

LE CONDIZIONI SOGGETTIVE DEL FALLIMENTO

E IL RUOLO DELL'AVVOCATO

Prof. Avv. Nicola Rondinone,

*Presidente della Camera civile di Milano,
Professore di Diritto commerciale nell'Università di Milano – Bicocca*

Intervento all'incontro fra gli Ordini degli Avvocati di Nizza e Milano

Hotel Aston di Nizza – 12 maggio 2007

Si può dire che la recente riforma della legge fallimentare italiana ha complessivamente condotto ad un incremento (in potenza) del ruolo dell'avvocato nell'ambito delle procedure concorsuali, anche se, secondo molti osservatori, non sempre questo è avvenuto in direzioni apprezzabili da un punto del sistema generale.

Invero, in Italia la carica di curatore e di commissario giudiziale è ricoperta, nella stragrande maggioranza dei casi, da soggetti appartenenti ad altre categorie professionali (dottori commercialisti e ragionieri in particolar modo). Sul punto, la riforma non ha apportato novità tali da fare prevedere un mutamento della situazione; essa ha però incrementato notevolmente i poteri del "comitato dei creditori", in cui dovrebbero figurare soprattutto gli avvocati dei creditori più forti, addirittura prevedendosi per essi una forma di remunerazione.

Prima che si approdi ad una procedura concorsuale, l'avvocato rappresenta d'altronde un consulente indispensabile quando vi sia un imprenditore in crisi, perché suggerisce a quest'ultimo le strategie migliori per fronteggiare l'assalto dei creditori senza giungere al fallimento, o perché, sul fronte

opposto, consiglia al creditore le strade preferibili per riuscire ad ottenere soddisfazione dal detto debitore in crisi. Rispetto a questi ruoli in contrapposizione dialettica (ma ogni avvocato può ovviamente ritrovarsi a assumerli entrambi, per clienti diversi), l'impatto della recente riforma non è stato di poco conto, nel senso che essa ha aumentato le "carte in mano" all'avvocato del debitore in crisi e comunque ha reso più complesso e meritevole di studio e specializzazione quello che potrebbe essere denominato come "diritto prefallimentare".

Il principale riferimento è alla modifica dell'art. 1 della legge fallimentare relativo alla definizione di "piccolo imprenditore" (che in Italia è tradizionalmente sottratto al fallimento e alle altre procedure concorsuali). Tale figura è stata infatti considerevolmente ampliata per l'effetto di aumentare di gran lunga il novero dei soggetti sottratti al fallimento e al concordato preventivo. Ai sensi della citata norma, oggi l'imprenditore commerciale, tanto individuale quanto collettivo, viene considerato "non piccolo" solo se abbia "effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a € 300.000" o, alternativamente, abbia "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".

I due parametri, soprattutto il primo – che, secondo l'interpretazione prevalente, va rilevato in termini attualizzati – consentono diversi accorgimenti opportunistici al debitore che voglia sfuggire al fallimento per carenza del requisito soggettivo (di imprenditore commerciale non piccolo), ad esempio creando le condizioni per giustificare una riduzione del capitale

sociale netto o mancando di depositare gli ultimi bilanci. Sul fronte opposto, l'avvocato del creditore deve mostrare di essere capace di offrire la prova che almeno uno di quei due indicatori sia superato, spesso anche al di là delle risultanze formali. E' una "battaglia" che assume toni nuovi rispetto al passato (in cui era quasi impossibile dimostrare di essere piccoli imprenditori, e comunque non potevano mai essere considerate tali le società), e postula una maggiore preparazione specifica dell'avvocato che la combatta (su uno qualsiasi dei due fronti).

Un altro settore in cui la preparazione dell'avvocato deve adeguarsi alle nuove direttrici della legge fallimentare, e probabilmente guadagna in spazi operativi, riguarda l'ampliamento dell'ambito applicativo del concordato preventivo – cui il legislatore ha cercato di agevolare l'accesso in vari modi – e l'introduzione degli istituti noti sotto il nome di "accordi di ristrutturazione" e di "piani di risanamento". Anche sotto questo profilo, l'avvocato del debitore si vede messo a disposizione un armamentario più ampio per consentire al suo assistito di prevenire il fallimento, e all'inverso per i creditori diventa più importante avvalersi di un valido avvocato capace di valutare i non semplici meccanismi giuridici e la convenienza del concordato o dei nuovi istituti di origine stragiudiziale.

