del rapporto di lavoro familiare solo quando sia prestata in modo continuativo.

⁴⁵ Cass. 12 marzo 1984, n. 1696, in *Giust. civ. mass.* 1984, fasc. 3, 79; Cass. 26 giugno 1984, n. 3722. in *Giust. civ.*, 1984, I, 2746.

La legge non si accontenta del semplice inizio della sua esecuzione⁴⁶, ma richiede, perché sia superata la presunzione di gratuità della prestazione lavorativa resa nell'ambito della comunità familiare, che la stessa si traduca in un comportamento continuativo, stabilizzato nel tempo, che renda manifesto l'effettivo inserimento del familiare nell'organizzazione di lavoro della famiglia o dell'impresa familiare. Singole prestazioni di lavoro, occasionali o del tutto saltuarie, rimangono nel limbo della gratuità, nell'ambito di quelle relazioni di affetto e di solidarietà, che possono essere solo fonte di un dovere morale e sociale, privo del carattere della giuridicità⁴⁷.

L'onere di fornire la prova dell'effettività e della continuità della prestazione lavorativa incombe al familiare collaboratore. In conclusione, l'effettività e la continuità della prestazione devono essere intese come costante e prevalente dedizione del familiare lavoratore alla famiglia o all'impresa familiare, ma non necessariamente con carattere esclusivo o *full time* ovvero senza soluzione di continuità materiale⁹², corrispondendo, in altri termini, a quella che è, per l'imprenditore, la professionalità⁴⁸.

Altro requisito tipico della fattispecie costitutiva del rapporto di lavoro familiare è che la prestazione di lavoro si deve identificare in un'attività di collaborazione nella famiglia o nell'impresa familiare.

Anche se il disposto dell'art. 230-bis c.c., sembra riferirsi, indifferentemente ad un'attività di partecipazione o di collaborazione lavorativa, il carattere residuale della norma fa ben intendere come il lavoro preso in considerazione dall'art. 230-bis c.c. sia solo quello

⁴⁶ DI FRANZIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 147.

⁴⁷ Pretura Forlì 21 dicembre 1994, in *Dir. fam. pers.* 1995, 678,

⁴⁸ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 474.

svolto in termini di collaborazione, con esclusione di quello di tipo gestorio, che caratterizza, invece, l'attività di coloro che sono a capo, al vertice, dell'organizzazione domestica della famiglia o dell'organizzazione aziendale dell'impresa.

La collaborazione lavorativa resa nella famiglia, sulla base della solidarietà affettiva che unisce tutti i partecipanti, non richiede anche la presenza di una relazione di convivenza familiare, non implicando il lavoro svolto nella famiglia che vi sia, necessariamente, tra i vari familiari, una comunanza di tetto e di mensa.

Conseguentemente, la tutela apprestata dall'art. 230-bis c.c. non si applica a favore di altre persone, comunque, conviventi nella famiglia, come pure non si applica alle persone conviventi in una comunità di tipo familiare, nel caso, ad esempio, di prestazioni lavorative rese tra i singoli membri di una comunità religiosa o di ogni altro sodalizio di persone conviventi, compreso il lavoro domestico prestato nella c.d. famiglia di fatto: in tutte queste ipotesi, poiché sussistono le caratteristiche tipiche della convivenza familiare, quali l'assenza di uno scopo di lucro, l'appagamento in comune delle esigenze di ordine materiale e, soprattutto, la mutua assistenza dei conviventi, in assenza di una prova rigorosa dell'onerosità e della subordinazione del rapporto, continua ad operare la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese tra parenti conviventi.

Quanto all'oggetto della collaborazione lavorativa prestata nella famiglia, essa può essere diretta a soddisfare sia esigenze familiari o personali di singoli familiari conviventi (come la cura della casa, la cura della prole, l'assistenza prestata a familiari anziani da parte di parenti ed affini nel grado indicato), sia esigenze patrimoniali (come la cura del patrimonio di un familiare) o lavorative della famiglia

(come il lavoro dei familiari, conviventi ed a carico, prestato in aiuto a quello svolto dal familiare che svolge lavoro a domicilio, ai sensi dell'art. 2 della legge 16 dicembre 1980, n. 85894).

Quanto, invece, al tipo ed al contenuto della collaborazione collaborativi prestata nell'impresa familiare dai familiari, essa deve essere tale, secondo l'orientamento accolto dalla Suprema Corte, da riflettersi sull'esercizio dell'impresa, incrementandone la produttività.

La collaborazione all'impresa familiare può essere di qualsiasi tipo: manuale, esecutivo, intellettuale, amministrativo⁴⁹; per le stesse ragioni, quanto alle modalità della sua concreta effettuazione, la collaborazione all'impresa familiare può corrispondere sia al lavoro subordinato, sia al lavoro autonomo sia a quello ricompreso genericamente nella categoria del c.d. lavoro parasubordinato⁵⁰.

Conseguentemente, nulla si oppone a che con l'imprenditore familiare collaborino terzi prestatori di lavoro e d'opera, i quali saranno compensati alla stregua del rispettivo contratto stipulato con l'imprenditore⁵¹.

Neppure è escluso che, accanto ed oltre il rapporto di lavoro familiare, tra i familiari possa instaurarsi anche un altro rapporto contrattuale, come nel caso di apporto di capitali, a titolo di mutuo, associazione in partecipazione, *etc.*⁵².

Proprio perché l'art. 230-bis c.c. regola il rapporto di collaborazione nell'impresa familiare e non l'esercizio dell'attività di impresa, è irrilevante l'attività svolta dall'impresa, sia essa commerciale, agricola

⁴⁹ BONTEMPI, *L'estromissione dell'unico familiare nell'ambito dell'impresa disciplinata dall'art. 230-bis c. c.*, in *Nuova giur. comm.*, 1993, 616.

⁵⁰ DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare cit.*, 62.

⁵¹ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia cit.*, 477.

⁵² *Ivi*, 478.

o civile, come pure è indifferente la dimensione dell'impresa, che può essere piccola, media o grande, anche se di fatto appare difficile che il rapporto di lavoro familiare possa inserirsi in imprese medio-grandi, strutturalmente funzionanti quasi sempre come imprese societarie⁵³.

Il rapporto di lavoro familiare è regolato da uno schema o da un tipo di disciplina legale a carattere residuale che non ne permette l'identificazione, non solo con alcun altro rapporto obbligatorio di lavoro, ma neppure con alcun altro fenomeno di tipo associativo previsto nel codice civile o in altre leggi speciali.

Dal punto di vista strutturale, perché la prestazione lavorativa resa tra familiari costituisce un mero presupposto di fatto per il verificarsi, in concreto, di effetti già rigidamente e preventivamente stabiliti dall'ordinamento giuridico, mentre, in tutte le altre ipotesi, il lavoro costituisce l'oggetto di una prestazione, secondo un assetto di interessi, che trova la sua fonte in un atto di autonomia privata tra chi offre la propria prestazione di lavoro e chi la riceve nell'ambito di una propria specifica organizzazione personale, patrimoniale o imprenditoriale.

Dal punto di vista assiologico, perché la prestazione lavorativa resa tra familiari, pur essendo presa in considerazione dall'ordinamento come mero fatto di produzione di effetti giuridici rigidamente prestabiliti, ha, invece, diversamente dagli altri fatti giuridici, un proprio valore impegnativo nell'ordinamento pregiuridico della comunità familiare e, come tale, essa, rispetto a tutte le altre forme di lavoro, assume un suo specifico ruolo nell'organizzazione personale, matrimoniale o

⁵³ OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 492; DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Impresa familiare: le problematiche più recenti*, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 2, pagg. 191-203.

imprenditoriale di chi sia al vertice della famiglia o dell'impresa familiare. Per tali essenziali ragioni, il lavoro familiare, tipizzato dall'art. 230- bis c.c., nelle due fattispecie del lavoro prestato nella famiglia o nell'impresa familiare, si differenzia sia sul piano terminologico che sotto il profilo sostanziale da qualsiasi altra forma di lavoro.

Il lavoro prestato nella famiglia si differenzia dal lavoro subordinato in quanto il primo è svolto spontaneamente, sulla base dell'*affectio familiae*, quale manifestazione concreta del vincolo di solidarietà familiare e non sulla base di un vincolo di dipendenza, secondo i connotati di necessità e di gravosità propri del rapporto di lavoro subordinato: ciò esclude, sia la possibilità di riscontrare nell'ambito del rapporto di lavoro familiare quel conflitto di interessi che contrappone, nel lavoro subordinato, il datore di lavoro dipendente, ma anche la possibilità di evidenziare qualsiasi vincolo alla libertà del prestatore di lavoro familiare non concesso dal datore di lavoro al lavoratore subordinato⁵⁴.

⁵⁴ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 55; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., 1277 ss.

CAPITOLO I

L'IMPRESA FAMILIARE: SOGGETTI, DIRITTI, DOVERI E GESTIONE

1.1 I soggetti attivi e passivi

Il rapporto di impresa familiare può costituirsi esclusivamente tra familiari, perché è l'*affectio familiaris* che giustifica lo scostamento rispetto soprattutto alla disciplina inderogabile del rapporto di lavoro subordinato; ed è tale specialità ad assicurarne la compatibilità in particolare con l'art. 36 Cost.. Ne discende che non è nella disponibilità dell'autonomia privata ricorrere alla fattispecie del rapporto di impresa familiare tra soggetti che non siano legati da vincolo di coniugio, parentela, affinità⁵⁵.

Il terzo comma dell'art. 230-bis c.c. stabilisce che per "familiare" si intende il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo grado; aggiunge poi con una formulazione ridondante che parimenti per "impresa familiare" si intende quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo grado. Peraltro per il coniuge non si richiede che sussista il regime di comunione dei beni ex art. 159 c.c. ; è quindi possibile il rapporto di

⁵⁵ AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 67.

impresa familiare anche tra coniugi in regime di separazione dei beni⁵⁶.

Il lavoro nell'impresa (o nella famiglia dell'imprenditore) quindi deve essere svolto da un familiare indicato nella catalogazione che fa l'art. 230-bis c.c., sicché la prestazione lavorativa svolta da un soggetto che non rientri in tale elenco ricade eventualmente nell'ordinario rapporto di lavoro.

In relazione ai soggetti cui compete la posizione giuridica passiva nel rapporto di lavoro regolato nell'art. 230-bis c.c., per quanto riguarda il lavoro prestato nell'esclusivo ambito familiare, cioè indipendentemente o meno della presenza di una fattispecie costitutiva di un rapporto di impresa familiare, la relativa qualifica va riconosciuta, non già ai soggetti beneficiari della prestazione di lavoro, ma ai soggetti che, essendo al vertice dell'organizzazione familiare, di fatto promuovono e correlativamente traggono un'utilità economicamente valutabile, in termini di risparmio di spesa o di incremento patrimoniale⁵⁷, dalla prestazione resa in loro favore da uno dei familiari indicati nel comma 3 dello stesso articolo.

Per quanto riguarda, invece, il lavoro prestato nell'impresa familiare, poiché l'art. 230-bis, comma 3, c.c. considera tale quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo, e poiché il vincolo di coniugio, di parentela e di affinità può costituirsi solo tra persone fisiche, appare di intuitiva percezione, come, nella normalità dei casi, la configurabilità di un rapporto di lavoro nell'ambito di una impresa familiare, presupponga l'esistenza

⁵⁶ Trib. Verona 29 aprile 1983, in *Giur. merito*, 1984, 14, con nota di FINOCCHIARO M.

⁵⁷ DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato: III) Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002. 148-9.

di un 'impresa di cui sia titolare una persona fisica, con la quale il prestatore di lavoro è legato da un vincolo familiare del tipo e del grado indicato dalla legge, sicché, correlativamente, deve escludersi, in linea di principio, la stessa esistenza di un'impresa familiare ogni qual volta l'attività economica sia esercitata in forma collettiva e, per conseguenza, la titolarità dell'impresa sia riferita direttamente ad un ente giuridico, dotato o meno di personalità giuridica, come nel caso di impresa esercitata da una società o da un'associazione.

Purtuttavia, una parte della dottrina, pur escludendo la configurabilità di un'impresa familiare con riferimento alle società di capitali, ove la titolarità dell'impresa spetta esclusivamente all'ente quale soggetto di diritto, distinto dalle persone dei singoli soci, tende ad ammettere che titolare di un'impresa familiare possa essere anche una società di persone, non solo nell'ipotesi in cui il vincolo familiare sussista nei confronti di tutti i soci⁵⁸, ma anche quando lo stesso vincolo sussista nei confronti di uno solo dei soci della società⁵⁹.

In senso contrario però, considerando il carattere residuale e la natura eccezionale della normativa di cui all'art. 230-bis c.c., deve escludersi la possibilità di configurare un rapporto di impresa familiare con una società di persone, in quanto la presenza di una relazione familiare tra il lavoratore ed uno o tutti i soci della società non può influire sulla qualificazione giuridica del relativo rapporto di lavoro contrattualmente instaurato con la società o, comunque, in caso di

⁵⁸ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 490; BESSONE, ALPA; D'ANGELO, FERRANDO, SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto* cit., 204.

⁵⁹ COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia* cit., 76; DE MARTINI, *L'impresa esercitata nell'ambito della famiglia e la tutela del lavoratore familiare*, in *Riv. dir. comm.* 1977, I, 49; AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 67

prestazione di fatto (art. 2126 c.c.), sul diritto del lavoratore alla retribuzione ex art. 36 Cost.⁶⁰.

L'esistenza di un rapporto di impresa familiare è, invece, pacificamente ammessa nell'ipotesi di azienda gestita dai coniugi in regime di comunione legale: in tale evenienza, infatti, la presenza di un'impresa collettiva, espressamente esercitata in via esclusiva dai due coniugi in regime di comunione legale (art. 177, lett. a), e cpv., c.c.), non offusca la rilevanza della relazione familiare tra il collaboratore familiare ed i gestori dell'impresa coniugale e, quindi, non impedisce, quando non sia configurabile tra le parti un diverso rapporto contrattuale, il ricorso alla tutela dell'art. 230-bis c.c., con la conseguenza che, mentre da una parte la partecipazione dei coniugi alla gestione dell'impresa sarà regolata esclusivamente dalla disciplina legale della comunione legale dei beni, dall'altra la collaborazione del lavoro familiare nell'ipotesi di azienda gestita dai coniugi sarà regolata dalla normativa residuale tipica dell'impresa familiare⁶¹.

⁶⁰ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 66; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., 1276 ss.; BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 165. In giurisprudenza, Cass. 4 febbraio 1989 n. 712, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 2, 324, secondo cui con riguardo a prestazioni di lavoro in favore di una società di persone la presunzione di onerosità ex art. 36 Cost., che contempla il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato, non viene meno in presenza di relazioni personali ed affettive intrattenute dal lavoratore con uno dei soci, attesa la estraneità di tale soggetto al rapporto di lavoro e alle relative prestazioni facenti capo al distinto ed autonomo soggetto costituito dalla società.

⁶¹ BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 165.

1.1.1 Il coniuge

Tra i familiari che possono godere della tutela privilegiata predisposta dall'art. 230-bis c.c. il primo ad essere indicato dal comma 3 dello stesso articolo è il *coniuge*: il che è del tutto coerente non solo con le *rationes* ispiratrici del nuovo istituto dell'impresa familiare, ma anche con i principi ispiratori del nuovo diritto di famiglia, che si fonda sul paritetico riconoscimento, morale e giuridico, della posizione occupata dai coniugi nel consorzio familiare, senza distinzioni né di ruoli né, tanto meno, discriminazioni di sesso, anche se, naturalmente, la completa equiparazione del lavoro casalingo a quello professionale, quale mezzo adeguato di adempimento del dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia, finisce con il riflettersi sullo stesso ambito di applicabilità della disciplina residuale dell'art. 230-bis c.c., nella misura in cui da essa resta escluso proprio il lavoro domestico dei coniugi, in quanto già preso in considerazione dall'art. 143, comma 3, c.c.

Per quanto riguarda, poi, in particolare, la qualità di coniuge, essa compete alla persona fisica che, per effetto del matrimonio, abbia acquistato il relativo *status familiae*.

Nella specie, presupposto indefettibile per l'assunzione del ruolo di soggetto attivo del rapporto di lavoro familiare è l'esistenza del matrimonio con l'altra parte del rapporto, e cioè l'avvenuta celebrazione del matrimonio con lo scambio del consenso tra due persone di sesso diverso.

La mancanza anche di una sola di queste condizioni, nell'impedire la formazione del matrimonio e l'acquisto del relativo *status familiae*,

pregiudica anche la possibilità di inquadrare la relativa prestazione di lavoro nell'ambito della tutela di cui all'art. 230-bis c.c.

Al matrimonio inesistente non può essere equiparata automaticamente l'ipotesi del matrimonio dichiarato invalido, a seguito di una sentenza che ne abbia accertato la nullità o determinato l'annullamento⁶², tenuto conto che la rigidità degli effetti retroattivi *ex tunc* della sentenza di invalidità del matrimonio è temperata dall' istituto del c.d. matrimonio putativo, applicabile anche alla sentenza della Corte d'Appello tesa a rendere esecutiva la pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico trascritto.

Conseguentemente, solo nel caso in cui non si producano gli effetti del matrimonio putativo nei confronti del coniuge lavoratore, la declaratoria di nullità del vincolo matrimoniale, avendo efficacia *ex tunc*, comporta che il lavoro prestato nella famiglia o nell' impresa familiare debba essere inquadrato in un rapporto di fatto, allo stato privo di formale riconoscimento, poiché, non potendo l' attività prestata essere ricondotta ad una fattispecie contrattuale sia pure di fatto, continua ad operare la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative resa tra persone conviventi, salvo il ricorso all' azione generale di arricchimento (art. 2041 c.c.) per le prestazioni lavorative rese a favore del partner e non strettamente inerenti al consorzio coniugale⁶³.

Viceversa, nel caso in cui il coniuge lavoratore possa beneficiare degli effetti del matrimonio putativo e, quindi, degli effetti soltanto *ex nunc*

⁶² BERTOLA, voce *Matrimonio*(diritto civile), in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino 1957, 358 ss;

⁶³ Cass. 29 maggio 1992 n. 6531, in *Riv. dir. comm.* 1992, II, 67 (con nota adesiva di DI COLA, *Lavoro prestato nell' impresa familiare e ingiustificato arricchimento*

della sentenza di invalidità, la declaratoria di nullità del matrimonio, nel comportare l'estinzione del vincolo coniugale e nell'eliminare, per conseguenza, uno dei presupposti per la qualificazione come familiare del rapporto di lavoro, mentre costituisce da un lato giusta causa di scioglimento dello stesso rapporto, dall'altro non travolge i diritti acquisiti ex art. 203-bis c.c. dall'ex coniuge, sulla base della effettività e della continuità dell'attività di lavoro fino ad allora svolta nella famiglia o nell'impresa familiare.

Al matrimonio inesistente non può neppure essere equiparata la pronuncia di divorzio, perché se la cessazione degli effetti civili del matrimonio comporta, tra l'altro, la perdita dello *status* di coniuge anche agli effetti anzidetti, solo *ex nunc* e, quindi, non può travolgere il valore dell'attività lavorativa prestata secondo il modello legale dell'art. 230-bis c.c.⁶⁴.

In tutti i casi in cui gli effetti del rapporto di lavoro familiare si producono fino alla sentenza che pronuncia la nullità, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'eventuale continuazione della prestazione lavorativa comporta, fatta salva l'eventuale liquidazione del diritto di partecipazione all'impresa familiare, che il relativo rapporto dovrà essere considerato come corrente con un soggetto estraneo alla famiglia.

Non è, invece, di ostacolo al permanere del rapporto di lavoro familiare, l'intervenuta separazione personale dei coniugi, che, anche se determina una sospensione della convivenza e l'acquisizione del

⁶⁴ OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* cit., 495; IDEM, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 472; AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 75. In giurisprudenza, Cass. 23 novembre 1984 n. 6069 cit., secondo cui l'impresa familiare cessa per effetto della perdita dello *status familiare* necessario per prendervi parte.

diritto di ciascuno dei coniugi alla vita separata, ha come suo effetto tipico solo un allentamento del vincolo matrimoniale, con la conseguenza che, salva l'estrema difficoltà di configurare un'attività di collaborazione resa dal coniuge separato nel contesto familiare dell'altro, l'interruzione della convivenza tra i coniugi non pregiudica la prosecuzione del rapporto di impresa familiare e non comporta l'automatico scioglimento dello stesso, anche se, in tale evenienza, fatto salvo il diritto di recesso del coniuge collaboratore, non può essere negato il diritto del coniuge imprenditore di escludere l'altro dal rapporto di impresa familiare⁶⁵.

Non è invece richiesto, perché non previsto, il requisito della convivenza⁶⁶. Il requisito in questione è invece richiesto per la comunione tacita familiare in quanto la regolamentazione consuetudinaria assegna a tale risalente istituto una funzione solidaristica più accentuata della mera impresa familiare; è quindi giustificato che, oltre all'*affectio familiaris*, vi sia un *quid pluris*, che spesso è identificato dalla giurisprudenza di tetto e di mensa.

In tema si è espressa parte della dottrina⁶⁷ affermando che la necessità di un tale requisito sarebbe in contrasto con il diritto di famiglia vigente che ammette la possibilità per i coniugi sia di un diverso domicilio (art. 43, comma 1, c.c.), sia di una diversa residenza (arg. ex art. 45, comma 2, c.c.).

⁶⁵ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 67; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 473; BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 224

⁶⁶ Cass. I, 26 giugno 1984 n. 3722, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2746, con nota di FINOCCHIARO, *Impresa familiare e convivenza tra i vari partecipi*.

⁶⁷ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 177

1.1.2 Il convivente di fatto

Estremamente controversa è l'applicabilità della normativa relativa all'impresa familiare alle prestazioni lavorative rese, al di fuori di un regolare rapporto contrattuale, da un convivente *more uxorio* a favore dell'altro.

Al riguardo, secondo un primo orientamento manifestatosi in dottrina, vi è chi ritiene estensibile, quanto meno mediante il ricorso all'analogia, la normativa dell'impresa familiare anche al convivente *more uxorio*, superando il dato formale, che ne circoscrive l'applicazione solo ai familiari del tipo e del grado indicati dal comma 3 dell'art. 230-bis c.c., attraverso l'identità della *ratio legis* e dei presupposti della fattispecie di fatto, ritenuti ricorrenti anche in riferimento a quelle convivenze *more uxorio*, che si fondano sulla comunione di vita e sulla stabilità degli affetti, sì da concludere per l'ammissibilità del rapporto di impresa familiare fondato sulla c.d. famiglia di fatto⁶⁸.

Da altri⁶⁹, invece, si ritiene impraticabile l'estensione della disciplina dell'impresa familiare al convivente *more uxorio*, sia per la tassatività dell'elenco dei soggetti considerati dal comma 3 dell'art. 230-bis c.c., esclusivamente correlato, nello specifico, al dato formale della

⁶⁸ AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 76 ss.

⁶⁹ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 70; FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, I, cit., 1310 ss.; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 467 ss.; D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995, 97; FERRERO, *Convivenze senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, Milano, 1992, 195; FINOCCHIARO M., *Aspetti controversi del regime patrimoniale tra coniugi (regime patrimoniale e matrimonio, nonché questioni diverse in tema di comunione legale e di suo scioglimento)*, in *Vita not.*, 1997, 1239.

presenza di un rapporto di coniugio, sia per l'impossibilità di ritrovare tra le due diverse ipotesi un'identità di *ratio*, atteso che l'art. 230-bis c.c. mira non già a proteggere una situazione di convivenza (come è dimostrato tra l'altro dal rilievo che essa non costituisce neppure un presupposto del rapporto), quanto il lavoro prestato da determinate persone che possono anche non aver instaurato una comunanza di vita, ma che debbono comunque trovarsi in uno di quei particolari rapporti di coniugio, di parentela e di affinità con il soggetto passivo del rapporto di lavoro familiare.

Nell'ambito di questo secondo indirizzo, la giurisprudenza, riprendendo quell'autorevole insegnamento secondo cui la famiglia legittima gode di una posizione di preferenza e di preminenza costituzionalmente garantita rispetto a qualsiasi altra formazione sociale⁷⁰, compresa le c.d. libere unioni, per le quali non è possibile prevedere uno statuto giuridico a somiglianza di quello della famiglia

⁷⁰ Anche valutando l'ormai datato contesto storico e sociale in cui la norma è nata (e le pesanti influenze subite dalla tradizione patriarcale e contadina radicata nel concetto di comunione tacita familiare), sono state naturalmente proposte interpretazioni più evolutive della fattispecie, complessivamente orientate verso un generale riconoscimento della famiglia di fatto come centro di imputazione di rapporti giuridici familiari. Le tesi più aggiornate, anche se minoritarie, ritengono che sia applicabile analogicamente anche alla convivenza di fatto la disciplina prevista dall'art. 230 bis. L'ostacolo rappresentato dalla elencazione letterale dei familiari nella norma (in particolare per quanto riguarda la figura del coniuge) in realtà sarebbe solo apparente, dal momento che da un punto di vista sostanziale, e soprattutto conformemente alla *ratio* dell'art. 230 bis, nella struttura produttiva dell'impresa la figura del coniuge e quella del convivente possono essere del tutto sovrapponibili, avendo semmai rilevanza il ruolo della convivenza, più che della formale qualifica di coniuge. La tesi predominante invece, anche al di là del facile argomento letterale, rileva come famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio siano concetti tra loro giuridicamente diversi, semplicemente perché solo dal matrimonio possono sorgere effetti giuridici particolari (veri e propri obblighi giuridici) che non si ritrovano nell'ambito della famiglia di fatto. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, cit., 97 ss.

legittima⁷¹, è ferma nel ritenere che la posizione del convivente non può essere ricondotta a quella del coniuge, atteso che l'art. 230-bis c.c., che disciplina l'impresa familiare, costituisce una norma eccezionale, non in regola con le norme generali in tema di prestazioni lavorative, ed è pertanto insuscettibile di interpretazione analogica⁷².

L'accoglimento di questo secondo indirizzo ha comportato, soprattutto, da parte della giurisprudenza, l'affermazione del principio che deve tuttora ritenersi operante la presunzione di gratuità del lavoro svolto nell'ambito della convivenza *more uxorio*, alla stregua di quello svolto nell'ambito di comunità familiari o parafamiliari, in favore di persone legate da un rapporto di convivenza o di affettuosa ospitalità, in quanto effettuato, in tutti i casi, *affectionis vel benevolentiae causa*, presunzione vincibile solo con la prova rigorosa, a carico di chi l'assume, dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato oneroso.

L'accettazione di queste conclusioni – peraltro contrastate da una parte della dottrina, che non ritiene più operante la presunzione di

⁷¹ Sul punto concorda tutta la dottrina e la giurisprudenza. Per la dottrina v. per tutti PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, 77. Per la giurisprudenza, v. Corte Cost. 14 aprile 1980 n. 45 in *Giur. cost.* 1980, I, 323; *Giust. civ.* 1980, I, 1232; *Cons. Stato* 1980, II, 517; *Dir. fam. pers.* 1980, 726 e 1059 (con nota di DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto: orientamenti giurisprudenziali e costumi sociali*); *ivi*, 1981, 370 (con nota di SCALISI, *Famiglia di fatto e diritto del convivente more uxorio alla proroga del rapporto locativo*); *Foro. It.* 1980, I, 1564 (con nota di JANNARELLI); *Foro pad.*, III, 1980, 78 (con nota di CIAMPI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della corte costituzionale*); *Dem. e dir.* 1980, 922 (con nota di ROPPO, *La convivenza more uxorio dinanzi alla Corte Costituzionale*)

⁷² In questo senso, esplicitamente, da ultimo, Cass. 2 maggio 1994 n. 4204, in *Giust. civ. Mass.* 1994, 567, *Famiglia e diritto* 1994, 814 (con nota di GIORGIANNI, *Convivenza "more uxorio" e impresa familiare*); *Giur. it.* 1995, I, 1, 845 (con nota di BALESTRA, *Sulla rilevanza della convivenza more uxorio nell'ambito dell'impresa familiare*); *Giur. it.* 1995, I, 2112 (con nota di MASUCCI, *Subordinazione e gratuità: quale tutela per il convivente di fatto nell'impresa familiare?*); *Nuova giur. civ. comm.* 1995, I, 278 (con nota di BERNARDINI, *Rapporto di lavoro o di collaborazione "parasubordinata" e tutela del convivente more uxorio (c.d. familiare di fatto)*); *Vita not.* 1995, 296.

gratuità non solo per le prestazioni lavorative rese tra i coniugi, ma anche tra conviventi - , non esclude, però, la rilevanza e la produttività di effetti giuridici della collaborazione lavorativa, diversa da quella meramente domestica, effettuata dal convivente *more uxorio* a favore dell'impresa dell'altro convivente, sotto il profilo e nei limiti (art. 2041 c.c.) dell'ingiustificato arricchimento conseguito dal convivente imprenditore, in conseguenza della mancata retribuzione delle prestazioni fornite dall'altro, le quali, sebbene effettuate *affectionis vel benevolentiae causa*, esulano dalla comunanza degli interessi propri della famiglia di fatto e, quindi, da quella equa ed effettiva partecipazione di entrambi i conviventi al necessario sostegno economico dello svolgimento della vita in comune⁷³.

