

SEZIONE SETTIMA  
LA CRISI DELL'IMPRESA \*

**SOMMARIO: § 21. La crisi di impresa e le ragioni del diritto fallimentare.** – I. *Le ragioni e i presupposti di un diritto speciale.* – 1. Le vicende dell'impresa e la sua crisi. – 2. Le ragioni della disciplina fallimentare alle sue origini. – 3. Il presupposto soggettivo delle procedure concorsuali (rinvio). – II. *La legge fallimentare e il sistema concorsuale.* – 1. Le soluzioni negoziate della crisi di impresa. – 2. La salvaguardia dei complessi produttivi. – 3. Le c.d. procedure “amministrate”. – Capo Primo. **IL FALLIMENTO.** – § 22. **I presupposti del fallimento e l'apertura della procedura.** – I. *I presupposti.* – 1. Il c.d. presupposto soggettivo (rinvio). – 2. Il c.d. presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza. – 3. Ipotesi particolari. – II. *L'apertura della procedura.* – § 23. **Gli organi del fallimento.** – I. *Il tribunale.* – II. *Il giudice delegato.* – III. *Il curatore.* – IV. *Il comitato dei creditori.* – § 24. **Gli effetti del fallimento.** – I. *Per il debitore.* – 1. Lo spossessamento. – 2. L'inefficacia degli atti del fallito e dei pagamenti eseguiti o ricevuti. – 3. Gli effetti sul piano processuale e personale. – II. *Per i creditori.* – 1. Principi generali. – 2. La soddisfazione dei creditori concorsuali e la “cristallizzazione” del patrimonio fallimentare. – 3. La compensazione. – III. *Sugli atti pregiudizievoli ai creditori.* – 1. Profili generali. – 2. Gli atti inefficaci di diritto. – 3. La revocatoria fallimentare. – 4. Le esenzioni dall'azione revocatoria. – 5. Condizioni di esercizio ed effetti delle azioni revocatorie. – IV. *Sui rapporti giuridici preesistenti.* – § 25. **Lo svolgimento della procedura.** – I. *Le attività preliminari della procedura.* – II. *L'accertamento del passivo.* – 1. La fase necessaria: l'accertamento dello stato passivo. – 2. La fase eventuale: le impugnazioni e le domande tardive. – 3. Le regole speciali per l'accertamento dei diritti sui beni di terzi. – III. *L'esercizio provvisorio dell'impresa e l'affitto d'azienda.* – 1. L'esercizio provvisorio dell'impresa. – 2. L'affitto dell'azienda. – IV. *La liquidazione dell'attivo.* – 1. Il programma di liquidazione. – 2. La cessione dei beni. – V. *La ripartizione dell'attivo: l'ordine di distribuzione.* – VI. *La ripartizione dell'attivo: il procedimento di distribuzione.* – § 26. **La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.** – I. *La chiusura del fallimento e i suoi effetti.* – II. *La riapertura del fallimento.* – III. *L'esdebitazione.* – § 27. **Il fallimento delle società.** – I. *Profili comuni.* – II. *Il fallimento “in estensione” dei soci a responsabilità illimitata.* – III. *(segue) Il coordinamento fra la procedura di fallimento della società e quelle dei singoli soci.* – IV. *L'attuazione della responsabilità dei soci a responsabilità limitata.* – V. *Le azioni di responsabilità.* – 1. La responsabilità dei soggetti incaricati di funzioni di amministrazione e controllo. – 2. La responsabilità per abuso del potere di direzione e coordinamento (art. 2497, c.c.). – Capo secondo. **LE SOLUZIONI NEGOZiate DELLA CRISI.** – § 28. **Il concordato preventivo.** – I. *Presupposti e funzione.* – II. *Il piano.* – III. *L'apertura della procedura.* – 1. La domanda di ammissione. – 2. Il preconcordato. – 3. L'ammissione alla procedura. – IV. *Gli effetti dell'apertura.* – 1. Per il debitore. – 2. Per i creditori. – 3. Sui contratti pendenti e sugli atti pregiudizievoli. – V. *La fase iniziale della procedura.* – VI. *La votazione.* – VII. *L'omologazione del concordato.* – 1. Il giudizio di omologazione. – 2. Gli effetti dell'omologazione. – VIII. *L'esecuzione del concordato. Risoluzione e annullamento.* – § 29. **Il concordato fallimentare.** – I. *L'iniziativa.* – II.

\* In questa Sezione, tutti i riferimenti ad articoli di legge indicati solo con il numero e non diversamente specificati si intendono relativi al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. “Legge Fallimentare” (indicata anche come “l.f.”).

Inoltre, i principali riferimenti bibliografici reattivi a ciascun paragrafo verranno generalmente indicati solo nella “Letteratura” elencata all'inizio dello stesso; nelle note a piè di pagina verranno invece tendenzialmente indicati i soli contributi specificamente pertinenti ai singoli argomenti di volta in volta affrontati, oltre alla giurisprudenza di legittimità.

*L'esame della proposta e la votazione.* – III. *L'omologazione del concordato fallimentare e i suoi effetti.* – IV. *L'esecuzione del concordato fallimentare.* – § 30. **Gli accordi stragiudiziali.** – § 31. **Gli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ex art. 182-bis.** – I. *Accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis e accordi stragiudiziali.* – II. *Condizioni di omologabilità dell'accordo.* – III. *La fase introduttiva del procedimento e gli effetti immediati.* – IV. *L'omologazione dell'accordo e i suoi effetti.* – V. *L'esecuzione dell'accordo.* – § 32. **I piani di risanamento.** – § 33. **Il "debitore civile" sovraindebitato.** – I. *La composizione delle crisi da sovraindebitamento.* – 1. I presupposti. – 2. L'"accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti" e il "piano del consumatore": contenuto e effetti. – 3. Il procedimento per l'omologazione. – 4. L'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione o del piano del consumatore. – II. *La liquidazione del patrimonio del debitore civile.* – 1. Natura e presupposti. – 2. Il procedimento e gli effetti. – Capo Terzo. LE PROCEDURE AMMINISTRATE. – § 34. **La liquidazione coatta amministrativa (in generale).** – I. *Natura e presupposti della procedura.* – II. *L'apertura della procedura e i suoi effetti.* – III. *Le fasi della procedura.* – § 35. **L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.** – I. *L'amministrazione straordinaria nel sistema concorsuale.* – II. *Presupposti, finalità e struttura dell'amministrazione straordinaria.* – III. *La procedura.* – 1. La dichiarazione dello stato di insolvenza. – 2. La c.d. fase di osservazione e i suoi effetti. – 3. L'apertura dell'amministrazione straordinaria e i suoi effetti. – 4. La definizione e l'esecuzione del programma. – 5. L'accertamento del passivo e la ripartizione dell'attivo. – 6. La cessazione della procedura. – IV. *L'amministrazione straordinaria nei gruppi di imprese.* – V. *L'amministrazione straordinaria "speciale".* – § 36. **Il diritto fallimentare nella dimensione internazionale. L'insolvenza transfrontaliera (cenni).**

**LETTERATURA:** AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008; V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (Dir. priv. e proc. civ.)*, *EncD*, vol. XVI, Milano, 1967, 264; AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008; AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, Tr. Cottino, 2009; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961; BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>4</sup>, Padova, 2011; BONSIGNORI, *Il fallimento*, Tr. Galgano, IX, 1986; BUONOCORE-BASSI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2011; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Milano, 2002; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1967; FAUCEGLIA-PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009; F. FERRARA jr.-BORGIOLO, *Il fallimento*<sup>7</sup>, Milano, 1995; FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*<sup>2</sup>, Padova, 2011; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2012; JORIO (diretto da)-FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commento al r.d. 16 marzo 1942, n. 267*, Bologna, 2006-2007; JORIO (diretto da)-FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Tr. Iudica-Zatti, 2000; LO CASCIO, *Il fallimento e altre procedure concorsuali (Aggiornato con la riforma fallimentare)*, Milano, 2007; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011; A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*<sup>5</sup>, Padova, 2009; NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006; NIGRO-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*<sup>2</sup>, Bologna, 2012; PAJARDI, *Codice del fallimento*<sup>2</sup>, a cura di Bocchiola e Paluchowski, Milano, 2013; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>7</sup>, Milano, 2008; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974; PROVINCIALI-RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988; RAGUSA MAGGIORE-COSTA (diretto da), *Le procedure concorsuali*, vol. I: *Il fallimento*, vol. II: *Procedure minori*, Torino, 1997-2001; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*<sup>2</sup>, Padova, 1994; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998; SATTA, *Diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Padova, 1996; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006; TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013; F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1994-2002; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali (dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169)*, Torino, 2008.

## § 21. LA CRISI DI IMPRESA E LE RAGIONI DEL DIRITTO FALLIMENTARE

**LETTERATURA:** CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938; C. PECORELLA-U. GUALAZZINI, voce *Fallimento*, *EncD*, 220 ss.; MIGLIORINO, *Mysteria Concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, 1999; ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, 1917 (rist. Milano, 1962); ROCCO, *Studi sulla storia del fallimento*, *RDComm*, 1913, I, 856 ss.; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964; SANTARELLI, voce *Fallimento (Storia del)*, *Dig.<sup>4</sup>, sez comm*, vol. V, 1990, 367 ss.; BENVENUTO STRACCA (1509-1578), *Tractatus de mercatura seu mercatore* (1532), Goldbach-Keip, 1997.

### I. Le ragioni e i presupposti di un diritto speciale

#### 1. Le vicende dell'impresa e la sua crisi

Come tutti i fatti umani, anche l'attività di impresa ha un inizio e una fine e, nel mezzo, fasi di crescita e di declino. Si tratta di una parabola che non necessariamente coincide con la traiettoria biologica di chi la esercita. Come si è visto, infatti, l'attività di impresa può essere riferita ad un ente impersonale (tipicamente una società) la cui esistenza resta tendenzialmente indifferente alle vicende personali delle (e comunque può sopravvivere alle) persone fisiche che vi hanno partecipato. Oppure può proseguire, avvalendosi del medesimo complesso aziendale, in capo ad un successivo acquirente dell'azienda stessa, in un avvicendamento che risulta allora soltanto soggettivo, riguardando il titolare dell'attività pur nella continuità di quest'ultima.

Si apprezza in questi casi la possibilità di una divergenza della traiettoria dell'impresa rispetto a quella dell'imprenditore.

Può anche accadere, inoltre, che l'attività di impresa cessi proprio in relazione alle vicende biologiche o alla volontà di chi la esercita. E così – se poi nessuno rilevi e prosegua l'impresa cessata – nel caso della morte dell'imprenditore; o quando questi decida liberamente di smettere la sua attività, così come nel caso analogo in cui la società che ne è titolare delibera di sciogliersi, liquidando il suo patrimonio e cessando ogni attività.

Sono vicende, tutte queste indicate, che ovviamente – almeno in principio – non destano particolare allarme e non richiedono perciò uno specifico intervento del legislatore, se non per regolarne alcuni passaggi (e così la disciplina del trasferimento d'azienda, o dello scioglimento delle società, o della cancellazione dal registro delle imprese, ecc.).

Vi sono dei casi, però, in cui l'attività di impresa è costretta, o rischia di ritrovarsi costretta, a cessare per ragioni intrinseche al suo stesso andamento, in quanto venga meno, o neppure sia mai raggiunta, quella sua capacità (c.d. "equilibrio di impresa") di remunerare i costi di produzione con i ricavi che secondo l'art. 2082 c.c. – indicando l'"economicità" fra i requisiti costitutivi della fattispecie "impresa" – dovrebbe costituire il criterio utilitaristico che ne orienta e giustifica l'esercizio. Nei casi accennati, invece, nonostante lo svolgimento dell'attività sia stato programmato secondo

un metodo “economico”, capita che alla prova dei fatti debba prendersi atto che un'impresa, anziché produrre nuova ricchezza e quindi valore aggiunto rispetto a quello dei fattori produttivi impiegati, disperde tale valore, costando più di quel che produce.

A livello macroeconomico, il caso può essere visto come quello di una “cellula” del tessuto economico che lo indebolisce anziché alimentarlo. Che “brucia” ricchezza, anziché produrla.

A livello microeconomico, e comunque dei rapporti fra privati (che è poi il piano su cui prevalentemente verte il diritto commerciale) viene invece in questione, soprattutto, la considerazione che una tale attività di impresa, solitamente finanziata mediante un ampio ricorso al credito, genera perdite che non riescono ad essere coperte con i ricavi ottenuti: ed allora *debiti che non potranno essere pagati*.

Un tale squilibrio finanziario può risalire – sempre che non dipenda da un incidente fortuito o da una dolosa preordinazione – a cause tipicamente industriali (eccessiva costosità della produzione, scarso pregio del prodotto, scarsa domanda sul mercato) o a loro volta più strettamente finanziarie (ricorso ad un indebitamento eccessivo e/o a tassi insostenibili rispetto alle risorse proprie dell'imprenditore e ai flussi finanziari dell'impresa).

In ogni caso, se questo accade, l'imprenditore che si è indebitato per l'esercizio della sua attività non è più in grado di far fronte regolarmente alle sue obbligazioni, situazione che l'art. 5 del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. **legge fallimentare**, alla quale sempre in questa Sezione si farà riferimento quando si citeranno articoli di legge senza ulteriori riferimenti) chiama di “**insolvenza**”; oppure, pur essendo ancora in grado, constata che è in corso una fase di “declino”, o di “crisi”, che lascia pronosticare come imminente uno stato di insolvenza.

L'impresa dissestata, allora, o è costretta ad interrompersi, con il problema di come regolare, per quanto possibile, i debiti insoluti con un valore (quello del patrimonio residuo del debitore) tendenzialmente insufficiente; oppure, proprio facendo leva su questo valore residuo, potrà tentare una soluzione – industriale e/o finanziaria – per risanarsi e rilanciarsi. Una soluzione che potrà anche consistere nella “separazione” dell'impresa stessa dall'imprenditore indebitato (e cioè da chi l'ha fino a quel momento esercitata) e nella sua prosecuzione da parte di un nuovo titolare che “rilevi” l'azienda (e che tra l'altro, in certo modo e misura, potrebbe *anche* far capo agli stessi creditori con i quali la soluzione è stata negoziata).

## 2. Le ragioni della disciplina fallimentare alle sue origini

Quando coinvolga un'impresa commerciale, lo stato di insolvenza (anche se poi, come si vedrà appresso, non solo un tale stato ma anche la “crisi” che lo precede) costituisce quella condizione di particolare tensione finanziaria, o se si vuole di vero e proprio dissesto, alla cui regolazione il diritto commerciale si è sin dai suoi albori rivolto (anzi in tal modo costituendosi), in quella sua parte tradizionalmente definita come “**diritto fallimentare**”.

Si tratta evidentemente – dal momento che la protezione e l'attuazione, anche coattiva, del rapporto obbligatorio, sarebbero altrimenti “campi” disciplinari di pertinenza dal diritto civile e processuale civile – di regole diverse ed autonome da quel-

le di “diritto comune”, da quelle cioè che dovrebbero normalmente applicarsi. E – risalendo alle origini – è proprio in deroga allo *ius commune* (di tradizione romanistica) che in effetti il diritto fallimentare, come diritto “speciale” di regolazione dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale, si è venuto ad attestare nel basso medioevo, nell'Italia dei Comuni.

Le ragioni di una tale **specialità** risultano in buona parte (se dell'attuale disciplina si consideri l'interezza e non le tendenze) ancora attuali, dal momento che sin dall'origine esse sono dipese piuttosto da esigenze di razionalità ed efficienza economica, che da contingenti scelte (gius)politiche<sup>1</sup>.

In primo luogo, l'esigenza di una disciplina *ad hoc* per regolare l'insolvenza dell'imprenditore commerciale trae origine dalla **particolare complessità di una tale insolvenza**: ampio ed articolato, in effetti, risulta solitamente il ricorso al credito da parte di chi intraprenda un'attività commerciale; e conseguentemente molto più frastagliato risulta il fronte dei creditori, e molto più complessa, per quantità ed articolazione delle posizioni, risulta la regolazione dei rapporti obbligatori che ne derivano, rispetto a quella che occorrerebbe per un “normale” privato.

Si rende così opportuna una **procedura unitaria** che consenta un'*attuazione coattiva e simultanea di tutti i debiti insoluti*. Opportuna non soltanto perché *più efficiente ed economica* rispetto all'alternativa di una pluralità di azioni esecutive individuali – parallele o convergenti che siano – su singoli beni del debitore; ma anche *più equa* rispetto ad una tale alternativa, poiché opererà a favore di tutti e sotto l'egida di un'autorità che assicuri un trattamento paritario dei creditori, e non solo nell'interesse di coloro che, in caso di iniziative individuali, risultino i più vigili e lesti ad aggredire il patrimonio del debitore.

In questa prospettiva la **procedura esecutiva** diventa **collettiva**, perché non affidata all'iniziativa dei singoli ma operante a favore della collettività dei creditori; ed “**universale**”, riguardando *tutti* i debiti dell'imprenditore e coinvolgendo l'*intero* suo patrimonio (che di quei debiti costituisce garanzia generica, secondo il principio oggi codificato nell'art. 2740 c.c.).

La “considerazione solidale” dei creditori, quale collettività unitariamente considerata (alla base poi del concetto di concorsualità e che ancora oggi trova espressione nella previsione di un “organo” fallimentare che la rappresenta, il *comitato dei creditori*) era all'origine implicata dall'esigenza che ogni atto transattivo posto in essere dal debitore fosse posto in essere (ed allora efficace) solo con l'approvazione della *comunitas* dei creditori (rappresentata da “*capi dei creditori*” o “*consoli*”, o “*sindici*”, o “*curatori*”)<sup>2</sup>; mentre ogni pagamento (che oggi diremmo “preferenziale” (ricevuto cioè *per gratificationem vel extrorsionem*) fosse da retrocedere al *corpus* dei creditori, *immessi nel possesso dell'universo patrimonio del debitore*, affinché il ricavato venisse diviso con tutti gli altri, secondo quel meccanismo posto a tutela della *par condicio* che oggi si ritrova nella c.d. **azione revocatoria fallimentare**<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> SANTARELLI, *Fallimento*, 366: “da allora [Basso Medioevo] ad oggi la storia di questo istituto si [è] venuta svolgendo lungo un itinerario di singolare continuità”.

<sup>2</sup> Cfr. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 193; MIGLIORINO, *Mysteria*, cit., 80.

<sup>3</sup> PECORELLA-GUALAZZINI, 228. V. anche PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Milano, 1962; SANTARELLI, voce *Azione revocatoria nel diritto medievale e moderno*, *D*<sup>4</sup>, sez. civ., II, Torino, 1988, 46.

Può dirsi allora che per tal via si apre un *concorso sul patrimonio del fallito da parte di tutti i creditori*; d'onde anche il nome, per il fallimento innanzitutto, di “*procedura concorsuale*”. Un “concorso” tale per cui tutti i creditori (ancora una volta, alle origini, in deroga allo *ius commune*, che avrebbe piuttosto favorito la *regula juris* del “*qui prior est tempore potior est iure*”<sup>4</sup>) meriteranno di essere soddisfatti in eguale proporzione, secondo il principio della c.d. *par condicio creditorum* (o **proporzionalità**), salvi i casi in cui questo o quel creditore riesca ad avvalersi, pur all'interno della procedura, di precostituite ragioni di *preferenza* (ad esempio un pegno o un privilegio). Fermo restando comunque che, se più creditori si trovassero a vantare una pari preferenza (si immagini, oggi, lavoratori che godano di un privilegio di pari grado), tornerà ad operare, all'interno della loro cerchia, il principio della *par condicio*.

È un criterio, questo della proporzionalità, a cui diventa pressoché indispensabile ricorrere dal momento che il patrimonio dell'imprenditore insolvente (anche calcolando i flussi finanziari ancora attesi e la possibilità di recuperare alcune utilità fuoriuscite) risulta quasi sempre insufficiente a soddisfare per intero i creditori, che finiscono così per essere le vere vittime dell'insolvenza del debitore, essendo proprio loro, in definitiva, a sopportare, in termini di mancata soddisfazione, le perdite dell'impresa.

Si stima che in Italia i creditori “normali” (quelli cioè che non godono di cause di preferenza, detti anche *chirografari*) ricevano solitamente, all'esito della procedure fallimentare, meno del venti per cento di quanto loro spetterebbe. In questo senso, sembra più aderente alla realtà sostenere che il principio della *par condicio*, più che comportare una soddisfazione proporzionale, determina piuttosto una *ripartizione paritetica delle perdite*.

D'altra parte, fra le ragioni che hanno originato lo sviluppo del diritto fallimentare quale eccezione al “diritto comune”, e che tuttora lo giustificano, milita anche la considerazione che l'insolvenza che esso è chiamato a regolare non è soltanto più complessa di quella di chi non svolge attività di impresa; ma desta anche maggiore “**allarme sociale**”, in quanto *capace di provocare, in una sorta di effetto domino, ulteriori dissesti imprenditoriali*, trascinando nell'insolvenza anche quelle controparti commerciali (fornitori, finanziatori) che, avendo fatto credito all'imprenditore poi divenuto insolvente, non riescano a recuperare quanto prestato. Col rischio allora di destabilizzare parti significative del sistema economico oltre a danneggiare – almeno così si riteneva agli albori della disciplina qui esaminata – la reputazione e l'affidabilità dell'intero ceto imprenditoriale.

È proprio all'esigenza, avvertita in primo luogo dallo stesso ceto mercantile, di prevenire e contenere un tale allarme sociale che, storicamente, si deve la formazione del diritto fallimentare nell'età comunale. I mercanti, riuniti in corporazioni, si facevano vanto della reputazione della loro corporazione: da ciò ricavando altresì la concessione dal potere pubblico di significativi benefici (come quello di ottenere, in via eccezionale, il riconoscimento della pubblica fede e quindi anche di efficacia probatoria alle scritture contabili da

<sup>4</sup> Regola di derivazione romanistica con riferimento alla costituzione delle garanzie reali, ma poi generalizzata nell'età intermedia da Dino del Mugello (SANTARELLI, *Fallimento*, 370).

essi stessi formate e tenute<sup>5</sup>) o acquistando essi stessi crescenti riconoscimenti in termini di potere politico. Essi percepivano allora come un grave attentato, morale e materiale, all'intera corporazione il comportamento di chi, fra di loro, la "infangasse" dando il pubblico scandalo di debiti assunti e non pagati; tanto più quando l'affidabilità venisse minata proprio da una condotta fraudolenta quale quella, per eccellenza, del *debitor fugitivus* (così in effetti nelle prime norme statutarie era chiamato il fallito, ed il fallimento "fuga"), che cioè scappasse – magari con la "cassa" e le scritture contabili, in una città vicina ma sottoposta ad altra sovranità – per non dover affrontare i debitori.

L'esigenza di consentirne una **punizione esemplare** (se non addirittura, a compensazione del pubblico scandalo, volutamente umiliante<sup>6</sup>: profilo, questo, affievolitosi nel diritto contemporaneo), anche se irrogata in assenza del debitore fuggitivo e attuata per iniziativa dei singoli creditori, legittimati a catturarlo e a detenerlo<sup>7</sup>, richiedeva indubbiamente un'eccezione allo *ius commune*.

Così come solo un'eccezione poteva soddisfare l'esigenza – altro connotato storicamente caratterizzante del diritto fallimentare, e *tuttora attuale* – di regolare velocemente l'insolvenza del debitore attraverso un **procedimento** rapido ma allora anche – necessariamente ed ancora una volta in deroga la diritto comune – **sommario**, che realizzasse il primario interesse dei mercanti-creditori a recuperare quanto loro dovuto privilegiando la celerità piuttosto che l'integralità della soddisfazione ("meglio poco ma subito", per chi abbia normalmente esigenza di liquidità). Un procedimento sommario che si volle capace di assicurare celerità non soltanto alla fase tipicamente esecutiva (con l'immediata immissione dei creditori nel possesso del patrimonio del fallito e delle sue scritture contabili), ma anche poi – in progresso di tempo – a quella dello stesso accertamento dei crediti da soddisfare, quando essi non risultassero da atti aventi forza di titolo esecutivo, o comunque aventi fede pubblica (fra cui le stesse scritture contabili dell'imprenditore) o altrimenti forza di prova certa<sup>8</sup>. Ed allora "sommario" in **due distinte fasi processuali** che si andarono via via diversificando: *l'una di cognizione*, instaurata con la domanda dei creditori (c.d. "insinuazione") e consistente nell'**accertamento del passivo** (cioè della totalità dei crediti insinuati); e l'altra, più propriamente *esecutiva*, di **realizzazione (liquidazione) e ripartizione dell'attivo** a favore dei creditori, *la cui soddisfazione deve intendersi, sin dalle origini ma ancora oggi, la finalità principale della procedura fallimentare*. Entrambe eccezioni, dunque, rispetto al diritto processuale civile "comune".

Ne derivava così – sempre alla ricerca della massima efficienza del procedimento – anche l'esigenza che quest'ultimo, per procedere sommariamente, venisse governato da un apparato di soggetti di particolare addestramento e competenza tecnica nel settore commerciale; ossia dagli stessi mercanti interessati e già immessi, collettivamente, nel patrimonio del debitore "spossessato" (per lungo tempo presso i tribunali commerciali non furono ammessi gli avvocati in quanto ritenuti portatori di cavilli interminabili)<sup>9</sup>, se non da giudici togati delegati dalla pubblica autorità ad occuparsi solo di quelle materie. Così arrivandosi a definire dei tipici "organi" della procedura, fra i quali in primo luogo (oltre il già ricordato

<sup>5</sup> SAPORI, *Saggio sulle fonti della storia economica medievale*, in A. SAPORI, *Studi di storia economica*, Firenze, 1955, 5 ss.

<sup>6</sup> Occorreva "affermare le ragioni 'sacre' dell'affidamento, e colpir senza pietà un mercante per affermare le ragioni cetuali della mercatura" (SANTARELLI, *fallimento*, 367); v. da ultimo PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, BBTC, 2010, I, 389 ss.

<sup>7</sup> C. PECORELLA-U. GUALAZZINI, 224, segnalando come ciò costituisse un'eccezione al principio generale di origine romanistica (Dig., 48, 17, I par.) "ne quis absens puniatur".

<sup>8</sup> C. PECORELLA-U. GUALAZZINI, 223, 228. V. anche PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*<sup>2</sup>, 2.1, Bologna, 1966.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 228.

comitato dei creditori), quella di un **giudice specializzato** chiamato a presiedere con particolare consapevolezza e sensibilità “mercantile” la procedura; in una tendenza che fu poi all'origine della formazione dei tribunali commerciali dell'età moderna e che ancora oggi, in Italia, vede la competenza dei tribunali civili (pur formalmente generale e perciò comprensiva, insieme alle altre cause civili, anche di quelle fallimentari) specializzarsi (seppure *solo nella prassi*, a livello di organizzazione interna degli uffici giudiziari) mediante la formazione di apposite “sezioni fallimentari” (nei maggiori tribunali) o di singoli giudici (nei tribunali minori), chiamati ad occuparsi specificamente delle questioni fallimentari.

Erano queste, insomma, tutte esigenze che, reclamando un'eccezione allo *ius commune* o agli stessi statuti comunali, sollecitavano una disciplina *ad hoc*, che per certi aspetti, più che imposta al potere politico dal ceto mercantile, veniva da questo stesso creata in modo autoreferenziale e in via pattizia. Giacché era in definitiva un appartenente al ceto mercantile colui che, divenendo insolvente, avrebbe dovuto più di tutti subire ed accettare gli effetti gravosi ed eccezionali tipici dalla procedura fallimentare (dalla possibile cattura anche ad iniziativa del singolo creditore alle umilianti afflizioni personali; dalla immediata sottrazione di tutto il suo patrimonio, affidato alla collettività dei creditori procedenti, alla interdizione dalla prosecuzione dell'arte o del mestiere, spesso simboleggiata dalla rottura del banco su cui era stato esercitato il commercio terminato nell'insolvenza, ciò da cui il termine “bancarotta”<sup>10</sup>; sino infine all'assoggettamento ad un procedimento sommario gestito da magistrati *ad hoc*); ed era allora proprio l'imprenditore che avrebbe potuto ritrovarsi assoggettato ad una tale procedura che, in via preventiva, nel prestare il giuramento necessario per essere ammesso alla corporazione, doveva accettare l'eventualità di sottoporsi ad un tale *ius speciale*.

Questo *ius speciale*, ai suoi albori, venne formalizzato in statuti comunali (i primi e più organici dei quali furono quello fiorentino e milanese<sup>11</sup>) e successivamente sistematizzato – razionalizzando il complesso di regole e principi risultanti non solo da quegli statuti, ma anche applicate dalle decisioni giudiziali o elaborate dai giureconsulti – dall'anconetano Benvenuto Stracca, nel suo celebre *De Mercatura seu Mercatore* (1553) che per secoli costituì un punto di riferimento del “diritto fallimentare” (e per la verità del diritto commerciale più in generale, che in quel testo trova una delle sue prime affermazioni come disciplina autonoma).

Un “sistema”, questo, che poi si diffuse in tutta Europa sino a giungere in epoca contemporanea, con connotati non così diversi da quelli originari, attraverso tappe che sarebbe ora troppo complesso tentare soltanto di riassumere<sup>12</sup>. Fra queste, comunque, valga senz'altro ricordare, anche per il più generale ruolo “costituente” che svolse nella formazione del moderno diritto commerciale, il *Code de Commerce* napoleonico del 1807, che infatti rappresentò il paradigma delle principali legislazioni nazionali moderne. E fra queste ultime, per quanto ora più interessa, anche i “codici di commercio” italiani del 1865 e del 1882: immediati predecessori, a loro volta, dell'attuale “legge fallimentare”, sia pure oggi ampiamente modificata rispetto alla sua prima versione, la cui nascita fu coeva, e non casualmente, a quella dei vigenti codice civile e di procedura civile.

<sup>10</sup> ALFANI, *Bancarotta*, *DigIt*, V, Torino, 1890-1899, 98 ss.; A. ROCCO, *Sul concetto giuridico della bancarotta*, *RDComm*, 1911.

<sup>11</sup> Rispettivamente, gli *Statuti del Capitano del popolo* degli anni 1322-25 e i *Capitula de mercatoribus fugitivis*, risalenti al 1341 dettato dai Signori di Milano di Giovanni e Luchino Visconti, in appendice agli *Statuta Mercatorum Placentiae*.

<sup>12</sup> V. al riguardo l'accurata di GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi di impresa*, Padova, 2012, 62 ss.



### 3. Il presupposto soggettivo delle procedure concorsuali (rinvio)

Sono tutte “ragioni” – quelle appena individuate al principio del diritto fallimentare, ma in larga misura ancora capaci di spiegare quello vigente – che si affermano per iniziativa del ceto mercantile e che, in effetti, trovano “senso” proprio con riferimento alla attività ed allo statuto professionale tipici di quello che oggi chiamiamo l'**imprenditore commerciale non piccolo**, *destinatario dell'attuale disciplina fallimentare*.

Eppure, se ciò è vero in linea di massima, neppure può escludersi che quella particolare “funzionalità” della procedura fallimentare a regolare uno stato di insolvenza particolarmente complesso come quello del “mercante” potrebbe apprezzarsi anche rispetto ad uno stato di insolvenza riferibile ad altre figure di debitore (c.d. *debitori civili*). Si pensi così non soltanto a coloro che non svolgano alcuna attività di impresa; ma anche a chi svolga un'attività professionalmente dedita alla produzione di beni o servizi, anche se non qualificabile come di “impresa commerciale non piccola”. E così, stando al nostro diritto vigente, quella esercitata dagli imprenditori agricoli, dai piccoli imprenditori, dai lavoratori autonomi, dai professionisti intellettuali.

Naturalmente ciò non deve portare a trascurare la matrice mercantilistica del diritto fallimentare, o a mettere in dubbio (almeno *de iure condito*) che fra le condizioni di applicabilità della vigente disciplina fallimentare operi, quale necessario “**presupposto soggettivo**”, la qualifica di *imprenditore commerciale non piccolo* del debitore insolvente. Qualifica, questa, ampiamente esaminata nella prima Sezione di questo manuale, ed alla quale occorre quindi rinviare, ora, per quanto riguarda la più approfondita descrizione, spesso problematica, della relativa fattispecie.

Eppure, la considerazione di un'apposita disciplina dell'**insolvenza del “debitore civile”** non è rimasta sempre estranea al diritto, (pur al di là di taluni remoti precedenti, come ad esempio quello, sicuramente isolato (come lo era da un certo punto di vista, rispetto allo *ius commune*, lo stesso ordinamento in cui lo si rintraccia) ma storicamente significativo, collocandosi temporalmente alle origini del diritto fallimentare, rappresentato dagli statuti veneziani, in cui il fallimento appariva applicabile a chiunque<sup>13</sup>. Difatti, anche ai giorni nostri (e già, in tempi più risalenti, nella tradizione anglosassone) è frequente riscontrare come alcuni ordinamenti continentali dispongano di procedure (vuoi quella fallimentare, magari con qualche correttivo, vuoi altra procedura *ad hoc*) dirette a regolare l'insolvenza di *qualsivoglia debitore*.

Esigenza, questa, tanto più avvertita quando si debba constatare – come in effetti accade sempre più spesso anche in Italia (si pensi al crescente fenomeno del credito al consumo) – che anche il c.d. debitore civile ricorre al credito in proporzioni e secondo modalità tali da generare istanze di regolazione di una sua eventuale insolvenza, non così diverse da quelle a cui provvede il diritto fallimentare. E così anche nel nostro ordinamento, da ultimo, affianco alla legge fallimentare, è comparsa una particolare procedura volta alla “*composizione del sovraindebitamento*” o alla “*liquidazione del patrimonio*” di coloro che non sono assoggettati alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare (v. § 33).

Su altro versante, può poi registrarsi un'ulteriore apertura anche nei confronti del-

<sup>13</sup> CASSANDRO, 100 ss.

*l'imprenditore agricolo*, ammesso ad avvalersi, oltre che della disciplina appena ricordata, di una particolare procedura giudiziaria prevista dalla legge fallimentare, volta alla omologazione giudiziaria degli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (v. § 31), al fine di favorire una soluzione della crisi concertata con i creditori più importanti, grazie all'incentivo di taluni effetti protettivi concessi dalla legge a seguito dell'omologazione. Né sono mancati – nelle recenti cronache legislative, e sulla scia di talune significative esperienze straniere – echi di proposte volte ad ampliare ulteriormente l'ambito di applicazione dell'intera legge fallimentare allo stesso imprenditore agricolo.

## II. La legge fallimentare e il sistema concorsuale

La c.d. legge fallimentare (il sopracitato r.d. 267/1942, ampiamente modificato dalla sua introduzione, ed in particolar modo, molto ampiamente, con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, c.d.  *riforma organica*<sup>14</sup>) non prevede soltanto la disciplina del *fallimento*, i cui cardini sono stati sopra sommariamente descritti, ma anche altre due procedure concorsuali: il *concordato preventivo* e la *liquidazione coatta amministrativa*.

Ma il nostro ordinamento concorsuale (cioè il sistema di norme che prevedono e disciplinano le procedure concorsuali) neppure può dirsi esaurito dalla legge fallimentare. A parte alcune norme (talvolta isolate, talaltra – soprattutto in tema di liquidazione coatta amministrativa – più organicamente raccolte all'interno di diverse leggi speciali) che integrano e si “combinano” con la stessa legge fallimentare, il nostro ordinamento contempla infatti un'altra importante procedura concorsuale denominata *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* (peraltro in due “varianti”: v. § 35).

Si riscontra dunque – in questa introduttiva e sommaria mappatura del sistema concorsuale italiano – una **pluralità di procedure** che, pur essendo al pari del fallimento volte a realizzare un *concorso* dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore in crisi, risultano ad esso *alternative*. La spiegazione del perché siano previste più procedure per regolare un fenomeno che, in senso lato, può considerarsi unico, vale a dire il dissesto delle imprese commerciali, può approcciarsi attraverso tre generali chiavi di lettura del nostro sistema concorsuale.

### 1. Le soluzioni negoziate della crisi di impresa

Una prima chiave di lettura va individuata nel parallelo attestarsi – fin dai tempi della prima formazione del diritto fallimentare<sup>15</sup> – di percorsi di composizione della

<sup>14</sup> Ma molti di più sono stati, negli ultimi anni, gli interventi di rilevante impatto. Solo per limitarsi a questi ultimi, e agli interventi sulla legge fallimentare (numerosi altri interventi si registrano ad esempio in materia di amministrazione straordinaria), si ricordino così: il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80 (in materia di azione revocatoria, di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione); e, dopo la sopraddetta riforma organica del 2006, il c.d. decreto “correttivo” di quest'ultima, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; e poi ancora, il c.d. “decreto sviluppo”, d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con l. 7 agosto 2012, n. 134; e da ultimo il c.d. “decreto sviluppo-bis”, d.l. 18-10-2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221.

<sup>15</sup> V. MIGLIORINO, *Mysteria*, cit., 142. REZZARA, *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza*, Torino-Roma, 1901, 44 ss.

crisi dell'impresa frutto piuttosto di un **accordo fra debitore e creditori** anziché, come nel fallimento, di una procedura esecutiva condotta autoritativamente secondo un percorso liquidatorio predeterminato dalla legge “secondo regole oggettive, rigorose e non disponibili dall'arbitrio delle parti o degli organi del preposti al governo del fallimento stesso”<sup>16</sup>; un percorso che comporterebbe non soltanto l'estromissione dell'imprenditore da ogni potere decisionale e dispositivo sul suo patrimonio, appreso alla procedura (c.d. spossessamento); ma anche, in larga misura, la neutralizzazione della stessa iniziativa dei creditori (alla cui protezione, pure, la procedura fallimentare è diretta, ma appunto secondo un percorso in buona parte predeterminato).

Tali **soluzioni negoziate della crisi di impresa** – che possono essere intraprese (ed anzi converrebbe che lo fossero) *prima* ancora che l'impresa giunga in stato di “decozione”, ma che possono comunque avere senso anche quando si sia giunti ad uno stato di insolvenza vera e propria – possono infatti offrire il vantaggio di conseguire risultati più proficui di un fallimento.

Un accordo (che, come tale, si postula realizzi l'interesse di ciascuna delle parti che lo concludono) può in effetti consentire al *debitore* di sfuggire agli effetti più indesiderati del fallimento (sia in termini di sanzioni personali – ciò che all'origine veniva detto “salvacondotto” –<sup>17</sup> che di spossessamento del suo patrimonio, nonché, quando questo risulti insufficiente, di schiacciante e perpetua esposizione all'indebitamento accumulato).

Ma può consentire anche ai *creditori* di ottenere, grazie all'impegno dell'imprenditore (che, bene o male, resta pur sempre colui che meglio di chiunque altro conosce le potenzialità residue della propria impresa), una soddisfazione che, seppur non integrale, risulti maggiore di quella che potrebbero ricavare all'esito di un fallimento. Naturalmente, a fronte della soddisfazione che viene loro promessa, i creditori acconsentono a rinunciare (in conto capitale, o per interessi, o differendo la scadenza, ecc.) a parte delle loro pretese. In tal modo si aiuterà l'imprenditore a risollevarsi dalla crisi, o comunque a disporre del necessario margine di manovra per poter adempiere alla propria promessa (anche a costo di dover liquidare tutto quel che possiede, ma almeno con la prospettiva di affrancarsi infine da ogni residuo debito).

Ora – come può ben constatarsi – queste soluzioni, avendo natura consensuale, si lasciano di per sé ricondurre ad una **prospettiva puramente privatistica**, in cui ogni singolo creditore (ma non necessariamente tutti) decide liberamente per sé: non ravvisandosi perciò alcun genere di concorsualità. E in effetti la prassi dei c.d. *accordi stragiudiziali* di soluzione (o prevenzione) della crisi di impresa, è sempre stata presente nel mondo degli affari, senza che ciò implicasse il ricorso ad alcuna procedura concorsuale.

Dove però il diritto concorsuale è venuto a formarsi – contaminando con un intervento di natura pubblicistica il carattere puramente privatistico di quegli accordi, ma in tal modo riuscendo anche a superarne i limiti intrinseci – è stato nel momento in cui tali accordi sono stati assunti dalla legge quale possibile oggetto di una **procedura giudiziaria** capace di conferir loro, a certe condizioni, una portata e degli effetti

---

<sup>16</sup> In questo senso già si esprimevano le prime legislazioni basso medioevali, evidenziando il carattere pubblicistico della procedura affermando come la sua indisponibilità “*‘interest reipublicae’* (*‘republicae mercatorum’ si capisce*)” (SANTARELLI, 371).

<sup>17</sup> CASSANDRO, *op. cit.*, 113 ss.

che essi, da “soli” (e cioè quale mera espressione dell'autonomia privata) non avrebbero mai potuto raggiungere (c.d. **effetti legali**). E così, innanzitutto, la possibilità che le condizioni previste nell'accordo raggiunto dal debitore con i titolari della maggioranza dei crediti si estendano e si impongano anche a quegli altri creditori che non vi abbiano aderito: in tal modo superandosi quel limite, che sarebbe invalicabile in una prospettiva strettamente contrattuale, della necessità del consenso di ciascun creditore affinché la sua pretesa possa essere “rinegoziata”.

In questo modo, grazie anche all'incentivo di ulteriori effetti legali (che cioè i privati, pur d'accordo fra loro, non potrebbero mai raggiungere) di natura “protettiva”, le soluzioni della crisi d'impresa, pur restando fondamentalmente il frutto di una libera negoziazione, possono arrivare lì dove l'autonomia privata non potrebbe arrivare, e così divenire effettivamente realizzabili anche a dispetto del dissenso di una minoranza dei creditori, e senza rischiare di comprometersi già sul nascere, durante le trattative preliminari o durante il tempo che intercorrerà fra la proposta del debitore ed il voto dei creditori. Fra gli *effetti legali “protettivi”* opereranno infatti (oltre alla sottrazione del fallito alle affezioni personali, l'originario “salvacondotto” o “fida”) anche la sottrazione ad iniziative cautelari ed esecutive, e la conservazione della disponibilità del proprio patrimonio e dell'amministrazione della propria impresa.

Appartiene a questo novero di percorsi – in primo luogo – la procedura del **concordato preventivo**.

Ma anche quella ulteriore procedura (benché non propriamente concorsuale, dal momento che non opera secondo il principio di maggioranza, pur propagando i suoi effetti anche ai creditori non aderenti alla proposta) diretta alla omologazione degli **accordi di ristrutturazione**.

E sono inoltre da ricondursi allo stesso ambito (seppure con talune peculiarità che rendono talvolta meno nitidi i contorni di un vero e proprio accordo fra debitore e creditori) le **soluzioni concordatarie** praticabili all'interno delle procedure di *liquidazione coatta amministrativa* e di *amministrazione straordinaria*; nonché all'interno della stessa *procedura fallimentare* (c.d. **concordato fallimentare**), che può in tal modo vedere il suo consueto percorso liquidatorio, quale predefinito dalla legge, deviare verso un differente percorso tracciato dall'iniziativa privata.

Deve così prendersi atto, in definitiva, che all'interno del nostro sistema concorsuale convive, a fianco della vocazione tipicamente pubblicistica del procedimento giudiziale di natura esecutiva, un'*anima privatistica* che lascia ampio (e spesso prevalente) spazio all'autonomia privata. Il che, sempre di più nei tempi recenti, ha portato a parlare di **“privatizzazione” delle procedure concorsuali**.

## 2. La salvaguardia dei complessi produttivi

V'è poi una seconda chiave di lettura che consente di comprendere l'articolazione del vigente sistema concorsuale. Essa deriva dal fatto che sempre più, nel diritto concorsuale moderno (soprattutto quello di derivazione anglosassone), alla tradizionale *vocazione liquidatoria* (del complesso aziendale) e *affittiva* (del debitore insolvente), tipica del fallimento, si è affiancata, sino forse a divenire prevalente, una nuova sensibilità legi-

slativa orientata a *comporre l'insolvenza prodottasi, o addirittura a prevenire un'insolvenza non ancora prodottasi, salvaguardando il complesso produttivo delle impresa in crisi*<sup>18</sup>.

In tal modo può consentirsi all'imprenditore di restare alla guida della sua impresa o comunque (separando le sorti dell'uno da quelle dell'altra) di cederla a terzi ma almeno, in tale ipotesi, con il vantaggio di "uscirne" in modo più utile (destinando ai creditori il prezzo della cessione e con la prospettiva, in alcuni casi, di liberarsi dai debiti nella misura che sia rimasta insoddisfatta) ed onorevole (evitando sanzioni personali, oggi comunque ampiamente ridimensionate).

Il risanamento o comunque la cessione sul mercato dell'azienda (in blocco, o di alcuni suoi rami) perché altri possa proseguirne l'esercizio, può in effetti consentire – sempre che il complesso produttivo si trovi oggettivamente in condizioni tali da poter essere utilmente impiegato – un risultato ben più soddisfacente dello smembramento dello stesso e della successiva liquidazione (spesso precipitosa e a prezzo di "svendita") dei singoli cespiti che lo compongono. Questa *maggior utilità* sarà apprezzabile non soltanto dal punto di vista del *debitore* (per le ragioni poc' anzi ricordate); ma anche e soprattutto per i *creditori*, che con la prosecuzione dell'impresa "risanata" (che cioè torni a produrre, anziché bruciare ricchezza) potranno beneficiare di nuovi flussi finanziari capaci di ripagarli meglio di quanto si sarebbe potuto sperare per effetto di una liquidazione "spiccica". Anche *interessi più diffusi*, ulteriori rispetto a quelli del debitore e dei creditori, ma che comunque ruotano intorno all'impresa (dei lavoratori innanzitutto, ma poi anche del circostante tessuto economico alimentato dal c.d. indotto, e in definitiva dell'intero circuito economico, soprattutto quando si tratti di grandi imprese) possono inoltre trarre giovamento dalla prosecuzione dell'attività di impresa; poco importa, poi, se ad opera del suo originario titolare o di un nuovo soggetto che gli sia subentrato.

In questa prospettiva, di salvataggio (anche mediante cessione) del complesso produttivo delle grandi imprese e di mantenimento dei relativi livelli occupazionali, trova giustificazione in primo luogo la procedura, già accennata, di **amministrazione straordinaria delle grandi imprese** in stato di insolvenza (benché anch'essa orientata – in primo luogo e almeno in principio – alla soddisfazione dei creditori).

Ma anche il **concordato preventivo** (che pure potrebbe limitarsi a tracciare un percorso soltanto liquidatorio, benché alternativo a quello fallimentare) si presta in larga misura al *risanamento* di un'impresa insolvente o, giocando d'anticipo, alla *prevenzione dell'insolvenza* di un'impresa in crisi, grazie alla possibilità – già sopra segnalata – di un piano reso realizzabile grazie all'alleggerimento della complessiva esposizione debitoria, nei termini consentiti dagli stessi creditori che l'abbiano approvato.

E persino all'interno della stessa *procedura fallimentare* – benché indubbiamente finalizzata, in prima (ed imprescindibile) istanza, alla liquidazione del patrimonio del debitore e alla soddisfazione dei creditori – non mancano opzioni capaci di assecondare, compatibilmente con quella primaria finalità, la salvaguardia del complesso produttivo e dei livelli occupazionali. Si tratta di opzioni che si possono ravvisare, all'interno della disciplina del fallimento, in quelle sue parti che ammettono, ed anzi per certi aspetti incoraggiano, l'affitto e poi la cessione a terzi dell'azienda in blocco,

---

<sup>18</sup> Cfr. JORIO, *Le crisi di impresa, Introduzione*; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cap. III; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2003.

ovvero di suoi rami; o anche, *medio tempore*, una prosecuzione dell'attività di impresa da parte degli stessi organi della procedura al fine di preservarne l'avviamento e così mantenere integro il valore di mercato dell'azienda, in attesa di poterlo monetizzare mediante una cessione a terzi.

### 3. Le c.d. procedure "amministrate"

Secondo una terza chiave di lettura generale, la struttura del nostro ordinamento concorsuale si lascia spiegare (anche se non sempre giustificare, in termini di efficienza e giustizia, e in definitiva di razionalità) considerando la pesante **componente "amministrativa"** che, per *talune* procedure, si *giustappone a quella giudiziaria*, talora marginalizzandola.

Il fallimento, e così il concordato preventivo – insomma le procedure concorsuali più tradizionali e di applicazione generale – si sono sempre svolte, e tuttora si svolgono, sotto il presidio e la vigilanza dell'autorità giudiziaria (tribunale e giudice delegato) che è l'unica autorità pubblica coinvolta. Certo, vi sono momenti in cui anche il giudice è chiamato dalla legge ad operare valutazioni e ad assumere decisioni discrezionali che risultano essere più di natura amministrativa che giurisdizionale (e così ad esempio, la scelta se proseguire o meno l'impresa fallita subito dopo la dichiarazione di fallimento; ovvero la scelta sulle modalità con cui taluni impegni assunti in via concordataria dovranno essere adempiuti). Ma ciò non toglie che l'autorità giudiziaria operi all'interno di tali procedure fondamentalmente nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale senza la discrezionalità tipica della pubblica amministrazione: apprendo quelle procedure ogni volta che, di ciò richiesta, constati la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge; e poi – all'interno di esse, e sempre quando richiesta – risolvendo le eventuali controversie insorte e garantendo l'attuazione coattiva dei diritti che vi sono fatti valere.

In questa prospettiva, e conformemente al suo ruolo tipicamente terzo, l'autorità giudiziaria si limita allo *ius dicere*, restando (o almeno così dovrebbe) per lo più "disinteressata" all'esito della procedura o alle scelte discrezionali che per legge, invece, risultano devolute agli altri organi, non giudiziari, che compongono l'apparato della procedura (nel fallimento: il curatore o il comitato dei creditori), se non addirittura lasciate alla stessa autonomia privata (come nel caso dell'accordo che, nel concordato preventivo, si forma fra i diretti interessati: debitore e creditori). Al giudice, insomma, "interesserà" soltanto che la procedura si svolga secondo il percorso e – certo anche – le finalità indicate *dalla legge*, evitando che lungo un tale percorso vengano pretermessi diritti che la legge stessa mostra di tutelare. E questa, per la verità, dovrebbe essere la regola, come in effetti è dato riscontrare (pur al di là della diversa strutturazione del complessivo sistema concorsuale) in altri ordinamenti di primaria rilevanza sullo scenario europeo, o in quello, comparatisticamente non meno importante, statunitense.

Nel nostro sistema operano invece, come sopra accennato, due altre procedure oltre al fallimento e al concordato preventivo: la **liquidazione coatta amministrativa** e l'**amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in stato di insolvenza. Procedure, che come rivela il loro stesso *nomen juris*, sono accomunate dal fatto di risultare "amministrate", gestite cioè da un apparato al cui interno il ruolo di primo piano risulta affidato all'**autorità amministrativa** (autorità di vigilanza di settore o apparati

ministeriali), pur non restando del tutto escluso l'intervento dell'autorità giudiziaria (talora anzi essenziale, come nell'amministrazione straordinaria, che perciò è stata anche definita<sup>19</sup>, nella prospettiva qui affrontata, come procedura "mista"). La pubblica amministrazione, insomma, si affianca e talora sopravanza il ruolo del potere giudiziario nella gestione delle crisi delle imprese sottoposte a tali procedure.

Si vedrà in seguito quali sono gli interessi pubblici che tali imprese mobilitano e che il legislatore ha perciò ritenuto di assoggettare a tali procedure amministrative (o "amministrate"). Ciò che comunque vale la pena notare in questa primo schizzo del nostro sistema concorsuale, è la grande anomalia da cui quest'ultimo risulta affetto a causa di tali procedure.

*Il fallimento ed il concordato preventivo, difatti, dovrebbero in principio risultare le procedure concorsuali (giudiziarie) centrali all'interno di un tale sistema. Così è a dirsi infatti nella prospettiva storica, guardando a come quel sistema si è venuto formando nei secoli. Così è a dirsi anche dal punto di vista della loro rilevanza sistematica, considerata l'importanza delle regole e dei principi che con riferimento ad esse si sono sviluppati, e che consentono di interpretare e di concettualizzare poi l'intero ordinamento concorsuale (ed è per ciò che anche in questa Sezione del manuale è a tali procedure che verrà dato maggiore spazio). E così è a dirsi – infine, ma soprattutto – dal punto di vista del loro ambito di applicazione, che è concepito per essere tendenzialmente generale, e comunque residuale. Esse saranno infatti applicabili in via esclusiva a tutte le imprese (commerciali non piccole) che non possiedano gli specifici requisiti previsti per accedere alle procedure amministrate; ed in molti (benché non tutti) casi – sia pure in alternativa con le procedure amministrate o in conseguenza del loro "insuccesso" – anche alle stesse imprese che siano in possesso di quei requisiti.*

Se però volesse analizzarsi la realtà del diritto vivente dal punto di vista della *rilevanza economica* delle crisi di impresa che vengono regolate attraverso il nostro ordinamento concorsuale, il giudizio ne risulterebbe capovolto. *La maggior parte delle imprese più "importanti" – per tipo di attività svolta (e si pensi soltanto, con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa, alla banche, alla assicurazioni, alle SGR, alle SIM, ecc.) e soprattutto in termini di fatturato (come sono solitamente, oltre a quelle già citate, tutte le altre "grandi" imprese in crisi a cui è riservata l'amministrazione straordinaria) – risultano infatti, in caso di crisi, normalmente assoggettate alle "procedure amministrate".*

Ne risulta così un sistema fortemente anomalo, dove ciò che dovrebbe essere normale – e cioè la regolazione concorsuale dell'insolvenza secondo le tradizionali e "comuni" procedure giudiziarie – risulta invece valere, tendenzialmente, per i casi meno rilevanti. Al contrario, i dissesti più eclatanti vengono "risucchiati" da procedure (tra l'altro previste, per i casi più rilevanti, da leggi emanate in via d'urgenza, e che perciò rendono caotico il sistema) pilotate dalla politica. Così giustificando la ricorrente ironia secondo cui, in definitiva, il diritto fallimentare "classico" sarebbe confinato, nel nostro sistema, al ruolo di mero *code des boutiquiers* (lett. codice dei bottegai).

---

<sup>19</sup> Cfr. NIGRO-VATTERMOLI.

CAPO PRIMO  
IL FALLIMENTO

**§ 22. I PRESUPPOSTI DEL FALLIMENTO E L'APERTURA DELLA PROCEDURA**

**LETTERATURA:** A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979; BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, CARLI, *Onere della prova, principio del contraddittorio e dichiarazione di fallimento*, *ContrImp*, 2007, 832 ss.; CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Tr. Fauceglia-Panzani, I, 16; G.E. COLOMBO, *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, *Fall*, 2008, 625 ss.; G. FERRI jr., *In tema di piccola impresa fra codice civile e legge fallimentare*, *RDComm*, 2007, I, 735 ss.; FERRI jr., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, *RDComm*, 2010, I, 765 ss.; IBBA, *Sul presupposto oggettivo del fallimento*, *RDCiv*, 2007, I, 797 ss.; ID., *Il fallimento dell'impresa cessata*, *RSoc*, 2008, 936 ss.; PELLEGRINO, *Lo stato di insolvenza*, Padova, 1980; RAGUSA MAGGIORE, *Il presupposto soggettivo*, in RAGUSA MAGGIORE-COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, I, Torino, 1997, 184 ss.; A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, *GComm*, 2006, I, 777 ss.; M. SANDULLI, *I soggetti esclusi dal fallimento*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, Milano, 2007, 225 ss.; TERRANOVA, *Stato di crisi e insolvenza*, Torino, 2007; TERRANOVA, *Stato di crisi, insolvenza, incapacienza patrimoniale*, *DFall*, 2006, I, 547 ss.; VASSALLI, *La nozione di insolvenza (alla luce dei recenti interventi legislativi sulle imprese in crisi)*, in *Problemi attuali dell'impresa in crisi, Studi in onore di Giuseppe Ferri*, Padova, 1983.

*I. I presupposti*

*1. Il c.d. presupposto soggettivo (rinvio)*

Si è già evidenziato, nella prima Sezione di questo manuale, come tutto il diritto commerciale – e in particolare il diritto fallimentare, che ne è parte storicamente e sistematicamente fondamentale – abbia ad oggetto principalmente la disciplina di vicende collegate allo svolgimento dell'attività di impresa; e che la fenomenologia di una tale attività risulta giuridicamente ordinata, dal nostro sistema positivo, secondo una pluralità di modelli (fattispecie, o “sub-fattispecie” se si assume come generale la fattispecie dell'impresa *tout court* descritta dall'art. 2082) fra i quali quello più importante, per rilevanza economica e centralità sistematica, risulta essere quella dell'imprenditore commerciale non “piccolo”.

È proprio tale (sub)fattispecie, infatti, che funge da antecedente del c.d. “statuto dell'imprenditore commerciale” e quindi, fra le altre norme che lo compongono, di quelle che regolano le procedure concorsuali. Queste infatti, secondo quanto chiarito all'art. 1 l.fall., si applicano all'**imprenditore**:



(i) che eserciti un'attività commerciale<sup>1</sup>;

(ii) le dimensioni della cui azienda consentano di qualificarlo come “non piccolo”, secondo la nozione già esaminata al § 2.III e che – almeno ai fini dell'applicazione del diritto fallimentare – risulta dall'interpretazione coordinata degli artt. 2083, 2221 c.c., e soprattutto dell'art. 1, co. 2, l.fall.;

(iii) “privato”: *esclusi* cioè (anche se solo per quanto riguarda il fallimento e il concordato preventivo, ma non, come si vedrà, altra procedura concorsuale appositamente prevista dalla legge fallimentare, la liquidazione coatta amministrativa) *gli enti pubblici* (artt. 2221 c.c., e 1, co. 1, l.fall.);

(iv) sono peraltro *escluse da questo novero anche le c.d. “start-up innovative”*, soggette alle sole procedure concorsuali previste per il c.d. debitore civile dalla l. 3/2012 (v. § 33).

Tanto premesso – e rinviando quindi alla Sezione I di questo manuale per l'analisi specifica dei requisiti, or ora ricordati, il cui possesso determina l'*assoggettabilità* a fallimento – deve ora aggiungersi che se la sussistenza di quei requisiti (tradizionalmente e complessivamente assunti quali “presupposto soggettivo” del fallimento) è condizione necessaria perché possa aprirsi una procedura fallimentare, non è però condizione sufficiente.

Perché possa darsi un *assoggettamento* a fallimento, infatti, la legge richiede la sussistenza anche di un'altra condizione, da inquadrarsi perciò quale co-elemento costitutivo della *complessa fattispecie* capace di provocare una dichiarazione di fallimento: lo *stato di insolvenza*, ritenuto perciò il presupposto oggettivo del fallimento. Secondo l'art. 5, infatti, “l'imprenditore” (avente i requisiti sopra elencati) “che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito”.