Il resoconto sopra svolto circa l'incidenza che ha avuto la riforma della legge fallimentare italiana sul ruolo dell'avvocato nelle procedure concorsuali non impedisce di rilevare che i profili della riforma sopra esaminati sono da annoverare proprio fra quelli più criticati, sicché, insomma, se il bilancio è positivo sul fronte della valorizzazione della preparazione e del ruolo professionale dell'avvocato, non lo è nel contempo da un punto di vista

sistematico generale.

L'impressione è che nel certame l'avvocato del debitore sia stato un po' troppo avvantaggiato rispetto all'avvocato del creditore, non tanto per il fatto che è stata aumentata la possibilità dell'imprenditore in crisi di ricorrere a strumenti preventivi del fallimento – poiché anche in altri ordinamenti, fra cui quello francese, la preoccupazione di conservare l'integrità dell'impresa non appena possibile è primaria, e ha ispirato a più riprese modifiche legislative nell'ottica di perseguire tale risultato (ultima in Francia la *Loi de sauvegarde des entreprises* del 2005) – quanto per il fatto che è stato considerevolmente diminuito il novero dei soggetti sottratti in radice al fallimento, in assoluta controtendenza rispetto a quanto riscontrabile negli altri principali ordinamenti europei.

E' noto che storicamente la limitazione del fallimento al commerciante è di marca francese, essendosi radicata con il codice di commercio napoleonico, seguito in ciò dalla legislazione italiana, sin dal codice di commercio del 1865; e già questa soluzione non era da tempo condivisa dagli altri principali ordinamenti, in Europa (specie in Germania e Spagna) come negli Stati Uniti. Negli ultimi anni, il legislatore francese si è peraltro relativamente distaccato dalla tradizione, giungendo a regolamentare procedure concorsuali non lontane dal fallimento (per la compresenza in ultima istanza di una componente liquidatoria) estese agli artigiani e poi gli imprenditori agricoli – il riferimento è alla procedura di *redressement judiciaire* – se non anzi alle persone fisiche non commercianti che siano in una situazione di *surendettement* (atteso che l'eventuale procedura di *rétablissement personnel* per essi prevista nel *Code de la Consommation* in caso di insuccesso del

tentativo negoziale-amministrativo di risoluzione della crisi, si modella come una vera e propria procedura concorsuale di liquidazione). Diversamente, il legislatore italiano non solo ha mantenuto la limitazione delle procedure concorsuali all'imprenditore commerciale, ma ha altresì considerevolmente ampliato il novero degli imprenditori commerciali che non falliscono in quanto ritenuti "piccoli".

Ques'ultima opzione porta con sé due gravi inconvenienti: da un lato, chi è sottratto al fallimento neppure può avvalersi delle procedure compositive della crisi, che sono rimaste concepite anch'esse come riservate agli imprenditori commerciali non piccoli; dall'altro, il fallimento, ridotto com'è ormai grandemente nel suo ambito applicativo, risulta definitivamente svilito nel suo ruolo di istituto liquidatorio che, sia pure ultimo nella successione degli istituti previsti per disciplinare la crisi dell'impresa, egualmente in precedenza aveva comunque egualmente un ruolo di "responsabilizzazione" del debitore, per l'effetto di garantire un minimo livello di efficienza nel sistema dei pagamenti.

A fronte di ciò, rappresenta una magra consolazione che, dopo la dichiarazione del fallimento, l'avvocato del creditore possa sedere con nuovi poteri nel cd. "comitato dei creditori", organo nella visione del nostro legislatore assunto quasi a pari grado del curatore e forse superiore a quello del giudice. Infatti, non solo intanto egli assumerà per ciò delle responsabilità che prima non aveva (e che stanno inducendo i più a rifuggire dall'accettare tale carica); ma, soprattutto, sempre più spesso, per le ragioni che si sono sopra enumerate, in radice non potrà giungersi al fallimento del debitore, anche quando questo sia stato malaccorto e colpevole del suo dissesto e

beninteso manchino serie prospettive di risanamento dell'impresa. E ciò, per studiosi di diritto fallimentare che intendano preoccuparsi anche degli equilibri del sistema (nel contemperamento degli interessi), non può che essere visto con preoccupazione.