Questo correttivo, di carattere sussidiario, al principio che il convivente *more uxorio* non può far valere alcuna pretesa per il lavoro prestato in favore dell'altro, trova il suo corollario, da un lato nel rilievo che il lavoro domestico svolto spontaneamente nell'ambito della c.d. famiglia di fatto costituisce adempimento di un'obbligazione naturale, sulla base del dovere di solidarietà che impegna entrambi i conviventi ad una reciproca partecipazione alle comuni necessità economiche, in maniera del tutto identica, quanto al contenuto, agli obblighi (civili) imposti ai coniugi dall'art. 143 c.c., dall'altro lato nel rilievo che lo stesso valore non può essere attribuito alle prestazioni lavorative rese al servizio dell'impresa del convivente che, al pari di quelle rese dal coniuge al favore dell'impresa dell'altro, si pongono fuori ed al di là di qualsiasi reciproco dovere, giuridico o sociale, di

⁷³ PANICO, *Sull'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel caso di cessazione della convivenza more uxorio*, in *Giur. it.* 1997, IV, 255.

contribuzione al *menàge* comune, fondato sulla solidarietà affettiva familiare o parafamiliare⁷⁴.

1.1.3 Gli affini e i parenti

L'elenco dei familiari che possono assumere il ruolo di soggetti attivi del rapporto di lavoro familiare, comprende, oltre al coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo.

Poiché la legge, nell'individuare sia il presupposto soggettivo della fattispecie, sia le parti del relativo rapporto, fa espresso riferimento alla parentela, quale vincolo (di sangue) tra persone che discendono dallo stesso stipite (art. 74 c.c.) e all'affinità, quale vincolo tra il coniuge ed i parenti dell'altro coniuge (art. 78 c.c.), ben si intende come sia, al contempo, del tutto irrilevante la presenza o meno di una famiglia, costituita quantomeno dalla coppia centrale dei coniugi.

Da siffatto enunciato, discende non solo che la *ratio* della norma non è diretta a tutelare né la famiglia fondata sul matrimonio né la famiglia di fatto, che da quel dato formale volutamente prescinde, ma anche che il vincolo di parentela o di affinità del prestatore di lavoro deve essere rapportato al familiare che sia destinatario, in termini giuridici ed economici, della relativa prestazione: tale ruolo può essere assunto anche dalla coppia centrale dei due coniugi quando l'attività di lavoro sia svolta nell'ambito di una famiglia coniugale o al servizio di un'impresa coniugale; ma al di là di queste specifiche ipotesi, nulla

⁷⁴ BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 175.

vieta che il rapporto sopravviva o si costituisca all'origine tra parenti od affini, anche in mancanza della coppia dei coniugi⁷⁵.

Per le stesse considerazioni, la disciplina dell'art. 230-bis c.c. è applicabile anche in caso di parentela naturale, sicché il rapporto di lavoro familiare può intercorrere anche tra persone che hanno acquisito lo *status* di figlio naturale – a seguito di un formale atto di riconoscimento o della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità – ed i rispettivi parenti naturali⁷⁶.

La partecipazione al rapporto di lavoro familiare deve ritenersi, invece, ammissibile in tutti i casi di adozione, che realizza un vincolo di filiazione che si sostituisce o si sovrappone a quello originario di sangue⁷⁷.

1.2 Diritti e doveri

Secondo quanto disposto dall'art. 230-bis c.c. spettano al lavoratore familiare nei confronti del familiare o dei familiari che sono, rispettivamente, al vertice dell'organizzazione familiare od imprenditoriale:

- il diritto al mantenimento secondo le condizioni patrimoniali della famiglia⁷⁸;

⁷⁵ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 471.

⁷⁶ COLUSSI, voce *Impresa familiare*, cit., 67; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 470.

⁷⁷ BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 169.

⁷⁸ Sebbene tale diritto esula dall'obiettivo del presente lavoro, per dovizia di completezza se ne darà qualche accenno.

- il diritto di partecipare agli utili dell'impresa ed ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato;
- il potere di concorrere alle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché a quelle inerenti alla gestione straordinaria ed agli indirizzi produttivi ed alla cessazione dell'impresa;
- il potere di autorizzare il trasferimento del diritto di partecipazione da un familiare all'altro;
- il diritto di prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda⁷⁹.

Attesa la natura individuale e non collettiva dell'istituto dell'impresa familiare, sia i diritti patrimoniali che i poteri strumentali riconosciuti al lavoratore familiare hanno natura personale e non reale; in particolare costituisce un diritto di credito non solo il diritto al mantenimento ed il diritto agli utili dell'impresa, ma anche gli altri diritti (ai beni acquistati con gli utili ed agli incrementi dell'azienda), tutti facenti parte del complesso diritto di partecipazione, anche se esso si atteggia come diritto perfetto nei confronti dell'imprenditore familiare solo al momento della sua liquidazione, procrastinata alla cessazione del rapporto di lavoro familiare, mentre prima di tale momento il lavoratore si trova, rispetto a tale pretesa, in una posizione di aspettativa giuridica.

⁷⁹ Tale aspetto, essendo affine all'estinzione dell'impresa familiare sarà trattato nel capitolo successivo.

1.2.1 Il diritto al mantenimento.

L'art. 230-bis c.c. garantisce, in via generale, a tutti i familiari, sulla base dell'effettività e della continuità della prestazione di una attività lavorativa, che non sia già remunerata nell'ambito di un diverso rapporto, nel caso di lavoro nella famiglia o nel caso di lavoro nell'impresa familiare, il diritto al mantenimento secondo le condizioni patrimoniali della famiglia⁸⁰.

Il diritto al mantenimento ha ad oggetto la somministrazione dei beni necessari a soddisfare le normali esigenze di vita dell'avente diritto e quindi non già solo i mezzi strettamente indispensabili per vivere, bensì quelli necessari per assicurare al familiare prestatore un'esistenza libera e dignitosa.

Il diritto al mantenimento del lavoratore familiare, traendo la sua giustificazione causale dal vincolo di solidarietà familiare inteso in senso più ampio di quello che ha come destinatari esclusivi il coniuge ed i figli, nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi nella convivenza familiare (art. 143 c.c.), nella separazione personale (art. 156 c.c.), nel divorzio (art. 5 l. div.) e tra genitori e figli (artt. 147 e 315 c.c.) e il suo titolo costitutivo dalla prestazione di lavoro, ha fondamento e natura giuridica *sui generis*, sì da escluderne, da una parte la natura corrispettiva, propria della retribuzione e del compenso dovuto al lavoratore subordinato o autonomo, dall'altra la natura assistenziale, propria del diritto al mantenimento che si ricollega allo *status* di coniuge o di figlio, anche se esso presenta, quanto ai suoi caratteri e al suo contenuto aspetti che consentono, di volta in volta, di

⁸⁰ DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, III, cit., 148 ss.,

assimilarlo ora al diritto alla retribuzione ora al diritto al mantenimento⁸¹.

Il diritto al mantenimento, traendo fondamento dalla speciale posizione occupata dal soggetto nell'ambito di una determinata famiglia, è strettamente personale e come tale è, anche per la sua indole assistenziale e remunerativa del lavoro prestato, indisponibile, intrasmissibile, imprescrittibile, irrinunciabile e non soggetto a compensazione, oltre ad essere assistito dal privilegio generale sui mobili (art. 2751 bis c.c.)⁸².

1.2.2 Il diritto di partecipazione agli utili, ai beni acquistati, agli incrementi.

Al familiare che partecipa all'impresa familiare, prestando la sua attività continuativa di lavoro, non a titolo gestorio, ma a titolo di collaborazione parasubordinata, spettano, oltre al mantenimento, una serie di situazioni giuridiche soggettive, definite dalla dottrina ora come patrimoniali, ora come amministrative, per distinguerle dalle prime.

Quando alle situazioni soggettive di contenuto patrimoniale, l'art. 230 bis c.c. menziona, innanzitutto, quella con cui il familiare, che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nell'impresa familiare, partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con

⁸¹ DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, cit., 149 ss.,

⁸² OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 463

essi, nonché agli incrementi dell' azienda, anche in ordine all' avviamento, in proporzione alla qualità e quantità del lavoro prestato, espressamente definita, dal comma 4, nei termini di un diritto di partecipazione tendenzialmente intrasferibile e che può essere liquidato in denaro, alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione di lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell' azienda, il cui pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice.

Quanto alla natura giuridica di tale diritto di partecipazione deve ritenersi che la prestazione di lavoro non si risolve in un diritto di comunione pro quota sugli utili, sui beni acquistati con essi, sugli incrementi dell' azienda, bensì in una pretesa verso il familiare, titolare dell' impresa, che si attualizza, nei termini di un diritto di credito perfetto, come tale esigibile, solo al termine, per qualsiasi causa, della prestazione di lavoro⁸³.

Tenuto conto che l'attribuzione del diritto di partecipazione è sospensivamente condizionata all'esito positivo dei risultati economici, prodotti dall' impresa, per tutto il periodo di svolgimento dell'attività di lavoro prestata dal familiare, e che la sua determinazione deve essere pari ad una quota del valore globale dell'azienda, compresi gli acquisti fatti con i suoi utili, calcolata secondo un quoziente proporzionale alla qualità e quantità del lavoro prestato, ne deriva che il relativo credito, pur avendo natura compensativa del lavoro svolto, non è configurabile, proprio in quanto collegato al rischio di impresa, come una retribuzione in senso

⁸³ Cass. 6 marzo 1999 n. 1917, in *Giust. civ. Mass.* 1997, fasc. 3. In dottrina, BALESTRA, *L' impresa familiare* cit., 254 ss ; AMOROSO, *L' impresa familiare* cit., 96 ss ; DOGLIOTTI e FIGONE, *L' impresa familiare* cit., 612 ss.

tecnico-giuridico che, di regola, è svincolata dai risultati di gestione dell' impresa.

Sempre in ragione di tali caratteristiche, il diritto di partecipazione si distingue dal diritto al mantenimento, perché – diversamente da questo, che per il suo profilo assistenziale, è attribuito, indipendentemente dai risultati di gestione dell' impresa, nella stessa misura a tutti i collaboratori familiari, secondo un rapporto di eguaglianza, che si rifà alla solidarietà familiare – esso è attribuito, solo sul presupposto della produzione di utili, secondo un criterio di proporzionalità, tra lavoro prestato e risultati positivi di gestione⁸⁴.

In particolare, il diritto di partecipazione genera a carico del familiare imprenditore un' obbligazione di “dare” avente per oggetto una quota degli utili, dei beni acquistati con essi, degli incrementi dell' azienda, compreso l' avviamento, maturata dal lavoro prestato, per tutto il periodo di tempo che va dall' inizio alla fine del rapporto di lavoro familiare, sicché da tale momento decorreranno gli interessi nella misura legale e la rivalutazione monetaria del credito *ex art. 429 c.p.c.*⁸⁵.

Quanto ai valori economici aziendali, che condizionano l' attribuzione e la determinazione del diritto è stato chiarito in dottrina⁸⁶ che, mentre l' utile si riferisce all' eccedenza realizzata rispetto ad un patrimonio

⁸⁴ ANDRINI, *L'impresa familiare*, in *Azienda coniugale e impresa familiare*, a cura di VITTORIA e ANDRINI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia* diretto da GALGANO, Padova, 1989, 224.

⁸⁵ Cass. 22 ottobre 1999 n. 11921, in *Giust. civ. Mass.* 1999.fasc. 10; *Gius 2000*, 35; *Famiglia e diritto 2000*, 123 (con nota parzialmente critica di BALESTRA, *Sulla decorrenza degli interessi sugli utili spettanti al partecipante all' impresa familiare*),

⁸⁶ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 73 ss.; ANDRINI, *Impresa familiare* cit., 235 ss.; BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 247 ss.; AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 96 ss.

aziendale iniziale e gli incrementi si riferiscono all'aumento di valore dei singoli beni aziendali, l'avviamento, invece, poiché la legge lo assume come bene autonomo, non riguarda la capacità di profitto, intesa come una qualità dell'azienda, nel senso tradizionale proprio dell'avviamento c.d. soggettivo, che inerisce alla persona dell'imprenditore e che non può mai essere oggetto di valutazione essendo per sua natura intrasferibile, ma riguarda l'avviamento c.d. oggettivo, inteso come bene immateriale, che inerisce al potere di organizzazione dell'azienda, rappresentato dal c.d. diritto d'impresa⁸⁷.

La valutazione della quota di partecipazione agli utili, di competenza dell'imprenditore⁸⁸, deve tener conto di diversi fattori, come:

- a) l'effettiva qualità e quantità del lavoro prestato dal singolo familiare, comparato con quello degli altri familiari partecipanti;
- b) il contributo dato dal lavoro prestato da altri collaboratori non familiari;
- c) gli apporti di capitale;
- d) l'attività di gestione svolta dall'imprenditore e il rischio di impresa su di lui gravante⁸⁹.

E' da escludere, invece, che si possa far riferimento al corrispettivo normalmente spettante a un lavoratore subordinato, perché il diritto di partecipazione, essendo assoggettato al rischio di impresa, non può essere considerato equivalente alla retribuzione di un comune prestatore di lavoro.

⁸⁷ BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 258 ss.,

⁸⁸ TANZI, voce *Impresa familiare* I) Diritto commerciale in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, 1989, 10.

⁸⁹ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 481.

Il calcolo della quota di partecipazione si presenta, quindi, estremamente complesso, anche se esso in pratica risulta semplificato dalla determinazione preventiva delle quote richiesta dalla normativa fiscale, la quale, anche se non costituisce un criterio sostanziale di valutazione del diritto di partecipazione⁹⁰, può essere assunta come elemento indiziario in sede di accertamento giudiziale del diritto alla quota di utili⁹¹.

Diversamente, però, da quanto potrebbe far supporre la stessa normativa fiscale, che riferisce la determinazione preventiva della quota di partecipazione alla dichiarazione annuale dei redditi, la liquidazione degli utili, al pari delle altre componenti del diritto di partecipazione, è fissata, in linea di massima, al termine della prestazione lavorativa, dal che deve escludersi che il familiare partecipante abbia diritto ad una loro distribuzione periodica, come è dimostrato dal fatto che gli utili prodotti durante lo svolgimento della gestione d'impresa, una volta prelevato quanto occorra al mantenimento dei familiari collaboratori, sono destinati naturalmente al reimpiego nell'azienda o in acquisto di nuovi beni⁹².

Ciò non toglie che l' imprenditore, con il consenso della maggioranza dei partecipanti, atteso che il rapporto di lavoro familiare affonda le sue radici nella solidarietà degli affetti familiari, possa procedere alla distribuzione anticipata degli utili, tenendo conto delle necessità

⁹⁰ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 481; ANDRINI, *L'impresa familiare* cit., 225.

⁹¹ Cass. 16 aprile 1992 n. 4650 in *Giur. it* 1993 I, 1 1052.; Cass. 18 dicembre 1992 n. 13390 in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, 609, *Contra*, Cass, 25 luglio 1992 n. 8959 cit.

⁹² COLUSSI voce *Impresa familiare* cit., 74. ss.; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 482.

straordinarie del singolo familiare che in tal caso, vedrà ridotta la sua partecipazione di quanto già ottenuto⁹³.

Le considerazioni svolte valgono anche per quanto attiene la ripartizione della quota dei beni acquistati con gli utili dell'impresa e degli incrementi dell'impresa, anche se per questi non si può parlare di un prelievo anticipato, per conseguire i quali il familiare può solo provocare lo scioglimento anticipato della propria partecipazione⁹⁴.

Al fine di assicurare la trasparenza sulla formazione, l'impiego e la congruità degli utili di impresa in conformità a quanto disposto dalla legge in favore dell'associato in partecipazione, al familiare partecipante si deve riconoscere il diritto al rendiconto finale⁹⁵, oltre al diritto a controllare il rendiconto ed il bilancio annuale, al quale è tenuto anche l'imprenditore individuale, ai sensi dell'art. 2217 c.c. e della normativa fiscale⁹⁶, sempre facendo riferimento a quanto vale per l'associato in partecipazione⁹⁷.

Il credito costituito dal diritto di partecipazione agli utili, ai beni con questi acquistati ed agli incrementi, quando diviene esigibile, alla cessazione per qualsiasi causa della prestazione di lavoro, deve essere di regola liquidato in natura, come risulta dalla formula legislativa,

⁹³ COLUSSI voce *Impresa familiare*, cit., 74; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 482,

⁹⁴ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 483; STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1126.

⁹⁵ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 483.

⁹⁶ GHIDINI, *L'impresa familiare* cit., 27 ss.; TANZI, voce *Impresa familiare* cit., 10; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 267; BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 248, *Contra*, COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 79; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 483

⁹⁷ DE FERRA, voce *Associazione in partecipazione*: I) Diritto commerciale, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 6.

secondo cui il diritto di partecipazione può essere liquidato in denaro⁹⁸.

Si tratta, dunque di un'obbligazione con facoltà alternativa del debitore, o obbligazione facoltativa, che l'imprenditore può adempiere in via principale con un'attribuzione in natura di beni mobili e/o immobili, ma con facoltà di liberarsi dal vincolo eseguendo il pagamento di una somma in denaro⁹⁹.

Pertanto, ove alla cessazione del rapporto, gli utili dell'impresa siano stati consumati ed i beni con essi acquistati siano già usciti dal patrimonio del debitore, senza sua colpa, il creditore non può far valere alcun diritto, neppure sulla prestazione subordinata che è in *facultate solutionis*, secondo il principio proprio dell'obbligazione con prestazione facoltativa, per cui l'impossibilità della prestazione principale estingue il vincolo, liberando il debitore.

Su richiesta di chi è tenuto, il pagamento può essere corrisposto in più annualità determinate, in caso di disaccordo, dal giudice del lavoro stante la riconosciuta qualificazione della relativa prestazione in termini di lavoro c.d. parasubordinato.

Attesa l'autonomia del diritto di partecipazione rispetto al diritto di mantenimento, è da escludere che nella sua liquidazione debba tenersi conto del goduto mantenimento¹⁰⁰.

Il diritto di partecipazione è di regola intrasferibile, in quanto originato da un'attività di lavoro, che trova a sua volta titolo nello *status* familiare del partecipante: come tale, esso è assistito dai

⁹⁸ DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 436.

⁹⁹ DE PAOLA e MACRI', *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia* cit., 313; PETTARIN, *Aspetti civilistici dell'impresa familiare* cit., 53.

¹⁰⁰ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 81; OPPO, *Impresa familiare* cit., 513; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 435.

privilegi sia speciali che generali; è inesquestrabile, non assoggettabile a compensazione; insuscettibile di azione surrogatoria¹⁰¹ e revocatoria¹⁰².

1.3 La gestione

L'art. 230 *bis* c.c., al primo comma, attribuisce ai familiari-lavoratori il diritto di decidere, a maggioranza, in ordine alle scelte gestionali di maggior importanza per la vita dell'impresa, espressamente elencate nella norma medesima.

Detta norma, al momento della sua entrata in vigore, aveva dato luogo ai maggiori contrasti interpretativi in ordine alla natura dell'impresa familiare; chi infatti ne sosteneva la natura collettiva traeva argomenti a suo favore proprio da questa norma, che poteva sembrare voler configurare una sorta di assemblea familiare, introducendo così principi ed istituti di diritto societario.

Oggi si è ormai consolidato l'orientamento che considera l'impresa familiare come individuale, tale conclusione non contrasta con il disposto dell'art. 230 *bis* c.c.¹⁰³.

Va comunque tenuto presente che i poteri di amministrazione dei familiari rimangono confinati nella sfera interna dell'impresa familiare e sono irrilevanti per i terzi che vengono in contatto con l'imprenditore.

¹⁰¹ Trib. Milano 23 maggio 1985, in *Foro pad.* 197, 130 (con nota di LEMMI, *Panorama di dottrina e di giurisprudenza sull'impresa familiare*).

¹⁰² DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 435.

¹⁰³ DOGLIOTTI, FIGONE; *L'impresa familiare*, in Auletta, Bruscutta, Dogliotti e Figone (a cura di), *Trattato di diritto privato che Mario Bessone dirige per l'editore* Torino, vol. II, 2009.

In tale prospettiva deve concludersi che i poteri in questione sono attribuiti dalla legge per una funzione di controllo su quegli atti con i quali l'imprenditore potrebbe pregiudicare i diritti dei lavoratori o, comunque, la loro posizione nell'impresa familiare.

Da tale premessa derivano conseguenze di rilievo:

- a) i familiari non possono imporre le loro decisioni all'imprenditore, né possono porle in essere direttamente, ove l'imprenditore non vi ottemperi;
- b) gli atti posti in essere dal l'imprenditore, in violazione o in contrasto con quanto deciso dai familiari (o addirittura, in assenza di una loro preventiva consultazione) sono validi ed efficaci nei rapporti esterni; ciò tanto più ove si consideri che la mancanza di un regime di pubblicità legale impedirebbe comunque al terzo di conoscere l'esistenza stessa dell'impresa familiare, nonché di sapere come i familiari avessero preventivamente deliberato;
- c) gli atti di cui sub;
- d) per quanto validi nei confronti dei terzi, risultano pur sempre illeciti nei rapporti fra imprenditore e collaboratori, in quanto posti in essere in violazione di un diritto loro riconosciuto. In mancanza di specifica sanzione è da ritenere che l'imprenditore debba rispondere (a titolo contrattuale) verso i suoi collaboratori, i quali avranno titolo per richiedere il risarcimento del danno subito .

Non è certo agevole peraltro quantificare il danno: esso dovrà in ogni modo tener conto soprattutto di quanto le decisioni unilaterali

dell'imprenditore abbiano inciso sulla posizione attuale del lavoratore e sulle sue aspettative future¹⁰⁴.

Va da sé che il risarcimento sarà ammissibile solo se in concreto vi sia stato danno: così se l'imprenditore, disattendendo le decisioni dei familiari, abbia preso una decisione che si sia rivelata proficua per l'impresa, dovrebbe di regola escludersi qualsiasi azione risarcitoria.

Passando ad esaminare più specificamente la disciplina in questione, va ricordato che l'art. 230 bis c.c. determina l'oggetto delle decisioni che devono essere rimesse alla volontà dei familiari-lavoratori. La norma si riferisce innanzitutto alle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi: come si è visto, infatti, i familiari maturano un diritto agli utili e agli incrementi medesimi.

Il contenuto della delibera potrà essere il più vario: distribuzione degli utili a cadenza periodica, ovvero una tantum; destinazione degli utili in investimenti aziendali, ovvero in acquisto di beni estranei all'azienda. Occorre poi distinguere, infatti, le decisioni riguardanti gli atti di ordinaria (tra i quali, per espressa previsione normativa, quelli che riguardano gli indirizzi produttivi) e di straordinaria amministrazione. Occorre premettere che la distinzione tra le due tipologie di atti, ordinari e straordinari, è legata alla concreta natura e alle dimensioni dell'impresa.

L'ultima categoria di decisioni che la legge rimette ai familiari è quella relativa alla cessazione dell'impresa.

Dette decisioni spettano ai familiari, ma allo stesso tempo l'imprenditore peraltro non potrà essere obbligato a continuare

¹⁰⁴ DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Impresa familiare: le problematiche più recenti*, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 2, pagg. 191-203

l'esercizio dell'impresa contro la sua volontà, ne gli si potrà imporre di cessare l'attività, ove quegli intenda invece continuarla.

La decisione dei familiari assume, se mai, rilevanza nel senso di legittimare una richiesta di danni, ove l'imprenditore, senza giusta causa, non abbia ad uniformarsi a quella decisione.

Accanto all'ipotesi di cessazione in senso stretto (che comporta la chiusura dell'azienda e la liquidazione della stessa) possono configurarsi altre fattispecie, tutte accomunate dalla perdita della qualità di imprenditore, con conseguente cessazione dell'impresa familiare (alienazione o affitto dell'azienda, suo conferimento in società).

Hanno diritto di partecipare alle decisioni predette tutti i familiari che prestano lavoro nell'impresa. Ogni familiare dispone di un voto, a prescindere dalla qualità e quantità del lavoro prestato; la maggioranza di computa per teste e non per quote. Ciò si ricava sia dall'espressione usata dalla legge («sono adottate a maggioranza dei familiari») sia dai lavori preparatori. Dispone l'art. 230*bis* c.c., al primo comma, che i familiari che non hanno capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi.

Si individua una certa contraddittorietà tra la norma in esame e l'art. 2 c.c., che abilita il minore, avviato all'attività lavorativa, all'esercizio dei diritti e delle azioni che derivano dal contratto di lavoro (ma non alla stipula del relativo contratto: fattispecie che potrebbe rilevare anche in relazione all'impresa familiare, ove si ammetta una sua costituzione pattizia).

La peculiarità dell'impresa familiare peraltro osta ad un'integrale estensione della disciplina del lavoro subordinato; occorre poi tener

conto che, partecipando alla decisione, il minore coinvolge pure diritti di terzi .

Non partecipa invece alla decisione (e quindi è privo di diritto di voto) l'imprenditore che la legge configura come destinatario delle decisioni prese dai familiari.

Nessuna formalità è richiesta dalla legge per la formazione della volontà di questi ultimi; è da escludere pertanto la necessità di indire un'assemblea (organo che nemmeno sussiste nelle società di persone). Il familiare potrà così esprimere la sua opinione in qualsiasi momento e con qualsiasi mezzo: a voce, per iscritto, per telefono, ecc.

Si ritiene che il voto possa essere espresso anche tacitamente o per *facta concludentia*. Nemmeno è necessaria una verbalizzazione dei singoli voti o dell'esito della riunione, a meno che i familiari non ritengano opportuno preconstituirsì mezzi di prova. Ma ancor prima, nessuna formalità è prevista per dar luogo alla manifestazione di volontà dei familiari, che potrà essere sollecitata dagli stessi, ovvero dall'imprenditore¹⁰⁵.

1.3.1. Il potere di concorrere alle decisioni adottate a maggioranza dai familiari partecipanti all'impresa

In connessione al principio che il diritto di partecipazione agli utili, ai beni con questi acquistati e agli incrementi dell'azienda matura solo al termine del rapporto di lavoro, ha un suo significato il riconoscimento ai familiari che partecipano all'impresa di concorrere a tutte le

¹⁰⁵ DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Impresa familiare: le problematiche più recenti*, cit., 191-203; DOGLIOTTI, FIGONE; *L'impresa familiare*, in Auletta, Brusciuglia, Dogliotti e Figone (a cura di), cit., p. 777.

decisioni più importanti per la vita dell'impresa stessa, concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa¹⁰⁶.

Si tratta in tutti i casi di potere, strettamente personale ed individuale, di intervento nella gestione dell'impresa, di carattere strumentale (cautelare, assicurativo e conservativo), destinato a tutelare la particolare aspettativa creditoria del familiare, che matura come diritto perfetto solo alla cessazione del rapporto di lavoro familiare. Non influisce su tale qualificazione e caratterizzazione la circostanza che il potere dei singoli familiari che partecipano all'impresa debba estrinsecarsi in una decisione adottata a maggioranza.

Che siffatto potere debba attualizzarsi in una decisione adottata a maggioranza non è, infatti, sufficiente ad aggregare organicamente la pluralità dei familiari e a designare il fenomeno come espressivo dell'esercizio in comune di una attività di impresa, atteso che i familiari che partecipano all'impresa sono chiamati soltanto a concordare una linea di condotta unitaria nei confronti dell'imprenditore, in una situazione caratterizzata dalla presenza di interessi omogenei: poiché le dichiarazioni di voto esprimono distinte volontà, poste al servizio di identici, ma distinti, interessi autonomi di singoli soggetti, esse, come tali, non concorrono alla formazione di un atto collegiale in senso proprio – nel quale sono destinate a fondersi le dichiarazioni dei singoli che agiscono come componenti di un organo

¹⁰⁶ MASINI, *Sull'adozione a maggioranza delle decisioni inerenti alla gestione straordinaria dell'impresa familiare coltivatrice ai sensi dell'art. 230-bis c.c.*, in *Giur. agr. It.*, 1989, 679.

collegiale di un ente giuridico – , ma concorrono alla formazione di un atto collettivo, espressione della volontà della maggioranza o dell'unanimità dei singoli¹⁰⁷.

Poiché le dichiarazioni dei singoli partecipanti non sono destinate a comporsi in una dichiarazione di volontà negoziale¹⁰⁸, appare corretto il suo ulteriore inquadramento nell'ambito delle dichiarazioni non negoziali di volontà, risolvendosi l'esercizio del potere in una partecipazione di volontà del suo titolare diretta ad imporre al destinatario il compimento di certi atti, comunque strumentali alla produzione degli utili, ma che, peraltro per la loro discrezionalità, restano di esclusiva competenza del titolare dell'impresa¹⁰⁹.

L'esercizio del potere dei familiari collaboratori di concorrere alle decisioni concernenti la gestione straordinaria dell'impresa non significa partecipazione all'esercizio dell'impresa ed assunzione da parte di tutti della qualifica di imprenditori.

La gestione, sia ordinaria che straordinaria dell'impresa, è di pertinenza esclusiva del familiare imprenditore, nel senso che l'iniziativa economica è rimessa alla sua determinazione e che su di lui esclusivamente incombe il rischio dell'impresa¹¹⁰.

D'altra parte, anche se la gestione spetta al titolare dell'impresa, ciò non esclude che il relativo potere di impresa possa incontrare dei limiti nei confronti dei familiari collaboratori.

¹⁰⁷ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 497 ss.

¹⁰⁸ DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 418 ss.

¹⁰⁹ ANDRINI, *L'impresa familiare* cit., 179 ss., PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, 78.

¹¹⁰ Cass. Lav. 4 ottobre 1995, n. 10412, in *Arch. Civ.*, 1996, 593, in dottrina AMOROSO, *L'impresa familiare* cit., 101.