## 2. Il c.d. presupposto oggettivo: lo 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” (art. 5, co. 2).

Emergono, secondo questa importante norma definitoria, due profili del **presupposto oggettivo** del fallimento: quello *intrinseco*, legato alla condizione di *obiettiva impotenza finanziaria* (l'incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni); e quello *estrinseco*, legato alla soggettiva percettibilità di tale condizione attraverso *fatti esteriori* che la manifestino.

i) Cominciando dal primo profilo, deve innanzitutto rilevarsi – anche per meglio comprendere il complesso di interessi in funzione dei quali è nata e si giustifica la disciplina fallimentare – che l'**incapacità ad adempiere alle proprie obbligazioni** (anche se “civili”, e cioè non relative all'esercizio dell'impresa<sup>2</sup>) rappresenta una situazione

<sup>1</sup> Con l'eccezione, secondo quanto già accennato al § 21.II.1 e meglio si vedrà al § 31, degli accordi di ristrutturazione (che però non sono ritenuti una procedura concorsuale vera e propria), accessibili anche per l'imprenditore agricolo.

<sup>2</sup> V. SATTA; Cass. 22-3-1986, n. 1918.

pregiudizievole non solo per i creditori la cui pretesa possa già esser fatta valere o sia prossima ad esserlo, ma altamente rischiosa per la generalità di tutti coloro che vantino crediti, quantunque non scaduti, nei confronti dell'imprenditore decotto. Nonché, più in generale, allarmante per l'intero mercato, e cioè di chi, pur senza ancora esserlo, potrebbe divenire creditore dell'imprenditore già insolvente.

A tutela di tutti costoro, e comunque della *par condicio creditorum* (per evitare che alcuni si ritrovino gli ultimi ad essere stati soddisfatti per intero, mentre altri non potranno più contare su alcun adempimento) occorre quindi che la gestione (in perdita) dell'impresa e la amministrazione del patrimonio del debitore vengano sottratte a quest'ultimo (c.d. *spossessamento*), recuperando semmai (con l'azione revocatoria) quanto fuoriuscito da tale patrimonio nell'imminenza del fallimento e quando l'imprenditore era già decotto.

In ragione di queste esternalità negative, l'incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni viene dalla legge riconosciuta come *rilevante nella sua obiettività*, a prescindere cioè dalle eventuali responsabilità del debitore o, comunque, dalle cause, seppure fortuite, che hanno determinato il dissesto<sup>3</sup>. Neppure importa il *numero dei creditori*, foss'anche uno solo: anche in assenza di un concorso con altri creditori, infatti, la conservazione e la reintegrazione della garanzia patrimoniale dell'unico creditore sarà meglio assicurata dalla procedura fallimentare di quanto non lo sarebbe mediante un'azione esecutiva individuale. Neppure importa, infine, il *numero delle obbligazioni* che gravano sull'imprenditore<sup>4</sup> o, *in principio*, il loro ammontare o il fatto che siano già scadute oppure non.

Si dice "in principio", tuttavia, perché in realtà, nell'inquadrare la fattispecie in discorso, occorre tener presente un altro dato normativo che, pur senza interferire concettualmente con la nozione di insolvenza, ne condiziona, operativamente, la capacità di legittimare una dichiarazione di fallimento. Si tratta dell'art. 15, co. 9, secondo il quale "*non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila*". La previsione, in sé, si lascia agevolmente spiegare in considerazione delle esigenze di razionalità ed efficienza economica della procedura fallimentare: se l'ammontare complessivo dell'indebitamento è ridotto, infatti, i costi della procedura (a cominciare dai compensi del curatore) potrebbero risultare sproporzionati rispetto al fine perseguito, meglio valendo, allora, lasciare l'iniziativa esecutiva ai singoli creditori.

La condizione prevista dalla legge, facendo riferimento alla "*incapacità ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*" consente poi di chiarire meglio il rapporto, che non è di necessaria coincidenza, fra **insolvenza** e **inadempimento**<sup>5</sup>.

Al proposito, viene innanzitutto in questione il requisito della **regolarità**, dal quale

<sup>3</sup> Cass., SU, 13-3-2001, n. 115; NIGRO-VATTERMOLI.

<sup>4</sup> Fosse anche un solo debito, se capace di rivelare l'insolvenza (Cass. 30-9-2004, n. 19611).

<sup>5</sup> Né l'insolvenza coincide, come in altri ordinamenti o nel nostro previgente Codice di Commercio del 1882 (art. 683), con la "cessazione dei pagamenti". Sulla differenza, e auspicando un preminente rilievo del "credito" dell'imprenditore basato su "segni estrinseci e visibili", anziché su indagini interne all'impresa, v. già BONELLI, *Del fallimento*<sup>3</sup>, I, 109 ss. Ma diversamente, in tempi più recenti, AMATUCCI, *Temporanea difficoltà*, cit., 119 ss.

deriva che *potrebbe ben esservi un'incapacità ad adempiere "regolarmente" anche quando non consti (ancora) alcun inadempimento*. La "regolarità" dei pagamenti riguarda infatti non solo l'integralità e la puntualità dei singoli adempimenti, ma anche le modalità attraverso il cui li si effettua o ci si procura il denaro necessario.

Non risulterebbe capace di adempiere regolarmente, allora, non solo chi, per la generale scarsità di mezzi, non riuscisse a saldare per l'intero i propri debiti oppure vi riuscisse solo con affanno e con sempre crescenti ritardi, invocando continue dilazioni. Ma neppure sarebbe regolare l'adempimento di chi, pur adempiendo per l'intero e alla scadenza, adempisse con *mezzi anomali* (come la *datio in solutum* – ad esempio di un'automobile o di gioielli personali o di opere d'arte, ovvero restituendo la merce ricevuta), ovvero procurandosi danaro *in modo anomalo*, ad esempio *svendendo* a prezzi rovinosi i propri beni o *alienando cespiti aziendali* che potrebbero compromettere la continuità dell'impresa, o procurandosi denaro ricorrendo ad *usurai* (da questo punto di vista, in certe condizioni, lo stesso denaro contante potrebbe risultare più anomalo di altri mezzi di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, come un bonifico bancario). Naturalmente, come si dirà a breve parlando dei fatti esteriori capaci di manifestare l'insolvenza, ognuno di questi elementi non costituirà prova certa, ma solo un indizio, da valutarsi nel caso concreto, dell'incapacità ad adempiere regolarmente. Sarà del tutto *regolare*, per converso, l'adempimento effettuato procurandosi denaro mediante *linee di credito concesse da un intermediario finanziario*, se ottenuto a condizioni normali, dal momento che il ricorso al credito, soprattutto bancario, rappresenta, particolarmente in Italia, un normale mezzo di finanziamento attraverso il quale l'impresa provvede a gestire i suoi flussi finanziari.

In altri termini, seppure è vero che la condizione di insolvenza rileva nella sua **attualità**<sup>6</sup> (e quindi *non se verificatasi nel passato* ma oramai superata; ovvero non ancora prodottasi ma *soltanto temuta come imminente*), è pur vero che la "irregolarità" degli adempimenti già rileva come insolvenza proprio perché lascia pronosticare che il debitore, a breve, non potrà più adempiere, neppure irregolarmente<sup>7</sup>. Il che costituisce un *pericolo attuale*, e non solo temuto, per i creditori dell'impresa.

Un' *insolvenza soltanto temuta*, a causa ad esempio di un andamento economico negativo dell'impresa (scarsità dei redditi attesi rispetto ai costi previsti), potrà piuttosto rilevare come un più generico "stato di crisi". Tale condizione, pur senza essere ancora insolvenza, potrà rilevare quale presupposto di altra procedura concorsuale, il concordato preventivo, le cui finalità potranno allora essere anche quelle – virtuose – di anticipare e prevenire un'insolvenza vera e propria. Neppure rileverà, per altro verso, un' *insolvenza scongiurata in extremis*: ad esempio attraverso un accordo, raggiunto con uno o con alcuni dei creditori più importanti, in virtù del quale questi ultimi rinuncino a parte del loro credito, o comunque ad esigerlo per un certo tempo (*pactum de non petendo*) o a certe condizioni.

Per altro verso, poi, il concetto di "capacità" – già dal punto di vista logico e semantico – esprime una mera **potenzialità**. E quindi la condizione di chi *sia in grado di adempiere*, avendo i mezzi per farlo, anche a prescindere dal fatto che poi, in concre-

<sup>6</sup> Cass. 25-5-1993, n. 5869.

<sup>7</sup> Tanto che il ritardo nel chiedere il fallimento, mediante operazioni imprudenti o comunque aggravando il dissesto, costituisce di per sé reato di bancarotta (art. 217, n. 3 e 4).

to, si astenga dal farlo. Potrebbe così esservi *capacità ad adempiere regolarmente pur in presenza di uno o più inadempimenti*. Questi potrebbero infatti dipendere da ragioni ben diverse dall'incapacità finanziaria del debitore: e così, ad esempio, quando quest'ultimo (non è che non possa, ma semplicemente) si rifiuti di adempiere perché contesti la pretesa del creditore, ad esempio disconoscendone il titolo, in ipotesi invalido; ovvero formulando altre eccezioni, come una compensazione o l'inadempimento della controparte.

ii) Venendo ora al profilo che si è detto estrinseco dell'insolvenza, prevede l'art. 5, l.fall. che l'incapacità ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni deve **“manifestarsi”, con inadempimenti o con altri fatti esteriori**.

Degli **inadempimenti** veri e propri, e della loro rilevanza, anche indiziaria, s'è già detto poc'anzi; dovendosi peraltro aggiungere, nella prospettiva ora esaminata, che anch'essi, a loro volta, possono manifestarsi in diversi modi: ad esempio mediante una *sentenza di condanna a pagare*, o un *protesto*, o un *decreto ingiuntivo*, o un *sequestro conservativo*, ovvero per mezzo di una *dichiarazione del debitore stesso*.

Al di là di tali evidenze, sono comunque possibili molti (tendenzialmente illimitati) altri **“fatti esteriori”** capaci di rivelare l'insolvenza del debitore. Alcuni di questi fatti sono presi in considerazione dalla stessa legge, attingendo peraltro da una casistica che si presentava con frequenza soprattutto nei secoli scorsi, quando forte era il timore della valenza afflittiva della procedura fallimentare. Fra tali fatti l'art. 7 (nel regolare l'iniziativa del pubblico ministero per far dichiarare il fallimento) menziona la *fuga*, l'*irreperibilità*, la *latitanza* (si è già ricordato al proposito come, negli originari statuti medievali, vi fosse sinonimia fra fallimento e *fuga*, fra fallito e *“debitor fugitivus”*) o, potrebbe forse aggiungersi, il *suicidio*<sup>8</sup> dell'imprenditore. Oppure la *chiusura dei locali* dell'impresa, o il *trafugamento* o la *sostituzione* o la *diminuzione fraudolenta dell'attivo* da parte dell'imprenditore<sup>9</sup>. Ancora, l'insolvenza potrebbe emergere (sempre secondo l'art. 7) *nel corso di un procedimento penale o civile*.

Al di là di tali fatti, non v'è dubbio che particolarmente eloquenti possano rivelarsi – sempre, ovviamente, a livello indiziario – le *risultanze contabili* (e specialmente il bilancio) che, se regolarmente tenute, possono ben rappresentare la situazione economico – finanziaria della società. Sarebbe però errato affrettarsi ad affermare l'insolvenza sulla base di una situazione di mero *“sbilancio” patrimoniale*, poiché una situazione pur di grave sovraindebitamento non pregiudica di per sé la regolarità degli adempimenti, almeno sin quando l'impresa possa contare sul credito (soprattutto bancario) o su garanzie altrui (spesso prestate dei soci)<sup>10</sup>; tanto più, poi, se tali elementi risultino rafforzati da un'aspettativa di alti flussi di reddito futuro. Per converso, un'eventuale *eccedenza dell'attivo sul passivo*, soprattutto se il primo sia dato soprattutto da voci di bilancio espressive di risorse non realizzabili (spese di impianto o pubblicità, o un brevetto dal cui sfruttamento dipendano le sorti industriali dell'impresa) o non facilmente liquidabili (ad esempio immobilizzazioni), potrebbe non bastare a scongiurare una crisi di liquidità, che a sua volta – come

<sup>8</sup> SATTA, 50.

<sup>9</sup> Anche una segnalazione di una banca creditrice alla Centrale rischi può costituire indizio dell'insolvenza (Cass. 24-5-2010, n. 12626).

<sup>10</sup> Cass. 9-3-2004, n. 4727; e, in principio, anche Cass. 1-12-2005, n. 26217, pur sottolineando però come l'eccedenza delle passività sulle attività sia elemento da tenere comunque in primaria considerazione, e talora capace di rivelare l'insolvenza.

ricordato sopra – potrebbe anche tradursi, alla prova dei fatti, in un'incapacità non solo momentanea ad adempiere regolarmente i propri debiti<sup>11</sup>. La stessa *anormalità dei pagamenti* sopra ricordata, come ad esempio la svendita di cespiti aziendali, può (anche se non necessariamente, potendovi essere altre ragioni che la giustificano) costituire un chiaro fatto esteriore dell'insolvenza.

In definitiva, nella prospettiva processuale e quindi pratica, ciò che conterà in sede istruttoria prefallimentare sarà l'accertamento di concreti fatti rivelatori di un'insolvenza: non bastando quindi isolati indizi, ma occorrendo un quadro probatorio, quantunque di natura indiziaria, complessivamente espressivo di tale stato.

### 3. Ipotesi particolari

Descritta così, nei suoi presupposti soggettivo ed oggettivo, la complessa fattispecie della disciplina fallimentare, deve comunque tenersi presente che in talune **ipotesi particolari** tali *presupposti* (a) risultano *non sufficienti* oppure (b) potrebbero apparire *non necessari*.

a) Della prima serie, due ipotesi sono già state menzionate.

a1) La prima – che, come si è rilevato, è in realtà generale, ma pare atteggiarsi più che altro quale mera *condizione di procedibilità* (per cui, pur in presenza di tutti i presupposti sopra enunciati, la procedura non è in concreto attivabile per ragioni di economicità) – è quella descritta dall'art. 15, per il quale un imprenditore commerciale, ancorché insolvente, non può essere dichiarato fallito quando *l'ammontare dei suoi debiti scaduti e non pagati non ecceda i trentamila euro*.

a2) La seconda – anch'essa accennata – risulta dalla disciplina della *liquidazione coatta amministrativa*. Secondo gli artt. 2 e 196, infatti, talune imprese (individuate dalla legge in modo e per ragioni che verranno illustrate a suo tempo: § 34), non potrebbero essere dichiarate fallite, quand'anche rispetto ad esse ricorressero i presupposti di fallibilità ricordati nei precedenti paragrafi. E ciò in quanto: (a2') siano per legge *assoggettate in via esclusiva alla l.c.a.* (e questa è una vera e propria eccezione); (a2'') ovvero, pur essendo in principio assoggettabili anche a fallimento, si ritrovino *già assoggettate a l.c.a.*, secondo un principio detto "*di prevenzione*". Anche in questo caso non si tratta quindi di un'eccezione, bensì di una condizione di mera improcedibilità.

a3) Ipotesi non troppo diversa (nella prospettiva qui considerata) da quest'ultima si riscontra poi guardando alla disciplina della *amministrazione straordinaria* (§ 35) che proprio per definizione, anzi, risulta applicabile alle "imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento". Sennonché, in presenza di talune *caratteristiche dimensionali*, la dichiarazione di insolvenza non provocherà una dichiarazione di fallimento, dando piuttosto avvio alla (prima fase ed eventualmente, accertati ulteriori presupposti, alla vera e propria) procedura di amministrazione straordinaria. Anche in questo caso, peraltro, non si constata un'esenzione da fallimento, ma una mera *condizione di improcedibilità*, peraltro precaria: difatti, la prospettiva di un fallimento resta sempre aperta ogniqualvolta si constati che la procedura di amministrazione straordinaria non potrà (o non sia riuscita a) realizzare le particolari finalità che la legge le assegna ("recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali").

a4) Un caso particolare – forse una vera e propria eccezione – parrebbe invece essere quella dettata dall'art. 156 l.fall. in tema di *patrimoni destinati ad uno specifico affare* pre-

<sup>11</sup> Cass. 20-5-1993, n. 5736; Cass. 21-4-2011, n. 9260, rilevando come l'insolvenza neppure sia esclusa dall'appartenenza della società ad un gruppo di società solventi.

visti e disciplinati dagli artt. 2447-*bis* c.c. (cfr. secondo volume). Se infatti lo “specifico affare”, inteso quale parte dell'attività d'impresa prevista dall'oggetto sociale, può di per sé considerarsi, almeno in talune ipotesi, quale attività d'impresa, anche commerciale, è pur vero che quando il patrimonio destinato non risulti sufficiente a far fronte alle obbligazioni contratte dalla società per l'esecuzione dell'affare stesso, è esclusa una dichiarazione di fallimento della società (ovviamente sempre che questa non sia insolvente rispetto alle obbligazioni gravanti sul suo patrimonio generale), e men che mai del patrimonio stesso, che non ha soggettività; dovendosi piuttosto procedere – secondo gli artt. 2447-*novies*, co. 2, c.c., e soprattutto 156 l.fall. – alla *mera liquidazione del patrimonio*, secondo le regole dello scioglimento della società. In altri termini, quando il patrimonio – pur rappresentabile quale complesso aziendale, o ramo d'azienda, impiegato per l'esercizio di un'attività commerciale – risulterà “*incapiente*”, non per questo si avrà “*insolvenza*” della società.

È questa una conseguenza che pare potersi trarre anche a proposito di un altro recente istituto del diritto dell'impresa, il c.d. *contratto di rete*<sup>12</sup>, attraverso il quale più imprese possono svolgere un'attività imprenditoriale (analoga, da questo punto di vista a quella consortile) dedicandovi un patrimonio separato (c.d. fondo patrimoniale comune).

b) I casi previsti dagli artt. 10, 11 e 12 ovvero dall'art. 147 parrebbero configurare delle vere e proprie eccezioni al sistema, in quanto sembrerebbe esservi un “*fallimento senza impresa*”, o “*senza imprenditore*”. Non è però così.

b1) Gli artt. 10 e 11, prevedendo il fallimento “*dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa*”, ovvero “*dell'imprenditore defunto*” (cioè dell'imprenditore persona fisica morto prima della dichiarazione di fallimento), pongono due problemi.

Il primo problema – che già si è esaminato nella prima Sezione di questo manuale – riguarda il *momento nel quale ritenere cessata un'impresa* (mentre ovviamente non v'è, in principio, problema nel determinare il momento della morte dell'imprenditore persona fisica)<sup>13</sup>. A questo riguardo si è già osservato come – benché in teoria la cessazione dell'impresa dovrebbe farsi corrispondere, secondo il principio di effettività che governa la materia, al momento in cui sia concretamente cessata l'attività produttiva (o almeno quella sua fase terminale, ma ancora operativa, in cui si procede a disaggregare l'organizzazione aziendale, insomma la liquidazione) – in pratica esigenze di certezza hanno portato la giurisprudenza prima<sup>14</sup>, e la stessa legge poi (e in particolar modo la legge fallimentare, posto che questo genere di problemi, come già detto, rileva soprattutto in chiave fallimentaristica) a presumere che la cessazione avvenga *nel momento della “cancellazione dal registro delle imprese”* (10, l.fall.). Si tratta comunque, in principio, di una *mera presunzione*, posto che resta comunque salva la facoltà – anche se solo da parte dei creditori o del pubblico ministero (ma non dell'imprenditore), e solo ove si tratti di impresa individuale o di cancellazione di ufficio di impresa collettiva (caso peraltro raro) – di fornire, in sede di istruttoria prefallimentare, la *prova contraria* del diverso momento in cui si è verificata *l'effettiva cessazione dell'attività*.

L'altro problema è dato invece dalle norme (artt. 10 e 11, l.fall.) che consentono di dichiarare il fallimento dell'impresa *anche dopo il momento della cessazione dell'impresa* (così come determinato secondo quanto appena visto) *o della morte dell'imprenditore defunto* (caso che l'art. 11 equipara alla cessazione della sua attività d'impresa, regolandolo allo

<sup>12</sup> V. in proposito, SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle “reti di imprese” non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, RDComm, I, 2012, 445 ss.

<sup>13</sup> Cfr. recentemente, LUBRANO DI SCORPANIello, *Cessazione dell'impresa e procedure concorsuali*, Milano, 2005.

<sup>14</sup> V. soprattutto, C.Cost. 21-7-2000, n. 319.

stesso modo), se l'insolvenza si sia manifestata prima o entro l'anno da quel momento<sup>15</sup>. Ciò, all'evidenza, per non privare i creditori, sol perché l'impresa è (da poco) cessata, dalla tutela fornita dalla disciplina fallimentare rispetto ad un'insolvenza che è pur sempre relativa a debiti sorti mentre l'impresa era in esercizio: il *termine massimo di un anno* essendo allora posto dalla legge, in modo evidentemente arbitrario, solamente per ragioni di certezza dei rapporti giuridici.

Tali ipotesi hanno quindi indotto a parlare di “fallimento senza impresa” o, nel caso di morte dell'imprenditore, di “fallimento senza imprenditore”<sup>16</sup>. Tuttavia in tali casi deve riconoscersi che un soggetto titolare di un'attività di impresa (la società, l'imprenditore persona fisica) è pur sempre identificabile; solamente, un tale soggetto non può più essere qualificato, *attualmente*, come titolare di un'impresa in esercizio. *Ma è pur sempre a tale impresa (quale effettivamente ha operato) e a quel soggetto (quale effettivamente è esistito) che il fallimento si riferisce*. Ed infatti il fallimento è dichiarato nei confronti della società estinta o dell'imprenditore defunto. La sola particolarità pare allora consistere in ciò, che *gli effetti della procedura non potranno che proiettarsi e farsi valere nei confronti di soggetti di diritto attualmente esistenti, da individuarsi in base ai loro rapporti giuridici con quello che fu l'effettivo titolare dell'impresa dichiarato fallito*: ad esempio, e a vario titolo, verso i soci a responsabilità limitata chiamati a restituire quanto ricevuto in sede di liquidazione (diverso discorso valendo per i soci a responsabilità illimitata, come si vedrà nel § 27.II e III) o i componenti degli organi della società estinta, a titolo di responsabilità per la loro *mala gestio*; o verso gli eredi dell'imprenditore defunto, quali suoi successori *in universum ius* (e diversamente poi a seconda che abbiano accettato con beneficio di inventario o non).

D'altra parte, così come sarebbe fuorviante parlare di fallimento “senza impresa”, risulterebbe altrettanto deformante ritenere che il soggetto estinto, o la sua attività, soltanto perché evocati in giudizio ai fini appena rappresentati, siano ancora, o tornino ad essere, giuridicamente esistenti. Ancor meglio, nella stessa prospettiva, può inquadarsi la disciplina della “**morte del fallito**”, e cioè il caso dell'imprenditore che, *dopo essere stato dichiarato fallito*, deceda mentre la procedura ancora è in corso<sup>17</sup>. In tal caso la procedura prosegue nei confronti degli eredi, anche se hanno accettato con beneficio d'inventario (ovvero, in caso di mancata accettazione, nei confronti del curatore dell'eredità giacente). Ma ciò sempre per le esigenze operative sopra rappresentate, e non certo perché il fallimento dipenda da presupposti diversi da quelli costituiti dall'impresa svolta dal defunto (che infatti è “il fallito”) o dall'insolvenza a lui imputabile.

## II. L'apertura della procedura

**LETTERATURA:** BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, Tr. Ragusa Maggiore-Costa, 265 ss.; CAIAFA, *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, *DFall*, 2008, I, 171 ss.; FABIANI, *La conclusione del procedimento prefallimentare con decreto*, *Fall*, 2006, 625 ss.; FERRO-DI CARLO (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010; FI-

<sup>15</sup> V. recentemente G. FERRI jr., *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, *RDComm*, 2010, I, 447 ss.; IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, *RSoc*, 2008, 936 ss., 943 ss.

<sup>16</sup> Cfr. SAVI, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1976, 282 ss.; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., I, 417; PAJARDI-PALUCHOWSKY. Sul tema affrontato nel testo v., più in generale, SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1974; LAMANNA, sub *art. 10*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 258 ss.; in termini problematici, G. FERRI jr. e IBBA, cit. alla nt. prec.

<sup>17</sup> V. M. ROSSI, *Morte del fallito*, *Comm. Cavallini*, I, 275 ss.

CHERA, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, I procedimenti speciali*, IV, 52; PUNZI, *La dichiarazione di fallimento*, *RDPProc*, 2008, 1501 ss.; R. SANTAGATA, *Sull'onere della prova dei requisiti di esonero dal fallimento*, *DFall*, 2008, I, 11 ss.; SCIACCA, *L'istruttoria prefallimentare: profili processuali*, *DFall*, 2007, I, 43 ss.; TEDESCHI, *Della dichiarazione di fallimento*, *Comm. Scialoja-Branca - Legge fallimentare*, I, Bologna-Roma, 1974.

Il fallimento di un'impresa è dichiarato da un tribunale civile (nella prassi dei maggiori tribunali viene talora dedicata una sezione "specializzata", detta "fallimentare", ma comunque appartenente alla giurisdizione), per **iniziativa privata** o **pubblica** (art. 6).

a1) È **privata** (ed è l'ipotesi più frequente) l'iniziativa di **uno o più creditori**. A questo fine il creditore (o i creditori, o al limite anche i creditori dei creditori in via surrogatoria<sup>18</sup>) proporranno *ricorso* (uno o eventualmente più, allora da riunirsi) al tribunale dovendo anzitutto *legittimarsi* provando la propria qualità di creditori. Essi dovranno quindi provare l'esistenza di un credito, anche se non necessariamente liquido o scaduto (tanto più che, provata che sia l'insolvenza del debitore, la scadenza dovrà ritenersi maturata: art. 1186 c.c.) e neppure superiore all'ammontare minimo (trentamila euro) preteso dalla legge per aprire la procedura (potrebbero infatti esservi altri creditori); restando invece discusso se, in tale sede, il credito possa essere soltanto condizionato.

Il creditore procedente dovrà poi *allegare la sussistenza dei presupposti del fallimento*, eventualmente offrendo mezzi di prova a supporto; il che non è però indispensabile, considerati gli autonomi poteri di verifica del tribunale, una volta che il ricorso sia stato presentato.

a2) D'altra parte è lo stesso **debitore** che, sempre con ricorso, potrebbe chiedere di essere dichiarato fallito (c.d. *autofallimento*).

Se poi si tratti di **società**, si ritiene che – coerentemente a quanto previsto in tema di concordato fallimentare o preventivo (artt. 152 e 161), da intendersi come principio generale – la decisione di proporre ricorso dovrà essere presa (in caso di *società di persone*) dai soci che rappresentino la maggioranza del capitale, e (in caso di *società di capitali*) dagli amministratori, salvo diversa disposizione statutaria.

Nel caso in discorso, l'iniziativa privata potrebbe dipendere dall'interesse dello stesso debitore (ad esempio, a sottrarsi alle pressioni esercitate dai creditori con iniziative stragiudiziali o con azioni esecutive individuali, che dovranno invece interrompersi una volta aperta la procedura collettiva), ed allora assumere i contorni di una *facoltà*; ma anche risultare strumentale all'interesse pubblico a non aggravare le conseguenze del dissesto ritardando l'apertura della procedura (fattispecie questa che costituirebbe addirittura un reato dell'imprenditore o, se l'impresa abbia forma societaria, dei suoi amministratori, direttori, sindaci o liquidatori), configurandosi allora quale vero e proprio *obbligo* sanzionato penalmente (art. 217).

<sup>18</sup> Sub art. 6, *Comm. Maffei Alberti*, 32; cfr. F. AULETTA, *L' "iniziativa per la dichiarazione di fallimento" (specie del "creditore sedicente o non legittimato o rinunciante")*, *Fall*, 2010, 129 ss.



b) L'iniziativa **pubblica** è affidata alla *richiesta*, sempre rivolta al tribunale competente, di un **pubblico ministero** al quale risulti l'insolvenza di un'impresa fallibile.

Ciò può accadere per effetto della *notizia* di alcuno di quei "fatti esteriori" rivelatori, secondo l'art. 5, dello stato di insolvenza, come la fuga, l'irreperibilità o la latitanza dell'imprenditore, ovvero il trafugamento o la sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo. Oppure può accadere durante un *procedimento penale* al quale partecipi lo stesso P.M., compresi<sup>19</sup> i procedimenti da lui intrapresi per far valere un reato fallimentare: un reato la cui punibilità, cioè, presupponga la condizione di fallito del condannato, pur potendo tale condizione essere accertata e maturare durante il procedimento proprio a seguito della richiesta del P.M. (art. 238)<sup>20</sup>. D'altronde, la notizia dell'insolvenza potrebbe provenire al P.M. anche dalla *segnalazione di un giudice civile* che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento (ad esempio, durante un procedimento esecutivo non andato a buon fine); e quindi, in ipotesi, anche dallo stesso tribunale<sup>21</sup> competente poi a dichiarare il fallimento in accoglimento di quella richiesta. Come si vede, dunque, pur non potendo procedersi ad una dichiarazione di fallimento d'ufficio da parte del tribunale, l'iniziativa potrebbe comunque, indirettamente, essere sollecitata da quest'ultimo.

**Tribunale competente** sarà quello del luogo dove si trova la *sede principale* dell'impresa (art. 9). Quale debba intendersi "sede principale" non è per la verità adeguatamente descritto dal legislatore, ma v'è sostanziale concordia nel ritenere che essa, pur potendo coincidere con la sede legale, possa anche essere diversa (lo si desume anche dall'art. 17, co. 2, che distingue fra sede effettiva e sede legale), designando il luogo dove effettivamente si concentra la *direzione dell'impresa*<sup>22</sup>, e dove dunque è conveniente che si insedi il curatore fallimentare, incaricato di pilotarla lungo il procedimento fallimentare. Si fa dunque riferimento all'attività amministrativa e direttiva, e non – se diverse – a quella legale o a quella dove si svolge materialmente l'attività di produzione<sup>23</sup>.

L'esigenza di neutralizzare scelte dilatorie o opportunistiche dell'imprenditore che, in prossimità di una probabile dichiarazione di fallimento, *trasferisca la propria sede principale* (quella legale sarebbe indifferente, per quanto detto), spiega la regola per cui un tale trasferimento non incide sulla *competenza* del tribunale se avvenuto nell'anno precedente al ricorso o alla richiesta di fallimento, in deroga quindi al principio dell'art. 5 c.p.c.<sup>24</sup>. Tale principio, che fa riferimento al momento della proposizione della domanda, risulta invece confermato con riguardo alla *giurisdizione*, che resta attribuita al giudice italiano anche qualora la sede effettiva sia stata *trasferita all'estero* dopo il ricorso o la richiesta di fallimento<sup>25</sup>. Del resto, in ossequio al principio di effettività, anche se la sede principale del-

<sup>19</sup> Non esclusivamente essi, però (così, Cass. 5-12-2001, n. 15407).

<sup>20</sup> L'indipendenza dell'azione penale, originariamente coincidente con quella per la dichiarazione di fallimento, fu una novità del Codice di Commercio del 1882, art. 696 (v. E. VIDARI, *I fallimenti. Trattazione sistematica secondo il nuovo codice di commercio italiano*, Milano, 1886, 228 ss.

<sup>21</sup> MARELLI, *Segnalazione di insolvenza al pubblico ministero da parte del tribunale fallimentare*, RDP, 2010, 440 ss.

<sup>22</sup> Cass. 21-3-2003, n. 4206; Cass. (ord.) 10-6-2005, n. 12285.

<sup>23</sup> Cass. 11-3-2005, n. 5391; Cass. (ord.) 23-4-2002 n. 5945, stabilendo però una presunzione di coincidenza fra sede legale ed effettiva.

<sup>24</sup> Cass. 27-7-2010, n. 17583; Cass., SU, 16-12-2009, n. 26287.

<sup>25</sup> Cass., SU, 3-10-2011, n. 20144; Cass., SU, 9-2-2009, n. 3057; e già M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insol-*

l'impresa fosse già stata all'estero, questo non escluderebbe la giurisdizione italiana, se in Italia vi fosse una *stabile organizzazione* (sede secondaria, effettiva) dell'impresa<sup>26</sup>. In ogni caso, l'esistenza di beni appartenenti all'impresa sul suolo italiano non solo non precluderebbe l'esercizio di azioni esecutive individuali su tali beni; ma, se la sede principale dell'impresa fosse in uno dei Paesi considerati da talune convenzioni internazionali cui aderisce l'Italia o, ipotesi ancor più frequente, dal Regolamento comunitario sull'insolvenza transfrontaliera (Reg. CE, 29 maggio 2000, n. 1346, su cui v. meglio § 36), vi sarebbe la possibilità – nella prospettiva di un'esecuzione concorsuale su quei beni – di un'estensione automatica degli effetti della procedura aperta all'estero (secondo il principio di universalità) o di aprire in Italia una procedura “secondaria” (o “territoriale”: si tratterebbe allora di una “universalità limitata”).

Il **procedimento** per la dichiarazione di fallimento è “*volto all'accertamento dei presupposti*” che la legittimino, e si svolge dinanzi al tribunale (individuato come appena visto) in composizione *collegiale* e con le modalità dei procedimenti in *camera di consiglio* (art. 15) seppure con accorgimenti che mitigando il carattere sommario di tali procedimenti, assicurano un maggiore rispetto del contraddittorio, avvicinandoli all'ambito del processo di cognizione ordinaria.

Ai fini della c.d. **istruttoria prefallimentare** il debitore è convocato per essere sentito dal tribunale o, come più spesso accade, da un giudice relatore delegato *ad hoc*. Le parti (il debitore, nonché i creditori o il P.M. istanti), d'altronde, possono presentare memorie e produrre documenti ed anche relazioni tecniche, volte ovviamente a dimostrare, a seconda di chi le proponga, la sussistenza o non dei presupposti del fallimento<sup>27</sup>. Il che non toglie all'accertamento di tali presupposti possa contribuire lo stesso giudice: in primo luogo ordinando al debitore di depositare, ove non l'abbia già fatto spontaneamente, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi ed una situazione patrimoniale, economica e finanziaria; e comunque potendo richiedere informazioni d'urgenza (anche presso la Pubblica Amministrazione) o disporre consulenze tecniche.

In ogni caso, poi, anche prima che l'istruttoria si sia conclusa, il collegio potrà emettere su istanza di parte “**provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa**”: ad esempio limitando con un'inibitoria o un sequestro conservativo i poteri di disposizione del debitore o le iniziative dei creditori, ovvero sottoponendo a controllo l'esercizio dell'impresa, preponendole un amministratore giudiziario. È questo, infatti, un momento in cui il debitore o alcuni creditori, avendo ancora le “mani libere”, potrebbero tentare di porre in essere atti (distrazione dell'attivo, pagamenti preferenziali) volti a prevenire gli effetti che si produrranno con l'apertura del fallimento.

Il procedimento – sempre che non si concluda con una rinuncia agli atti del creditore procedente (c.d. istanza di desistenza) e quindi con un possibile decreto di archiviazione prima d'ogni pronuncia<sup>28</sup>, ovvero con una mera pronuncia di incompe-

venza transfrontaliera, *RDIIntPrivProc*, 2004, 499 ss.; DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato*, Milano, 1987.

<sup>26</sup> Non però una mera attività contrattuale (Cass. 4-7-1985, n. 4049).

<sup>27</sup> I. TAMPONI, *Insolvenza; procedimento di accertamento e indici presuntivi*, in DI CARLO-FERRO (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*; Milano, 2010, 285 ss. Il debitore, in particolare, avrà l'onere di dimostrare il possesso dei requisiti che lo esentano dal fallimento *ex art. 1* (Cass. 15-11-2010, n. 23052; Cass. civ., sez. I, 23-7-2010, n. 1728). V. anche R. SANTAGATA, *Sull'onere della prova*, cit., 11 ss.; VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, *RSoc*, 2009, 1053 ss.

<sup>28</sup> GUGLIELMUCCI.

tenza – si conclude con una *sentenza dichiarativa di fallimento* oppure con un *decreto di rigetto*.

La **sentenza dichiarativa di fallimento**, necessariamente motivata, anche se succintamente, ha innanzitutto natura di accertamento costitutivo quanto allo stato di fallito<sup>29</sup>, derivandone, appunto, tutti gli effetti connessi all'apertura della procedura fallimentare (§ 24). Effetti che si produrranno *nei confronti delle parti* dopo che essa sia stata notificata o comunicata ad esse ("pubblicazione"); e *nei confronti dei terzi* dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese.

La sentenza, inoltre, conterrà ulteriori *provvedimenti di natura ordinatoria* per la prosecuzione della procedura stessa: nominando alcuni organi della procedura (il giudice delegato e il curatore); ordinando al fallito il deposito della documentazione relativa alla sua situazione economica e finanziaria, ove già non v'abbia provveduto; stabilendo i termini entro i quali dovrà tenersi l'adunanza per l'esame dello stato passivo (e cioè del complesso delle pretese che saranno avanzate, nel termine di trenta giorni prima di quello fissato per l'adunanza, da chi affermi di vantare crediti ovvero diritti su cose in possesso del fallito).

Contro la sentenza potrà essere proposto **reclamo** dinanzi alla Corte di Appello (art. 18) dal debitore o da ogni altro interessato.

Interessato potrà essere un creditore che intenda proseguire un'azione esecutiva individuale, o sottrarsi agli effetti di una revocatoria fallimentare; o una controparte interessata a non subire gli effetti del fallimento sui rapporti contrattuali in corso; o l'erede del fallito; o l'amministratore della società fallita<sup>30</sup>. Il reclamo, comunque, *non sospenderà gli effetti della sentenza impugnata*, il che vuol dire che, nelle ipotesi appena formulate, quelle conseguenze non potranno per l'istante essere evitate. Unica eccezione è la possibilità, su istanza di parte e se ricorrono gravi motivi, di *sospendere* in tutto o in parte, o temporaneamente, *la liquidazione dell'attivo* (ciò da cui potrebbe derivare l'irrevocabile alienazione di beni del fallito e/o disgregazione del complesso aziendale). All'esito del procedimento introdotto con il reclamo, la Corte di Appello, con sentenza (in ogni caso ricorribile poi per Cassazione), potrà *rigettare il reclamo*, ed allora la procedura fallimentare proseguirà; ovvero potrà accogliere il reclamo, *revocando il fallimento*.

In quest'ultimo caso resteranno comunque fermi "*gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura*". Il che vuol dire che la sentenza di revoca produrrà in principio effetti retroattivi<sup>31</sup>, come se una dichiarazione di fallimento non vi fosse mai stata: e quindi l'imprenditore non potrà a nessun riguardo essere considerato come fallito, e tutti gli atti da lui compiuti e dichiarati relativamente inefficaci (ad esempio quelli revocati) torneranno ad essere efficaci *erga omnes*. Tuttavia, atti liquidatori posti in essere dagli organi della procedura – come quelli, ad esempio, di cessione a terzi dei beni del debitore (compresi quelli recuperati in sede revocatoria) – dovranno ritenersi, anche a tutela dell'af-

<sup>29</sup> SATTA; TEDESCHI. Non è mancato, peraltro, chi vi ha visto un provvedimento di natura meramente esecutiva, avente natura di atto di pignoramento: CARNELUTTI, *Carattere della sentenza di fallimento*, *RDPProc*, 1931, 156 ss.; AZZOLINA, 315.

<sup>30</sup> Cass. 28-6-2002, n. 9491.

<sup>31</sup> FERRARA-BORGIOLI; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 50. Dubbia è peraltro la sorte dei rapporti giuridici preesistenti che si siano sciolti per effetto del fallimento, se cioè rivivano automaticamente o necessitino di un nuovo consenso fra le parti (cfr. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., I, 621; BONFATTI-CENSONI).

fidamento dei terzi acquirenti (non rilevando comunque il loro eventuale stato di mala fede<sup>32</sup>), definitivi.

Come si diceva, poi, il procedimento avviato dinanzi al tribunale per la dichiarazione di fallimento potrebbe concludersi anche con un motivato **decreto di rigetto**, fondato sull'accertata insussistenza dei presupposti, soggettivo o oggettivo, del fallimento; o della soglia minima dei trentamila euro di debiti scaduti facenti capo all'imprenditore; o, in via preliminare, della stessa qualità di creditore di chi avesse proposto ricorso come tale.

Il decreto, al pari della sentenza dichiarativa di fallimento, potrà allora costituire oggetto, entro trenta giorni dalla sua comunicazione, di **reclamo** dinanzi alla Corte di Appello (art. 22). *Se accoglierà il reclamo*, però, la Corte d'Appello non provvederà direttamente alla dichiarazione di fallimento, ma rimetterà gli atti, a tal fine, al tribunale.

---

<sup>32</sup> TEDESCHI; ZANICHELLI, *op. cit.*, 50.

## § 23. GLI ORGANI DEL FALLIMENTO

**LETTERATURA:** ABATE, *Gli organi delle procedure concorsuali*, Padova, 1999; ID., *Nuovi ruoli e poteri degli organi della procedura fallimentare*, *GMerito*, 2007, 286 ss.; BONGIORNO, *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, Milano, 1979; CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, *DFall*, 2007, I, 1 ss.; CASELLI, voce *Fallimento (Organi)*, *EncGiur*, vol. VI, 1 ss.; FABIANI, *Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l.fall.*, *RTrim*, 2007, 811 ss.; C. FERRI, *Gli organi del fallimento*, *Fall*, 2006, 1225 ss.; LO CASCIO, *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale*, *Fall*, 2008, 369 ss.; PACCHI, *Il giuoco delle parti nella liquidazione fallimentare*, *GComm*, 2009, I, 480 ss.; PAJARDI-BOCCHIOLA, *Gli organi del processo del fallimento*, Milano, 1991; RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo le riforme*, *GComm*, 2008, I, 181 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *Un complicato "ménage à trois": giudice delegato, curatore e comitato dei creditori*, *DFall*, 2008, I, 1 ss.; ID., *Il nuovo comitato dei creditori*, *DFall*, 2006, I, 1059 ss.; SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Bologna, 2006; VIGO, *Poteri e rappresentatività del "nuovo" comitato dei creditori*, *RDCiv*, 2007, II, 113 ss.

Dalla sua apertura sino alla sua cessazione la procedura fallimentare si compie attraverso il concorso, con diversi ruoli, di quattro uffici (c.d. "organi"): il tribunale, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori.

### I. Il tribunale

È il **tribunale**<sup>1</sup> innanzitutto che (sia pur mai d'ufficio) apre la procedura dichiarando il fallimento. E "dell'intera procedura fallimentare" il medesimo tribunale resta poi "investito", dice l'art. 24. Il tribunale, in effetti, non soltanto nomina, già nella sentenza dichiarativa di fallimento, altri due importanti organi quali sono il giudice delegato e il curatore; ma può anche, sorvegliando lo svolgersi della procedura, revocarli o sostituirli per giustificati motivi. Al fine di una tale sorveglianza il tribunale, oltre ad avere un rapporto diretto con il giudice delegato (che è parte del medesimo ufficio giudiziario) può in ogni tempo "sentire" gli altri organi fallimentari e lo stesso fallito.

Un tale presidio sull'operato degli altri organi, che può portare anche alla loro sostituzione o a riformarne le decisioni (come avviene, in sede di reclamo, per i decreti del giudice delegato, compresi quelli che a loro volta si pronuncino sugli atti degli altri due organi), configura il rapporto con gli altri organi come rapporto di "sovraordinazione", benché non gerarchica<sup>2</sup>. Manca infatti un potere di impartire direttive formalmente vincolanti o di sostituirsi agli altri organi nell'esercizio delle loro competenze.

<sup>1</sup> Sull'individuazione dell'ufficio giudiziario competente, cfr. § 22.II.

<sup>2</sup> ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 61; CAVALLI, *Tr. Cottino*, 247 ss.: C. FERRI, *Gli organi*, cit., 2006, 1226; CASELLI, *Fallimento*, cit., 2 ss.

La sovraordinazione del tribunale si esprime del resto nel suo *potere di decidere*, con *decreto*<sup>3</sup>, tutte le *controversie relative alla procedura che non siano di competenza del giudice delegato* (art. 23): (i) quelle, per così dire, “interne” ad essa (come ad esempio i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato, o la revoca del curatore); (ii) ma anche, sul versante “esterno”, “*tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore*” (art. 24), comprese quelle *immobiliari* (nel passato escluse).

Per tali seconde controversie si applicherà però, tendenzialmente, il *rito ordinario* (dunque definito con sentenza) e non quello camerale. Si tratta di cause che in assenza della procedura fallimentare potrebbero essere di competenza di altri giudici ma che, per il fatto di derivare dal fallimento, determinano una competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare.

Ma quali sono le **cause che “derivano” dal fallimento**? Bisogna innanzitutto dire che la questione non si pone per quelle controversie che è la stessa legge fallimentare a rimettere espressamente alla competenza del tribunale (come quelle relative all'accertamento dei crediti ammessi o esclusi dallo stato passivo, o l'azione revocatoria ordinaria per atti compiuti dal fallito prima dell'apertura della procedura). *Derivano* invece dal fallimento quelle cause che, quand'anche si riferiscano a rapporti preesistenti al fallimento, non avrebbero avuto ragion d'essere in assenza del fallimento, che ne rappresenta così la premessa in diritto<sup>4</sup>: così l'azione revocatoria fallimentare<sup>5</sup>, o le controversie in cui si dibatta se la procedura fallimentare abbia prodotto lo scioglimento o non di un certo contratto. Non devono invece ritenersi, in principio, derivare dal fallimento le cause che il fallito avrebbe potuto proporre per suo conto, anche a prescindere dal fallimento<sup>6</sup>. Tale sarebbe l'azione per ottenere il pagamento di una fornitura effettuata, o il risarcimento per un illecito subito.

A parte le suddette controversie (decise, come detto, secondo il rito ordinario), tutti gli altri provvedimenti del tribunale, sia di natura decisoria che ordinatoria, sono assunti con *decreto* reclamabile dinanzi alla Corte d'Appello (art. 26).

L'eventuale *reclamo* potrà essere proposto nel breve termine di dieci giorni, dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori e da chiunque vi abbia interesse, ma non sospenderà l'esecuzione del decreto impugnato. Esso verrà deciso entro trenta giorni all'esito di un procedimento camerale (sia pur rafforzato da particolari misure a garanzia di un sufficiente contraddittorio) con decreto della Corte che a sua volta, se incidente su diritti soggettivi (si immagini la decisione in merito ai compensi spettanti al curatore), si ritiene soggetto a ricorso per Cassazione<sup>7</sup>. Lo stesso procedimento regola anche i *reclami avverso i*

<sup>3</sup> Tendenzialmente revocabile e modificabile ex art. 742 c.p.c. e – se avente natura decisoria e non vi siano altre possibilità di gravame – ricorribile in Cassazione (TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Napoli, 2005, 471 ss.; per una casistica, v. *Comm. Maffei Alberti*, 102 ss.).

<sup>4</sup> Cfr. Cass. 21-10-2005, n. 20350.

<sup>5</sup> Ma anche ordinaria, ex art. 66: CARRATTA, *Profili*, cit., 6.

<sup>6</sup> Cfr. TEDESCHI; ZANICHELLI, *op. cit.*, 61; VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1996. Sulle controversie di lavoro, in particolare, v. A. CALAFA, *L'accertamento dei crediti di lavoro ed i rapporti fra tribunale Fallimentare e Giudice del Lavoro*, *DLav*, 1996, I, 98; INZITARI-BARUZZI, *Competenze del tribunale fallimentare e azioni di lavoro derivanti da rapporti di lavoro*, *DFall*, 1992, II, 673 ss.

<sup>7</sup> FABIANI, *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, *Comm. Jorio-Fabiani*, Agg.,

*decreti del giudice delegato*, (di cui si dirà subito appresso) salvo che in tal caso a decidere sarà il tribunale con decreto (reclamabile secondo quanto appena visto).

## II. Il giudice delegato

È con decreto che il **giudice delegato** assume le decisioni attraverso cui svolge il suo centrale ruolo per la procedura<sup>8</sup>. Egli non la “dirige” ma, ben più da vicino del tribunale, **vigila e controlla la sua regolarità** (art. 25)<sup>9</sup>. Del resto, il rapporto del giudice delegato col tribunale è molto stretto, entrambi condividendo la natura di organo giurisdizionale e l'appartenenza al medesimo ufficio giudiziario.

Il raccordo con il tribunale si instaura infatti quando questo nomina, scegliendolo al suo interno, il giudice delegato; e si sviluppa nel continuo rapporto fra questi e il collegio, al quale, anzi, il primo dovrà *referire* su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del medesimo collegio, e quindi anche in merito alle controversie sulle quali il collegio è chiamato a decidere<sup>10</sup> (esclusa però la possibilità per il giudice delegato di entrare a farne parte quale giudice relatore nei giudizi da lui stesso autorizzati o in quelli ove si tratti di decidere un reclamo contro un suo provvedimento: 25, co. 2).

La **vigilanza** del giudice delegato presuppone innanzitutto un'adeguata *informazione*: quella che gli provenga appositamente dal curatore (nella sua relazione iniziale e nei suoi successivi rapporti periodici) o quella altrimenti sollecitata, convocando il curatore stesso o il comitato dei creditori ogni qual volta lo ritenga opportuno. Si estrinseca poi nel condizionare lo svolgimento della procedura, e l'operato del curatore in particolar modo: *nominando, e potendo revocare, il comitato dei creditori*, che nei confronti del curatore ha oggi ampi poteri autorizzatori; *autorizzando* egli stesso alcune importanti scelte gestorie del curatore (come quella a continuare l'esercizio dell'impresa o ad affittare l'azienda, ad eseguire gli atti conformi al programma di liquidazione, o a prelevare somme dal conto corrente della procedura) o la sua costituzione in giudizio<sup>11</sup>; e soprattutto **decidendo i reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori**. Atti che vengono quindi ad essere sottoposti al vaglio del giudice delegato, seppure (questo è importante per escludere che il potere di controllo diventi anche di direzione) nei limiti di un *vaglio di legittimità* e non di merito (“per violazione di legge”, dice l'art. 36)<sup>12</sup>.

Oltre a tale potere decisorio, costituisce espressione del potere giurisdizionale del giudice delegato anche la fondamentale funzione di **accertare i crediti e gli altri diritti vantati dai terzi** insinuati al passivo (§ 25.II.1).

Rientra altresì nel potere del giudice delegato quello (non del tutto chiaro) di “*emettere*

Bologna, 2007, 16 ss.; MANNA, *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, *Fall*, 2007, 526 ss.; MINUTOLI, *Reclamo endofallimentare e giusto processo ex art. 111 Cost.*, *Fall*, 2001, 1013 ss.

<sup>8</sup> Cfr. FERRETTI, *I decreti ordinatori e decisori del giudice delegato*, *GComm*, II, 2012, 49 ss.

<sup>9</sup> Cfr. C. FERRI, *Gli organi giurisdizionali del fallimento*, *Comm. Jorio-Fabiani*, II, 121 ss.; GUGLIELMUCCI, *Il ruolo del giudice delegato*, *DFall*, 2003, I, 1029 ss.

<sup>10</sup> Cfr. TISCINI, *sub art. 124, Comm. Nigro-Sandulli*, 139.

<sup>11</sup> RICCI, *Note sul giudice delegato nel fallimento come organo amministrativo*, *RDPProc*, 2010, 1121 ss.; FABBIO, *Questioni in tema di autorizzazione del curatore fallimentare a stare in giudizio*, *DFall*, 2012, II, 1 ss.

<sup>12</sup> LO CASCIO, *L'intervento integrativo e correttivo del decreto legisaltivo 5/2006*, *Fall*, 2007, 867.

o provocare dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio". Fra i provvedimenti "emessi", invece, debbono senz'altro annoverarsi i c.d. *decreti di acquisizione*, con i quali si attesta l'appartenenza, altrimenti incerta o opinabile, di taluni beni all'asse fallimentare (come ad esempio quelli che abbiano già costituito oggetto di atto dispositivo, ma che per effetto del fallimento divengano inefficaci nei confronti della procedura: tali, a certe condizioni, i beni donati dal fallito nell'imminenza del fallimento). Se però una tale acquisizione non risulti pacifica, incidendo sulla posizione di terzi che la contestino "rivendicando un diritto incompatibile" con essa, o che comunque abbiano, e non intendano cedere, la disponibilità dei beni di cui si tratta, l'acquisizione non potrà essere immediata<sup>13</sup>, ma si attuerà solo all'esito di un procedimento che accerti in sede contenziosa (una delle cause "derivanti" dal fallimento) la spettanza del bene.

### III. Il curatore

Il **curatore** – nominato (anche in sede di eventuale sostituzione) dal tribunale fra soggetti muniti di particolari requisiti di professionalità, esperienza ed indipendenza (art. 28) – è l'organo, investito della qualità di *pubblico ufficiale*, che operativamente si fa carico di portare a compimento le finalità della procedura<sup>14</sup>.

A questo fine egli ha "*l'amministrazione del patrimonio fallimentare*" e compie – sia pure sotto la vigilanza degli altri organi – "*tutte le operazioni della procedura*" (art. 31). Egli è pertanto legittimato, sia pure sulla base delle eventuali autorizzazioni previste dalla legge, a compiere atti negoziali con terzi (ad es. stipulando un contratto di affitto dell'azienda, o vendendo beni dell'asse fallimentare) e a stare in giudizio per conto della procedura (ad es. intentando un'azione revocatoria o un'azione di responsabilità contro gli amministratori della società fallita). Nell'esercitare questo potere – che dunque non è solo di rappresentanza (sostanziale e processuale<sup>15</sup>) ma ancor prima di decisione – il curatore è sostanzialmente *autonomo*, tanto ciò vero che *i suoi atti possono costituire oggetto di reclamo solo dal punto di vista dell'eventuale violazione di legge*, ma non sono sindacabili nella loro "discrezionalità tecnica".

Più delicato è pronunciarsi sulla natura e la riferibilità dei sostanziali **interessi** in funzione dei quali il curatore agisce. Senza dubbio, si tratta per lo più degli interessi dei creditori da soddisfare attraverso la procedura, come quando ad esempio egli agisce per la reintegrazione del patrimonio fallimentare o provoca la sua liquidazione. Ma talora il curatore può apparire antagonista dei creditori, compiendo scelte che essi, o alcuni di essi (si pensi ad esempio ai lavoratori), non condividano, proponendo allora reclamo nei suoi confronti. Altre volte il curatore sembra assumere *in toto* la posizione che sarebbe stata del fallito, come quando agisce per far valere l'annullamento di un contratto.

<sup>13</sup> V. già Cass. 2-9-1996, n. 8004; Cass. 27-4-2007, n. 10095 (per beni già sottoposti a sequestro preventivo); Cass. 6-12-2006, n. 26172.

<sup>14</sup> BOSCO-CESARIS-G. PAJARDI-P. PAJARDI, *Il curatore del fallimento*, Milano, 2000; PATTI, *Il curatore nella nuova procedura di liquidazione concorsuale*, *Fall*, 2005, 719 ss.; STANGHELLINI, *Il curatore: una figura in transizione*, *Fall*, 2007, 997 ss.

<sup>15</sup> MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legali del fallimento*, *Fall*, 2007, 677 ss.



L'autonomia e la discrezionalità delle iniziative del curatore non è del resto contraddetta dal fatto che la sua legittimazione risulti talora condizionata (a pena di annullabilità dell'atto, peraltro sanabile *ex post*<sup>16</sup>) da **autorizzazioni**: tanto ciò vero che queste non avrebbero comunque la possibilità di esimerlo da responsabilità. Si tratta (i) delle *autorizzazioni del giudice delegato* (come quella a continuare l'esercizio dell'impresa o ad affittare l'azienda: artt. 104 ss.) o (ii) di quelle – incisive ma, a monte, influenzate da un giudizio di convenienza espresso dallo stesso curatore – *del comitato dei creditori per gli atti di straordinaria amministrazione* (art. 35)<sup>17</sup>: ad es. per le transazioni, per le riduzioni di crediti, per la cancellazione di ipoteche o per ogni altro atto che, per la sua rischiosità o il suo impatto, sia capace di condizionare sensibilmente gli esiti della procedura. Delle transazioni e degli atti eccedenti i cinquantamila euro, peraltro, dovrà inoltre darsi notizia al giudice delegato.

Se poi si tratti di atti che attuino l'azione liquidatoria *ex ante* pianificata in un "programma di liquidazione" (art. 104-ter: v. § 25.IV.1), questo dovrà essere approvato nel suo complesso dal comitato dei creditori e comunicato al giudice delegato, che autorizzerà il compimento degli atti ad esso conformi.

Poco dopo l'inizio della sua attività il curatore dovrà presentare al giudice delegato una **relazione particolareggiata** sulle cause e sulle circostanze del fallimento e sulla condotta e le eventuali responsabilità, anche penali, del fallito (o dei dirigenti della società fallita)<sup>18</sup>; dopodiché, ogni sei mesi, un *rapporto riepilogativo* sulle attività svolte (art. 33).

Tutte queste **comunicazioni** del curatore, così come tutte quelle rivolte ai creditori (o ai titolari di diritti su beni) durante la procedura, dovranno possibilmente – secondo la legge fallimentare diffusamente riformata, su questi aspetti di "digitalizzazione" dei documenti, dall'art. 17, d.l. 179/2012 (e in particolare secondo il nuovo art. 31-*bis*) – essere effettuate all'indirizzo di posta elettronica certificata (quale risultante dal registro delle imprese, o dagli albi professionali, o altrimenti) indicato dai destinatari; con la "sanzione" che quando tale indicazione risulti "omessa, nonché nei casi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, tutte le comunicazioni sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria".

All'esito del suo mandato, infine, renderà il **conto della gestione**, col che, salvo contestazioni, potrà dirsi liberato da responsabilità. Se invece, dopo il rendiconto ma anche durante la procedura, gli venisse contestato di non aver adempiuto ai suoi doveri con la diligenza professionale, potrà essere *revocato* e subire un'azione di *responsabilità*.

---

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 29-9-2004, n. 19528, peraltro con riferimento alla mancata autorizzazione, poi sopravvenuta, del giudice delegato (ma oggi non più richiesta e, come detto nel testo, sostituita da un mero obbligo di informativa al giudice; obbligo il cui inadempimento non inficia comunque la validità e l'efficacia dell'atto).

<sup>17</sup> L'autorizzazione dovrà essere espressa e per ciascun singolo atto, mentre il suo diniego potrebbe costituire oggetto di reclamo dinanzi al giudice delegato. Se non resa nel termine di legge (quindici giorni), invece, potrebbe essere resa in funzione suppletiva dal giudice delegato (art. 41, co. 3 e 4).

<sup>18</sup> SCAGLIOLA, *La relazione del curatore al giudice delegato*, Padova, 1982.

Si tratta di **responsabilità civile** e di natura *contrattuale* (ed eventualmente anche *professionale*<sup>19</sup>), fatta valere dal nuovo curatore, su autorizzazione del giudice delegato e del comitato dei creditori. Neppure rimane esclusa, d'altronde, un'eventuale *responsabilità penale* (ad es. per essersi appropriato di somme della massa fallimentare), per di più aggravata dal rivestire egli la qualità di *pubblico ufficiale* (e cfr. infatti l'art. 228).

*Contro gli atti (o le omissioni) del curatore* è ammesso **reclamo** al giudice delegato da parte del fallito o di ogni altro interessato: ma solo *per violazione di legge*. Sentite le parti, il giudice delegato deciderà il reclamo con decreto motivato, a sua volta reclamabile al tribunale.

#### IV. Il comitato dei creditori

I poteri di gestione del curatore, come visto, vengono ad essere fortemente *compartecipati*, non tanto nella legittimità quanto nel merito, dal **comitato dei creditori**<sup>20</sup>. Questo infatti, oggi molto più che nel passato, è chiamato, a condividere le iniziative del curatore, spesso autorizzandole (una fra tutte: l'approvazione del piano di liquidazione), talvolta limitandosi ad esprimere un mero parere non vincolante.

La condivisione di scelte che possono anche rivelarsi strategiche (e poi non necessariamente allo stesso modo per tutti i creditori) rende opportuno che il comitato dei creditori venga ad essere composto da *creditori* (tre o cinque) *scelti dal giudice delegato*, dopo aver consultato il curatore e i creditori, "*in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi*" (art. 40).

Ai fini di meglio orientare le proprie scelte, il comitato ha ampi **poteri ispettivi** (su tutta la documentazione della procedura) ed **informativi** (chiedendo notizie al curatore e al fallito). Decidendo poi, anche informalmente e con voto espresso a distanza, a maggioranza dei votanti<sup>21</sup>.

Tuttavia, trattandosi di un organo composto da *privati*, ai quali normalmente spetta un *mero rimborso spese*, e per di più soggetti ad *obblighi di diligenza e alla conseguente responsabilità*<sup>22</sup> (parametrata addirittura a quella dei sindaci di s.p.a., escluso peraltro il dovere di vigilanza di cui all'art. 2407, co. 2, c.c.), è la legge stessa a prendere in considerazione che un tale organo possa non costituirsi neppure, o comunque non ben funzionare (art. 41, co. 3). Si considera espressamente, così, l'ipotesi di *inerzia del comitato*, o di *impossibilità* di sua costituzione per insufficienza di numero o per indisponibilità dei creditori del comita-

<sup>19</sup> Cass. 24-5-1991, n. 5882.

<sup>20</sup> Cfr. MINUTOLI, *Il comitato dei creditori nella riforma della legge fallimentare*, NDSoc, 2006, 22 ss.; PROTO, *Il comitato dei creditori nella legge delega per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, Fall, 2005, 1001 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *I fantasmi dell'antico comitato dei creditori*, GComm, 2012, II, 957 ss.; A. ROSSI, *Gli interessi nel comitato dei creditori*, Fall, 2010, 1121 ss.

<sup>21</sup> E nel rispetto dei principi generali che, in materia societaria, regolano la condotta del componente del collegio che si trovi in conflitto di interessi (Cass. 10-2-2011, n. 3274).

<sup>22</sup> INZITARI, *La responsabilità del comitato dei creditori*, DFall, 2009, I, 183 ss.

to dei creditori. Il che da un lato sta a significare che, pur ricevuta la nomina del giudice delegato, *i creditori non hanno l'obbligo di accettarla*<sup>23</sup>; e dall'altro giustifica, in via residuale, un vero e proprio *potere di sostituzione* del giudice delegato, che in tali ipotesi verrà a farsi carico di valutazioni di merito (le autorizzazioni richieste al comitato) tendenzialmente estranee al suo ruolo.

Anche contro gli atti del comitato dei creditori è ammesso **reclamo** al giudice delegato da parte del fallito o di ogni altro interessato, *per violazione di legge*. Il decreto motivato con cui il giudice delegato decide su di esso è a sua volta reclamabile al tribunale.

---

<sup>23</sup> GUGLIELMUCCI; NIGRO-VATTERMOLI.

## § 24. GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO

La finalità di destinare il valore del patrimonio dell'impresa fallita a soddisfazione, quantunque spesso parziale, dei creditori concorsuali, viene resa innanzitutto possibile dal prodursi di taluni effetti giuridici direttamente collegati alla sentenza dichiarativa di fallimento e che, in deroga al diritto comune, agevolano gli organi concorsuali nell'apprensione, nella conservazione e nella liquidazione di quel patrimonio.

### I. Per il debitore

**LETTERATURA:** CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Milano, 1975; CAGNASSO, *Gli effetti del fallimento e le innovazioni introdotte dal correttivo*, NDSoc, 2007, 18 ss.; CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per debitore, La riforma della legge fallimentare - Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 110 ss.; COSTANZA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento per il fallito*, Fall, 2005, 1017 ss.; DE FERRA-GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento per il fallito (artt. 46-49)*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1986; JAEGER-SACCHI, voce *Fallimento*, IV, *Effetti per il fallito*, EncGiur, vol. XIII, Roma, 1989; PACCHI, Comm. Nigro-Sandulli, *Commento agli artt. 42-50*, 2006, 281 ss.; PAJARDI-BONACINA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento nei confronti del fallito*, Milano, 1995; G. PELLEGRINO, *Gli effetti del fallimento sul fallito: breve commento alle novità introdotte dalla riforma*, DFall, 2008, 699 ss.; ROSAPEPE, *Effetti nei confronti del fallito*, Tr. Buonocore-Bassi, 231 ss.; SACCHI, *L'acquisizione dei beni sopravvenuti nel fallimento*, RDProc, 1998, 426 ss.; VERNARECCI DI FOSSOMBRONE, *Capacità commerciale del fallito e fallimento plurimo*, Milano, 1958; A. VITALE, *Beni sopravvenuti e natura del rimborso*, DFall, 1984, I, 761 ss.

#### 1. Lo spossessamento

Una prima serie di effetti della dichiarazione di fallimento investe la legittimazione dell'imprenditore fallito (e dei suoi rappresentanti) a disporre del suo patrimonio. Si tratta del c.d. **spossessamento**: *la sentenza che dichiara il fallimento priva il fallito "dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento"* (art. 42, co. 1): per "beni" intendendosi ogni situazione giuridica attiva, anche processuale, di cui il fallito sia titolare<sup>1</sup>.

Da questo momento in poi (e precisamente: nei confronti del fallito, dal deposito della sentenza; nei confronti dei terzi, dall'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese<sup>2</sup>) e per tutta la durata della procedura, infatti, *tali poteri spetteranno al curatore* (art. 31), al fine di "destinare" il patrimonio del fallito alla soddisfazione dei cre-

<sup>1</sup> Ivi compresi anche "situazioni di interesse legittimo nei confronti della P.A. ovvero di diritto acquisite per effetto di provvedimenti amministrativi" (Cass. 26-5-2009, n. 12140).

<sup>2</sup> Sulla tutela dell'affidamento del terzo nel periodo intercorrente fra la pubblicazione della sentenza e la sua iscrizione (e dell'onere del curatore di fornire l'eventuale prova dell'eventuale mala fede nel ricevere un pagamento *medio tempore*), v. ROCCO DI TORREPADULA, sub *artt. 42-47*, Comm. Jorio-Fabiani, 688 ss., 695 ss.

ditori, dando così attuazione al generale principio della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.). Il quale principio, come noto, comporta che il debitore risponda non solo con i suoi beni presenti, ma anche con quelli futuri.

Sicché saranno tendenzialmente compresi nell'asse fallimentare anche “*i beni che pervengono al fallito durante la procedura*” (art. 42, co. 2): ad esempio un'eredità o il danaro guadagnato per mezzo di attività lavorativa<sup>3</sup> o al limite anche di una vincita al gioco (ma non saranno certo da considerarsi “pervenuti” beni in realtà preesistenti ma soltanto occultati dal debitore e poi rinvenuti durante la procedura).

Occorre però precisare che questo particolare regime di attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore<sup>4</sup> si atteggia in guisa particolare rispetto a quello comune.

Dal punto di vista *soggettivo*, infatti, esso non opera a beneficio di tutti i creditori, ma solo di quelli *concorsuali*<sup>5</sup>: sicché, chi maturasse un credito successivo al fallimento (ad es. il diritto ad un risarcimento per un danno subito dopo l'apertura della procedura) non potrà concorrere sui beni del fallito appresi dalla procedura.

Dal punto di vista *oggettivo*, poi, non tutti i beni sopravvenuti entrano di per sé nell'asse fallimentare, ma solo quelli che il curatore (autorizzato dal comitato dei creditori) non rinunci ad acquisire (art. 42, co. 2 e 3). L'acquisizione dei c.d. *beni sopravvenuti*, infatti, è possibile solo facendosi carico – a spese della massa e in prededuzione rispetto agli altri debiti – delle passività implicate dal loro acquisto o per la loro conservazione (ad esempio, un'imposta di registro o la manutenzione di un aereo).

D'altra parte, vi sono beni che per legge *non sono compresi nel patrimonio fallimentare* (art. 46), e in particolari quelli necessari al fallito per il mantenimento proprio e della famiglia<sup>6</sup>, o i diritti di natura strettamente personale (che pure potrebbero avere dei favorevoli effetti patrimoniali).

Di tutti i beni esclusi (per rinuncia o per legge) dall'asse fallimentare, allora, il fallito avrà piena disponibilità; né, con riguardo a quei beni, i creditori incontreranno le preclusioni, imposte dal diritto fallimentare (ma salve ovviamente altre, come quelle *ex art. 514 c.p.c.*) ad intraprendere azioni individuali: ad es. su beni deteriorabili derelitti dalla curatela.

Il c.d. “spossessamento” si caratterizza per la *relatività della sua efficacia*. Esso, innanzitutto: (i) opera soltanto a beneficio dei creditori concorsuali e (ii) non riguarda – come poc'anzi ricordato – necessariamente tutti i beni del fallito. Soprattutto, poi, per quanto riguarda i beni appresi alla massa, (iii) incide sulla sola **legittimazione** del fallito ad amministrare i beni o a disporne (ad esempio votando con azioni di sua titolarità, o alienandole), ma non certo sulla *titolarità* dei relativi diritti (reali o personali), che permane immutata almeno sino a quando essi non escano dal patrimonio

<sup>3</sup> Anche d'impresa: SATTÀ; ANDRIOLI, 406; più di recente, CAIAZZO, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in CELENTANO-FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 405 ss., 411 ss.

<sup>4</sup> Da taluni ricondotto ad una sorta di pignoramento dell'intero patrimonio, da altri inquadrato in termini di separazione patrimoniale, da altri ancora nella prospettiva dell'incapacità del creditore: per una ricostruzione del dibattito (anche con note critiche sulla sua sterilità), JAEGER-SACCHI, 1 ss.; BONFATTI-CENSONI. In termini di mero venir meno del potere di disporre ed amministrare il proprio patrimonio da parte del fallito (come pure si è preferito nel testo), v. Cass. 23-4-1993, n. 4776.

<sup>5</sup> V. SACCHI, *op. cit.*, 23.

<sup>6</sup> In particolare, sul fondo patrimoniale, v. FRASCAROLI SANTI, *Fondo patrimoniale e fallimento*, *DFall*, 1979, I, 475 ss.; VIALE, *Fondo patrimoniale e fallimento*, *RDProc*, 1989, 489 ss.; LUPOLI, *Azione revocatoria e trust familiare*, *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, 446 ss.

appreso dalla curatela per essere stati ceduti a terzi nell'ambito della liquidazione concorsuale. Tanto ciò è vero, che se all'esito della procedura una tale cessione non avesse avuto luogo, il fallito non solo potrebbe ancora dirsi titolare dei diritti sui beni residui, ma recupererebbe anche la piena legittimazione a disporne, posta la *temporaneità* dell'effetto dello spossessamento, che dura finché resta aperta la procedura.

## 2. L'inefficacia degli atti del fallito e dei pagamenti eseguiti o ricevuti

Perdere la legittimazione a disporre dei beni appresi alla procedura, dunque, significa soltanto che, finché essa dura, nessuna iniziativa del fallito (a meno che non sia "ratificata" dal curatore), potrà distogliere quei beni dalla finalità di soddisfare i creditori: *rispetto ai quali, quindi, ogni iniziativa del fallito resterà del tutto inefficace*. Ma si tratterà appunto di **inefficacia relativa**. Difatti, siccome il fallito, per effetto dello spossessamento, né perde la titolarità dei suoi beni, né d'altronde perde la generale capacità di agire, ciò vuol dire che un atto da lui compiuto (non solo un atto di alienazione di un diritto, ma anche di assunzione di un'obbligazione) durante la procedura sarebbe in principio valido e produrrebbe i suoi effetti nei confronti dei terzi; ad eccezione però dei creditori concorsuali, rispetto ai quali quell'atto potrà essere considerato *tamquam non esset*, e dunque incapace di modificare la consistenza del patrimonio fallimentare destinato ad essere liquidato a loro soddisfazione.

Ad esempio, se il fallito, con regolare atto di vendita trascritto nei registri immobiliari, alienasse un bene immobile compreso nell'asse fallimentare, ciò sarebbe del tutto inefficace per la procedura, e quindi il curatore ben potrebbe vendere quell'immobile e destinare il ricavato ai creditori concorsuali. Ma ciò non impedirebbe che, di conseguenza, il terzo che abbia acquistato dal fallito, proprio in virtù del valido atto compiuto, potrebbe, fuori dalla (e dopo la chiusura della) procedura, agire contro l'alienante per l'evizione subita.

Diversamente, se il bene non fosse stato ceduto a nessuno per effetto della procedura (ipotesi rara), una volta che questa fosse chiusa l'atto di vendita, *ab origine* valido, potrebbe spiegare appieno i suoi effetti: e così il compratore potrebbe non solo acquisirne l'incondizionata proprietà, ma eventualmente prevalere su altro acquirente che avesse acquistato dallo stesso alienante sulla base di atto trascritto posteriormente (durante la procedura o dopo di essa) al suo.

Analogamente, se il fallito avesse assunto un obbligazione verso un terzo, il relativo credito non potrebbe essere fatto valere nei confronti della massa; ma nei confronti del fallito, dopo la chiusura della procedura, sì.

È questo quindi il significato della regola, che costituisce un corollario del c.d. spossessamento, secondo cui "**tutti gli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori**" (art. 44), a prescindere dal loro effetto pregiudizievole o meno per i creditori<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cass. 7-7-1981, n. 4434. La legittimazione a far valere l'inefficacia, ovvero a "ratificare" *ex post* l'operato del fallito, spetterà ovviamente al (solo) curatore. Nell'inerzia del curatore, pertanto, il difetto di legittimazione del fallito non potrebbe essere eccepito né dalla controparte né rilevato d'ufficio dal giudice (Cass. 2-7-2010, n. 15713; e, in principio, Cass. 9-3-2011, n. 5571; Cass., SU, 24-12-2009, n. 27346).

Regola che poi, per le stesse ragioni, si estende anche ai *pagamenti eseguiti e ai pagamenti ricevuti dal fallito*<sup>8</sup>. Così, se il fallito utilizzasse attività occultate alla procedura (che avrebbero dovuto, cioè, essere da questa apprese o esserle versate quali “beni sopravvenuti”) per pagare preferenzialmente alcuni creditori concorsuali (così ledendo la *par condicio*), non soltanto compirebbe un reato (c.d. bancarotta preferenziale: art. 216, co. 3), ma metterebbe colui che avesse ricevuto il pagamento nella condizione di dover riversare alla procedura quanto ottenuto. Se invece un debitore del fallito effettuasse un pagamento direttamente a quest'ultimo, ciò non lo libererebbe dal debito, ma lo costringerebbe a pagare nuovamente alla procedura, salvo che non sia lo stesso fallito a rimettere il pagamento ottenuto nelle mani del curatore (diversamente, resterebbe, a titolo di indebitato, un credito del terzo verso il fallito, per il doppio pagamento eseguito).

In più, nonostante l'inefficacia dei pagamenti eventualmente effettuati o compiuti dal fallito, saranno comunque apprese alla curatela le “utilità” conseguite in contropartita (art. 44, co. 3). Si tratta anche in tal caso, in un certo senso, di “beni sopravvenuti”, che quindi dovranno essere acquisiti alla massa (pur nel rispetto della regola che le imporrà di farsi carico delle passività che gravano l'acquisto, e dunque del pagamento del prezzo<sup>9</sup>).

Analogo principio di insensibilità del patrimonio fallimentare ad atti non decisi dagli organi fallimentari, è poi quello che sancisce l'inefficacia relativa delle “**formalità necessarie per rendere opponibili atti ai terzi**” eventualmente compiute su beni compresi nel patrimonio del fallimento dopo la sua dichiarazione (o meglio, *ex art. 16*, dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese).

Si tratta di quelle formalità (ad esempio, ma non solo, la trascrizione di un contratto o di un'ipoteca o di una domanda giudiziale avente ad oggetto un bene immobile compreso nell'asse fallimentare<sup>10</sup>) che secondo la disciplina che regola la circolazione di taluni beni (immobili, beni mobili registrati, crediti, ecc.) sono dirette a risolvere il conflitto fra diversi aventi diritto, aggiudicando il bene, o il relativo valore, a chi per primo abbia adempiuto le formalità medesime<sup>11</sup>. Dunque, se queste vengono compiute dopo la dichiarazione di fallimento, esse saranno inopponibili alla procedura, che potrà efficacemente disporre, liquidandoli, dei beni ai quali le formalità si riferiscono. Fermo restando (sempre secondo i principi dell'inefficacia relativa) che se all'esito della procedura quei beni residuassero nel patrimonio del fallito, le formalità eseguite manterranno la loro efficacia, facendo prevalere chi le ha eseguite nei confronti di eventuali terzi che vantassero pretese confliggenti.

<sup>8</sup> Non necessariamente, peraltro, sarà inefficace il pagamento (se dovuto) se effettuato da un terzo per conto del fallito: così, ad es., le Poste che provvedano, in virtù di un rapporto pregresso, all'emissione di un assegno a debito sul conto del fallito (Cass. 4-3-2011, n. 5230); così come neppure l'adempimento del debito derivante da fideiussione rilasciata a garanzia di un debito del fallito (Cass. 6-5-2011, n. 10004). Sulle movimentazioni bancarie del fallito v. DE FERRA, *I depositi bancari del fallito*, *DFall*, 1995, I, 325; TARZIA, *Le operazioni bancarie del fallito dopo il fallimento*, *Fall*, 1995, 593.

<sup>9</sup> MINERVINI, *Il fallito imprenditore commerciale: regime dei beni e ammissibilità di un nuovo fallimento*, *RDComm*, 1952, II, 298 ss.; JAEGER-SACCHI, 4; ROCCO DI TORREPADULA, sub art. 42, *Comm.* Jorio-Fabiani, 703; BONFATTI-CENSONI; PACCHI, *Comm.* Nigro-Sandulli, 293.

<sup>10</sup> *Ex multis*, Cass. 16-11-2007, n. 23784.

<sup>11</sup> Dunque formalità avente natura dichiarativa, giacché se avessero efficacia costitutiva (ad esempio l'iscrizione di un'ipoteca), sarebbero piuttosto da riportarsi al regime degli atti dispositivi *ex art. 44*: v. JAEGER-SACCHI, *Effetti per il fallito*, 6; DE FERRA-GUGLIELMUCCI, *Comm.* Scialoja-Branca, 65.

### 3. Gli effetti sul piano processuale e personale

La limitazione della legittimazione del fallito opera anche sul **piano processuale**<sup>12</sup>. Come egli è “spossessato” del suo patrimonio, non potendo più amministrarlo e disporne, allo stesso modo, in tutte le *controversie relative a rapporti patrimoniali* (sempre che relativi a rapporti compresi nel fallimento) che lo riguardino, egli non potrà più partecipare al processo<sup>13</sup>, essendo piuttosto *sostituito dal curatore* (art. 43). Questi assumerà pertanto la veste di sostituto processuale in rappresentanza del fallito, costituendosi, su autorizzazione del giudice delegato, come “fallimento” dell’impresa fallita (ad es. “*Fallimento della s.r.l. Alfa*”).

In ultimo, è a dirsi che gli effetti della dichiarazione di fallimento per il fallito possono essere, oltre che patrimoniali come sinora visto, anche **personali**, benché oggi in misura molto minore di quanto previsto (in ossequio al tradizionale approccio di tipo “sanzionatorio” e “punitivo” del fallimento) nel passato recente e, ancor più, nel passato remoto. Non è più previsto, in particolare, un “registro dei falliti”.

Al di là delle possibili *conseguenze penali* del fallimento (che però presuppongono una condotta connotata da elementi ulteriori rispetto a quelli che di per sé comportano il solo fallimento) e dei generali *obblighi di collaborazione* che il fallito ha nei confronti della procedura (a cominciare dall’obbligo di “portare i libri in tribunale”), gli effetti di tipo personale previsti dalla legge fallimentare possono oramai essere fondamentalmente individuati nella compressione di due diritti personali costituzionalmente garantiti: la segretezza epistolare e la libertà di circolazione (artt. 48 ss.).

Innanzitutto (art. 48), il fallito persona fisica deve consegnare al curatore tutta la propria *corrispondenza*, anche elettronica, ma solo se relativa a rapporti compresi nel fallimento (e quindi non quella “personale”); la corrispondenza dei falliti diversi dalle persone fisiche dovrà essere direttamente inoltrata al curatore (e in ogni caso a lui consegnata dagli amministratori, se ad essi pervenuta). In secondo luogo (art. 49), il fallito persona fisica, o i componenti degli organi degli enti falliti, dovranno personalmente presentarsi agli organi fallimentari ogni qual volta convocati; a questo fine rendendosi sempre reperibili e comunicando al curatore ogni cambiamento della residenza o del domicilio. La violazione di tale obbligo potrà comportare un’imputazione penale *ex art. 220*.

## II. Per i creditori

**LETTERATURA:** BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, Milano, 1989; BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988; FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965; GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*,

<sup>12</sup> Oltre alla bibliografia citata all’inizio del §, v. di recente SCALA, *Prime impressioni sulla nuova disciplina dei rapporti fra la dichiarazione di fallimento e giudizi pendenti*, *Fall*, 2007, 493 ss.; ZANICHELLI, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, *Fall*, 2003, 1076 ss.

<sup>13</sup> Almeno con riferimento alla situazione normativa precedente alla riforma del 2006, si è alternativamente qualificata la situazione del fallito come di incapacità processuale, di perdita della legittimazione processuale, o di perdita della qualità di parte: con significative ricadute pratiche, poi, in termini processualistici (per esempio, sull’efficacia degli atti processuali compiuti dal fallito, o sulle notificazioni da lui ricevute).



*Comm.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1979; LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010; PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, *Fall*, 2007, 1037 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, 1968; TARZIA, *La tutela dei creditori concorsuali dopo la riforma: ridotta o diversa?*, *Fall*, 2007, 369 ss.; VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, *DFall*, 1967, I, 46 ss.; VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012.

### 1. Principi generali

Se presupposto del fallimento è l'incapacità dell'impresa ad adempiere alle proprie obbligazioni, la sua finalità è quella di soddisfare coloro verso i quali tali obbligazioni dovrebbero essere adempiute. Costoro – dunque i titolari di crediti sorti *prima* del fallimento – sono detti **creditori concorsuali** in quanto l'apertura della procedura farà sì che l'accertamento e la soddisfazione delle rispettive pretese dovrà avvenire, secondo le sue regole, *collettivamente*, anche al fine di rispettare la (tendenziale, ove non sopravanzata da altri criteri di preferenza) regola della *par condicio*: e dunque “concorsualmente”.

Dall'apertura del fallimento, pertanto, tali creditori non potranno più, secondo i principi di diritto comune, agire *individualmente*: né in via cautelare; né per il pieno accertamento, in sede di cognizione, delle proprie ragioni; né, infine, per la soddisfazione coattiva, in sede esecutiva, dei crediti così accertati. Se ciò fosse consentito, infatti, ne deriverebbe che – seppure in principio “tutti i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del creditore” (art. 2741 c.c.) – chi per primo si fosse attivato, aggredendo il patrimonio del debitore, potrebbe trovare integrale soddisfazione anche nel caso in cui il residuo patrimonio del debitore non bastasse più a soddisfare gli altri creditori di pari rango. Si è però osservato (§ 21.I.2) come sia proprio a tale principio del “*prior in tempore potior in iure*” che il diritto fallimentare, sin dalle sue origini e per ragioni di maggiore equità, ha tentato di porre rimedio affermando piuttosto il diverso **principio della proporzionalità**, ovvero della “*par condicio omnium creditorum*”. Assicurando così una *regolazione concorsuale* di tutti i crediti (*universalità soggettiva*) su tutto il patrimonio del debitore (*universalità oggettiva*) all'interno della procedura.

Pure si è già visto come, tuttavia, il principio della *par condicio*, nel fallimento, valga soltanto in via tendenziale, operando soltanto fra creditori di pari rango e dovendo convivere con il contrastante **principio di preferenza**. Le regole fallimentari non disconoscono, infatti, che fra i creditori concorsuali potrebbero ben esservene alcuni “*muniti di legittime cause di prelazione*” (privilegio, pegno, ipoteca) e perciò detti anche (in senso lato) “*privilegiati*”, che meritano di essere soddisfatti con precedenza (nei limiti di quanto assicurato dalla loro garanzia) rispetto agli altri creditori, detti *chirografari*.

Anzi, tanti – e forse troppi – risultano i casi in cui il nostro ordinamento riconosce queste cause di prelazione, che spesso, alla prova dei fatti (misurando cioè come le risorse del patrimonio fallimentare risultano distribuite fra i creditori in sede di ripartizione), il principio di preferenza risulta predominante su quello di proporzionalità.

Né si disconosce – anche se manca una disciplina generale al riguardo – che anche fra i chirografari (o, se si vuole, “sotto” a questi) possono esservi creditori, detti *su-*

*bordinati o postergati* che – *ex lege* (ad es., *ex art. 2467 c.c.*) o *ex contractu* – potranno essere soddisfatti solo dopo (alcuni o tutti) gli altri chirografari<sup>14</sup>.

È soltanto fra i creditori di pari rango (soprattutto i chirografari, ma anche fra creditori che godano di eguale causa di prelazione o di postergazione), pertanto, che la regola della *par condicio* ha modo di trovare piena attuazione, garantendo una soddisfazione di tutti in egual misura; o, per meglio dire, una *ripartizione paritetica del dissesto*. Difatti, l'utilità di una tale regola si manifesta solo presupponendo che la massa attiva (come quasi sempre accade) non sia sufficiente a soddisfare tutti i creditori; ed allora occorra ripartire in parti uguali quanto "c'è". Statisticamente, infatti, in Italia i chirografari vengono soddisfatti in una misura che di rado eccede il 20-30%, percentuale di pagamento metaforicamente designata come "*moneta fallimentare*": quella, cioè, di ben scarso conio, con cui il fallimento ripagherà i crediti concorsuali in rapporto al valore nominale dei loro crediti.

Deve precisarsi, anche, che se finalità principale della procedura fallimentare è quella di soddisfare i creditori concorsuali, le pretese di cui essa dovrà tener conto possono essere di altri due tipi. Possono esservi innanzitutto delle **pretese aventi ad oggetto diritti, reali o personali, su beni** i quali – ancorché, di fatto, in possesso (già del fallito e poi) della curatela – si assumono estranei alla massa attiva destinata alla regolazione concorsuale dei crediti. Chi vanta una tale pretesa, cioè, chiederà che quei beni vengano *separati* dalla restante massa attiva per essere attribuiti all'avente diritto, che quindi sarà soddisfatto integralmente e non concorsualmente *pro quota*. Si pensi così alla posizione del proprietario di un bene individuato che giaccia, magari per una riparazione, nel magazzino o nel "negoziò" dell'impresa fallita: egli potrà rivendicare il bene, facendo valere, ancor prima (in via strumentale alla soddisfazione della pretesa principale) del credito alla restituzione, la titolarità di un diritto reale sulla cosa<sup>15</sup>, che quindi gli spetta per intero senza essere destinata alla liquidazione concorsuale.

Benché poi i crediti sorti dopo il fallimento restino in principio del tutto estranei alla procedura (così come i debiti assunti dal fallito durante la procedura, che come visto restano inopponibili alla procedura), possono esservene altri dei quali invece la massa dovrà farsi carico per legge o per scelta degli organi concorsuali. Si pensi così a quanto occorra per pagare il compenso del curatore; o ai canoni per i contratti di affitto in essere (che, pur sorti per una scelta del fallito, proseguono per legge); ovvero alle obbligazioni assunte dalla curatela per proseguire l'esercizio dell'impresa; o per far fronte all'acquisto di beni sopravvenuti (l'adempimento di un onere imposto nell'ambito di un'eredità accettata); o a quelle assunte dallo stesso fallito (in principio, come visto, inefficaci) ma che gli organi concorsuali abbiano inteso far proprie. In tali casi, non si tratta di debiti concorsuali, ma di **debiti della massa**: quelli cioè che gli organi della procedura abbiano dovuto o voluto assumersi, e che allora non dovranno

<sup>14</sup> V. ampiamente sul tema, anche per indicazioni comparatistiche, VATTERMOLI, *Crediti subordinati*, cit.

<sup>15</sup> Nell'ordinamento statunitense meglio si distingue, allora, fra pretese aventi ad oggetto un *claim* (credito concorsuale da soddisfarsi concorsualmente sulla massa attiva) ovvero un *interest* (diritto reale sulla cosa, da separarsi allora dalla restante massa): HERBERT, *Understanding Bankruptcy*, Matthew Bender-Irwin (USA), 1995, 159.

no essere regolati concorsualmente, ma *pagati per intero e prima degli altri crediti*: come si dice, *in prededuzione*.

Ebbene, anche per tali *crediti verso la massa* (prededucibili *ex art. 111, n. 1*) e per le altre pretese su beni di cui si chieda la *separazione dalla massa* (rivendicazione o restituzione, secondo l'art. 103) è previsto che *il relativo accertamento e la loro regolazione* – ancorché distintamente da quella dei crediti concorsuali – *debbano avvenire all'interno della procedura* secondo le regole da essa imposte.

Tutti questi principi, condensati nella dichiarazione solenne dell'art. 52, co. 1, per cui il “*fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito*”, trovano espressione nelle due fondamentali regole poste dagli artt. 51 e 52, co. 2 e 3.

i) Il primo prevede il c.d. **blocco delle azioni esecutive e cautelari** (individuali): *salva diversa disposizione di legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita nei confronti del fallimento*<sup>16</sup>.

Ogni iniziativa di tale genere (quand'anche riguardasse crediti verso la massa) dovrà infatti essere coltivata dagli organi fallimentari, secondo le regole della procedura e nei modi e con i tempi che essi reputino più utili ad assicurare le finalità della procedura medesima. Al limite, anche rinviando ogni attività liquidativa, perché ad esempio si preferisca proseguire frattanto l'esercizio dell'impresa; ovvero subentrando nei procedimenti esecutivi già avviati individualmente dai creditori, per avvalersi (a questo punto però a beneficio della generalità dei creditori concorsuali) dell'attività processuale già compiuta (art. 106, co. 7).

Vanno peraltro registrate due **eccezioni** alla regola del blocco delle azioni esecutive individuali<sup>17</sup>: quelle su beni immobili ipotecati a garanzia di operazioni di *credito fondiario* (art. 41 TUB)<sup>18</sup> e quelle su beni mobili in possesso del creditore il quale, in virtù di *pegno o di particolare privilegio* (artt. 2756 e 2761: ed esempio quello del vettore per le merci trasportate), vanta un *diritto di ritenzione* (cioè di trattenere per far valere poi la garanzia) su quei beni<sup>19</sup>. Tuttavia, anche in tal caso il ricavato dell'azione esecutiva, benché iniziata o proseguita individualmente, gioverà all'intera procedura, venendo attribuito al creditore che agisca (se non vi siano ragioni di credito prevalenti), ed acquisendo l'eventuale residuo al fallimento (cfr. art. 41 TUB). Si tratta insomma di un'eccezione più processuale che sostanziale al divieto di azioni esecutive individuali.

<sup>16</sup> Eventualmente sì, però, nei confronti del terzo, già datore di ipoteca su propri beni a garanzia dei debiti del fallito (Cass. 20-6-2011, n. 13447). In senso opposto sarà invece da risolversi il caso inverso, in cui il fallito, quand'era *in bonis*, abbia concesso ipoteca (o acquistato un bene ipotecato) a favore di un terzo, che non potrà comunque intraprendere azione esecutiva individuale, dovendo partecipare in sede di ripartizione del ricavato della vendita del bene ipotecato: CATALDO, *Ipoteca iscritta sui beni del fallito a garanzia di crediti verso terzi*, *Fall*, 2009, 1405 ss.

<sup>17</sup> In materia v. E.F. RICCI, *Azioni esecutive individuali in corso di fallimento e tutela del creditore rispetto ai terzi*, *GComm*, 1987, I, 222 ss.

<sup>18</sup> PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, *Fall*, 2005, 1147 ss.; PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, *Fall*, 1994, 1161 ss.

<sup>19</sup> Cfr. P. VELLA, *Credito del terzo garantito da beni del fallito*, in FERRO, *Le insinuazioni al passivo*, I, Padova, 2010, 675 ss.

ii) Inoltre, come prevede l'art. 52, co. 2 e 3, "ogni credito", anche se munito di prelazione, ovvero prededucibile, nonché ogni altro diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare (nel senso poc'anzi chiarito) dovrà "essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V". Vale a dire che ogni pretesa avanzata nei confronti della procedura – a prescindere che consista in un credito concorsuale o non, e quand'anche fosse già stata accertata in via giudiziale – dovrà essere verificata secondo le norme tipiche della procedura fallimentare, quelle di cui agli artt. 92 ss. in tema di "accertamento del passivo e dei diritti mobiliari dei terzi".

## 2. La soddisfazione dei creditori concorsuali e la "cristallizzazione" del patrimonio fallimentare

Essendo obiettivo principale della procedura quello di ripartire in misura proporzionale l'impatto del dissesto dell'impresa sui creditori *anteriori* al fallimento (**creditori concorsuali**), è proprio alla regolazione di tali posizioni che la legge presta la maggiore attenzione nel disciplinare gli "effetti del fallimento per i creditori". Solo in funzione delle domande dei creditori concorsuali, infatti, si giustifica la procedura fallimentare (che infatti, in assenza di tali domande, si chiuderebbe: art. 118, n. 1). Domande che poi, una volta "verificate", andranno a formare la c.d. *massa passiva* (cioè il monte dei debiti fallimentari), facendo divenire i creditori concorsuali dei veri e propri **creditori concorrenti** sulla c.d. *massa attiva*, cioè nella ripartizione dell'attivo fallimentare.

Per realizzare questa finalità occorrerà però che **massa attiva** e **massa passiva** siano omogenee e stabilmente definite.

L'**omogeneità** sarà assicurata col rendere entrambe misurabili in *denaro*. La massa attiva sarà a tal fine "liquidata" (appunto, trasformata in denaro), mentre la massa passiva, cioè l'ammontare dei crediti concorsuali, presupporrà che anch'essi, se già non lo siano (ad esempio, perché consistenti in un *facere*), vengano convertiti in crediti pecuniari.

L'esigenza di **stabilizzazione** verrà invece assicurata da un lato impedendo che dalla massa attiva possano essere distratti valori al di fuori delle regole della procedura e dell'iniziativa dei suoi organi (dunque, come visto, impedendo azioni esecutive individuali); e d'altro lato attribuendo un *valore nominale fermo* ai crediti concorsuali, senza cioè che il trascorrere del tempo, e quindi il decorso degli interessi, possa variarne la consistenza. Si parla al riguardo, anche, di "cristallizzazione" del patrimonio fallimentare.

A tali esigenze provvedono gli artt. 59 e 55.

Il primo si occupa dei **crediti non pecuniari**, aventi cioè ad oggetto una prestazione diversa dal denaro (ad es., un terzo che attendeva una fornitura di merce dall'impresa fallita) o anche una prestazione in denaro ma determinata con riferimento ad altri valori (ad es., un contratto derivato su merci non ancora scaduto, con il differenziale da regolarsi in dollari)<sup>20</sup>. Tali crediti – che sono crediti *di valore* – se non ancora

<sup>20</sup> *Contra* però INZITARI, *Comm. Jorio-Fabiani*, 833, reputando il credito determinato in valuta estera come comunque pecuniario.

scaduti, concorreranno *secondo il loro valore alla data della dichiarazione di fallimento*; mentre, se scaduti, *secondo il valore che la prestazione avrebbe avuto alla data di scadenza*, aumentato semmai dal valore del credito al risarcimento per il ritardo sino al giorno del fallimento.

Quando invece si tratti di **crediti pecuniari**, le esigenze di stabilizzazione troveranno risposta innanzitutto impedendo (art. 55, co. 1) che su di essi possano essere conteggiati interessi ulteriori rispetto a quelli già maturati alla data del fallimento. Essi verranno così ammessi per il loro valore attuale (e dunque rivalutati se già scaduti) ma da quel momento in poi *il corso degli interessi convenzionali o legali sarà sospeso agli effetti del concorso*. Il che vuol dire che tali ulteriori interessi non potranno essere fatti valere nella procedura, ma nei confronti del fallito dopo la chiusura della procedura stessa (sempre che questa non abbia comportato l'esdebitazione del fallito o non avvenga per concordato fallimentare).

Un'eccezione a tale regola è prevista dall'art. 54 per i **crediti muniti di cause legittime di prelazione** (privilegio, pegno o ipoteca), c.d. "**privilegiati**". Il loro diritto a soddisfarsi con preferenza sul prezzo dei beni oggetto della loro garanzia (ad esempio su quanto ricavato dalla vendita dell'immobile sottoposto ad ipoteca) si estende infatti non solo alle spese e agli interessi già scaduti, ma anche a *quelli (eventualmente convenzionali) relativi all'anno in corso e a quelli successivi nella misura del tasso legale* (artt. 2749, 2788 e 2855 c.c.). Sempre l'art. 54 regola poi la possibilità per tali creditori, fin quando non soddisfatti, di partecipare anche ai riparti destinati ai chirografari: si tratta però di regola riguardante essenzialmente la fase del riparto dell'attivo (e in particolare l'ordine di distribuzione delle somme), che verrà quindi esaminata più avanti.

Inoltre, ove si tratti di **crediti pecuniari non ancora scaduti**, essi *si considereranno scaduti* agli effetti del concorso (art. 55, co. 2)<sup>21</sup>. Il che è del resto conforme al principio generale dell'art. 1186 c.c., secondo il quale l'insolvenza del debitore determina la decadenza dal termine stabilito a suo favore.

Onde evitare però che una tale regola si risolva in un ingiustificato vantaggio per i titolari di **crediti infruttiferi** (quelli che alla scadenza non avrebbero comunque prodotto interessi, e che quindi sarebbero avvantaggiati da una scadenza anticipata), l'art. 57 prevede che, se non ancora scaduti, tali crediti verranno *ammessi per l'intera somma*; ma al momento della loro effettiva soddisfazione, cioè di ogni ripartizione, si terrà conto del tempo che sarebbe mancato rispetto alla loro scadenza, detraendo allora un interesse composto (al tasso fisso del cinque per cento, oggi invero un po' oneroso essendo superiore al tasso legale<sup>22</sup>) rapportato al periodo mancante.

Analoghe esigenze di cristallizzazione della massa passiva sono poi quelle che consentono l'ammissione, al pari di ogni altro credito, dei **crediti condizionali** verso il fallito, quelli cioè non ancora esigibili ma sottoposti ad una *condizione sospensiva* (alla quale viene

<sup>21</sup> V. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, Tr. Ragusa Maggiore-Costa, 102 ss.; PUCCINI, *La disciplina degli interessi nel fallimento*, RDProc, 2000, 837 ss.; A. CAIAFA, *Fallimento e rivalutazione dei crediti di lavoro*, Fall, 1990, 176 ss.; GUGLIELMUCCI, *Rivalutazione e interessi sui crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Fall, 1990, 168 ss.

<sup>22</sup> Tanto che secondo taluni la norma dovrebbe essere interpretata nel senso che essa si riferisca, al di là della sua lettera, al tasso legale (AMBROSINI, Tr. Cottino, 376; per un quadro del dibattito, BOZZA-SCHIAVON, 291).

equiparata anche la condizione della preventiva escussione di un obbligato principale da parte di chi voglia far valere la garanzia assunta dal fallito). Tali crediti, come si vedrà, sono calcolati insieme a tutti gli altri ai fini del riparto della massa attiva; ma quanto ad essi spetterebbe sulla base di tale riparto, verrà accantonato, e non effettivamente attribuito, sino al verificarsi della condizione. Si discute poi se siano sottoposti al medesimo regime, o debbano invece trattarsi come crediti attuali, quelli sottoposti a *condizione risolutiva* (essendo questi, invero, immediatamente esigibili)<sup>23</sup>.

Regole particolari (artt. 61-63), infine, sono previste per regolare il concorso di creditori nei confronti di più **obbligati in solido**.

Si tratta, come noto (artt. 1292 ss. c.c.), di debitori tenuti a soddisfare *per l'intero* un certo creditore, benché nei *rapporti interni* possano aver convenuto di ripartirsi il carico del debito (se non risulta diversamente, in parti uguali): di modo che chi sia stato escusso dal creditore in misura superiore a quella stabilita nei rapporti interni, avrà *diritto di regresso* verso l'altro coobbligato per quanto pagato in eccedenza rispetto alla sua quota.

A questo riguardo, ciò che la disciplina fallimentare intende assicurare al creditore concorsuale è, da un lato, la possibilità di continuare ad esigere l'intero vero tutti i debitori solidali (siano essi falliti o ancora *in bonis*); e, dall'altro, di fare in modo che quanto potrebbe essere, eventualmente, fatto valere in via di regresso da alcuno dei condebitori contro l'altro, sia rivolto a favore del creditore fino a quando egli non risulti integralmente soddisfatto.

Sulla base di questi principi, si ammette innanzitutto, nell'ipotesi in cui si verifichi il *fallimento di due o più obbligati in solido* (si immagini così due società appartenenti allo stesso gruppo, l'una debitrice principale e l'altra fideiussore), che il creditore possa insinuarsi nel fallimento di entrambi per la totalità del suo credito (art. 61).

Se poi (art. 62), prima del fallimento di uno dei debitori, il creditore abbia ottenuto soddisfazione parziale, potrà insinuarsi per la parte residua; come del resto potrà fare anche il coobbligato in solido che abbia già pagato più della quota di sua spettanza, facendo dunque valere il suo credito di regresso<sup>24</sup>. Tuttavia, *i riparti destinati a soddisfare il credito di regresso dovranno essere destinati al creditore principale* (previa espressa istanza di assegnazione) fin quando non sia integralmente soddisfatto (c.d. *double dividend system*). Ferma restando poi la possibilità, se una tale integrale soddisfazione non si realizzi, di far valere le proprie pretese contro il coobbligato *in bonis*. In considerazione di una tale eventualità, la giurisprudenza (pur talora criticata) ammette allora il coobbligato in solido, che pur ancora non abbia ancora pagato alcunché (e che quindi non abbia maturato alcun diritto di regresso), ma che tema di doverlo fare in futuro, a far valere nel fallimento la sua pretesa<sup>25</sup>: dunque una sorta di credito condizionale o di "prenotazione"<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Nel primo senso parrebbe deporre – anche se non costituisce indizio decisivo – la nuova lettera della legge che non si riferisce più, come nel passato, ai crediti condizionati sospensivamente (INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, Tr. Ragusa Maggiore-Costa, 151). Diversi dai crediti condizionati, in ogni caso, sono i c.d. crediti eventuali o futuri, il cui titolo ancora non esiste alla data del fallimento; ed allora certamente, stante la natura eccezionale della norma che ammette al concorso i crediti condizionali, esclusi dal concorso (AMBROSINI, Tr. Cottino, 377; Cass. 15-4-2011, n. 8765; Cass. 8-8-2003, n. 11953).

<sup>24</sup> Cfr. PISCITELLO, *Il regresso del solvens in bonis nei confronti del coobbligato del fallito*, BBTC, 1991, I, 191 ss.; CATALDO, *L'ammissione allo stato passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, Fall, 2008, 542 ss.; PETTI, *Surrogazione e regresso del fideiussore nel fallimento*, Fall, 2008, 648 ss.

<sup>25</sup> Cass. 5-7-1988, n. 4419; Cass. 27-6-1998, n. 6355: implicitamente, ammettendosi l'insinuazione tardiva del coobbligato che non si fosse già insinuato con riserva, Cass. 17-1-2008, n. 903; Cass. 11-9-2007, n. 19097.

<sup>26</sup> Cass. 12-7-1990, n. 7222; Cass. 5-7-1988, n. 4419.

In ogni caso – attuale o meno che sia il diritto di regresso del coobbligato solidale – se questo vanta un *pegno o ipoteca a garanzia del diritto di regresso*, l'art. 63 intende far profittare il creditore principale di una tale garanzia (che a fallimento concluso, solitamente per integrale ripartizione dell'attivo, resterebbe altrimenti inutile): il coobbligato farà dunque valere nel fallimento il suo diritto di prelazione, ma il ricavato della vendita dei beni ipotecati o dati in pegno saranno attribuiti al creditore principale in deduzione della somma dovuta.

### 3. La compensazione

Va ricordata in ultimo, ma non secondariamente, un'importante eccezione al principio della *par condicio*: quella che consente ai creditori di **compensare i propri crediti con debiti eventualmente assunti verso il fallito**, anche se non scaduti (art. 56)<sup>27</sup>.

L'eccezione sta in ciò: che mentre gli altri creditori concorsuali vengono solitamente soddisfatti solo in parte all'esito del fallimento (vengono pagati, come detto, in "moneta fallimentare"), chi ha modo di liberarsi di un debito (che dovrebbe pagare per intero), compensandolo con un proprio credito (che altrimenti vedrebbe soddisfatto solo in parte), consegue un risultato equivalente all'integrale soddisfazione di tale credito.

Tanto è appetibile un tale vantaggio (sul cui fondamento e sulla cui coerenza, in termini di giustizia sostanziale e quindi di parità di trattamento, si fatica infatti a trovare concordia di vedute<sup>28</sup>) che, per impedire che esso venga perseguito strumentalmente, la legge *impedisce che la compensazione operi se il credito è stato acquistato per atto tra vivi* (per atto di morte infatti non potrebbe immaginarsi una preordinazione dell'acquisto) *dopo la dichiarazione di fallimento<sup>29</sup> o nell'anno anteriore<sup>30</sup>*.

Rispetto alla disciplina della compensazione legale, che presuppone che i rispettivi crediti siano omogenei, liquidi ed esigibili, la norma dell'art. 56 parrebbe operare quindi quale deroga alla necessaria sussistenza del requisito dell'*esigibilità*, ammettendo che la compensazione operi anche fra crediti *non scaduti*<sup>31</sup>. Anche perché se la scadenza già fosse maturata, la compensazione avrebbe avuto luogo prima del fallimento e allora non resterebbe

---

<sup>27</sup> Cass. 12-6-2007, n. 13769 (dichiarando l'art. 56 applicabile anche alla compensazione giudiziale); Cass., SU, 16-11-1999, n. 775, segnalando come poi il co. 2 dell'art. 56 costituisca una sorta di eccezione all'eccezione.

<sup>28</sup> Per una sintesi del dibattito v. GUALANDI-ROSTAGNO, *Tr. Fauceglia-Panzani, Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori. Il concorso dei creditori*, 572; JORIO, *Tr. Cottino, Gli effetti del fallimento per i creditori*, 389; *Comm. Maffei Alberti*, 282.

<sup>29</sup> Oppure dopo l'apertura del concordato preventivo che sia poi sfociato in fallimento, secondo il principio di "consecuzione" delle procedure: Cass. 6-8-2010, n. 18437. Sulla (mancata) compensazione fra un credito della società verso il socio escluso a causa del suo fallimento, e il credito di quest'ultimo (che deve dirsi sorto posteriormente, per effetto del fallimento) alla quota di liquidazione, v. Cass. 23-10-2006, n. 22659, con nota di COTTINO, *Le Sezioni Unite fanno il punto su fallimento, esclusione del socio e fallimento*, *GI*, 2007, 115 ss.

<sup>30</sup> A prescindere comunque dallo stato soggettivo dell'acquirente, che cioè sapesse o meno dello stato di insolvenza attuale o imminente del debitore. D'altra parte, se ad essere acquistato prima del fallimento fosse stato un credito scaduto, con operatività immediata della compensazione prima del fallimento, questo potrebbe ritenersi un atto pregiudizievole agli altri creditori ed allora revocabile.

<sup>31</sup> V. NIGRO-VATTERMOLI.

più alcun credito da regolare (se non nell'eventuale saldo residuo). D'altra parte, il fatto che in generale i crediti non scaduti si intendano scaduti all'apertura del fallimento (art. 55), non legittimerebbe di per sé l'operatività automatica della compensazione legale: posto che da quel momento in poi ogni credito, in assenza di una norma esplicita come quella qui osservata, dovrebbe comunque essere accertato e regolato secondo le norme operanti per tutti gli altri crediti concorsuali, e quindi pagato in moneta fallimentare.

### III. Sugli atti pregiudizievoli ai creditori

**LETTERATURA:** AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000; Ma. BIANCA, *Il concetto di insolvenza nell'azione revocatoria*, *Fall*, 2005, 1203 ss.; ID., *Insolvenza, fallimento e revocatoria fallimentare: una triangolazione sempre più difficile*, *GComm*, 2007, I, 132 ss.; BONFATTI (a cura di), *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei "fallimenti immobiliari"*, Milano, 2005; CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965; D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972; F. FERRARA jr., voce *Azione revocatoria*, c) *Revocatoria fallimentare*, *EncD*, vol. VI, Milano, 1959, 910 ss.; FERRI jr., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, Milano, 2011; GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, *GComm*, 2007, I, 163 ss.; LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974; LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, *GComm*, 1977, I, 84 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970; MAFFEI ALBERTI, *La funzione della revocatoria fallimentare*, *GComm*, 1976, I, 362 ss.; MAFFEI ALBERTI, voce *Fallimento*, VI, *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, *EncGiur*, vol. XIII, 1989; MONTANARI, *Profilo della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1984; OLIVIERI, *La revocatoria dei pagamenti*, *BBTC*, 2007, I, 524 ss.; PAJARDI, *Il sistema revocatorio*, Milano, 1990; PAJARDI-BOCCHIOLA, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 2001; PECORARO-ROSAPEPE, *La revocatoria fallimentare*, *GComm*, 2012, II, 475 ss.; PRESTI, *Le nuove discipline dell'azione revocatoria fallimentare*, *NDFall*, a cura di Olivieri e Piscitello, Napoli, 2007, 57 ss.; M. SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, *Fall*, 2006, 611 ss.; M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976 (rist. Napoli, 2012); STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema della protezione dei diritti dei creditori*, *RDComm*, 2009, I, 69 ss.; TARZIA, *La revocatoria fallimentare nell'alternativa fra liquidazione e conservazione dell'impresa in crisi*, *DFall.*, 2012, 242 ss.; TERRANOVA, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, *Comm. Scialoja-Branca. Legge fallimentare, artt. 64-71*, Bologna-Roma, 1993; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, *DFall*, 2006, I, 243; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006; TERRANOVA, *Par condicio e il danno nelle revocatorie fallimentari*, *DFall*, 2010, I, 10 ss.

#### 1. Profili generali

Fra le conseguenze che la legge ricollega all'apertura della procedura fallimentare – e per assicurarne un miglior risultato in termini di soddisfazione paritetica dei creditori coinvolti nell'insolvenza del fallito – si iscrive la possibilità di neutralizzare gli effetti di taluni fatti giuridici<sup>32</sup> che, *prima del fallimento, ma quando già l'insolvenza si era verificata*, hanno inciso negativamente sulla garanzia patrimoniale che si offre ai creditori concorsuali nel momento in cui si apre la procedura. Si tratta allora di *reintegrare una tale garanzia*, riportandola – entro certi termini – alla maggiore consistenza che avrebbe avuto nel periodo precedente al fallimento. In qualche modo come se,

<sup>32</sup> Cfr. nt. 45 a p. 383.



sia pure per i soli fatti previsti dalla legge, il regime di inefficacia per i creditori che colpisce gli atti compiuti dal debitore *dopo* il fallimento, *retroagisse* ad un periodo *precedente* alla dichiarazione di fallimento, quando già i suoi presupposti sussistevano<sup>33</sup>; fermo restando, comunque, che la disciplina dello spossessamento del fallito prevista dagli artt. 42 ss., riguarda i soli atti *successivi* alla dichiarazione di fallimento; mentre la disciplina ora in questione, artt. 64 ss., si applica ai soli **atti precedenti**; sicché resta una netta distinzione operativa fra le due.

Anche nel caso della disciplina in discorso, sia pure rispetto ad atti posti in essere *prima* del fallimento, si tratta infatti di affermare la loro “**inefficacia rispetto ai creditori**”. Non quindi la loro invalidità *inter partes* (ed anzi è proprio la validità dell’atto che legittimerà una contropotesa di chi avrà subito gli effetti di quell’inefficacia, c.d. “*revocato*”), bensì la possibilità di *recuperare* all’asse fallimentare (cioè di farsi restituire) quanto fuoriuscito dal patrimonio del debitore per effetto di quegli atti, per poi sottoporlo all’esecuzione fallimentare; ovvero (c.d. *revocatoria incidentale*) di **disconoscere**, nell’ambito del fallimento, ogni eventuale pretesa sorta in capo a terzi per effetto di quegli atti (l’assunzione di un’obbligazione o la prestazione di una garanzia da parte del debitore).

È noto peraltro che un meccanismo di reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore è contemplato in via generale dal nostro ordinamento – fuori cioè dalla disciplina fallimentare ed anche a prescindere da un fallimento, e quindi dalla qualità di imprenditore del debitore – agli artt. 2901 ss. c.c. sotto il nome di **azione revocatoria** (“**ordinaria**”). Si tratta di uno strumento che consente ad un creditore di far dichiarare inefficaci nei suoi confronti gli atti con i quali il debitore, “disponendo” del proprio patrimonio, abbia recato pregiudizio alle ragioni del creditore: di modo che quest’ultimo, ottenuta dal giudice la dichiarazione di inefficacia, potrà agire esecutivamente (o in via conservativa) sul bene oggetto dell’atto impugnato, come se tale bene non fosse mai stato sottratto alla sua garanzia patrimoniale. Una tale azione, prevista in via generale, non è esclusa in ambito fallimentare. Tanto ciò è vero che, in tale ambito, il suo esercizio (o la sua prosecuzione) viene contemplato dalla stessa legge fallimentare (art. 66), benché rimesso all’iniziativa del solo curatore e a beneficio, allora, di *tutti* i creditori concorsuali. Tuttavia, i presupposti (soggettivi ed oggettivi) di tale azione, il relativo onere probatorio, nonché l’ambito degli atti revocabili, comportano dei significativi limiti (su cui meglio v. *infra*) alla possibilità di reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore. Limiti che invece la legge ha voluto attenuare quando il debitore sia un imprenditore fallito, prevedendo allora, per tale ipotesi, un *regime ad hoc*.

Le analogie fra questo regime e quello generale della revocatoria ordinaria sono innegabili; tuttavia non v’è concordia se il rapporto fra i due sia di *species a genus*, ovvero di

---

<sup>33</sup> Se un parallelismo funzionale delle due discipline è stato sovente evidenziato in dottrina (v. ad es. LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., 43), un più accentuato tentativo di ritenerle espressione di una logica unitaria, così da accordare al terzo revocato un trattamento coerente, e in ogni caso non peggiore, della controparte del fallito *ex artt. 42 e 44*, si deve ad una più recente dottrina (FERRI jr, *Le pretese*, 1 ss., spec. p. 10).

tendenziale autonomia. Dilemma, questo, che introduce poi la questione più ampia (non solo teorica, ma capace di condizionare concretamente l'ambito di operatività dell'istituto) sulla *natura dell'azione revocatoria fallimentare*: se cioè la possibilità del suo esercizio rispetto ad un certo atto presupponga un pregiudizio da riparare (**teoria indennitaria**) oppure no, mirando solo, in ossequio al principio della *par condicio creditorum*, ad una più estesa ripartizione delle conseguenze del dissesto, coinvolgendovi anche creditori soddisfatti prima del fallimento (**teoria antindennitaria**)<sup>34</sup>; ovvero, sincreticamente, se il "pregiudizio" consista proprio nella lesione del principio della *par condicio*. In tal senso, in effetti, pare essersi espressa la Suprema Corte di Cassazione<sup>35</sup> affermando che "nell'azione revocatoria ordinaria il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore consiste nella insufficienza dei beni residui del debitore ad offrire la garanzia patrimoniale, mentre nell'azione revocatoria fallimentare il carattere pregiudizievole dell'atto può consistere nella *lesione della par condicio creditorum*, ossia nella violazione delle regole sulla collocazione dei creditori". Meglio comunque passare ora all'esame specifico della disciplina, per valutare via via, poi, come la sua interpretazione possa risentire di tali questioni.

## 2. Gli atti inefficaci di diritto

Vi sono innanzitutto degli atti compiuti dall'imprenditore prima del suo fallimento la cui **inefficacia** rispetto ai creditori (nel senso sopra chiarito) opera **di diritto**.

Vuol dire cioè che il provvedimento con il quale il tribunale fallimentare (che ne ha competenza esclusiva) affermi una tale inefficacia avrà *natura meramente dichiarativa*, accertando (e non provocando) un effetto già prodottosi (per legge appunto) con l'apertura del fallimento<sup>36</sup>. Conseguentemente, a differenza di quanto avviene per la revocatoria fallimentare (salvo il caso previsto dall'art. 68), la possibilità di una tale pronuncia non scontrerà limiti temporali<sup>37</sup>.

Ne consegue che, stante l'*automatica operatività* di tale effetto, il curatore ben potrebbe richiedere direttamente al terzo la restituzione di quanto abbia costituito oggetto di disposizione da parte dell'imprenditore prima del fallimento. Non sarà allora necessaria, in principio, alcuna azione giudiziale: ed è per ciò che, come talvolta opportunamente si specifica, la disciplina degli atti "inefficaci di diritto" non può ritenersi propriamente compresa in quella della azione revocatoria fallimentare. Del resto, quand'anche un'azione giudiziale si rendesse necessaria quando il terzo contesti la pretesa del curatore, essa sarebbe comunque rivolta ad una sentenza di natura meramente dichiarativa, ben diversa quindi da quella (costitutiva<sup>38</sup>) che conclude la revocatoria fallimentare vera e propria. Nondimeno, è frequente comprendere, genericamente, anche gli atti ora in discorso fra quelli sottoposti alla revocatoria fallimentare, parlando magari di "*revoca ex lege*".

<sup>34</sup> Nel primo senso v. in particolare, fra gli Autori citati ad inizio paragrafo, FERRARA, CORSI; nel secondo, MAFFEI ALBERTI e, in parte, D'ALESSANDRO, LIBERTINI, MONTANARI. Per una compiuta sintesi del dibattito, v. JORIO, *La crisi di impresa*, 413 ss. Più di recente, dopo la riforma, TARZIA, *La "funzione redistributiva" ed il "danno" nella revocatoria fallimentare*, *Fall*, 2010, 932 ss.; TERRANOVA, *Par condicio*, 10 ss.

<sup>35</sup> V. Cass. 11-11-2003, n. 16195.

<sup>36</sup> V. A. PATTI, *Le azioni di inefficacia*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 254 ss.

<sup>37</sup> V. Cass. 16-1-1970, n. 93.