La libertà di determinazione del titolare dell'impresa, mentre nei rapporti con i collaboratori familiari incontra un limite di natura meramente obbligatoria e non reale, resta dunque piena nei confronti dei terzi, con la conseguenza che la violazione del dovere dell'imprenditore di adeguare la propria condotta adottate dai familiari collaboratori, non incide sulla validità dell'efficacia degli atti d'impresa compiuti¹¹¹, sicché, restando i familiari estranei agli eventuali impegni assunti dall'imprenditore nei confronti dei terzi nulla possono far valere essi nei confronti di costoro¹¹².

Se, invece permane il disaccordo tra l'imprenditore e i suoi familiari collaboratori, il mancato rispetto delle decisioni della maggioranza costituisce giusta causa di recesso, con conseguente immediata liquidazione del diritto di partecipazione¹¹³, ma è da ritenere, altresì che il comportamento avuto dall'imprenditore possa risolversi anche in una sua responsabilità patrimoniale verso i familiari, quando sia fornita dal creditore la prova di aver subito in pregiudizio patrimoniale (mancata produzione di utili d'impresa) in dipendenza di un comportamento colposo del debitore¹¹⁴, per violazione della regola di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., più che per la illiceità del comportamento dell'imprenditore, come tale fonte di un danno ingiusto, secondo la previsione dell'art. 2043 c.c., non essendo configurabile una tutela aquiliana del diritto di credito in conseguenza

¹¹¹ Trib. Roma 17 marzo 1984 cit.; Cass. 13 ottobre 1984 n. 5124 *Contra*, App. L'aquila 22 marzo 1985, in *Nuovo dir. agr.* 1985, 278.

¹¹² BALESTRA, *L'impresa*, cit., 263.

¹¹³ GHIDINI, *L'impresa familiare*, Padova, 1977, 46; DE PAOLA e MACRI', *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, 315.

¹¹⁴ GHIDINI, *L'impresa familiare* cit., 46; DE PAOLA e MACRI', *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., 315.

di una attività giuridica del debitore¹¹⁵.

Quanto alla forma delle decisioni nessuna formalità è prescritta per la formazione della maggioranza; inoltre, i familiari possono essere singolarmente interpellati ed esprimersi nel modo più libero, anche in tempi diversi, non essendo applicabili al riguardo le procedure previste per la convocazione e le deliberazioni che debbono essere adottate in forma assembleare¹¹⁶.

La maggioranza dei voti si calcola *pro capite* e non *pro quota*, poiché il potere *de quo* non va commisurato alla qualità ed alla quantità del lavoro prestato¹¹⁷.

Sono esclusi dalla partecipazione alla decisione, oltre al familiare imprenditore, che è il destinatario delle decisioni, anche i familiari che prestano esclusivamente lavoro nella famiglia, senza alcuna connessione con l'attività di impresa, poiché essi non hanno alcun diritto di partecipare agli utili e agli incrementi prodotti dall'attività di impresa.

L'oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 230-bis, comma 1, c.c., può riguardare:

1. l'impiego degli utili e degli incrementi, con tale espressione intendendosi il potere di stabilire, non tanto la loro destinazione nell'ambito dell'impresa, quanto una loro disposizione ai fini

¹¹⁵ *Contra*, COLUSSI, *Impresa familiare* cit., 89; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare*, cit., 400.

¹¹⁶ COLUSSI, *Voce impresa familiare* cit., 78; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 418; OPPO *Impresa familiare in Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 499; TANZI, *Voce Impresa familiare* cit., 13

¹¹⁷ FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, I cit., 1348; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 222; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto Italiano della famiglia*, cit., 499.

dell'acquisto di beni extraaziendali o della loro distribuzione, periodica o *una tantum*, ai singoli partecipanti¹¹⁸;

2. la gestione straordinaria, intesa secondo il criterio organizzativo, e di distinzione dall'ordinaria amministrazione, proprio dell'attività di impresa, che riserva alla straordinaria amministrazione gli atti che, esulando dalla normale attività svolta dall'imprenditore, incidono, alterandola, sulle caratteristiche strutturali e sulla dimensione del complesso aziendale, quali possono, ad esempio, essere la sostituzione degli impianti, la stipulazione di mutui di rilevanti entità¹¹⁹;
3. gli indirizzi produttivi, cioè la determinazione dei criteri di massima e delle finalità che devono ispirare e guidare l'azione dell'imprenditore nella gestione ordinaria¹²⁰;
4. la cessazione dell'impresa, intendendo per tale non la decisione di imporre all'imprenditore la cessazione della sua attività, ma, più semplicemente, la cessazione dell'impresa in quanto familiare, quindi, con pregiudizio del lavoro del lavoro e delle posizioni acquisite dai familiari¹²¹.

¹¹⁸ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 500.

¹¹⁹ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 79; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 502.

¹²⁰ TANZI, Voce *Impresa familiare* cit., 13.

¹²¹ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 503; COLUSSI, Voce *Impresa familiare* cit., 79.

CAPITOLO II

L'IMPRESA FAMILIARE: ESTINZIONE E FALLIMENTO

2.1 Estinzione e trasferimento dell'impresa

L'impresa familiare si estingue due motivi, a seconda che venga meno la stessa attività di impresa, ovvero il rapporto fra l'imprenditore ed i familiari.

L'impresa può cessare per fatti indipendenti dalla volontà del l'imprenditore (morte o fallimento), ovvero per una decisione di questi che dovrà essere preceduta da una deliberazione dei familiari, pena – in difetto – il risarcimento dei danni.

A sua volta lo scioglimento del rapporto col singolo partecipante potrà derivare da varie cause: morte del lavoratore, impossibilità definitiva di prestare il lavoro per motivi di età, salute, invalidità, ecc., mentre un'impossibilità solo momentanea, anche se prolungata, avrebbe solo la conseguenza di incidere sulla partecipazione all'impresa, diminuendo la quantità del lavoro prestato, nonché dalla perdita della qualità di «familiare».

In particolare, poiché il lavoro familiare è solo quello prestato dai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 230 *bis* c.c., non può dirsi lavoratore familiare chi non rientra più fra tali soggetti: il caso più frequente è quello dello scioglimento (o dell'annullamento) del

matrimonio, contratto dall'imprenditore (ovvero da un figlio, da cui derivava un vincolo di affinità); può peraltro ipotizzarsi il disconoscimento di paternità o la declaratoria di invalidità del riconoscimento di figlio naturale, che abbiano ad elidere il rapporto giuridico di filiazione con l'imprenditore.

La prestazione di lavoro può poi aver termine per decisione unilaterale (ossia per recesso) di una delle parti: lavoratore o imprenditore.

Il lavoratore può decidere di abbandonare il lavoro senza onere di preavviso (ed anzi con un diritto al risarcimento quando il recesso sia giustificato dalla condotta dell'imprenditore) e che ben può configurarsi il recesso tacito (quando l'interessato trovi un'altra attività lavorativa incompatibile con la precedente); di contro, il recesso dell'imprenditore sarebbe lecito solo in presenza di giusta causa (che può consistere anche nel solo interesse della famiglia o dell'impresa familiare).

In ogni caso la mancanza di giusta causa non rende inefficace il recesso, né può avere come conseguenza il mantenimento coatto del rapporto; l'unico effetto è l'obbligo di risarcire il danno cagionato al lavoratore.

Quando cessa la prestazione di lavoro, il familiare ha diritto alla liquidazione della sua partecipazione, ossia alla quota di utili e di incrementi individuata in funzione della qualità e quantità del lavoro prestato.

L'art. 230 *bis* c.c. al quarto comma prevede che la liquidazione sia fatta in danaro, ma nulla esclude che le parti possano accordarsi diversamente.

La valutazione della partecipazione va fatta al momento della cessazione dell'impresa (o del suo rapporto con essa).

Ovviamente, quando l'impresa cessa per causa di fallimento, il valore della partecipazione è nullo. È previsto pure un caso in cui può aversi la liquidazione della partecipazione, malgrado il familiare continui ad esercitare il proprio lavoro nell'impresa; ciò avviene quando l'azienda sia alienata da un imprenditore ad un altro familiare, piuttosto che ad un terzo estraneo (comma 4 dell'art. 230 *bis* c.c.). La norma intende tutelare al meglio il lavoratore che potrebbe perdere i suoi diritti, ove la nuova gestione dell'impresa non fosse all'altezza della precedente¹²².

2.1.1 Il trasferimento del diritto di partecipazione

Ai sensi del comma 4 dell'art. 230 *bis* c. c., il diritto di partecipazione è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore dei familiari, indicati nel comma 3 e con il consenso di tutti i partecipi.

La partecipazione all'impresa familiare non può essere estesa a persone estranee alla famiglia, nonché ad altri familiari ed affini, di grado diverso da quello indicato dalla legge, in conformità alla *ratio legis* di tutela del lavoro svolto tra stretti congiunti *affectionis vel benevolentiae causa*, anche se resta, peraltro, il dubbio se il familiare a cui può essere trasferito il diritto, con il consenso di tutti gli altri partecipanti, debba essere o meno uno dei partecipi dell'impresa familiare.

Non può ritenersi che ciò si trasferisce è in realtà il diritto sugli utili e

¹²² OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 505.

sugli incrementi già accumulati, sui quali, per così dire, si innesterà, a titolo proprio, la prestazione di lavoro del nuovo familiare¹²³.

Poiché il diritto agli utili ed agli incrementi è un diritto di credito verso l'imprenditore che, è, prima della sua maturazione, intrasferibile ai terzi estranei alla famiglia¹²⁴, non sembra che il relativo divieto possa essere riferito anche, in mancanza del consenso degli altri partecipi, alla cessazione effettuata in favore di un familiare già partecipante all'impresa, perché gli altri partecipi non subiscono alcun concreto pregiudizio da siffatta cessazione, anche perché la manifestazione del diritto di voto, in ordine alle decisioni da adottare a maggioranza, avviene *pro capite* e non *pro quota*.

L'eccezione alla regola dell'intrasferibilità del diritto di partecipazione, che ne consente il trasferimento a favore di altri familiari, nel grado di parentela e di affinità indicati dal comma 3 dello stesso articolo, col consenso di tutti i partecipanti, per avere un senso, dev'essere riferita, non solo alla posizione creditoria maturata verso l'imprenditore, ma alla più ampia e complessa posizione giuridica, comprensiva anche di quella c.d. amministrativa, relativa ai poteri di concorrere alle decisioni concernenti la gestione dell'impresa, quando tale cessazione sia effettuata a favore di uno degli stretti congiunti che, pur non essendo partecipe dell'impresa, abbia titolo per diventarlo: solo in questa ipotesi, infatti, la norma che

¹²³ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 505.

¹²⁴ *Ibidem Contra*, nel senso che il credito verso l'imprenditore non è incompatibile con il sistema dell'impresa familiare, COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 82; PANUCCIO, *Impresa familiare* cit., 70, secondo cui "con molta probabilità il diritto agli utili può essere trasferito liberamente come qualunque diritto di credito".

consente, in via eccezionale, il trasferimento del diritto di partecipazione ad altri stretti congiunti trova una sua giustificazione razionale, perché una siffatta cessione, comprensiva dei c.d. poteri amministrativi, interferisce sull'adozione delle decisioni che sono di competenza dei familiari già partecipanti all'impresa¹²⁵.

Anche se, infatti, il trasferimento del diritto di partecipazione non significa successione nel rapporto di lavoro, perché questo nasce e si alimenta solo sul fatto giuridico della prestazione in via continuativa dell'attività di lavoro nell'impresa, e neppure diritto di ingresso nell'impresa, spettando solo al familiare imprenditore il correlativo potere di ammissione dei lavoratori familiari nella sua organizzazione aziendale¹²⁶, sta di fatto, però, che il trasferimento della complessa posizione giuridica, patrimoniale e amministrativa, del familiare partecipante ha una sua giustificazione razionale solo se riferito a favore di altro familiare non partecipante: solo questi, infatti, può avere interesse a determinare una situazione di fatto propedeutica ad una sua, eventuale, successiva ammissione nella struttura aziendale dell'impresa familiare, con il bene-placito del suo titolare¹²⁷.

Dalle ragioni che sono a fondamento del trasferimento del diritto di partecipazione nell'ambito della stretta cerchia familiare, si è tratto il convincimento che esso si applica sia ai trasferimenti *inter vivos* che a quelli *mortis causa*¹²⁸, mentre la violazione del divieto di trasferimento

¹²⁵ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 82 ss.; cfr., GHIDINI, *Impresa familiare* cit., 67 ss.

¹²⁶ COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia* cit., 95; COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 83; STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1129. *Contra*, GHIDINI, *L'impresa familiare* cit., 68; ANDRINI, *L'impresa familiare* cit., 258,

¹²⁷ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 83; BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 301 ss

¹²⁸ COLUSSI, *ult. op. cit.*, 83; BALESTRA, *ult. op. cit.*, 301 ss.

comporta la nullità dell'atto di disposizione, effettuato a favore di chi non abbia titolo a partecipare all'impresa familiare, e l'inefficacia di quello effettuato a favore di un avente diritto, ma senza il consenso di tutti i partecipanti¹²⁹.

2.1.2 Il diritto di prelazione sull'azienda dei familiari partecipanti all'impresa

Tra i diritti patrimoniali riconosciuti ai familiari che partecipano all'impresa è compreso, infine, ai sensi del comma 5 dell'art. 230-bis c.c., il diritto di prelazione sull'azienda nelle ipotesi di divisione ereditaria e di trasferimento dell'azienda.

Per quanto attiene alle modalità di esercizio di tale prelazione, la stessa norma dispone che, nei limiti della compatibilità, si applica la disposizione dell'art. 732 c.c., che regola il c.d. *retrato successorio*. Tra tutti i problemi, sistematici e pratici, sollevati dall'art. 230-bis c.c., quello relativo al diritto di prelazione sembra essere tra complessi, tanto che è stato definito un *rebus* nel *rebus*¹³⁰.

Ai fini stessi dell'individuazione e di un'esatta comprensione di siffatti problemi, occorre preliminarmente osservare che la tutela preferenziale accordata dalla legge ai partecipi, in caso di divisione o di alienazione dell'azienda, trova il suo fondamento razionale nell'esigenza di favorire i familiari che, con il loro apporto di lavoro, hanno contribuito alla vita e allo sviluppo dell'impresa, che resta pur sempre riferibile al familiare imprenditore.

¹²⁹ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* cit., 512; OPPO, *L'impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 506, COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 83; STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1130.

¹³⁰ BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.* 1981, I, 810.

Pertanto il richiamo all'art. 732 c.c., la cui disciplina concorre ad integrare quella di cui al comma 5 dell'art. 230-bis c.c., deve intendersi circoscritto, nei limiti appunto della compatibilità, solo alle modalità di esercizio del diritto di prelazione e di riscatto ed ai suoi effetti, ma non ai termini soggettivi ed oggettivi della fattispecie ed agli stessi presupposti di fatto previsti per l'esercizio della prelazione che, solo in parte coincidono nelle due fattispecie di cui si tratta, attesa la diversità di natio dell'istituto del retratto successorio, che è diretto a mantenere intatta o comunque limitata ai soli coeredi, con l'accrescimento della quota, l'originaria composizione della comunione ereditaria, nel caso in cui un coerede intenda alienare la sua quota ad un estraneo¹³¹.

Pertanto, mentre i diritti di prelazione e di riscatto, previsti dall'art. 732 c.c. in favore del coerede, non operano nel caso di alienazione della quota ereditaria a favore di un altro coerede, viceversa il diritto di prelazione e di riscatto dell'azienda, previsti dall'art. 230-bis c.c., operano, non solo nel caso di alienazione a favore di un terzo estraneo (non partecipa all'impresa), ma anche nel caso di alienazione a favore di un partecipante all'impresa familiare¹³².

Quanto all'oggetto del diritto, la prelazione di cui all'art. 230-bis c.c. si riferisce ad una vicenda, traslativa o divisionale, che ha per oggetto l'azienda – nella sua totalità, quota o ramo autonomo –, intesa qualeunitario complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio della sua impresa familiare, secondo la definizione offerta

¹³¹ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 507.

¹³² OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 507; TANZI, voce *Impresa familiare* cit., 11. *Contra*, ANDRINI, *L'impresa familiare* cit., 273.

in via generale dall'art. 2555 c.c.¹³³, e, quindi come tale, non può essere riferita alla diversa vicenda del trasferimento del diritto di partecipazione, spettante ai singoli familiari collaboratori, come ritenuto in genere dai fautori della tesi collettiva dell'impresa familiare¹³⁴, o all'alienazione di singoli beni aziendali o di una quota di comproprietà sui beni aziendali spettante ad un soggetto diverso dall'imprenditore familiare¹³⁵.

Quanto ai presupposti di fatto, mentre l'istituto del retratto successorio opera solo in caso di alienazione (di quota ereditaria), la prelazione prevista dall'art. 230-bis c.c. opera, non solo nel caso di alienazione (trasferimento dell'azienda), ma anche nel caso di divisione ereditaria, che costituisce un'ipotesi ontologicamente estranea al retratto successorio, rispetto al quale la divisione ereditaria costituisce causa di estinzione del diritto di riscatto¹³⁶.

Quanto alle modalità di esercizio della prelazione, tenuto conto dell'esplicito richiamo all'art. 732 c.c., il familiare imprenditore, nel caso in cui intende procedere al trasferimento di azienda, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, ai familiari partecipanti, i quali hanno diritto di prelazione da esercitarsi

¹³³ DE PAOLA e MACRI', *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia* cit., 317; COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 84; ANDRINI, *L'impresa familiare* cit., 269; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 506; TANZI, voce *Impresa familiare* cit., 10; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 440; STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano* cit., 1130.

¹³⁴ FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia* cit., I, 1392 ss.

¹³⁵ PANUCCIO, *L'impresa familiare* cit., 164; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, cit.,

¹³⁶ FINOCCHIARO A. M., *Sub art. 732*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile* a cura di RUPERTO e SGROI, libro II, a cura di A. e M. FINOCCHIARO, Tomo II, Milano, 1995, 740.

nel termine di due mesi dall'ultima notificazione. In mancanza della notificazione, i familiari hanno diritto di riscattare l'azienda dall'acquirente e da ogni successivo avente causa.

Quanto al termine entro cui dev'essere esercitato il riscatto, poiché nella specie non si può fare riferimento a quello previsto per l'esercizio del retrato successorio (finché dura la comunione ereditaria), e poiché alla durata della comunione ereditaria non può essere equiparata la durata del rapporto di impresa familiare, è stato correttamente ritenuto che la prelazione può essere esercitata finché non venga meno la qualità di partecipante, all'atto del recesso del rapporto, quando si attualizza il diritto alla liquidazione della quota di partecipazione all'impresa familiare, dovendo, in quel momento, essere esercitata la scelta tra la richiesta di riscatto o la richiesta di liquidazione¹³⁷.

Le modalità di esercizio del retrato successorio non sono, invece, compatibili per l'esercizio della prelazione in caso di divisione ereditaria dell'azienda, appunto perché la prelazione va esercitata direttamente nell'ambito della procedura divisoria¹³⁸.

2.1.3 Prelazione in caso di trasferimento di azienda

In relazione all'ipotesi del trasferimento d'azienda, che è quella più vicina all'ipotesi regolata da retrato successorio, essa comprende

¹³⁷ PANUCCIO, *L'impresa familiare* cit., 169; COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 85; BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare* cit., 820; DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare* cit., 442; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 509; TANZI, voce *Impresa familiare* cit., 11. *Contra*, CORSI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, II, cit., 230.

¹³⁸ OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 509.

l'alienazione del diritto di proprietà sull'azienda, posta in essere dall'imprenditore con un atto *inter vivos* ed a titolo oneroso¹³⁹.

Vi è chi¹⁴⁰ ha affermato che il trasferimento d'azienda, mentre non incide sullo svolgimento del rapporto di lavoro che prosegue con il cessionario ex art. 2112 c.c., comporti invece la cessazione del rapporto di impresa familiare con l'originario familiare-imprenditore (cedente), stante il carattere fiduciario e personale del rapporto stesso, fondato sull'*affectio familiaris* e quindi strettamente legato alla persona del familiare-imprenditore; a tale cessazione può però seguire l'eventuale instaurazione di un nuovo analogo rapporto con l'imprenditore cessionario, sempre che nei confronti di quest'ultimo sussista il presupposto del prescritto vincolo di coniugio, di parentela o di affinità. Lo stesso effetto estintivo si ha anche nel caso di esercizio del diritto di prelazione da parte di un familiare-prestatore; però il fatto che la titolarità dell'impresa rimanga nell'ambito dell'originario gruppo familiare favorisce l'instaurazione di un nuovo rapporto di impresa familiare con il cessionario e quindi la sostanziale prosecuzione dell'impresa come impresa familiare; mentre – ove cessionario sia un terzo non legato da alcun vincolo con i familiari prestatori

– non è possibile in ogni caso un nuovo rapporto di impresa familiare, pur proseguendo l'impresa come tale (ma priva ormai della connotazione di impresa familiare).

Non sembra che la prelazione in questione abbia carattere reale nel

¹³⁹ COLUSSI, voce *Impresa familiare* cit., 84; BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare* cit., 821; OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 507

¹⁴⁰ BALESTRA, *L'impresa familiare* cit., 313.

senso che determini il riscatto dell' azienda dal terzo avente causa, stante la mancanza di un regime di pubblicità delle imprese familiari. Il diritto di prelazione spetta a prescindere dall' adesione, o meno, del familiare-prestatore alla decisione della maggioranza di cedere l' azienda; decisione richiesta perché si tratta di un atto di straordinaria amministrazione che fa venir meno il rapporto di impresa familiare; valgono quindi i rilievi già fatti in ordine all' eventuale responsabilità per danni del familiare-imprenditore che alieni l' azienda in difformità della decisione della maggioranza dei familiari¹⁴¹.

2.1 4 Prelazione in caso di comunione ereditaria

L' altra ipotesi è quella della comunione ereditaria, alla quale segue la divisione; il diritto di prelazione è però esercitabile soltanto dal coerede che sia anche familiare-prestatore. In tal caso si applica l' art. 732 c.c.(che prevede in generale il diritto di prelazione del coerede in caso di divisione ereditaria) “nei limiti in cui è compatibile” con l' istituto dell' impresa familiare¹⁴².

Tale richiamo ha una duplice valenza. Da una parte comporta l' applicazione delle norme sul procedimento che mancano del tutto nell' art. 230 bis c.c.; quindi operano le disposizioni relative alla notificazione della proposta di alienazione e al termine (di due mesi dall' ultima notificazione) entro cui la prelazione deve essere esercitata; può poi traslarsi anche la particolare prescrizione sul

¹⁴¹ COLUSSI, voce *Impresa familiare*, cit., 184.

¹⁴² Tale posizione è stata da tempo affermata in giurisprudenza Trib. Roma 1 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3559,

retrato successorio sicché la prelazione ha in tal caso carattere reale atteso che l'art. 732 c.c. consente il retratto finché dura lo stato di comunione ereditaria.

D'altra parte il richiamo dell'art. 732c.c. sta anche a significare che con la prelazione dell'art. 230-bis c.c. concorre anche l'ordinaria (e generale) prelazione del coerede. Per il necessario coordinamento tra le due prelazioni occorre distinguere. Se l'oggetto della comunione ereditaria è costituito unicamente dall'impresa familiare del *de cuius*, prevale, per il criterio della specialità, la regola dettata dall'art. 230 bis c.c.: solo il coerede che sia anche familiare-prestatore può esercitare la prelazione; ma in seconda battuta opera la prelazione *tout court*.

Viceversa, se la comunione ereditaria ha ad oggetto l'intera massa ereditaria, allora opera prima la prelazione ordinaria ex art. 732 c.c. in favore del coerede *tout court*, il quale in tal caso, se rileva tutte le altre quote, può ritrovarsi nella titolarità individuale dell'impresa (già) familiare; in mancanza dell'esercizio di tale prelazione è possibile che il coerede che sia anche familiare-prestatore eserciti la prelazione in relazione al più limitato oggetto costituito dall'azienda familiare¹⁴³.

Quindi, mentre nel caso del trasferimento d'azienda l'esercizio della prelazione assicura sempre che la prosecuzione dell'impresa familiare avvenga a mezzo di un familiare che già partecipava alla stessa, nel caso di successione *mortis causa* è possibile che attraverso l'esercizio della prelazione ordinaria l'azienda familiare sia assicurata ad un terzo estraneo; in tal caso, proseguendo di fatto la prestazione di lavoro (avente in precedenza carattere di lavoro familiare), il rapporto

¹⁴³ CORTI, *Il sistema delle prelazioni in materia di impresa familiare, famiglia coltivatrice e comunione ereditaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, I, 350.

d'impresa familiare (non più possibile in mancanza del prescritto vincolo di coniugio, parentela o affinità) permuta in un altro rapporto tipico (di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o di società)¹⁴⁴.

Infine il richiamo all' art.732 c.c. non vale anche a renderne applicabile il secondo comma alla stessa prelazione ex art. 230 bis c.c.; sicché, ove più coerede familiari-prestatori esercitino il diritto di prelazione, la quota dell' azienda familiare è assegnata (non già a tutti in parti eguali, ma) a quello che per primo ha completato la comunicazione del suo atto agli altri coerede. Invece, se opera la prelazione ordinaria (si applica il secondo comma dell' art.732 c.c. e quindi tutti i coeredi che hanno esercitato la prelazione diventano assegnatari *pro quota*. In entrambi i casi è possibile che rimanga una situazione di comunione, talché (salva la divisione giudiziale) all'impresa individuale subentra un'impresa collettiva esercitata in forma associata dai coeredi, se tutti poi svolgono (in società) l'attività economica organizzata; fattispecie questa che -per quanto sopra rilevato - non è ostativa alla configurabilità di un rapporto di impresa familiare con altri familiari-prestatori.

2.1.5 Rinunce e transazioni

Alle rinunce e alle transazioni che hanno ad oggetto diritti del familiare-prestatore si applica la disciplina limitativa posta dall'art. 2113 c.c.. Quindi sono in generale invalide le rinunce del familiare-prestatore e le transazioni dal medesimo stipulate con il familiare-imprenditore – salvo che non siano state poste in essere in sede di

¹⁴⁴ In proposito si rimanda a FURGIUELE, *Contributo allo studio delle prelazioni legali*, Milano, 1984, 23.

conciliazione giudiziale (art. 184 c.p.c.) ovvero innanzi all'Ispettorato del lavoro (art. 410 c.p.c.) o (eventualmente) in sede sindacale (art. 411 c.p.c.) – e – dispone il secondo comma dell'art. 2113 c.c. – l'impugnazione (anche stragiudiziale) deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di impresa familiare ovvero dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.

Quanto poi alla prescrizione sembra che possa farsi riferimento a quella quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c., prevista per tutto ciò che debba pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi, potendo riscontrarsi tale requisito della (tendenziale) periodicità nel caso del credito del prestatore familiare agli utili e agli incrementi, oltre che del credito al mantenimento¹⁴⁵.

Non opera invece la sospensione del decorso della prescrizione nel corso del rapporto, atteso che essa consegue ad una pronuncia di incostituzionalità riguardante esclusivamente i crediti retributivi dei lavoratori subordinati; si applica però la sospensione ordinaria prevista dall'art. 2941 c.c. in ragione dei rapporti (quale quello di coniugio) esistenti tra creditore e debitore¹⁴⁶.

2.2 Il fallimento dell'impresa familiare

Con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il legislatore italiano ha portato a compimento la riforma delle procedure concorsuali.

Com'è noto, il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo

¹⁴⁵ SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella famiglia e nell'impresa familiare* cit., 1119

¹⁴⁶ *Ibidem*.

economico, sociale e territoriale, aveva introdotto all'art. 2 alcune modifiche che intervenivano sulla disciplina della revocatoria, sul concordato preventivo ed introducevano nell'ordinamento italiani gli accordi di ristrutturazione dei debiti, previsti dall'art. 182 *bis*, inserito nella legge fallimentare¹⁴⁷.

Con la successiva legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80, alle norme previste dal decreto legge, che avevano subito poche modifiche, si era aggiunta la delega al Governo ad emanare, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi recanti “*la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*”.

Con il anzidetto decreto legislativo la delega ha avuto completa attuazione. Va osservato che il legislatore, come già aveva fatto con il decreto legge n. 35/2005, è ricorso alla tecnica della novellazione, rivedendo in varie parti il testo della legge fallimentare del 1942, il cui impianto riesce profondamente, ma non totalmente modificato.

Nonostante la legge delega facesse riferimento alla riforma delle procedure concorsuali in genere, quasi tutti i punti indicati dalla legge delega ed ora oggetto degli interventi attuati con il decreto legislativo si riferiscono al solo fallimento, vale a dire alla procedura liquidatoria, limitandosi, tra l'altro, alla soppressione della procedura di amministrazione controllata.

Il legislatore non ha ritenuto di intervenire sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria, neppure per coordinarne i principi con quelli sanciti per le altre procedure concorsuali ed ha sostanzialmente limitato gli interventi sul concordato preventivo alle

¹⁴⁷ AMBROSINI, CAVALLI, JORJA, *Il fallimento*, Milano, 2009, 7.

norme contenute nel decreto legge n. 35/2005, convertite senza sostanziali modificazioni¹⁴⁸.

L'intento del legislatore è stato quello di allineare la normativa interna con quella degli altri Stati dell'Unione europea, per introdurre una nuova disciplina concorsuale per la disciplina dell'insolvenza, atta a semplificare le precedenti procedure esistenti, e tendente, al contempo, sia alla conservazione dell'impresa che alla tutela dei creditori.

Gli interventi sulla legge di diritto fallimentare sono volti sostanzialmente, da un lato a garantire, nel limite del possibile, la conservazione dell'impresa come complesso produttivo, dall'altro ad evitare penalizzazioni inutili del soggetto imprenditore, che in qualche modo si vede coinvolto nella procedura fallimentare¹⁴⁹.