<sup>38</sup> V. Cass., SU, 8-7-1996, n. 6225.

i) Inefficaci di diritto sono, in primo luogo, gli **atti a titolo gratuito** compiuti dal fallito nei *due anni* anteriori alla dichiarazione di fallimento (art. 64). Si tratta di atti che abbiano comportato un depauperamento della garanzia patrimoniale offerta ai creditori senza che vi abbia corrisposto l'acquisto di alcuna situazione giuridica attiva: e così non solo *atti traslativi* (come nel caso della donazione, ma anche a prescindere da uno spirito di liberalità, come potrebbe essere nel caso dell'adempimento dell'obbligo di un terzo<sup>39</sup>), ma anche *atti di destinazione* (come ad un fondo patrimoniale *ex art. 170 c.c.*, o ad un *trust*<sup>40</sup>) o *atti di rinuncia* ad un diritto o *di remissione* del debito.

Sono *esclusi* da tale novero, ma soltanto se *proporzionati* al patrimonio del debitore (e quindi soltanto se, in qualche modo, valutabili in concreto come congrui), i *regali d'uso* (ad es., un dono di nozze) e quelli compiuti in adempimento di un *dovere morale* (come la volontaria esecuzione di una disposizione testamentaria nulla: art. 590 c.c.) o a scopo di *pubblica utilità* (come una donazione a favore dei terremotati).

ii) Allo stesso regime sono poi assimilati i **pagamenti anticipati**, sempre se compiuti nei *due anni* anteriori al fallimento (art. 65). Si tratta, in particolare, di pagamenti non di qualunque credito non ancora scaduto, ma di crediti la cui scadenza sarebbe venuta a verificarsi *nel giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente*. E ciò perché, com'è ovvio, se per il pagamento si fosse attesa, come suole, la naturale scadenza, al momento dell'apertura del fallimento quei crediti sarebbero stati sottoposti a regolazione concorsuale al pari di tutti gli altri computati nella massa passiva: attraverso la revoca, perciò, si provoca questa "parificazione".

Viene talora approssimata a tale schema – in effetti analogo, anche se con un termine diverso e a condizioni particolari – la specifica disciplina del rimborso dei **finanziamenti ottenuti dai soci** o da altra società del gruppo *ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.*<sup>41</sup>.

### 3. La revocatoria fallimentare

L'art. 67 si occupa invece di regolare la vera e propria **azione revocatoria fallimentare**, che potrà essere promossa dal curatore, su autorizzazione del giudice delegato, dinanzi al tribunale fallimentare.

Si tratta di uno strumento – *ulteriore* rispetto della azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. (sulle cui differenze v. *infra*) – volto ad ottenere, a certe condizioni, la **dichiarazione di inefficacia, rispetto ai creditori, degli "atti a titolo oneroso, dei pagamenti e delle garanzie"** poste in essere in un momento in cui l'imprenditore, non

<sup>39</sup> Cfr. MINUTOLI, *Onerosità e gratuità dell'adempimento del terzo, vantaggio compensativo e onere della prova*, *Fall*, 2010, 800 ss.; LIMITONE, *sub art. 64, Comm. Ferro*, 2011, 700; ZOCCA, *Gratuità ed onerosità del pagamento del debito altrui ai fini della revocatoria fallimentare: l'intervento delle Sezioni Unite*, *GComm*, 2011, 568 ss.; BENEDETTI, *La revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui: l'intervento delle Sezioni Unite*, *GComm*, II, 2011, 585 ss. (nota a Cass., SU, 18-3-2010, n. 6538).

<sup>40</sup> Persino, si ritiene talora, se costituito a favore dei creditori. In materia, v. FRASCAROLI SANTI, *Fondo patrimoniale e fallimento*, *DFall*, 1979, I, 475 ss.; VIALE, *Fondo patrimoniale e fallimento*, *RDPProc*, 1989, 489 ss.; FIGONE, *Fondo patrimoniale e successivo fallimento del disponente*, *Fall*, 2010, 554 ss.

<sup>41</sup> V. *Comm.* Maffei Alberti, 310.

ancora fallito, già si trovava in uno stato di insolvenza noto (o presumibilmente tale) alla controparte.

È questo uno dei capitoli più importanti, sia in termini teorici e pratici, dell'intero diritto fallimentare, nel quale trova affermazione (benché non incondizionata, come si vedrà subito) la regola volta ad assoggettare al medesimo trattamento riservato ai creditori concorsuali anche coloro che abbiano ricevuto, o si siano fatti promettere alcunché, da un imprenditore commerciale, in un momento in cui già era in essere quella condizione di insolvenza che, se fosse stata rilevata tempestivamente, avrebbe provocato già in allora un'apertura del fallimento; e pertanto, già in quel momento, l'incapacità per l'imprenditore di deprimere la garanzia patrimoniale realizzabile dai suoi creditori. Si assiste così, almeno per gli atti e alle condizioni previste dalla legge, ad una sorta di "retrodatazione" dell'effetto prodotto dalla dichiarazione di insolvenza (cioè l'indisponibilità del patrimonio del fallito) ad un momento precedente (sempre che collocabile entro un certo periodo: c.d. *periodo sospetto*) a quello in cui quell'insolvenza era già in essere<sup>42</sup>.

Tuttavia, anche a tutela delle generali esigenze di tutela di buona fede e di sicurezza nei traffici, nel sistema italiano un tale effetto non deriva dal mero accertamento, *ex post*, (i) della circostanza che un certo atto sia stato compiuto nel "periodo sospetto" in presenza di una condizione di insolvenza (c.d. *presupposto oggettivo* della revocatoria fallimentare); (ii) ma altresì dalla circostanza che il terzo conoscesse, o possa presumersi che conoscesse, un tale stato di insolvenza (c.d. *presupposto soggettivo*); e cioè che vi fosse (o potesse presumersi esservi) o meno la c.d. *scientia decoctionis*.

Come si è osservato, non è espressamente definito se nel presupposto oggettivo possa ritenersi compreso (anche ai fini della determinazione dell'onere probatorio) un **pregiudizio** arrecato alle ragioni dei creditori: presupposto, questo, che come visto neppure è richiamato per gli atti inefficaci di diritto, mentre è richiamato per la revocatoria ordinaria, ma quale danno consistente nel rendere insufficiente la residua garanzia disponibile a favore del singolo creditore procedente, e quindi come pregiudizio concreto: tanto è vero che per la revocatoria ordinaria non risultano revocabili i pagamenti di debiti scaduti, per la semplice ragione che essi non risultano depauperare il patrimonio del debitore. Nel caso della revocatoria fallimentare, invece, v'è da dire che risultano *revocabili anche pagamenti di debiti scaduti o atti di destinazione* (ad esempio in un *trust* o in un patrimonio destinato ad uno specifico affare) *o concessioni di diritti di prelazione o di garanzie*: tutti atti che pur non comportando fuoriuscita di valori dal patrimonio del disponente, comportano un trattamento, attuale o futuro, preferenziale per chi ne benefici, e quindi una lesione della *par condicio*; ovvero, in ipotesi, altri atti con terzi che, pur senza avvantaggiare questi ultimi e senza diminuire il valore del patrimonio del debitore, potrebbero comprometterne la funzione di garanzia: ad esempio sostituendo, un bene facilmente aggredibile con un bene di difficile realizzo (conferimento di strumenti finanziari quotati in una s.r.l.) o facilmente occultabile (permuta di un immobile con gioielli o con un quadro d'autore)<sup>43</sup>: potrebbe dirsi allora che si tratta di atti astrattamente pregiudizievoli, capaci di ledere, sia pure solo in ipotesi, la *par condicio creditorum*<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Fra i contributi più recenti, v. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, *Fall*, 2008, 1245 ss.

<sup>43</sup> Cfr. GUGLIELMUCCI; Cass. 26-2-2002, n. 2792; Cass. 1-8-2007, n. 16986.

<sup>44</sup> V. ancora GUGLIELMUCCI; Cass. 10-9-1992 n. 10570.

Gli atti<sup>45</sup> **revocabili** sono distinti dalla legge in **normali** o **anormali**. La normalità o l'anormalità di un atto è riferita alle condizioni e agli elementi che in concreto ne caratterizzano il compimento ed alla loro capacità sintomatica di un eventuale stato di insolvenza.

Così che, mentre nel caso di atti compiuti a condizioni *normali* **il curatore dovrà provare**, insieme agli altri presupposti richiesti dalla legge, **la scientia decoctionis** del terzo, nel caso di atti *anormali* **la conoscenza dello stato di insolvenza sarà invece presunta in capo al terzo**, e sarà questi a dover fornire, piuttosto, la prova (negativa) della sua ignoranza di un tale stato per sottrarsi agli effetti della revocatoria.

a) Sono considerati **anormali**, e quindi revocabili “salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore”, i seguenti atti (art. 67, co. 1):

a1) gli **atti a titolo oneroso** (quelli che comportano un'attribuzione patrimoniale o l'assunzione di un'obbligazione da parte del fallito a fronte di un corrispettivo) compiuti nell'*anno anteriore* alla dichiarazione di fallimento, se le “prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito *sorpassano di oltre un quarto* ciò che a lui è stato dato o promesso”. In altri termini, l'atto è anomalo, ed allora provoca una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo, in quanto il sinallagma appare fortemente *sproporzionato*, nella misura di oltre un quarto.

Il che peraltro pone il problema di determinare innanzitutto quale debba ritenersi il reale **valore della prestazioni**. E poi, eventualmente, anche quello di verificare se il prezzo formalizzato nel contratto sia stato pari a quello effettivamente versato, ovvero vi sia stata una simulazione relativa (che però la controparte, per sottrarsi alla revocatoria, non potrà provare per testimoni: art. 1417 c.c.) rispetto a tale profilo (come nel caso di una compravendita di un immobile ad un prezzo facciale inferiore a quello effettivamente convenuto e pagato).

a2) gli **atti estintivi** (cioè i *pagamenti*, anche coattivi<sup>46</sup>) di debiti pecuniari scaduti ed esigibili “*non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento*”, se compiuti nell'*anno anteriore* alla dichiarazione di fallimento.

Alla base di una tale previsione sta la considerazione che se un debito che avrebbe dovuto essere eseguito in danaro venga invece adempiuto – ad esempio – attraverso una *datio in solutum* (merci di magazzino, gioielli, titoli), ciò è sintomatico di una crisi di liquidità del debitore che fonda a sua volta una presunzione di insolvenza (e di conoscenza di tale stato, da parte del creditore).

Allo stesso modo potrebbe risultare sintomatico un pagamento effettuato in denaro che sia stato però procurato svendendo altri cespiti; ovvero – paradossalmente e a certe condizioni – utilizzando proprio dei contanti per una somma molto rilevante quando invece sarebbe normale (attesi anche i divieti, di natura penalistica, previsti dalla disciplina an-

---

<sup>45</sup> In realtà sono revocabili anche gli effetti di vicende non negoziali, come l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale. Oppure gli effetti di atti compiuti da terzi, come un pagamento per conto dell'impresa poi fallita – si immagini un socio di s.r.l. per conto della società – con denaro però ottenuto o rimborsato da quest'ultima.

<sup>46</sup> Cass. 26-2-1994, n. 1968.

tiriciclaggio) provvedere mediante altri mezzi, quali bonifici, assegni circolari o assegni bancari (dubbio però se postdatati), girata di cambiali (non però altre forme di cessione di credito; ma un'eccezione nel caso di *factoring* è prevista dall'art. 7, co. 1, l. 52/1991).

a3) le **garanzie** (pegni, anticresi, ipoteche volontarie, nonché, si ritiene, anche altre forme di garanzie atipiche come la cessione del credito o il mandato *in rem propriam*) per debiti propri e costituite nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento **per debiti preesistenti e non scaduti**<sup>47</sup>. L'anomalia sintomatica dell'insolvenza in questo caso sta nel fatto che normalmente, se un debito ancora non è scaduto, il creditore dovrebbe "aspettare"; mentre se si fa rilasciare una garanzia non pattuita originariamente, è presumibile che lo faccia perché teme l'incapacità del debitore di pagare alla scadenza.

a4) disciplina analoga – ma comprensiva anche delle ipoteche giudiziali (non però di quelle legali) – vale anche per le **garanzie** concesse **per debiti scaduti**.

In tal caso però il periodo sospetto è abbreviato a *sei mesi* rispetto al caso precedente, perché il rilascio della garanzia pare meno anormale: un'anomalia potendosi comunque ravvisare in ciò, che normalmente, dopo la scadenza di un debito, il debitore dovrebbe senz'altro pagare, mentre la concessione di una garanzia evidenzia il suo bisogno di ottenere una dilazione, e quindi una difficoltà, o l'incapacità, di adempiere alla scadenza.

b) Sono invece considerati **normali** – ed allora una revoca sarà possibile *soltanto in quanto la curatela provi la scientia decoctionis* in capo all'altra parte nel momento in cui l'atto fu compiuto, in ogni caso *non precedente di oltre sei mesi* – i seguenti atti:

b1) **i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili** (cioè scaduti);

b2) gli **atti a titolo oneroso** (come sopra definiti);

b3) quelli costitutivi di un **diritto di prelazione** (pegno, ipoteca) per *debiti, anche di terzi, contestualmente creati*<sup>48</sup>.

**Regimi singolari** di revocatoria fallimentare sono poi previsti con riferimento a casi particolari:

i) gli atti che incidono su un **patrimonio destinato ad uno specifico affare** (art. 67-bis) che è parte, seppur separata e non entificata, del patrimonio complessivo della società: ragione per cui l'effetto pregiudizievole è commisurato alla garanzia patrimoniale offerta da quest'ultimo e l'insolvenza è riferita alla persona del "debitore", quindi alla società, e non al patrimonio separato "incapiente" in sé e per sé<sup>49</sup>;

ii) gli **atti compiuti tra coniugi** (in regime di separazione legale) nel periodo in cui uno dei due esercitava un'impresa commerciale (art. 69), ed allora possa presumersi che l'altro, *salvo che offra prova contraria*, conoscesse lo stato di insolvenza del coniuge. In particolare sono revocabili *senza limiti di tempo* gli atti previsti dall'art. 67; nonché quelli a titolo gra-

<sup>47</sup> V. AMBROSINI, *La revocatoria, passim*.

<sup>48</sup> LAMANNA, *La presunzione di onerosità delle garanzie contestuali nella novellata disciplina della revocatoria, Fall*, 2006, 402 ss.

<sup>49</sup> V. LOCARATOLO, "Patrimoni destinati" e insolvenza, Napoli, 2005; SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle "reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, RDComm, I, 2012, 445 ss.

tuito compiuti *più di due anni prima* della dichiarazione del fallimento (mentre se compiuti entro il periodo dei due anni precedenti al fallimento, varrà l'art. 65, che comporta l'inefficacia di diritto e non ammette prova contraria);

iii) il **pagamento di una cambiale scaduta** (art. 68) che il portatore, se vi sia la possibilità di un'azione di regresso, non potrebbe rifiutare: altrimenti, essendo il regresso condizionato alla levata del protesto per mancato pagamento, ma il mancato pagamento non potendo essere constatato di fronte ad un debitore che si offra di pagare, il portatore perderebbe sia il pagamento che la possibilità di regresso. La revocatoria fallimentare però non sarà preclusa *in toto*, ma solo andrà a colpire (non il portatore) ma chi prima di lui abbia tratto o girato la cambiale, e per quanto ricevuto in tale occasione, sapendo che il debitore già si trovava in stato di insolvenza<sup>50</sup>;

iv) un meccanismo per certi aspetti analogo a quest'ultimo riguarda (art. 70) i **pagamenti effettuati tramite intermediari specializzati** (tipicamente una banca, ma non solo), *procedure di compensazione multilaterale o società fiduciarie*, poiché la revocatoria sarà esercitata non verso costoro (attraverso cui il denaro "passa") ma nei confronti del beneficiario del pagamento.

L'art. 69-*bis*, co. 2, stabilisce che tutti i termini sin qui enunciati, per l'individuazione del *periodo sospetto* (ivi compresi i termini per gli atti inefficaci di diritto, ex artt. 64 e 65) si debbano computare, nel caso in cui il fallimento *faccia seguito ad una domanda di concordato preventivo*, a ritroso, a partire dalla data, più risalente, della pubblicazione della domanda di concordato (onde evitare che nelle more della valutazione della domanda, che potrebbe essere stata presentata anche strumentalmente, possano consolidarsi gli effetti degli atti revocabili): istituzionalizzandosi così il principio della "**consecuzione di procedure**", e cioè la valutazione delle due procedure consecutive quasi come se fossero, nella prospettiva del computo dei termini, due fasi di un'unica procedura.

#### 4. Le esenzioni dall'azione revocatoria

Il sistema appena descritto conosce una serie di eccezioni che, dopo la riforma del 2006, sono divenute talmente rilevanti da ridimensionare alquanto, rispetto al passato, le potenzialità recuperatorie dello strumento revocatorio. È il portato, per lo più, di un'impostazione più sensibile alle prospettive di salvataggio dell'impresa in crisi. Attraverso l'articolata serie di **esenzioni** previste dall'art. 67, co. 3, si è infatti voluto evitare che la possibilità di un'azione revocatoria fallimentare potesse scoraggiare il compimento di taluni atti, potenzialmente utili a superare lo stato di crisi di un'impresa, che risulterebbero disincentivati se le controparti temessero di incorrere, in caso di successivo fallimento dell'impresa, in un'azione revocatoria. Timore che oltretutto potrebbe condurre i terzi ad "isolare" un'impresa in crisi (in ipotesi reversibile) col risultato di aggravare tale crisi sino a renderla irreversibile<sup>51</sup>.

Si spiega in questa prospettiva l'esenzione dalla revocatoria fallimentare (che il

<sup>50</sup> In materia v. LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, cit.

<sup>51</sup> Oltre ai contributi citati all'inizio del §, v. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del co. 3 dell'art. 67 l.fall.*, *Fall*, 2009, 14 ss.; TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l.fall.*, *Fall*, 2008, 637 ss.; DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, co. 4, l.fall. nel sistema della revocatoria fallimentare*, *DFall*, 2012, 488 ss.

terzo dovrà invocare in via di eccezione, provandone la ricorrenza delle fattispecie previste dalla legge) dei seguenti atti.

a) **Pagamenti** (non però qualunque atto a titolo oneroso) *di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso*<sup>52</sup>. L'attività di impresa potrà così proseguire senza che le controparti cessino di effettuare le proprie controprestazioni (ad esempio, una fornitura di materie prime), potendo esse confidare nella salvezza dei pagamenti ricevuti. Purché però tali pagamenti avvengano *nei termini d'uso*, vale a dire nei modi e nei tempi ordinariamente osservati fra le parti, o comunque dall'imprenditore, per quel tipo di prestazioni.

b) Le **rimesse effettuate su un conto corrente bancario** che non abbiano ridotto in misura "consistente e durevole" l'esposizione debitoria del fallito verso la banca.

Capita infatti che chi, come spesso gli imprenditori, operi in passivo (nei limiti di un credito concesso, ma anche senza, andando allora in "scoperto") su un conto corrente, effettui, a seconda dei pagamenti da fare o ricevuti, frequenti e ripetuti prelievi e versamenti (c.d. rimesse) sul suo conto. In teoria potrebbe allora ritenersi che, stante il saldo passivo, ciascuna rimessa costituisca il pagamento del debito (attuale o futuro, a seconda che non vi sia o vi sia un'apertura di credito) espresso da quel saldo, e come tale diventi allora revocabile: così potendosi arrivare, attraverso la sommatoria di tutte le rimesse effettuate a lungo andare, ad una cifra addirittura multipla del massimo saldo mai raggiunto, cioè del credito massimo utilizzato. Sostanzialmente, però, è chiaro che, fin quando il saldo oscilla sempre intorno alla stessa cifra, il significato economico e giuridico dei ripetuti versamenti non è quello di pagamenti volti ad estinguere un debito, quanto piuttosto quello di sfruttare il "servizio di cassa" offerto dalla banca, depositando momentaneamente somme che a breve verranno riutilizzate. Sulla base di un tale ordine di considerazioni, allora, la legge stabilisce che ad essere revocabili potranno essere soltanto quelle rimesse che, in quanto capaci di ridurre in maniera "consistente e durevole" l'esposizione debitoria (requisiti, peraltro, la cui determinazione non sarà sempre facile in concreto), manifestino effettivamente una funzione di pagamento, cioè di "rientrare" stabilmente del debito accumulato verso la banca<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso"*, BBTC, 2008, 430 ss.; GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, co. 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, DFall, 2008, 392 ss.; CAVALLI, *L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti eseguiti nei termini d'uso*, Fall, 2010, 369 ss.; CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, NDSoc, 2012, 8 ss.

<sup>53</sup> V. ABRIANI-QUAGLIOTTI, *An e quantum della novissima revocatoria delle rimesse bancarie*, Fall, 2008, 377 ss.; OLIVIERI, *La revocatoria dei pagamenti*, cit.; A. NIGRO, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente fra insipienza del legislatore e fantasia dei giudici*, DBancaMercFin, 2009, I, 103; ARATO, *Primi orientamenti sulla revocatoria delle rimesse bancarie dopo la riforma della legge fallimentare*, Fall, 2008, 1216 ss.; REBECCA-SPEROTTI, *La revocatoria di rimesse bancarie*, Milano, 2006; EID., *La nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario: un'analisi tecnica di due recenti sentenze*, DFall, 2010, 359 ss.; COSTA, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: problemi attuali*, DFall, 2010, 60 ss.; PRESTIPINO, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, GComm, 2012, 854 ss.; GUGLIELMUCCI, *Revocatoria delle rimesse e tipologia degli addebiti in conto corrente*, Fall, 2011, 512 ss.



c) **Pagamenti per prestazioni di lavoro** effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito (ad esempio, operai, dirigenti, ma anche consulenti esterni). La previsione sembra per lo più una specificazione (peraltro relativa ad un tipo di rapporti piuttosto sensibile, qual è soprattutto quello dei lavoratori dipendenti rispetto ai salari o agli stipendi ricevuti) di quella *sub a*, benché, non facendo espresso riferimento allo svolgimento dell'attività di impresa, sembra comprendere anche rapporti esterni ad essa.

d) Gli **atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione di un "piano di risanamento"** dell'impresa.

Se ne parlerà meglio appresso (§ 32); ma può dirsi per ora che si tratta di un complesso programma predisposto dall'imprenditore che, in ipotesi, dovrebbe tracciare un realistico percorso attraverso il quale scongiurare l'insolvenza. In tale prospettiva, allora, l'esecuzione del piano viene "incoraggiata" garantendo l'esenzione da una possibile futura revocatoria (per l'ipotesi in cui il piano, e con esso l'impresa, dovessero fallire) degli atti attraverso i quali esso dovrebbe trovare esecuzione. Ad esempio, la cessione di un ramo d'azienda o la concessione di un'ipoteca in cambio di una dilazione di un termine.

e) Analoghe considerazioni valgono poi per gli **"atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione di un concordato preventivo** (o dopo il deposito del ricorso che precorre la presentazione della relativa proposta *ex art. 161*), **ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato"**.

Anche in tal caso, rinviandone l'esame, basti rilevare che si tratta di atti che realizzano una soluzione della crisi di impresa (negoziata con i creditori e omologata da un tribunale) secondo un piano il cui rispetto dovrebbe consentire di evitare il fallimento. Una tale soluzione viene allora incoraggiata promettendo che, se non dovesse riuscire, resteranno comunque sottratti a revocatoria fallimentare gli atti attraverso cui il piano dovrebbe realizzarsi.

f) A ciò strumentalmente, inoltre, vengono esentati anche i **pagamenti** eseguiti alla scadenza per ottenere la **prestazione di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo** (non però quelli strumentali all'elaborazione di un piano di risanamento o di un accordo di ristrutturazione). Tipicamente, il pagamento di un professionista che predisponga la proposta concordataria.

g) Costituisce un caso a sé – motivato dall'esigenza di tutelare un interesse socialmente meritevole di particolare apprezzamento, come quello al "bene casa" – l'esenzione dalla revocatoria delle **vendite e dei preliminari di vendita** (trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.) aventi ad oggetto **immobili ad uso abitativo** destinati a costituire l'**abitazione principale** dell'acquirente o di suoi parenti od affini fino al terzo grado. Questo però solo a condizione che sia stato pattuito un **giusto prezzo**: altrimenti l'atto sarà revocabile quale atto a titolo oneroso *ex art. 67 co. 2, o co. 1, lett. b*), ove il prezzo effettivo sia inferiore di oltre un quarto a quello "giusto". Torna invece ad inserirsi in una logica protettiva dell'impresa, l'analoga esenzione che riguarda **immobili ad uso non abitativo** quando siano destinati, effettivamente, a costituire **la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente**.

h) Le operazioni di *credito su pegno* (ad esempio, un'anticipazione bancaria, art. 1846 c.c.) e quelle di *credito fondiario* (cfr. art. 39 TUB), nonché la formula di chiusura che fa salva l'applicazione delle disposizioni di leggi speciali che prevedono casi singolari di revoca, non pochissimi per la verità.

##### 5. Condizioni di esercizio ed effetti delle azioni revocatorie

Chiarito l'ambito degli "atti pregiudizievoli ai creditori" su cui incide, in chiave recuperatoria, l'apertura di fallimento, occorre ora vedere come le relative iniziative abbiano modo di dispiegarsi e con quali effetti.

Secondo l'art. 69-*bis*, che pone un termine espressamente definito di **decadenza**, "le azioni revocatorie disciplinate dalla presente sezione non possono essere promosse decorsi *tre anni dalla dichiarazione di fallimento* e comunque decorsi *cinque anni dal compimento dell'atto*".

Per "azioni revocatorie" si intendono, secondo quanto risulta dal co. 2 dell'articolo in discorso, oltre a quella fallimentare indicata dall'art. 67, co. 1 e 2, anche le azioni *ex artt. 64 e 65* (atti inefficaci di diritto) e 69 (atti fra coniugi).

Il **termine decadenziale** è previsto per stabilire che i termini per l'esercizio di tali azioni, nel caso in cui il fallimento *faccia seguito ad una domanda di concordato preventivo*, si computeranno, a ritroso, a partire dalla data, più risalente, della pubblicazione della domanda di concordato (onde evitare che nelle more della valutazione della domanda, che potrebbe essere stata presentata anche strumentalmente, possano consolidarsi gli effetti degli atti revocabili): istituzionalizzandosi così il principio della *"consecuzione di procedure"*, e cioè la valutazione delle due procedure consecutive quasi come se fossero, nella prospettiva del computo dei termini per l'esercizio dell'azione revocatoria, due fasi di un'unica procedura.

Il curatore, nel rivolgersi al tribunale per far dichiarare l'inefficacia di un atto, *preferirà tendenzialmente avvalersi dell'azione revocatoria fallimentare anziché di quella ordinaria prevista dall'art. 2901 c.c.* Molto più ampio risulta infatti l'ambito operativo della prima, per di più agevolata da un onere probatorio quantitativamente minore e qualitativamente assistito dall'operare di molteplici presunzioni. La revocatoria ordinaria potrà peraltro risultare necessaria se l'atto da revocare sia stato posto in essere, sia pure entro il termine di cinque anni dal suo compimento, prima del periodo sospetto (normalmente di soli sei mesi-un anno) previsto per la revocatoria fallimentare<sup>54</sup>.

L'**azione revocatoria ordinaria** infatti comporta i seguenti limiti operativi:

– presuppone la prova di *un pregiudizio* (almeno testualmente non previsto in tema di revocatoria fallimentare, pur disciplinata in un capo rubricato degli "atti pregiudizievoli ai creditori"), consistente nella lesione della garanzia patrimoniale;

<sup>54</sup> Un'opportunità dell'azione revocatoria ordinaria per il curatore potrà anche emergere laddove essa già fosse stata intrapresa da un creditore prima del fallimento, potando allora il curatore subentrare in luogo di quest'ultimo nel procedimento già in corso: Cass., SU, 17-12-2008, nn. 29420 e 29421, cui v. la nota di SPIOTTA, *Revocatoria ordinaria e fallimento del debitore*, NDSoc, 2009, 79 ss.

- anche in ragione di ciò, come già ricordato, *non può colpire gli adempimenti di debiti scaduti*, che in termini di incidenza sul patrimonio risultano infatti neutri (alla fuoriuscita di una componente attiva, il pagamento, corrisponde l'eliminazione di una componente negativa, il debito);
- presuppone la *prova della consapevolezza* (o della *dolosa preordinazione*, se l'atto precede il sorgere del credito) del *pregiudizio* che l'atto di disposizione arreca alle ragioni del creditore, sia in capo al debitore che, se l'atto è a titolo oneroso, in capo al terzo;
- colpisce solo gli “atti di disposizione del debitore”, e quindi non gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'iniziativa di un terzo, come l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale o l'esercizio di una prelazione.

Quanto agli **effetti** dell'azione revocatoria, tanto ordinaria che fallimentare, il suo successo comporta, come detto, l'**inefficacia dell'atto nei confronti dei creditori concorsuali**: non quindi la sua invalidità (tanto che se il bene “restituito” residuasse all'esito della procedura, esso andrebbe considerato come ancora appartenente al terzo) quanto piuttosto la neutralizzazione degli effetti negativi che quell'atto avrebbe altrimenti prodotto sulla garanzia patrimoniale disponibile al momento dell'apertura del fallimento.

Ciò vuol dire che se l'imprenditore (poi fallito) avesse assunto, con atto revocabile, un'*obbligazione* nei confronti dei terzi ovvero concesso loro una *garanzia*, non si tratterà, in tal caso, di proporre un'azione revocatoria volta a recuperare un bene fuoriuscito dal patrimonio del fallito, bensì di *disconoscere* nei confronti del terzo il credito o il titolo di prelazione così ottenuto; e allora contestandone *in toto* l'ammissione al passivo, ovvero concedendola ma senza il diritto di prelazione revocato. Anzi, è questa la c.d. **revocatoria incidentale**<sup>55</sup>, che, potendo anche operare (in sede di verifica del passivo) *in via di eccezione* (il curatore, di fronte all'istanza di ammissione al passivo da parte del creditore, eccepisce appunto la revocabilità dell'atto su cui l'istanza si fonda), potrebbe essere fatta valere in quella sede senza limiti di tempo.

Se invece si tratti di un *atto oneroso* che ha comportato l'assunzione di un'*obbligazione* già eseguita (una fornitura di merci) o un trasferimento immediato di un diritto (la vendita di un immobile), ovvero di un *pagamento*, allora **quanto ricevuto dal terzo, o il relativo valore (attuale)**<sup>56</sup> **in denaro, dovrà essere restituito** alla curatela per essere sottoposto all'esecuzione collettiva di tutti i creditori concorsuali.

La restituzione di un bene non sarà possibile, ed allora dovrà provvedersi in denaro, quando quel bene sia stato consumato (si pensi a generi alimentari) o sia perito (mentre nel caso di deterioramento o di obsolescenza, potrebbe configurarsi l'obbligo di un conguaglio in denaro per reintegrare la perdita di valore subita dal bene) o acquistato irrevocabilmente da un **terzo subacquirente**. Ciò accadrà – sulla base del principio, che si ritiene generale ed estensibile anche alla revocatoria fallimentare, fissato dall'art. 2901, ult. co. – per cui l'inefficacia dell'atto *non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso* (dovranno

<sup>55</sup> GUGLIELMUCCI.

<sup>56</sup> V. già AULETTA, *Revocatoria fallimentare ed obbligo di corrispondere il valore del bene alienato*, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. VI, Milano, 2001, 269 ss. Si discute peraltro se la stima debba riferirsi al momento della sentenza dichiarativa di fallimento (che apre il concorso) o della revoca. In questo senso, anche se all'interno di un panorama giurisprudenziale prevalentemente orientato a far riferimento al valore storico, Cass., SU, 15-6-2000, n. 437.

quindi essere restituiti i beni ricevuti dal terzo a titolo gratuito *dai terzi in buona fede* (che quindi non sappiano della revocabilità dell'acquisto del loro dante causa), salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione.

Il terzo che abbia subito la revoca avrà però diritto, insieme agli altri creditori concorsuali, ad **insinuarsi al passivo** per il credito corrispondente alla controprestazione da lui effettuata a fronte dell'atto oneroso o del pagamento revocato. Diversamente, una tale controprestazione resterebbe un'attribuzione priva di causa<sup>57</sup> o comunque non sorretta da un adeguato sinallagma. Conseguentemente, dopo la restituzione, si farà valere concorsualmente un *credito pari* (non al valore di quanto restituito<sup>58</sup>, ma) *al valore della propria prestazione*<sup>59</sup>.

#### IV. Sui rapporti giuridici preesistenti

**LETTERATURA:** ARATO, *Fallimento e rapporti bancari pendenti*, *DFall*, 2006, I, 1189 ss.; AZZOLINA, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, *RTrim*, 1951, 367 ss.; BONFANTE, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, Milano, 1989; CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, *DFall*, 2006, I, 1150 ss.; COTTINO, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, in *DFall*, 1964, 361 ss.; FERRO (a cura di), *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998; GABRIELLI, *La disciplina generale dei contratti in corso di esecuzione nel fallimento*, *RDComm*, 2011, I, 589 ss.; A. GENOVESE, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, *DFall*, 2006, 1133 ss.; GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006; INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, *DFall*, 2007, I, 30 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Gli effetti del fallimento sui contratti bancari*, *DFall*, 1989, I, 254 ss.; A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, *Fall*, 2006, 875 ss.; M. SANDULLI, *L'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, *GComm*, 1995, I, 196 ss.; SANZO, *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Milano, 2009; TARZIA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma e il decreto correttivo*, *Fall*, 2007, 1385 ss.; VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati nella "legge fallimentare"*, Milano, 1989; ZANARONE, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970; ZANARONE, voce *Fallimento (Effetti sui rapporti giuridici preesistenti)*, *EncGiur*, vol. VII, Roma, 1989.

<sup>57</sup> Cass. 7-11-1985, n. 5405.

<sup>58</sup> Non mancano però opinioni in questo diverso senso: v. LIMITONE, sub *art. 70, Comm. Ferro*, 823. Non sarà però ammessa la compensazione fra l'eventuale credito residuo del terzo revocato e il suo debito restitutorio (Cass. 26-7-2002, n. 11030; Cass. 5-7-2000, n. 8978; Cass. 14-10-1998, n. 10140). Viceversa, invocata dal creditore e concessa, con il decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo, la compensazione, tale decreto svolgerà efficacia preclusiva di un'eventuale azione revocatoria contro il titolo da cui deriva il credito insinuato e per il quale è stata dichiarata la compensazione: Cass., SU, 14-7-2010, 16508, cui, PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*, *Fall*, 2010, 1392 ss.

<sup>59</sup> Coticché in caso di attribuzione gratuita non si avrà diritto a pretendere alcunché (Cass. 21-11-1983, n. 6929). Avrà diritto ad insinuarsi, invece, chi abbia subito l'inefficacia di diritto di un pagamento anticipato *ex art. 65*. Nel senso però che la pretesa del terzo vada regolata concorsualmente solo nel caso che l'atto revocato sia un pagamento effettuato dal terzo, ma non invece di una controprestazione reattiva ad un atto oneroso, nel qual caso il credito potrà essere fatto valere direttamente nei confronti della massa, v. FERRI jr, *Le pretese, passim*, spec. 75 ss. e 134 ss., e ciò conformemente alla prospettiva generale seguita da questo A., già evidenziata sopra (nt. 33).

Prima del fallimento – e quindi prima che la curatela subentri in luogo del fallito nella disponibilità del suo patrimonio, tendenzialmente comprendente tutti i rapporti giuridici patrimoniali facenti capo al fallito stesso – quest'ultimo avrà normalmente posto in essere, nell'esercizio della sua attività, una fitta attività contrattuale.

(A) Potrà trattarsi di *contratti che hanno già trovato integrale esecuzione*, ed allora vi sarà la possibilità per il curatore, eventualmente, di disconoscerne gli effetti ricorrendo ad un'azione revocatoria (*supra*, III) che consenta di recuperare quanto fuoriuscito dal patrimonio del fallito in esecuzione di quei contratti.

(B) Analogo discorso varrà quando *una delle due parti avrà integralmente eseguito la propria prestazione* (ad esempio la vendita di un bene). In tal caso residuerà soltanto un credito (ad es., al prezzo) della controparte, che potrà allora insinuarlo al passivo, a meno che il curatore – sempre attraverso un'azione revocatoria (incidentale) – riesca a neutralizzare una tale pretesa. Ovvero residuerà soltanto un credito a favore del patrimonio fallimentare, che il curatore potrà esigere; salvo che – ancora una volta, e ricorrendone i presupposti – preferisca revocare l'atto, così facendosi restituire quanto prestato in esecuzione del contratto (si supponga, un bene venduto ad un prezzo inferiore di oltre un quarto al suo reale valore) e rinunciare ad esigere il corrispondente credito (al prezzo).

(C) V'è anche la possibilità, però, che all'apertura del fallimento un certo contratto (compreso un preliminare) sia ancora *del tutto ineseguito, o comunque non compiutamente eseguito da entrambe le parti*. Gli artt. 72 ss. della legge fallimentare parlano a questo riguardo di “*rapporti giuridici preesistenti*”, disciplinando gli effetti che l'apertura del fallimento produce su tali rapporti, frequentemente (e forse più propriamente) indicati anche come **contratti pendenti**. Rispetto a tali ipotesi l'interesse della curatela non sarebbe tanto, quindi, quello di recuperare qualcosa che, in ipotesi, ancora non è fuoriuscita dal patrimonio fallimentare; quanto piuttosto, ed eventualmente (se cioè il contratto appaia sconveniente), quello di svincolarsi da un impegno contrattuale ancora da adempersi.

*L'interesse della curatela a potersi svincolare dagli impegni contrattuali già assunti dal fallito*, è assicurato dalla **regola generale** prevista dall'art. 72 e scandita nei seguenti termini.

(I) Innanzitutto, con la dichiarazione di fallimento l'*esecuzione dei contratti pendenti resta sospesa*. In questo frangente, quindi, il curatore potrà non adempiere agli obblighi previsti dal contratto, senza incorrere in alcun genere di sanzione contrattuale. E lo stesso potrà fare il terzo, se non altro in via di eccezione *ex artt. 1460 e 1461 c.c.*

(II) Un tale stato di sospensione perdura fino a quando (potenzialmente anche per tutta la durata della procedura) il curatore non *scelga se subentrare nel contratto ovvero sciogliersi* dal medesimo.

(IIa) La prima ipotesi si avrà quando il curatore ritenga conveniente la **prosecuzione**, chiedendo allora che la sua scelta venga *autorizzata dal comitato dei creditori*<sup>60</sup>. Sarà comunque scelta *discrezionale*: nel senso che né il comitato dei creditori, né altro

<sup>60</sup> V. al riguardo INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, DFall, 2007, I, 306 ss.

organo della procedura, potrebbe obbligare il curatore a scegliere di subentrare nel contratto; né, una volta che l'autorizzazione fosse intervenuta, sarebbe impedito al curatore, cambiando avviso, di non subentrare più. La prosecuzione avviene infatti per effetto di una dichiarazione negoziale rivolta al terzo che, nel frattempo, resterà in un'attesa quasi del tutto passiva, salva la facoltà di sollecitare una decisione del curatore, *costituendolo in mora* attraverso la richiesta al giudice delegato di assegnargli un termine (massimo sessanta giorni), trascorso il quale, in mancanza di decisione positiva espressa, il contratto si intenderà sciolto.

La scelta di far "proseguire" l'esecuzione il contratto, insistendo quindi per l'adempimento della controparte, è scelta (di opportunità) riferibile al curatore, che comporterà anche, allora, *l'assunzione a carico della massa dei relativi obblighi*. I crediti del terzo derivanti da quel contratto saranno allora "debiti della massa", *da pagarsi in prededuzione* rispetto ai crediti concorsuali (e quindi, tendenzialmente, per intero e non in moneta fallimentare). Né il curatore potrà in alcun modo pretendere o imporre la modifica dei termini del contratto: egli avrebbe potuto svincolarsene ma, subentrato, lo sarà *in toto*.

(IIb) Quando invece il curatore valuti più conveniente svincolarsi dagli impegni contrattuali a suo tempo assunti dal fallito, potrà senz'altro farlo *sciogliendo il contratto* (c.d. **resiliazione**)<sup>61</sup>. E ciò, si ritiene per lo più, senza neppure la necessità di un'autorizzazione del comitato dei creditori, tant'è vero che, come visto, potrebbe bastare anche la mera inerzia del curatore, di fronte alla messa in mora del terzo, a provocare lo scioglimento.

Una volta sciolto il contratto – e in conformità ai principi che governano la risoluzione del contratto (cui l'istituto in discorso può, seppure con certa cautela, approssimarsi), secondo cui le parti debbono restituire quanto ricevuto in esecuzione del contratto risolto – se il terzo avrà già adempiuto in parte alla sua prestazione avrà diritto di *far valere nel passivo il relativo credito*, da recuperarsi quindi in moneta fallimentare<sup>62</sup>. Infatti l'attribuzione da lui effettuata resterebbe priva di giustificazione causale<sup>63</sup> una volta che – perso il diritto di esigere quanto gli sarebbe spettato secondo il contratto, o restituito quanto ricevuto – fosse venuta meno la possibilità di rispettare il sinallagma prefigurato nel contratto. Non avrà però diritto ad *alcun risarcimento del danno* per non aver ottenuto quanto promesso dal fallito (art. 72, co. 3).

La portata della regola generale appena descritta deve peraltro essere completata con riferimento a due ipotesi.

a) La prima, piuttosto importante anche perché non rara, riguarda l'ipotesi in cui, nella procedura fallimentare, venga autorizzata la prosecuzione dell'impresa del fallito (art. 104). In tal caso, durante l'**esercizio provvisorio dell'impresa, i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli**. L'immediato effetto dell'apertura della procedura *non è dunque quello di sospendere i contratti in corso di esecuzione, ma di lasciarne inalterata l'efficacia* (con l'obbligo allora del curatore di adempiervi in-

<sup>61</sup> Che avrà carattere definitivo (ex art. 18, co. 15) quand'anche il fallimento venisse revocato (Cass. 9-7-1999, n. 7203).

<sup>62</sup> Ovvero, mediante una pretesa di restitutoria ex artt. 93-103, se il bene trasferito fosse ancora nel patrimonio del fallito (NIGRO-VATTERMOLI).

<sup>63</sup> Cass. 12-4-2001, n. 5494.

tegralmente). E ciò perché, come ben si comprende, essi sono, per lo più, strumentali all'esercizio dell'impresa: sicché la loro sospensione, che come visto legittimerebbe non solo la curatela ma anche la controparte a sospendere l'esecuzione dei suoi obblighi, potrebbe ostacolare od impedire il regolare funzionamento dell'impresa in esercizio.

A parte ciò, però, va detto che la regola dell'immediata prosecuzione non pregiudica la libertà del curatore di scegliere discrezionalmente, secondo la regola generale appena vista, quale debba essere la sorte dei contratti stipulati dal fallito. Il curatore potrà quindi sottrarsi all'effetto della prosecuzione: sia decidendo immediatamente di *sciogliersi* da quei contratti; sia riportandosi in qualche modo alla condizione della regola generale: e cioè optando per la *sospensione* (sottraendosi così, per il momento, all'obbligo di integrale e puntuale adempimento), salvo poi valutare meglio, in un secondo momento, secondo il regime dell'art. 72, se proseguire o sciogliersi dal contratto.

b) Altra ipotesi che potrebbe precludere l'operatività del regime generale appena considerato, è quella della **risoluzione del contratto**.

b1) Chiaro è innanzitutto che se una risoluzione si fosse *già perfezionata* prima dell'apertura della procedura, neppure si potrebbe parlare di contratto pendente<sup>64</sup>.

b2) Nel caso in cui, invece, siano state le parti stesse ad aver espressamente convenuto la risoluzione del contratto *quale conseguenza del fallimento* di una di esse (sia mediante una clausola dello stesso contratto che con altra convenzione), è la legge stessa a dichiarare l'*inefficacia* di tale accordo (art. 72, co. 6). Si consentirebbe altrimenti all'autonomia privata di derogare al regime generale previsto dall'art. 72.

b3) V'è però anche la possibilità (prevista dall'art. 72, co. 5) che, a causa di un precedente inadempimento dell'imprenditore, *già prima* del fallimento fosse stata intrapresa un'*azione di risoluzione*. In tal caso essa (sempre se, occorrendo, resa opponibile mediante una trascrizione precedente al fallimento) spiega i suoi effetti anche nei confronti della curatela, potendo allora proseguire nei confronti di quest'ultima dinanzi al giudice originariamente adito, e portare eventualmente al riconoscimento in capo al terzo del diritto (da farsi però valere nelle forme della procedura, e quindi insinuandosi al passivo) non solo alla *restituzione* di quanto prestato, ma anche al *risarcimento* del danno.

Deve precisarsi, infine, che il sistema appena descritto vale anche (art. 72, co. 4) quando si tratti di un **contratto preliminare**: esso, in questa prospettiva, è infatti da considerarsi un contratto come qualsiasi altro, salva la particolarità che in tal caso la "prestazione" rispetto alla quale scegliere tra l'esecuzione e lo scioglimento consisterà nella *prestazione del consenso* alla stipulazione del contratto definitivo.

Non costituisce quindi un'eccezione, ma solo un'aggiunta, alla regola generale, l'art. 72, co. 8, secondo il quale se il curatore opti per lo scioglimento di un preliminare (tuttora efficacemente) trascritto, avente ad oggetto un *bene immobile*, il terzo acquirente potrà insinuare al passivo il suo credito, ma godendo del privilegio di cui al 2775-bis.

La regola generale espressa dall'art. 72 sopra esaminata ammette, per espressa previsione di questo stesso articolo, delle **eccezioni** previste da "diverse disposizioni". Si tratta di ipotesi particolari, seppur di rilevanza non sempre secondaria, rispetto alle quali la legge accorda specifica rilevanza ad alcuni degli specifici interessi in gioco (non solo dell'impresa, ma talvolta anche della controparte contrattuale), derogando

<sup>64</sup> Analogamento è a dirsi qualora fosse già stato efficacemente esercitato (nel caso di specie nell'ambito di un contratto preliminare) il diritto di recesso consentito dall'art. 1385, co. 2, c.c. (Cass. 15-2-2011, n. 3728).

alla regola generale e disponendo invece: talora la *prosecuzione automatica*; talaltra lo *scioglimento altrettanto automatico (ex lege)*; talaltra ancora *l'una o l'altra conseguenza a seconda di talune circostanze*.

i) e ii) Non tutte tali eccezioni sono previste nella parte della legge fallimentare dedicata ai contratti pendenti: così (i) per il rapporto di **lavoro subordinato**, regolato dall'art. 2119 c.c., secondo il quale il fallimento non può di per sé costituire giusta causa di risoluzione del contratto (fermo peraltro il diritto di licenziamento in base alla disciplina ordinaria); o (ii) per gli artt. 2288 o 2308 in tema di **società di persone**, per cui il *fallimento del socio* provoca lo scioglimento del suo rapporto con la società (esclusione di diritto), mentre il *fallimento della società* è causa di scioglimento di quest'ultima. Sempre in tema di società (in questo caso per azioni) va ricordato l'art. 72-ter che dispone lo scioglimento del **contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare** (ex art. 2447-bis, co. 1, lett. b, c.c.), quando il fallimento impedisca la realizzazione o la continuazione dell'operazione (salvo che non se ne assuma l'impegno lo stesso finanziatore).

iii) Se il fallito avesse preso un bene in **leasing**, la specificità consisterebbe in ciò: che se il curatore optasse per lo scioglimento, dovendo allora restituire il bene al concedente, ove questi ne ricavi un valore superiore al credito residuo in linea capitale (quello che cioè l'utilizzatore avrebbe dovuto pagare per far proprio il bene), la differenza andrà versata al fallimento; se invece si realizzasse un valore inferiore, sarebbe il concedente a potersi insinuare nel fallimento per la differenza. I canoni già pagati, comunque, non dovranno invece essere restituiti dal terzo (neppure per via revocatoria, giusta l'art. 67, lett. a). Se invece si trattasse del fallimento della società che ha *concesso* un bene in *leasing*, la specificità consisterebbe nel fatto che il contratto proseguirà comunque (senza quindi facoltà di scioglimento), preservandosi al terzo utilizzatore la possibilità di far proprio il bene alla scadenza, alle normali condizioni contrattuali<sup>65</sup>.

iv) Nella **vendita con riserva di proprietà**, in generale, la proprietà passa al compratore solo allo scadere di un certo termine o al pagamento dell'ultima rata, e ciò per garantire l'interesse del venditore al buon esito dell'operazione. Sicché, se *il compratore fallisce*, l'art. 74 assicura al venditore che: se il curatore opti per la prosecuzione del contratto, dovrà pagare immediatamente il prezzo (scontato dell'interesse legale rispetto al tempo mancante) o quantomeno essere richiesto di prestare congrua cauzione; in caso di scioglimento, e quindi di restituzione reciproca delle rate riscosse e del bene venduto, verrà riconosciuto al venditore un equo compenso per l'uso della cosa fatto dal compratore. Se *fallisce il venditore*, invece, la legge dispone che il contratto prosegua (per tutelare l'aspettativa oramai ingeneratasi nel terzo compratore).

v) Di rilevante portata è poi la disposizione dell'art. 74 che, per i **contratti ad esecuzione continuata o periodica**, stabilisce che se la curatela opti per la prosecuzione dovrà farsi carico del pagamento integrale – e in ciò sta l'eccezione rispetto alla regola generale – delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati. In altri termini, anche i crediti derivanti dalle prestazioni eseguite *prima* del fallimento dovranno essere pagati in prededuzione (c.d. *prededucibilità del pregresso*). Il che, secondo alcuni, trova giustificazione, almeno per taluni contratti (come quelli di somministrazione o di vendita a prestazioni ripartite, che in effetti erano gli unici espressamente regolati in tal senso prima della riforma del 2006) nella sostanziale unitarietà della prestazione convenuta<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> In materia (anche se prima della riforma del 2006), v. VIGO, *Gli effetti del fallimento sui contratti di distribuzione (Concessione di vendita e franchising)*, *DFall*, 2001, 904 ss.; DEMARCHI, *Lo scioglimento del contratto di leasing a causa del fallimento*, *GComm*, 2008, I, 416 ss.

<sup>66</sup> In materia, anche per un confronto con la disciplina previgente limitata ai soli contratti di vendita a



vi) Un **contratto di borsa a termine** (ad es., un “pronti contro termine”) non ancora scaduto si scioglierà automaticamente il giorno del fallimento di una qualsiasi delle parti (art. 76): e ciò per non esporre il patrimonio fallimentare all'alea, tipica degli andamenti borsistici, che un tale contratto comporta. Il differenziale dovuto dall'una o dall'altra parte sarà calcolato quindi al momento dello scioglimento, e regolato, a seconda dei casi, a favore della curatela o del terzo (ma in tal caso in moneta fallimentare)<sup>67</sup>.

vii) Anche il contratto di **associazione in partecipazione** (art. 2549 c.c.) si scioglie automaticamente per effetto del fallimento dell'associante, il cui spossessamento gli impedirebbe infatti di proseguire nell'impresa o nell'affare al cui risultato il terzo associato ha deciso di partecipare in considerazione delle capacità dell'associante. Del resto anche nel caso di prosecuzione dell'impresa, la partecipazione dell'associato agli utili futuri rischierebbe di stridere con il principio della *par condicio*, avvantaggiandolo rispetto agli altri creditori. Con l'apertura del fallimento l'operazione è dunque conclusa ed il relativo *risultato*, oramai maturato, *dovrà regolarsi* nella misura a suo tempo pattuita: e pertanto, se *positivo*, a favore dell'associato (ma in moneta fallimentare); se *negativo*, a favore della curatela, che potrà pretendere dall'associante l'adempimento dell'obbligo di versare quanto promesso per il caso di perdite.

viii) Il fallimento sarà altresì causa di scioglimento del contratto di **conto corrente**, anche (ed anzi soprattutto) **bancario**, già acceso dal fallito (anche perché la prosecuzione del contratto comporterebbe una perdurante operatività del meccanismo della compensazione incompatibile con la cristallizzazione della massa passiva); nonché di quello di **commissione** (probabilmente perché l'interposizione di un terzo, scelto dal fallito, in un'operazione di compravendita, contrasterebbe con il principio che riserva all'iniziativa del curatore l'amministrazione e la liquidazione del patrimonio fallimentare). Si scioglierà automaticamente anche il contratto di **mandato**, ma solo nel caso di fallimento del *mandatario*, anche se *in rem propriam* (quando cioè l'esecuzione sia funzionale anche, se non solo, all'interesse dello stesso mandatario o di un terzo). Il fallimento del *mandante*, invece, non comporta l'automatico scioglimento; ma se il rapporto prosegue, la prededuzione dei crediti spettanti al mandatario riguarderà *soltanto* quelli sorti dopo il fallimento (a differenza quindi di quanto previsto dall'art. 74 per i contratti ad esecuzione continuata).

ix) In materia di **locazione** si prevede poi (in ossequio al generale principio per cui *emptio non tollit locatum*) che l'apprensione della massa attiva da parte della curatela non comporta, in principio, la possibilità per il curatore di sciogliersi dal contratto di locazione dei **beni immobili** che ne facciano parte. In deroga alla regola generale, quindi, con l'apertura del fallimento il contratto non sarà sospeso, ma *proseguirà* senza soluzione di continuità. Il che non toglie che, *dopo* tale momento, spetterà al curatore una (limitata) possibilità di disimpegnarsi dal contratto, al limite corrispondendo alla controparte (in prededuzione) un indennizzo per il recesso anticipato. Così, se il curatore sia subentrato nel ruolo di *locatore*, potrà recedere dal contratto (verosimilmente per vender meglio l'immobile) se la durata residua ecceda i quattro anni, anche se in ogni caso con effetto dopo il decorso di tale periodo e salvo il diritto del conduttore, se il contratto avesse una scadenza più lontana, ad un equo indennizzo per l'anticipato recesso. Se invece si tratta del *fallimento del conduttore*, il contratto ugualmente proseguirà, salva però, anche in tal caso, la facoltà del curatore di disimpegnarsi recedendo anticipatamente e corrispondendo un equo indennizzo al locatore.

x) Una soluzione analoga a quest'ultima ipotesi vale poi per l'**affitto d'azienda** (art. 79)<sup>68</sup>.

consegne ripartite e di somministrazione, v. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, Tr. Cottino, 507; precedentemente, A. MIRONE, *Gli effetti del fallimento sui contratti di compravendita e somministrazione*, *DFall*, 2001, 613 ss.

<sup>67</sup> V. S. ROSSI, *I contratti derivati nel fallimento*, *DBancaMercFin*, 2011, I, 353 ss.

<sup>68</sup> Cfr. VIGO, *Effetti del fallimento del locatore sul contratto di affitto di azienda*, *GComm*, 1998, I, 79 ss.;

In tal caso, infatti, a prescindere che fallito sia il concedente o l'affittuario, la regola è quella della *prosecuzione automatica*, salvo il diritto di ciascuna delle parti, da esercitarsi entro sessanta giorni, di recedere anticipatamente corrispondendo alla controparte un equo indennizzo (che, se dovuto dal fallimento, sarà pagato in prededuzione). Chiaro peraltro che la prosecuzione da parte del curatore nella posizione di affittuario, comportando la necessità di esercitare l'azienda (artt. 1615 e 2562 c.c.), presupporrebbe anche la relativa autorizzazione *ex art.* 104.

xi) La sorte del contratto di **appalto** (art. 81), a prescindere dal fatto che il fallito sia committente o appaltatore, è tendenzialmente quella dello *scioglimento*. Effetto, questo, che però resta risolutivamente condizionato alla scelta del curatore (comunicata alla controparte *entro sessanta giorni* dal fallimento e previamente autorizzata dal comitato dei creditori) di *subentrare* nel rapporto. In tal caso, però, per la prosecuzione del rapporto potrebbe rendersi necessario anche il consenso del terzo, se questi fosse il committente e la persona dell'appaltatore (cioè del fallito) fosse stata, per lui, un elemento determinante del contratto; l'*intuitus personae*, allora, impedirebbe al curatore di decidere da solo la prosecuzione del contratto.

xii) Una disciplina particolare è dettata per il contratto di **assicurazione**<sup>69</sup>. Esso – deve ritenersi soprattutto nell'interesse dell'impresa fallita a restare coperta dal rischio assicurato – con l'apertura del fallimento non sarà sospeso ma proseguirà; a meno che – e ciò nell'interesse della compagnia assicurativa – il fallimento non comporti di per sé un aggravamento del rischio assicurato, nel qual caso viene conservato all'assicuratore il diritto di recedere (*ex art.* 1898 c.c.). Anche nell'interesse dell'assicuratore deve poi apprezzarsi la disposizione per cui, se il contratto prosegue, il suo credito per i premi scaduti prima del fallimento dovranno essere pagati integralmente (e non in moneta fallimentare), così approssimandosi questa disciplina a quella dei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

xiii) L'interesse dell'autore di un'opera letteraria alla sua pubblicazione è garantito dall'art. 135, l. 633/1941, cui rinvia l'art. 83, prevedendo innanzitutto la prosecuzione del **contratto di edizione** in caso di fallimento dell'editore; qualora però entro un anno dal fallimento l'esercizio dell'impresa editoriale non sia ripreso (o nell'ambito del fallimento o da parte di un terzo cessionario dell'azienda) il contratto sarà risolto e quindi l'autore sarà libero di rivolgersi ad altro editore.

xiv) Non riguarda propriamente un contratto pendente, infine, la norma recata dall'art. 83-*bis*, benché la sua rubrica si riferisca ad un accordo negoziale qual è la **clausola arbitrale** (o compromissoria), con cui, come noto, le parti di un rapporto (normalmente anche se non necessariamente contrattuale: artt. 808 e 808-*bis* c.p.c.) stabiliscono che le eventuali controversie sorte da quel rapporto saranno decise da arbitri. L'art. 83-*bis*, infatti, più che pronunciarsi sulla sorte della clausola in sé, incide su quella del procedimento arbitrale in corso (in qualche modo parificandolo ad un mandato agli arbitri); stabilisce infatti che se il contratto nel quale quella clausola è contenuta si sia sciolto, *il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito*. Dubbio rimane invece se il curatore resti tenuto alla clausola arbitrale per i procedimenti ancora da iniziarsi, quantomeno se relativi a controversie diverse da quelle necessariamente devolute alla giurisdizione del tribunale fallimentare *ex artt.* 92 ss.<sup>70</sup>.

FIMMANÒ, *L'affitto di azienda preesistente al fallimento, Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 135 ss.; R. ROSSI, *L'affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, *DFall*, 2010, I, 370 ss.; PATTI, *L'affitto di azienda*, *Fall*, 2007, 1088 ss.; VESSIA, *Gli effetti del fallimento sul contratto di affitto d'azienda pendente*, *RDCComm*, 2009, 957 ss.

<sup>69</sup> Di recente, sul punto, F. MANCUSO, *Effetti del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa sul contratto di assicurazione: brevi note alla luce della riforma fallimentare*, *Ass.*, 2007, 635 ss.

<sup>70</sup> V. in materia, VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996; VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, *DFall*, 2008, I, 773 ss.

## § 25. LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA

### I. Le attività preliminari della procedura

**LETTERATURA:** AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, Tr. Cottino, 521 ss.; CATALLOZZI, *Il nuovo ruolo del curatore nell'acquisizione dei beni*, Fall, 2007, 1068 ss.; DEMARCHI, *Le attività del curatore per l'apprensione dei beni*, Comm. Jorio Fabiani, II, 305 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Custodia e amministrazione delle attività fallimentari*, Comm. Scialoja-Branca, 2009; GHEDINI-ROVERONI, *Custodia e amministrazione dell'attivo*, NDSoc, 2005, 21 ss.; MARROLLO, *Apposizione dei sigilli e inventario*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Di-done, I, Milano, 2009, 869 ss.; PROTO, *Dei sigilli*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, sub art. 84, Milano, 2008, 814 ss.; VITALE, voce *Fallimento (Custodia e amministrazione delle attività fallimentari)*, EncGiur, vol. XIII, Roma, 1989.

Considerati i molteplici effetti che, sui diversi versanti esaminati nelle pagine precedenti, produce l'apertura del fallimento, occorre ora idealmente ricollegarsi a tale apertura nella prospettiva *procedimentale*, esaminando le *attività preliminari* che debbono essere compiute per avviare operativamente la procedura. Di tali attività si occupano gli artt. 84 ss., raccolti in un capo della legge fallimentare impropriamente rubricato "*della custodia e dell'amministrazione delle attività fallimentari*": in esso, infatti, si tratta di attività che non riguardano la sola custodia o l'amministrazione delle attività; mentre quest'ultima, per converso, è regolata da prescrizioni che si situano per lo più in altre parti della legge fallimentare.

Fra tali "**attività preliminari**" viene innanzitutto in questione quella diretta a concretizzare materialmente l'effetto giuridico dello spossessamento del fallito, attraverso la materiale sottrazione alla disponibilità di quest'ultimo dei beni che entreranno nella massa attiva (esclusi quindi i beni sottratti per legge allo spossessamento).

A tal fine, la legge attribuisce al curatore il potere-dovere di farsi **consegnare** (per poi depositare anche presso terzi) il *denaro* contante, gli *effetti cambiari e gli altri titoli* del fallito, nonché le *scritture contabili* (se non già depositate dal fallito, che comunque continua ad avere diritto a visionarle); nonché, per gli *altri beni*, di apporre su di essi (anche avvalendosi della forza pubblica o di coadiutori) dei **sigilli** secondo le norme previste dal Codice di procedura civile (artt. 752 ss.).

La vera e propria "presa in consegna" dei beni che andranno a comporre la massa *attiva* avviene però con la redazione, mediante processo verbale in doppio originale, dell'**inventario**: nel quale conseguentemente (art. 87-*bis*), e all'inverso di quanto avviene con la sigillazione, non vanno compresi i beni (chiaramente) appartenenti a terzi che fossero però nella mera disponibilità materiale del fallito, mentre saranno compresi anche i beni del fallito non sottoposti a sigillazione, come i beni detenuti dai terzi, o il denaro e i titoli che il curatore si sia fatto consegnare.

Simmetrica alla inventariazione della massa attiva sarà anche l'attività preliminare con la quale il curatore comincia a tracciare il perimetro della massa passiva: egli infatti, sulla base principalmente delle scritture contabili, ma poi anche di tutte le altre notizie che anche informalmente potrà assumere (anche dal fallito), compilerà un **elenco dei creditori**, con l'indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione, nonché l'elenco di tutti *coloro che vantano diritti* reali o personali, mobiliari o immobiliari, *su cose in possesso o nella disponibilità del fallito*, con l'indicazione dei titoli relativi.

Tali elenchi sono importanti perché costituiscono, pur senza efficacia preclusiva, il punto di partenza per procedere poi alla formazione della bozza di stato passivo (che comunque presupporrà anche un'apposita domanda di ammissione dell'interessato, compreso o non che fosse negli elenchi predisposti dal curatore) da verificarsi nell'adunanza dei creditori. Se poi il fallito non abbia redatto il **bilancio** dell'ultimo esercizio, a ciò sarà chiamato il curatore; eventualmente chiamato anche ad apportare le rettifiche e le aggiunte necessarie rispetto ai bilanci e agli elenchi dei creditori già presentati dal fallito *ex art.* 14.

## II. L'accertamento del passivo

**LETTERATURA:** BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause legittime di prelazione*, Milano, 1992; CAVALAGLIO, *Le impugnazioni dello stato passivo*, *DFall*, 2011, I, 211 ss.; CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, *Tr. Cottino*, 549 ss.; C. FERRI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, *RTrim*, 2007, 1253 ss.; LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006; LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979; LANFRANCHI, voce *Fallimento*, IX, *Accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*, *EncGiur*, XIII, Roma, 1989, 15 ss.; MONTANARI, *La verifica del passivo fallimentare nell'assetto scaturito dal decreto correttivo della riforma*, *Fall*, 2008, 495 ss.; PAGNI, *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, *F.It.*, 2006, V, 188 ss.; EAD., *Accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*, *Fall*, 2010, 1392; PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 2006; RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979; RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, *EncD*, 182 ss.; SALETTI, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, *GlT*, 2006, 431 ss.; SCARSELLI, *L'accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, 1991.

La procedura fallimentare, essendo rivolta a regolare le *pretese* concorsuali (tanto che, se non ne risultino, la procedura si chiude: art. 118, n. 1) presuppone che di tali *pretese si verifichi l'effettivo fondamento giuridico*: che si verifichi cioè se chi le vanta sia effettivamente titolare del corrispondente diritto. Come già ricordato, tali *pretese* non consistono soltanto in *crediti* verso il fallito; ma anche in eventuali *diritti*, reali o personali, *su beni*, mobili o immobili, in possesso del fallito, e dei quali l'avente diritto chieda la restituzione o il rilascio, separando così quei beni dalla massa attiva destinata alla soddisfazione dei creditori concorsuali.

Inoltre, poiché è sempre dalla massa attiva che dovrà attingersi quanto necessario alla soddisfazione di quelle ulteriori *pretese* che non sono concorsuali, derivando piuttosto dalla procedura stessa (c.d. *debiti della massa*), anche di esse dovrà verificarsi il fondamento all'interno della procedura e secondo le sue regole, benché poi

esse vadano regolate in prededuzione (art. 111): vi sarà dunque per esse “concorso formale”, anche se non “concorso sostanziale”.

È questa, infatti, la regola del “concorso” (già esaminata al § 24.II.1) posta dall'art. 52, co. 2: “Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1), nonché ogni altro diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni di legge”. E le norme (artt. 92-103) del capo V della legge fallimentare, rubricato “dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi”, sono appunto dirette alla verifica delle predette pretese.

### 1. La fase necessaria: l'accertamento dello stato passivo

Gli organi fallimentari dovranno dunque attivarsi per la **definizione della massa passiva**: per la ricognizione, cioè, degli effettivi aventi diritto su beni compresi nell'attivo inventariato dal curatore (allora da “restituirsi”), e degli aventi diritto a partecipare, come creditori, ai riparti del residuo attivo<sup>1</sup>.

Un primo importante passo nel senso di questa ricognizione è rappresentato dagli “**elenchi dei creditori e dei titolari dei diritti di terzi su cose in possesso del fallito**” che il curatore deve redigere ai sensi dell'art. 89 già in fase di apertura della procedura. Ebbene, sulla base di tali elenchi e poi delle scritture dell'imprenditore e di ogni altra informazione, il curatore comunica a tutti coloro che risultino vantare pretese concorsuali: (i) che possono partecipare al concorso depositando *domanda* presso il tribunale; (ii) le date (peraltro già indicate nella sentenza dichiarativa di fallimento iscritta presso il registro delle imprese) fissate per l'*adunanza* dei creditori in cui dovrà esaminarsi lo stato passivo e per presentare, anticipatamente, la relativa domanda; (iii) ogni altra utile informazione per agevolare la presentazione della domanda (ad esempio, istruzioni più precise sulla formulazione della domanda e sull'allegazione della documentazione).

La **domanda** – ovviamente non riservata soltanto a chi abbia ricevuto la comunicazione dal curatore<sup>2</sup>, ma a chiunque, essendo venuto a conoscenza dell'apertura della procedura, vanti una pretesa contro il fallito – sarà proposta con *ricorso*<sup>3</sup> che, fra l'altro, indicherà, a pena di inammissibilità: il suo *oggetto* (la somma per la quale ci si vuole insinuare al fallito, o il bene di cui si chiede la restituzione), l'eventuale *titolo di prelazione* (ma non necessariamente il grado, che rileverà solo in sede di riparto) che assiste il diritto vantato<sup>4</sup>, e le *ragioni* in fatto e in diritto che supportano la pretesa; e

<sup>1</sup> FERRO, *L'accertamento del passivo: la fase della preparazione*, NDSoc, 2006, 29 ss.

<sup>2</sup> Comunicazione che del resto non può fondare alcuna legittima aspettativa da parte del destinatario circa l'accoglimento della sua domanda (Cass. 3-7-1996, n. 6083). Per converso, la mancata comunicazione del curatore potrà facilitare il creditore nella prova richiesta per l'ammissione di una domanda supertardiva, ex art. 101, ult. co. (DIMUNDO-QUATRARO, *Accertamento del passivo*, Tr. Fauceglia-Panzani, I, 996).

<sup>3</sup> Dunque mai d'ufficio. Si ammette invece la domanda proposta da un creditore del creditore in via surrogatoria (Cass. 24-2-1997, n. 1647) o del terzo revocato (APRILE-P. VELLA, sub art. 93, *Comm. Ferro*, cit., 1025).

<sup>4</sup> Precisandone la natura (cfr. al riguardo Cass. 13-2-2004, n. 2787, stabilendo che l'accoglimento della domanda si intenderà comprensivo anche del titolo di prelazione fatto valere, anche se l'ammissione

ciò anche producendo i documenti giustificativi della propria pretesa (ad es. un contratto, una cambiale, una ricognizione di debito), anche se comunque questi potrebbero ancora essere prodotti nell'udienza di verifica<sup>5</sup>.

Tale **ricorso**, da depositarsi entro *trenta giorni prima* dell'udienza di verifica, avrà a tutti gli effetti (anche, ad esempio, ai fini interruttivi del corso di una prescrizione) natura di *domanda giudiziale*<sup>6</sup>, introduttiva di un *procedimento contenzioso* fra parti contrapposte (l'istante e il curatore) e produrrà effetto "*per tutto il corso del fallimento*" (art. 94); così come il decreto del giudice delegato accoglierà o meno le domande proposte (rendendo "esecutivo" lo stato passivo: art. 96, co. 6) produrrà effetti "*solo ai fini del concorso*" (c.d. **efficacia endofallimentare**)<sup>7</sup>.

Il fallito, invece, non è direttamente coinvolto in questa fase procedimentale, potendo solo "essere sentito" o "presentare osservazioni al progetto di stato passivo; ma potendo anche, proprio in ragione di tale sua formale estraneità, contestare la partecipazione al concorso di un creditore una volta che si sia chiusa la procedura, chiedendo ad esempio la restituzione di quanto ottenuto in sede di riparto.

Alla luce delle domande proposte sarà ulteriormente definito il quadro a disposizione del curatore, che potrà così predisporre un vero e proprio **progetto di stato passivo** che (distinguendo in separati elenchi i creditori e i titolari di diritti su beni), conterrà le "*motivate conclusioni*" raggiunte in merito a ciascuna di esse. Conclusioni che ovviamente potranno essere positive, ovvero negative quando il curatore *eccepisca* l'esistenza di *fatti estintivi, modificativi o impeditivi* del diritto fatto valere, ovvero *eccepisca*, pur quando il diritto e/o la causa di prelazione invocata si fondino su un titolo di per sé valido, la sua *inefficacia* nei confronti della procedura, secondo la disciplina prevista per gli atti pregiudizievoli *ex artt. 64 ss.* (c.d. *revocatoria incidentale*, che in via di eccezione potrà farsi valere anche se la relativa azione si sia prescritta).

Il **progetto** sarà depositato in cancelleria quindici giorni prima dell'udienza, affinché in tale frangente chi abbia proposto domanda, nonché lo stesso fallito, possano consultarlo e, in rapporto alle conclusioni del curatore, presentare eventuali "*osservazioni scritte e documenti integrativi*", a supporto delle proprie pretese o dell'infondatezza di quelle altrui, o dell'infondatezza delle eccezioni del curatore.

L'**udienza di verifica** è fissata dalla sentenza dichiarativa di fallimento entro cen-

---

faccia generico riferimento al "rango privilegiato"). Non costituisce invece titolo di prelazione, ma dovrà comunque essere indicata, la natura prededucibile del credito verso la massa (Cass. 10-11-1997, n. 11044; Cass. 5-9-1992, n. 10241).

<sup>5</sup> GUGLIELMUCCI.

<sup>6</sup> V. Cass. 9-7-2005, n. 14471. Avendo natura di domanda giudiziale, il ricorso sarà interruttivo della prescrizione sino al momento della cessazione o della revoca del fallimento (SATTA; BONSIGNORI, 588; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 1375; Cass. 25-9-20656, n. 2009; Cass. 20-11-2002, n. 16380) producendo un effetto attrattivo della causa che si trovino in rapporto di continenza o di connessione *ex artt. 39 e 40 c.p.c.* (v. MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Tedeschi, I, Torino, 1996, 685 ss., 729).

<sup>7</sup> Salva però – come ricordato anche alla nt. prec. – la sua capacità di interrompere la prescrizione anche con effetti esterni al fallimento: cfr. in particolare, Cass. 20-11-2002, n. 16380 e Cass. 6-2-2002, n. 1586, che anzi ritengono che, durante la procedura, questo sarebbe l'unico modo efficace.

toventi o al massimo centoottanta giorni dal suo deposito; si svolge in un'unica sessione e vi possono intervenire tutti gli interessati: d'onde il nome di "*adunanza dei creditori*". Alla (normale, ma non necessaria) presenza di questi ultimi, il *giudice delegato* esamina tutte le domande alla luce delle conclusioni e delle eccezioni del curatore, delle osservazioni svolte e della documentazione prodotta dalle parti, nonché, secondo il principio dispositivo (e non inquisitorio, essendo esclusa una ricerca d'ufficio delle prove), degli ulteriori mezzi istruttori acquisiti su istanza delle parti stesse, purché nel rispetto delle esigenze di speditezza della procedura (tendenzialmente incompatibile sarebbe, quindi, una prova di lunga indagine come una consulenza tecnica di ufficio<sup>8</sup>).

All'esito della verifica, il giudice deciderà con **decreto** "succintamente motivato" su ciascuna domanda (art. 96):

- dichiarandola *inammissibile* (perché non proposta nei termini o perché priva dei suoi elementi necessari, ad esempio la somma richiesta). Le domande dichiarate inammissibili – e solo esse, proprio perché non sottoposte ad effettiva "verifica" – potranno però peraltro essere riproposte (come tardive);
- *respingendola in toto*, non ravvisandone il fondamento;
- *ammettendola in toto*, vale a dire negli stessi termini (sia per ammontare che per eventuale titolo di prelazione) in cui è stata proposta;
- *ammettendola solo in parte* (ad esempio per una sola parte della somma richiesta, ovvero come chirografaria, ma disconoscendo il titolo di prelazione invocato);
- *ammettendola "con riserva"* (eventualmente pur riconoscendone, a tale condizione, il rango privilegiato).

La "**riserva**" consiste in ciò, che la soddisfazione della pretesa risulterà *condizionata* (nei tempi e nei modi che si vedranno con riferimento alla ripartizione dell'attivo: § 25.VI) – *al verificarsi di un certo evento*, dal quale dipenderà la definitiva ammissione (art. 113-*bis*) o la definitiva esclusione della domanda. Si tratta di domande che non possono ancora essere accolte in via definitiva poiché (a) hanno ad oggetto crediti *condizionali* o che non possono farsi valere se non previa escussione di un obbligato principale (art. 55); (b) o per le quali *non sia stato prodotto il titolo* (da ritenersi quale "documento giustificativo", secondo la nomenclatura legale precedente) per un fatto non dipendente dal creditore (che avrà l'onere di indicare comunque il titolo che si riserva di produrre, e di provare la non imputabilità della mancata produzione: ad esempio, una cambiale presentata allo sconto è ancora presso la banca<sup>9</sup>); (c) oppure che si fondano su una *sentenza*<sup>10</sup> *non ancora passata in giudicato* pronunciata prima del fallimento, per la quale il curatore proponga o prosegua il

<sup>8</sup> GUGLIELMUCCI. Non varrà invece, tendenzialmente, il principio di non contestazione, sicché il curatore non avrà l'onere di prendere formalmente posizione contro le pretese e i fatti dedotti dai ricorrenti, senza che ciò possa valere quale prova del fatto allegato (PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo. La formazione dello stato passivo: ruolo del curatore e del giudice delegato*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 343 ss., 367).

<sup>9</sup> "Titolo" potendosi ritenere secondo alcuni – più genericamente ed analogamente alla previgente versione dell'art. 95, co. 2 – anche altro documento giustificativo (v. ad es. BOZZA, sub *art. 96*, *Comm. Jorio-Fabiani*, I, 1464).

<sup>10</sup> Si tende ad escludere invece l'ammissibilità di un credito portato da un decreto ingiuntivo ancora opponibile, che potrà allora essere escluso anche senza che il curatore proponga opposizione (Cass. 13-8-2008, n. 21565); ammissibile sarà invece, naturalmente, quello divenuto definitivo.

giudizio di impugnazione. È questo un elenco da considerarsi “chiuso”, non ammettendosi ulteriori ipotesi (c.d. atipiche) di ammissione con riserva.

Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma, nella stessa udienza, lo **stato passivo** dichiarandolo **esecutivo con decreto** depositato in cancelleria, che è provvedimento giurisdizionale avente natura decisoria<sup>11</sup> su ciascuna domanda, e quindi, benché unico, complesso ed impugnabile anche con riferimento alle singole decisioni. Esso peraltro, coerentemente alla già ricordata *efficacia endofallimentare* del decreto, *produce effetto soltanto ai fini del concorso*, statuendo infatti il solo diritto a partecipare al riparto dell'attivo fallimentare (e quindi “trasformando” i creditori *concorsuali* in veri e propri creditori *concorrenti*): senza però precludere – fuori e dopo il fallimento – un'eventuale contestazione del diritto su cui si è fondata la pretesa fatta valere nel fallimento<sup>12</sup>.

Dell'esito della verifica e del relativo decreto depositato in cancelleria il curatore darà infine **comunicazione** a tutti coloro che hanno proposto domanda (anche di restituzione o rivendicazione): e con ciò si chiude la **fase necessaria** dell'accertamento del passivo (quella cioè inevitabile, sempre che vi siano pretese concorsuali ed attivo sufficiente a farvi fronte, anche solo in parte).

## 2. La fase eventuale: le impugnazioni e le domande tardive

(A) Dopo tale fase potrebbe però aprirsi una fase eventuale: quella delle eventuali **contestazioni dello stato passivo**. Queste si proporranno con un *ricorso*<sup>13</sup> che introdurrà un procedimento giurisdizionale contenzioso *di secondo grado*<sup>14</sup>, volto a pronunciarsi appunto su tali “impugnazioni” (in senso lato). Esse, secondo l'art. 98, possono essere di tre tipi:

a) **opposizione**: è la contestazione di chi, avendo proposto domanda, se la sia vista respingere<sup>15</sup> in tutto o anche in parte (anche solo relativamente al titolo di prelazione oppure, avendo fatto domanda di ammissione “piena”, mediante ammissione con riserva), insistendo allora per il suo accoglimento<sup>16</sup>; legittimato passivo sarà ovviamente il curatore;

<sup>11</sup> Non impugnabile però dal fallito personalmente (Cass. 3-12-1991, n. 12987).

<sup>12</sup> Così potendosi ripetere (in teoria più che in pratica) le quote ripartite durante il fallimento (GUGLIEMUCCI; sempre in via di principio, v. anche Cass. 9-6-2011, n. 12638); e ciò quand'anche, secondo la regola di cui all'art. 310 c.p.c., il procedimento per insinuazione tardiva si fosse estinto (Cass. 16-6-2010, n. 14585; 26-5-2010, n. 12855).

<sup>13</sup> MONTANARI, *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, Fall, 2007, 1132; PAGNI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 194. Sono pertanto da escludersi ulteriori rimedi, ed in particolare un reclamo *ex art. 26* (v. Cass. 19-3-2009, n. 6703) o *ex art. 111*, co. 2, Cost. (v. Cass. 4-1-1995, n. 103).

<sup>14</sup> V. NARDECCHIA, *Opposizione allo stato passivo*, in FERRO (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, III, 746; *Comm.* Maffei Alberti, 545; MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari di terzi*, in TEDESCHI (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, 2, Torino, 1996, 1484.

<sup>15</sup> O comunque non accogliere, perché l'esame della relativa domanda sia stato pretermesso (Cass. 6-5-1997, n. 3938); LANFRANCHI, *La verifica del passivo*, cit., 426; BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti*, cit., 111.

<sup>16</sup> È pertanto da escludersi la possibilità di proporre domande nuove o più ampie o riconvenzionali (Cass. 22-3-2010, n. 6900), anche se si ammette la produzione di nuovi documenti (Cass. 11-9-2009, n. 19697).



b) **impugnazione** (in senso stretto)<sup>17</sup>: è la contestazione dello stesso curatore o di chi (creditore concorrente o titolare di diritti su beni), pur essendosi visto accogliere la propria domanda, intenda contestare – avendone interesse (art. 100 c.p.c.) – l'ammissione (anche soltanto parziale) della domanda di un creditore concorrente. L'interesse in questi casi consisterà, ovviamente, nel non dover condividere la massa attiva, normalmente già scarsa, con altri aventi diritto al riparto;

c) **revocazione**: è un mezzo di impugnazione straordinario, proponibile dal curatore o da chi abbia proposto domanda (anche non ammessa) quando siano *decorsi i termini per la proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione*. La contestazione avrà ad oggetto: il provvedimento di rigetto della propria domanda (come nell'opposizione), ed allora sarà proposta contro il curatore; ovvero l'accoglimento della domanda di un creditore concorrente (come nell'impugnazione), ed allora sarà proposta contro quest'ultimo, pur partecipando al giudizio anche il curatore.

La revocazione potrà vertere non solo sull'*an*, ma anche sul *quantum* della domanda, e potrà fondarsi, in quanto se ne provi l'efficacia determinante: (i) sulla *falsità* delle prove in base alle quali il giudice delegato abbia deciso; (ii) sul *dolo*, se non dello stesso giudice, di chi l'abbia indotto a giudicare male (ad esempio un falso testimone); (iii) sull'*errore essenziale* di fatto<sup>18</sup> in cui il giudice sia incorso nel valutare le prove esistenti (tanto più probabile in un procedimento sommario come quello della verifica); (iv) sulla *mancata conoscenza di documenti decisivi* non prodotti tempestivamente per causa non imputabile (si pensi al creditore che non abbia ricevuto l'invito del curatore a proporre domanda, e che quindi abbia avuto troppo poco tempo per produrli in tempo utile).

Proposto il ricorso entro trenta giorni dalla comunicazione dello stato passivo esecutivo (o dalla scoperta dell'elemento che giustifica la revocazione) il **giudizio di impugnazione** – come visto contenzioso, in contraddittorio col curatore e/o con altro creditore concorrente – si svolgerà dinanzi al tribunale che deciderà, anche in questa sorta di giudizio di secondo grado, con **decreto** motivato, a sua volta ricorribile per Cassazione.

(B) Il procedimento di accertamento del passivo appena descritto si pone come *logicamente preliminare* (posto che ogni procedura volta alla soddisfazione di certi diritti non può che presupporre l'accertamento) alle altre fasi della procedura fallimentare: la liquidazione dell'attivo e la sua ripartizione. *Cronologicamente*, però, non è detto che vi sia una netta consecuzione fra le diverse fasi, essendovi anzi, normalmente, una qualche sovrapposizione. Innanzitutto, non è affatto escluso che il curatore, nei mesi che precedono l'udienza di verifica del passivo, possa cominciare a liquidare (cioè a convertire in denaro) l'attivo fallimentare. Né è escluso, poi, che mentre è ancora in corso la liquidazione dell'attivo, si cominci a ripartire quanto frattanto liquidato fra i creditori concorrenti. Lo stesso accertamento del passivo, anzi, potrebbe ancora proseguire quando già siano in corso i riparti dell'attivo. È questa, anzi, l'ipotesi che si verifica nel caso delle **domande tardive** (art. 101). Si tratta delle domande di ammissione al passivo proposte *dopo il termine di trenta giorni prima dell'udienza* di verifica del passivo, ma *non oltre il termine* di dodici mesi (o diciotto, se così si preveda nella sentenza dichiarativa di fallimento) *dopo il deposito del decreto* che dichiara esecutivo lo stato passivo (e sempre che frattanto non sia esaurita la ripartizione dell'attivo). Termine massimo, quest'ultimo, superato il quale si decadrebbe da ogni possi-

<sup>17</sup> Sul tema, v. già, prima della riforma, TARZIA, *L'impugnazione dei crediti ammessi*, Fall, 1990, 935.

<sup>18</sup> Dovuto cioè a falsa percezione materiale, e non ad un'erronea valutazione giuridica (Cass. 28-8-1999, n. 9069). Si comprende nella fattispecie, talora, anche la contrarietà ad un precedente giudicato (LANFRANCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 22).

bilità di insinuarsi al fallimento, salvo il caso che l'istante dimostri che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile (c.d. *domande supertardive*)<sup>19</sup>.

Le domande tardive verranno accertate secondo un procedimento avente le *stesse forme* di quello già sopra descritto, tanto nella sua fase necessaria quanto in quella eventuale. La differenza starà però in ciò, che la relativa udienza verrà fissata in un momento posteriore all'udienza di verifica stabilita nella sentenza dichiarativa di fallimento: una *ogni quattro mesi*<sup>20</sup> (in concomitanza con gli eventuali riparti parziali, dunque già cominciati), previa comunicazione del curatore agli istanti sia dell'udienza di verifica sia, al suo esito, del provvedimento di ammissione o di rigetto del giudice delegato: e ciò anche ai fini dell'eventuale fase dedicata alle impugnazioni (cui potranno partecipare anche i creditori concorrenti già ammessi).

La tardività della domanda incide però, normalmente, sul diritto al riparto del creditore tardivo: difatti egli *parteciperà solo alle ripartizioni posteriori* alla sua ammissione, fatta eccezione per il caso in cui il suo credito sia assistito da una causa di prelazione ovvero il ritardo sia dipeso da causa a lui non imputabile: in tal caso avrà diritto a prelevare le quote che gli sarebbero spettate nelle precedenti ripartizione (artt. 101, co. 3, e 112). L'avente diritto a beni in possesso del fallito, inoltre, potrebbe anche chiedere che venga frattanto sospesa la liquidazione del bene oggetto della sua domanda tardiva.

### 3. Le regole speciali per l'accertamento dei diritti sui beni di terzi.

Quanto alla pretesa (a prescindere se fatta valere tempestivamente o tardivamente) di chi vanti un diritto reale o personale, mobile o immobile, su **beni in possesso del fallito**, chiedendo la separazione di tali beni dal patrimonio fallimentare – la legge prevede regole particolari, in aggiunta a quelle esaminate in precedenza (art. 103)<sup>21</sup>. Si tratta, come già accennato, delle pretese di chi vanti un *diritto reale* (come la proprietà) o *personale* (come il diritto relativo alla restituzione del bene dato in deposito) su un bene che al momento dell'apertura del fallimento si trovi in possesso del fallito, proponendo allora nel fallimento domanda di *rivendicazione o restituzione* del bene.

Se si tratta di **beni mobili determinati**, il terzo dovrà provare, in caso di domanda di rivendicazione, la sua attuale proprietà ovvero, in caso di domanda di restituzione, l'esistenza (e l'efficacia) del titolo da cui deriva la propria pretesa (e ciò anche per testimoni, secondo il regime probatorio agevolato stabilito dall'art. 621 c.p.c. in materia di opposizione ad esecuzione mobiliare<sup>22</sup>). Se però la pretesa avesse ad oggetto beni mobili *fungibili non individuati*, o beni mobili di cui il fallito abbia *perduto il possesso* o comunque *non acquisiti all'attivo*, il terzo potrà far valere nel fallimento, anche modificando la domanda già pro-

<sup>19</sup> Decaduto, perché non sarebbe ritardo scusabile, sarebbe altresì l'Erario se entro tale termine non fosse riuscito a formare il ruolo relativo ad un credito tributario (Cass. 4-4-2012, n. 5254; Cass. 13-10-2011, n. 21189; Cass. 11-10-2011, n. 20910). V. STANUOVO-POLACCO, *Il ritardo non imputabile nell'insinuazione al passivo "supertardiva"*, *Fall*, 2010, 71 ss.

<sup>20</sup> Il termine è ordinatorio e spesso superato, nella prassi; sono per converso possibili udienze straordinarie, in caso di urgenza (art. 101).

<sup>21</sup> Per un panorama più ampio delle problematiche connesse, v. FERRARO, *Commento sub art. 103, Comm.* Nigro-Sandulli-Santoro, 1319 ss.; e per un profilo particolare, F.S. COSTANTINO, *Rivendica di somme di denaro inerenti a servizi di investimento nella legge fallimentare*, *Fall*, 2007, 1143 ss.

<sup>22</sup> O prededucibile, se il possesso sia stato acquisito all'attivo, ma poi perduto per fatto imputabile al curatore (Cass. 15-12-2011, n. 27092).

posta, soltanto la pretesa *al controvalore*: e quindi non più la separazione della cosa dall'attivo, ma solo un *credito concorsuale*<sup>23</sup>.

La medesima disciplina viene poi dichiarata applicabile anche alle domande aventi ad oggetto il rilascio di **beni immobili**. Tuttavia, il regime probatorio, in questo caso, non potrà essere quello dell'art. 621 c.p.c., ma soltanto quello dipendente dai principi che governano la circolazione dei diritti immobiliari: la trascrizione, tempestivamente effettuata (cioè opponibile al fallimento *ex art. 43*), dei relativi titoli (contratto, anche preliminare, sentenza, domanda giudiziale) a favore dell'avente diritto. Con la conseguente possibilità di far valere il diritto anche nei confronti dei terzi ai quali, in ipotesi, la curatela avesse alienato la proprietà del bene immobile: senza quindi che possa applicarsi in tal caso la conversione della domanda in una pretesa al controvalore.

L'opponibilità o meno al fallimento del titolo da cui derivi la pretesa del terzo varrà poi anche in caso di fallimento del **mandatario senza rappresentanza**, incaricato dell'acquisto di un bene, rispetto al *diritto del mandante ex art. 1706 c.c.*<sup>24</sup>: occorrerà quindi che il terzo supporti la propria domanda provando l'esistenza di una scrittura avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento ed eventualmente, in caso di immobili, la trascrizione (anch'essa anteriore) della domanda giudiziale di ritrasferimento.

### III. L'esercizio provvisorio dell'impresa e l'affitto d'azienda

**LETTERATURA:** ABETE, *Il novello "esercizio provvisorio": brevi notazioni*, *DFall*, 2006, 659 ss.; CAIAFA, *L'affitto d'azienda e i rapporti di lavoro*, *DFall*, 1993, I, 627 ss.; CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (profili funzionali)*, *GComm*, 1986, I, 234 ss.; CAVALLO BORGIA, *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, *GComm*, 1986, I, 737 ss.; FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011; FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, *GComm*, 2007, I, 756 ss.; LICONTI, *L'affitto dell'azienda del fallito, Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano Di Pepe, I, Padova, 2007, 388 ss.; RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973; RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1979; ROSSI A., *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, *GComm*, 2010, II, 1177 ss.; SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. "sociali"*, *DFall*, 2011, I, 127 ss.; TRISORIO LIUZZI, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, *F.It.*, 2006, V, 197 ss.

La procedura fallimentare opera come una procedura esecutiva collettiva sull'intero patrimonio del debitore: suo fine è pertanto la realizzazione dell'attivo e la destinazione del ricavato alla soddisfazione dei creditori concorrenti (pur secondo il rango e in proporzione alla pretesa fatta valere). Che questo sia l'obiettivo primario – non necessariamente l'unico, ma comunque prevalente su ogni altro<sup>25</sup> – emer-

<sup>23</sup> V. Cass. 16-5-1990, n. 4262.

<sup>24</sup> Possibilità che in dottrina è stata estesa anche ai beni in proprietà fiduciaria: JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, 340 ss.; FERRARA-BORGIOI, 575.

<sup>25</sup> Pur a dispetto di taluni divergenti passaggi della Relazione alla legge di riforma del 2006 (ove pure si menziona l'interesse alla "*utile conservazione dell'impresa ceduta*"): v., fra i molti, AMBROSINI, *Tr. Cottino*, 526.

ge ripetutamente dallo stesso testo della legge, e in particolare dalla disciplina contenuta nel suo capo VI, rubricato “*Dell’esercizio provvisorio e della liquidazione dell’attivo*” (artt. 104-109).

Di “*esercizio provvisorio*” si parla, ovviamente, con riferimento all’*impresa sottoposta a fallimento*; essendo poi prevista, nel medesimo Capo, anche la disciplina dell’*affitto dell’azienda*. Per comprendere perché sia prevista la possibilità di una prosecuzione (da parte degli organi fallimentari o di un terzo affittuario) di un’attività imprenditoriale che pure non ha dato buona prova, sfociando in fallimento; e perché, poi, l’eventualità di una tale prosecuzione sia dalla legge contemplata proprio unitamente alla liquidazione dell’attivo, la cui finalità parrebbe piuttosto orientare verso un’immediata interruzione di quell’attività; per comprendere, insomma, cos’abbia a che fare la previsione di una prosecuzione dell’attività con la sopra richiamata finalità liquidatoria del fallimento, occorre richiamare le considerazioni già svolte all’inizio di questa Sezione (§ 21.II.2) in merito al possibile residuo valore economico del complesso aziendale dell’impresa fallita. A questo riguardo, deve prendersi atto che, se lo scopo della procedura è pur sempre la “realizzazione dell’attivo” (art. 104-ter, co. 1), la migliore realizzazione dell’attivo può spesso conseguirsi non tanto disgregando l’azienda dell’impresa fallita e “svendendo” le sue parti, quanto piuttosto monetizzando il residuo valore intrinseco alla sua organizzazione ed al suo avviamento. Un valore che potrà misurarsi in base al reddito che l’azienda (magari riorganizzata e alleggerita dei suoi “rami secchi”) è ancora in grado di produrre, e che potrà realizzarsi attraverso una cessione unitaria dell’azienda stessa, o quantomeno delle sue parti che rispecchino quel valore (c.d. rami di azienda). Per far ciò, e nell’attesa di trovare un cessionario, può diventare opportuno mantenere l’azienda in esercizio, onde non disperderne il valore di mercato (per la sua “*utile conservazione*”, dice infatti la Relazione alla legge). Ecco allora che la prosecuzione dell’attività dell’impresa fallita può giustificarsi non tanto di per sé o per interessi extraconcorsuali, ma proprio perché *strumentale ad una più proficua liquidazione*<sup>26</sup>.

La possibilità di esercitare provvisoriamente l’impresa, o dare in affitto l’azienda di cui si avvale, sono infatti due delle principali opzioni che il curatore deve considerare – effettivamente prevedendole se repute convenienti – nel pianificare la realizzazione nell’attivo mediante il “*programma di liquidazione*” (art. 104-ter). Come tale programma si articoli, e quali ulteriori previsioni possa contenere, lo si vedrà nel prossimo paragrafo. Può dirsi sin d’ora, comunque, che l’esercizio provvisorio dell’impresa e l’affitto d’azienda possono svolgere una funzione tutt’altro che incompatibile con la finalità della procedura fallimentare; al punto, anzi, che è la legge stessa a prevedere che a quelle opzioni si possa accedere, ove appaia opportuno, ancor prima che il “programma di liquidazione” sia stato predisposto.

### 1. *L’esercizio provvisorio dell’impresa*

a) Così avviene, infatti, per l’esercizio provvisorio dell’impresa (art. 104, co. 1) che, anche limitatamente a specifici rami dell’azienda, potrebbe essere disposto *dallo*

<sup>26</sup> Cfr. SANDULLI, *op. cit.*, 605.

stesso **tribunale** con la *sentenza dichiarativa di fallimento*, qualora ritenga che dalla “*interruzione possa derivare un danno grave*”<sup>27</sup>.

Il “**danno**” è da intendersi riferito non tanto ai creditori in sé, quanto ad eventuali interessi concorrenti. L'interesse preminente dei primi viene infatti preso in espressa e separata considerazione come limite esterno, condizione ostativa alla prosecuzione dell'attività (“*purché*”, dice infatti la legge, la prosecuzione “*non arrechi pregiudizio ai creditori*”)<sup>28</sup>.

b) Salva questa prima ipotesi, invero eccezionale (non essendo l'istruttoria prefalimantare orientata ad una valutazione aziendalistica dell'utilità di una prosecuzione dell'impresa)<sup>29</sup>, è però al **curatore** che spetta di valutare l'opportunità della prosecuzione, sottoponendola al *parere del comitato dei creditori*. Se tale parere<sup>30</sup>, espresso nell'interesse esclusivo dei creditori, sarà favorevole, il *giudice delegato*, su proposta del curatore, potrà autorizzare la prosecuzione dell'impresa, anche limitatamente a singoli rami aziendali. La prosecuzione sarà però in ogni caso “*temporanea*”, dovendosi prevedere una durata che tenga conto di quello che resta pur sempre il fine ultimo della procedura, e cioè la realizzazione del valore dell'impresa.

La prosecuzione dell'attività imprenditoriale comporta l'attribuzione al curatore – che già ha, in generale, il potere di amministrare il patrimonio del fallito – del **potere di gestirne anche la parte strumentale a quell'attività**, secondo criteri che comportano *scelte imprenditoriali*: e quindi, inevitabilmente, anche di rischio, sia pure nella prospettiva prevalente della conservazione dell'avviamento aziendale, anziché della massimizzazione degli utili.

Essendo pertanto la gestione dell'impresa riferibile a scelte della curatela<sup>31</sup>, ogni **nuova obbligazione** che ne derivi costituirà un *debito della massa*, come tale da pagarsi in prededuzione (art. 104, co. 8). Il che peraltro, come già ricordato in via generale, varrà anche per i debiti derivanti dai contratti pendenti che proseguano<sup>32</sup>.

Funzionale alla prosecuzione dell'impresa è infatti la regola – alternativa a quella prevista in via generale dall'art. 72 – della **prosecuzione automatica di tutti i contratti pendenti**, salva sempre la possibilità per il curatore di valutare in un secondo momento se sciogliersene o comunque sospenderne l'esecuzione<sup>33</sup>. Cessato l'esercizio

<sup>27</sup> Cfr. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio anticipato dell'impresa fallenda e amministrazione giudiziaria della società*, NDSoc, 2010, 26 ss.

<sup>28</sup> V. in materia, MANDRIOLI, sub art. 104, *Comm.* Nigro-Sandulli-Santoro, 1340 ss.

<sup>29</sup> FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, *Comm.* Jorio-Fabiani, 447 ss.

<sup>30</sup> Sempre che il comitato sia già stato costituito e che renda il parere, valendo altrimenti quanto disposto dall'art. 41, co. 4. Il parere positivo potrebbe peraltro essere condizionato dal comitato a talune modifiche rispetto alla proposta del curatore (secondo il principio posto dall'art. 104, co. 2: LICONTI, 397).

<sup>31</sup> Che, salvo diversa disposizione del decreto del giudice delegato, si ritiene non necessitino di specifica autorizzazione, anche se tratti di atti di “straordinaria” amministrazione: ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 234; FONTANA-GHEDINI, *Comm.* Ferro, 762.

<sup>32</sup> V. in proposito, per un'accurata considerazione dei debiti precedenti e successivi al fallimento, Cass. 19-3-2012, n. 4303.

<sup>33</sup> Con particolare riferimento al delicato versante dei contratti di lavoro, v. CAIAFA, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, *DFall*, 2008, I, 827 ss.

provvisorio dell'impresa, invece, ai contratti ancora in corso tornerà ad applicarsi la regola generale (sospensione, salva scelta del curatore di proseguirli o sciogliersene).

Dall'insieme delle regole che disciplinano la prosecuzione dell'impresa (v. in particolare l'art. 104, co. 4, 5 e 6) risulta abbastanza evidente come essa sia vista come una soluzione da adottarsi con particolare prudenza. La *cessazione prima della durata prevista*, infatti, potrà essere ordinata sia dal giudice delegato, ogniqualvolta il comitato dei creditori – informato dal curatore sull'andamento della gestione ogni tre mesi e poi con un rendiconto semestrale, ma all'occorrenza anche “senza indugio” – ne ravvisi l'opportunità; sia poi dallo stesso tribunale, quando ne ravvisi l'opportunità, anche a prescindere dal parere favorevole del comitato dei creditori (che solo dovranno essere “sentiti”, insieme al curatore). In altri termini, l'elevata rischiosità di una gestione imprenditoriale capace di consumare, anziché conservare, il valore del patrimonio del fallito, rende quella gestione non solo necessariamente temporanea (e nella pratica rara) ma per di più, pur in quei ristretti limiti, altamente precaria.

## 2. L'affitto dell'azienda

Diversamente è a dirsi invece per l'affitto dell'azienda o di suoi rami (art. 104-bis). In questo caso (che riguarda la **stipulazione del contratto di affitto dopo l'apertura del fallimento** e che quindi si distingue dall'ipotesi prevista dall'art. 79), non solo gli organi concorsuali sono sollevati dall'onere di gestire direttamente l'impresa, ma la legge stessa appronta le regole volte a far sì che la massa passiva non si aggravi delle nuove obbligazioni sorte per la prosecuzione dell'attività. Anzi, al vantaggio della conservazione dell'avviamento per mezzo della gestione dell'affittuario (sempre che questi rispetti il relativo obbligo) si aggiunge quello di accrescere la massa, incassando, in attesa della cessione dell'azienda, i canoni del suo affitto. Non v'è dubbio infatti (prescrivendolo la legge stessa: art. 104, co. 1) che all'affitto dell'azienda possa procedersi soltanto quando ciò “*appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda*”.

Come per l'esercizio provvisorio, l'affitto dovrà essere *autorizzato dal giudice delegato*, anche prima della presentazione del programma di liquidazione, e sempre su *proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori*.

Che una tale scelta sia strumentale al miglior realizzo del valore dell'azienda, è confermato dai **vincoli di contenuto** che la legge impone all'**autonomia contrattuale del curatore**<sup>34</sup>. Innanzitutto, la *durata* del contratto dovrà essere compatibile con le esigenze della liquidazione. Inoltre, occorrerà comunque prevedere una clausola che attribuisca al curatore la *facoltà di recesso anticipato*, pur corrispondendo un giusto indennizzo all'affittuario. Per neutralizzare il rischio che l'affittuario contravvenga ai suoi obblighi di conservazione dell'avviamento (cfr. art. 2562, in relazione all'art. 2561 c.c.), nonché a tutela di interessi anche extraconcorsuali, benché sempre subalterni a quelli dei creditori, viene poi prescritto che la *scelta dell'affittuario* (comunque da effettuarsi sulla base di una stima e di procedure che garantiscano la massima informazione e pubblicità) non tenga soltanto conto dei canoni pattuiti, come avverrebbe in un normale contesto di mercato. Dovranno essere pre-

<sup>34</sup> Cfr. PACIELLO, sub art. 104-bis. *Affitto dell'azienda o di rami d'azienda*, *Comm.* Cavallini, 935 ss., 942.

se in considerazione, invece, anche le “*garanzie prestate e l’attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*”; potendo il curatore, a tal fine, anche procedere ad ispezionare l’azienda.

Inoltre – come accennato sopra – nel momento della *retrocessione dell’azienda* (o del suo ramo) affittata, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 (per le obbligazioni verso i dipendenti<sup>35</sup>) *i debiti maturati durante l’affitto continueranno a gravare sul solo affittuario*, senza cioè essere accollati dalla procedura. Analogamente, per i contratti pendenti (soggetti in principio alla regola generale di cui all’art. 2558 c.c.) al momento della retrocessione, resta salva la facoltà del curatore di avvalersi del regime previsto dagli artt. 72 ss.

Un’alternativa alla retrocessione – utile alla curatela sia per facilitare la realizzazione del valore di scambio dell’azienda, sia, ancor prima, per incentivare i potenziali interessati al suo affitto – può poi esser data dalla **cessione definitiva dell’azienda allo stesso affittuario**, al quale già nel contratto di affitto sia stato concesso, su autorizzazione del giudice delegato, un *diritto di prelazione*. Diritto da esercitarsi, ovviamente, al prezzo che sia emerso, nelle trattative con terzi, all’esito della procedura di vendita dell’azienda (su cui v. *infra*, IV).

#### IV. La liquidazione dell’attivo

**LETTERATURA:** BRIGUGLIO-GUERRERA, *La cessione “autonoma” delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, *DFall*, 2008, I, 499 ss.; CASTAGNOLA, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, *GComm*, 2008, I, 372 ss.; C. FERRI, *Liquidazione fallimentare, approvazione del programma e poteri del giudice delegato*, *RDPProc*, 2007, 399 ss.; FERRO, *La liquidazione dell’attivo: fase preliminare di osservazione dell’impresa in esercizio*, *DFall*, 2006, I, 805 ss.; FONTANA, *Comm. Ferro*, 790 ss.; GUGLIELMUCCI, *Liquidazione dell’attivo fallimentare che preveda il conferimento dell’azienda in una “new co” e la successiva vendita dell’intero pacchetto azionario*, *ContrImp*, 2008, 551 ss.; MATTEI, *L’esercizio provvisorio e la liquidazione dell’attivo. La riforma della legge fallimentare*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 219 ss.; MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e di ripartizione dell’attivo fallimentare*, 37 ss.; PANZANI, *Il programma di liquidazione*, *Fall*, 2005, 1065 ss.; PERRINO, *Programma di liquidazione e tecniche di cessione in blocco*, *DFall*, 2006, I, 1087 ss.; RAGUSA MAGGIORE, voce *Fallimento (Liquidazione e ripartizione dell’attivo)*, *EncGiur*, Roma, 1989; G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, *Fall*, 2008, 861 ss.; TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, *DFall*, 2003, I, 1661 ss.; VATTERMOLI, *Le cessioni “aggregate” nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001; VATTERMOLI, *La “cessione delle revocatorie”*, *GComm*, 2009, I, 448 ss.

##### 1. Il programma di liquidazione

L’“attivo” alla cui liquidazione è rivolta la procedura fallimentare consiste, oltre che nei *beni* rinvenuti nel patrimonio del debitore all’apertura del fallimento, anche negli *altri diritti* derivanti da rapporti giuridici facenti capo al fallito<sup>36</sup>, nonché nelle

<sup>35</sup> La deroga riguarda comunque i debiti maturati, non la continuazione del rapporto, non essendovi al riguardo deroga all’art. 2112 che dispone la prosecuzione in capo al (*retro*)cessionario.

<sup>36</sup> Ivi compresi, a differenza delle procedure esecutive individuali, i diritti potestativi e le pretese contrattuali inerenti a contratti ancora ineseguiti.

*pretese* estranee al patrimonio del debitore prima dell'apertura del fallimento, ma *spettanti*, proprio per effetto di quest'ultimo, *alla curatela*<sup>37</sup>: tipicamente, quelle derivanti dall'esercizio vittorioso dell'azione revocatoria fallimentare o dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita, promossa dal curatore *ex artt.* 2394 e 2394-*bis* c.c.

La natura composita di un tale compendio di situazioni giuridiche attive, e l'obiettivo di massimizzarne la monetizzazione, risultano in effetti dalla previsione (art. 104-*ter*) dell'obbligo del curatore di predisporre un articolato **programma di liquidazione** che, proprio rispetto a tali profili, funge da "*atto di pianificazione e di indirizzo intorno alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo*". Si impone per tal via al curatore di non compiere la sua missione in modo improvvisato, bensì secondo un piano razionale, o quantomeno preordinato nella sua globalità; così evitando, come dice la Relazione alla legge del 2006, "*i rischi di irrazionali disgregazioni liquidatorie*".

Innanzitutto, come ricordato nel precedente paragrafo, dovranno essere considerate, ed eventualmente scelte, le opzioni – non liquidatorie esse stesse, ma strumentali ad una migliore liquidazione – dell'*esercizio provvisorio dell'impresa o dell'affitto dell'azienda* o di suoi rami. Sempre in via preliminare, posto che si tratterebbe di un percorso alternativo alle ordinarie regole di liquidazione, occorrerà rendere conto, nel programma, delle *eventuali proposte di concordato* e del loro contenuto.

Il programma volto alla realizzazione dell'attivo non potrà poi non tener conto, come si diceva poc'anzi, anche delle possibilità di incrementare la massa attiva mediante l'esercizio di pretese come le *azioni revocatorie, recuperatorie o risarcitorie* (art. 104-*ter*, co. 2, lett c). È peraltro probabile che dell'opportunità di proposte di concordato o della possibilità di azioni revocatorie si acquisirà consapevolezza solo dopo la redazione del programma<sup>38</sup>: il che ovviamente non ne impedirà l'esperibilità, modificando il programma già adottato.

Solo in ultimo, se non altro secondo ordine logico delle scelte che il curatore dovrà compiere<sup>39</sup>, occorrerà che il programma dia conto del percorso che si seguirà – eventualmente anche delegando (*ex art.* 32, co. 1) talune incombenze ad altri professionisti – per la liquidazione vera e propria: se *cedere unitariamente* l'azienda o suoi rami, o comunque beni o rapporti giuridici in blocco; ovvero, *frammentariamente, i singoli cespiti*. La prima soluzione, comunque, dovrebbe essere preferita quando possibile.

Logicamente coordinata a tale scelta, anche se non espressamente menzionata dalla legge, è poi quella che spetta al curatore *ex artt.* 72 ss. in merito alla sorte dei contratti pendenti, ciò di cui pertanto dovrebbe anche darsi conto nel programma.

Neppure è esclusa, infine, la "**derelizione**" di beni la cui liquidazione apparirebbe non conveniente (art. 104-*ter*, co. 7). In tal caso si riapre per tutti i creditori del fallito la possibilità di azioni esecutive o cautelari individuali, fermo restando ovviamente che l'eventuale ricavato dovrà scomputarsi dal credito fatto valere in via concorsuale. Se fossero "derelitti" – come sembra potersi ritenere<sup>40</sup> – crediti di difficile realizzo, resterebbe poi aperta per i creditori la possibilità di avvalersene in via surrogatoria.

Fermo restando che, ove opportuno, anche prima dell'approvazione del programma di

<sup>37</sup> Per questa concezione lata di "liquidazione dell'attivo", v. già PROVINCIALI, *Trattato*, cit., III, 1575.

<sup>38</sup> D'ATTORRE-SANDULLI, sub *art.* 104-*ter*, *Comm.* Nigro Sandulli, 622.

<sup>39</sup> PAJARDI-PALUCHOWSKY.

<sup>40</sup> GUGLIELMUCCI.



liquidazione potrà disporsi, con l'autorizzazione del giudice delegato, l'esercizio provvisorio dell'impresa o l'affitto d'azienda o la stessa liquidazione di beni, il programma dovrà comunque essere predisposto in tempi che la legge prevede piuttosto rapidi: *sessanta giorni dalla redazione dell'inventario*. Un termine nel quale il curatore potrebbe ancora non aver raggiunto un quadro chiaro sull'ammontare dei debiti concorsuali (alla cui soddisfazione la liquidazione dovrebbe essere condizionata e comunque proporzionata) o su quali azioni potrebbero essere intraprese per incrementare la massa attiva. In questa prospettiva, allora, non è escluso che il curatore stesso possa, in progresso di tempo, **modificare il programma di liquidazione**, così come pure viene previsto che sia lo stesso comitato dei creditori, chiamato ad approvare il piano, a proporre eventuali sue modifiche (art. 104-ter, co. 4 e 5).

L'**approvazione del piano** – e con ciò la sua valutazione nel merito – è riservata al comitato dei creditori<sup>41</sup>, mentre al giudice delegato spetterà, oltre che un controllo di legittimità formale del programma<sup>42</sup>, l'autorizzazione dell'esecuzione degli atti ad esso conformi<sup>43</sup>: col che il curatore sarà dispensato dall'obbligo di comunicazione altrimenti previsto dall'art. 35, co. 3.

## 2. La cessione dei beni

La legge è chiara nell'indicare come soluzione preferibile, perché verosimilmente più proficua, quella delle **cessioni "aggregate"**: *“la liquidazione dei singoli beni ... è consentita quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale o di suoi rami, o di beni o rapporti giuridici in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori”* (art. 105).

Il contratto di **cessione d'azienda** (che come tale persiste, quand'anche vi fosse stata un'interruzione dell'attività d'impresa, purché resti il vincolo organizzativo che ne mantenga la capacità produttiva) o di **suoi rami** è tendenzialmente sottoposto alla disciplina generale dell'art. 2556<sup>44</sup>. Ciò anche con riferimento ai **contratti** dai quali il curatore non si sia già sciolto (che quindi proseguiranno secondo la disciplina dell'art. 2558) e ai **crediti** inerenti (l'art. 105, co. 6, riproduce testualmente l'art. 2559), rispetto ai quali peraltro il cessionario continuerà a beneficiare dei privilegi e delle garanzie già concessi al cedente. Diversa però è, in principio, la sorte dei **debiti** rispetto alla disciplina generale posta dall'art. 2560, proprio per la particolare funzione perseguita nell'ambito della procedura fallimentare: liquidare l'attivo destinando il ricavato ai creditori concorsuali. Poiché infatti, solitamente, i debiti inerenti all'azien-

<sup>41</sup> V. C. FERRI, *Liquidazione*, cit., 399 ss.; per l'eventualità di un'approvazione parziale v. ESPOSITO, *Riflessioni in tema di "approvazione" parziale del programma di liquidazione*, *Fall*, 2010, 362 ss.

<sup>42</sup> Ma forse anche di merito, almeno quando il comitato dei creditori non sia in condizione di esprimersi: BOZZA, *L'approvazione del piano di liquidazione e l'autorizzazione degli atti ad esso conformi*, *Fall*, 2008, 1057 ss., 1059.

<sup>43</sup> Si distingue al riguardo fra un controllo di "denotazione" (verificando se l'atto sia previsto nel programma di liquidazione) e di "connotazione" (circa i caratteri del singolo atto liquidatorio): v. BOZZA, *op. loc. ult. cit.*; anche C. FERRI, *Liquidazione*, cit., 412.

<sup>44</sup> V. F. MARTORANO, *Prime riflessioni sulla vendita dell'azienda nel fallimento alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, *RDImp*, 2008, 137 ss.; FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, *ContrImp*, 2007, 530.

da dell'impresa fallita eccedono il suo valore, nessuno si indurrebbe ad acquistarla se dovesse sottostare alla regola dell'accollo prevista dall'art. 2560<sup>45</sup>. Sicché il meccanismo legale vuole che dei debiti inerenti all'azienda (o al singolo ramo, peraltro con maggiori difficoltà di definizione della "inerenza") *non dovrà farsi carico*, salvo diverso accordo, *il cessionario*, ma sempre e soltanto la procedura (analogamente a quanto si è visto nel precedente paragrafo in tema di affitto d'azienda). La procedura, per contro, realizzerà il frutto di una tale liquidazione in blocco incamerando il prezzo della cessione, pur se verosimilmente inferiore ai debiti aziendali, per destinarlo infine alla soddisfazione (ancorché, come di consueto, parziale) dei creditori concorrenti.

In alternativa alla cessione dell'intera azienda, ma sempre nell'ambito delle "cessioni aggregate" (e quindi sempre preferibilmente alla vendita di singoli beni), sarà poi possibile la **cessione delle attività e delle passività dell'azienda o di suoi rami, o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco** (art. 105, co. 5). In tale ipotesi<sup>46</sup> si tratta di compendi patrimoniali individuabili in relazione alla pertinenza al complesso aziendale (magari oramai disgregato; si pensi al complesso di crediti e debiti relativi ad un dato settore in cui l'impresa era operativa, e che un acquirente potrebbe essere interessato ad acquisire in blocco, confidando di recuperare dai crediti un importo superiore ai debiti che assume) ovvero ad altro fattore unificante (si pensi ad un bene immobile e ai contratti di locazione ad esso relativi; ovvero ai rapporti inerenti ad una sola controparte; o ad una certa operazione economica in corso), privi però di quella unitaria destinazione funzionale che li renda autonome articolazioni produttive (qual è invece l'azienda o un suo ramo). Ma, nella prospettiva del più immediato e proficuo realizzo, non v'è dubbio che anche tali cessioni in blocco, come quella dell'azienda, promettano un'utilità superiore alla cessione dei singoli beni. La particolarità di tale tipo di cessione è costituita dal fatto che il corrispettivo dell'attivo ceduto viene ad essere costituito, per il cessionario, dalle passività che si accollerà (liberandosene invece il fallimento cedente).

Cedibili – anche per accelerare i prevedibili tempi di realizzo<sup>47</sup> – sono poi anche **singoli crediti** (art. 106), ivi compresi quelli di natura fiscale (crediti d'imposta) o futuri<sup>48</sup>, o quelli contestati<sup>49</sup>.

Sempre nella prospettiva della realizzazione del valore delle "pretese" spettanti alla curatela, significativa è poi la previsione della **cedibilità delle azioni revocatorie concorsuali** (art. 106). Ciò significa che se il curatore (che ne ha l'esclusiva legittimazione) avesse già intentato una o più azioni revocatorie, potrebbe cedere la relativa

<sup>45</sup> Sulla funzione di incentivo di una tale previsione, v. BONFATTI-CENSONI, rilevando peraltro come l'assunzione dei debiti potrebbe avere per il cessionario il ruolo di mantenere il pregresso rapporto commerciale con la controparte. In materia v. pure C. AMATUCCI, *Trasferimento del ramo d'azienda, sorte del debito risarcitorio (per illecito da revisione contabile) e tutela sostanziale dei creditori*, *GComm*, 2006 II, 143 ss.

<sup>46</sup> In alternativa, la loro realizzazione potrebbe conseguirsi mediante un mandato (a terzi specializzati) alla loro riscossione (come già previsto per la liquidazione coatta amministrativa delle banche *ex art.* 90, co. 2, TUB: v. al riguardo VATTERMOLI, *Le cessioni "aggregate"*, cit.).

<sup>47</sup> Fra gli altri, v. AA.VV., *Manuale breve*.

<sup>48</sup> Sempre che poi vengano ad esistenza (Cass. 22-4-2003, n. 6422; Cass. 3-12-2002, n. 17162).

<sup>49</sup> Ma in tal caso la titolarità del credito, ed il rischio di un insoluto a fronte peraltro di un corrispettivo pagato al mandatario, resteranno in capo alla procedura (cfr. Cass. 16-7-2004, n. 13165; Cass. 12-12-2003, n. 19054).

pretesa, oramai dedotta all'interno di un procedimento giudiziale già avviato, ad un terzo che gli subentri<sup>50</sup>. In tal modo la curatela otterrà un pronto e certo realizzo della propria pretesa, senza dover condizionare i tempi della procedura a quelli del procedimento giudiziale nel quale quella pretesa è fatta valere. Mentre il terzo (che talora potrà essere una società specializzata in tali operazioni), pagando un prezzo verosimilmente scontato (in proporzione al rischio stimato di soccombenza) rispetto al valore di quanto si spera di ottenere dal successo dell'azione, potrà far proprio un risultato maggiore (il valore di quanto revocato<sup>51</sup>), che gli sarebbe stato altrimenti impossibile perseguire, per non averne la legittimazione originaria.