Ulteriori modifiche alla legge fallimentare sono state apportate recentemente D.Lgs. 12 Settembre 2007, n. 169.

Una novità di rilievo la si rinviene nella previsione espressa (“*gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva*”) che anche le società commerciali, al ricorrere di determinate condizioni, possono essere qualificate come “piccolo imprenditore” e, come tali, possono essere esonerate dal fallimento.

Questa è una novità di assoluto rilievo, in quanto l'art. 1 della precedente legislazione, nell'ultimo capoverso, affermava che in nessun caso erano considerati piccoli imprenditori le società

¹⁴⁸ AMBROSINI, CAVALLI, JORJA, *Il fallimento*, cit., 7.

¹⁴⁹ Il D. Lgs. n. 5/2006, contenente la riforma organica della disciplina del fallimento è stato pubblicato nel Supplemento Ordinario n. 13 alla Gazzetta Ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2006 ed è entrato in vigore, come stabilito all'art. 153, sei mesi dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, precisamente, il 16 luglio 2006, fatta eccezione per alcune disposizioni che riguardano delle delimitazioni alla libertà del fallito (articoli 45, 46, 47, 151 e 152), le quali sono entrate immediatamente in vigore il 16 gennaio 2006.

commerciali. In altri termini, una società era esclusa dal novero dei piccoli imprenditori e quindi necessariamente era assoggettabile a fallimento. La nuova norma ha eliminato il riferimento alle società commerciali. Di conseguenza, anche una società commerciale che rientri nei parametri indicati in precedenza è sottratta al fallimento.

Merita sottolineare che le innovazioni di maggior rilievo riguardano principalmente la fisionomia del concordato preventivo e degli accordi diretti a superare le crisi (art. 182 bis)¹⁵⁰.

A tal fine, è attribuita al debitore la facoltà di depositare un accordo di ristrutturazione dei debiti, stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese, in modo che sia i creditori che ogni altro interessato siano in grado di proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione stessa. Il tribunale, una volta decise le opposizioni, procede all'omologazione con decreto motivato. L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese.

In un contesto economico come quello del nostro paese composto da micro e mini imprese molte delle quali di tipo familiare e coniugale, laddove i presupposti soggettivi superino la soglia della procedura di fallimento, è possibile per l'impresa ricorrere all'art. 182 bis proprio al fine di risanare l'azienda in crisi¹⁵¹.

¹⁵⁰ AMBROSINI, CAVALLI, JORJA, *Il fallimento*, Milano, 2009, 7.

¹⁵¹ AMBROSINI, CAVALLI, JORJA, *Il fallimento*, cit., 9. ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, Milano, 2008, 338-353.

Venendo all'impresa familiare si è visto che è una particolare forma dell'impresa individuale. In particolare, l'impresa familiare è una forma particolare di impresa che non ha rilevanza giuridica ai fini degli adempimenti al Registro Imprese, se non nella forma giuridica dell'impresa individuale.

Gli adempimenti costitutivi dell'impresa familiare sono:

- costituzione con scrittura privata autenticata o con atto pubblico redatto dal notaio;
- denuncia all'Ufficio Unico delle Entrate entro 30 giorni dall'inizio dell'attività.

I componenti della famiglia prestano, come soci d'opera, la propria attività lavorativa. L'impresa familiare, pur vedendo la partecipazione di più soggetti oltre al titolare, è assoggettata quindi agli adempimenti giuridici dell'impresa individuale.

Una forma particolare di impresa familiare è l'impresa coniugale: viene costituita dopo il matrimonio ed è gestita comunemente da entrambi i coniugi.

Nulla si esclude, infatti, che fra i componenti della famiglia possono intercorrere rapporti di natura societarie ed è frequente, anzi, il riconoscimento e la conseguente dichiarazione di fallimento di società di fatto costituite tra coniugi o tra soggetti legati da rapporti parentali¹⁵².

L'impresa coniugale rappresenta l'unica forma d'impresa collettiva per la quale non è necessaria nessuna formalità in sede di costituzione. Le uniche condizioni per la costituzione di un'azienda coniugale sono:

- la sua costituzione deve avvenire dopo il matrimonio;

¹⁵² Cass. 24 marzo 2000, n. 3520 in *Fallimento*, 2001, 281.

- i coniugi devono essere in regime legale di comunione (caratteristica non rilevante in caso d'impresa familiare);
- i coniugi gestiscono entrambi l'impresa senza alcuna posizione di subordinazione¹⁵³.

In tale ordine di idee, si reputa che in caso di insolvenza le aziende costituite fra coniugi dopo il matrimonio e gestite da entrambi secondo la previsione dell'art. 177 lett. d) c.c. siano applicabili le norme del fallimento dettate dalle società¹⁵⁴. E la medesima soluzione viene estesa da una parte della dottrina anche alle aziende di proprietà esclusiva preesistenti all'instaurazione del vincolo coniugale (art. 177, comma 2) se, dopo le nozze, si attui, ciononostante, una gestione comune dell'impresa¹⁵⁵.

I creditori dell'impresa possono, quindi, rivalersi su tutti i beni della comunione, anche se estranei all'azienda. Possono, inoltre, soddisfare le loro ragioni creditorie sul patrimonio personale di ciascun coniuge, nel caso in cui i beni della comunione non siano sufficienti a coprire il debito. Il coniuge partecipa agli utili fino ad un importo massimo del 49%.

Diversa è tuttavia la situazione dell'impresa familiare disciplinata dall'art. 230 bis c.c. poiché in essa la dottrina e la giurisprudenza più

¹⁵³ BECCARA G., *I confini tra l'impresa coniugale e l'impresa familiare*. Corte d'Appello di Milano, 10 maggio 2006 in *Famiglia e diritto*, 2008, fasc. 4, pp. 363-371.

¹⁵⁴ APICE, *Tutela della famiglia e dichiarazione di fallimento*, 1999. I, 876 ss., LO FIEGO, *Il fondo patrimoniale, l'azienda coniugale e l'azienda familiare*, in *Fallimento*, 1986, 827: La semplice comunione d'azienda non è sufficiente ad integrare una società fra coniugi dove la gestione sia svolta da uno di loro Trib. Roma, 16 settembre 1999, in *Fallimento* 2000, 343.

¹⁵⁵ APICE, *Tutela*, cit., 880 ss.

recenti tendono ad escludere i connotati di una struttura di tipo associativo¹⁵⁶.

In conformità agli intenti di tutela del lavoro familiare perseguiti dal legislatore con la creazione di questa particolare figura, si reputa che l'attività prestata nell'ambito della famiglia o dell'azione della famiglia non valga ad alterare il carattere individuale dell'impresa nei confronti dei terzi, dando origine ad un particolare regolamento dei rapporti che rileva ai soli fini interni. Ne consegue che gli atti di gestione, al pari del rischio di impresa, restano giuridicamente imputabili ad un'unica persona fisica il titolare/imprenditore, che nello svolgimento dell'attività può avvalersi dell'ausilio dei collaboratori e dipendenti. Quindi soltanto il capo famiglia imprenditore può essere assoggettato al fallimento¹⁵⁷.

In particolare, merita notare che tuttavia che il socio (minoritario) dell'impresa familiare ha un doppio ruolo: è assimilabile ai lavoratori per quanto riguarda le condotte finalizzate alla sicurezza della sua persona; ma diviene assimilabile al socio di una società commerciale di persone quando si discute di titolarità degli obblighi tipici del datore di lavoro in tema di sicurezza dei dipendenti dell'impresa¹⁵⁸.

Imprenditore è colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata per produrre o scambiare beni o servizi. Esercitare un'attività economica significa operare per il mercato con

¹⁵⁶ COTTINO, *Diritto commerciale*, Milano, 2007, 147 ss., COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, 67; COLUSSI, *Impresa e famiglia*, Padova, 1985, 56. In giurisprudenza dopo qualche incertezza: Cass. 18 gennaio 2005, n. 574 in *Giust. Civ.*, 2005. I. 1811; Cass. 19 ottobre 1995, n. 10893, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 739; Cass. 1 aprile 1992, n. 4030 in *Fallimento*, 1992, 2339.

¹⁵⁷ Cass. 27 giugno 1990, n. 6559 in *Fallimento*, 1991, 39.

¹⁵⁸ CODEBO' R., *Il doppio ruolo dei prossimi congiunti nell'impresa familiare*, in *ISL: igiene e sicurezza del lavoro*, 2010, fasc. 11, pagg. 595-597.

l'obiettivo di remunerare il proprio lavoro. Il carattere della professionalità implica che l'attività debba essere svolta abitualmente o periodicamente, non occasionalmente e saltuariamente; mentre il requisito dell'organizzazione identifica la gestione la gestione e il coordinamento dei beni e delle risorse.

Si ha, quindi una ditta individuale nel caso in cui una persona fisica intraprende un'attività economica volta alla produzione e/o allo scambio di beni o servizi, organizza e coordina a tale fine i fattori produttivi necessari (essenzialmente, capitale e lavoro), assumendo personalmente il rischio di tale attività.

L'imprenditore assume la responsabilità ed i rischi connessi alla gestione dell'attività economica, rispondendone con il proprio patrimonio personale; è quindi l'unico responsabile dell'attività ed è esposto al rischio d'impresa. Infatti, egli risponde delle obbligazioni assunte in nome della ditta con tutto il proprio patrimonio presente e futuro (responsabilità illimitata).

La ditta individuale può configurarsi anche come impresa familiare o azienda coniugale. L'impresa familiare è caratterizzata dal fatto che, oltre al titolare, vi partecipano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. I partecipanti all'impresa familiare hanno diritto agli utili, ad una quota dei beni acquistati con gli utili e ad una quota sugli incrementi dell'azienda¹⁵⁹.

Il titolare dell'impresa, pur avvalendosi dei familiari, rimane, però, in generale, l'unico responsabile dell'attività: solo egli potrà essere soggetto ad eventuali procedure fallimentari.

La normativa fiscale prevede che l'impresa familiare debba costituirsi per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

¹⁵⁹ AMBROSINI, CAVALLI, JORJA, *Il fallimento*, cit., 120 ss.

E' pacifico a questo punto che quando si parla di fallimento dell'impresa familiare occorre rifarsi alla procedura relativa alla l'impresa individuale¹⁶⁰.

L'imprenditore individuale è soggetto a fallimento, salvo che non sia qualificabile come piccolo imprenditore, che l'art. 2083 c.c. individua in: *"i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia"*.

Tale norma tuttavia è stata oggetto di interesse della giurisprudenza che ha recentemente affermato che: *"l'art. 1 l.f., nel non consentire la sottoposizione alle disposizioni sul fallimento degli imprenditori agricoli (e dei soggetti equiparati), consentendola ai soli imprenditori commerciali, si pone in contrasto con l'art. 3 della Costituzione e, più precisamente, con quel criterio ermeneutico normalmente utilizzato dalla Corte Costituzionale, riassumibile nel principio di ragionevolezza, per cui un diverso trattamento deve trovare una reale "ragione" giustificatrice, imponendo l'eguaglianza formale - di cui al comma primo dell'art. 3 Cost. - di trattare in modo uguale le situazioni ragionevolmente eguali e in modo diverso le situazioni realmente - e non solo apparentemente - diverse (cd. divieto di parificazioni e distinzioni irragionevoli). La scelta legislativa di (continuare ad) escludere dal novero dell'area della fallibilità l'impresa ovvero l'imprenditore avente come oggetto l'attività agricola non è più razionale, ponendosi, pertanto, in conflitto costituzionale¹⁶¹.*

¹⁶⁰ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 322 ss.

¹⁶¹ Trib. di Torre Annunziata, sezione civile, 20 gennaio 2011 in *DeJure* 2011.

Merita ricordare in questa sede 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 l'anno successivo.

In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine di un anno¹⁶².

Notevoli problemi vi sono sempre stati, tuttavia, già in pendenza della precedente disciplina fallimentare in ordine alla fallibilità delle imprese che hanno cessato l'attività, per le incertezze interpretative rispetto alla previsione normativa esplicitamente riferita alle sole imprese individuali.

Il nuovo art. 10 della legge fallimentare¹⁶³, 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 l'anno successivo¹⁶⁴.

Al secondo comma è poi precisato che in caso d'impresa individuale o di cancellazione d'ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la

¹⁶² Recependo il suggerimento della sentenza della Corte cost. del 21 luglio 2000, n. 219 in *DeJure*, 2011, e della successiva ordinanza del 7 novembre 2001, n. 136 in *Dir. fall.*, 2001, II, 1361.

¹⁶³ Questo articolo è stato così sostituito dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

¹⁶⁴ L'art. 10, Fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa. recita testualmente 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 l'anno successivo. In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma.

facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma¹⁶⁵.

Tale norma adegua la fattispecie in commento ai principi contenuti nella pronuncia della Consulta 21 luglio 2000, n. 319, che ha dichiarato l'incostituzionalità della vecchia norma nella parte in cui non prevedeva che le società non potessero più essere dichiarate fallite decorso un anno dalla cancellazione del registro delle imprese. Vengono in tal modo equiparate le situazioni degli imprenditori individuali e collettivi nella determinazione del termine annuale per dichiarazione di fallimento: termine che, in entrambi i casi, decorre dalla cancellazione dal registro delle imprese.

Per quanto riguarda invece le società di fatto o c.d. irregolari appare preferibile non dettare una specifica disposizione, sicché esse continuano ad essere assoggettate a fallimento senza alcun limite temporale. La loro equiparazione all'imprenditore individuale, per il quale il termine inizia a decorrere dalla cessazione di fatto dell'attività, finirebbe per avvantaggiare le società non iscritte rispetto a quelle iscritte nel registro delle imprese, per le quali il termine comincia a decorrere solo dalla cancellazione, adempimento conclusivo della liquidazione¹⁶⁶.

D'altra parte, la mancata iscrizione nel registro delle imprese dipende da una scelta dei soci, per cui l'impossibilità di usufruire del termine annuale dipende dalla loro volontà. La legge, infine, non può non sanzionare la violazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro.

¹⁶⁵ Questo comma è stato così modificato dal D.Lgs. 12 Settembre 2007, n. 169.

¹⁶⁶ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss.

Altro è il problema di stabilire quando ci si trovi di fronte ad un'impresa familiare, piuttosto che non ad una società più o meno abilmente travestita; nel senso che l'impresa familiare sarebbe un istituto di tipo residuale, configurabile solamente quando non ricorrano i tratti fisionomici propri di altra specie e quando non sia stato creato all'esterno l'affidamento di trovarsi di fronte ad una vera e propria società¹⁶⁷.

Merita segnalare a questo proposito una recente sentenza della Corte di Cassazione dove, in tema di estensione del fallimento ad altri componenti dell'impresa, ha affermato: *Ai fini dell'estensione del fallimento del titolare dell'impresa familiare agli altri componenti della stessa è necessario il positivo accertamento dell'effettiva costituzione di una società di fatto, attraverso l'esame del comportamento assunto dai familiari nelle relazioni esterne all'impresa, al fine di valutare se vi sia stata la spendita del "nomen" della società o quanto meno l'esteriorizzazione del vincolo sociale, l'assunzione delle obbligazioni sociali ovvero un complessivo atteggiarsi idoneo ad ingenerare nei terzi un incolpevole affidamento in ordine all'esistenza di un vincolo societario, mentre non assume rilievo univoco né la qualificazione dei familiari come collaboratori dell'impresa familiare, né l'eventuale condivisione degli utili, trattandosi d'indicatori equivoci rispetto agli elementi indefettibili*

¹⁶⁷ Cass. 24 marzo 2000, n. 3520 in *Fallimento*, 2001, 281, Trib. Torino, 25 marzo 1991, in *Fallimento*, 1991, 1193. AMBROSINI, CAVALLI, JORJA, *Il fallimento*, cit., 110 ss.

*della figura societaria costituiti dal fondo comune e dalla "affectio societatis"*¹⁶⁸

2.2.1 I presupposti dell'inquadramento del capo famiglia nel concetto di piccolo imprenditore

Per poter adeguatamente comprendere le significative innovazioni introdotte dal D.Lgs. n.5/06 in tema di "*piccolo imprenditore*" occorre riassumere, sia pur brevemente, il dettato normativo *ante* riforma e le espressioni dottrinarie e giurisprudenziali che sulla base dello stesso si sono formate.

L'articolo 1 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n.267, esclude espressamente dal novero di coloro che sono soggetti alle disposizioni sul fallimento i "*piccoli imprenditori*"; è bene, quindi, definire quale sia, agli effetti della legge fallimentare, l'estensione della nozione di "*piccolo imprenditore*".

A seguito dell'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità del 2° comma dell'articolo 1 L.F. contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 570 del 22 dicembre 1989¹⁶⁹, che istituiva un parametro "*quantitativo*" volto ad distinguere il "*piccolo*" dal "*medio-grande*" operatore economico, la giurisprudenza ha affermato che per

¹⁶⁸ Cass. sez. I civ. 16 giugno 2010, n. 14580 in TRENTINI C., *Impresa familiare e fallimento dei partecipanti*, (Nota a Cass. sez. I civ. 16 giugno 2010, n. 14580) in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010, fasc. 10, pagg. 1147-1148

¹⁶⁹ in *Dir. Fall.*, 1990, II, 91.

definire la figura del “*piccolo imprenditore*” è necessario ricorrere alle ordinarie norme civilistiche¹⁷⁰.

Pertanto, la qualità di piccolo imprenditore, in conformità col disposto dell’articolo 2083 cod. civ., deve essere accertata in relazione al genere di attività svolta, all’organizzazione dell’impresa ed alla prevalenza del lavoro proprio e dei componenti il nucleo familiare rispetto agli altri elementi valutati.

La categoria dei “*piccoli imprenditori*” non soggetta all’applicazione delle norme contenute nella legge fallimentare appare, pertanto, essere composta esclusivamente da: a) i coltivatori diretti del fondo; b) gli artigiani; c) i piccoli commercianti; d) coloro che esercitano un’attività professionale prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia.

L’art.1, 2° comma, della Legge Fallimentare, nella sua formulazione vigente sino al 15 luglio 2006 esclude che possano essere definiti “*piccoli imprenditori*” le società commerciali.

Le categorie dei “*piccoli commercianti*” e degli “*artigiani*” sono quelle in relazione alle quali si è riscontrato il più vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale, le cui conclusioni si sono, ancorché non completamente, consolidate nel corso degli anni.

Per quanto riguarda il piccolo commerciante sul punto, una giurisprudenza molto attenta ha osservato che per la individuazione del piccolo imprenditore commerciale il giudice non deve fare ricorso ad un criterio quantitativamente rigido sostitutivo e dimensionalmente più adeguato a quello soppresso dalla Corte Costituzionale con la

¹⁷⁰ in tal senso Trib. Firenze, 31 luglio 1990, in *Dir. Fall.*, 1990, II, 1477; nonché Trib. Milano, 21 gennaio 1991, in *Fall.*, 1991, 747; nonché App. Firenze, 29 gennaio 1992, in *Nuovo Dir.*, 1992, 435

sentenza n.570/89, ma deve porre l'accento sul grado di allarme sociale che l'insolvenza può determinare nel mondo economico e tener conto dell'ammontare del capitale investito, della struttura organizzativa dell'impresa e della rilevanza assunta dall'entità del volume d'affari e dei debiti accumulati¹⁷¹.

La giurisprudenza è, quindi, giunta ad affermare che *“a seguito dell'intervento della corte cost. di cui alla sentenza 22 dicembre 1989 n. 570, ai fini dell'individuazione della categoria dei piccoli imprenditori, a mente dell'art. 11. f. non soggetta alle disposizioni sul fallimento, il criterio ermeneutico fondamentale è rappresentato dalla nozione fornita dall'art. 2083 c.c., secondo la quale sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della loro famiglia”*¹⁷².

Si ricorda infatti, *la qualità di piccolo commerciante, come tale non assoggettabile a fallimento, può essere desunta dalla modesta organizzazione d'impresa, dalla rilevanza del capitale impiegato, dal contenuto volume degli affari e dagli importi dei debiti, qualora questi ultimino siano sproporzionati rispetto alla modesta entità dell'impresa”*¹⁷³.

¹⁷¹ così Trib. Milano, 29 aprile 1993, in *Fall.*, 1993, 1268, con nota di RIELLO; nonché App. Lecce, 27 settembre 1990, Soc. China trading corp. — Florart Sagace, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 851, con nota di ROSS; nonché Trib. Roma, 26 marzo 1992, De Dominicis — Fall. soc. ditta sanitaria California, in *Giur. merito*, 1993, 636, con nota di MUZZIOLI, nonché in *Dir. Fall.*, 1993, II, 207, con nota di MUZZIOLI.

¹⁷² App. Firenze, 29 gennaio 1992, Cassa risp. Pistoia e Pescia — Soc. ditta Ignis System, in *Nuovo Dir.*, 1992, 435, con nota di MELIADO'

¹⁷³ Trib. Belluno, 1 ottobre 1991, Inps — Di Bona, in *Fall.*, 1992, 824, con nota di MASSARO

Tali elaborazioni della giurisprudenza di “*merito*” hanno trovato pieno accoglimento in sede di legittimità¹⁷⁴.

Nel corso del tempo, pertanto, la giurisprudenza ha elaborato un criterio distintivo di tipo “*qualitativo*” tra il “*piccolo*” imprenditore commerciale e l’imprenditore *tout court* (medio o grande che sia), caratterizzato dalla ponderazione degli elementi che caratterizzano il soggetto esaminato, sia in termini di impegno personale nell’attività esercitata (con particolare riferimento alla prevalenza dell’elemento “*lavorativo*” rispetto all’investimento in capitale) sia in relazione alla esteriorizzazione dell’attività ed all’eventuale allarme sociale che potrebbe derivare dalla crisi dell’operatore economico.

Tale criterio qualitativo pur essendo maggiormente flessibile rispetto al criterio “*quantitativo*” originariamente posto dall’art.1, 2° comma, della Legge Fallimentare (dichiarato costituzionalmente illegittimo in quanto totalmente avulso dal mutato scenario economico-sociale sviluppatosi a partire dal periodo *postbellico*), si è, tuttavia, prestato ad interpretazioni ed applicazioni difformi tra i vari Tribunali Fallimentari dislocati nel territorio nazionale, in quanto i giudici di merito hanno, talvolta, valutato in modo completamente diverso situazioni analoghe; ciò ha reso sostanzialmente aleatori ed indefiniti i “*confini*” della categoria dei “*piccoli commercianti*”, con conseguente incertezza delle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti la cui “*fallibilità*” non appare con evidenza esclusa e di coloro che intrattengono con loro rapporti economici.

¹⁷⁴ Cass., 22 dicembre 1994, n.11039, in *Fall.*, 1995, 649; conforme Cass., 28 marzo 2000, n.3690, in *Dir. e Pratica delle Società*, 28 agosto 2000, n.14/15, 101. Per quanto riguarda il criterio della prevalenza del “*lavoro proprio*” rispetto al “*capitale investito*” si veda Trib. Benevento, 18 giugno 1992, Ragozzino — Cusano, in *Dir. Fall.*, 1994, II, 150, con nota di DI GRAVIO.

Tali “*incertezze*” rendevano, pertanto, necessario un intervento normativo che potesse contribuire ad evidenziare in modo più chiaro e netto una linea di demarcazione tra “*piccoli*” e “*medio-grandi*” operatori commerciali; siffatta esigenza è stata tenuta in adeguata considerazione dal legislatore della riforma, ancorché lo stesso, nel predisporre il testo del decreto delegato risulta essere incorso in molteplici errori tecnico-definitori (di ciò tratteremo ne prosiegua).

Altra categoria che rientra, ai sensi dell’art.2083 c.c., nel novero dei “*piccoli imprenditori*” è quella degli artigiani, anch’essa oggetto di un approfondito dibattito dottrinario e giurisprudenziale¹⁷⁵

Gli aspetti maggiormente problematici che hanno animato tale dibattito discendono dall’esistenza, oltre alla suddetta disposizione codicistica, di una normativa contenuta nella legislazione speciale che definisce, anche se con un particolare ambito di applicazione, la figura dell’artigiano.

La diversità di contenuti delle due discipline ha creato dubbi circa la prevalenza dell’una o dell’altra, ai fini della scelta dei criteri qualificatori dell’impresa artigiana quale soggetto escluso dall’ambito di applicazione della Legge Fallimentare.

Se, infatti, ai sensi dell’art. 2083 c.c. può essere considerato piccolo imprenditore “*artigiano*” il soggetto che rientra nei canoni “*qualitativi*” enucleati dalla giurisprudenza con riferimento alla categoria del piccolo “*commerciante*”, ai fini della legislazione

¹⁷⁵ LO CANE P., *La figura del piccolo imprenditore nella riforma del diritto fallimentare*, in *Diritto civile e commerciale*, 11 novembre 2006,

speciale può rivestire tale *status* anche un operatore economico che non rientra in tali parametri¹⁷⁶.

Il criterio seguito dalla normativa speciale nel definire i confini dell'impresa artigiana si incentra sulla tipologia di attività svolta dall'operatore economico e riconosce ampia rilevanza ad un parametro “*quantitativo*” incentrato sul numero del personale impiegato e su altri elementi estrinseci; le imprese rientranti nella tipologia prevista dalla normativa speciale sono, pertanto, legittimate ad iscriversi nell'albo delle imprese artigiane tenuto dalla C.C.I.A.A..

La giurisprudenza fallimentaristica non ha, tuttavia, riconosciuto all'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane la valenza certificativa dell'omonimo *status*, in quanto le corti territoriali con l'avallo della Cassazione¹⁷⁷, si sono costantemente riservate la facoltà di valutare la sussistenza, in concreto, dei requisiti qualitativi di “*prevalenza del lavoro*” rispetto al “*capitale investito*”, ritenuti essenziali ai fini del riconoscimento, anche all'artigiano, dello *status* di “*piccolo imprenditore*” ai sensi della Legge Fallimentare¹⁷⁸.

Il problema del coordinamento tra i diversi testi normativi si è posto, inoltre, con riferimento al contenuto dell'art.1, 2° comma, della Legge Fallimentare, che esclude che possano essere considerati “*piccoli imprenditori*” le società commerciali, mentre la legislazione

¹⁷⁶ Cass. sez. I, 10 dicembre 2010, n. 24995 in *DeJure* 2011. Nella fattispecie, la Corte ha cassato la pronuncia di secondo grado che aveva ritenuto sussistente la qualità d'impresa commerciale e la conseguente fallibilità di un'azienda agricola sulla base della dimensione dell'impresa, della complessità dell'organizzazione, della consistenza degli investimenti e dell'ampiezza del volume d'affari.

¹⁷⁷ Cass., 29 agosto 2003, n.12702; Cass., 21 dicembre 2002, n.18235; Cass., 28 marzo 2001, n.4555; Cass., 22 settembre 2000, n.12548; Cass., 29 maggio 2000, n.7065 in *DeJure* 2011.

¹⁷⁸ in tal senso Cass., 22 ottobre 2004, n.20640; Cass., 28 marzo 2001, n.4455; Cass., 22 dicembre 2000, n.16157 in *DeJure* 2011.

speciale riconosce lo *status* di artigiano non solo agli imprenditori individuali ma anche a coloro che esercitano l'impresa in forma "collettiva"¹⁷⁹.

I punti salienti della problematica risultano essere i seguenti:

1. la Legge Fallimentare esclude il fallimento del "piccolo imprenditore" ma non ne definisce i tratti caratterizzanti, con conseguente necessità di individuare nella legislazione codicistica, ed in particolare nell'art.2083 c.c., i criteri definitivi;
2. l'art.2083 c.c. definisce la figura del "piccolo imprenditore" in relazione al criterio della "prevalenza del lavoro" rispetto al "capitale investito" e stabilisce che gli artigiani debbano essere considerati tali;
3. la Legge Fallimentare esclude che possano essere considerati "piccoli imprenditori" le società commerciali¹⁸⁰;
4. la legislazione speciale riconosce lo *status* di artigiano non solo alle ditte individuali, bensì anche alle forme di esercizio "collettivo" dell'attività di impresa.

¹⁷⁹ La legislazione "speciale" cui si fa riferimento era, precedentemente, la legge 25 luglio 1956, n. 860, successivamente sostituita dalla legge-quadro per l'artigianato 8 agosto 1985, n.443, il cui articolo 3 riconosce la qualifica di impresa artigiana anche alle società, escluse le S.P.A. e le S.A.P.A., in cui la maggioranza dei soci (o uno di essi, in caso di due soli soci) svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e sempre che nell'impresa l'elemento lavoro sia preminente rispetto al capitale.

¹⁸⁰ Una giurisprudenza di merito recente (Tribunale di Milano, 21 marzo 2003, Pres. Grossi, Est. Galioto, Il Meridione s.a.s. c. fall. Il Meridione s.a.s.), in controtendenza rispetto agli orientamenti prevalenti, traendo spunto dal contrasto normativo inerente le società artigiane, è giunta ad affermare che le piccole società commerciali in assenza di valide ragioni che possano giustificare una disparità di trattamento rispetto alle società artigiane non sono assoggettabili al fallimento.

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha tentato di risolvere il contrasto esistente tra le diverse disposizioni normative, riconoscendo che lo *status* di “*piccolo imprenditore*” può essere attribuito alle imprese “*collettive*” artigiane costituite in forma di società di persone semplice o in nome collettivo, in quanto tali figure possono essere assimilate all’artigiano-imprenditore individuale¹⁸¹.

Negli ultimi anni, tuttavia, gli *escamotages* interpretativi seguiti per escludere dal novero dei soggetti fallibili le imprese collettive artigiane sono apparsi sempre in maggior contrasto con il dettato normativo dell’art.1, 2° comma, della Legge Fallimentare; tale circostanza ha determinato molteplici questioni di costituzionalità della menzionata disposizione fallimentare, con conseguenti pronunce, per lo più “*interpretative di rigetto*”, della Corte Costituzionale.