Infine, la liquidazione dell'azienda o di suoi rami, con i rapporti in corso, o anche di singoli beni o crediti, è resa anche possibile, indirettamente, *conferendo tali cespiti in una o più società di nuova costituzione* (c.d. *newco*<sup>52</sup>). Per tal via l'obiettivo finale della monetizzazione dei cespiti conferiti potrà ritenersi, se non ancora raggiunto, quantomeno facilitato dalla possibilità, a questo punto, di poter negoziare le singole partecipazioni nelle società conferitarie, che consentiranno così di parcellizzare e mobilizzare il valore dei cespiti conferiti.

In ultimo, all'art. 107, la legge detta le **modalità delle vendite e degli altri atti di liquidazione**: si tratta delle procedure che regolano – a prescindere che l'oggetto sia l'azienda, o un complesso di beni o rapporti in blocco, ovvero un singolo cespite – l'*individuazione dell'acquirente* e la *determinazione del prezzo*.

Al riguardo, la disciplina concede ampia libertà al curatore, che potrà avvalersi, oltre che delle procedure del codice di rito per i beni immobili o mobili registrati, anche di procedure private, secondo *forme libere* (normalmente, un contratto di compravendita)<sup>53</sup>; il che peraltro non toglie che tali vendite debbano intendersi “forzate” (*ex artt. 2919 ss. c.c.*) trattandosi pur sempre di una liquidazione subita dal fallito nell'interesse dei creditori, nell'ambito di una procedura esecutiva universale<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Sulla qualificazione di una tale successione processuale, v. BRIGUGLIO-GUERRERA, cit., 503 ss. (muovendo dal precedente affrontato da Cass. 28-2-2007, n. 4766).

<sup>51</sup> Incerto resta peraltro se il terzo acquisti il bene revocato (c.d. effetto traslativo della revocatoria: Cass. 26-4-2003, n. 6587; DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, Milano, 1980, 37 ss.) ovvero il diritto all'esecuzione forzata spettante ai creditori, e quindi a liquidarlo coattivamente come si sarebbe fatto nella procedura (Cass. 21-6-2000, 8419, con la conseguenza allora che se il bene oggetto dell'atto revocando fosse stato alienato nelle more del giudizio, potrebbe chiedersi al convenuto solamente il pagamento dell'equivalente monetario corrispondente al minor valore del bene alienato (Cass. 11-9-1997, n. 8962, con la conseguenza che l'assuntore non può pretendere l'iscrizione nel libro dei soci per quote di s.r.l. frattanto cedute ad un terzo nelle more del giudizio; SANDULLI, 636).

<sup>52</sup> Cfr. C. FERRI, *Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni e crediti*, Fall, 2009, all. al n. 1, 59 ss.; GUGLIELMUCCI, *Liquidazione dell'attivo*, cit., 551; MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, co. 8, l.fall.*, Fall, 2008, 1371 ss.

<sup>53</sup> Non occorrerà in particolare osservare le forme e i termini previsti dal codice di rito (Cass. 19-10-2011, n. 21645). Più in generale, v. CASTAGNOLA, *La natura delle vendite forzate dopo la riforma delle procedure concorsuali*, GComm, 2008, I, 372 ss.; LICCARDO-FEDERICO, *Comm. Jorio-Fabiani*, cit., 1789 ss.

<sup>54</sup> Nel previgente sistema, v. BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo e il riparto*, in RAGUSA MAGGIORE-COSTA, 459; ss.; ora CASTAGNOLA, *La natura*, cit., 375; PANZANI, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, Tr. Fauceglia-Panzani, 1225; ZANICHELLI, *op. cit.*, 258; M. PERRINO, *Programma di liquidazione*, cit., 1099.

Necessario sarà però che si rispettino talune *condizioni* che dovrebbero favorire il miglior risultato possibile: e cioè che le procedure siano “*competitive*”, e quindi *aperte* al massimo numero dei potenziali partecipanti, anche attraverso adeguate forme di pubblicità che assicurino la massima informazione (sia sulla procedura in sé, che sull’oggetto dell’offerta)<sup>55</sup>. Sarebbe quindi da escludersi, nonostante l’ampia discrezionalità concessa al curatore, la legittimità di una vendita effettuata a trattativa privata fra il curatore ed un terzo senza che vi sia stata la possibilità per altri soggetti di partecipare con le loro offerte alla liquidazione<sup>56</sup>.

Tali procedure dovranno inoltre muovere dalla consapevolezza del valore di mercato dell’oggetto dell’offerta, e quindi svolgersi sulla base di *stime* (sempre che il bene non sia di scarso valore).

La modalità di vendita appena ricordata non saranno però necessarie in alcune ipotesi.

Una, generale, riguarda tutti gli atti di alienazione che il curatore compia nell’*esercizio dell’impresa* che eventualmente prosegue. Ad esempio, la normale vendita alla clientela dei prodotti dell’impresa. Svincolata da procedure competitive sarà altresì l’*esecuzione di un preliminare* precedente all’apertura della procedura ed al quale occorra, o si sia deciso, di dar corso. Inoltre, qualora prima del fallimento fossero già stata avviate da singoli creditori *procedure esecutive* su taluni beni o complessi di beni del fallito, il curatore potrebbe limitarsi a subentrarvi<sup>57</sup>: acquisendo dunque alla curatela (e quindi a beneficio di tutti i creditori) il valore del bene secondo le forme del processo esecutivo già pendente, anziché secondo le normali modalità di vendita delineate dall’art. 107.

## V. La ripartizione dell’attivo: l’ordine di distribuzione

**LETTERATURA:** BOZZA-SCHIAVON, *L’accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992; BRUSCHETTA, *La nuova disciplina dei crediti prededucibili, Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2006, 221 ss.; GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998; MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell’attivo fallimentare*, Padova, 1995; RAGUSA MAGGIORE, voce *Fallimento. (Liquidazione e ripartizione dell’attivo)*, *EncGiur*; TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, *RDProc*, 2005, 1 ss.; TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009; VATTERMOLI, *Creditori subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012.

La soddisfazione dei creditori concorsuali, sia pure non integrale, diviene effettiva con la ripartizione fra di essi del denaro ottenuto all’esito delle attività di liquidazione. Nonostante una tale fase potrebbe a prima vista apparire la più semplice, consistendo in definitiva nella mera distribuzione di denaro, essa si complica in ragione di due diversi ordini di problemi.

Il primo, detto in prima approssimazione, ha a che vedere con la molteplicità dei criteri legali in ragione dei quali i crediti possono presentarsi con diversa “forza”. Ciò

<sup>55</sup> V. BONGIORNO, *La liquidazione dell’attivo nel fallimento e le c.d. “procedure competitive”*, *DFall*, 2012, I, 135 ss.

<sup>56</sup> Così, testualmente, Cass. 20-12-2011, n. 27667.

<sup>57</sup> In materia, Cass. 8-5-2009, n. 10599.

impedisce di considerarli tutti sullo stesso piano, e non consente allora di limitarsi ad una distribuzione del denaro ricavato dalla liquidazione semplicemente in proporzione all'ammontare dei crediti accertati, dovendosi invece tener conto del loro "ordine", o "rango". Si tratta insomma, come già premesso in via generale, della "tensione" che si crea fra il (prevalente) principio di *preferenza* e quello (che in principio dovrebbe essere generale) di *proporzionalità*.

L'altro ordine di problemi deriva invece dalla considerazione che la ripartizione sarà tanto più utile (considerato anche che ai crediti concorsuali non vengono tendenzialmente riconosciuti interessi) quanto più tempestiva. Il che ha condotto il legislatore a prevedere che essa cominci, mediante *riparti parziali*, senza attendere il completamento delle attività di accertamento del passivo e di liquidazione dell'attivo; bensì mano a mano che da tale liquidazione si ricavano somme distribuibili. Questa scelta anticipatoria costringe però a muoversi in uno stato di relativa *incertezza*: quella riguardante l'ammontare complessivo del ricavato finale della liquidazione (cioè del valore effettivo della *massa attiva*); e quella riguardante l'ammontare complessivo delle pretese (fatte valere nel concorso, ma da accertarsi poi nella loro fondatezza) che dovranno effettivamente essere soddisfatte (cioè dell'ammontare effettivo della *massa passiva*). Di una tale incertezza, allora, occorrerà tenere conto nel dosare i riparti parziali.

Il primo dei due ordini di problemi segnalati (il solo trattato in questo paragrafo) è quello a cui si riferisce l'art. 111 nel regolare l'"ordine di distribuzione delle somme", prevedendo diversi livelli di preferenza nella partecipazione al riparto. Alla luce di una tale previsione, il principio generale della "*par condicio creditorum*" rivela tutta la sua "relatività", poiché in definitiva destinato ad operare *solo all'interno dei crediti aventi il medesimo rango*; senza però escludere, che, a monte, possa invece operare un ordine secondo il quale talune categorie di crediti verranno preferite ad altre. Varrà una gerarchia, allora, in virtù della quale *ai creditori di un rango più basso non potrà venire ripartito alcunché fino a quando non trovino integrale soddisfazione quelli di rango più elevato*. L'art. 111, per l'esattezza, prevede che le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo vengano erogate nel seguente ordine:

- i) per il pagamento dei *crediti prededucibili*;
- ii) per il pagamento dei *crediti ammessi con prelazione* sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge (ma si vedrà a breve come talora questi crediti, se fondati su pegno o ipoteca, possano essere preferiti anche a quelli prededucibili);
- iii) per il pagamento dei *creditori chirografari*, in proporzione dell'ammontare del credito per cui siano stati ammessi (ed insieme a questi potranno concorrere anche i creditori indicati al n. 2, se non ancora soddisfatti dalla garanzia, ovvero per la parte per cui questa non basti a soddisfarli);
- iv) fra i chirografari (almeno formalmente e in assenza di una specifica previsione di legge sul punto) dovranno ritenersi compresi anche i *crediti postergati o subordinati*, i quali però, proprio in quanto tali, si situano, a ben vedere, ad un livello ancora inferiore a quello degli altri chirografari.

i) I **crediti prededucibili**, secondo l'art. 111, sono quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge ovvero, più in generale, quelli sorti in occasione o in

funzione della procedura concorsuale. Vi rientrano innanzitutto quelli necessari affinché la stessa procedura possa svolgersi (*spese per la procedura*), ivi compresi i compensi spettanti a chi (come il curatore in primo luogo) abbia prestato la propria opera all'interno della procedura stessa, ovvero le spese sostenute dal creditore istante per ottenerne l'apertura; nonché quelli relativi ai c.d. *debiti della massa*: quelli cioè non assunti dal fallito e precedenti al fallimento<sup>58</sup> ma contratti dal curatore (ad esempio per la continuazione dei contratti pendenti o per l'esercizio provvisorio dell'impresa)<sup>59</sup>. Vi rientrano inoltre, nel caso di consecuzione di procedure (quando cioè il fallimento sia stato preceduto da altra procedura, ad es. un concordato preventivo<sup>60</sup>) quelli sorti *in occasione o in funzione di altra procedura concorsuale* (ad es., il compenso ai professionisti incaricati di redigere la domanda di ammissione al concordato). Ciò, evidentemente, al fine di favorire l'apertura prima e l'esecuzione poi di quest'ultima, promettendo "protezione" (in parallelo con l'esenzione da revocatoria *ex art. 67, co. 3, lett. e*) ai crediti sorti in tale fase per il caso in cui, malauguratamente, quella procedura non avesse poi successo e sfociasse in un fallimento.

L'art. 182-*quater* (in parte sovrapponendosi a quest'ultima fattispecie) considera altresì prededucibili i crediti derivanti da *finanziamenti erogati in esecuzione* (ma anche *in funzione della presentazione*, e perciò anche, ad esempio, per un finanziamento – ponte, necessario a sostenere le spese per poter arrivare a predisporre la domanda di accesso alla procedura) *di un concordato preventivo* oppure *di un accordo di ristrutturazione* (che a rigore non sarebbe "procedura concorsuale"); ivi compresi – sia pure a certe condizioni e ed in certa misura – gli stessi finanziamenti concessi da soci alle condizioni previste dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., che invece li vorrebbero "postergati": e dunque (sia pure nella misura dell'80%) in deroga a tali ultime disposizioni.

Sono tutti questi, pertanto, crediti (prededucibili) che hanno modo di profilarsi soltanto nell'ipotesi di una c.d. "*consecuzione di procedure*": quando, in particolare, il tentativo di trovare una soluzione negoziata alla crisi di impresa, e in funzione del quale è stato concesso credito all'impresa, non ha avuto successo; sicché – per non scoraggiare oltremodo chi è stato sollecitato a concedere quel credito – la legge promette, in caso di insuccesso, che quello stesso credito, se non ancora rimborsato, nella conseguente procedura di fallimento verrà pagato in prededuzione. Protezione, questa, che poi si appaia con quella (concessa in via alternativa ma necessariamente parallela, per rendere completa su ogni versante la tutela offerta) dell'esenzione da un'eventuale azione revocatoria di quegli stessi crediti, in relazione alla diversa ipotesi in cui essi, invece, fossero già stati rimborsati prima dell'apertura del fallimento<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Salvo isolate eccezioni: ad esempio quella prevista dagli artt. 74 o 82 (per la prededucibilità dei crediti sorti anche prima del fallimento se derivanti da contratti di durata v. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*); per converso, sarà concorsuale il credito del terzo revocato *ex art. 71* (Cass. 19-3-2009, n. 6709).

<sup>59</sup> Restano comunque, in principio, debiti del fallito (non avendo soggettività la massa o gli organi concorsuali: cfr. CENSONI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e i «debiti della massa»*, *GComm*, 1983, I, 199 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Fallimento (Liquidazione e ripartizione dell'attivo)*, *EncGiur*, 17): tanto che potrebbero essere fatti valere nei suoi confronti dopo la chiusura del fallimento (è discutibile, peraltro, se ancora con preferenza o alla pari con gli altri crediti).

<sup>60</sup> Cfr. Cass. 6-8-2010, n. 18437. In senso difforme, rispetto ad obbligazioni assunte nel corso di un concordato avente finalità liquidatoria e poi risolto per inadempimento, v. però Cass. 14-2-2011, n. 3581.

<sup>61</sup> STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, *Fall*, 2010, 1346 ss.; SCIUTO, *I finanziamenti dei soci nell'art. 2467 c.c. e nell'art. 182-*quater* l.fall.*, *DBancaMercFin*, 2011; PRE-

Nonostante, come visto, si tratti tendenzialmente di crediti sorti durante la stessa procedura fallimentare, o altra procedura precedente, ciò non toglie, come già affermato in via di principio dall'art. 52 nello stabilire la regola del c.d. concorso formale, che anche i crediti prededucibili debbano essere **accertati** secondo il normale procedimento stabilito dagli artt. 92 ss. Una volta accertati, andranno **soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi** sino al giorno del pagamento, ed essendo preferiti agli altri crediti hanno discrete probabilità di venire pagati per l'intero.

Questo però non vale incondizionatamente. In primo luogo, infatti, la possibilità di attingere dal ricavato della liquidazione quanto necessario al pagamento dei crediti prededucibili è limitata se nella massa attiva vi siano beni oggetto di *pegno ed ipoteca*. Il vincolo rappresentato da tali garanzie reali non può infatti essere superato dai crediti prededucibili, sicché quanto ricavato dalla liquidazione di quei beni (tolte le spese riferibili ai medesimi: art. 111-ter, co. 3; v. *infra*) dovrà essere senz'altro destinato ai creditori garantiti (che nei limiti dell'effettiva capienza della propria garanzia, e tolti i costi per realizzarla, godranno quindi di un grado di preferenza superiore agli stessi prededucibili). In secondo luogo, è evidente che seppure gli stessi crediti prededucibili hanno statisticamente buone probabilità di venire soddisfatti per l'intero, ciò non esclude che nei casi meno fortunati l'attivo potrebbe risultare insufficiente a soddisfarli. Questo comporterebbe allora che anche fra i crediti prededucibili, pur preferiti nel concorso con gli altri crediti, si apra un concorso sostanziale, una sorta di "concorso nel concorso". Lo prevede infatti l'ultimo co. dell'art. 111-bis, stabilendo che, in tal caso, la distribuzione avverrà, fra gli stessi creditori da pagarsi in prededuzione, secondo i criteri di *graduazione* e (fra i pari grado) della *proporzionalità*, conformemente all'ordine assegnato dalla legge<sup>62</sup>.

ii) Al secondo livello di preferenza, come sopra ricordato, vengono poi i **crediti assistiti da legittime cause di prelazione** (*privilegio, pegno, ipoteca*), detti anche (ma solo in senso lato) "**privilegiati**".

Anche fra i crediti privilegiati – considerata la varietà e i diversi rapporti di prevalenza fra i diversi titoli di prelazione – potrà operare un concorso, regolato dall'ordine di graduazione indicato dalla legge<sup>63</sup>. Può ben capitare, dunque, che creditori muniti di cause di prelazione non trovino poi, in realtà, soddisfazione sull'oggetto

STI, *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*, *Fall*, 2006, 171 ss.; ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata, Il diritto delle società oggi: innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011; VATTERMOLI, *Finanziamento alle imprese, banche e subordinazione volontaria dei crediti*, *BBTC*, 2011, I, 737 ss.; BOGGIO, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, *Fall*, 2009, 1415 ss.; CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione delle procedure?*, *Fall*, 2008, 436 ss.; QUAGLIOTTI, *Il fallimento convenuto in revocatoria e la prededucibilità del debito di restituzione di pagamento revocato*, *Fall*, 2010, 179 ss.; TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, *DFall*, 2010, I, 543 ss.; NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-quater l.fall.*, *RDSoc*, 2011, III, 434; BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l.fall.*, *BBTC*, 2012, I, 523 ss.

<sup>62</sup> V. al riguardo Cass. 3-3-2011, n. 5141.

<sup>63</sup> Fermo restando che un credito prededucibile non privilegiato, se posposto agli altri crediti prededucibili non privilegiati, prevarrà comunque sui crediti chirografari anche se privilegiati (Cass. 20-12-1990, n. 12075).

della garanzia loro concessa. Ad esempio, chi gode di un'ipoteca di secondo grado su un immobile potrebbe vedere la propria garanzia svuotata dall'attribuzione dell'intero ricavato del bene ipotecato a favore del creditore ipotecario di primo grado.

La circostanza poi che le cause di prelazione operino talvolta su beni immobili, talaltro su beni mobili, e talaltra ancora sull'intero patrimonio mobiliare (come nel caso del privilegio generale sui beni mobili), impone al curatore di tenere un **separato conteggio** delle attività di liquidazione dei beni immobili ed mobili<sup>64</sup>: uno relativo alla “*massa liquida attiva immobiliare*”, che tenga conto delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni immobili, dei loro frutti e pertinenze, nonché degli interessi sulle somme così ricavate (si renderà opportuno peraltro un autonomo conteggio per ciascun immobile); ed un altro che comprenda “tutte le altre entrate”, che costituiranno – secondo un criterio residuale – la “*massa liquida attiva mobiliare*” (art. 111-ter). In più, ove si tratti di garanzie speciali – aventi ad oggetto cioè un determinato bene il cui ricavato debba essere destinato con preferenza solo ai singoli creditori – sarà necessario tenere un *conto autonomo delle vendite dei singoli beni*, che allora indichi analiticamente non solo le relative *entrate*; ma anche le relative *uscite*, e cioè sia i costi direttamente imputabili al bene (ad esempio per la sua conservazione, o per gli specifici carichi fiscali) sia quelli di carattere generale imputabili al bene secondo un criterio proporzionale (le intere spese di procedura, infatti, graveranno su tutto il patrimonio fallimentare: ed in parte dovranno quindi essere sopportate – e pagate in prededuzione – anche dal creditore munito di causa di prelazione).

iii) Restano in ultimo (e quasi mai soddisfatti per intero) i **creditori chirografari**. Solo fra questi, in effetti, opera appieno la *par condicio*, concorrendo essi *in proporzione dell'ammontare del loro credito* sul ricavato della liquidazione che non sia stato assorbito dal pagamento dei crediti prededucibili o privilegiati.

Chirografari saranno del resto *gli stessi creditori privilegiati che non abbiano trovato soddisfazione* attraverso la propria garanzia: per la parte non soddisfatta, infatti, il relativo credito sarà considerato come (“degraderà”, si dica) chirografario.

iv) “Chirografari”, come sopra accennato, sono altresì da ritenersi, almeno formalmente, coloro che vantino **crediti postergati o subordinati**<sup>65</sup>. La legge infatti non individua questa categoria di creditori collocandoli ad un livello ancora inferiore agli altri chirografari: eppure è proprio questo che in concreto avviene.

La subordinazione, peraltro, potrà essere imposta *dalla legge* o pattuita *per contratto*. E potrà essere (soprattutto nel primo caso, come tipicamente quello individuato all'art. 2467 c.c.) *assoluta* (nei confronti cioè di tutti gli altri chirografari) determinando l'assunzione di un vero proprio rango inferiore; ovvero *relativa*, operante cioè soltanto rispetto ad alcuni chirografari, ma non ad altri.

I creditori subordinati si trovano perciò in una condizione di subalternità rispetto a quelli (tutti od alcuni) chirografari, così come questi lo sono rispetto ai privilegiati; e perciò vengono talora efficacemente indicati come “*antiprivilegiati*”. Risulterà ovvio, a questo punto, che se già i chirografari, nella maggior parte dei casi, subiscono una pesantissima falcidia fallimentare, le probabilità che ai postergati tocchi qualcosa rasenta lo zero.

<sup>64</sup> V. in proposito ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 270.

<sup>65</sup> Sul tema v. ampiamente VATTERMOLI, *Creditori subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012.



Inoltre – analogamente a quanto già segnalato per le altre categorie di creditori – anche i postergati non rappresentano necessariamente una categoria unitaria. La postergazione può infatti operare con diversa intensità. Così che ben potrebbe esservi, ad esempio, chi, fra i postergati, sia più postergato di altri, e quindi da pagarsi (in teoria) soltanto dopo gli altri; ma potrebbe anche darsi il caso di un creditore che abbia contrattualmente accettato di essere postergato a singoli altri creditori, restando però di pari rango rispetto a tutti gli altri chirografari. (In questo caso, verrà conteggiato nel riparto insieme a questi ultimi, anche se la sua quota dovrà essere destinata a quei creditori che rispetto a lui siano “antergati”, sino a concorrenza di quanto occorra per l'integrale soddisfazione di questi ultimi: analogamente al *double dividend system* già esaminato con riferimento ai coobbligati in solido: § 24.II.2).

## VI. La ripartizione dell'attivo: il procedimento di distribuzione

**LETTERATURA:** AMBROSINI, *La ripartizione dell'attivo*, Tr. Cottino, 655 ss.; BOZZA, *La ripartizione dell'attivo*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 577 ss.; CARRATTA voce *Fallimento (Liquidazione e ripartizione dell'attivo)*, *EncGiur*, vol. X, 2009; CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, *RTrim*, 2008, 853 ss. (*parte prima*) e 1271 ss. (*parte seconda*); C. FERRI, *La ripartizione dell'attivo nel fallimento*, *RTrim*, 2006, 1281 ss.; LAMANNA, *La disciplina della ripartizione dell'attivo*, *Fall*, 2005, 1069 ss.; MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e di ripartizione dell'attivo fallimentare*, Padova, 1995; SILVESTRINI, *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, *Fall*, 2006, 1475 ss.

Le regole che governano la distribuzione del ricavato della liquidazione tendono ad assecondare – come evidenziato all'inizio del paragrafo precedente – l'interesse dei creditori alla maggiore *tempestività*, pur nell'*incertezza* di quanto sarà, alla fine, il totale del ricavato e dei crediti da soddisfarsi. Il procedimento della ripartizione comporta allora che il ricavato possa venire distribuito, mediante *riparti parziali*, man mano che si liquida l'attivo; salvo però trattenere, di volta in volta, una percentuale delle somme disponibili (c.d. *accantonamenti*) al fine di mantenersi in condizione di far fronte, in sede di *ripartizione finale*, anche ai crediti che siano maturati (come le spese di procedura o quelle per l'esercizio provvisorio dell'impresa) o che siano stati definitivamente accertati (come ad esempio quelli oggetto di impugnazione) *medio tempore*.

Le **ripartizioni parziali** dovranno aver luogo, nei tempi indicati dal giudice delegato (in principio, dice la legge, ogni quattro mesi, ma spesso, nella pratica, con scadenze più ampie), sulla base di un *prospetto delle somme disponibili* e di un *progetto di ripartizione* elaborati dal curatore (art. 110).

Sia chiaro che tale progetto di ripartizione non si pronuncia sul titolo dei crediti, sul loro ammontare e sulle eventuali cause di prelazione che li assistono (ciò che invece fa il decreto di esecutività dello stato passivo). Esso “deciderà” soltanto sui *criteri secondo cui dovrà avvenire il riparto e sull'entità delle somme effettivamente ripartibili (o da accantonarsi)*: e soltanto con riferimento a tali profili potrà allora costituire oggetto di contestazione, nelle forme appunto del reclamo per violazione di legge contro un atto (o un'omissione, ove non provveda su alcune somme disponibili) del curatore (art. 36).

I progetti di ripartizione dovranno prevedere degli **accantonamenti**, trattenendo e depositando, in una misura che la legge vuole in ogni caso non inferiore al venti per cento delle somme disponibili (ma anche di più, ove si stimi necessario), le somme occorrenti *per la procedura* (art. 110, co. 1) e per far fronte *ai creditori "incerti"*<sup>66</sup>.

Dovranno quindi essere accantonate – secondo l'art. 113 – innanzitutto le somme stimate necessarie *per le future spese della procedura, per il compenso del curatore e per ogni altro credito prededucibile*, nonché quelle già ottenute dalla procedura per effetto di provvedimenti non ancora passati in giudicato (ad esempio una sentenza che accolga la revocatoria) e perciò non definitivamente certe.

Sempre mediante accantonamenti dovrà poi tenersi conto delle somme che potrebbero spettare ai *creditori ammessi con riserva* (art. 96), a quelli *opponenti* (a favore dei quali però sia stata concessa una misura cautelare, o la cui domanda sia stata accolta, ma con sentenza non ancora passata in giudicato) e a quelli *contestati* (la cui domanda cioè sia stata accolta ma poi sottoposta a giudizio di impugnazione o revocazione). Naturalmente, ogni qual volta si verifichi l'evento che aveva determinato l'accoglimento della domanda con riserva (o un credito, all'esito del giudizio di una delle impugnazioni previste dall'art. 93, sia stato definitivamente accertato entro i tempi della procedura), si modificherà lo stato passivo ritenendo la domanda definitivamente accolta e il relativo creditore legittimato a percepire, in sede di ripartizione finale, quanto accantonato.

Gli accantonamenti sono del resto inevitabili anche perché, per intuibili ragioni di efficienza e di tutela dell'affidamento, è tendenzialmente *esclusa la restituzione di somme riscosse* (art. 114: **principio dell'irripetibilità**).

Tale principio consente peraltro di comprendere anche la regola della partecipazione ai riparti dei creditori tardivi (art. 101) e dei creditori privilegiati.

I **creditori tardivi**, dei quali ovviamente non si può tener conto nel progetto di ripartizioni parziali precedenti alla loro ammissione, possono concorrere *soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione* (si ricordi infatti che la legge prevede, in principio, una cadenza ugualmente quadrimestrale per le ripartizioni parziali e per l'esame delle domande tardive). Diversa è però, a seconda dei casi, la misura in cui sarà consentita la partecipazione ai riparti successivi da parte dei creditori tardivi. Se sono assistiti da *cause di prelazione* – e quindi titolati, in principio, ad essere soddisfatti con preferenza sui chirografari – potranno recuperare, a discapito dei meno titolati, le quote che sarebbero loro spettate nelle ripartizioni precedenti. Analoga possibilità di recupero verrà concessa ai creditori che, pur chirografari, si siano insinuati con ritardo *per causa a loro non imputabile*. Peraltro, anche in questi due casi, se l'attivo non fosse più sufficiente, e stante il divieto di recuperare quanto già distribuito agli altri creditori, essi perderanno di fatto la possibilità di recuperare quanto sarebbe loro spettato (salva, al limite, la possibilità di far valere la responsabilità del curatore). Se invece si trattasse di credito chirografario insinuato con *ritardo imputabile* allo stesso creditore, la regola (allora penalizzante) sarà quella per cui esso parteciperà ai riparti successivi nella stessa percentuale riconosciuta a tutti gli altri chirografi.

I **creditori muniti di cause legittime di prelazione**, d'altra parte, avrebbero diritto di essere soddisfatti in via esclusiva, anche per gli interessi e le spese, sul ricavato dei beni vincolati a loro garanzia, solo per la restante parte "degradando" a chirografari (art. 54, co. 1). Non è detto però che questi beni siano i primi ad essere liquidati.

<sup>66</sup> V. LIMITONE, voce *Accantonamenti*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, cit., III, 1 ss.

Allora, l'incertezza sul *quando* e sul *quantum* della realizzazione della loro garanzia induce a far sì che, fin quando tale realizzazione non sopraggiunga, essi possano concorrere (nella stessa misura dei chirografari) ai riparti sulla restante massa liquida, che altrimenti sarebbe frattanto ripartita fra questi ultimi, i quali troverebbero così soddisfazione prima dei privilegiati. A questi ultimi viene dunque riconosciuto *il diritto di concorrere nella ripartizioni che si eseguono prima della ripartizione del prezzo dei beni vincolati a loro garanzia* (art. 54, co. 2). Se poi, realizzata la garanzia, la somma ricavata si dimostri capiente, quella parte di essa che risulti già percepita dal creditore privilegiato nelle ripartizioni parziali verrà assegnata ai creditori chirografari. Se invece il prezzo ricavato risultasse insufficiente a coprire il credito privilegiato, per la parte residua questo degraderà a chirografario: il che vuol dire che di quanto già percepito nelle ripartizioni parziali il creditore privilegiato potrà trattenere soltanto la percentuale corrispondente a quella che alla fine risulterà riconosciuta agli altri chirografari.

Procedendo ai riparti parziali nel rispetto di tutti gli accorgimenti sopra ricordati, si perverrà infine al *completamento della liquidazione dell'attivo*. A questo punto il curatore presenterà il *rendiconto*<sup>67</sup> (sia contabile che delle attività di gestione compiute).

Approvato il rendiconto<sup>67</sup> e liquidato il compenso del curatore, il giudice delegato, sempre su proposta del curatore, ordinerà la **ripartizione finale** delle somme, che avverrà pur sempre secondo i criteri che governano le ripartizioni parziali, salvo il fatto che, in questa fase conclusiva, oltre a distribuire le ultime utilità liquidate, dovranno essere *distribuiti anche gli accantonamenti* sino ad allora effettuati (ad esclusione di quelli dei quali ancora non si conosca la sorte, per non essersi ancora verificato l'evento che ne rendeva incerta l'attribuzione).

Questa residua incertezza – si pensi così ai giudizi di impugnazione non ancora conclusi con provvedimento passato in giudicato, il che potrebbe richiedere anche diversi anni – *non impedirà tuttavia la chiusura della procedura* (a differenza di quanto invece si riteneva nel passato, con l'inevitabile ed abnorme allungamento dei tempi e dei costi delle procedure). Le **somme di incerta spettanza** saranno depositate per ordine del giudice delegato, per essere infine destinate, dopo la chiusura della procedura e una volta che l'incertezza sia definitivamente venuta meno, o ai creditori a favore dei quali erano state sin da principio accantonate (perché l'evento atteso si sia verificato); ovvero, in sede di *riparto supplementare*, agli altri creditori concorrenti che non abbiano trovato integrale soddisfazione nella procedura (perché l'evento sia ormai divenuto impossibile).

---

<sup>67</sup> Sul controllo del rendiconto, v. DEMARCHI, *Legittimazione attiva e limiti del controllo giurisdizionale nel rendiconto*, *Fall*, 2006, 1322 ss.

## § 26. LA CHIUSURA DEL FALLIMENTO E L'ESDEBITAZIONE

**LETTERATURA:** AA.VV., *L'insolvenza del debitore civile. Dalla prigione per debiti all'esdebitazione*, AGE, 2/2004; BUSSOLETTI, *Lo scioglimento e l'estinzione della società fra aperture, chiusure e riaperture del fallimento*, RDSoc, 2009, I, 456 ss.; COSTANTINO, *L'esdebitazione*, F.It., 2006, V, 208 ss.; FABIANI-NORELLI, *L'esdebitazione del fallito*, REsForz, 2006, 686 ss.; FRASCAROLI SANTI, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza del mercato?*, DFall, 2008, I, 34 ss.; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006; GIORGIERI, *La riapertura del fallimento*, Milano, 1983; NISIVOCIA, *La disciplina applicabile al fallimento riaperto*, Fall, 2010, 724 ss.; NORELLI, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, Fall, 2009, 1194 ss.; SPIOTTA, *L'esdebitazione del fallito e il diritto di difesa dei creditori*, GComm, 2009, II, 288 ss.; VITALE, voce *Fallimento (chiusura della procedura fallimentare)*, EncGiur, vol. XIII, 1.

### I. La chiusura del fallimento e i suoi effetti

Secondo il capo VIII della legge fallimentare, la **chiusura del fallimento** è uno dei due modi di *cessazione della procedura fallimentare* (l'altro essendo il concordato fallimentare, di cui però si dirà oltre: § 28). Essa indica così il completamento del percorso fallimentare; la conclusione, per una o altra delle cause previste dalla legge, della procedura aperta con la sentenza dichiarativa di fallimento.

La chiusura è quindi ben diversa dalla revoca del (la sentenza dichiarativa di) fallimento, che pure impedisce la prosecuzione della procedura. Come già visto, infatti, la revoca, ben lungi dal consolidare gli effetti del fallimento, tende a rimuoverli *ex tunc* (sia pure con l'eccezione prevista dall'art. 18, co. 6 – salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura – fondata su esigenze di certezza e salvaguardia dell'affidamento altrui).

Le **cause di chiusura** del fallimento diverse dal concordato fallimentare sono, a norma dell'art. 118:

1) la **mancanza di domande di ammissione al passivo** entro il termine previsto dalla sentenza di apertura (non rileverebbero quindi le tardive<sup>1</sup>). In tal caso la procedura resterebbe priva di scopo, quand'anche fosse stata aperta su istanza di un creditore, se neppure questo, poi, avesse proposto domanda di ammissione al passivo (non occorrerebbe invece una pluralità di domande). Né la procedura si giustificerebbe se constassero solo domande di rivendicazione e restituzione<sup>2</sup>: la soddisfazione delle quali, di per sé considerate, non necessiterebbe di alcuna regolazione concorsuale. Questa, piuttosto, diventa necessaria quando le pretese alla separazione di beni dal patrimonio del fallito si trovino a contrastare con l'opposta pretesa dei creditori concorsuali a soddisfarsi collettivamente sull'interezza di quel patrimonio.

<sup>1</sup> Cfr. SATTA; Cass. 7-12-2007 n. 25624; VERDE, *Mancata presentazione di domande di ammissione al passivo e chiusura del fallimento*, F.It., 1975, V, 242 ss.

<sup>2</sup> BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 702.

2) Quando vi sia stata la **soddisfazione di tutti i creditori** (ipotesi rara, anche perché, nella possibilità di farlo, il debitore chiederebbe piuttosto un concordato). Anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, se le ripartizioni già eseguite (o da eseguirsi sulla base degli accantonamenti già effettuati) avranno raggiunto l'intero ammontare dei crediti ammessi, ovvero se questi siano stati *in altro modo* (anche grazie, se del caso, all'adempimento di un terzo) *estinti*, e sempre che siano stati pagati anche i crediti prededucibili, non v'è ragione di proseguire l'attività di liquidazione del patrimonio del fallito né, più in generale, la procedura stessa.

3) Quando è **compiuta la ripartizione finale dell'attivo**. È questa l'ipotesi più frequente. Quando non resta più nulla da liquidare e ripartire (secondo quanto avrà accertato il curatore nella sua relazione *ex art. 33* o nei successivi rapporti riepilogativi) la procedura avrà esaurito la sua utilità, malgrado taluni crediti, e spesso anzi molta parte di essi, siano rimasti insoddisfatti<sup>3</sup> (ma certo non perciò estinti).

4) Per **mancanza di attivo**. Se nel corso della procedura – anche in occasione della predisposizione da parte del curatore della sua relazione e dei suoi rapporti riepilogativi – consti la mancanza di un attivo sufficiente a far fronte, seppur in parte, non solo ai crediti concorsuali, ma persino a quelli prededucibili e alle stesse spese di procedura, dovrà anche prendersi atto che la prosecuzione della procedura sarebbe non soltanto inutile, ma addirittura dannosa, generando ulteriori spese che non potrebbero essere pagate.

Quando si verifichi una o altra di queste ipotesi, la chiusura del fallimento non avverrà automaticamente. Sarà piuttosto il tribunale che – *su istanza* del curatore o del fallito<sup>4</sup> (non però dei creditori) o anche *d'ufficio* (magari sollecitato informalmente dai creditori) e dopo aver sentito il fallito e il comitato dei creditori se la chiusura sia dovuta a mancanza di attivo – emanerà un **decreto di chiusura**.

Gli **effetti** di tale decreto saranno notevoli, in quanto, in principio, opposti a quelli della sentenza di apertura.

Quanto al **fallito**, *cesseranno gli effetti dello spossessamento* nonché le (poche, peraltro) incapacità o limitazioni di carattere personale. Egli riacquisterà così la piena disponibilità e amministrazione del proprio patrimonio: e quindi non solo di quella parte eventualmente già sottratta agli effetti dello spossessamento, ma anche di quella già appresa dalla procedura e residua<sup>5</sup>, che dovrà essergli “restituited”; nonché dei beni che dovessero sopravvenire. Se dei beni tornati nella piena disponibilità del fallito costui avesse disposto durante la procedura, inoltre, i relativi atti spiegherebbero a questo punto, salvo altro impedimento, piena efficacia. Parimenti, il fallito potrà proseguire nei *rapporti giuridici preesistenti* che non si siano sciolti (in tal caso irrevocabilmente) *ex artt. 72 ss.*

---

<sup>3</sup> In ogni caso ciò non determinerà, di per sé, l'estinzione della società fallita (Cass. 23-4-2010, n. 9723), i cui organi recupereranno la piena capacità di agire in rappresentanza dell'ente (Cass. 30-9-2009, n. 20947).

<sup>4</sup> Sulla doverosità di una tale istanza da parte degli organi fallimentari, anche se pendenti giudizi di impugnazione dello stato passivo, Cass. 13-1-2010, n. 395; Cass. 22-10-2007, n. 22105.

<sup>5</sup> Resteranno così fermi, ad esempio, gli effetti dell'aggiudicazione dei beni liquidati (Cass. 30-1-2009, n. 2433).

Quanto agli *organi fallimentari*, essi “decadranno”, anche se per la verità si lascia individuare qualche residua competenza ultrafallimentare (così, nell'eventuale procedimento di esdebitazione o nella distribuzione degli accantonamenti o nella decisione dei giudizi di impugnazione).

Importanti sono poi gli effetti nei confronti dei *creditori*. Al di là dei possibili effetti esdebitatori che potrebbero conseguire ad un apposito decreto di esdebitazione o ad un concordato fallimentare (temi che verranno trattati più avanti), con la chiusura del fallimento *ogni creditore riacquisterà il libero esercizio delle azioni verso il debitore*. Anche i creditori (già) concorrenti, pertanto, potranno tornare ad agire individualmente *per la parte del loro credito eventualmente non soddisfatta nel fallimento*. Chiusa la procedura, si riaprirà anche, per i creditori concorrenti chirografari, la possibilità di esigere gli *interessi*: questi infatti, seppur esclusi dalla possibilità di esser conteggiati nella procedura (art. 55), avranno nondimeno continuato a maturare durante essa.

Quanto infine alle *azioni già intraprese*, occorrerà distinguere<sup>6</sup>. Le cause intraprese, o riassunte dal curatore *in sostituzione* del fallito (ad esempio per l'incasso di un suo credito) o dei creditori (ad esempio una revocatoria ordinaria), se non ancora concluse alla chiusura del fallimento (ad esempio perché questa sia dovuta all'integrale soddisfazione dei creditori e non occorra procedere nella liquidazione dell'attivo) si interromperanno per essere eventualmente riassunte dai legittimati “naturali”. Le azioni “derivanti dal fallimento” – tipicamente le revocatorie fallimentari – ove non cedute a terzi (art. 106) verranno dichiarate improcedibili e i relativi giudizi saranno interrotti<sup>7</sup> (art. 120, co. 2).

## II. La riapertura del fallimento

Dopo che il fallimento sia stato chiuso, potrebbe peraltro aversi, nel termine massimo di *cinque anni*, una **riapertura** dello stesso (art. 121). Ciò in quanto potrebbe risultare utile riattivare la procedura cessata, al fine di regolare, ancora una volta concorsualmente, crediti concorrenti che non avessero trovato soddisfazione alla chiusura della medesima (e quindi quando tale chiusura sia dipesa dall'avvenuta ripartizione dell'attivo o dalla constatata mancanza dell'attivo: art. 118, n. 3 e 4), *se nel frattempo si fosse ricreata la possibilità di nuove ripartizioni*: in particolare, quando nel patrimonio del debitore siano affluite nuove attività in misura tale da rendere utile il provvedimento, ovvero quando il fallito (o chi per lui) offra la garanzia di pagare – ma allora concorsualmente – almeno *il dieci per cento ai creditori vecchi e nuovi* (cioè successivi all'apertura del fallimento).

In effetti, fra la chiusura e la nuova riapertura, il fallito potrebbe aver contratto **nuovi debiti**; così come “nuovi”, ai fini della riapertura, potrebbero anche essere considerati debiti contratti durante la procedura chiusa, ma che non potevano farsi valere in essa perché inefficaci nei suoi confronti *ex art. 44*; nonché i crediti, pur anteriori alla procedura, ma

<sup>6</sup> E. v. in proposito Cass. 29-2-2008, n. 5438; nonché FABIANI, *Processi pendenti e chiusura del fallimento*, *Fall*, 1997, 5 ss.

<sup>7</sup> Cass. 23-7-1993, n. 8255 (con riferimento all'imposeguibilità di una revocatoria); A.M. PERRINO, *Gli effetti della chiusura del fallimento sul giudizio pendente di revocazione dei crediti ammessi*, *Fall*, 2008, 1420 ss.

che non vi si siano mai insinuati. Ebbene, la riapertura di un concorso non può a questo punto che tener conto anche di tali “nuovi” creditori, che concorreranno allora con i “vecchi”: i primi, peraltro, dovendo presentare domanda di ammissione; i secondi, invece, ammessi direttamente nella misura, e con il grado di prelazione, di quanto già accertato nello stato passivo della procedura conclusa, ma in essa non soddisfatto. Né è escluso che un creditore sia al contempo “vecchio”, per il credito concorrente non soddisfatto a suo tempo, e “nuovo”, per i crediti sorti dopo la chiusura, o per quelli che non potevano farsi valere nella procedura chiusa (tipicamente per gli interessi sui chirografi<sup>8</sup>). In tal caso, allora, occorrerà che il nuovo credito venga accertato insieme a tutti gli altri nuovi. La procedura che segue alla riapertura, infatti, segue tutte *le regole della procedura chiusa*, rispetto alla quale, del resto, mantiene elementi di continuità: tanto che i più la ritengono una sua *continuazione*<sup>9</sup>.

Ciò non toglie che, oltre alla possibilità di concorso dei nuovi creditori, si riaprano anche i termini rispetto ai quali accertare o far valere, a beneficio dei creditori vecchi e nuovi, l'**inefficacia degli atti pregiudizievoli** compiuti dal debitore. Così, i termini a ritroso per le *azioni revocatorie* ex artt. 65, 67 e 67-bis, verranno nuovamente computati dalla data della sentenza di riapertura. L'inefficacia degli *atti a titolo gratuito e quelli compiuti fra coniugi* ex art. 69 riguarderà invece tutti gli atti compiuti *nell'intero periodo* intercorso fra la chiusura e la riapertura del fallimento (periodo che può estendersi sino a cinque anni, e quindi ben oltre il termine biennale previsto dagli artt. 64 e 69).

### III. L'esdebitazione

La possibilità di una riapertura del fallimento, così come – se nessuno abbia fatto istanza di riapertura o questa sia stata respinta – la possibilità, prevista dall'art. 140, che dopo la chiusura del fallimento i creditori non soddisfatti riprendano il libero esercizio individuale delle azioni che competono loro nei confronti del debitore, muovono entrambe dall'ovvio presupposto che i crediti anteriori al fallimento (comprensivi degli interessi maturati *medio tempore*), e non soddisfatti al suo esito, restino esigibili verso il debitore anche dopo la chiusura della procedura. Così non è però quando, con la chiusura del fallimento o anche dopo di essa, si produca l'effetto dell'**esdebitazione**, consistente nella “*liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti*” (art. 142).

Un tale effetto (oltre a prodursi, ed in qualche modo essere condiviso dai creditori, all'esito di quel complesso e diverso percorso che è il *concordato fallimentare*, di cui si dirà appresso) può essere disposto *ope iudicis* quando, *nel decreto di chiusura del fallimento o in un successivo decreto ad hoc*, vengano dichiarati **inesigibili** nei confronti del debitore già dichiarato fallito:

- sia i **debiti concorsuali non soddisfatti integralmente** (art. 143);
- sia quelli verso creditori “**concorsuali non concorrenti**” (vale a dire quei creditori che “all'apertura della procedura di liquidazione non abbiano presentato doman-

<sup>8</sup> Cfr. T. TEDESCHI; M. TAMPONI, *Procedure concorsuali ed inflazione*, *GComm*, 1984, I, 1130 ss., 1146.

<sup>9</sup> Sul dibattito v. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 713.

da di ammissione al passivo”), nei limiti peraltro della sola eccedenza rispetto alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado<sup>10</sup> (art. 144; perciò essi continueranno a poter pretendere dal debitore il pagamento, nei limiti di tale percentuale).

**Inesigibilità** non vuol dire comunque estinzione. Non costituirebbe quindi un indebito ripetibile quanto, eventualmente, venisse successivamente pagato in relazione a quei debiti. Restano invece *esclusi* in ogni caso *dall'effetto esdebitativo* sia i diritti vantati dai creditori nei confronti di *coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso*; sia le obbligazioni *estrane all'esercizio dell'impresa* (anche se comprese nella massa passiva) sia quelle derivanti *da illecito extracontrattuale o da sanzione penale o amministrativa* (art. 142, co. 2 e 3).

L'esdebitazione – che la legge stessa definisce “*beneficio*” (art. 142) – può peraltro operare *soltanto a favore di persone fisiche* (imprenditore individuale fallito o il socio fallito “in estensione” *ex art. 147*) che ne facciano *apposita istanza* con ricorso presentato in sede di chiusura del fallimento o entro un anno dopo il relativo decreto.

Alla base di un tale beneficio si pone la considerazione, avvertita ancor prima che nel nostro ordinamento positivo in altre esperienze giuridiche straniere (e in particolare in quella statunitense), che, sulla prospettiva sanzionatoria ed afflittiva della procedura concorsuale, convenga far prevalere, nell'interesse economico generale, quella “recuperatoria”, incentivando la persona fisica fallita a reimpiegare le proprie risorse lavorative nell'iniziativa economica, anziché restare per sempre paralizzata dal peso dei debiti inevasi. Obiettivo, questo, perseguibile solo concedendo una liberazione dai debiti pregressi che non scoraggi allora sin dall'inizio di una nuova attività (c.d. *fresh start*).

Per la verità, ancor prima che negli ordinamenti anglosassoni, già in tempi remoti in Italia, agli albori del diritto fallimentare, si distingueva il fallimento dovuto a dolo dal dissesto *fortunaevitio*. Questo veniva piuttosto “*regolato in maniera normale*”, e cioè con l'apertura di un procedimento concorsuale o con una *cessio bonum* comportanti il *beneficium* di “restituire il dissestato alla *condicio* di uomo libero” senza “l'infamia derivante dall'insolvenza”; e soprattutto nella condizione di riprendere la sua attività riconoscendo “come obbligazioni naturali i debiti parzialmente soddisfatti”, e la possibilità per i creditori di un recupero parziale dei propri crediti sulla base di accordi stipulati con il debitore<sup>11</sup>.

Peraltro, il postulato che un soggetto fallito – che quindi, in principio, ha già dato prova di distruggere anziché creare ricchezza – possa cominciare una nuova attività che si riveli utile per l'intero circuito economico, può risultare plausibile solamente nei confronti di chi si sia rivelato, quantomeno, onesto e meritevole. A tal fine, l'art. 142 prescrive che l'ammissione al beneficio dell'esdebitazione possa essere concessa dal tribunale solamente a favore di chi *abbia tenuto comportamenti collaborativi* con gli organi della procedura e non risulti aver tenuto nel passato condotte che inducano

<sup>10</sup> Su questo profilo v. FABIANI, *Esdebitazione*, *Comm. Jorio-Fabiani*, Agg., 2007, 51, FERRO, sub *art. 144*, *Comm. Ferro*, 1619.

<sup>11</sup> Così, PECORELLA-GUALAZZINI, *Fallimento (Storia)*, 220 ss., 223.



ad escludere la sua *onestà* o comunque la sua *meritevolezza* (cfr. analiticamente art. 142, co. 1, nn. 1-6)<sup>12</sup>.

Inoltre, poiché quella sottesa all'istituto in discussione si rivela comunque una scelta normativa che, sia pure nel supposto interesse generale, finisce con il comportare un sacrificio dei creditori, la legge stessa, onde evitare che il sacrificio imposto risulti eccessivo (ed in definitiva, in termini giuspolitici, "impresentabile"), subordina la concessione del beneficio dell'esdebitazione alla condizione che, all'esito della procedura, *i creditori concorsuali risultino soddisfatti almeno in parte*, non potendo altrimenti il tribunale accogliere il ricorso. "In parte" stando a significare, almeno secondo l'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>13</sup>, non che "tutti i creditori siano stati soddisfatti almeno in parte", ma che "almeno parte dei creditori sia stata soddisfatta" (e quindi, in ipotesi, anche i soli privilegiati, nulla avendo ricevuto i chirografari): spettando poi al giudice di valutare se quanto versato, rispetto a quanto complessivamente dovuto, si presti ad essere valutato come sufficiente a giustificare, secondo apprezzamento discrezionale, il beneficio dell'esdebitazione.

Se dunque tutti i suddetti requisiti (positivi e negativi) di ammissibilità del ricorso sussistono, il tribunale – godendo al riguardo di ampia discrezionalità e comunque dopo aver sentito il curatore ed il comitato dei creditori – potrà infine accoglierlo con decreto (come detto sopra, emesso sia in sede di chiusura del fallimento, sia successivamente, entro un anno da essa), eventualmente reclamabile *ex art. 26* dai creditori non soddisfatti.

---

<sup>12</sup> Per una rilevanza in tal senso degli atti di disposizione compiuti quando la crisi appariva già irreversibile, o delle iniziative giudiziarie infondate e pretestuose assunte dopo il fallimento, cfr. Cass. 23-5-2011, n. 11729.

<sup>13</sup> Cass., SU, 18-11-2011, n. 24214 e 24215, con note di commento di GABASSI, *Studium iuris*, 2012, 333 ss.; TRAVAGLINO, *Esdebitazione e soddisfacimento parziale dei creditori*, *CorrMerito*, 2012, 376.

## § 27. IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ

**LETTERATURA:** ABRIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, *RDImp*, 2008, 371 ss.; BUONOCORE, voce *Fallimento*, XIII, *Fallimento delle società*, *EncGiur*, vol. XV, 1989; BUSSOLETTI, *Lo scioglimento e l'estinzione delle società fra apertura, chiusura e riapertura del fallimento*, *RDSoc*, 2009, 456 ss.; CAGNASSO-IRRERA, *Il fallimento delle società. Lo snodo tra le due riforme: societaria e fallimentare*, Milano, 2007; G. FERRI jr., *Fallimento e scioglimento delle società*, *RDComm*, 2009, I, 1 ss.; F. GALGANO-BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, *Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1997; A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974; ID., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, *Tr. Colombo-Portale*, 9\*, Torino, 1983; ID., *La riforma "organica" delle procedure concorsuali e le società*, *DFall*, 2006, I, 781 ss.; ID., *Diritto societario e procedure concorsuali, Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2007, I, 177 ss.; PELLEGRINO, *Fallimento delle società*, Padova, 2007; VIGO, *Il fallimento delle società*, *Tr. Ragusa Maggiore-Costa*, III, 731 ss.

### I. Profili comuni

Originariamente, e sino in epoca preindustriale, la procedura fallimentare venne concepita ed attuata avendo riguardo al paradigma dell'impresa individuale. Ed anche quando l'impresa era collettiva (nella forma della "compagnia", antesignana dell'attuale società in nome collettivo), questa – in quanto solitamente derivata, appunto, da un'impresa individuale, e poi proseguita dagli eredi dell'imprenditore defunto – veniva considerata come composta da una pluralità di mercanti (o commercianti), la condizione giuridica dei quali poteva assimilarsi a quella del mercante singolo: anche i primi infatti, come il secondo, rispondevano illimitatamente – e ciascuno personalmente, sia pure in solido con gli altri – per le obbligazioni dell'impresa esercitata; ed erano allora assoggettabili, come il mercante singolo, a fallimento.

Ciò è all'origine non soltanto di un tratto fondamentale del vigente diritto fallimentare nella parte in cui, occupandosi di società, dispone che, con il fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata (tipicamente una s.n.c., benché non soltanto) dovrà essere disposto anche il fallimento "in estensione" di quei soci (v. *infra*); ma spiega, ancor più in generale, perché, essendosi storicamente sviluppato il diritto fallimentare sul paradigma dell'impresa individuale, anche la vigente disciplina fallimentare risulti tuttora scritta, tendenzialmente, con riferimento all'imprenditore *tout court*, se non – spesso – con riferimento espresso all'imprenditore persona fisica. Constano invece solo poche norme specificamente dettate per le società, essendosi ritenuto che tanto bastasse ad adattare la disciplina fallimentare rispetto all'ipotesi in cui l'impresa assuma veste societaria. La strategia legislativa può però ritenersi infelice o quantomeno inadeguata, posto che, se essa poteva dirsi comprensibile in epoca preindustriale, ed ancora accettabile, forse, in quella protocapitalistica, certo già nel 1942, quando la legge fallimentare venne scritta, e poi soprattutto nel 2006, quando il legislatore ha riformato l'intera legge, si sarebbe potuto e dovuto constatare che *la maggior parte* (per numero ma soprattutto per rilevanza economica)

*dei fallimenti* – per non parlare delle altre procedure – *investe imprese aventi forma societaria*.

La parte della legge fallimentare dedicata alle società si occupa essenzialmente dell'attuazione della responsabilità (per debito) dei soci e di quella (per illecito) dei componenti degli organi delle società fallite, tralasciando tuttavia di regolare chiaramente taluni problemi di rilevanza generale, a cominciare da quello degli **effetti** della dichiarazione di fallimento **sulla società**<sup>1</sup>. Quel che a questo riguardo può comunque osservarsi, è innanzitutto che – scomparsa, per effetto della riforma organica del diritto delle *società capitali e cooperative* del 2003, la previgente disposizione che fra le cause di scioglimento di tali società includeva il fallimento delle stesse (cfr. l'attuale art. 2484 c.c.) – deve oggi ritenersi che **tale fallimento**, pur comportando normalmente la liquidazione integrale del patrimonio sociale, **non provoca, di per sé, lo scioglimento della società di capitali e cooperative**.

In effetti, se solo si pensi alle svariate ipotesi di operazioni straordinarie o di ristrutturazione che possono utilmente realizzarsi con riferimento ad una società sottoposta a fallimento (alcune ipotesi sono peraltro considerate espressamente dalla legge: la trasformazione è infatti ammessa, a certe condizioni, anche in pendenza di procedura concorsuale; la fusione e la scissione sono ammesse purché non sia iniziata la distribuzione dell'attivo<sup>2</sup>; la stessa legge fallimentare, nel prospettare i possibili contenuti di un programma di concordato fallimentare, contempla svariate ipotesi di ristrutturazione, quand'anche a fini liquidativi, che presuppongono una perdurante vitalità della società), ben si comprendono le ragioni che hanno indotto il legislatore a ritenere incongrua la previsione che avviava una società ad estinzione sol perché sottoposta a fallimento. Peraltro, se è così per le società di capitali, ragioni sostanzialmente analoghe potrebbero indurre a dubitare, sul piano sistematico se non su quello testuale, della tenuta dell'opposta regola tuttora risultante, invece, per le **società di persone**: l'art. 2308 c.c., infatti, tuttora include *il fallimento fra le cause che ne provocano lo scioglimento* (e conseguentemente la cancellazione della società *ex art. 2312 c.c.*).

Le medesime considerazioni inducono poi a concludere che **il fallimento non provoca la cessazione del funzionamento degli organi sociali, né la decadenza dei loro componenti**<sup>3</sup>.

Di ciò consta d'altra parte una traccia testuale in alcune norme, come gli artt. 48, 49, 87, 146, 152. L'art. 146, in particolare, prevede che *“gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49”* e *“devono essere sentiti in*

<sup>1</sup> Ovviamente sempre che in possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 1. l.fall. In tal senso si è talora negato l'assoggettamento delle c.d. “società pubbliche” (su cui v. da ultimo FIORANI, *Società “pubbliche” e fallimento*, *GComm*, 2012, I, 532 ss.); seppure, per converso, è dato talora assistere a pronunce giurisprudenziali che dichiarano il fallimento di società con oggetto agricolo, sol perché aventi “forma” commerciale (e v. così, sempre da ultimo, D. SARLI, *Fallimento della società per azioni esercente attività agricola: una sentenza del Tribunale di Napoli*, *RSoc*, 2012, 847 ss.; nonché MOLLO, *Brevi note in tema di fallimento di spa imprenditore agricolo*, *NDSoc*, 2012, 80 ss.

<sup>2</sup> Per un problema particolare si veda A. GENOVESE, *Fusione di società in pendenza di istruttoria prefallimentare*, *Fall*, 2009, 1305 ss.

<sup>3</sup> Cfr. NIGRO-VATTERMOLI; CARIDI, sub art. 146, *Comm. Nigro-Sandulli*, 868 ss.; Cass. 7-5-1999, n. 4584.

*tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito*". Con ciò, infatti, oltre ad adattare alcune norme generali all'ipotesi in cui il fallito sia una società (come del resto potrebbe ritenersi implicito, dal momento che ogni riferimento alla persona del "fallito" non potrebbe che ritenersi rivolto, ove si tratti di società, alla persona dei suoi amministratori), si dà atto che durante il fallimento – se non sia già stata avviata la liquidazione, e quindi nominati i liquidatori<sup>4</sup> – ben possono restare in carica gli amministratori. Ai quali soli, del resto, potrebbe competere, quali legali rappresentanti della società<sup>5</sup>, la (perdurante) legittimazione a proporre reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento della società.