La Consulta, investita della problematica, ha statuito che le società artigiane di i “*modeste*” dimensioni non sono soggette a fallimento¹⁸², in quanto le piccole società artigiane possono considerarsi “*piccoli imprenditori*”¹⁸³, a patto che le stesse non fossero costituite in forma di società a responsabilità limitata¹⁸⁴.

Nonostante gli autorevoli interventi della Corte Costituzionale, tuttavia, gli aspetti problematici inerenti al fallibilità delle società artigiane risultavano tutt’altro che risolti, in quanto non sussistevano, in concreto, parametri “*certi*” per stabilire il confine tra la “*piccola*” (non fallibile) e la “*medio-grande*” (fallibile) società artigiana; ciò determinava, innanzi alle Corti territoriali, una disparità di trattamento

¹⁸¹ Cass., 22 ottobre 2004, n.20640 in *DeJure* 2011.

¹⁸² corte Cost. 6 febbraio 1991, n.54 in *DeJure*, 2011.

¹⁸³ Corte Cost., 23 luglio 1991, n.368 in *DeJure* 2011.

¹⁸⁴ Corte Cost., 31 ottobre 1991, n.395 in *DeJure* 2011.

tra situazioni analoghe, dovuta ai differenti orientamenti prevalenti nei singoli fori fallimentari¹⁸⁵.

L'intervento innovativo posto dalla Riforma è intervenuto anche in relazione a tale problematica (anch'esso, tuttavia, appare caratterizzato dall'approssimazione tecnica che investe l'intero decreto delegato).

Infine merita accennare ad una recente sentenza di merito¹⁸⁶ dove si legge, in tema di limiti dimensionali dell'impresa fissati nell'art. 1 L.F.: *“Le norme sul presupposto soggettivo affermano due regole generali: la fallibilità delle medie e grandi imprese (con esclusione di quelle soggette alla sola liquidazione coatta amministrativa o alla procedura di amministrazione straordinaria) e la non fallibilità delle piccole imprese. Il secondo comma dell'art. 1 l. fall., rispetto alla prima regola introduce una deroga, rispetto alla seconda regola circoscrive ulteriormente la nozione di piccolo imprenditore non fallibile, escludendo dalla sfera di inoperatività della legge fallimentare quelle imprese che, pur lavorando in via esclusiva o principale con il lavoro proprio del titolare e dei familiari, abbiano tuttavia raggiunto determinati livelli di patrimonio, ricavi o indebitamento. Posta la regola generale di non fallibilità della piccola impresa, la delimitazione del suo ambito operata dalla legge speciale non può essere concepita, come per le medie imprese, alla stregua di fatto impeditivo (di natura meramente processuale, o sostanziale se si ritiene che la nuova disciplina fallimentare abbia attribuito al creditore un diritto soggettivo al fallimento del proprio debitore - imprenditore insolvente), che spetta al debitore dimostrare per*

¹⁸⁵ LO CANE P., *La figura del piccolo imprenditore nella riforma del diritto fallimentare*, cit., 8,

¹⁸⁶ Trib. di Salerno 7 aprile 2008, Pres. Chianese, est. Iannicelli in *DeJure*, 2011.

paralizzare l'azione del creditore. Al contrario, per le imprese non aventi le caratteristiche indicate dall'art. 2083 c.c., la regola generale di fallibilità impone al resistente, che contesti il superamento delle soglie, l'onere non solo di allegazione ma anche di prova del possesso in capo al resistente congiunto dei requisiti”.

2.2.2 I presupposti soggettivi della dichiarazione di fallimento

Dopo aver dato degli accenni generali al fine di inquadrare in che posizione si pone l'impresa familiare nelle procedure concorsuali, merita fornire maggiori dettagli sui presupposti soggettivi ed oggettivi della dichiarazione di fallimento a cui possono fare capo le imprese individuali e di conseguenza l'impresa familiare.

In riferimento agli articoli 2740 e 2741 c.c., secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, la procedura fallimentare si propone il compito primario di realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore con il rispetto della “*par condicio creditorum*”.

Affinché possa essere dichiarato il fallimento del creditore è necessario che ricorrano due presupposti: uno di carattere soggettivo, individuato nell'art. 1, e l'altro oggettivo, individuato nell'art. 5 della legge fallimentare¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Art. 5. Stato d'insolvenza. 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.

Il legislatore ha riformulato l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina del fallimento e del concordato preventivo, modificando l'articolo 1 del R.D. n. 267/1942.

La *ratio* dell'intervento legislativo è stata sostanzialmente quella di restringere e limitare il numero dei soggetti assoggettabili alle procedure concorsuali, non dal punto di vista qualitativo in quanto i soggetti rimangono i medesimi, ma dal punto di vista quantitativo, cioè intervenendo sul concetto di piccolo imprenditore, concetto che va a riguardare anche l'imprenditore individuale e di conseguenza quello dell'impresa familiare.

Come in precedenza, sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori.

Il legislatore delegato ha mantenuto il principio per cui il fallimento è limitato al solo imprenditore commerciale, escluso il piccolo imprenditore.

Il legislatore ha però rivisto, la nozione di piccolo imprenditore escluso dal fallimento. Sono noti i numerosi interventi interpretativi della giurisprudenza sulla nozione di "piccolo imprenditore", che vedeva nel vecchio sistema una duplice nozione espressa, da una parte, dall'art. 2083 c.c. e, dall'altra, dall'art. 1 della legge fallimentare del 1942.

Mentre l'art. 2083 c.c. faceva riferimento alla prevalenza del lavoro proprio del piccolo imprenditore e della famiglia, l'art. 1 legge fallimentare, forniva una nozione di carattere quantitativo escludendo dal fallimento coloro che avessero un reddito inferiore al minimo

imponibile ai fini dell'imposta di ricchezza mobile e un capitale investito inferiore alle 900.000 lire (464,81 euro)¹⁸⁸.

Si comprende che moltissime imprese familiari rientravano in questi parametri e quindi non erano soggette a fallimento.

Venuti meno questi due limiti a seguito della soppressione dell'imposta di ricchezza mobile e della perdita di valore della moneta che aveva reso irrisorio il limite delle 900.000 lire, come detto in precedenza, la giurisprudenza aveva applicato la nozione dettata dall'art. 2083 c.c. affermando il principio per cui era piccolo imprenditore colui che ricavava dall'impresa un guadagno modesto che non assumeva le caratteristiche del profitto, essendo comunque prevalente l'elemento lavoro sul capitale investito.

Come è noto, infatti, la Corte Costituzionale, con Sentenza n. 570 del 22 dicembre 1989¹⁸⁹, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'articolo 1 della legge fallimentare e, a seguito di questa pronuncia, l'individuazione del piccolo imprenditore è stata basata sul dettato dell'art. 2083 c.c.

La portata dell'art. 2083 è stata, nel corso degli anni, meglio precisata da una serie di interventi della dottrina e della giurisprudenza che hanno contribuito ad individuare la casistica dei soggetti rientranti nella categoria del piccolo imprenditore.

Alcuni parametri oggettivi e quantitativi di riferimento sono stati ravvisati nella valutazione dell'attività svolta, dell'organizzazione dei mezzi utilizzati, dell'entità dell'impresa, della prevalenza della manodopera sul capitale investito, ecc.

¹⁸⁸ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss.

¹⁸⁹ In *deJure* archivio 2011.

In altre parole, il venir meno dei parametri indicati nell'art. 1 della L.F., ha demandato ai magistrati la valutazione, caso per caso e a seconda della singola fattispecie, delle soglie limite ai fini dell'individuazione del piccolo imprenditore.

La riforma interviene ora sulla norma con importanti e sostanziali modifiche:

- individuando precisi parametri di riferimento per l'individuazione della figura dell'imprenditore non piccolo;
- uniformando la disciplina concorsuale sia per imprenditore commerciale e artigiano, da una parte, che per imprenditore commerciale e società commerciale dall'altra.

Il legislatore, nell'intento di superare la precedente situazione di incertezza, ha fornito così una nuova nozione quantitativa di piccolo imprenditore che prescinde dal criterio stabilito dall'art. 2083 c.c.

Pertanto secondo il nuovo testo dell'art. 1 L.F. *“non sono piccoli imprenditori” “gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva”* che, anche alternativamente:

- hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a 300.000 euro;
- hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a 200.000 euro.

L'imprenditore è quindi soggetto al fallimento anche se risulti superato uno solo dei due predetti limiti. Di conseguenza anche l'impresa familiare, rientrando nel novero dell'impresa individuale,

nel caso superi detti presupposti risulta soggetta a fallimento¹⁹⁰. La Suprema Corte ha tuttavia sottolineato che nel caso della mancanza del rispetto del presupposto soggettivo ai fini dell'esclusione dell'imprenditore dalle procedure concorsuali, spetta a quest'ultimo, in qualità di debitore, l'onere della prova: "Secondo il principio di c.d. prossimità della prova, è onere del debitore provare di essere esente dal fallimento; ciò non esclude, ai sensi dell'art. 15, 6° comma, 1 fall., la verifica d'ufficio dei requisiti da parte del tribunale fallimentare, il quale può assumere informazioni utili al completamento del bagaglio istruttorio"¹⁹¹.

Allo stesso tempo, il legislatore è intervenuto nella previsione espressa ("*gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva*") per cui anche le società commerciali, al ricorrere di determinate condizioni, possono essere qualificate come "piccolo imprenditore" e, come tali, possono essere esonerate dal fallimento.

Questa è una novità di assoluto rilievo, in quanto l'art. 1 della precedente legislazione, nell'ultimo capoverso, affermava che in nessun caso erano considerati piccoli imprenditori le società commerciali. In altri termini, una società era esclusa dal novero dei piccoli imprenditori e quindi necessariamente era assoggettabile a fallimento.

La nuova norma ha eliminato il riferimento alle società commerciali, pertanto, anche una società commerciale che rientri nei parametri indicati in precedenza è sottratta al fallimento.

¹⁹⁰ Tali limiti potranno essere aggiornati ogni tre anni, con decreto della Ministero della giustizia sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT. ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 211 ss.

¹⁹¹ Cass. Sez I, del 28 maggio 2010, n. 13086, in *DeJure* 2011. Trib. di Napoli, 21 aprile 2010 - Est. De Matteis in *DeJure* 2011; Corte d'Appello di Trieste, 31 marzo 2010, Ivi,

Restano esclusi dall'assoggettabilità alle procedure concorsuali gli imprenditori agricoli e gli enti pubblici che esercitano in via esclusiva o prevalente un'attività economica e tutti gli imprenditori che rimangono al di sotto delle soglie indicate dall'articolo 1 della legge fallimentare¹⁹².

2.2.3 I presupposti oggettivi

Secondo quanto stabilito dall'art. 5 del R.D. n. 267/1942, rimasto inalterato, l'imprenditore che può essere dichiarato fallito è quello che si trova in stato d'insolvenza.

Dunque, il presupposto oggettivo affinché un imprenditore sia assoggettato alle disposizioni sul fallimento è che versi in stato di insolvenza.

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.

Una definizione della "insolvenza" più approfondita, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è la seguente: l'insolvenza è una condizione generale che coinvolge l'intero patrimonio dell'imprenditore e consiste in una situazione di impotenza economica, funzionale e non transitoria, a seguito della quale il debitore non è più in grado di far fronte regolarmente, tempestivamente (cioè alle scadenze) e con mezzi normali alle

¹⁹² ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007., 237 ss BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007., 257 ss..

obbligazioni assunte, per il venir meno delle condizioni liquidità e di credito necessarie alla propria attività¹⁹³.

La Corte di Cassazione, Sezione I, nella Sentenza n. 4789 del 4 marzo 2005¹⁹⁴ fornisce la seguente definizione dello stato di insolvenza: *“Lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, si realizza in presenza di una situazione d'impotenza strutturale e non soltanto transitoria a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti.*

2.3 Procedura fallimentare

Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 5/2006, l'organizzazione del fallimento subisce una rivoluzione. Le linee di fondo dell'intervento sono quelle di valorizzare le istanze private rispetto a quelle pubbliche, in ossequio alle finalità liquidatorie della procedura. Anche le norme processuali sul controllo degli atti subisce una rivoluzione. La funzione di amministrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente e della sua liquidazione subisce interventi significativi.

¹⁹³ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007., 237 ss

¹⁹⁴ DeJure Archivio 2011.

Secondo quanto stabilito dall'art. 6 del R.D. n. 267/1942, come sostituito dall'articolo 4 del D. Lgs. n. 5/2006, il fallimento viene dichiarato:

- a) dietro ricorso del debitore,
- b) dietro ricorso di uno o più creditori,
- c) su richiesta del Pubblico ministero.

Com'è noto l'art. 6 della legge fallimentare, nel testo novellato dall'art. 5 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha eliminato ogni riferimento all'iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento, oggi circoscritta e consentita nei soli casi contemplati dagli artt. 7 (Iniziativa del pubblico ministero), (*Inammissibilità della proposta di concordato preventivo*) e (*Revoca dell'ammissione al concordato*) della legge fallimentare¹⁹⁵.

Nel successivo articolo 7 del R.D. n. 267/1942, come sostituito dall'art. 5 del D. Lgs. n. 5/2006, si prevedono i casi in cui il Pubblico ministero è legittimato a presentare ricorso per la dichiarazione di fallimento del debitore¹⁹⁶.

Come già notato in precedenza, gli imprenditori individuali e collettivi, tra cui rientrano anche le imprese familiari possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal Registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.

¹⁹⁵ BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 237 ss. BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 257 ss.

¹⁹⁶ I casi in cui è legittimato il P.M., sono: 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

Rispetto alla redazione dell'articolo precedente, l'articolo 9 del D. Lgs. n. 5/2006 ha introdotto un secondo comma nel quale si stabilisce che in caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma.

L'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni anzidette¹⁹⁷

L'erede può chiedere il fallimento del defunto, purché l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio; l'erede che chiede il fallimento del defunto non è soggetto agli obblighi di deposito, entro 3 giorni, dei bilanci, delle scritture contabili obbligatorie e dell'elenco dei creditori. Con la dichiarazione di fallimento cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto a norma del codice civile.

L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale:

- a) le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi
- b) precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata;
- c) uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività,
- d) l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'indicazione dei ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre anni,

¹⁹⁷ BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss
BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 257 ss.

e) l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto.

Ai sensi del primo comma dell'art. 9 della L.F., rimasto immutato rispetto alla normativa precedente, il fallimento è dichiarato dal Tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa.

In base al nuovo articolo 15 del R.D. n. 267/1942, come sostituito dall'articolo 13 del D. Lgs. n. 5/2006, l'istruttoria prefallimentare si svolge davanti al Tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in Camera di consiglio¹⁹⁸.

Il legislatore ha regolato ex novo il procedimento per la dichiarazione di fallimento, che in passato non era sostanzialmente disciplinato.

Com'è noto, l'art. 15 della legge fallimentare del 1942 prevedeva soltanto che il Tribunale prima di dichiarare il fallimento, avesse facoltà di sentire il debitore in Camera di consiglio.

A seguito delle numerose pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 15 e delle altre norme ad esso collegate, l'audizione del fallito era divenuta un obbligo, ma il procedimento relativo era rimasto privo di una specifica disciplina.

Si riteneva peraltro generalmente che esso fosse regolato dalle norme relative ai procedimenti in Camera di consiglio in quanto applicabili; che il Tribunale potesse delegare per l'audizione del fallendo e per gli eventuali atti istruttori un proprio componente; che il procedimento avesse carattere inquisitorio e che quindi la decisione in ordine

¹⁹⁸ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss.

all'acquisizione della prova fosse rimessa alla valutazione sostanzialmente discrezionale del giudice¹⁹⁹.

2.4 La sentenza di fallimento ed effetti

La pronuncia ed il contenuto della sentenza dichiarativa di fallimento sono regolati dall'art. 16 del R.D. n. 267/1942, così come modificato dall'art. 14 del D. Lgs. n. 5/2006.

La disciplina non differisce in misura rilevante da quella previgente se non per alcuni aspetti.

Sono mutati i termini che la sentenza deve fissare per l'esame dello stato passivo davanti al giudice delegato e per la presentazione delle domande d'insinuazione da parte dei creditori e dei terzi che vantano diritti reali o personali sui beni in possesso del fallito.

All'esame dello stato passivo deve provvedersi entro il termine di 120 giorni dal deposito della sentenza.

Tale termine è espressamente definito perentorio, ma in realtà al suo mancato rispetto non possono ovviamente seguire decadenze, essendo impensabile che non si faccia luogo all'esame dello stato passivo.

I creditori debbono presentare la domanda d'insinuazione entro 30 giorni prima dell'adunanza dei creditori.

Anche questo termine è definitivo perentorio. Ne segue che i creditori che non rispettino il termine non potranno presentare domanda

¹⁹⁹ Tempi e modi del procedimento non erano peraltro compiutamente normati e non veniva assicurato un effettivo e completo contraddittorio tra il debitore ed il soggetto istante per il fallimento. Per semplificare ed accelerare ulteriormente la procedura, è stata inserita la possibilità di indicare nel ricorso il recapito telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui l'istante dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla legge, sia prima che dopo l'apertura della procedura concorsuale.

tempestiva d'insinuazione e dovranno proporre la domanda nelle forme dell'insinuazione tardiva.

Entrambi i termini, quello per l'esame dello stato passivo e quello per il deposito delle domande d'insinuazione, sono strettamente funzionali alla diversa disciplina dell'accertamento del passivo dettata dal legislatore, che innova profondamente rispetto al passato.

E' di particolare importanza l'ultimo comma dell'art. 16, che stabilisce che la sentenza dichiarativa di fallimento produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione, mediante deposito in Cancelleria, ai sensi dell'articolo 133, primo comma del codice di procedura civile²⁰⁰.

Tuttavia gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel Registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma.

In questo modo il legislatore si è dimostrato sensibile all'esigenza di tutela dei terzi di buona fede che, nel sistema previgente, potevano compiere atti negoziali nei confronti del fallito ignorandone l'avvenuta dichiarazione di fallimento, atti ovviamente colpiti da sanzione d'inefficacia²⁰¹.

Con il nuovo sistema la pubblicità della sentenza di fallimento non è più affidata all'anacronistica affissione alla porta del Tribunale, che non costituiva uno strumento efficace, ma all'iscrizione nel Registro delle imprese, che è effettivamente accessibile e consultabile da parte dei terzi, anche per via telematica.

Va poi sottolineato che mentre l'art. 16, ultimo comma, parla di "*iscrizione*" della sentenza nel Registro delle imprese ai sensi dell'art.

²⁰⁰ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss.

²⁰¹ BERTACCHINI (a cura di) *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss.

17, secondo comma, quest'ultima norma usa il diverso termine di "*annotazione*", precisando che questa ha luogo presso l'ufficio del Registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.

E' peraltro da ritenere che la diversa terminologia sia priva di conseguenze di carattere sostanziale, atteso che il regolamento del Registro delle imprese, di cui al D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 781, e successive disposizioni, distingue l'iscrizione dal deposito degli atti, ma non sembra prevedere un trattamento differenziato dell'iscrizione rispetto all'annotazione.

L'art. 17, ultimo comma, prevede che il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmetta, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del Registro delle imprese competente.

La trasmissione per via telematica potrà abbreviare i tempi di iscrizione, anche se non potrà eliminare il tempo necessario per la "lavorazione" della domanda da parte dell'Ufficio, sì che comunque vi sarà un divario temporale tra la pubblicazione della sentenza da parte del tribunale e la sua inserzione nel registro.

Il sistema vigente prima della riforma prevedeva che contro la sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata all'esito di un giudizio a cognizione sommaria, potesse essere proposta opposizione avanti allo stesso tribunale che aveva pronunciato la sentenza.

In tal modo si dava luogo ad un giudizio di primo grado a cognizione piena che si svolgeva nelle forme del rito ordinario.

Contro la sentenza che definiva il giudizio di opposizione erano esperibili gli ordinari mezzi di impugnazione: appello e ricorso per cassazione²⁰².

Il legislatore ha ora abolito il giudizio di opposizione, stabilendo che contro la sentenza dichiarativa di fallimento è direttamente proponibile l'appello con ricorso da depositarsi entro trenta giorni avanti alla corte d'appello (art. 18, R.D. n. 267/1942, così come sostituito dall'art. 16 del D. Lgs. n. 5/2006).

A tanto si è pervenuti sulla base della tesi, espressa dalla *Relazione* governativa, secondo la quale la giurisprudenza considera oggi la giurisdizione camerale come un “contenitore neutro” nel quale possono trovare spazio sia i provvedimenti di cd. “volontaria giurisdizione”, sia i provvedimenti di natura “contenziosa”.

Il termine per l'appello decorre per il debitore dalla data di notificazione della sentenza e, per tutti gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel Registro delle imprese.

Viene inoltre chiarito che l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento non può, comunque, essere proposto, decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza, ai sensi dell'art. 327, comma 1, del C.P.C.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, fissa con decreto, da comunicarsi al ricorrente, l'udienza di comparizione entro quarantacinque giorni dal deposito del ricorso, assegnando termine al ricorrente non superiore a dieci giorni dalla comunicazione per la notifica del ricorso e del decreto alle parti e al curatore, nonché un termine alle parti resistenti non superiore a cinque giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie.

²⁰² BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss.

I termini per la notifica del ricorso e del decreto e per il deposito delle memorie delle parti resistenti sono strettissimi, sì che nella pratica potrà essere difficile rispettarli, soprattutto nel caso in cui vi siano difficoltà nella notifica. Va sottolineato che nessuno dei termini in questione, tuttavia, è indicato come perentorio.

All'udienza il collegio, sente le parti presenti in contraddittorio tra loro ed assunti, anche d'ufficio, i mezzi di prova necessari ai fini della decisione, provvede con sentenza, emessa ai sensi dell'articolo 281-sexies del codice di procedura civile.

La corte, cioè, pronuncerà la sentenza al termine della discussione orale, dando immediata lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Tuttavia, in caso di particolare complessità, la corte può riservarsi di depositare la motivazione entro quindici giorni²⁰³.

2.5. Il concordato fallimentare e concordato preventivo prima e dopo la riforma del 2006

Il legislatore ha apportato qualche modifica non eccessivamente rilevante alla disciplina della chiusura del fallimento.

Secondo quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 118 del R.D. n. 267/1942, così come modificato dall'art. 108 del D. Lgs. n. 5/2006, la procedura di fallimento si chiude:

1. se nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa di fallimento non sono state proposte domande di ammissione al passivo;

²⁰³ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss. BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 257 ss.

2. quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione;
3. quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo;
4. quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura.

Nel successivo secondo comma si stabilisce che ove si tratti di fallimento di società il curatore ne chiede la cancellazione dal registro delle imprese.

La chiusura della procedura di fallimento della società determina anche la chiusura della procedura estesa ai soci ai sensi dell'articolo 147, salvo che nei confronti del socio non sia stata aperta una procedura di fallimento come imprenditore individuale²⁰⁴.

Il legislatore ha profondamente ridisegnato il concordato fallimentare, che, pur rappresentando anch'esso una ipotesi di chiusura del fallimento, assume un'importanza particolare perché costituisce un modo per porre fine alla procedura concorsuale tramite un accordo tra il fallito o un terzo ed i creditori.

La proposta di concordato può essere presentata sia da fallito che dai creditori o da un terzo.

L'art. 129 chiarisce peraltro che la proposta può essere presentata anche dallo stesso curatore.

²⁰⁴ BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 267 ss.

In ciò la nuova disciplina si differenzia profondamente dal vecchio sistema previsto dalla legge fallimentare del 1942, perché questo attribuiva la legittimazione soltanto al fallito.

Una volta aperta la procedura fallimentare, vengono meno le ragioni legate alla tutela della libertà d'iniziativa economica e al divieto di espropriazione senza indennizzo, sanciti dagli artt. 41 e 42 Cost., che impediscono, in assenza dello stato d'insolvenza che la proposta, di accordo con i creditori sia proposta da un soggetto diverso dall'imprenditore.

Si comprende pertanto perché, a differenza di quanto previsto per il concordato preventivo, nel concordato fallimentare il legislatore abbia ritenuto di attribuire il potere di presentare la proposta anche a soggetti diversi dal fallito.

Nella vecchia disciplina la proposta di concordato fallimentare poteva essere presentata soltanto una volta reso esecutivo lo stato passivo.

La ragione stava nel fatto che prima di tale momento appariva impossibile convocare i creditori a votare sulla proposta di concordato, perché ancora non erano state ultimate le operazioni di verifica dei crediti e non poteva conoscersi il nome dei creditori legittimati a partecipare all'adunanza ed a esprimere il voto.

Il legislatore della riforma ha ritenuto di poter anticipare tale momento, purché i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato²⁰⁵.

L'art. 127, primo comma, chiarisce poi che, se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, hanno diritto di voto i

²⁰⁵ BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss.

creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato.

E' peraltro da ritenere che in sede di omologazione del concordato i creditori esclusi possano proporre opposizione quando la loro mancata ammissione al voto abbia avuto influenza sulla formazione della maggioranza. Dunque, la proposta la legittimazione può essere attribuita ai creditori, al curatore, ad un terzo non creditore e al fallito.

Il fallito peraltro, così come la società cui egli partecipi o le società sottoposte a comune controllo del fallito stesso, non possono presentare la proposta se non decorsi sei mesi dalla dichiarazione di fallimento, purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Si vuole in questo modo incentivare l'imprenditore ad accedere alle forme di composizione della crisi che prescindono dal fallimento, prima tra tutte il concordato preventivo.

Il legislatore vuol favorire l'emersione anticipata della crisi nella convinzione che, prima l'imprenditore cerca di trovare una soluzione alla situazione di difficoltà o di dissesto in cui versa, maggiori sono le possibilità di addivenire ad una soluzione²⁰⁶.

2.5.1 Differenze tra concordato fallimentare e concordato preventivo: la collocazione normativa dell'impresa familiare

Occorre tenere presente che il concordato fallimentare va tenuto distinto dal concordato preventivo (che costituisce una vera e propria

²⁰⁶ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 257 ss.

procedura concorsuale). Il concordato fallimentare, infatti è, ove vengano rispettate determinate condizioni, una delle forme di chiusura del fallimento.

La proposta di concordato fallimentare può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato.

In merito al contenuto della proposta de quo, essa può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei oppure trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi. La proposta può anche indicare trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse oppure optare per la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma.

Nel delineare le modalità di votazione e di formazione della maggioranza, l'art. 128 l.fall. stabilisce, in via generale, che il concordato è approvato se riceve il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Decorso il termine stabilito per le votazioni, il curatore presenta al giudice delegato una relazione sul loro esito. Se la proposta è stata approvata, il giudice delegato dispone che ne sia data immediata comunicazione al proponente, al fallito e ai creditori dissenzienti e fissa un termine per la proposizione di eventuali opposizioni. Se entro quel termine non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il

concordato con decreto motivato non soggetto a gravame, provvedendo con decreto motivato e pubblicato a norma dell'articolo 17 l.fall.. Tale forma di pubblicità è funzionale anche all'eventuale proposizione del reclamo dinanzi alla corte di appello, che pronuncerà in camera di consiglio.

Il concordato preventivo invece è una delle procedure concorsuali regolate dal Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, in particolare al suo titolo III.

Gli scopi che tale procedura si prefigge di raggiungere sono molteplici, ma la dottrina²⁰⁷ ne segnala almeno tre.

In primo luogo, il concordato preventivo mira a soddisfare l'interesse del debitore ad ottenere una paralisi delle azioni esecutive nei suoi confronti, conservando, al tempo stesso, la disponibilità e l'amministrazione della sua impresa.

In secondo luogo, il concordato preventivo tiene conto dell'interesse dei creditori ad evitare una lunga e dispendiosa attività liquidatoria fallimentare, conseguendo il soddisfacimento delle proprie ragioni in tempi brevi.

In terzo luogo, non è certo trascurabile l'interesse pubblico a garantire continuità a un'impresa (con tutto ciò che ne consegue, anche in termini occupazionali e di riflessi sul mercato nazionale o, quantomeno, locale), a patto che questa abbia dimostrato di possedere ancora potenzialità produttive degne di fiducia.

Anche il concordato preventivo è stato preso in considerazione dal D.L.gs. n. 5/2006, il quale ha tentato di risolvere una pluralità di

²⁰⁷ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss. BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 257 ss.

frizioni e di difficoltà applicative che la dottrina aveva rilevato. L'attuale assetto normativo rende i creditori divisibili in classi, in modo da rendere più omogenea l'espressione dei loro diversi interessi nell'ambito della procedura liquidatoria.

Il concordato diventa, così, lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa, come emerge già dalla nuova rubrica del titolo III della legge fallimentare, nella quale, dopo le parole “del concordato preventivo (...)”, sono state inserite le parole “ (...) e degli accordi di ristrutturazione”²⁰⁸.

2.6. Il concordato preventivo per l'impresa familiare in crisi

Con il concordato preventivo viene concesso all'impresa in crisi di evitare il fallimento mediante la soddisfazione dei creditori in misura percentuale, comunque nel rispetto della *par conditio creditorum*.

L'impresa in crisi, quindi, presenta ai propri creditori un piano contenente una proposta, finalizzata al risanamento dell'impresa e al soddisfacimento dei creditori. Il contenuto del piano, e quindi le concrete modalità operative di salvataggio, è lasciato alla libera determinazione dell'impresa, la quale pertanto può discrezionalmente trovare la soluzione migliore²⁰⁹.

La competenza a ricevere la domanda spetta inderogabilmente al Tribunale del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa. Il

²⁰⁸ ABRIANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, cit., 342 ss. BERTACCHINI e altri, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 237 ss. BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 257 ss.

²⁰⁹ LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010.

trasferimento della sede eventualmente intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza²¹⁰.

Con il concordato preventivo viene, quindi, proposto un piano di risanamento che può, ad esempio, prevedere:

- 1) la ristrutturazione dei debiti;
- 2) la gestione da parte di un assuntore;
- 3) la creazione di classi di creditori;
- 4) trattamenti differenziati dei tipi di creditori.

La domanda, in forma di ricorso, contiene innanzitutto il piano di concordato elaborato dall'impresa²¹¹.

Ricevuta la domanda, il Tribunale effettua un esame che si svolge in camera di consiglio alla presenza del Pubblico Ministero e dell'impresa in crisi. In tale sede, il Tribunale, valuta i presupposti e i documenti presentati con particolare attenzione all'eventuale suddivisione in classi dei creditori²¹².

Il Tribunale può emettere, in questa fase i seguenti alternativi provvedimenti:

²¹⁰ La domanda deve essere sottoscritta, nel caso di impresa individuale, dall'imprenditore o dal suo procuratore speciale; se l'imprenditore è deceduto la domanda è sottoscritta dai suoi eredi. Nel caso di società, deve esserci la sottoscrizione dei legali rappresentanti (art. 161 u.c. L.Fall.).

²¹¹ In allegato, la domanda, deve contenere: a) una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili. Tutta la documentazione e il piano di concordato devono essere accompagnati dalla relazione predisposta da un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

²¹² DI MARZIO F., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa* in *Il Caso*, Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi documento n. 84, 17 dicembre 2007.

a) rigettare con decreto la domanda quando verifichi la mancanza dei presupposti o la mancanza della documentazione allegata alla domanda;

b) ammettere con decreto non soggetto a reclamo la procedura di concordato dichiarandone l'apertura.

Se la domanda viene accolta, il Tribunale:

- nomina il giudice delegato alla procedura di concordato;
- ordina la convocazione dei creditori entro un termine non superiore a 30 giorni per l'approvazione della proposta di concordato;
- stabilisce un termine non superiore a 15 giorni entro il quale l'impresa in crisi deve depositare la somma che si presume necessaria per le spese dell'intera procedura;
- annota il decreto di ammissione sotto l'ultima scrittura dei libri contabili. Il decreto viene pubblicato mediante affissione all'albo del tribunale e comunicato in via telematica per l'iscrizione al registro delle imprese competente.

I tipi di concordato sono due:

- garantito: quando è a priori garantita la soddisfazione integrale dei creditori privilegiati e della percentuale concordataria (almeno il 40%) per i creditori chirografari
- con *cessio bonorum*, quando senza garanzia vengono ceduti ai creditori tutti i beni che al momento dell'omologa deve sussistere il requisito dell'idoneità degli stessi a coprire la percentuale concordataria. Tuttavia se per cause successive questa previsione non si avvera, non si ha risoluzione del concordato²¹³.

²¹³ DI MARZIO F., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa in Il Caso*, Sezione II – cit., 3 ss..

Possono partecipare tutti i creditori chirografari (anche se non convocati), i coobbligati, i fideiussori dell'impresa in crisi e gli obbligati in via di regresso. Sono invece esclusi i creditori privilegiati. I creditori possono farsi rappresentare da un mandatario speciale. Il Commissario Giudiziale controlla ed eventualmente integra l'elenco dei creditori chirografari, illustra la sua relazione e le proposte definitive dell'impresa in crisi. Ciascun creditore può contestare sia la proposta di concordato sia i crediti concorrenti. Determinati crediti possono essere esclusi. Successivamente si passa alla votazione. Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. In caso di classi di creditori il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima. Ove uno o più classi di creditori abbiano espresso il loro dissenso, per l'approvazione del concordato è necessaria la maggioranza delle classi (per numero). Delle votazioni viene redatto un verbale sottoscritto dal Giudice Delegato, dal Commissario Giudiziale e dal Cancelliere²¹⁴.

Al commissario giudiziale spetta la verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art. 161; costui apporterà, così, le eventuali rettifiche che si rendessero necessarie. Successivamente, lo stesso organo comunicherà ai creditori un avviso contenente la data di convocazione dei creditori medesimi e le proposte del debitore²¹⁵.

Espletati i numerosi adempimenti procedurali, di cui agli artt. 171 e ss. l.fall., si riunirà l'adunanza dei creditori, presieduta dal giudice

²¹⁴ LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010.

²¹⁵ AMBROSINI S., CAVALLI A. J., *Il fallimento*, cit.,

delegato, in seno alla quale il commissario giudiziale illustrerà la sua relazione e le proposte definitive del debitore. Ciascun creditore esporrà, se lo ritiene opportuno, le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e solleverà le contestazioni sui crediti concorrenti. Il debitore, a sua volta, potrà rispondere e contestare i presunti crediti, fornendo i dovuti chiarimenti.

L'art. 177 l.fall., nel dettare regole dettagliate sul punto, prevede, in via generale, che per l'approvazione del concordato è indispensabile il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se ottiene il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima. Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza dei crediti ammessi al voto, può approvare il concordato perfino se risulti il dissenso di una o più classi di creditori, a patto che la maggioranza delle classi abbia approvato la proposta di concordato; per aversi siffatto esito, tuttavia, è necessario il concorso di un'altra condizione: il tribunale deve ritenere che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Nel rispetto delle procedure e delle condizioni indicate dagli artt. 179 e ss. l.fall., poi, si provvederà all'omologazione del concordato da parte del tribunale, con decreto motivato, il quale sarà comunicato tanto al debitore quanto al commissario giudiziale. A quest'ultimo spetta il compito di darne notizia ai creditori, nonché di pubblicarlo e affiggerlo a norma dell'articolo 17 l.fall.. Con il decreto di omologazione si chiude la procedura di concordato preventivo, a patto

che l'omologazione stessa intervenga nel termine di sei mesi dalla presentazione del ricorso, termine prorogabile di sessanta giorni per una sola volta, con apposito decreto del tribunale (cfr. art. 181 l.fall.).

Il tribunale, accertato l'esito positivo della votazione, omologa il concordato; tale decisione è appellabile.

Nel caso in cui il concordato avvenga con cessione dei beni (*cessio bonorum*) del debitore, in sentenza vi è la nomina di uno o più liquidatori e di un comitato di tre o cinque creditori per assistere all'attività di liquidazione e determinarne le modalità.

Il commissario giudiziale vigila sull'esecuzione del concordato.

Decorsi 20 giorni dalla chiusura del verbale, il Giudice Delegato verifica il raggiungimento delle maggioranze previste per l'approvazione. Se le maggioranze prescritte sono raggiunte si apre il giudizio di omologazione. Il Tribunale, una volta accertato il raggiungimento delle maggioranze richieste in sede di votazione dei creditori, fissa un'udienza in camera di consiglio²¹⁶.

L'impresa, il Commissario Giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi almeno 10 giorni prima dell'udienza depositando memoria difensiva contenente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Almeno 10 giorni prima dell'udienza il Commissario Giudiziale deposita il proprio motivato parere. Nel corso dell'udienza il Tribunale assume tutte le informazioni e le prove necessarie.

Al termine, effettuate le opportune verifiche e constatata la sussistenza delle maggioranze, il Tribunale omologa con decreto motivato il concordato preventivo e provvede affinché questo venga comunicato all'impresa in crisi e al Commissario Giudiziale il quale dovrà darne

²¹⁶ LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, cit., 211 ss.

notizia ai creditori. Infine, il decreto di omologazione viene pubblicato²¹⁷.

Ai sensi dell'art. 184 l.fall., il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato, anche se costoro mantengono inalterati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, pur restando salva la possibilità di stabilire in senso opposto nel contesto dell'accordo.

Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Egli dovrà riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori²¹⁸.

L'art. 186 l.fall., infine, si occupa di disciplinare i casi e le modalità procedurali relativi alla risoluzione e all'annullamento del concordato, operando ampi rinvii a quanto stabilito nel titolo dedicato al fallimento, precisando che, con la sentenza che risolve o annulla il concordato, il tribunale dichiara il fallimento dell'impresa interessata. Tutti i creditori chirografari per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura subiscono la riduzione, del proprio credito, alla percentuale stabilita nel concordato, anche se non abbiano partecipato alla deliberazione ovvero non siano stati ricompresi nell'elenco verificato dal commissario giudiziale. I creditori chirografari, quindi, dopo la chiusura della procedura concorsuale

²¹⁷ BOZZA G., DI MARZIO F., (a cura di), *La crisi d'impresa: questioni controversie del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010.

²¹⁸ AMBROSINI S., CAVALLI A. J., *Il fallimento*, cit.,

(concordato preventivo) potranno agire nei confronti del debitore soltanto per gli importi concordati²¹⁹.

L'effetto del concordato preventivo, nel caso in cui siano state concordate delle percentuali di soddisfacimento, continua a anche a seguito della chiusura della procedura.

Nel caso in cui si tratti di concordato per cessione dei beni ai creditori, gli stessi hanno ogni azione preclusa nei confronti del debitore poiché il debitore viene definitivamente liberato con la cessione dei beni ai propri creditori.

I creditori conservano i propri diritti verso i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati di regresso del debitore concordatario. Tale principio discende dal carattere pubblicistico del concordato preventivo, che esclude l'applicazione della comunicabilità degli effetti favorevoli tra i condebitori. Il fideiussore è infatti egli stesso creditore dell'impresa che propone il concordato preventivo.

L'applicabilità del principio del vincolo solidale, sancito all'art. 1301 CC, è norma inderogabile ed in virtù di essa il coobbligato, fidejussore del debitore principale rimane vincolato, anche dopo la chiusura del concordato preventivo, al creditore per le somme percentuali che il creditore non ha ottenuto per l'applicazione della procedura concorsuale de quo. Il vincolo della solidarietà non è derogabile ancorchè i creditori si siano resi garanti del concordato medesimo²²⁰.

²¹⁹ BOZZA G., DI MARZIO F., (a cura di), *La crisi d'impresa: questioni controversie del nuovo diritto fallimentare* cit., 111 ss.

²²⁰ BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.,.

CAPITOLO III

LE IMPRESE FAMILIARI E LE IIMPRESE DI FATTO IN ITALIA E LA CRISI D'IMPRESA

1.1 Imprese familiari: lo stato dell'arte

Le aziende familiari sono la forma più comune di impresa a livello mondiale. Secondo il *Family Firm Institute* circa l'80-90% delle imprese attive nel mondo sono aziende di tipo familiare (Tabella 3.1), alcune sono gigantesche, si pensi per esempio al colosso della grande distribuzione americana Wal-Mart, mentre la maggioranza assume dimensioni medio-piccole.

In Italia circa il 90% delle imprese sono di tipo familiare, come risulta dalla Figura 3.1. Si tratta di imprese in cui la famiglia è profondamente coinvolta nell'attività d'impresa²²¹:

- nel 26% dei casi i familiari ricoprono ruoli manageriali;
- nel 45% dei casi curano gli aspetti produttivi;
- nel 55% dei casi si occupano degli aspetti commerciali; e in cui l'imprenditore:
 - si occupa prevalentemente della gestione nel 70% dei casi;
 - cura gli aspetti produttivi nel 27%;
 - cura gli aspetti commerciali nel 35%.

²²¹ Indagine cognitiva sulle aspettative generazionali nelle imprese di famiglia, Istituto di ricerca Trasversale 2008.

Questi dati sono confermati anche dalla ricerca condotta dalla Banca d'Italia nel 2005 sui dati del 2003 secondo cui le imprese di tipo familiare in Italia sono più di 5 milioni in quanto:

- il 40% delle imprese italiane non ha più di 2 soci;
- l'80% non ha più di 5 soci;
- il 75% dei soci sono persone fisiche;
- nel 64% dei casi tra i soci intercorrono legami di parentela;
- nel 22% dei casi un socio ha il controllo assoluto dell'impresa, mentre nel 45% dei casi questo è riconducibile a gruppi familiari.

Figura 3.1 Le imprese familiari nel mondo 2008
(valori percentuali)

Paese	Impresa familiare sul totale	Contributo sul PIL	Forza lavoro
Italia	90%	80%	75%
Germania	60%	66%	71%
Regno Unito	70%	65%	60%
USA	96%	40%	50%
Australia	80%	50%	45%
Francia	60%	60%	43%
Cile	75%	50-70%	
Finlandia	70%	40-45%	
Portogallo	70%	60%	
Spagna	75%	75%	
Belgio	75%	55%	

Fonte: Hol. In. Port. (Holding in Investimenti e partecipazione), *Il passaggio generazionale delle PMI*, Milano, 2008.

E' opportuno sottolineare che tutt'oggi non esiste una definizione globalmente accettata di impresa familiare, si considerano quindi imprese familiari quelle che presentano i seguenti elementi distintivi²²².

²²² CREMONESI F., *L'impresa familiare: definizione e caratteristiche peculiari*, Family Office, anno IV (2007), numero 1 disponibile su www.finanzaediritto.it

Per questo, per molti anni la famiglia è stata vista come elemento frenante allo sviluppo dell'impresa in quanto spesso questa si trasforma in confine di sviluppo per l'azienda e/o elemento di chiusura nel momento in cui emerge la necessità di aprire ad un management professionale, oggi invece si tende a valorizzare il contributo di questa allo sviluppo dell'attività imprenditoriale.

Come più volte sottolineato, all'interno dell'impresa familiare interagiscono tre sistemi tra loro interconnessi: la Famiglia, la Proprietà ed il Management ciascuno con il proprio punto di vista sugli obiettivi personali e aziendali²²³:

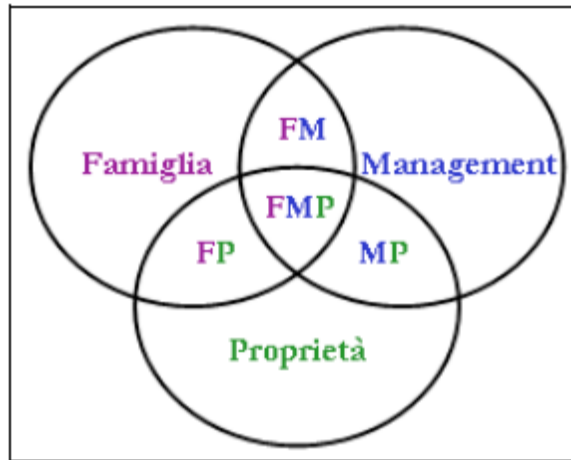
- la Famiglia vede l'azienda come fonte di benessere finanziario e come uno strumento di identità familiare da trasmettere nel tempo;
- la Proprietà considera l'azienda come un investimento dal quale si attende una remunerazione soddisfacente;
- il Management interpreta l'azienda come mezzo per realizzare la propria crescita professionale ed economica.

I possibili conflitti tra i tre punti di vista sopra esposti sono accentuati dal fatto che, spesso, all'interno dell'impresa familiare questi ruoli si sovrappongono e alcuni soggetti si trovano a gestire differenti punti di vista riguardo agli obiettivi aziendali e personali (si veda figura 3.2).

²²³ Centro Regionale Servizi per la piccola e media industria, Studio sulle problematiche del passaggio generazionale nelle PMI a livello regionale, nazionale e transnazionale, Settembre 2002.

Figura 3.2

Coinvolgimento dei membri familiari nell'attività d'impresa



Fonte: Hol. In. Port. (Holding in Investimenti e partecipazione), *Il passaggio generazionale delle PMI*, Milano, 2008

L'area FP individua quei soggetti, membri della famiglia, che non lavorano in azienda ma che possiedono una quota di partecipazione; l'area FM individua quei membri della famiglia che hanno un ruolo di responsabilità all'interno dell'impresa familiare ma non detengono quote di proprietà; l'area MP raggruppa quei manager che non appartengono al nucleo familiare ma che possiedono quote di partecipazione mentre l'area FMP include quei membri della famiglia che svolgono un ruolo manageriale e che possiedono quote di proprietà.

A seconda della modalità in cui si combinano le logiche familiari e quelle imprenditoriali la letteratura individua tre tipologie di impresa familiare²²⁴:

1. impresa non distinta dalla famiglia, realtà di piccole dimensioni prive di margini di sviluppo;

²²⁴ Fondazione Istud, La valorizzazione del management professionale nell'impresa minore in crescita, Fondodirigenti 2006.

2. prevalenza della famiglia sull'impresa, realtà in cui a prescindere dalla dimensione si privilegiano gli interessi della famiglia rispetto a quelli dell'impresa, ed in cui l'attività imprenditoriale viene vista solo come possibile fonte di occupazione;

3. autonomia impresa famiglia, realtà strutturata fondata sull'importanza della famiglia nel rispetto delle logiche d'impresa, in cui le decisioni vengono prese in modo da contemperare le esigenze di entrambi gli istituti.

L'area FP individua quei soggetti, membri della famiglia, che non lavorano in azienda ma che possiedono una quota di partecipazione; l'area FM individua quei membri della famiglia che hanno un ruolo di responsabilità all'interno dell'impresa familiare ma non detengono quote di proprietà; l'area MP raggruppa quei manager che non appartengono al nucleo familiare ma che possiedono quote di partecipazione mentre l'area FMP include quei membri della famiglia che svolgono un ruolo manageriale e che possiedono quote di proprietà.

A seconda della modalità in cui si combinano le logiche familiari e quelle imprenditoriali (Figura 3.3) la letteratura individua tre tipologie di impresa familiare:

1. impresa non distinta dalla famiglia, realtà di piccole dimensioni prive di margini di sviluppo;

2. prevalenza della famiglia sull'impresa, realtà in cui a prescindere dalla dimensione si privilegiano gli interessi della famiglia rispetto a quelli dell'impresa, ed in cui l'attività imprenditoriale viene vista solo come possibile fonte di occupazione;

3. autonomia impresa famiglia, realtà strutturata fondata sull'importanza della famiglia nel rispetto delle logiche d'impresa, in cui le decisioni vengono prese in modo da contemperare le esigenze di entrambi gli istituti.

Figura 3.3
Binomio impresa - famiglia



Fonte: Hol. In. Port. (Holding in Investimenti e partecipazione), *Il passaggio generazionale delle PMI*, Milano, 2008

Figura 3.4
Vantaggi e svantaggi dell'impresa familiare in termini di competitività

VANTAGGI	SVANTAGGI
<ul style="list-style-type: none"> • Orientamento di lungo periodo • Maggiore indipendenza ed autonomia • Maggiore capacità di reazione ai tempi duri • Benefici finanziari • Conoscenza del business 	<ul style="list-style-type: none"> • Il minor accesso al mercato dei capitali può ridurre la crescita • Organizzazione confusa • Nepotismo • Sindrome del "bambino viziato" • Regole paternalistiche ed autocratiche • Tensione finanziaria • Drammi nelle successioni generazionali

Fonte: Hol. In. Port. (Holding in Investimenti e partecipazione), *Il passaggio generazionale delle PMI*, Milano, 2008

Nella realtà la classificazione non è così semplice in quanto la combinazione e la sovrapposizione dei due istituti, tipica delle piccole e medie imprese italiane, può dar vita a soluzioni strutturali e gestionali eccellenti o pessime.

3.2 Crisi e fallimento dell'impresa familiare: cause e modalità

Il termine “crisi”, nel linguaggio corrente, ha connotazione negativa, in quanto viene associato a declino, talvolta è sinonimo di scomparsa irreversibile di una esperienza.

Il significato autentico e originario, benchè desueto, è cambiamento, trasformazione, modifica della situazione preesistente. Conservare l'originario significato o l'attuale polisemia è particolarmente utile per comprendere le varietà e le sfumature implicite nel termine crisi, soprattutto se riferito alla dimensione di impresa. Infatti, se riflettiamo soltanto su dati meramente empirici, ne possiamo trarre alcune importanti indicazioni.

La prima, forse la più banale, che non tutte le crisi d'impresa sono riconducibili ad un'unica motivazione e che le crisi si manifestano in diversi modi e forme.

Si possono avere quindi imprese che utilizzano la crisi effettivamente come una leva, come un'opportunità per realizzare radicali cambiamenti di strategia, per rilanciare le proprie produzioni, conquistare posizioni di mercato, migliorare il conto economico. Di converso, si può verificare il caso di aziende riconoscibili sul mercato, per la loro storia e tradizione industriale, che a causa di criticità finanziaria, di investimenti che non hanno ritorni in tempi congrui,

vedono pregiudicata non solo la loro stabilità, ma anche la continuità produttiva.

Esistono anche altre possibilità. Ad esempio, aziende con i conti in ordine che iniziano a perdere competitività e quote di mercato perché magari non investono quando è opportuno farlo, cioè, quando il mercato lo richiede.

La crisi aziendale da utilizzare come positivo paradigma è quella che prevede la riconversione produttiva: rimane il marchio, ma ciò che esce dagli stabilimenti è altro rispetto al passato.

Tuttavia la causa di fallimento che contraddistingue l'impresa familiare dalle altre forme giuridiche è il ricambio generazionale.

Le motivazioni per cui può fallire un'impresa sono comuni a tutte le forme giuridiche previste nei vari ordinamenti; quella che però è caratteristica dell'impresa familiare è il ricambio generazionale.

Vi è comunque un filo che lega tra loro situazioni distanti. Normalmente, la gestione dei processi di crisi aziendali è finalizzata al recupero produttivo ed occupazionale.

In questa ottica, gli ammortizzatori sociali sono strumenti non di ultima istanza, ma strumenti finalizzati al sostegno temporaneo del reddito dei lavoratori sospesi dall'attività produttiva.

La quotidiana pratica sindacale nei luoghi di lavoro e nei territori è piena di esempi che bene possono illustrare tali dinamiche. Tuttavia, è opportuno evitare semplificazioni.

Al di là delle volontà soggettive di aziende e sindacati, si possono verificare situazioni in cui l'impegno e la tenacia delle parti coinvolte non sono sufficienti a riattivare il meccanismo produttivo ed occupazionale. E' quando un'azienda "muore" (in qualche caso può anche rinascere).

Per azienda “morta”, si intende quando finisce nelle tradizionali procedure concorsuali, quali il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa, senza dimenticare l’amministrazione controllata ed il concordato.

E secondo le statistiche sui fallimenti e sulle insolvenze raccolte da Credit Reform, nel 2008 sono state costrette a portare i libri in tribunale più di 150 mila imprese europee (in crescita dell’11% rispetto al 2007), con una perdita di 1,4 milioni di posti di lavoro in Europa Occidentale (+17% sul 2007). Gli effetti della crisi finanziaria sull’economia reale sono evidenti se si considera la dinamica del fenomeno dei fallimenti in Europa: il numero di imprese insolventi è letteralmente esploso in Spagna (+139% tra 2008 e 2007) e Irlanda (+121%), due tra i paesi europei cresciuti più rapidamente nel corso degli ultimi anni, è aumentato con tassi a due cifre in paesi di primo piano come Francia e Regno Unito (+15%), mentre in Germania l’incremento è stato più contenuto (+2,2%).

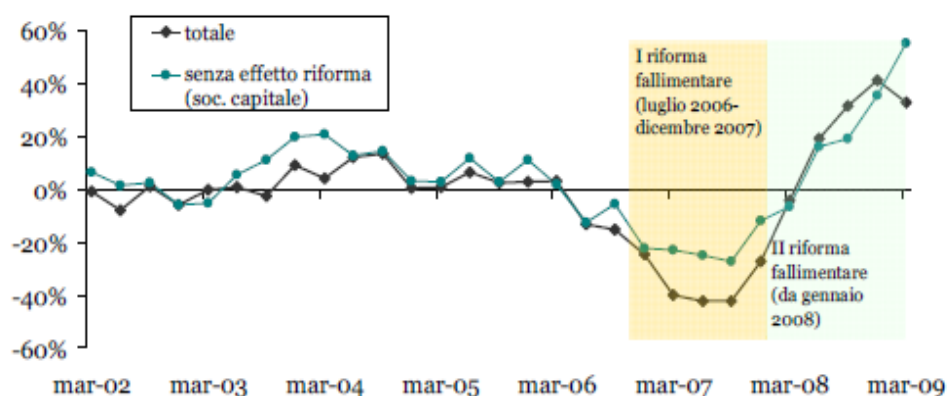
Senza raggiungere i picchi di Irlanda e Spagna, i dati tratti dagli archivi Cerved sulle aperture di procedure concorsuali, indicano che l’Italia è uno dei paesi in cui il fenomeno è in maggiore crescita, con un incremento delle procedure fallimentari del 21% tra 2007 e 2008 e una pericolosa impennata dei casi nell’ultima parte dell’anno e nei primi mesi del 2009 (un aumento del 31% se si considerano i dodici mesi fino a marzo del 2009 e i dodici mesi precedenti).

I dati sui fallimenti sono tuttavia fortemente influenzati dalla riforma della legislazione italiana in materia di crisi di impresa (entrata in vigore nel luglio del 2006, con un correttivo del gennaio del 2008), che ha modificato la definizione di “piccoli imprenditori” riducendo notevolmente la platea di aziende che possono accedere a una

procedura fallimentare. La conseguenza è stata una brusca caduta del numero di aperture di procedure fallimentari nel 2007, cui però è seguita una rapida risalita, a ritmi che non hanno precedenti nel periodo osservato.

Dagli studi effettuati mediante archivi di Cerved sui bilanci è stato possibile simulare, per le società di capitale (che costituiscono circa il 70% di tutte le imprese interessate da procedure fallimentari nel 2008), un'applicazione a ritroso delle nuove norme e isolare l'effetto legato alla riforma da quello congiunturale.

Figura 3.5
I fallimenti in Italia
tassi di variazione rispetto al trimestre dell'anno precedente



Fonte: CERVET – *I fallimenti in Europa e in Italia* – Rapporto Maggio 2009

La serie storica (grafico 3.5) ricostruita in base a questa analisi indica che le nuove norme hanno avuto un impatto sui fallimenti, ma la gran parte della crescita dell'ultima parte del 2008 e dei primi mesi del 2009 è un fenomeno congiunturale: su base omogenea, tra il 2007 e il 2008, il numero di fallimenti risulta in crescita del 17%; nell'ultimo trimestre del 2008 sono state aperte 1.247 procedure fallimentari, il

secondo valore più alto nel periodo di osservazione (+36% rispetto al dato dell'anno precedente su base omogenea); nel primo trimestre del 2009 sono state aperte 1.117 procedure, un valore record tra quelli osservati nei primi trimestri del periodo 2001-2008 (+55% sul primo trimestre 2008).

La crisi finanziaria che ha investito i mercati globali si sta quindi trasferendo all'economia reale, costringendo un numero crescente di imprese a portare i libri in tribunale. È interessante stabilire se la crisi sta semplicemente accelerando l'uscita dal mercato di imprese già da tempo fragili dal punto di vista economico-finanziario oppure se è in atto un fenomeno più preoccupante, che sta spingendo all'uscita anche imprese più solide (che entrerebbero in crisi non perché i fondamentali sono a rischio, ma semplicemente perché viene di colpo a mancare la liquidità da parte dei clienti e/o dei finanziatori).

Figura 3.6

Le imprese insolventi e i fallimenti in Europa Occidentale

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Austria	5.281	5.643	6.328	7.136	6.854	6.362	6.500
Belgio	7.222	7.593	7.836	7.878	7.617	7.677	8.300
Danimarca	2.469	2.506	2.620	2.497	1.987	2.401	3.710
Finlandia	2.885	2.769	2.385	2.278	2.285	2.300	2.660
Francia	37.987	38.296	40.776	41.930	40.360	42.532	49.100
Germania	37.620	39.470	39.270	36.850	34.040	29.150	29.800
Gran Bretagna	17.094	14.815	12.813	13.462	13.686	12.893	14.880
Grecia	489	480	577	580	520	510	530
Irlanda	379	346	321	327	304	317	700
Italia	10.457	10.649	11.423	12.097	10.166	5.969	7.238
Lussemburgo	695	655	665	682	634	680	590
Paesi Bassi	6.489	6.386	6.648	6.780	5.941	7.952	6.580
Norvegia	2.603	3.084	4.297	3.540	3.032	2.845	3.640
Portogallo	2.092	2.980	3.123	3.300	3.400	3.350	3.500
Spagna	629	646	561	869	853	880	2.100
Svezia	6.892	7.099	6.588	5.865	5.264	5.791	6.300
Svizzera	4.002	4.539	4.955	4.751	4.528	4.314	4.220
Totale	146.110	148.689	150.377	150.237	136.740	135.923	150.348

Fonte: Credit Reform e Cerved per i dati sull'Italia. I dati sull'Italia si riferiscono ad aperture di procedure fallimentari.

L'analisi dei rating di Cerved (un indice di sintesi della probabilità di default di un'impresa) può costituire un utile strumento per quantificare il peso dei due effetti.

La percentuale di imprese alle quali, tre anni prima dell'apertura della procedura, era assegnato un rating 1 o 2 (cui corrisponde la minore probabilità di insolvenza) ha effettivamente toccato nel 2008 un picco del 5,4%. In altre parole, non è mai stata così alta la percentuale di imprese che hanno visto le loro condizioni economico-finanziarie deteriorarsi rapidamente, fino al fallimento, in soli tre anni. Se questo segnale dovesse confermarsi (o accentuarsi) nei prossimi trimestri, significherebbe che un effetto contagio sta colpendo anche imprese sane, espellendole dal mercato.