Ovviamente, le **competenze degli organi sociali** (o dei soci *tout court*), e degli amministratori in particolare, risulteranno fortemente ridimensionate in conseguenza del fallimento e, in particolare, di quella serie di suoi effetti per il "fallito" compendati nella nozione di *spossessamento*. Difatti, ogni potere riguardante la gestione dell'impresa o l'amministrazione del patrimonio della società (ogni atto dispositivo, ogni assunzione di obbligazioni, ogni pagamento effettuato o ricevuto, ogni iniziativa processuale avente oggetto patrimoniale, ecc.) dovrà ritenersi sottratto agli organi sociali per effetto dell'intervenuto fallimento.

Ciò non esclude però che – ad esempio – l'assemblea deliberi modifiche dell'atto costitutivo (ivi compreso, si ritiene, un aumento del capitale sociale) o che gli amministratori non possano convocarla sottoponendole una proposta di deliberazione, o che i sindaci non possano vigilare sulla regolarità del suo svolgimento. Anzi, pur quando talune vicende organizzative siano "caldegiate" dal curatore – ad esempio una trasformazione della s.p.a. fallita in s.r.l., per realizzare delle maggiori economie di gestione durante la procedura – non potrà egli stesso realizzarle, ma dovrà necessariamente trovare la cooperazione degli organi sociali. Per converso, se la deliberazione comportasse un atto di disposizione del patrimonio sociale (come ad esempio nel caso di una scissione), neppure potrebbero gli organi sociali, senza l'assenso e la cooperazione di quelli concorsuali, portarla ad effetto.

La tendenziale neutralità del fallimento, almeno in sé e per sé, rispetto alla sorte del rapporto sociale, emerge inoltre da un altro dato normativo: secondo l'art. 118, ult. co., infatti, in caso di fallimento di una società, soltanto se questo si sia chiuso *ex art. 118, nn. 3 e 4* (integrale ripartizione dell'attivo o mancanza di attivo sufficiente a soddisfare anche in parte i creditori o le spese di procedura) il curatore dovrà chiederne la **cancellazione dal registro delle imprese** (e questo vale anche per le società di capitali e cooperative, che dunque finiranno per estinguersi senza formalmente passare attraverso lo scioglimento)<sup>6</sup>. Con ciò volendosi sottintendere che quando il fallimento si chiuda invece con un residuo attivo per la società (e cioè nei casi previsti dai nn. 1 e 2 dell'art. 118: mancanza di domande di ammissione al passivo o integrale

<sup>4</sup> Che allora dovranno essere sentiti, *ex art. 146*, quali legali rappresentanti: Cass. 31-5-2011, n. 12018.

<sup>5</sup> Cass. 23-6-1988, n. 4278.

<sup>6</sup> E solo con questa si produrrà l'effetto dell'estinzione della società *ex art. 2495 c.c.* (cfr. Cass. 15-10-2008, n. 25192 e Cass. 18-9-2007, n. 19347, dichiarando l'applicabilità della norma anche in tema di società di persone e, rispettivamente, di consorzi con attività esterna; Cass. 28-8-2006, n. 18618); conseguenza ne sarà, sempre secondo la Suprema Corte (Cass., SU, 12-3-2013, n. 6070), che – secondo una logica successoria – di tutti i debiti eventualmente non regolati nell'ambito della procedura liquidativa (o fallimentare) risponderanno i soci illimitatamente responsabili, così come di tutti i crediti (che non risultino implicitamente rinunciati) e di tutte le altre situazioni giuridiche attive spetteranno in contitolarietà ai soci.

soddisfazione dei creditori prima che sia compiuta la ripartizione dell'attivo), la società, cessati gli effetti dello spossessamento (art. 120) ben potrebbe proseguire la propria esistenza. Questo potrebbe dipendere, ad esempio, da un aumento di capitale deliberato dai soci, o dall'incorporazione della società fallita da parte di altra società *in bonis* che ripiani i debiti dell'incorporato, o comunque elimini lo stato di insolvenza.

## II. Il fallimento "in estensione" dei soci a responsabilità illimitata

Si è sopra ricordato il fondamento storico della regola per cui, agli albori del diritto fallimentare, il fallimento della società collettiva provocava anche – se non addirittura coincideva con – quello dei suoi soci; regola poi applicata anche agli accomandatari di s.a.s. (equiparati, sul piano del potere e della responsabilità, ai soci della collettiva); nonché poi, in progresso di tempo, agli accomandatari di s.a.p.a., essendo questa (ancorché oggi classificata fra le società di capitali) nata ed affermatasi come una variante della società in accomandita semplice<sup>7</sup>. Una tale regola (benché forse per diritto vigente non possa più sostenersene l'originaria *ratio*, come si dirà fra breve) vale ancora oggi nel nostro ordinamento, prevedendo al riguardo l'art. 147 che **la sentenza che dichiara il fallimento di una società in nome collettivo, in accomandita semplice o in accomandita per azioni produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili** (*pur se non persone fisiche*: anche una società di capitali potrebbe infatti assumere la posizione di socio illimitatamente responsabile, secondo quanto previsto dall'art. 2361 c.c.).

La regola *non riguarda quindi tutte le società di persone*, non applicandosi alla **società semplice** (che non può avere oggetto commerciale e dunque non può fallire), né investendo la posizione dei **soci accomandanti della s.a.s.** (a meno che, si ritiene<sup>8</sup>, non abbiano anch'essi assunto responsabilità illimitata contravvenendo al divieto di immistione o acconsentito all'inclusione del proprio nome nella ragione sociale: artt. 2320 e 2314 c.c.). *Né riguarda le sole società di persone*, operando il fallimento in estensione anche a carico dei soci accomandatari di s.a.p.a. La norma *non vale invece* – contrariamente a quanto parte della dottrina e della giurisprudenza avevano ritenuto nel passato – *per il socio unico di s.p.a. o di s.r.l.* quand'anche egli si trovi a rispondere illimitatamente per le obbligazioni sociali nei casi previsti dagli artt. 2325 e 2462 c.c.<sup>9</sup>. Il che potrebbe forse spiegarsi, come altri avevano osservato in passato, per il fatto che la sua responsabilità non è "istituzionalmente" illimitata, ma tale solo con riferimento alle obbligazioni sorte nel periodo in cui egli è stato socio unico e in cui si sono verificate le altre condizioni previste dalla legge: e quindi non necessariamente per tutte le obbligazioni sociali<sup>10</sup>. La norma, stante il suo tenore letterale,

<sup>7</sup> Rinvio sul punto a quanto scritto in SCIUTO, *Società di persone e società di capitali*, RSoc, 2009, 1352 ss.

<sup>8</sup> V. Cass. 3-6-2010, n. 13468; Cass. 28-4-2004, n. 8093 (entrambe peraltro solo in principio, ma negando nel caso di specie una violazione del divieto di immistione); Cass. 19-12-2008, n. 29794; CAVALLI, *Il fallimento*. Tr. Cottino, 102; NIGRO-VATTERMOLI; CAGNASSO-IRRERA, 143.

<sup>9</sup> In materia v. BUONOCORE, *Azionista unico, "sovrano", "tiranno": functi sunt munere suo?*, GComm, 2009, II, 301; nel passato, FERRI, *Socio sovrano, imprenditore occulto e fallimento del socio della società per azioni*, NRDComm, 1955, I, 134 ss.

<sup>10</sup> Dopo la riforma, v. CARIDI, sub art. 147, *Comm.* Nigro-Sandulli, 898 ss.; PISCITELLO, in AA.VV.,

neppure può ritenersi applicabile agli associati di un' *associazione non riconosciuta* che abbia svolto attività commerciale, anche a prescindere dalla (dubbia) assimilabilità del regime previsto dall'art. 38, co. 2 a quello riguardante i soci illimitatamente responsabili<sup>11</sup>. A meno che, tuttavia, l'attività svolta dall'associazione non riveli quei caratteri di lucratività che ne potrebbero giustificare una riqualificazione come società (commerciale) di fatto; ed allora, naturalmente, il fallimento come tale.

Il **fallimento “in estensione”** è soltanto quello che dalla società si propaga ai soci illimitatamente responsabili, non viceversa. Secondo l'art. 149, infatti, *l'eventuale fallimento di alcuno dei soci non comporta il fallimento della società* (ma solo, al limite, l'esclusione del socio fallito ex art. 2288 c.c.)<sup>12</sup>.

Quando ne ricorrano i presupposti, il fallimento in estensione dei soci (salvo alcuni casi particolari, in cui l'esistenza di altri soci venga scoperta dopo la dichiarazione di fallimento della società, v. *infra*) **si produrrà automaticamente**<sup>13</sup>: dovrà infatti essere *dichiarato dal tribunale senza che occorra l'istanza di chicchessia e senza che occorra procedere al previo accertamento dell'esistenza in capo ai soci dei c.d. presupposti di fallibilità* (artt. 1 e 5).

Il fallimento del socio illimitatamente responsabile può così ritenersi un' *eccezione* alla regola generale che collega il fallimento ai presupposti indicati agli artt. 1 e 5 (benché sia chiaro che tali presupposti dovranno ben essere accertati in capo alla società fallita)<sup>14</sup>; pur trattandosi indubbiamente di eccezione che, oltre a manifestare un chiaro fondamento storico, continua tuttora a giustificarsi se non altro in punto di efficienza: e cioè in ragione dell'utilità di sottoporre anche i patrimoni dei singoli soci ad altrettante procedure concorsuali, da coordinarsi poi fra di loro e con quella della società, in modo da governare unitariamente, secondo le regole della *par condicio*, sia il concorso delle pretese dei creditori sociali fra di loro, sia il concorso fra di essi e i creditori personali dei soci.

A parte l'ipotesi generale appena indicata, in cui il fallimento della società è esteso automaticamente dal tribunale a coloro che risultano attualmente soci illimitatamente responsabili, il fallimento in estensione può verificarsi in **altre due serie di ipotesi** previste dall'art. 147.

---

*Diritto fallimentare*, cit., 110; Cass. 14-4-2010, n. 8964; Cass. 4-2-2009, n. 2711; Cass. 12-11-2008, n. 27013, secondo la cui motivazione (peraltro opinabile) la ragione del fallimento in estensione – che non ricorrerebbe con riferimento alla s.p.a. o alla s.r.l. – dovrebbe intendersi collegata al tipo legale in sé, “in quanto strutturalmente conformato in modo da comportare la responsabilità illimitata e personale dei soci, o di una categoria di essi, per tutte le obbligazioni sociali, secondo una *ratio* che imputa l'insolvenza a titolo di responsabilità oggettiva sulla base dell'accettazione del rischio d'impresa”. Più in generale sullo statuto e sul ruolo del socio accomandatario, si ricordi COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969.

<sup>11</sup> In senso favorevole (ma solo in principio), v. però Cass. 18-9-1993, n. 9589.

<sup>12</sup> Su cui v. JORIO, *Fallimento delle società*, Tr. Cottino, 776 ss.

<sup>13</sup> Cass. 14-3-2011, n. 6003, anche nei confronti del socio già receduto (da meno di un anno); Cass. 1-3-2010, n. 4865. V. anche FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento al socio*, *GComm*, 2009, I, 429 ss.

<sup>14</sup> V. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, 67. Per una sintesi di questo orientamento, CAVALLI, *op. cit.*, 97. V. anche Cass. 4-6-1992, n. 6852.

a) La prima riguarda i casi in cui un **socio abbia cessato di esser tale** – per morte (ed allora varrà il principio di cui all'art. 10, e il fallimento investirà gli eredi) o per recesso o per esclusione – ovvero **di essere illimitatamente responsabile** (essendo divenuto socio a responsabilità limitata per effetto di trasformazione, di fusione o scissione eterogenee, ovvero accomandante di s.a.s. dopo aver rivestito il ruolo di accomandatario). In tali casi – poiché secondo le norme poste a tutela dei creditori dagli artt. 2290 e 2500-*quinquies* c.c., il socio continua a rispondere illimitatamente per tutte le obbligazioni sociali sorte sino al momento della suddetta cessazione – egli potrà essere dichiarato fallito “in estensione” se ricorrano anche queste *due ulteriori condizioni*:

(i) *se non sia decorso più di un anno* dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata (secondo il principio, già esaminato, che sorregge gli artt. 10 ed 11). Ciò, peraltro, sempre che siano state osservate le formalità per rendere quei fatti *opponibili* ai terzi (iscrizione nel registro delle imprese o, se la società sia irregolare, conoscenza dei creditori realizzata con mezzi idonei, secondo il principio posto dall'art. 2290, co. 2, c.c.: ad esempio, per raccomandata ai creditori<sup>15</sup>).

(ii) *sempre che l'insolvenza della società attenga, almeno in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata*<sup>16</sup>. Il che è ovvio, posto che altrimenti non sarebbe configurabile alcuna pretesa dei creditori sociali verso il socio.

b) La seconda serie di ipotesi (prevista dai co. 4 e 5 dell'art. 147) riguarda invece l'eventuale *scoperta, successiva alla dichiarazione di fallimento della società, di soci illimitatamente responsabili*. In tal caso la dichiarazione di fallimento sarà non solo “in estensione” – o, come si dice per distinguere questa ipotesi, “in ripercussione” – ma anche “successiva”, per effetto di un'ulteriore sentenza del tribunale (c.d. **fallimento “in ripercussione”**), pronunciata stavolta non in via automatica per effetto del fallimento della società, bensì su istanza del curatore o di uno o più creditori, o di uno o più soci falliti<sup>17</sup>.

b1) Potrà trattarsi di *soci illimitatamente responsabili ulteriori rispetto a quelli già noti* al momento della dichiarazione di fallimento della società (c.d. **soci occulti**). In questo caso la pronuncia di fallimento non sarà né contestuale né automatica, ma successiva e solo su istanza del curatore o di un creditore o di altro socio già dichiarato fallito.

b2) Ovvero si tratterà di *soci illimitatamente responsabili scoperti* dopo il fallimento dichiarato nei confronti di un (soggetto ritenuto essere un) imprenditore individuale, quando, sempre successivamente a tale dichiarazione, si accerti che in realtà l'impresa dichiarata fallita non era individuale, bensì riferibile ad una società (evidentemente irregolare) di cui il soggetto dichiarato fallito era socio (c.d. **soci occulti di società occulta**).

In tal caso dice l'art. 147 che si procederà nello stesso modo previsto per il caso precedente (b1), e cioè con sentenza successiva emanata su istanza del curatore, di un creditore

<sup>15</sup> V. Cass. 26-11-2008, n. 28225; Cass. 10-3-2011, n. 5764.

<sup>16</sup> ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 397; CAVALLI, *op. cit.*, 113 ss.; TEDESCHI.

<sup>17</sup> GUGLIELMUCCI; *Comm.* Maffei Alberti, sub art. 147, 874 ss.; FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento al socio*, *GComm*, 2009, I, 429 ss., 438.

o di altro socio. Tuttavia, a differenza di tutte le ipotesi esaminate in precedenza, in quest'ultimo caso la (ulteriore) sentenza dichiarativa di fallimento in estensione *non sarà meramente integrativa* di quella precedente avente ad oggetto il fallimento della società, bensì *sostitutiva* di quella avente ad oggetto il fallimento della impresa individuale, producendo pertanto (salvi gli effetti già prodottisi) *nuovi effetti (ex nunc)*<sup>18</sup>.

In effetti, si tratterà di modificare tutto il fondamento giuridico e fattuale della prima sentenza, non solo accertando l'esistenza del rapporto sociale sino ad allora ignorato; ma verificando daccapo, rispetto alla società di cui si sia scoperta l'esistenza, la sussistenza di entrambi i presupposti di fallibilità già accertati in capo all'imprenditore individuale erroneamente dichiarato fallito come tale: il che non è scontato. E così, in ipotesi, si potrebbe scoprire che l'attività commerciale del soggetto dichiarato fallito altro non era che l'attività connessa di un'attività agricola riferibile ad una società semplice (quindi non fallibile). Ovvero che la società come tale non era insolvente, perché, considerando anche il patrimonio degli altri soci scoperti successivamente, si accerta che attraverso costoro la società potrebbe far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

b3) Diverso, anche se da riportarsi alla fenomenologia dei fallimenti “in ripercussione”, è poi il caso in cui, sulla base di un vincolo sociale soltanto apparente, si arrivi, a tutela dell'affidamento dei terzi, a pronunciare il fallimento di un **socio apparente di società esistente**, ovvero di una **società apparente** e, in estensione, dei suoi (apparenti) soci<sup>19</sup>.

La figura verrà esaminata più ampiamente nel secondo volume; ma, per quanto ora concerne, deve dirsi che essa costituisce una creazione di matrice giurisprudenziale, a cui spesso si ricorre per coinvolgere nel fallimento soggetti nei cui confronti non si riesca a trovare la prova dell'esistenza di un vero e proprio vincolo sociale; e che quindi, per definizione, si applica nei casi in cui non possa ritenersi che un effettivo vincolo sociale vi sia (agli antipodi pertanto della società occulta). Si consente così un'ammissione al concorso di tutti i creditori della (apparente) società, senza distinguere fra quelli di buona fede o di mala fede (che cioè avessero compreso l'inesistenza di un rapporto sociale). Con un eccesso di tutela, quindi, a beneficio dei secondi, che mai hanno riposto affidamento sulla garanzia offerta da un qualche patrimonio “sociale” o da quello personale di soggetti – gli altri apparenti soci – diversi da quello che aveva individualmente assunto il debito (poi riferito alla società) nei loro confronti.

Attinente in qualche modo (a seconda del profilo ricostruttivo prescelto) alle problematiche or ora esaminate, è poi la questione relativa alla fallibilità di una società (solitamente di capitali) che – (i) in ragione della *direzione e controllo* (o comunque della scorretta ingerenza) esercitata nei confronti di una o più altre società, ovvero (ii) della compartecipazione all'attività e ai risultati di una o più imprese (individuali o societarie) – possa ritenersi socia di una più ampia società di fatto intercorrente fra tutti i soggetti coinvolti nell'iniziativa economica condivisa (c.d. **super-società**).

Al riguardo, deve preliminarmente rilevarsi che, a ben vedere, la responsabilità eventualmente derivante da un rapporto di direzione e controllo *ex art. 2497 c.c.*, è comunque cosa ben diversa da quella del socio illimitatamente responsabile (diverse essendo, a mon-

<sup>18</sup> Cfr. Cass., SU, 7-6-2002, n. 8257; Cass. 23-5-2008, n. 13421.

<sup>19</sup> V., dando in qualche modo rilevanza agli elementi esteriori, Cass. 13-3-2009, n. 6199; Cass. 22-2-2008, n. 4529; Cass. 19-9-2005, n. 18458; Cass. 28-9-2005, n. 18927; soprattutto poi, Cass. 21-6-2004, n. 11491.



te, le due fattispecie che provocano quei diversi regimi); anche se comunque la questione qui affrontata – nel passato reputata puramente teorica stante il (ritenuto) divieto di partecipazione di società di capitali a società di persone (con conseguente nullità dell'eventuale vincolo sociale) – risulta oggi, meno inattuale, dopo le riforme del diritto societario e fallimentare del 2003-2006, alla luce dell'art. 2361, co. 2, c.c. (che consente una tale partecipazione se autorizzata dall'assemblea della partecipante) e dello stesso art. 147, co. 1 (che fra i soci fallibili in estensione espressamente ha ora compreso anche quelli diversi da persone fisiche).

Tanto premesso, deve comunque osservarsi che *la questione pare tuttora da risolversi in senso negativo*, dal momento che l'art. 147, co. 5, risulta (sebbene, come si è visto e come si vedrà anche nel secondo volume, il punto sia discusso) norma eccezionale, applicabile solo al caso che il fallimento originario sia quello di un imprenditore individuale.

Resta quindi fermo, in principio, l'orientamento<sup>20</sup> per il quale l'appartenenza ad un gruppo comprendente una società fallita non comporta automaticamente il fallimento delle altre, in ordine alle quali dovrà essere autonomamente accertata l'eventuale sussistenza dei requisiti di fallibilità.

### III. (segue) *Il coordinamento fra la procedura di fallimento della società e quelle dei singoli soci*

In tutti i casi sopra previsti, il tribunale, prima di dichiarare, con sentenza reclamabile, il fallimento dei soci illimitatamente responsabili (compresi quelli – occulti o apparenti – dichiarati falliti in via successiva), dovrà disporre la **convocazione** a norma dell'art. 15.

Ciò risponde non solo all'ovvia esigenza, del resto più volte ribadita nel passato dalla giurisprudenza, di assicurare un effettivo diritto di difesa dei soci, che potranno così, eventualmente, dimostrare l'assenza dei presupposti del fallimento della società (ed allora non vi sarà alcuna dichiarazione di fallimento) o quantomeno del proprio (ad esempio dimostrando che il loro recesso da oltre un anno era noto ai creditori); ma, talora, anche alla concreta finalità di indurre il socio eventualmente solvibile (cosa che di per sé, come detto, non lo salverebbe dal fallimento, non dovendo essere accertato il suo stato di insolvenza o meno) a porre rimedio *in extremis* all'insolvenza della società, o quantomeno a ripianare i debiti per i quali egli è chiamato a rispondere (come nel caso del socio cessato). Insomma, il socio, messo di fronte al rischio di essere dichiarato fallito in proprio, potrà mettere "mano al portafoglio" (o procurare l'adempimento, da parte di terzi, delle obbligazioni sociali a suo carico) per neutralizzare *in extremis* quel rischio.

Con la dichiarazione di fallimento della società e dei suoi soci illimitatamente responsabili si apriranno altrettante **procedure, fra loro distinte<sup>21</sup> e pur fortemente**

<sup>20</sup> Nella stessa direzione COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, *GI*, 2007, 1442, 2222; IRRERA, *Un primo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*, *NDSoc*, 2007, 59; SPIOTTA, *Nuovo diritto societario*, 2008, 86; FIMMANÒ, *Il fallimento della supersocietà di fatto*, *Fall*, 2009, 89; IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, *NDSoc*, 2008, 86. In senso contrario, PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali (nota a Corte d'Appello di Bologna, sez. III, 11-6-2008, n. 965)*, *Fall*, 2008, 1297, precisando che comunque il fallimento in estensione presupporrebbe l'accertamento non solo del vincolo sociale, ma anche dell'insolvenza riferita alla società (occulta) individuata. Cass. 18-11-2010, n. 23344; Cass. 16-7-1992, n. 8656.

<sup>21</sup> Sull'autonomia delle due procedure, IRRERA, *Comm. Jorio-Fabiani*, II, 2190; CARIDI, *sub art. 147*,

**connesse**, essendo lo scopo complessivamente perseguito dalla legge, come detto, quello di regolare *il concorso delle pretese dei creditori sociali* (cioè di tutti i creditori su tutti i patrimoni sottoposti alle diverse procedure) *con quelle dei creditori personali dei soci* (quelli quindi di ciascun socio, nella sola procedura riguardante il proprio debitore).

Difatti, questa convergenza di pretese, certo asimmetrica (i creditori sociali concorrono tendenzialmente in tutte le procedure, quelli personali solo in quella del socio loro debitore), non potrebbe essere regolata formando un'unica massa attiva e un'unica massa passiva, posto che sul patrimonio di ciascun socio bisognerà regolare il concorso dei creditori sociali con quelli personali del socio stesso. Neppure però le procedure potrebbero svolgersi in assenza di ogni coordinamento: da un lato, infatti, dovrà assicurarsi una complessiva *par condicio* fra i creditori sociali; d'altro lato, pur ferma la responsabilità solidale di ciascun socio per le obbligazioni sociali, dovrà tentare di assicurarsi, *nei rapporti interni fra soci*, la sopportazione delle perdite da parte di ciascuno in misura proporzionale alla propria partecipazione sociale.

Al fine di consentire un tale coordinamento, l'art. 148 prevede innanzitutto la nomina di **organi comuni** alle diverse procedure. Sicché, ferma la distinzione fra di esse, il tribunale procederà alla nomina di *un solo giudice delegato* e di *un solo curatore*, salva la possibilità di nominare *diversi comitati dei creditori*, onde tener conto della rappresentanza in ciascuna procedura aperta nei confronti dei singoli soci dei creditori personali di ciascuno.

Inoltre, rispondendo ciascun socio (salva la posizione particolare di quelli cessati prima del fallimento) illimitatamente e solidalmente verso tutti i creditori sociali, l'insinuazione al passivo da parte di questi ultimi nelle diverse procedure sarà possibile *uno actu: il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intenderà dichiarato per l'intero nel fallimento dei singoli soci*<sup>22</sup> (godendo inoltre, se munito di privilegio generale verso la società, dello stesso privilegio anche nei confronti dei singoli soci). Naturalmente, per quanto si accennava poc'anzi, ad una tale efficacia generalizzata dell'insinuazione al passivo, non corrisponderà necessariamente un'ammissione altrettanto indiscriminata: ad esempio, se un socio fosse receduto prima che sorgesse un certo credito sociale, questo potrà essere ammesso al passivo del fallimento della società e degli altri soci, ma non in quello del socio receduto precedentemente.

D'altra parte, *i creditori particolari di ciascun socio parteciperanno soltanto al fallimento di quest'ultimo*, occorrendo allora una specifica domanda di ammissione al passivo per tale procedura.

Ne risulta – come dispone lo stesso art. 147 nella parte in cui afferma che **“il patrimonio della società e quello dei soci sono tenuti distinti”** – che per ciascuna pro-

*Comm.* Nigro-Sandulli, 909; Cass. 13-12-2007, n. 26177; Cass. 1-3-2005, n. 4284; Cass. 11-6-2004, n. 11084 (entrambe circa la necessità del curatore, per quanto unico, di agire nella qualità di curatore del fallimento di un socio).

<sup>22</sup> E così l'esclusione di un certo credito dal passivo del fallimento della società, comporterà l'esclusione automatica anche dal passivo del fallimento dei singoli soci. Per un problema particolare, v. LAMANNA, *Insinuazione di crediti verso la società di persone ed estensione del (solo) privilegio generale al passivo personale dei soci* (nota a Cass. 25-3-2003 n. 4363), *Fall.*, 2004, 167.

cedura occorrerà procedere, sia pure in modo coordinato, effettuare un autonomo accertamento del passivo, pervenendosi alla formazione di *distinte masse passive*: distinguendo i debiti assunti in nome della società (o quantomeno funzionali all'esercizio dell'impresa sociale) da quelli assunti a nome del socio. Sulla base del medesimo principio e in modo altrettanto autonomo occorrerà inoltre procedere alla determinazione delle *diverse masse attive*: quella rappresentata dal patrimonio sociale; e quelle costituite dai patrimoni personali dei singoli soci, su cui concorreranno creditori sociali e personali<sup>23</sup>.

Sulla base delle distinte masse attive e passive, occorrerà assicurare: (i) il concorso fra i creditori personali e i creditori sociali; (ii) la *par condicio* fra i creditori sociali; (iii) la ripartizione del carico delle obbligazioni sociali fra i soci in misura proporzionale alla partecipazione di ciascuno.

(i) Dal primo punto di vista, *tutti i creditori, sociali e personali, nei limiti in cui i rispettivi crediti siano stati ammessi nelle singole procedure, concorreranno in esse* secondo le consuete regole (e quindi in proporzione all'ammontare del credito ammesso e avvalendosi delle eventuali cause di prelazione), potendo *contestare*, all'occorrenza, i crediti di qualunque altro creditore con la quale si trovino in concorso.

(ii) La *par condicio* fra i creditori sociali sarà invece assicurata dalla loro *partecipazione a tutte le ripartizioni effettuate* in ciascuna procedura alla quale siano stati ammessi, fino all'integrale pagamento.

(iii) Infine, qualora – soddisfatte tutte le obbligazioni sociali – risultasse che alcuno dei soci abbia dovuto farsene carico in misura più che proporzionale rispetto a quanto dovuto in proporzione alla sua partecipazione sociale, resterebbe la *possibilità di un regresso fra i fallimenti dei soci* per la parte eventualmente pagata in più. Ovviamente, sempre che consti un residuo attivo nelle procedure aperte a carico degli altri soci.

Gli **effetti del fallimento in estensione** dichiarato nei confronti del socio illimitatamente responsabile sono, tendenzialmente, quelli ordinari: il socio subirà il c.d. *spossamento*; i *crediti* nei suoi confronti verranno "cristallizzati" e non potranno più essere fatti valere mediante azioni esecutive individuali<sup>24</sup>.

Dubbia risulta invece la possibilità e comunque i limiti entro cui il curatore possa ricorrere ai mezzi previsti dalla legge fallimentare per la neutralizzazione degli **atti pregiudizievoli** compiuti prima del fallimento, specialmente quanto alla *revocatoria fallimentare*<sup>25</sup>.

Fermo restando infatti che per gli atti compiuti dal socio potrà essere incondizionatamente esercitata sia un'azione *revocatoria ordinaria* sia (ma solo se risultasse che il socio era titolare per conto proprio di altra impresa insolvente) un'azione *revocatoria fallimentare*; il dubbio sui limiti di una *revocatoria fallimentare* sugli atti compiuti dal socio fallito in estensione riguardano due profili:

<sup>23</sup> In materia v. anche A. PATTI, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, Fall, 2007, 355 ss.

<sup>24</sup> Dubbio è peraltro se la responsabilità dei soci si estenda anche alle obbligazioni assunte in nome della società non strettamente necessarie alle finalità della procedura, come ad esempio quelle contratte per l'esercizio provvisorio dell'impresa (v. in senso opposto PELLEGRINO, *La dichiarazione e l'estensione del fallimento sociale*, Padova, 1975, 143; NIGRO, *Fallimento del socio*, cit., 441 ss.).

<sup>25</sup> Cass. 23-7-2007, n. 16213; Cass. 1-3-2005, n. 4284, già cit.

– quello dell'*ambito*: se essa possa colpire tutti gli atti compiuti dal socio<sup>26</sup>; ovvero – collegando la revocatoria verso gli atti del socio al fallimento principale – per i soli atti (atti dispositivi, pagamenti, garanzie) compiuti dal socio, che fossero in qualche modo strumentali all'esercizio dell'impresa sociale e compiuti in presenza di una condizione di insolvenza della società<sup>27</sup>, se non addirittura sintomatici di essa (lo stato soggettivo del terzo, in ogni caso, essendo riferito, oltre che alla condizione di socio illimitatamente responsabile della controparte, all'insolvenza non di quest'ultima ma della società<sup>28</sup>);

– quella del *periodo* di riferimento: interrogandosi se il termine a ritroso dovrebbe decorrere comunque dalla data del fallimento della società, ovvero, in caso di fallimento in estensione dichiarato successivamente, dalla (successiva) data di quest'ultimo<sup>29</sup>.

Infine, la distinzione e connessione al tempo stesso delle procedure fallimentari della società e dei soci illimitatamente responsabili si rivela anche con riferimento alla **cessazione delle procedure** medesime. E così, innanzitutto, fermo restando che le procedure individuali potrebbero in principio chiudersi autonomamente nei casi previsti dall'art. 118 (e quindi anche prima di quella sociale: ad esempio per mancanza totale di attivo), esse si chiuderanno comunque *quando quella aperta nei confronti della società si sia chiusa per mancanza di domande di ammissione o integrale soddisfazione dei creditori sociali* (art. 118, ult. co.). In tal caso infatti non consteranno creditori sociali da soddisfarsi, mentre la soddisfazione dei soli creditori personali (sempre che il socio non fosse imprenditore in proprio, nel qual caso la procedura avrebbe ragione di proseguire come tale) non potrebbe avvenire secondo la procedura fallimentare, ma solo attraverso quelle "ordinarie" dell'esecuzione individuale.

Inoltre, le procedure aperte nei confronti dei singoli soci potranno cessare *per via concordataria*:

– o per mezzo di un *concordato particolare del socio* (proposto sia ai creditori sociali che a quelli particolari concorrenti nel proprio fallimento), omologato il quale cesserà la procedura riguardante il singolo socio, anche se non tutte le altre procedure aperte (art. 154)<sup>30</sup>;

– o per mezzo di un *concordato proposto dalla società*, omologato il quale non cesserà soltanto la relativa procedura fallimentare, ma anche quelle relative ai singoli. È fatta salva peraltro la possibilità di un patto contrario, e quindi l'ipotesi che il piano concordatario escluda l'esdebitazione dei soci, le procedure nei confronti dei quali, allora, proseguiranno<sup>31</sup>. L'esdebitazione conseguentemente all'omologazione del concordato, in ogni caso, riguarderà i soli debiti sociali, ma non quelli personali<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Cass. 23-7-2007, n. 16213 (con riferimento agli atti compiuti dal socio nell'esercizio di un'impresa individuale); Cass. 9-3-2007, n. 5433.

<sup>27</sup> NIGRO-VATTERMOLI; già NIGRO, *Il fallimento del socio*, cit., 272 ss.

<sup>28</sup> Cass. 17-2-2012, n. 2335 (ed anzi facendo decorrere il termine a ritroso dal fallimento della società, anche in caso di fallimento successivo del socio); Cass. 3-3-2006, n. 4705; Cass. 18-5-2005, n. 10430.

<sup>29</sup> Cass., SU, 7-6-2002, n. 8257.

<sup>30</sup> V. GUERRERA, sub *artt. 153 e 154, Comm. Nigro-Sandulli-Santoro*, 1995 ss.

<sup>31</sup> Né ovviamente vi sarà liberazione del socio che abbia prestato garanzie fideiussoria a favore di un creditore sociale, considerandosi in tal caso la garanzia prestata per un debito proprio ed assumendo in questo caso il socio la posizione di terzo garante (Cass. 29-12-2011, n. 29863).

<sup>32</sup> In questo senso, Cass. 26-3-2010, n. 7273.

#### IV. L'attuazione della responsabilità dei soci a responsabilità limitata

Ben più semplici di quelle innanzi considerate saranno le conseguenze del fallimento di una società per i suoi **soci limitatamente responsabili**: rispetto a questi, infatti, si tratterà soltanto, in buona sostanza, di attuare i loro obblighi per gli eventuali conferimenti ancora non eseguiti. Si tratterà dei soci accomandanti di s.a.s. e di s.a.p.a. nonché di quelli di s.p.a., di s.r.l., e di società cooperative. Fra i soci a responsabilità limitata rientra ovviamente anche il socio unico di s.p.a. o di s.r.l. che sia *limitatamente responsabile* (mentre il socio unico di s.p.a. o di s.r.l. che sia illimitatamente responsabile, seppur sottratto a fallimento in estensione *ex art. 147*, potrà comunque essere richiesto di quanto egli debba secondo il regime fissato, rispettivamente, dagli artt. 2325, co. 2, c.c. e 2462, co. 2, c.c.).

I **versamenti ancora dovuti** dai soci costituiscono in principio uno dei possibili *crediti della massa*, il cui pagamento il curatore potrebbe esigere direttamente. Una tale possibilità non pare quindi esclusa (ma anzi rafforzata) dalla previsione (art. 150) di un'ulteriore via percorribile dal curatore, che potrebbe chiedere al giudice delegato (e non al tribunale, secondo le regole ordinarie) l'emissione di un *decreto ingiuntivo* (normalmente opponibile *ex art. 645 c.p.c.*) *verso i soci per ottenere i versamenti ancora dovuti*. E ciò – prevede sempre l'art. 150 in via eccezionale – anche se non fosse scaduto il termine eventualmente stabilito per il pagamento. Eguale richiesta di pagamento potrebbe inoltre essere avanzata anche nei confronti *dei precedenti titolari delle partecipazioni*, responsabili in via sussidiaria *ex art. 2356 c.c.*<sup>33</sup>.

Tema contiguo a quello qui esaminato è infine quello affrontato dall'art. 2467 c.c., che – certamente nella s.r.l. ma forse anche nella s.p.a. (secondo quanto verrà illustrato nel secondo volume) – legittima il curatore, ovviamente sempre ricorrendo le condizioni fissate dal predetto articolo (nonché di quelle, eventualmente, poste dall'art. 182-*quater* in caso di consecuzione di procedure: v. *supra*, § 25.V), a chiedere ai soci il rimborso di quanto da essi eventualmente ricevuto in restituzione dei **finanziamenti concessi alla società**.

#### V. Le azioni di responsabilità

##### 1. La responsabilità dei soggetti incaricati di funzioni di amministrazione e controllo

Si esamineranno, nel secondo volume, i profili della responsabilità risarcitoria derivante dal non diligente esercizio delle funzioni di amministrazione e controllo svolte all'interno di una società, nonché i diversi fronti sui quali essa si esplica: verso la società, verso i creditori sociali, e verso i singoli soci o terzi. Paradigmatica è a tale riguardo l'articolata disciplina prevista in tema di società per azioni che prevede agli artt. 2392-2393-*bis* c.c., la responsabilità verso la società, all'art. 2394 la responsabilità verso i creditori sociali, e all'art. 2395 la responsabilità nei confronti dei singoli soci e terzi.

<sup>33</sup> V. DE LUCA, sub *art. 2356 c.c.*, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Commentario. Società di capitali*, Napoli, 2004, 346 ss.

A parte quest'ultimo ambito di responsabilità (*ex art. 2395*, che come si vedrà fra breve non può essere fatta valere dagli organi concorsuali) secondo l'art. 2394-*bis* c.c. gli altri due titoli di **responsabilità – verso la società e verso i creditori sociali** – “*in caso di fallimento*” (ma anche di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria) *potranno invece essere fatti valere dal curatore* (o, rispettivamente dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario). Può anzi osservarsi come, in pratica, nella maggior parte dei casi tali azioni vengano esercitate proprio dal curatore ai sensi dell'art. 2394-*bis*, e non invece, come potrebbe supporre osservando l'ordine degli artt. 2392 ss. c.c., dai soci o dai creditori.

Principi analoghi valgono ovviamente anche per la *s.r.l.* (benché per essa non risulti espressamente prevista la responsabilità verso i creditori sociali, che comunque si ritiene sussistente<sup>34</sup>), per la quale anzi consta anche la possibilità di far valere la responsabilità dei “*soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci e i terzi*” (art. 2476, co. 7, c.c.); nonché per la *s.a.p.a.* (in virtù del rinvio disposto dall'art. 2454 c.c.) e per le *società cooperative* (in virtù del rinvio disposto dall'art. 2519 c.c.); nonché, in principio, anche per le *società di persone*, benché rispetto ad esse la responsabilità personale per le obbligazioni sociali di tutti i soci illimitatamente responsabili, che solitamente ricoprono anche il ruolo di amministratori, renda di fatto superflua un'azione di responsabilità amministrativa da parte dei creditori (del resto neppure espressamente prevista) o della società (pur prevista dall'art. 2260 c.c., ma resa irrealistica in caso di fallimento: improbabile essendo che al suo esito residui un patrimonio sociale non assorbito dalle perdite sociali).

Tutto ciò risulta ribadito, nella legge fallimentare, dall'art. 146, co. 2, secondo il quale – senza fare espresso riferimento, come nel testo previgente della norma, agli artt. 2392 ss. c.c., o ad alcun particolare tipo di società – *il curatore esercita le azioni di responsabilità contro:*

– gli **amministratori**: rientrandovi, secondo la giurisprudenza<sup>35</sup>, anche i soggetti ai quali possa imputarsi la qualifica di *amministratore di fatto*, ed essendo soggetto alla medesima responsabilità anche, nelle *s.p.a.* quotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis*, ult. co., TUF);

– i **componenti degli organi di controllo** (anche in virtù del rinvio operato dall'art. 2407, ult. co., c.c.), quale che sia il sistema di amministrazione e controllo adottato, ed estendendosi tale responsabilità anche ai *revisori legali e alle società di revisione legale* (art. 15, d.lgs. 39/2010);

– i **direttori generali** e, se la società sia stata posta in liquidazione prima del fallimento, i **liquidatori**;

– inoltre, nella *s.r.l.*, competerà al curatore anche l'azione responsabilità prevista dall'art. 2476, co. 7, contro i “*soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci e i terzi*”.

<sup>34</sup> E v. infatti Cass. 21-7-2010, n. 17121. Analoga possibilità, invece, pur nella medesima carenza di un aggancio testuale, è stata negata rispetto ai consorzi con attività esterna, riconoscendosi la relativa azione a ciascun creditore individualmente (Cass. 3-6-2010 n. 13465).

<sup>35</sup> V. fra le altre Cass. 12-3-2008, n. 6719; Cass. 27-2-2002, n. 2906.

Le azioni di responsabilità in discorso potranno essere esercitate dal curatore soltanto *previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori* (art. 146, co. 2)<sup>36</sup>. A queste condizioni, comunque, la **legittimazione del curatore** sarà *esclusiva*, non potendo dette azioni essere intraprese dai soci o dai creditori ed interrompendosi eventualmente le azioni da questi ultimi già intentate (salva peraltro la possibilità del curatore di riassumerle, anziché intentarle *ex novo* sulla base di nuovi elementi probatori o di una diversa strategia argomentativa).

## 2. La responsabilità per abuso del potere di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.)

Si esaminerà nel secondo volume la disciplina prevista dagli artt. 2497 ss. c.c., in materia di *responsabilità (risarcitoria) derivante dall'abusivo esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*. Responsabilità che (sia pure sulla base di presupposti e condizioni di procedibilità che la disciplina generale indica in termini che lasciano tuttora aperto il dibattito sulla loro esatta definizione) può essere fatta normalmente valere dai soci (per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della loro partecipazione) o *dai creditori* (per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale) delle società controllate.

Ebbene – anche prescindendo dalla questione se tale azione possa implicitamente ritenersi compresa fra le azioni di responsabilità gestoria previste dall'art. 146, co. 2, lett. a) – consta comunque espressamente, secondo il disposto del medesimo art. 2497, ult. co., c.c., che in caso di fallimento (o di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria) di società soggetta all'altrui direzione e coordinamento, *l'azione prevista dal medesimo art. 2497 a favore dei creditori, sarà esercitata* (anche in tal caso, deve ritenersi, in via esclusiva) *dal curatore* (o, rispettivamente, dal commissario giudiziale o dal commissario straordinario). L'eventuale risarcimento conseguito in caso di esito vittorioso dell'azione sarà così acquisito alla massa a beneficio dei creditori concorsuali, benché, certo, resti aperta la questione (in certa misura, del resto, prospettabile anche con riferimento all'ordinaria azione di responsabilità spettante ai creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*) della *possibile non coincidenza* fra i creditori danneggiati *ex art. 2497 c.c.* e l'intera platea dei creditori concorsuali che andranno invece a beneficiare del ristoro della "lesione arrecata al patrimonio sociale".

---

<sup>36</sup> V. più ampiamente AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, Tr. Cottino, 735 ss.; TOFFOLETTO/AA.VV., *Dir. fall.*; CARIDI, *sub art. 146, Comm.* Nigro-Sandulli, 1899 ss.; SICA, *Responsabilità degli amministratori e fallimento delle società di capitali*, Fall, 2005, 98 ss.

CAPO SECONDO  
LE SOLUZIONI NEGOZiate DELLA CRISI

**§ 28. IL CONCORDATO PREVENTIVO**

**LETTERATURA:** AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa (atti del Convegno – Torino, 8-9 aprile 2011)*, a cura di A. Jorio, Milano, 2012; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Tr. Cottino, 2 ss.; AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009; AMBROSINI, *Il controllo giurisdizionale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, *DFall*, 2010, I, 551 ss.; ARATO, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, *DFall*, 2008, I, 58 ss.; AZZARO, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, *Fall*, 2007, 741 sa.; CALANDRA BUONAURA, voce *Concordato preventivo*, *EncD - Annali*, vol. II, tomo 2, Milano, 2008; CENSONI, *Il nuovo concordato preventivo*, *GComm*, 2005, I, 723 ss.; CENSONI, *Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell'impresa in crisi*, *DFall*, 2008, I, 853 ss.; DE CICCO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla "par condicio creditorum"*, Napoli, 2007; DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011; DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli, 1961; ID, voce *Fallimento (Concordato fall.)*, *EncGiur*, Roma, 1988; FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, *RDCiv*, 2009, II, 711 ss.; GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, *GComm*, 2009, I, 730 ss.; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, *RSoc*, 2008, 17 ss.; JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011; MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, *BBTC*, 2009, I, 373; PACCHI (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005; PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, *DFall*, 2011, I, 95 ss.; PAGNI, *Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, *Fall*, 2008, 1091 ss.; A. PATTI, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, *Fall*, 2010, 621 ss.; A. PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, *Fall*, 2006, 1019; SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984; SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, *Fall*, 2009, suppl. fasc. 1, 30 ss.; SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, *BBTC*, 2006, I, 517 ss.; SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, *GComm*, I, 2007, 566 ss.; STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, *Fall*, 2010, 1346 ss.; TERRANOVA, *Stato di crisi, insolvenza, incapienza patrimoniale*, *DFall*, 2006, I, 547 ss.; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010.

**I. Presupposti e funzione**

La tensione fra un'impresa commerciale in crisi e i suoi creditori può trovare soluzioni diverse da quella che, con l'avverarsi dello stato di insolvenza, si impone con l'apertura di una procedura fallimentare. Lasciando per il momento da parte i pur



possibili accordi stragiudiziali (di cui si dirà al § 30), i **percorsi giudiziali** alternativi a quello fallimentare che la legge (titolo III, artt. 160 ss.) prevede e disciplina sono il **concordato preventivo** e gli **accordi di ristrutturazione dei debiti**. Rinviando ad un successivo capitolo l'esame di questi ultimi (che pur richiedendo un intervento giudiziale, si può dubitare che diano luogo ad una vera e propria procedura "concorsuale"), certamente il concordato preventivo costituisce, al pari del fallimento, una **procedura concorsuale giudiziale**.

Attraverso di essa – può dirsi in prima approssimazione – un imprenditore in crisi ha la possibilità, *senza perdere il potere di gestire la sua impresa e godendo di una moratoria sui debiti esistenti*, di formulare ai suoi creditori una *proposta per il soddisfacimento, sia pur parziale o differito, dei loro diritti*. La proposta, se regolarmente accettata dalla maggioranza dei creditori e conseguentemente omologata dal tribunale, *limiterà i debiti dell'imprenditore a quanto in essa promesso*, con conseguente *liberazione*, anche verso i creditori che non abbiano assentito alla proposta stessa, da ogni altro debito precedente ad essa.

Considerando tali profili si è sempre discussa, con ricadute anche sul piano interpretativo, la **natura del concordato preventivo**. Se questo abbia cioè *natura* essenzialmente **contrattuale**, prevalendo i profili negoziali e privati dell'accordo; ovvero **giudiziale** (o *istituzionale*), preminente rilevanza dovendo invece accordarsi al decreto con il quale il tribunale omologa l'accordo, il contenuto del quale verrebbe così astratto dalla componente negoziale che vi ha dato luogo. Non mancano peraltro *tesi miste*, intermedie fra le precedenti<sup>1</sup>. Certo è comunque che la riforma del concordato preventivo, inaugurata nel 2005 e poi completatasi con successivi interventi fino al 2012, ha accentuato rispetto al passato (sulla scia di esperienze straniere, *in primis* quella statunitense e poi tedesca), la componente negoziale della procedura; essendosi allora parlato di *privatizzazione del concordato preventivo* (oltre che delle procedure concorsuali in genere).

Per comprendere la **funzione del concordato preventivo**, anche in rapporto a quella del fallimento, è di primaria importanza focalizzarne i presupposti e l'obiettivo, che la legge individua nella **"ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori"**. Benché tale obiettivo (come si vedrà meglio) possa essere perseguito *"in qualsiasi forma"*, e sia quindi compatibile anche col perseguimento di obiettivi ulteriori e complementari (ad esempio il risanamento dell'impresa e il suo mantenimento in capo all'imprenditore, o comunque la conservazione del complesso aziendale e dei livelli occupazionali), la previsione della sua essenzialità chiarisce comunque che la procedura ha – al pari di quella fallimentare, anche se con modalità diverse e in ipotesi più efficienti – una **finalità** eminentemente *satisfattiva*<sup>2</sup>.

Tale omogeneità funzionale che, al fondo (e pur senza escludere finalità ulteriori), il concordato preventivo manifesta rispetto al fallimento, consente inoltre di apprez-

---

<sup>1</sup> Per una rassegna del dibattito precedente la riforma, v. JORIO, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, cit., 716 ss.; PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, *Buonocore-Bassi*, I, 558 ss.

<sup>2</sup> Espresi indici in tal senso compaiono, fra l'altro, anche nelle norme dedicate al c.d. concordato con continuità aziendale (v. *infra*): 182-*quinquies* e 186-*bis* (cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *Appendice 2012*).

zare come e perché il primo possa in qualche modo fungere da alternativa al secondo.

Anche dal punto di vista dei **presupposti** delle due procedure, vale a dire della situazione di fatto che ne giustifica l'apertura, si riscontra infatti una rilevante sovrapposizione.

Dal punto di vista **soggettivo**, v'è una coincidenza pressoché totale: l'art. 160 parla di "imprenditore" *tout court*, ma l'art. 1 della stessa legge – che, come si ricorderà, specifica anche di quale natura e di quali dimensioni debba essere l'impresa assoggettabile alla procedura fallimentare – è esplicito nel prevedere che tali requisiti riguardino tanto l'imprenditore ammissibile a fallimento quanto quello ammissibile a concordato preventivo.

Uno scarto può semmai riscontrarsi nell'art. 3, laddove ammette alla procedura di concordato preventivo *anche le "imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa"*, ivi comprese, fra queste ultime, quelle che invece sarebbero "escluse dal fallimento": potendosi così dedurre che vi sono imprese escluse dal fallimento ma ammissibili al concordato preventivo.

Ammissibili sono altresì, tendenzialmente, le imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria (§ 35), così come l'imprenditore individuale cessato o quello (nella persona dei suoi eredi se non abbiano accettato l'eredità puramente e semplicemente) defunto<sup>3</sup>.

Inoltre, deve tenersi presente che, per quanto riguarda le *società con soci illimitatamente responsabili*, mentre in caso di fallimento si prevede un'estensione automatica della procedura anche a tali soci, nel caso di concordato preventivo si prevede invece, soltanto, che "*salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*" (art. 184, co. 2). Il che deve intendersi come possibilità per quei soci di godere degli effetti (in primo luogo la moratoria del debito e poi l'esdebitazione) della procedura cui è sottoposta la società<sup>4</sup>, ma non come possibilità di un'autonomia, ancorché collegata, procedura concordataria dei singoli soci.

Sono poi da ritenersi *escluse* dal concordato preventivo le *banche*, nonostante il persistente riferimento dell'art. 171, ult. co. (da ritenersi allora tacitamente abrogato) alle "imprese esercenti il credito". Tanto si può desumere dall'art. 80, co. 6, TUB, per il quale, appunto, le banche sono escluse da ogni procedura concorsuale diversa dalla liquidazione coatta prevista dal medesimo TUB.

Dubbia è infine la possibilità di aprire un *concordato di gruppo* (benché un indizio in questo senso possa trarsi dall'art. 160, che fa un riferimento alle "imprese interessate" alla proposta di concordato<sup>5</sup>), anche se si tende ad ammettere che più procedure individuali possano, dopo la separata apertura di ciascuna, essere riunite e/o coordinate.

Dal punto di vista **oggettivo**, presupposto del concordato preventivo è lo **stato di crisi** in cui si venga a trovare l'impresa. Un tale stato non è incompatibile ed alterna-

<sup>3</sup> Cass. 7-2-2006, n. 2594; Cass. 21-11-2002, n. 16415; in senso dubitativo v, però SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1974, 157 ss.

<sup>4</sup> V. Cass. 30-8-2001, n. 11343 (dichiarando così inapplicabile l'art. 167 al patrimonio personale del debitore); Cass. 17-2-2006, n. 3535; GALLETTI, *Comm. Jorio-Fabiani*, II, 2269 ss., 2329.

<sup>5</sup> Cfr. SANDULLI, *Comm. Nigro Sandulli*, II, 984; PACCHI, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, cit., 435 ss.; SANTONI, *Contenuto*, cit., 517 ss.; VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni (substantive consolidation)*, *RDSoc*, 2010, I, 586 ss.; FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, *DFall*, 2011, II, 247 ss.; VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, *DBancaMerc.Fin.*, 2012, I, 378 ss.

tivo rispetto allo stato di insolvenza (presupposto oggettivo del fallimento), ma solo più ampio, essendo infatti previsto che “per stato di crisi si intende *anche* lo stato di insolvenza”. L'insolvenza, quindi, costituisce *un* possibile (il più grave) stato di crisi; ma quest'ultimo potrebbe ricorrere anche in situazioni di difficoltà meno acuta.

È anche importante però precisare di quale *intensità minima* debbano essere tali difficoltà, per poter essere qualificate come “crisi”, onde evitare di dilatare eccessivamente tale nozione e, conseguentemente, le possibilità di accedere alla procedura di concordato preventivo. Attingendo alla dottrina aziendalistica, e soprattutto valorizzando l'esame comparatistico di alcune esperienze straniere alle quali la vigente disciplina si è indubbiamente (anche se non corrvamente) ispirata, può dirsi che, in principio, lo stato di crisi comprende anche quelle situazioni in cui, pur non essendovi ancora verificato uno vero e proprio stato di insolvenza, consti tuttavia una situazione che realizzi *il concreto rischio, o addirittura la certezza, che un'insolvenza, ancorché non in essere, si verificherà; che essa, insomma, sia imminente*. Una tale prospettiva potrebbe per esempio rendersi verosimile in presenza di alcuni indici sintomatici quali una forte crisi di liquidità, o un eccessivo sovraindebitamento; ovvero, ancora, quando constino debiti non ancora scaduti ma ai quali verosimilmente non potrà farsi fronte in futuro mediante la capacità reddituale dell'impresa (salvo appunto un recupero di tale capacità attraverso un piano concordatario).

Ebbene, proprio questo parziale scarto fra la nozione di stato di crisi e stato di insolvenza consente di apprezzare (come già rilevato in sede introduttiva) la ragione della previsione, nel nostro ordinamento, di una procedura come quella concordataria affianco a quella fallimentare, pur essendo entrambe, in principio, rivolte a soddisfare i creditori. Innanzitutto, la possibilità di poter accedere ad una procedura concorsuale pur in presenza di una condizione di difficoltà che non sia ancora uno stato di insolvenza, denuncia una possibile **funzione preventiva, anticipatoria**, del concordato rispetto al fallimento. L'imprenditore in crisi ha così la possibilità di avviare una regolazione concorsuale dei propri debiti ancor prima che la sua situazione economico-finanziaria si sia deteriorata al punto di divenire una vera e propria insolvenza. In tal modo, il debitore, senza subire gli effetti del fallimento (e lo spossessamento in primo luogo) potrà pilotare la crisi della propria impresa e beneficiare di una parziale esdebitazione. Ma anche i creditori potranno beneficiare di un valore che (almeno nelle loro stime, se approveranno la proposta) potrà ritenersi maggiore di quello ricavabile da una procedura fallimentare: e ciò grazie alla possibilità di anticipare il momento in cui si procederà alla regolazione concorsuale dei loro crediti e soprattutto grazie ad un “piano” che – essendo congegnato da chi meglio di tutti conosce le potenzialità e il reale valore dell'impresa in difficoltà – potrebbe consentire di “estrarre” da quest'ultima un valore superiore a quello che risulterebbe all'esito di una liquidazione fallimentare. Per questa stessa ragione, d'altra parte, un risultato economico preferibile rispetto all'alternativa fallimentare potrà conseguirsi anche quando al concordato si acceda in una condizione che sia già di insolvenza: in questo caso il concordato si porrà non tanto in funzione anticipatoria di un fallimento, ma quale **alternativa** ad esso.

Sia in questo caso, dunque, che in quello in cui uno stato di insolvenza non si sia ancora realizzato, spetterà ai creditori, chiamati ad approvare la proposta concordataria, di valutare, in concreto, quali vantaggi possano essere realisticamente raggiunti

attraverso il piano concordatario proposto. In altri termini – senza che la legge, come in passato, condizioni l'accesso al concordato preventivo ad un qualche indice di “meritevolezza” dell'imprenditore ovvero ad un livello minimo di soddisfazione da offrirsi ai creditori – spetterà esclusivamente a questi ultimi di valutare, di volta in volta e in termini “freddamente” economici, se, nonostante la repressibilità della passata condotta del debitore e la inevitabile falciatura concordataria (e cioè la parte dei debiti che non verrà pagata, o verrà pagata in ritardo, o in forme diverse da quelle originarie), la proposta concordataria possa apprezzarsi, in definitiva e tutto considerato, più conveniente rispetto ad un prevedibile esito fallimentare.

## II. Il piano

Il nucleo sostanziale della domanda di concordato preventivo consiste (in ciò non diversamente da altri percorsi di soluzione negoziata della crisi d'impresa) in una **proposta ai creditori**. Con questa si offre ai creditori una soddisfazione che, benché *incompleta* (e cioè in misura inferiore e/o in termini dilazionati rispetto a quanto dovuto, per il resto invece operando l'esdebitazione del proponente) si prospetta come preferibile rispetto a quella che potrebbe trarsi da una procedura fallimentare. Questa proposta, poiché solitamente articolata secondo un programma di una qualche complessità, viene anche detta “**piano concordatario**”.

Com'è implicito nel concetto stesso di “proposta”, essa – affinché la procedura possa concludersi con successo – dovrà essere formulata in termini (non solo rispettosi di alcune condizioni legali, ma anche) sufficientemente appetibili da provocare l'approvazione dei creditori. Il che però non toglie che la sua formulazione (o comunque, pur quando si sia preventivamente esplorato l'orientamento dei creditori, la sua formalizzazione e presentazione) spetti *esclusivamente al debitore*. Difatti – ferma la finalità (in certa misura) satisfattiva verso cui la proposta, per potersi definire tale, dovrà necessariamente orientarsi – resta al debitore un largo spazio di autonomia nel programmare le modalità attraverso cui una tale finalità potrà essere perseguita. Ciò potrà infatti avvenire, come prevede espressamente l'art. 160, “**attraverso qualsiasi forma**”. Può dirsi così che il piano concordatario risulta tipizzato nella sua funzione, ma non nei suoi contenuti.

A ciò non contraddice il fatto che è lo stesso art. 160 a prevedere alcune “**forme**” in cui il piano potrebbe congegnarsi. Si tratta infatti di un elenco puramente esemplificativo, che non esaurisce le modalità attraverso cui potrebbe essere definita la proposta concordataria; pur riuscendo certo ad esprimere, nelle linee principali, l'ampiezza e la complessità che quest'ultima, almeno nei disegni di proporzioni maggiori, potrebbe raggiungere.

a) Fra le “forme” più semplici rientra così la possibilità di una *mera promessa di pagamento parziale e/o dilazionato dei crediti esistenti* (c.d. **concordato remissorio** o **dilatorio**), solitamente (ma oggi non più necessariamente, com'era invece in passato) assistita da garanzie prestate da terzi.

b) Oppure può essere prevista una **mera cessione dei beni ai creditori**: in tal caso

(come prevede anche l'art. 182) si tratterà di una forma di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore che, in mancanza di particolari previsioni, potrebbe anche non divergere nell'esito e nelle modalità (pur certo godendo della maggiore autonomia operativa e dell'effetto esdebitatorio tipici del concordato) da quella che si realizzerebbe nell'ambito di una procedura fallimentare (della quale infatti l'art. 182 richiama espressamente gli artt. 105-108-ter).