Le statistiche sulle procedure concorsuali evidenziano un chiaro successo della riforma nel crescente utilizzo del concordato preventivo per regolare la crisi di impresa: dopo l'introduzione della nuova disciplina, il ricorso ai concordati preventivi da parte delle società di capitale è quasi triplicato, passando da un numero di casi compresi tra le 100 e le 150 unità nel periodo 2001-2005, a oltre 300 nel 2008; nei primi mesi del 2009 si contano già 186 concordati preventivi, ad indicare che la tendenza verso un maggior impiego di questo strumento è tuttora in atto. L'importanza del concordato va anche oltre al numero crescente di casi, perché utilizzano questo strumento imprese di dimensione maggiore rispetto a quelle per cui si apre una procedura fallimentare: oltre il 30% delle società in concordato preventivo supera i 10 milioni di fatturato, contro una percentuale pari a solo il 3% tra quelle in fallimento.

La riforma della legislazione italiana in materia di crisi di impresa, entrata in vigore nel luglio del 2006, ha modificato la definizione di "piccoli imprenditori" (storicamente

esclusi dall'ambito di applicazione della normativa), riducendo notevolmente la platea di aziende che possono accedere a una procedura fallimentare²²⁵.

Figura 3.7

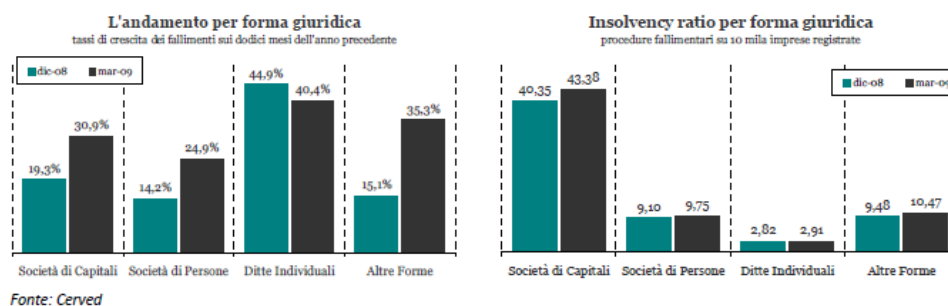
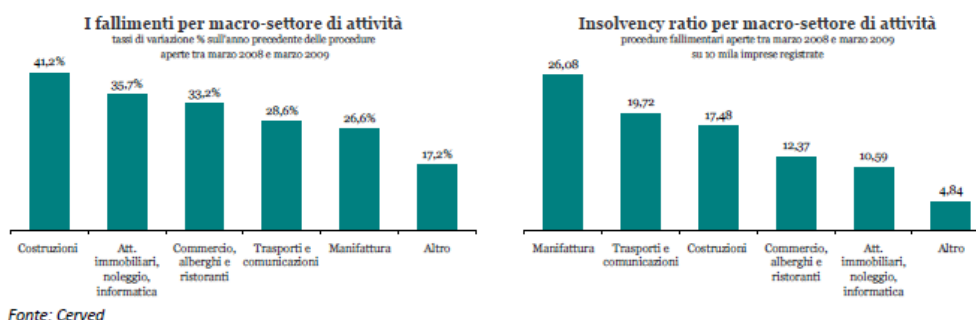


Figura 3.8



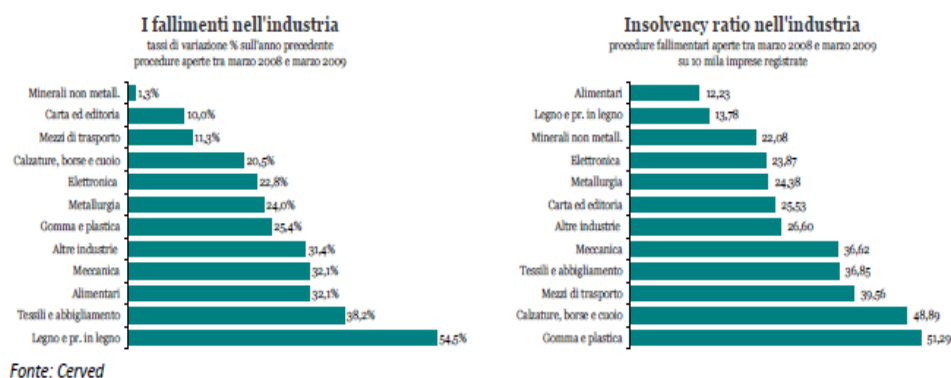
a conseguenza è stata una brusca caduta del numero di aperture di procedure fallimentari: calati già nel 2006, nel 2007 i fallimenti hanno toccato un minimo storico (sono state aperte 5.969 procedure fallimentari, contro un *range* compreso tra le 10 mila e le 12 mila unità negli anni 2002-2005). A partire dal marzo del 2008, anche per effetto del correttivo che ha rivisto al ribasso le soglie di fallibilità²²⁶, i fallimenti hanno però iniziato ad aumentare rapidamente, a ritmi che non hanno precedenti nel periodo

²²⁵ Si ricorda che la riforma del 2006 ha definito piccoli imprenditori tutti coloro che, esercitando un'attività commerciale, hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale inferiore a 300 mila euro e che, contemporaneamente, hanno realizzato, mediamente negli ultimi tre anni, ricavi lordi inferiori a 200 mila euro. Precedentemente, erano considerati piccoli imprenditori coloro i quali realizzavano un reddito inferiore rispetto all'imponibile

²²⁶ Dal gennaio del 2008, i requisiti sono ulteriormente cambiati: non possono fallire le imprese che, congiuntamente, abbiano realizzato un fatturato lordo inferiore a 200 mila euro negli ultimi tre esercizi, hanno effettuato investimenti inferiori a 300 mila euro negli ultimi tre esercizi e abbiano debiti non scaduti inferiori a 500 mila euro

osservato (+23% nel secondo trimestre 2008 rispetto allo stesso trimestre dell'anno precedente, +28% nel terzo, +40% nel quarto e +30% nel primo trimestre 2009). Complessivamente, nel 2008 sono state aperte 7.238 procedure (facendo registrare un incremento del 21% rispetto al 2007); considerando il periodo marzo 2008 – marzo 2009, si contano in Italia 7.743 fallimenti (un aumento del 31% rispetto ai dodici mesi precedenti).

Figura 3.9



L'aumento dei fallimenti nell'ultima parte del 2008 e nei primi mesi del 2009 è stato accompagnato da un vero e proprio *boom* dei concordati preventivi (che consiste in una ristrutturazione giudiziale sulla base di un piano di risanamento approvato dai creditori): nell'ultimo trimestre del 2008 ne sono stati aperti 150 (+85% rispetto all'ultimo trimestre del 2007) e nel primo trimestre dell'anno in corso 158 (+732% rispetto al primo trimestre 2008).

L'aumento dei fallimenti ha interessato tutte le forme giuridiche, ed è stato particolarmente intenso per le imprese individuali: tra il 2008 e il 2007 l'apertura di procedure fallimentari è cresciuta del 45% (del 40% tra marzo 2008-marzo 2009 e l'anno precedente), contro un incremento del 19% tra le società di capitali (poi balzato al 31% considerando l'anno marzo-marzo), del 14% tra le società di persone (poi cresciuto al 25%), del 15% tra le altre forme giuridiche (poi

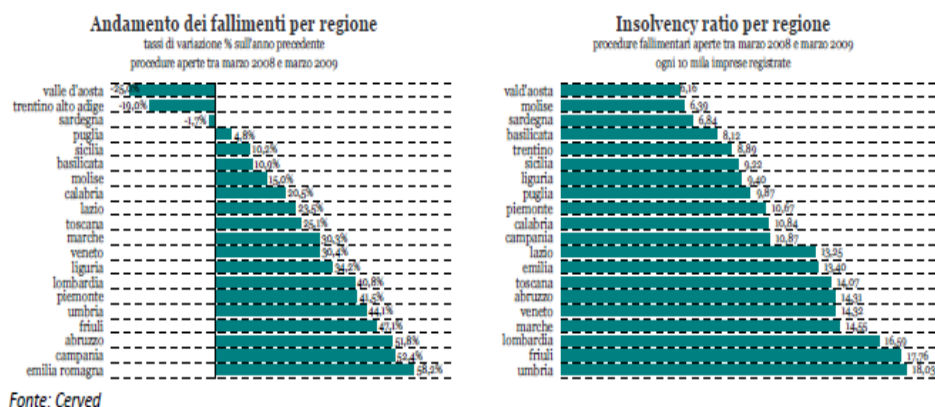
35,3%). Data la loro maggiore dimensione, le società di capitale sono quelle per cui si aprono più frequentemente procedure fallimentari: su 10 mila società, nel 2008 ne sono fallite 40 (43 nel periodo marzo-marzo), contro le 10 tra le società di persone, le 3 tra le imprese individuali, le 10 tra le altre forme giuridiche.

I fallimenti sono aumentati in tutti i settori della nostra economia, con tassi particolarmente alti tra le società attive nelle costruzioni (+41% nel periodo marzo 2008 – marzo 2009 sull'anno precedente), nelle attività immobiliari, nei servizi di noleggio e nell'informatica (+36%), nel commercio e negli esercizi ricettivi (+33%). Nonostante nella manifattura i fallimenti siano cresciuti a un ritmo leggermente inferiore alla media (27%), l'industria nel suo complesso risulta il comparto in cui hanno inciso di più rispetto alle imprese presenti sul mercato: nell'anno marzo 2008 – marzo 2009, su 10 mila imprese industriali ne sono fallite 26, contro le 20 dei trasporti e delle comunicazioni, le 17 delle costruzioni, le 12 del commercio e degli esercizi ricettivi. Nell'ambito della manifattura, sono stati colpiti soprattutto il settore della produzione di materie in gomma e in plastica (51 fallimenti su 10 mila imprese registrate nel settore, con un incremento del 25% rispetto all'anno precedente), l'industria del cuoio e conciaria (49, +21%), l'industria dei mezzi di trasporto (40, +11%), il tessile e l'abbigliamento (37, +38%) e la meccanica (37, +32%); la produzione del legno, pur essendo l'industria che ha fatto registrare il più alto incremento dei fallimenti rispetto all'anno precedente (+55%) evidenzia un *insolvency ratio* relativamente basso (13,8 fallimenti su 10 mila imprese registrate).

Da un'analisi geografica dei dati emerge che da un punto di vista congiunturale le regioni più colpite risultano essere Emilia Romagna

(+58%), Campania (+52%), Abruzzo (+52%), Friuli (+47%), Umbria (+44%), Piemonte e Lombardia (+41%); viceversa, si è ridotto il numero dei fallimenti nella Valle d'Aosta (-25%), nel Trentino Alto Adige (-19%) e in Sardegna (-2%). Dal punto di vista dell'incidenza del fenomeno sul sistema produttivo locale, è l'Umbria la regione che ha sofferto di più la crisi, con 18 imprese fallite su 10 mila registrate, seguita da Friuli (17,8), Lombardia (17) e Marche (15). Tra le province in cui si concentrano più imprese, Milano (19,8), Treviso (18,6), Bergamo (18,5) e Bologna (16,6) risultano essere quelle in cui è maggiore l'incidenza dei fallimenti; tra le altre, spicca il numero di fallimenti a Terni (31 ogni 10 mila imprese registrate), a Pordenone (29), a Prato (28).

Figura 3.10



3.2.1 Il ricambio generazionale come causa caratteristica di fallimento dell'impresa familiare

Il ricambio generazionale è una fase che riguarda qualsiasi tipo di impresa familiare. A livello mondiale si stima che circa il 7% delle

imprese familiari viene venduto alla prima generazione, il 3% cresce in seguito al passaggio generazionale e il 10% mantiene la stessa dimensione. Mentre nel passaggio dalla seconda alla terza generazione chiudono circa l'80% delle imprese americane, l'86% delle imprese europee e l'87% di quelle asiatiche²²⁷

Il tessuto imprenditoriale europeo si contraddistingue per una marcata presenza di PMI e si stima che, nei paesi membri, siano localizzate circa 20 milioni di piccole e medie imprese²²⁸ e che queste, nella maggioranza dei casi, siano a conduzione familiare. E' logico capire perché il mancato successo del passaggio generazionale nelle imprese familiari preoccupa le Istituzioni Europee.

Secondo un rapporto pubblicato dalla Commissione Europea nel 2002 più di un terzo delle imprese europee, nei prossimi 10 anni, dovrà affrontare il "passaggio di testimone", ciò vuol dire che annualmente circa 610.000 imprese, che offrono nel totale circa 2.4 milioni di posti di lavoro, si trovano a dover gestire la successione in azienda.

L'Unione Europea ha, inoltre, elaborato delle stime riguardo la probabilità di fallimento del processo di successione, secondo tali stime, annualmente circa il 25-30% delle imprese familiari sottoposte a passaggio generazionale cessano in maniera definitiva la propria attività con consistenti riflessi sull'occupazione e 2 imprese su 3 non sono più presenti sul mercato nell'arco dei 5 anni seguenti al cambio di gestione²²⁹.

²²⁷ Il Ciclo di vita dal family business, Elaborazioni Centro Studi sull'impresa di famiglia "Di padre in figlio".

²²⁸ Stima EIM *Business & Policy Research*; le stime si basano sui dati di Eurostat SME Database. Si basano anche su *European Economy*, Supplement A, giugno 2001 e OECD: *Economic Outlook*, No. 65, giugno 2001

²²⁹ E' opportuno sottolineare che le informazioni e i dati disponibili sul trasferimento delle imprese e soprattutto sul ricambio generazionale, sono scarsi,

I dati forniti dal rapporto citato, come spiega la stessa Commissione, sono frutto di approssimazioni e sono basati sulle seguenti ipotesi:

- gli imprenditori con almeno 55 anni sono destinati ad andare in pensione entro i prossimi 10 anni;
- circa il 20% dei lavoratori autonomi ha più di 55 anni;
 - il 60% dei trasferimenti d'azienda sono da imputare al pensionamento del titolare, gli altri sono da addurre a motivazioni diverse quali ragioni personali o legate al contesto esterno.
 - annualmente i trasferimenti di azienda coinvolgono una percentuale che va dal 2,8% al 4% delle imprese degli Stati membri.

Per quanto riguarda la situazione italiana il 66% delle imprese attive al 31.12.2007 (circa 5.200.000) sono ditte individuali come mostra la figura 3.4, inoltre, come risulta dall'ultimo Censimento Istat (2001), il nostro sistema imprenditoriale è caratterizzato da una fortissima presenza di micro, piccole e medie imprese, che rappresentano circa il 99,86% delle imprese nazionali e di imprese a conduzione familiare che sono circa il 92,9% del totale.

Dall'Indagine cognitiva sulle aspettative generazionali nelle imprese di famiglia, effettuata dall'Istituto di ricerca Trasversale nel 2008, risulta che nel 94% dei casi si tratta di micro-piccole imprese familiari (Figura 3.5) in cui la famiglia non è solo coinvolta nel capitale di rischio ma anche nella gestione.

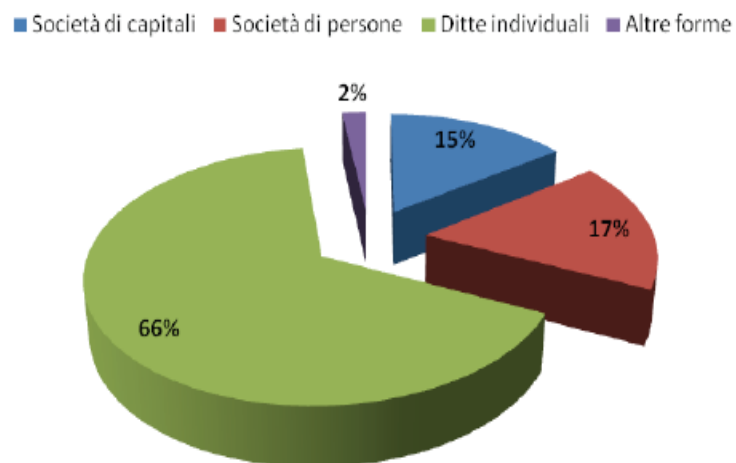
L'indagine su citata partendo dall'ipotesi che il ricambio generazionale debba avvenire circa ogni 25 anni e classificando gli

frammentari e non sempre comparabili, specialmente in Italia dove la fase di ricambio generazionale ha assunto connotazioni negative.

imprenditori per fasce di età stabilisce che il 39% degli imprenditori italiani avrebbe già dovuto pianificare il passaggio generazionale e il 24% dovrà organizzarlo nei prossimi 10 anni (si veda grafico 3.6)

Figura 3.4

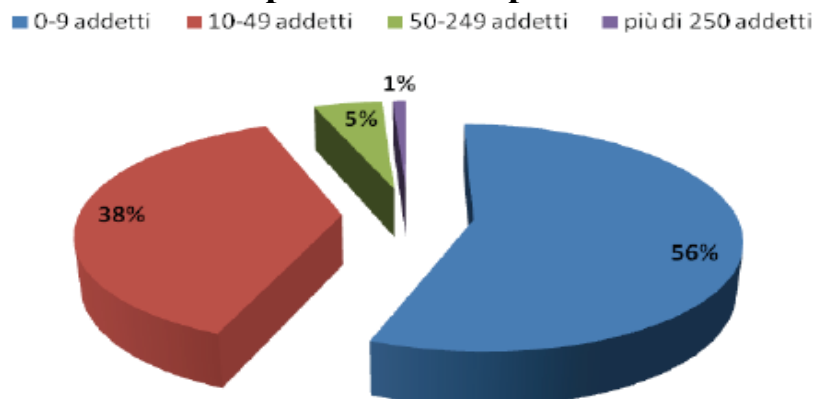
La distribuzione delle imprese in Italia per forma giuridica.



Fonte: Infocamere 2007

Figura 3.5

Distribuzione imprese familiari per classi di addetti

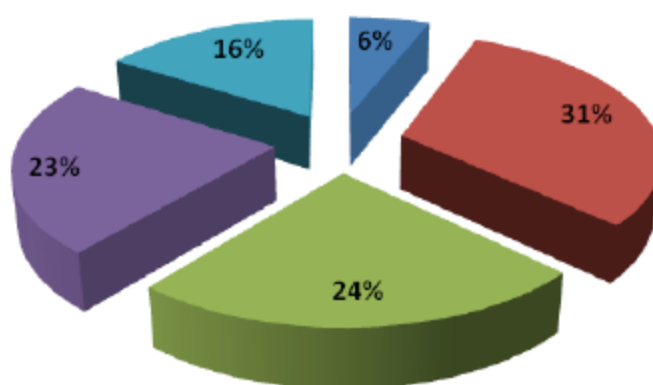


Fonte: Infocamere 2007

A fronte di questi dati il passaggio generazionale rappresenta uno degli snodi decisivi per il futuro dell'economia italiana se si pensa che circa il 79,3% della popolazione lavora in un'impresa familiare²³⁰.

Grafico 3.6
Gli imprenditori italiani per fasce d'età

■ fino a 30 anni ■ dai 31-44 anni ■ dai 45-54 anni
■ dai 55-64 anni ■ più di 64 anni



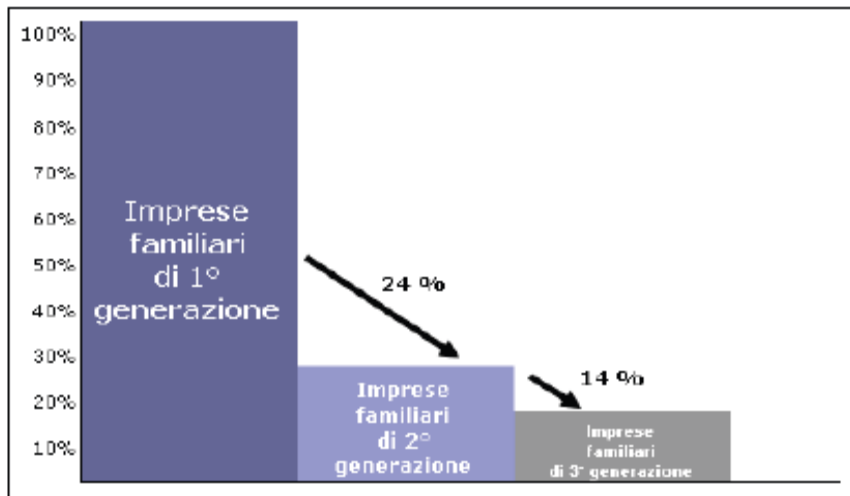
Fonte: Istituto di ricerca Trasversale 2008

E' opportuno sottolineare che le informazioni e i dati disponibili sul trasferimento delle imprese e soprattutto sul ricambio generazionale, sono scarsi, frammentari e non sempre comparabili, specialmente in Italia dove la fase di ricambio generazionale ha assunto connotazioni negative.

Da una ricerca effettuata dalla SDA Bocconi in collaborazione con AidAf e Unicredit nel 2004 sul tema del passaggio generazionale nelle imprese familiari italiane emerge che solo il 20-24% di queste raggiunge la seconda generazione e solo il 3-14% la terza (figura 3.7).

²³⁰ Elaborazione di L. Gnan, Università Bocconi, su dati ISTAT 1996 e Banca d'Italia.

Figura 3.7
Sopravvivenza delle imprese familiari al passaggio generazionale

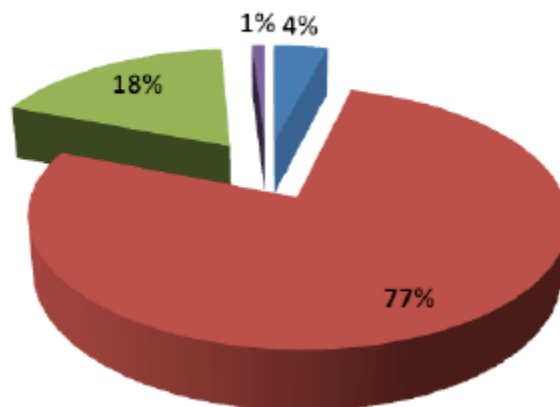


Fonte: Ricerca coordinata dal Prof. Guidi Corbetta SDA Bocconi in collaborazione con AidAf e Unicredit, 2004

Grafico 3.8.

Le generazioni al comando

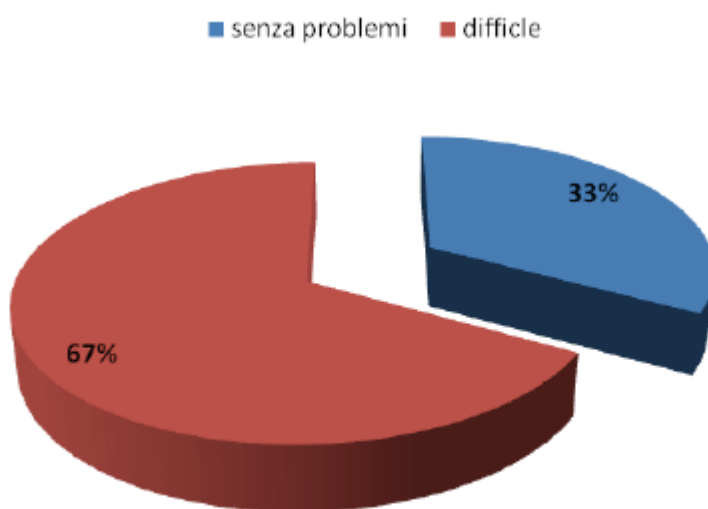
■ prima generazione ■ seconda generazione
 ■ terza generazione ■ quarta generazione



Fonte: Istituto di ricerca Trasversale 2008

Da una ricerca effettuata dalla SDA Bocconi in collaborazione con AidAf e Unicredit nel 2004 sul tema del passaggio generazionale nelle imprese familiari italiane emerge che solo il 20-24% di queste raggiunge la seconda generazione e solo il 3-14% la terza (Grafico 3.8).

Grafico 3.9.
Sensazione degli imprenditori sullo svolgimento del passaggio generazionale



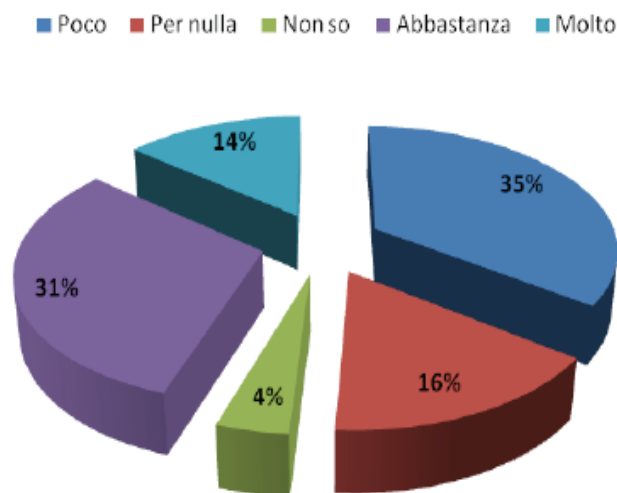
Fonte: Fondazione Nord Est, 2005

Dall'Indagine cognitiva su citata risulta che attualmente il 4 % delle imprese familiari attive in Italia si trova alla prima generazione, il 77% alla seconda, il 18 alla terza e solo l'1% alla quarta (Grafico 3.8).

Secondo i dati dell'Osservatorio Asam-Pmi, il passaggio generazionale ha coinvolto, solo nel 2003, il 68% delle piccole e medie imprese italiane. Inoltre, secondo il Rapporto "Passaggio a Nord Est: i nuovi imprenditori tra giovinezza e maturità" realizzato da

Fondazione Nord Est nel 2005 sulle aziende a conduzione familiare, il 45% delle aziende italiane sta vivendo la fase del passaggio generazionale e solo una piccola parte degli imprenditori coinvolti ritiene che questa fase si svolgerà senza problemi (Grafico 3.9).

Grafico 3.10.
Il livello di preoccupazione degli imprenditori sullo svolgimento della fase

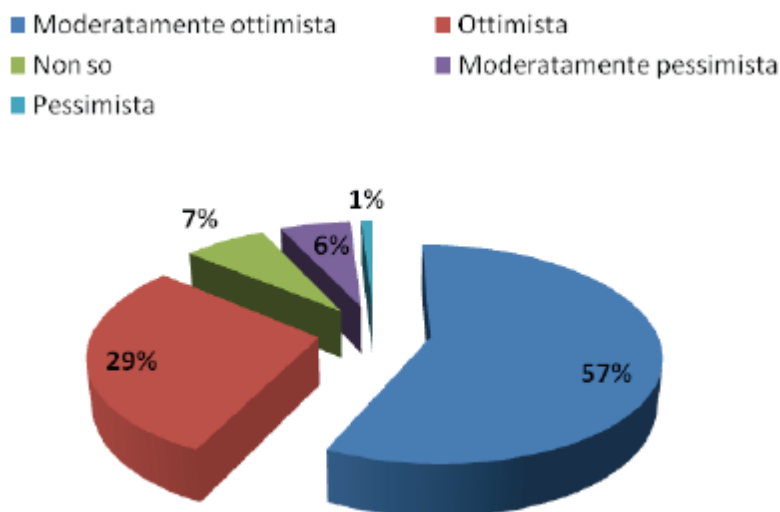


Fonte: ISPO

La fase del passaggio generazionale è però affrontata con minori preoccupazioni (Grafico 3.10) e maggiore ottimismo riguardo il futuro dell'azienda (Grafico 3.11) dalle imprese familiari italiane di grandi dimensioni come emerge dallo studio condotto dall'Istituto per gli Studi sulla Pubblica Opinione (ISPO).

Grafico 3.11.

Sul futuro dell'impresa l'imprenditore è?



Fonte: ISPO

E' opportuno sottolineare però che nonostante i dati sulla cessazione dell'attività imprenditoriale siano allarmanti ha molte più probabilità di sopravvivenza un'azienda che ha gestito la fase di ricambio generazionale (96%) rispetto ad un'azienda nuova nata (75%)²³¹.

3.3 Crisi dell'impresa familiare: procedure di risanamento

Accanto alle procedure concorsuali che implicano la “morte” dell'impresa come il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, nonché la controllata e il concordato, l'ordinamento giuridico italiano ne ha inserita una nuova: l'amministrazione straordinaria. Così è definita la procedura diretta verso la grande impresa insolvente, con il

²³¹ Servizio Studi e Ricerche della Camera di Commercio di Mantova.

fine di conservare il patrimonio produttivo o tramite la prosecuzione, la riattivazione o la riconversione dell'attività imprenditoriale.

Per quanto concerne l'amministrazione straordinaria, nel corso del tempo questo istituto ha subito modifiche anche profonde.

Originariamente esisteva la L. 95/79, la cosiddetta legge Prodi, che aveva l'obiettivo di evitare il fallimento di imprese di rilevante interesse pubblico.

Uno strumento di carattere temporaneo ed eccezionale finalizzato all'individuazione, sulla base di criteri socio-economici, delle attività risanabili e di quelle da liquidare. Ciò nonostante le disposizioni inserite nella L.95/79 hanno innescato un lungo contenzioso con le istituzioni europee in particolare per ciò che riguardava le disposizioni in materia di aiuti di Stato alle imprese. La nuova normativa, il D.Lgs. 270/99, stabilisce delle nuove regole.

All'amministrazione straordinaria possono accedere tutte le imprese soggette alla legge fallimentare purché:

- a) abbiamo un numero di lavoratori subordinati non inferiori a 200 (compresi quelli in CIG);
- b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai 2/3, tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio;
- c) presenza di concrete prospettive di recupero da realizzarsi o mediante la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio di impresa di durata non superiore ad un anno oppure "tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni.

Ovviamente spetta al tribunale dove l'impresa ha la sede principale dichiarare lo stato di insolvenza. Sempre il tribunale provvede alla nomina di un giudice delegato per la procedura e quella dei commissari giudiziali. Una volta dichiarato lo stato di insolvenza, il commissario giudiziale deve predisporre una relazione in cui si individuano le cause che hanno determinato il precipitare della situazione e quindi l'esistenza dei requisiti per l'ammissione alla procedura. Copia della relazione è inviata anche al Ministero dello Sviluppo Economico.

I compiti del commissario prevedono, tra l'altro, la presentazione al Ministro di un programma di recupero dell'equilibrio dell'impresa da realizzarsi, come già detto, o attraverso la cessione dei complessi aziendali o mediante la ristrutturazione. In ogni caso, tenendo conto dell'unità operativa dei complessi aziendali e degli interessi dei creditori.

Più recentemente, anche in seguito allo scandalo PARMALAT, sono stati introdotti delle novità relativamente alle imprese in stato di insolvenza. Innanzitutto i requisiti richiesti sono:

- a) un numero di lavoratori subordinati non inferiore a mille da almeno un anno, compresi quelli in CIG;
- b) debiti per non meno di un miliardo di euro, compresi quelli derivanti da garanzie rilasciate.

L'esistenza congiunta di questi requisiti consente al Ministro dello Sviluppo Economico di attivare immediatamente la procedura di amministrazione straordinaria e di provvedere alla nomina del Commissario. Successivamente, dopo tre giorni, il decreto del Ministro è comunicato al Tribunale competente. E' importante notare il commissario, entro 180 giorni dalla sua nomina, presenta il

programma in cui deve indicare:le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dimettere;

- a) l'eventuale liquidazione di beni non funzionali all'esercizio di impresa;
- b) le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzioni all'esercizio di impresa;
- c) la copertura del fabbisogno finanziario.

Sempre a proposito di crisi di impresa, vanno segnalate altre due misure. La prima riguardante l'istituzione del Fondo per il salvataggio e la ristrutturazione in difficoltà, di cui si aspettano i provvedimenti attuativi. L'altra, prevista sia nel Disegno di Legge Bersani che nella Finanziaria 2007, finalizzata a contrastare il declino e il consolidamento delle imprese di rilevanti dimensioni occupazionali (almeno 200 dipendenti), attraverso una cooperazione tra il Ministero dello Sviluppo Economico e Ministero del Lavoro, che si avvarranno dell'attività ricognitiva delle Camere di Commercio.

Scopo dichiarato della norma in via di approvazione è quello di intervenire "in anticipo ", prima cioè che la crisi di impresa assuma caratteristiche patologiche ed irreversibili.

3.3.1 Gli accordi di ristrutturazione per debiti

La riforma del diritto fallimentare, attuata con il d.lgs. n.5/2006, ed entrata in vigore il 16 luglio 2006 , ha riguardato in modo organico e completo il fallimento e le altre procedure concorsuali. Come sottolineato in precedenza, già il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, aveva apportato significative modifiche alla legge fallimentare

riguardanti, in particolare, oltre quella dell'azione revocatoria, la disciplina del concordato preventivo introducendo, nel quadro di quest'ultima, e più specificamente con l'art. 182- *bis*, gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Dopo vari tentativi di riforma organica della stessa, svolti negli ultimi due decenni e rimasti privi, però, di positivo approdo, questa prima e parziale revisione della legge fallimentare, ritenuta rispondente alle esigenze dell'economia, offre così lo spunto per inquadrare in una nuova prospettiva il ruolo dell'autonomia privata nella gestione e nella sistemazione della crisi di impresa.

Il legislatore ha introdotto nuovi strumenti di composizione concordata della crisi di impresa, incentrati sulla valorizzazione degli accordi tra debitori e creditori e finalizzati al superamento della crisi ed/od a scongiurare che all'insolvenza debba necessariamente conseguire la cessazione dell'impresa²³².

In effetti, l'intento di realizzare il superamento delle crisi aziendali ed il salvataggio economico delle imprese, attraverso un vero e proprio contratto plurilaterale atipico, cui accedono, da un lato, l'impresa in crisi, e, dall'altro, i vari creditori e che si basa, normalmente, su clausole di remissione totale o parziale del debito di impresa²³³ e/o di

²³² GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in *Giur.comm.*, 2003, 152; FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedure di riorganizzazione delle imprese in prospettiva di novità legislative*, in *Giur.comm.*, 2002, 65, FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in (a cura di) GALGANO, *Tratt.dir.comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 2005.

²³³ Le strategie perfezionate con i creditori, solitamente, sono le seguenti: - rinuncia al credito (i creditori possono acconsentire di rinunciare ai crediti verso l'impresa, sempre che questi rientrino tra i crediti disponibili); - cessione di crediti in pagamento (l'impresa può, anziché soddisfare direttamente i creditori mediante il pagamento di quanto dovuto, cedere loro in cambio dei propri crediti che vanta nei confronti di soggetti estranei al concordato); - cessione di beni in pagamento (ossia, un soddisfacimento dei creditori anziché con denaro, con attribuzione agli stessi dei beni aziendali, affinché siano liquidati e la somma così ricavata

moratoria dei pagamenti, oltre ad essere diffuso da tempo e noto come privatizzazione dell'insolvenza, è stato anche oggetto di vaglio da parte della giurisprudenza²³⁴.

Le soluzioni concordate, proprio perché formate sul consenso dei creditori, devono (i) perseguire prioritariamente gli interessi di questi ultimi, (ii) essere tempestive, (iii) non imporre vincoli e limiti alla fantasia progettuale del proponente, (iv) essere trasparenti, consentendo una percezione veritiera della realtà imprenditoriale, della natura e delle dimensioni della crisi e di come si intende affrontarla, (v) svilupparsi al riparo dalle iniziative individuali di autotutela dei singoli creditori, garantendo al contempo la conservazione dei valori patrimoniali, (vi) assicurare protezione agli atti compiuti sia nel tempo richiesto per la messa a punto del piano e la formazione del consenso dei creditori, sia nel periodo dell'esecuzione del piano²³⁵

Un giudizio, dal punto di vista pratico e funzionale, delle convenzioni stragiudiziali, una volta chiarita la piena validità delle stesse sotto l'aspetto giuridico²³⁶, che tenga conto delle principali caratteristiche di queste "soluzioni" privatistiche della crisi d'impresa, rispetto alla procedura che si vuole evitare, ossia, il fallimento, deve necessariamente tenere conto di un'analisi comparata della durata di

successivamente divisa); - mandato a riscuotere (i creditori assumono, in questo modo, l'incarico di riscuotere uno o più crediti che l'impresa vanta verso terzi); - riscadenamento dei debiti relativi alle linee di credito con le banche intrattenute.

²³⁴ Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439; Cass. 26 giugno 1992, n. 80192. Per la dottrina, cfr. Frascaroli Santi, *Effetti della composizione stragiudiziale della insolvenza*, Padova, 1995; De Sensi, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir.fall.*, 2005, p.57.

²³⁵ Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Il fall.*, 2005, p. 1453

²³⁶ Pasetti, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova, 1970, p. 43; Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983

entrambi, nonché della percentuale di soddisfacimento che le due diverse procedure (generalmente) garantiscono ai creditori.

Ebbene, a fronte di una durata media di otto anni di un fallimento e di una percentuale di soddisfacimento pari al 30% dei crediti, gli accordi stragiudiziali garantiscono una percentuale ben più elevata (55-60%) ed in un lasso di tempo sicuramente inferiore.²³⁷

Tuttavia, queste soluzioni, che si sono sempre dimostrate più agili, offrendo altresì risultati migliori rispetto agli strumenti giudiziali predisposti dal legislatore del '42²³⁸, hanno sempre sofferto l'assenza di un "ombrello" protettivo che le ponesse al riparo, in caso di insuccesso, dagli «strali civili della revocatoria e soprattutto da quelli penali delle varie ipotesi di bancarotta»²³⁹.

Nella maggior parte dei casi, per la verità, "attore principale" della sistemazione negoziale della crisi è sostanzialmente il sistema bancario.

Proprio accordandosi con gli istituti di credito, infatti, l'impresa può riuscire ad ottenere ulteriori finanziamenti o, comunque, a non dover restituire in tempi troppo ristretti quanto ricevuto; le banche, da parte loro, potranno ottenere più facilmente la restituzione di quanto concesso all'impresa, se questa è in grado di risollevarsi dalla crisi.

²³⁷ Ghia, *Gli obiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral*, in *Il fall.*, 2005, p. 1229.

²³⁸ La possibilità di ricorrere allo strumento degli accordi stragiudiziali era già contemplata dal codice di commercio del 1985, il quale, all'art. 825, prevedeva la possibilità di ricorrere ad accordi di riorganizzazione, purchè congiuntamente voluti da un *quorum* significativo di creditori che fossero disponibili ad accettare un pagamento preferenziale dei creditori dissenzienti. Cfr. Oliva, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il fall.*, 1999, p. 826.

²³⁹ Jorio, *op.cit.*, p.1454.

Generalmente, sono le imprese medio-grandi con elevata esposizione debitoria verso le banche a raggiungere con queste ultime un accordo stragiudiziale, ma spesso anche quelle più piccole, se fortemente esposte nei confronti di uno o più istituti di credito, possono beneficiare di questa via stragiudiziale.

Le banche, poi, avendo le competenze professionali necessarie per individuare le soluzioni finanziarie più idonee in relazione alle caratteristiche dell'impresa e del mercato in cui la stessa opera, svolgono, in tale processo, un ruolo decisivo, tant'è che è il loro atteggiamento, alla fine, a determinarne l'esito positivo o meno.

Ed, al riguardo, sia per "responsabilizzare" le banche in questa delicata fase, che per consentire una corretta ed uniforme valutazione della bontà del piano di risanamento, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha predisposto un Codice di autodisciplina²⁴⁰ che fissa, in dieci articoli, i principi comportamentali che devono caratterizzare la condotta delle banche e delle società finanziarie nelle procedure di concertazione finalizzate al superamento delle crisi di impresa.

Nel caso in cui, però, il tentativo di salvataggio e di risanamento non abbia un esito favorevole, con conseguente apertura di una procedura concorsuale, gli effetti negativi di tale insuccesso sono assai gravi, sia per le banche, che per l'impresa stessa, in quanto:

- gli amministratori di tutte le società coinvolte nel piano sono esposti al rischio di subire procedimenti penali per reati fallimentari;
- tutti i pagamenti effettuati dall'impresa nel c.d. periodo sospetto, nonché le garanzie reali prestate dall'impresa in crisi, possono essere assoggettati ad azione revocatoria;

²⁴⁰ Circ. ABI Serie Legale n. 9/2000

- anche in sede civile, la banca può essere chiamata a rispondere di condotte illecite, ossia di interruzione²⁴¹ o di concessione abusiva di credito²⁴².

Dunque, prima del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, di modifica del titolo terzo del R.d. 16 marzo 1942, n. 267, gli accordi volti alla ristrutturazione dei debiti aziendali presentavano la caratteristica di costituire un espediente molto rischioso sia per il debitore, che poteva trovarsi esposto al pericolo, nell'ipotesi di successiva dichiarazione di insolvenza, di una contestazione per bancarotta preferenziale (ex art. 216 l.fall.), sia per i creditori, i quali potevano essere evocati in giudizio, oltre che per analogia contestazione di natura penale e, nell'ipotesi di apporto di c.d. nuova finanza, anche per concessione abusiva di credito, anche con azioni revocatorie esperite dalla curatela fallimentare²⁴³.

Con la riforma, il legislatore ha offerto tre ipotesi di accordi: (i) il (già noto) concordato preventivo, (ii) l'accordo di ristrutturazione dei debiti, (iii) il piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501- *bis*, quarto comma, c.c.

²⁴¹ Cass. 14 luglio 2000, n. 9321. In DeJure 2011.

²⁴² L'azione, in questo caso, è proposta dal curatore (Cfr. Cass. 19 settembre 2003, n. 13934; Trib. Foggia 12 dicembre 2000; *Contra*, Cass. 9 ottobre 2001, n. 12368).

²⁴³ De Crescenzio-Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p.63.

Le disposizioni che disciplinano tali tipi di accordo sono rinvenibili, rispettivamente, nell'art. 160, nell'art. 182- *bis*, e nel novellato terzo comma lett. d) dell'art. 67 l. fall.²⁴⁴

Il “ridisegnato” concordato preventivo contempla e presuppone un accordo che, volto alla ristrutturazione dei debiti ed al correlato soddisfacimento dei crediti, con la possibilità, per il proponente, di operare una suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi omogenei, con trattamenti differenziati tra gli appartenenti alle stesse, si perfeziona, attraverso alcuni passaggi obbligatori, con la sua definitiva omologazione, la quale lo rende efficace anche nei confronti di eventuali creditori dissenzienti²⁴⁵.

Lo strumento apprestato e disciplinato dall'art. 182- *bis* l.fall., presuppone, invece, che il debitore depositi, unitamente alla documentazione di cui all'art. 161 di detta legge, un accordo di ristrutturazione dei debiti intervenuto con tanti creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dell'ammontare complessivo dei crediti, corredato dalla relazione di un esperto che ne attesti la concreta attuabilità, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Esso rappresenta, quindi, un tipico regolamento consensuale relativo all'esposizione debitoria (dell'impresa in stato di crisi), con la previsione di un suo rientro graduale, compatibile con i flussi di cassa.

²⁴⁴ FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Il fall.*, 2005, p. 1446 e ss.

²⁴⁵ CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 585

Con tale istituto, in sostanza, viene attribuito “diritto di cittadinanza”, nel nostro sistema, a quello dell’accordo stragiudiziale²⁴⁶.

Oltre alla estrema brevità della norma volta a disciplinare tale tipo di accordo ed alla laconicità della “relazione illustrativa” al decreto legge n. 35/2005, evidenziate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza²⁴⁷, si è rilevato che il legislatore, completamente disinteressato al motivo che può indurre l’imprenditore a tentare di perfezionare un accordo di ristrutturazione con i creditori, non avendo previsto che questo debba trovare il relativo presupposto in una situazione di crisi, reversibile o meno, o nel pericolo di insolvenza, si è solo preoccupato di far sì che, attraverso l’accordo in esame, trovino soddisfazione, nella misura concordata con il debitore, tutti i creditori ad esso aderenti e, in misura integrale, quelli ad esso estranei, e che sia salvaguardata la prosecuzione dell’attività dell’impresa.

Per individuare la natura giuridica degli accordi di cui sopra dovrà farsi necessario ricorso, in assenza, al riguardo, di qualsiasi precisazione normativa, ai principi ed agli schemi generali offerti dal nostro ordinamento.

Lo schema giuridico evocato dal termine “accordo”, che implica un elevato grado di negoziabilità delle ristrutturazioni, è quello tipico delle fattispecie a formazione progressiva, che presuppone un vero e proprio contratto stipulato tra il debitore ed una parte dei creditori, (almeno) nella percentuale indicata dalla norma, che deve essere raggiunta al momento del deposito della domanda di omologazione in tribunale. L’accordo è così riconducibile nell’ambito del negozio

²⁴⁶ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il fall.*, 2005, p. 949.

²⁴⁷ Trib. Bari, 21 novembre 2005 (decr.), in *Il fall.*, 2006, p. 169.

giuridico atipico, che può essere concluso in momenti diversi con ciascun creditore.

Il pieno rispetto del principio dell'autonomia privata, in base al quale il contenuto contrattuale vincola solo i contraenti e non gli estranei ad esso, risulta poi garantito ove si consideri che, per quanto riguarda i terzi estranei all'accordo, il pagamento dei rispettivi crediti dovrà avvenire regolarmente, alle naturali scadenze.

Anche la vaghezza del termine "debitore", quale soggetto legittimato a presentare l'accordo di ristrutturazione, ha spinto a domandarsi se, per avventura, l'opportunità da questo rappresentata non potesse essere colta persino dal debitore civile.

E, però, appare fuori di dubbio che il presupposto soggettivo dell'ammissione alla procedura sia lo stesso del fallimento: deve trattarsi, cioè, di un imprenditore commerciale che non rientri nella definizione di piccolo imprenditore fornita dall'art. 1 l.fall.

La norma, a differenza di quanto avviene per il fallimento e il concordato preventivo, non specifica il presupposto oggettivo necessario ai fini (della presentazione) di un accordo di ristrutturazione e gli interpreti, anche in considerazione della collocazione dell'art. 182- *bis*, l. fall., hanno ritenuto che a quei fini il legislatore abbia considerato necessario lo "stato di crisi" previsto nella nuova disciplina del concordato preventivo e comprendente, in forza dell'introduzione del secondo comma dell'art. 160 l. fall., operata dall'art. 36 D.l. n. 273/2005, anche lo stato di insolvenza.

Neanche il contenuto dell'accordo è stato precisato dalla legge: esso potrà così comprendere sia la parziale rinuncia al credito, sia la concessione di dilazioni di pagamento, sia, ancora, la rideterminazione

o l'abbattimento degli interessi maturati o convenzionalmente convenuti.

Dovrebbe essere anche possibile prevedere tra i creditori aderenti un diverso trattamento, proponendo modalità e termini diversificati di soddisfacimento per i vari creditori o categorie di creditori²⁴⁸.

Ad ogni modo, i creditori cc.dd. estranei all'accordo dovranno essere soddisfatti per intero, ed alle rispettive scadenze. Tale conclusione, già di per sé ricavabile dalla disposizione di cui all'art. 182- bis, è stata espressa dal Tribunale di Milano²⁴⁹, presso il quale sono stati omologati, per la prima volta dall'entrata in vigore del D.l. n.35/2005, con provvedimenti depositati il 21 dicembre 2005 ed il 16 gennaio 2006, due diversi accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'accordo con i creditori potrà eventualmente contenere, poi, la conversione dei crediti in capitale di rischio e/o l'assunzione di un contestuale impegno di concedere nuovi finanziamenti all'impresa, necessari a realizzare, in qualche modo, una complessa ma sicura riorganizzazione della stessa.

D'altronde, tali intese saranno valide ogni qualvolta gli interessi perseguiti risultino meritevoli di tutela: tant'è che nell'ipotesi di insuccesso, l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore non sarà causa di risoluzione dell'accordo stesso, ma determinerà solo la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno chiedere l'ammissione al passivo²⁵⁰. E' espressamente esclusa, inoltre, dall'art.

²⁴⁸ MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il fall.*, 2006, p.101.

²⁴⁹ Decr. 16 gennaio 2006. Cfr. Negri, *Crisi d'impresa, intese leggere*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 Aprile 2006, p. 17.

²⁵⁰ PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, p. 313, secondo cui la mancata omologazione dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti –

67, comma 3, lett. d) l.fall., la possibilità di revoca degli atti compiuti, dei pagamenti eseguiti e delle garanzie concesse in esecuzione dell'accordo omologato.

Il procedimento previsto dall'art. 182- *bis* l.fall. si articola in due fasi nettamente distinte: la prima, avente natura stragiudiziale, si sostanzia nell'attività con cui l'imprenditore negozia la propria situazione debitoria con i creditori e stipula un accordo con una parte di essi; la seconda, avente natura giudiziale, inizia con il deposito dell'accordo in tribunale e si conclude con l'omologazione da parte di quest'ultimo. In questa seconda fase, la finalità pubblicistica dei procedimenti concorsuali (avente ad oggetto la tutela degli interessi generali sottesi) è assicurata, quindi, dall'intervento dell'autorità giudiziaria²⁵¹, la quale dovrà decidere sulle eventuali opposizioni presentate dai creditori e provvedere o meno all'omologazione del piano.

Particolare rilievo assume, sempre nell'ambito del procedimento, la relazione dell'esperto.

A mente della disposizione di cui al primo comma dell'art. 182- *bis* l.fall., infatti, il debitore, oltre all'accordo di ristrutturazione dei debiti intervenuto con i propri creditori, deve depositare anche la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161, l.fall..

Il piano di ristrutturazione e la documentazione ad esso allegata devono essere accompagnati, quindi, dalla relazione di un esperto esterno all'impresa, che quest'ultima deve scegliere tra i

indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento che ne potrebbe conseguire-comporta anche l'invalidità e, dunque, l'inefficacia dell'adesione espressa dai creditori

²⁵¹ CARAMASCHI, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2006, p. 52.

professionisti aventi le medesime caratteristiche professionali necessarie per poter essere nominati curatori fallimentari.

Per quanto riguarda le formalità di presentazione dell'accordo, deve ritenersi, nel silenzio della legge, che, per il deposito, per la pubblicazione nel registro delle imprese e per la verifica delle adesioni pervenute, sia assolutamente indispensabile la forma scritta²⁵², e che le firme dei creditori aderenti siano autenticate²⁵³.

Entro 30 giorni dalla pubblicazione i creditori ed ogni altro soggetto interessato possono proporre al tribunale eventuali opposizioni. Da tale momento, inoltre, l'accordo acquista piena efficacia (art. 182- *bis*, ult.com.). A tal proposito, bisogna rilevare come non sia dato comprendere il motivo per cui il legislatore abbia posto tale termine decadenziale a favore di tutti i creditori, ivi compresi coloro che hanno prestato espressa adesione all'accordo per la ristrutturazione dei debiti.

Anche qui, peraltro, si riscontra un'ulteriore e grave lacunosità normativa, relativa all'omissione della specificazione delle forme e dei modi di proposizione dell'opposizione, ed alle conseguenze dell'accoglimento di quest'ultime, lacunosità che potrebbe avere una qualche giustificazione solo se si considerasse l'accordo ex art. 182- *bis* una particolare modalità di esecuzione del concordato preventivo.

Un altro punto critico della norma rimane la valutazione dell'idoneità dell'accordo a superare lo stato di crisi.

²⁵² Trib. Brescia 22 febbraio 2006; Trib. Roma, 7 luglio 2005, in *Il nuovo dir.soc.*, 2005, n.23, p. 47.

²⁵³ Trib. Bari, 21 novembre 2005, secondo cui «*la necessità insopprimibile di valorizzare la genuinità della manifestazione di volontà dei creditori unitamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese impone che le sottoscrizioni debbano essere autenticate e certificate da un soggetto dotato di tale potere*».

Premesso che il tribunale dovrà anzitutto accertare la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi del debitore, nonché decidere sulle eventuali opposizioni presentate dai creditori, è controverso in dottrina se il giudizio di omologazione debba riguardare anche la valutazione dell'idoneità del piano ad assicurare l'integrale e tempestivo pagamento dei creditori estranei, o se tale giudizio debba limitarsi ad un controllo riguardante l'assoluto rispetto dei criteri di legge posti a fondamento dell'accordo e della sua non contrarietà a norme imperative²⁵⁴.

Successivamente, il Tribunale, all'esito del controllo ed alla risoluzione delle eventuali opposizioni, provvede, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, all'omologazione dell'accordo.

Secondo quanto previsto dall'art. 183, 1. fall., espressamente richiamato dall'art. 182-*bis*, il decreto con il quale il tribunale omologa l'accordo è reclamabile in Corte d'Appello: il reclamo deve essere proposto entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto²⁵⁵ e deve essere notificato al debitore ed alle parti costituite in giudizio.

La Corte d'Appello decide con sentenza che può, nei casi ammessi dalla legge, essere impugnata mediante ricorso in Cassazione.

²⁵⁴ COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in (a cura di) Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, p. 287. *Contra*, AMBROSINI, *op. cit.*, p. 951; FALCONE, *Le procedure di composizione negoziale*, in (a cura di) Bonfatti, *La disciplina delle azioni revocatorie*, Milano, 2005, p. 184. In giurisprudenza, nel senso che il controllo debba riguardare anche il merito dell'accordo, si è espresso, con decreto depositato il 23 gennaio 2007, il Tribunale di Milano. Nello stesso senso, anche il Tribunale di Bari (decr. 21 novembre 2005, richiamato) il quale, rigettando il ricorso presentato, ha tuttavia concesso al debitore la possibilità di integrare la documentazione e di apportare all'accordo le modifiche necessarie, in considerazione delle incertezze della normativa di riferimento.

²⁵⁵ Corte cost., 12 novembre 1974, n. 255 in *DeJure*, 2011.

Al contrario, la mancata omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ha come effetto che il tribunale, ove fossero state presentate, nei confronti del debitore, istanze di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l.fall., dovrà procedere alla verifica della sussistenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore e, in caso di esito positivo, dichiararne il fallimento; in caso contrario, il collegio dovrà dichiarare la chiusura della procedura, semplicemente omettendo l'omologazione dell'accordo. Occorre peraltro domandarsi, in caso di mancata omologazione dell'accordo iscritto nel registro delle imprese, quale sorte lo stesso debba seguire. A tal proposito, potrebbe ritenersi che, in mancanza di una espressa volontà negoziale che ne preveda la risoluzione, l'accordo sarà comunque vincolante per i creditori aderenti.

Infine, sempre nel silenzio della legge, deve ritenersi che, ove l'impresa non adempia gli obblighi assunti con l'accordo di ristrutturazione, i creditori aderenti possano domandare la risoluzione dello stesso secondo la disciplina generale prevista in materia contrattuale.

Delineata la disciplina che li regola, risulta evidente che il legislatore ha inteso riservare agli accordi di ristrutturazione un trattamento di particolare favore laddove con la disposizione di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) l. fall., ha affrancato dalla revocatoria fallimentare, come si è detto, gli atti compiuti, i pagamenti eseguiti e le garanzie concesse dal debitore in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182- *bis*.

Così, la salvaguardia della “nuova finanza” e, più in generale, l'esonero dall'azione revocatoria, in caso di successivo fallimento], per i pagamenti ricevuti dai creditori una volta che l'accordo sia stato

omologato, dimostrano come il legislatore sia venuto incontro alle esigenze della prassi, al fine di salvaguardare gli accordi intercorsi fra i debitori ed i creditori.

Ecco perché, pur dovendosi rilevare come la soluzione adottata sia spesso lacunosa ed incerta, non sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che la novità introdotta dall'articolo 182- bis l. fall. rischi di restare largamente inapplicata²⁵⁶.

Analogo discorso vale per il c.d. piano attestato di risanamento, previsto dall'art. 67, terzo comma lett. d) l. fall., la cui ragionevolezza dev'essere certificata da un revisore contabile o da una società di revisione nominata dal tribunale nel solo caso della società per azioni, e che costituisce un ulteriore strumento per la risoluzione stragiudiziale della crisi dell'impresa.

L'ipotesi prevista è, dunque, quella di una crisi transitoria ritenuta superabile con un piano di risanamento giudicato "ragionevole" da un soggetto scelto, per lo più, dallo stesso imprenditore in difficoltà e che va addirittura oltre la soluzione stragiudiziale già nota, in quanto non è prevista la necessità di raccogliere, in ordine ad esso, il consenso dei creditori.

Il piano in questione dovrà contenere l'indicazione delle risorse finanziarie predisposte per il soddisfacimento delle obbligazioni derivanti dall'accordo stragiudiziale, e la ragionevolezza dello stesso dovrà essere valutata in riferimento alla sua idoneità a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa.

Il suddetto piano, inoltre, potrà avere contenuti più ampi di quelli previsti nell'accordo presentato ai sensi dell'art. 182- *bis*, il quale deve

²⁵⁶ JORIO, *op.cit.*, p. 1460

avere, come finalità, la “ristrutturazione” dei debiti e non quella, piu’ ampia, del “risanamento”²⁵⁷.

L’ampiezza dei contenuti del piano stragiudiziale, assieme alla non obbligatorietà che lo stesso riceva una preventiva adesione di una (almeno minima) parte dei creditori, sono senza dubbio foriere di incertezze relativamente alla tutela effettiva che questi ultimi potranno trovare, anche ai fini di contrastare eventuali abusi nell’utilizzo del piano di risoluzione della crisi di impresa²⁵⁸.

Oltre all’opacità del termine “ragionevolezza”²⁵⁹, che appare idonea a salvaguardare i tentativi tardivi di sfuggire ad una seria verifica delle condizioni effettive dell’impresa in crisi e ad un controllo preciso relativamente alle possibilità concrete di uscirne, lo stesso rinvio al meccanismo previsto dall’art. 2501- *bis*, c.c., suscita forti perplessità, poiché il revisore e la società di revisione potrebbero non apparire di per sé soggetti sempre dotati delle competenze necessarie per valutare la ragionevolezza di un piano di risanamento, che comporta normalmente considerazioni rivolte soprattutto alla corretta valutazione delle possibilità e delle modalità di uscita dalla crisi.

Pertanto, anche l’attestazione dell’esperto potrebbe non costituire una effettiva e concreta modalità di validazione del piano stragiudiziale.

Infine, alcuni punti irrisolti accomunano questo tipo di piano stragiudiziale agli accordi di ristrutturazione precedentemente esaminati: non si comprende, ad esempio, la scelta legislativa di non

²⁵⁷ MANDRIOLI, *La disciplina dell’azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa*, in *La disciplina dell’azione revocatoria*, a cura di Bonfatti, Milano, 2005, p.5

²⁵⁸ FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Il fall.*, 2005, p. 598.

²⁵⁹ JORIO, *op.cit.*, p. 1461

prevedere un termine massimo per la ristrutturazione: nel corso del piano, frutto esclusivamente dell'autonomia negoziale, si deve infatti segnalare l'assenza di strumenti di vigilanza sull'attività del debitore nella fase del risanamento.

Tale circostanza, peraltro, ha giustamente indotto i primi commentatori a ritenere che, in caso di successivo fallimento dell'impresa, i crediti sorti durante l'esecuzione degli accordi o dopo la presentazione del piano non possano essere collocati in prededuzione.

Risulta evidente, in conclusione, che l'intensità di utilizzo dei nuovi strumenti apprestati dal legislatore e la soluzione delle problematiche agli stessi connesse potranno essere apprezzati solo nel tempo ed a seguito delle prassi, fino ad oggi piuttosto scarsa, e degli orientamenti che la dottrina e le giurisprudenze potranno meditatamente esprimere²⁶⁰.

BIBLIOGRAFIA

²⁶⁰ COPPOLA, *op.cit.*, p. 303 e ss.