Si discute se in tal caso debba essere necessariamente prevista una **percentuale minima di soddisfazione** che i creditori potranno ritrarre dalla cessione, o se questa non sia necessaria, almeno quando il piano sia chiaro nel trasferire il rischio del realizzo ai creditori, chiamati così a pronunciarsi su un'offerta dichiaratamente aleatoria<sup>6</sup>. La cessione dei beni potrà del resto essere *obbligatoria* (il proponente impegnandosi a far conseguire ai creditori la proprietà o altro diritto sui beni oggetto dell'offerta) o *traslativa* (l'effetto producendosi per effetto dell'omologazione del concordato). Neppure è escluso, comunque, una concordato "misto", che combini le due forme sopra indicate.

c) Forme più complesse potrebbe invece assumere il piano quando intenda raggiungere la soddisfazione dei creditori attraverso il compimento – necessariamente attuabile col concorso degli organi sociali<sup>7</sup> – di talune **operazioni straordinarie**<sup>8</sup>, quali ad esempio: un conferimento d'azienda in una società nuova o preesistente; un'incorporazione della società in crisi da parte di un'altra *in bonis* (ma al limite anche viceversa); una scissione in una "good" e in una "bad company"; una trasformazione della società in crisi (magari in s.p.a., per consentire la cartolarizzazione delle partecipazioni): in ciascuno di questi casi *attribuendosi poi ai creditori, o a società da loro già partecipate, titoli emessi dalle società risultanti da queste operazioni* (a seconda dei casi: azioni o quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito).

In altri termini, secondo queste modalità, il valore dell'azienda dell'impresa in crisi verrebbe attribuito ai creditori non sotto forma di denaro ricavato da un procedimento di liquidazione, bensì "cartolarizzando" quel valore in strumenti finanziari, di partecipazione o di credito, emessi dalla società (la stessa in crisi, o altra preesistente, o altra costituita *ad hoc*, c.d. *newco*) – che verrà ad essere titolare del complesso aziendale, o di parte di esso. In tale modo, il complesso produttivo non verrebbe disgregato, potendo anzi continuare ad operare attraverso la società che ne risulterà titolare; ma il suo valore potrà essere rappresentato da, e frazionato in, strumenti finanziari che ne faciliteranno la distribuzione e la mobilitazione. I creditori che ne diverranno titolari<sup>9</sup> potranno così decidere se godere di quel valore continuando a detenere i titoli (azioni, obbligazioni, altri strumenti finanziari) loro attribuiti e percepandone le utilità (dividendi, interessi, rimborsi, ecc.); ovvero "rea-

<sup>6</sup> In tal senso, Cass. 23-6-2011, n. 13817, secondo cui l'indicazione di una percentuale potrebbe avere un mero valore informativo, senza assurgere a vero e propria obbligazione contrattuale.

<sup>7</sup> Le deliberazioni propedeutiche potranno essere assunte prima dell'omologazione, pur condizionando la propria efficacia a quest'ultima; ovvero costituire oggetto esse stesse della proposta (cfr. GUERRERA-MALTONI, *op. cit.*, 50 ss.; CENSONI, *Concordato*, cit., 858 ss.).

<sup>8</sup> Oltre agli autori citati alla nt. prec., v. anche PALMIERI, *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, Fall, 2009, fasc. 9.

<sup>9</sup> V. più in generale, STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, RSoc, 2004, 1041 ss.

lizzarlo”, cedendo i titoli sul mercato. È bene comunque tener presente che simili operazioni, che presuppongono l'utilizzo di un “veicolo” economicamente impegnativo quale una società azionaria, si giustificano soltanto rispetto ad imprese di significative dimensioni. Ipotesi, questa, che però, in sede concordataria, si verifica meno frequentemente di quanto la previsione legale (che ha infatti avuto il suo precedente nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle “grandi” imprese in crisi) induca a supporre.

d) La proposta concordataria, potrà – anche se non necessariamente dovrà – essere assistita da **garanzie**, reali o personali, tipiche o atipiche (ad es. una lettera di *patronage* o un *trust*; difficile ritenere invece che come “garanzia” possano intendersi i redditi attesi dall'impresa), a favore di tutti o alcuni creditori (ad es. i privilegiati), che potranno essere prestate dallo stesso imprenditore (o dai soci) oppure da terzi.

Del resto, ancor oltre quest'ultima ipotesi, deve evidenziarsi come la proposta, pur proveniente dall'imprenditore in crisi, non dovrà necessariamente prevedere che sia proprio quest'ultimo a farsi carico di realizzare quanto promesso ai creditori. È possibile, infatti, che la stessa proposta indichi un terzo, c.d. **assuntore** che, a fronte della cessione a suo favore delle attività dell'impresa in crisi, si accoli i debiti di cui il piano preveda il pagamento.

L'accollo potrà essere cumulativo (cioè in solido con l'imprenditore) o liberatorio, se espressamente previsto dal piano sottoposto all'approvazione dei creditori. È dubbio peraltro se (come previsto espressamente dall'art. 124 per il concordato fallimentare, nel quale però, a differenza del concordato preventivo, già consta una verifica dei crediti), l'assuntore possa limitare la sua responsabilità ai soli **creditori verificati ai fini del voto**, nei confronti degli altri restando responsabile il solo imprenditore (soluzione che però pare contrastare con l'art. 184 che prevede l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori). Assuntore/cessionario dell'attivo potrebbe anche essere una società partecipata dai creditori, o da alcuni di essi. Neppure è raro peraltro (benché non encomiabile) che, in pratica, l'assuntore si riveli poi essere un *alter ego* dell'imprenditore (o dei soci della società in crisi) che indirettamente provi a recuperare la disponibilità del complesso aziendale, depurato però dei debiti di cui il piano non prevede il pagamento (c.d. *falcidia concordataria*).

e) Fra le modalità più significative attraverso le quali il piano può essere congelato, v'è poi quella che consente<sup>10</sup> la **suddivisione dei creditori in classi** “secondo

<sup>10</sup> E secondo taluni imporrebbe; ma di un obbligo non si rinviene invero traccia. L'opinione prevalente è tuttavia in senso contrario (cioè quello, sostenuto del testo, della mera facoltatività della suddivisione dei creditori in classi), v. in tal senso Cass. 10-2-2011, n. 3274 (con riferimento al concordato fallimentare); e v. anche, negando la sussistenza di un potere del tribunale di sindacare la mancata formazione di classi, C.Cost. (ord.) 12-3-2010, n. 98.

Sul punto v. GALLETI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, *GComm*, 2006, II, 906 ss., 920; ID., sub art. 160 *l.fall.*, *Comm.* Jorio-Fabiani, II, 2268 ss.; ID., *Classi obbligatorie? No, grazie!*, *GComm*, 2010, II, 343 ss.; LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, *Fall*, 2009, 1129 ss.; STANGHELLINI, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, *Fall*, 2007, 1059 ss.; FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, *RDCiv*, 2009, II, 711 ss.; CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, *Fall*, 2010, 324 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, *GComm*, 2012, I, 14 ss., spec. 19 ss.

*posizione giuridica e interessi economici omogenei*", riservando poi *trattamenti differenziati* ai creditori appartenenti alle diverse classi.

Per comprendere il senso di tale previsione, occorre muovere dalla considerazione che i creditori di un'impresa in crisi non costituiscono un gruppo del tutto omogeneo, venendo in realtà a scomporsi, se "guardati più da vicino", in gruppi aventi aspettative diverse, in ragione della diversità del titolo giuridico vantato e della loro condizione economica. Fra i crediti aventi particolare titolo giuridico, in particolare, una speciale menzione – sia perché spesso di grande, se non determinante, rilevanza quantitativa, sia perché destinatari di una disciplina *ad hoc* (art. 182-ter, sulla c.d. *transazione fiscale*<sup>11</sup>), meritano i *crediti tributari e contributivi* (che possono essere, a loro volta, assistiti da privilegio oppure chirografari).

Alla luce dunque di un talmente variegato "fronte" dei creditori, si profila il rischio che un'offerta identica per tutti (o quanto meno per tutti i creditori di pari rango: tipicamente, i chirografari) raccolga un consenso quantitativamente inferiore di quello che potrebbe invece raggiungersi se l'offerta potesse essere differenziata rispetto ai diversi gruppi.

Si immagini così che potrebbero ben esservi dei soggetti come i lavoratori, disposti a rinunciare a parte dei loro crediti (anche se privilegiati), se ciò possa consentire il risanamento dell'impresa e la conservazione del posto di lavoro, e con ciò la prospettiva di un reddito futuro. Oppure dei soggetti come i creditori commerciali che invece, avendo urgenza di liquidità, potrebbero preferire un pagamento ridotto, purché rapido ("poco ma subito"). O ancora, al contrario, dei soggetti come le banche che preferiranno recuperare il massimo del valore dei loro crediti quand'anche a scadenza piuttosto differita (il che rappresenta una condizione usuale della loro operatività). O, infine, a quella cospicua categoria di creditori aventi posizione giuridica omogenea quali gli obbligazionisti di una s.p.a. Ancora, tornando alle ipotesi sopra ricordate, potrà esserci chi, avendo una maggiore propensione al rischio, preferirà essere soddisfatto mediante l'attribuzione di titoli come le azioni nella società risultante dalla ristrutturazione concordataria; ovvero chi preferirà avere titoli di debito, meno speculativi ma più sicuri; ovvero chi sia più interessato all'assegnazione di un ramo d'azienda, o direttamente ad una somma di danaro, ancorché in percentuale ridotta.

*e-bis*) L'art. 160 concede poi un'opzione senza la quale potrebbe spesso risultare velleitario qualunque piano concordatario: quella di prevedere un **pagamento non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca**.

La necessità, prescritta prima della riforma del 2005, di un pagamento integrale (compresi gli interessi) di tali creditori, comportava spesso l'impraticabilità di ogni soluzione concordataria, procurando il problema compendiabile nei seguenti termini. La posizione,

---

<sup>11</sup> Su cui v. CAPOLUPO, *Transazione fiscale. Aspetti sostanziali - La procedura*, in *Fisco*, 2006, 1, 7583 ss., 7920 ss.; CENSONI, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritto di prelazione*, *Fall*, 2007, 434 ss.; FINARDI, *Transazione fiscale e crediti privilegiati nel concordato preventivo*, *Fall*, 2007, 1466 ss.; STASI, *Obbligatorietà o facoltatività della transazione fiscale*, *Fall*, 2011, 85 ss.; L. MANDRIOLI, *Transazione fiscale e concordato preventivo: compatibilità, incongruenze, e profili problematici*, *DFall*, 2007; LO CASCIO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, *Fall*, 2008, 338 ss.; RESTUCCIA, *Grado dei privilegi e transazione fiscale*, *DFall*, 2009, II, 66 ss.; ZANICHELLI, *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei crediti privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, *Fall*, 2007, 580 ss.

pur formalmente avvantaggiata, dei creditori muniti di causa legittima di prelazione, si rivela spesso, in concreto, incapace di assicurare loro una piena soddisfazione: in particolare, ciò accade quando l'effettivo valore di realizzo dei beni su cui sussiste la causa di prelazione risulta inferiore all'ammontare del credito, ovvero "assorbito" da una causa di prelazione posteriore a favore di altri. Ad esempio: il creditore per 100 ha pegno su un bene che vale soltanto 80; ovvero, un creditore per 100 ha ipoteca di secondo grado su un immobile che vale 150, ma che è già gravato da un'ipoteca di primo grado per 100. Ecco allora che il pagamento integrale di tutti i creditori privilegiati può risultare in concreto impossibile (salvo attingendo al residuo patrimonio non gravato da garanzie, che però raramente basta), restando allora preclusa ogni soluzione concordataria che ne preveda il pagamento integrale.

L'art. 160 concede dunque che il piano possa prevedere un pagamento non integrale dei creditori muniti di cause di prelazione, purché la **soddisfazione loro assicurata** "non risulti inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione" (valore stimato<sup>12</sup> da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d). Per la parte restante del credito (cioè quella che esorbita dal valore effettivamente realizzabile) i privilegiati saranno considerati come chirografari, potendo quindi essere destinatari, insieme a tutti gli altri chirografari, di un'offerta di pagamento parziale, in base al patrimonio residuo. Unico limite resta quello per cui, pur potendosi degradare a chirografari i creditori privilegiati assistiti da garanzia non capiente, con la possibilità quindi assegnarli ad alcuna delle classi previste dal piano e destinatarie di trattamenti differenti, "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

È questo un limite (c.d. *absolute priority rule*) che certo ingessa alquanto l'autonomia del debitore nel predisporre il piano<sup>13</sup>, e che si presta peraltro ad una duplice interpretazione.

In un senso più rigoroso<sup>14</sup>, il rispetto dell'"ordine delle cause legittime di prelazione" andrebbe inteso nel senso che il creditore munito di una causa di prelazione "inferiore" a quella di un altro non potrebbe vedersi destinato alcunché sino a quando il secondo non abbia trovato integrale soddisfazione. E lo stesso sarebbe ovviamente a dirsi con riferimento ad un chirografario, rispetto a chi vantasse un qualsiasi titolo di prelazione.

Tuttavia, se tale principio dovesse essere rispettato in questi ferrei termini, la possibilità di non pagare per intero i creditori assistiti da garanzie non capienti servirebbe a ben

<sup>12</sup> Anche in base alle prospettive, di liquidazione o di risanamento, dell'impresa: CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, *GComm*, 2009, I, 20 ss., 31; GUERRERA, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, *DFall*, 2010, I, 707 ss.. Particolarmente significativa sarà la valutazione prognostica della capienza del patrimonio del debitore con riferimento ai diritti dei creditori assistiti da privilegio generale (e dunque non su singoli beni: cfr. GUGLIELMUCCI).

<sup>13</sup> Si ammette peraltro che un tale limite non valga nel caso in cui il piano contempli l'apporto di un terzo destinato a soddisfare classi di chirografari, pur non trovando integrale soddisfazione i privilegiati (e sempre che un tale apporto non incida, per il resto, sul patrimonio del debitore): Cass. 8-6-2012, n. 9373.

<sup>14</sup> V. ad es. PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, *DFall*, 2006, I, 589 ss.



poco. Ciò infatti vincolerebbe a prevedere che tutto ciò che possa destinarsi ai chirografari debba essere innanzitutto rivolto a favore dei creditori che vantano una causa di prelazione (e, fra di essi, a quelli con il titolo più forte), seppur degradati a chirografari, sino a concorrenza di quanto occorra a soddisfarli per intero; soltanto ciò che residui potendo costituire oggetto di offerta agli altri creditori. Tuttavia, siccome normalmente già risulta difficile arrivare a soddisfare per intero i creditori (già) privilegiati, in tali casi non resterebbe praticamente nulla<sup>15</sup> da offrire ai semplici chirografari (o ad alcuni dei creditori muniti di causa di prelazione inferiore). Il che indurrebbe questi ultimi a non votare il concordato (ammesso, benché discusso, che voti anche il creditore a cui il piano non prometta nulla), determinando il rigetto della proposta.

Il rispetto dell'ordine di prelazione potrebbe allora essere meglio inteso in una seconda prospettiva. Nel senso, cioè, che sulla base del piano dovrà prevedersi che al creditore già munito di una causa di prelazione, benché considerato come chirografario per la parte non garantita dal bene su cui insiste quella causa, *non potrà destinarsi meno (ovvero dovrà destinarsi qualcosa in più) di quanto venga destinato ai creditori originariamente di rango inferiore, anche se non necessariamente tutto ciò che sia disponibile*; con la possibilità quindi di promettere qualcosa anche ai secondi. Secondo questa interpretazione più lasca<sup>16</sup>, pertanto, la "alterazione" vietata sarebbe soltanto quella che porti ad un ribaltamento, ad un'inversione dell'ordine; ma non quella che ne attutisca la portata, consentendo di promettere qualcosa anche ai creditori di rango inferiore raccolti in altra classe.

Proprio in questo senso si esprime infatti l'art. 182-ter, sopra accennato, a proposito dei *crediti fiscali o contributivi privilegiati*. Essi potranno infatti essere destinatari di un'offerta che ne preveda il pagamento solo parziale (il che conferma la regola generale), purché la percentuale, i tempi e le garanzie di pagamento *non siano inferiori a quelli offerti ai creditori che abbiano un grado di privilegio inferiore*, o a quelli con posizione giuridica omogenea ed interessi economici omogenei. In ciò si specificherebbe allora il limite del rispetto dell'ordine di prelazione: *non dunque l'impossibilità di attribuire alcunché, ma solo l'impossibilità di attribuire di più ai crediti di rango inferiore*.

Al limite opposto della categoria appena considerata ("privilegiati") possono poi situarsi creditori che già fossero (*ex lege* o *ex contractu*) – o che accettino proprio per effetto del piano – di essere "**postergati**" (c.d. *antiprivilegiati*) a tutti gli altri chirografari o ad alcuni di essi. Anche in tal caso giustificandosi la formazione di autonome classi<sup>17</sup> che li possano raggruppare per posizioni omogenee, e tendenzialmente destinatarie di trattamenti pari o prossimi allo zero (il che però non dovrebbe giustificarne – anche in caso di postergazione legale<sup>18</sup>, e malgrado alcuni orientamenti contrari – l'esclusione dal voto<sup>19</sup>).

<sup>15</sup> Salva forse l'ipotesi esaminata alla nt. 13 in cui si rendano disponibili risorse esterne, non provenienti dal patrimonio assoggettato a concorso (*Comm. Maffei Alberti*, 933).

<sup>16</sup> V. al riguardo C. FERRI, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, *Fall*, 2006, 695 ss., STANGHELLINI, *L'approvazione*, cit., 1973; ZANICHELLI, *op. cit.*, 346 ss.; SCIUTO, *op. cit.*; *Comm. Maffei Alberti*, sub art. 124, 730.

<sup>17</sup> Salvo deroga approvata da ciascuna altra classe: così Cass. 4-2-2009, n. 2706, affermando il principio che i creditori postergati (nel caso di specie *ex art. 2467 c.c.*) non possano essere inseriti in una classe insieme ai chirografari, salvo che consti il consenso della *maggioranza* di ciascuna classe dei chirografari (ma su ciò la decisione pare contestabile, parendo invece necessario un consenso di ciascun creditore posizione). Sul punto v. DI MARTINO, *Alcune questioni in tema di limiti all'autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati*, *BBTC*, 2012, II, 14 ss.

<sup>18</sup> Soltanto quando la postergazione sia assoluta (e non relativa soltanto ad alcuni creditori) potrà parlarsi (cfr. § 25.V), di vero e proprio arretramento di rango. Sul punto v. ampiamente VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, *passim*.

### III. L'apertura della procedura

#### 1. La domanda di ammissione

Se il piano concordatario, come sopra ricordato, costituisce il nucleo sostanziale della proposta del debitore, questa, nel suo complesso, risulta processualmente rappresentata dalla **domanda di ammissione** alla procedura, che assume la forma del *ricorso*.

Il **ricorso** dovrà essere sottoscritto dal debitore<sup>20</sup> (non però dall'istitutore); ovvero, se si tratti di società, dai suoi amministratori, previa approvazione documentata per atto pubblico, se si tratti di società di persone, della maggioranza assoluta dei soci (art. 152)<sup>21</sup>. Oltre a dover essere comunicato al pubblico ministero (la cui partecipazione alla procedura sarà però soltanto facoltativa), il ricorso dovrà essere presentato al *tribunale* del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale, senza che la competenza territoriale possa essere alterata per effetto del trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso. Dopo tale deposito, la domanda verrà inoltre *pubblicata* (si direbbe: "iscritta") nel registro delle imprese.

Insieme al ricorso occorrerà depositare la **documentazione** idonea a rappresentare le componenti attive e passive di cui i creditori dovranno tener conto per valutare la convenienza della proposta, e in particolare:

- un'aggiornata *relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa* (assimilabile ad un bilancio straordinario: il che consentirà fra l'altro di valutare anche le eventuali prospettive reddituali dell'impresa, nel caso in cui siano queste a dover garantire, secondo la proposta, il pagamento dei creditori);
- uno stato analitico ed estimativo delle *attività* (che consente di individuare la "massa attiva");
- l'*elenco nominativo dei creditori*, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione (il che consentirà di formarsi una prima mappatura del totale dei debiti a cui far fronte, e dei creditori che saranno chiamati a votare la proposta);
- l'*elenco dei titolari dei diritti reali o personali* su beni di proprietà o in possesso del debitore (ciò che, come nel fallimento, contribuirà a definire meglio su quanta parte della massa attiva i creditori potranno effettivamente contare);
- il valore dei *beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili* (posto che questi elementi contribuiscono a meglio valutare la convenienza della proposta concordataria, che potrebbe anche risultare liberatoria dei soci illimitatamente responsabili, rispetto all'alternativa fallimentare, in cui invece si produrrebbe il fallimento in estensione dei soci con la possibilità di concorrere anche sul loro patrimonio personale);

<sup>19</sup> V. anche Cass. 4-2-2009, n. 2706, cit.

<sup>20</sup> Il ricorso, inteso come domanda giudiziale, è cosa diversa dal piano, che pure può esservi contenuto, ma anche costituirne un allegato (cfr. VERNA, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*, *DFall*, 2008, I, 231 ss., 232).

<sup>21</sup> GUERRERA, *Il concordato delle società*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 911 ss., spec. 925, sulla derogabilità della previsione di legge nelle società personali.

– una *descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento* della proposta.

Una tale descrizione, secondo la lettera dell'art. 161, lett. e), dovrebbe costituire a sua volta oggetto di un "piano". Al di là della bizzarria di prospettare un "piano" quale documento accompagnatorio di un altro "piano", certo è che l'aver imposto una descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta risponde alla reale esigenza che il "piano" (principale) volto alla soddisfazione dei creditori, rappresenti dettagliatamente anche le modalità attraverso cui quest'ultima si compirà. Il che consentirà non soltanto, a priori, una migliore valutazione in termini di fattibilità: ma anche, *ex post*, ad omologazione avvenuta, un controllo dell'effettivo rispetto del piano nella sua fase esecutiva.

La descrizione delle modalità e dei tempi dell'adempimento risulta di primaria importanza quando il piano preveda che la soddisfazione dei creditori dovrà realizzarsi impiegando flussi di cassa (redditi futuri) provenienti dalla prosecuzione dell'esercizio dell'attività di impresa: c.d. **concordato con continuità aziendale** (art. 186-bis)<sup>22</sup>.

Esso riguarda le ipotesi in cui, nel descrivere le modalità e i tempi di adempimento della proposta, venga espressamente prevista la *prosecuzione dell'attività* di impresa direttamente da parte del debitore; ovvero – sempre al fine della prosecuzione dell'attività, ma in tal caso da parte di terzi – la *cessione dell'azienda in esercizio* (o *verosimilmente anche di un suo ramo*) o *il suo conferimento* in una o più società, anche di nuova costituzione (pur senza che con ciò risulti preclusa possibilità di liquidare alcuni beni non funzionali all'esercizio dell'impresa). Si tratta di una particolare figura di concordato preventivo (da sempre praticata, ma con la l. 134/2012 tipizzata) pensabile allora come una sua *species*: una "sub-fattispecie", cioè, che oltre ad essere sottoposta alla disciplina generale, comporta l'applicazione di ulteriori norme ad essa specificamente rivolte.

Fra queste, oltre alle altre che verranno ricordate appresso, innanzitutto la necessità che, già in sede di presentazione della domanda, la descrizione delle modalità e dei tempi dell'adempimento – dipendendo questo, in definitiva, da flussi finanziari futuri e soltanto "sperati" (sia pur plausibilmente) – sia integrata da un'*analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività* d'impresa prevista dal piano di concordato (c.d. *cash flows*), delle *risorse finanziarie* necessarie e delle relative modalità di *copertura*. Nonché, a corredo di ciò, da una specifica attestazione (all'interno della relazione del professionista, che deve sempre accompagnare il piano, come si vedrà subito appresso) che attesti, in particolare, che la prosecuzione dell'attività prevista dal piano è *funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*: cioè che per tal via si potrà raggiungere una soluzione concordataria migliore di quanto si sarebbe potuto offrire senza prosecuzione dell'attività, e comunque preferibile a quanto verosimilmente si otterrebbe all'esito di una procedura fallimentare.

---

<sup>22</sup> Per una prima riflessione, v. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, DFall, 2012, I, 482 ss.; PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, DFall, 2012, I, 673 ss. Più meditatamente, TERRANOVA, *Il concordato con "continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, DFall, 2013, I, 1 ss.

La domanda e la documentazione sopra descritte dovranno essere accompagnati dalla **relazione di un professionista** (designato dal debitore e in possesso dei requisiti indicati dall'art. 67, co. 3, lett. d) *che attesti la veridicità dei dati aziendali esibiti e la fattibilità del piano medesimo* (attestazione eventualmente da ripetersi nel caso in cui il piano subisca, nel corso della procedura, delle modifiche sostanziali)<sup>23</sup>.

Si tratta di un'attestazione di grande rilevanza, poiché tutto il senso economico della proposta, che i creditori dovranno porre alla base della loro eventuale adesione, verrebbe alterato se il piano concordatario risultasse fondato su premesse in fatto errate o su stime improbabili. Il che potrebbe innanzitutto accadere quando esso muova da dati aziendali non corrispondenti alla verità. La proposta potrebbe inoltre risultare velleitaria anche quando, pur prendendo le mosse da affidabili dati aziendali, si prefigga di raggiungere la soddisfazione dei creditori attraverso un articolato percorso il cui compimento, però, si riveli poco più di un vago auspicio, in assenza di concreti elementi che consentano di ritenerlo realistico.

## 2. Il preconcordato

Se quelli appena descritti sono gli "adempimenti" che il debitore deve normalmente osservare per accedere alla procedura di concordato preventivo, e per poter conseguentemente beneficiare, in caso di ammissione, degli effetti "protettivi" (già in via immediata ed interinale) che verranno esaminati appresso, deve farsi anche presente che il legislatore (con l'ultima ed ennesima modifica della legge fallimentare, l. 134/2012, art. 33) si è fatto carico di favorire l'ammissione al concordato preventivo anche nei casi in cui – pur nell'urgenza di comporre la crisi di impresa prima che la situazione "precipiti" – l'imprenditore *ancora non sia riuscito, o non abbia avuto il tempo, di confezionare un piano concordatario* da presentare ai creditori, presso i quali magari stia esplorando le condizioni che potrebbero essere accettate, ma così rischiando, al contempo, di generare allarmi che, anziché favorire la composizione della crisi, potrebbero piuttosto provocare un'istanza di fallimento prima che la via concordataria possa rendersi concretamente praticabile.

L'art. 168 consente allora all'imprenditore in stato di crisi (sempre che non abbia già tentato inutilmente nei due anni precedenti) di *"depositare il ricorso contenente la domanda di concordato* unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, **riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione** in un secondo momento, e in particolare entro un termine, fissato dal giudice: c.d. **"preconcordato"** (o concordato *"prenotativo"* o *"in bianco"*, o *"con riserva"*). E ciò, si badi bene per prevenire, o anche pendente, un'istanza di fallimento: con allora i facilmente comprensibili (ed infatti generalmente denunciati da studiosi e pratici) rischi di un abuso dello strumento a fini puramente dilatori, anche in assenza di ogni realistica prospettiva..

In tal modo l'imprenditore può prevenire un'eventuale dichiarazione di fallimento e comunque ottenere immediatamente una moratoria, disponendo di un periodo relativamente ampio (dai 60 ai 120 giorni, prorogabili in presenza di giustificati motivi per ulteriori 60 giorni; ma solo 60 se già penda istanza di fallimento) per definire il piano, e durante il quale già si produrranno alcuni degli effetti che sarebbero derivati dalla domanda di concordato "completa".

<sup>23</sup> V. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, Fall, 2009, 889 ss.; VERNA, *La relazione professionale*, cit.; A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l.fall.*, Fall, 2010, 518 ss.; PERUGINI, *Il professionista nel concordato preventivo*, Fall, 2009, 901 ss.

Naturalmente, entro il termine assegnato, l'imprenditore dovrà integrare il ricorso con la proposta, il piano e la documentazione. In tal caso la procedura proseguirà normalmente. Oppure – e questa è un'ulteriore opportunità – potrà anche, *in alternativa*, depositare un ricorso per l'omologazione di un *accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis*, così sostanzialmente dirottando la procedura di concordato verso quella prevista da tale disposizione (esaminata in seguito: § 31), ma beneficiando ugualmente, nel frattempo, degli effetti protettivi interinali connessi ad una normale domanda di concordato.

Se invece entro il termine assegnato non venisse presentata la proposta con il piano e la documentazione richiesta, le conseguenze non potranno che essere quelle di una mancata ammissione alla procedura di concordato, con *eventuale successivo fallimento*. Ma in tal caso (sempre nella prospettiva di incoraggiare i tentativi di comporre la crisi, e in particolare il ricorso a c.d. *finanziamenti-ponte* per sostenere l'impresa durante il periodo concesso dal giudice) i crediti di terzi eventualmente sorti, in tale periodo, per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore saranno *prededucibili* (ex art. 111).

Durante tale periodo, ed analogamente del resto a quanto previsto per l'imprenditore già ammesso alla procedura, il debitore potrà “legalmente” compiere *gli atti di ordinaria amministrazione* nonché, previa autorizzazione del tribunale e se urgenti, quelli di *straordinaria amministrazione*. Il tribunale potrà comunque, nell'interesse dei creditori, prevedere a carico del debitore l'obbligo di rendere un'informativa periodica, anche relativamente alla gestione finanziaria dell'impresa.

### 3. L'ammissione alla procedura

Sull'**ammissibilità del ricorso** deve pronunciarsi il **tribunale** che, ravvisandone l'opportunità, potrebbe in via interlocutoria concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Il tribunale dovrà verificare innanzitutto la *sussistenza dei presupposti della procedura* (esaminati *supra*) e della documentazione sopra indicata.

A quest'ultimo riguardo è tuttora viva una tensione in merito all'estensione dei **poteri di controllo del tribunale**, se non sulla convenienza – il giudizio sulla quale è rimesso ai creditori – almeno sulla *fattibilità del piano* proposto. Tale fattibilità, si rileva talora, viene in effetti già asseverata, sotto la propria responsabilità, da un professionista, e non dovrebbe quindi essere nuovamente valutata dal tribunale<sup>24</sup>; anche perché, in effetti, si tratta di un tipo di giudizio che presuppone delle competenze economiche ed aziendali possedute dal professionista, che non rientrerebbero in quelle presupposte in capo ad un organo giurisdizionale<sup>25</sup>. La prassi giudiziale testimonia tuttavia la tendenza di alcuni tribunali a rigettare ricorsi che prevedano un piano a loro avviso non attuabile, se non addirittura troppo poco conveniente (come quando si preveda una soddisfazione puramente simbolica, ad esempio dello 0,1%). La legge, dal canto suo, non fa menzione di un tale potere in capo al tribunale, riservandogli solo il controllo della documentazione; nel senso – parrebbe – dell'esistenza di tale documentazione, ma non del suo contenuto: come si dice, un “controllo delle carte”, ma non “sulle carte”. Del resto, è indubbio che lo spirito prevalente della riforma del 2005 del concordato preventivo fu nel senso di una sua privatizzazione, sottraen-

<sup>24</sup> E v. infatti Cass. 16-9-2011, n. 18987 (escludendo che, in principio, il giudizio di fattibilità dal perimetro di controllo rimesso al tribunale), nonché Cass. 29-10-2009, n. 22927.

<sup>25</sup> Tutt'al più, la veridicità dei dati aziendali e l'attendibilità in genere di quanto esposto nella relazione del professionista e sulla situazione contabile della società, verrà verificato dal commissario giudiziale (così, Cass. 25-10-2010, n. 21860).

do tendenzialmente ogni controllo di merito (soprattutto sulla convenienza della proposta) al tribunale, per lasciare invece i creditori unici arbitri del loro migliore interesse.

Un'equilibrata via di mezzo potrebbe allora rinvenirsi nel seguente criterio (su cui parte della stessa dottrina e giurisprudenza convengono): il giudizio di fattibilità è tendenzialmente rimesso al solo professionista; tuttavia, se la sua relazione apparisse già *ictu oculi* inaffidabile per aver disatteso i più elementari metodi professionali che dovrebbero sorreggere quel tipo di giudizio, allora il tribunale ben potrebbe ritenere quella relazione insufficiente<sup>26</sup>; quasi come se, in sostanza, essa mancasse; ed allora, dopo aver magari sollecitato un'integrazione della documentazione (*id est*: il deposito di una più affidabile relazione), respingere il ricorso<sup>27</sup>. Questo ad esempio (e come peraltro si è verificato) potrebbe accadere quando il professionista si fosse limitato a stilare una scarna "paginetta" nella quale affermi, in modo piuttosto apodittico, che il piano è fattibile, senza però motivare perché, o in base a quali metodi o calcoli.

E tuttavia da quest'orientamento, inizialmente convalidato da alcune importanti pronunce della Corte di Cassazione<sup>28</sup>, quest'ultima (a Sezioni Unite<sup>29</sup>) si è successivamente allontanata, seppure con motivazione non del tutto perspicua, affermando che se resta *riservata ai creditori la valutazione sulla convenienza* della proposta (e cioè sulla "probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti"), l'esistenza di un'attestazione del professionista non esclude che al giudice competa un "**controllo di legittimità**" sulla proposta, "*verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato*", intesa come "*obiettivo specifico perseguito dal procedimento*"; col che parrebbe reintrodursi, nella sostanza, un giudizio di fattibilità.

Unico controllo, in qualche misura di merito, indubbiamente rimesso dalla legge al tribunale è quello sulla "**correttezza dei criteri della formazione delle diverse classi**". Dovrebbe cioè verificarsi se alla suddivisione dei creditori in classi effettivamente corrisponda una omogeneità delle relative posizioni giuridiche ed interessi economici, ovvero se essa appaia irrazionale, o non altrimenti giustificabile, se non addirittura strumentale o penalizzare alcuni a discapito di altri.

Alla luce dei suddetti criteri di giudizio, il tribunale, a norma dell'art. 162, potrà innanzitutto, sentito il debitore in camera di consiglio, dichiarare **inammissibile** la domanda di concordato con decreto non soggetto a reclamo. Tale decreto, infatti, non esclude, almeno in teoria, che una nuova domanda di concordato venga proposta. In pratica, però, è probabile che tale possibilità venga meno per sempre, poiché, come prevede lo stesso art. 162, il tribunale, contestualmente al rigetto della domanda potrà anche, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero<sup>30</sup>, accer-

<sup>26</sup> In questa prospettiva, AMBROSINI, *op. cit.*, 72; PAJARDI-PALUCHOWSKY; ZANICHELLI, *op. cit.*, 426. In materia v. anche GALLETTI, sub *art. 161*, *Comm. Jorio-Fabiani*, II, 2322 ss.; JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 963 ss.; PAGNI, *Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, *Fall*, 2008, 1091 ss.; BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, *Fall*, 2011, 182 ss.; PICCININI, *I poteri del tribunale nella fasi di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, *DFall*, 2008, II, 551 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 15-9-2011, n. 18864; Cass. 23-6-2011, n. 13817; Cass. 25-10-2010, n. 21860.

<sup>27</sup> V. Cass. 14-2-2011, n. 3586.

<sup>28</sup> Ricordate nelle note precedenti.

<sup>29</sup> Cass., SU, 23-1-2013, n. 1521.

<sup>30</sup> Cass. 16-3-2012, n. 4209.

tare la sussistenza dei presupposti di cui agli artt 1 e 5, *dichiarando contestualmente, allora, il fallimento del debitore*<sup>31</sup>.

Quando invece il procedimento di verifica sull'ammissibilità del ricorso si concluda positivamente, il tribunale, con decreto non soggetto a reclamo, *dichiara aperta la procedura* di concordato preventivo. È solo con il **decreto di ammissione**, dunque, che la procedura di concordato preventivo potrà dirsi aperta. Con lo stesso provvedimento il tribunale nominerà innanzitutto gli altri organi della procedura, e cioè un *giudice delegato* e il *commissario giudiziale*.

Il **commissario giudiziale**, in particolare, pur munito di funzioni e poteri diversi da quelli del curatore fallimentare, è soggetto a molte delle norme previste per quest'ultimo (sia per quanto riguarda i requisiti di nomina, la sua necessaria accettazione e la sua qualità di pubblico ufficiale; sia per quanto riguarda la sua revocabilità, la sua responsabilità, e i suoi compensi; sia per quanto riguarda infine la reclamabilità dei suoi provvedimenti dinanzi al giudice delegato). Certo è però che egli non rappresenta, neppure in modo indiretto (come forse potrebbe dirsi per il curatore fallimentare), né il debitore (che conserva la disponibilità delle proprie situazioni soggettive, sostanziali e processuali<sup>32</sup>) né i creditori.

Lo stesso provvedimento di apertura della procedura, inoltre, dovrà essere *comunicato ai creditori* (di cui sarà ordinata la *convocazione* entro trenta giorni) ed essere **pubblicato** nelle forme previste dall'art. 17 per la sentenza dichiarativa di fallimento.

#### IV. *Gli effetti dell'apertura*

##### 1. *Per il debitore*

A differenza di quanto avverrebbe per un normale accordo stragiudiziale, capace solo degli effetti negoziali da esso previsti, al concordato preventivo viene dalla legge attribuita l'efficacia – funzionale alla realizzazione delle finalità della procedura – di alterare il regime legale cui sarebbero altrimenti sottoposti i poteri di iniziativa del debitore e dei creditori. Essendo la finalità del concordato non quella di avviare una procedura esecutiva collettiva sul patrimonio del debitore, ma solo quella di propiziare un accordo fra quest'ultimo e i creditori, la procedura concordataria, a differenza di quella fallimentare, tende infatti a lasciare il debitore a capo della sua impresa. L'esercizio della quale, anzi, è spesso contemplato dallo stesso piano concordatario (allora “con continuità aziendale”) come il mezzo attraverso il quale realizzare i proventi promessi ai creditori (pur non essendo escluso un concordato puramente liquidatorio). Durante la procedura di concordato – stabilisce infatti l'art. 167 – *il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa*. Di ogni atto compiuto dopo l'apertura della procedura, pertanto, l'imprenditore risponderà con il suo patrimonio, ben potendo le controparti pretendere l'esatta prestazione convenuta alla scadenza e, in caso di inadempimento, agire a tutela delle proprie ragioni.

<sup>31</sup> Cfr. TEDESCHI.

<sup>32</sup> Cass. 25-2-2008, n. 4728.

Se si tratterà di **società**, in particolare, la sua attività proseguirà normalmente sotto l'impulso dei suoi organi, che manterranno inalterata la loro funzionalità. E ciò anche se constassero *perdite di capitale* che provocherebbero altrimenti, per la sua discesa al di sotto del minimo legale, l'interruzione dell'iniziativa *ex art. 2484, n. 2, c.c.*: in tal caso, infatti, l'art. 182-*sexies* stabilisce che *dopo* la presentazione della domanda di concordato (o del ricorso *ex art. 161, co. 2*) e sino all'omologazione, *né la società* (di capitali) *dovrà sciogliersi, né i poteri degli amministratori subiranno le limitazioni altrimenti previste* (e in effetti applicabili per il periodo precedente la domanda) *dall'art. 2486* (mera conservazione del patrimonio sociale). Neppure saranno applicabili, per lo stesso periodo, le norme in materia di riduzione obbligatoria del capitale per perdite superiori ad un terzo (art. 2446 c.c.), seppure tali da non mettere a repentaglio il minimo legale. In sostanza, durante la procedura – e per consentirne lo svolgimento e possibilmente il buon esito – vengono “sospese” quelle cautele che la disciplina del capitale sociale normalmente appronta a tutela dei creditori, tenuto conto che in tale frangente quelle cautele possono ritenersi rimpiazzate dalla vigilanza degli organi concorsuali sull'amministrazione del patrimonio sociale. Certo, ad omologazione avvenuta, una tale “sospensione” cesserà, occorrendo che il piano approvato abbia saputo individuare il modo per recuperare quelle condizioni di equilibrio patrimoniale capaci di soddisfare la disciplina del capitale sociale.

Occorre però evitare che, in questa fase già critica dell'impresa, di un tale potere di gestione il debitore possa abusare pregiudicando oltremodo gli interessi dei creditori, compreso il loro interesse ad un trattamento tendenzialmente paritario all'interno della procedura. Sicché ad un tale potere vengono posti due ordini di **limiti**.

i) In primo luogo, viene previsto che il compimento di **atti eccedenti l'ordinaria amministrazione** non possa produrre effetto nei confronti dei creditori anteriori al concordato senza l'*autorizzazione del giudice delegato* (salvo che il tribunale non fissi un limite di valore sotto il quale tale autorizzazione non occorra)<sup>33</sup>. Tale sistema è peraltro completato anche attraverso il rinvio all'art. 45, che come si ricorderà sancisce *l'inefficacia in pregiudizio dei creditori delle formalità, poste in essere dopo l'apertura della procedura, necessarie per rendere opponibili atti compiuti prima dell'apertura della procedura stessa* (ad esempio la trascrizione di un'ipoteca concessa prima del concordato)<sup>34</sup>.

Varrà così, con riferimento a tali atti, quel particolare regime già esaminato in ambito fallimentare e consistente nella inefficacia (anche se non nell'invalidità<sup>35</sup>) degli atti compiuti dal debitore rispetto ai creditori: nell'impossibilità cioè di sottrarre alla loro garanzia patrimoniale quanto abbia costituito oggetto di disposizione. Nel fallimento, come visto, tale effetto viene definito “spossessamento”; nel concordato, attesa la limitata portata di tale effetto (che però entro questi limiti non ammette eccezioni), si parla di *spossessamento attenuato*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Autorizzazione che potrebbe pervenire anche successivamente al compimento dell'atto, integrandone l'efficacia (fra gli altri, FILOCAMO, sub *art. 167, Comm. Ferro, 1903*).

<sup>34</sup> Inoltre, persino con riferimento al periodo anteriore, l'art. 168, co. 3 (come integrato dalla l. 134/2012) dispone che anche *le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono* la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

<sup>35</sup> V., fra le altre, Cass. 5-7-2004, n. 12286; Cass. 26-6-2001, n. 8739.

<sup>36</sup> Cass. 25-2-2008, n. 4728, già cit.; Cass. 16-3-2007, n. 6211.



Ovviamente in questo campo, come più in generale in tutto il diritto dell'impresa, la distinzione fra **ordinaria e straordinaria amministrazione** si attegga in modo ben diverso di quanto sarebbe a dirsi per chi non svolga attività di impresa, posto che quest'ultima è per definizione attività di rischio ed ogni atto ad essa funzionale potrebbe allora definirsi, nella prospettiva di diritto comune, di straordinaria amministrazione. Eccederanno l'ordinaria amministrazione allora *gli atti non riconducibili alla normale gestione dell'impresa* (ad esempio la cessione di un ramo di azienda) o quelli che possono ritenersi di particolare impegnatività o rischiosità per i creditori, anche in relazione alla *par condicio* che dovrebbe orientarne il soddisfacimento nell'ambito della procedura. Di tali atti l'art. 167 prova a fornire un elenco espresso, anche se certamente non "chiuso", ma solo esemplificativo: i mutui, le transazioni, le alienazioni di diritti immobiliari, atti costitutivi o estintivi di ipoteca o pegno, ovvero fideiussioni, rinunzie alle liti, accettazione di eredità e donazioni.

In questo quadro si inserisce anche la possibilità che il debitore – dopo la presentazione della domanda di concordato o del ricorso ex art. 161, co. 2 – chieda al tribunale di essere *autorizzato a contrarre finanziamenti* (anche individuati *ex ante* solo per tipologia ed entità) che potranno godere, in caso di successivo fallimento, della *prededucibilità* ex art. 111, ed eventualmente anche prestando pegno o ipoteca a garanzia degli stessi, allegando alla richiesta la *relazione di un professionista* (sempre con la stessa qualificazione necessaria per attestare il piano) che attesti che i nuovi finanziamenti risultano *funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori concorsuali* (182-*quinquies*). Si tratta dei c.d. *finanziamenti alla ristrutturazione*, che normalmente non vengono dedotti nel piano concordatario perché necessari già prima dell'omologazione (ed anzi per potervi arrivare senza dover interrompere la continuità aziendale) e che vengono allora incentivati grazie alla possibilità, per il finanziatore, di godere della prededucibilità nell'ambito di un eventuale, successivo, fallimento.

Dovrà invece senz'altro ritenersi compreso nell'ordinaria amministrazione il *pagamento dei crediti sorti durante la procedura* (e in particolare tra il decreto di ammissione e quello di omologazione: c.d. **crediti di gestione**), che anzi saranno anche prededucibili in caso di successivo esito fallimentare.

Diversamente si pone la questione, però, per il pagamento dei *crediti anteriori*, posto che essi dovrebbero in principio essere soddisfatti soltanto in esecuzione del piano omologato e non durante la procedura, potendo altrimenti darsi luogo ad una violazione del principio della *par condicio*<sup>37</sup>. La questione è stata espressamente affrontata dall'art. 182-*sexies* con riferimento all'ipotesi in cui sia stata presentata una domanda di concordato "*con continuità aziendale*"; e risolta in senso positivo quando si tratti di crediti per prestazioni di beni o servizi (dunque tendenzialmente inerenti all'esercizio dell'impresa), sempre che un professionista "qualificato" attesti che tali prestazioni sono *essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori* (attestazione non necessaria se i pagamenti vengano effettuati mediante nuova finanza erogata senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori). Valutata *a contrario*, la stessa norma sembrerebbe invece voler impedire che, in ipotesi diverse da quella da essa prevista, il pagamento di crediti anteriori sia ammissibile.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. 12-1-2007, n. 578, sottolineando come un tale divieto, a tutela della *par condicio*, si desuma sia dall'art. 167, che sottopone il patrimonio del debitore ad una oculata amministrazione proprio a tutela dei creditori concorsuali, sia dall'art. 168, il cui divieto di azioni esecutive individuali non può che considerarsi *pendant* del divieto del debitore di procedere al pagamento di debiti anteriori se non nei modi e nelle forme stabilite dalla legge per la procedura concordataria.

ii) In secondo luogo, è posto un limite di ordine generale: il potere di gestione dell'impresa, pur lasciato all'imprenditore, sarà esercitato *sotto la vigilanza del commissario giudiziale*. Emerge in tal modo la rilevanza del ruolo del commissario giudiziale che, pur non potendo orientare le scelte gestorie dell'imprenditore, può comunque controllarle e condizionarle grazie al potere – che gli riconosce l'art. 173 – di provocare l'interruzione della procedura. Difatti, se il debitore compisse atti eccedenti l'ordinaria amministrazione non autorizzati dal giudice delegato<sup>38</sup>, o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, il commissario giudiziale potrà riferirne al tribunale affinché questo apra il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato (che poi potrà sfociare anche in un consecutivo fallimento)<sup>39</sup>.

## 2. Per i creditori

Se nei confronti del debitore l'efficacia del concordato è relativamente contenuta (parlandosi appunto di "spossessamento attenuato"), ben diversamente è a dirsi rispetto ai creditori, rispetto ai quali si produce il rilevante effetto del **blocco delle iniziative cautelari ed esecutive**. *Dalla data della pubblicazione del ricorso* nel registro delle imprese (e quindi, a ben vedere, dopo la presentazione della domanda, ma comunque prima dell'effettiva apertura della procedura, che si ha solo con il decreto di ammissione) e fino all'omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore *non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore*<sup>40</sup>; *né acquisire diritti di prelazione o iscrivere ipoteche giudiziali*<sup>41</sup>, con efficacia verso i creditori anteriori alla domanda di concordato, se non vi sia apposta autorizzazione del commissario giudiziale (art. 168).

<sup>38</sup> Gli atti di ordinaria amministrazione posti in essere al di fuori della sorveglianza del giudice delegato restano comunque efficaci.

<sup>39</sup> V. al riguardo GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, *GComm*, 2009, I, 730 ss.; FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, *Tr. Fauceglia-Panzani*, III, 1691 ss.; BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l.fall. e la difficile distinzione di atti in frode e sopravvenienze inattese (nota a Trib. Milano, 24-4-2007)*, *Fall*, 2007, 1443 ss.; APICE, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, *Fall*, 2008, 129 ss.

<sup>40</sup> Sì, invece, su beni di proprietà altrui eventualmente detenuti dall'imprenditore sottoposto alla procedura: cfr. CENSONI, *I diritti di prelazione*, cit., 42), anche escutendo un pegno o un'ipoteca rilasciata da terzi a garanzia dei debiti dell'imprenditore (cfr. anche art. 184). Possibile sarà, quindi, anche un'azione di rilascio intentata dagli aventi diritto (LO CASCIO, *op. cit.*, 1515). Allo stesso regime del patrimonio del debitore sarà invece sottoposto il patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili ai quali l'efficacia della procedura si estenda *ex art. 184, co. 2* (PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 181 ss); ma il divieto di azioni esecutive in questo caso non riguarderà i creditori particolari dei soci (AMBROSINI, *Tr. Cottino*, 103; PACCHI, *Tr. Fauceglia-Panzani*, 1542). Un'eccezione al divieto vale invece, in virtù dello speciale regime di cui alla d.lgs. 170/2004 per i contratti di garanzia finanziaria (cfr. CENSONI, *I diritti di prelazione*, cit., 42 ss.). Neppure sarà precluso ai creditori di intraprendere azioni di mero accertamento o volte alla condanna al pagamento del debitore: cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit., 2008, 102.

<sup>41</sup> Queste, anzi, resteranno inefficaci nei confronti dei creditori anteriori persino se iscritte nei novanta giorni precedenti alla pubblicazione della domanda. Configurandosi così un'ulteriore ipotesi (per quanto discutibile: v. NIGRO-VATTERMOLI, *Appendice 2012*) di revoca *ex lege* assimilabile a quella prevista dagli artt. 64 e 65.

Se poi si tratti di un *concordato con continuità aziendale*, il piano potrà prevedere una *moratoria fino a un anno* dall'omologazione *per il pagamento* (sempre nei limiti generali previsti dall'art. 160, co. 2) dei creditori *muniti di cause legittime di prelazione*, che in tal caso saranno comunque esclusi dal voto, divenendo il loro interesse per definizione contrario all'omologazione. Tale regime, peraltro, si applicherà soltanto se non fosse prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, nel qual caso il loro pagamento seguirà al realizzo della liquidazione.

Si realizza così quell'“ombrello protettivo” al cui riparo la negoziazione fra debitore e creditori potrà svolgersi senza dover temere l'iniziativa di questo o quel creditore, contando così su una sorta di cristallizzazione della massa passiva, analoga a quella che si produce per effetto del fallimento. Della procedura fallimentare sono infatti espressamente richiamati, a quello scopo, le norme relative agli “*effetti per i creditori*” (artt. 55-63) che regolano la sospensione del corso degli interessi, il divieto di compensazione, la regolazione dei crediti infruttiferi, di quelli non pecuniari o di quelli portati da obbligazioni societarie o derivanti da una rendita, nonché il coordinamento delle pretese da farsi valere in caso di obbligazioni in solido (v. § 24.II). D'altra parte, durante questa fase, stante l'inibizione dal potere di agire a tutela delle proprie ragioni, *non matureranno né i termini prescrizionali né quelli decadenziali*.

Il divieto di azioni esecutive, come visto, è previsto a pena di nullità, e senza eccezioni (ammissibili invece nel fallimento); *ma vale ovviamente solo per i creditori anteriori* alla (pubblicazione della) domanda di concordato, in nulla pregiudicando, pertanto la posizione di coloro che vantino crediti sorti dopo la domanda<sup>42</sup>. I c.d. **creditori posteriori**, pertanto, avranno tutto il diritto di essere *soddisfatti alla scadenza e alle condizioni convenute* contrattualmente, potendo altrimenti intraprendere individualmente ogni iniziativa cautelare od esecutiva nei confronti dell'imprenditore<sup>43</sup>. Inoltre, in caso di successivo fallimento, tali crediti andranno pagati *in prededuzione*, essendo sorti, come dice appunto l'art. 111, “in occasione di una procedura concorsuale”.

### 3. Sui contratti pendenti e sugli atti pregiudizievoli

Fra gli effetti che la presentazione del concordato preventivo produce sulla posizione del debitore e dei creditori, vanno poi considerati quelli sui contratti pendenti e sui c.d. atti pregiudizievoli compiuti prima della procedura.

Circa i **contratti in corso di esecuzione**<sup>44</sup> alla data della presentazione del ricorso, l'art. 169-*bis* prevede che, con il ricorso introduttivo (art. 161) o anche dopo il decreto di ammissione, il debitore possa chiedere (rispettivamente: al tribunale o al giudice

<sup>42</sup> Il che è del resto coerente ad una situazione in cui l'attività di impresa, lasciata al potere gestorio del debitore, ben potrebbe proseguire. Per i creditori anteriori, invece, il divieto, cesserà in caso di mancata omologazione del concordato; mentre in caso contrario si estenderà per tutto il tempo (e finché) il concordato troverà regolare esecuzione.

<sup>43</sup> RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Fall, 2006, 1094 ss., 1097.

<sup>44</sup> Nel previgente sistema, nel quale non si ravvisava una disciplina espressa, v. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit. V. ora, oltre gli AA. Citato nella bibliografia generale, anche FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, Fall, 2006, 1050 ss.

delegato) l'*autorizzazione a sciogliersi* da essi<sup>45</sup>, ovvero la loro *sospensione* per non più di sessanta giorni (prorogabili).

Trattandosi di effetti “su richiesta”, ne consegue che *in assenza di richiesta i contratti continueranno ad avere normale esecuzione*. Se invece richiesta vi sia e trovi accoglimento, al terzo dovrà riconoscersi un *indennizzo* da soddisfarsi (nel concordato ma anche, deve ritenersi, nell'ambito di un successivo fallimento) come *credito anteriore* al concordato stesso. Nondimeno, i crediti derivanti da tali contratti e maturati prima dell'apertura del concordato, subiranno, come tutti gli altri crediti anteriori, la relativa *falcidia*<sup>46</sup>.

Ferma la disciplina appena ricordata, se poi si tratti di *concordato con continuità aziendale* l'art. 186-*bis* ha inoltre escluso che i contratti in corso di esecuzione possano automaticamente risolversi, pur se ciò fosse stato preventivamente pattuito fra le parti, per effetto della domanda di concordato. E ciò, a certe condizioni, anche laddove si tratti di continuare o di partecipare all'assegnazione di contratti pubblici (tipicamente appalti, che spesso possono costituire una delle principali fonti di reddito per l'impresa).

Nella stessa ottica si giustifica il silenzio della legge in merito alla sorte dei c.d. **atti pregiudizievoli** precedenti all'apertura della procedura. Nella logica del concordato, infatti, non occorre reintegrare il patrimonio del debitore mediante azioni, come tipicamente la revocatoria fallimentare, che presuppongono uno stato di insolvenza del debitore; tanto più che, come già rilevato, la stessa apertura del concordato preventivo non presuppone necessariamente uno stato di insolvenza, né in ogni caso potrebbe dichiararlo come tale, limitandosi ad accertare il più generico stato di crisi.

Ciò non toglie che se la procedura concordataria dovesse concludersi con una dichiarazione il fallimento, il termine a ritroso per l'individuazione degli atti assoggettabili a revocatoria fallimentare dovrebbe computarsi – secondo un principio di “*consecuzione delle procedure senza soluzione di continuità*” – dalla data di apertura del concordato preventivo, previo accertamento (postumo) che lo stato di crisi che ha provocato quest'ultimo consistesse già in quel momento in un vero e proprio stato di insolvenza (art. 69-*bis*, co. 2).

Per converso (e come già visto al § 24.III.4) in caso di successivo fallimento *non saranno revocabili* (art. 67, co. 3, lett. e e g): (i) gli atti e i pagamenti e le garanzie posti in essere *in esecuzione* del concordato preventivo (quindi sulla base del piano omologato); (ii) i “*pagamenti di debiti liquidi ed esigibili per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali*”: e quindi, in questo caso, pagamenti *anteriori* all'apertura del concordato preventivo (ad esempio la parcella del professionista che ha confezionato il piano o che ha espresso il parere di fattibilità).

<sup>45</sup> Faranno eccezione i contratti di lavoro subordinato, quelli preliminari aventi ad oggetto gli immobili descritti dall'art. 72, co. 8, o quelli di locazione di immobile quando il fallito sia il locatore, o quelli di “finanziamento destinato” previsti dall'art. 72-*ter*.

<sup>46</sup> V. così Cass. 7-3-2007, n. 5273.

### V. La fase iniziale della procedura

Se la fase cruciale del concordato preventivo – considerata la finalità ultima di esso – può indubbiamente ritenersi quella della votazione dei creditori, propedeutica a quest'ultima e decisiva per il suo regolare svolgimento è quella, iniziale, che la legge regola nel capo III rubricato “*dei provvedimenti immediati*”: dei provvedimenti, cioè, da compiersi immediatamente dopo l'apertura della procedura, prevalentemente per impulso del *commissario giudiziale*, che in questa fase gioca un ruolo di primo piano.

Occorre innanzitutto – tanto al fine della definizione della massa passiva, quanto al fine di individuare i legittimati al voto – effettuare una **ricognizione dei creditori**; ricognizione che peraltro, avendo la sola finalità di individuare i legittimati al voto, varrà quale mera verifica amministrativa<sup>47</sup>, impregiudicata restando ogni questione sull'esistenza, sull'entità e sull'eventuale causa di prelazione dei crediti verificati.

Per adempiere a questo compito il commissario giudiziale si avvarrà innanzitutto delle *scritture contabili* che il debitore avrà depositato unitamente alla domanda di concordato. Sulla base di tale ricognizione, ma anche di ogni altro elemento di cui fosse venuto a conoscenza, il commissario potrà (anzi dovrà: art. 171) *comunicare ai creditori l'avviso* contenente la data di convocazione già disposta nel decreto di ammissione, nonché le “proposte” del debitore (il plurale parendo forse da riferirsi alla possibilità di proposte alternative, ovvero ai diversi trattamenti che potrebbero offrirsi ai creditori raggruppati in diverse classi).

Al tempo stesso, il commissario giudiziale provvederà anche ad una ricognizione della massa attiva, e così, sempre muovendo dalle scritture contabili, dei debitori dell'imprenditore in crisi e dell'**inventario** del suo patrimonio.

Tanto l'attivo quanto il passivo – tanto più che, come visto, manca un procedimento formale di accertamento del passivo come nel fallimento – costituiscono elementi decisivi sui quali i creditori potranno fondare una consapevole scelta di adesione o di rigetto della proposta. Ed è sempre in questa prospettiva, d'altra parte, che il commissario giudiziale dovrà stilare una **relazione particolareggiata** sulle *cause del dissesto*, sulla *condotta del debitore*, sulle *proposte di concordato* e sulle *garanzie offerte ai creditori* (art. 172).

Un tale ruolo “protettivo” del commissario giudiziale, che assume, filtra ed elabora le informazioni in base ai quali i creditori sono chiamati a prendere le loro decisioni, si conferma anche sulla **vigilanza** che egli svolge al fine di tenere al riparo i creditori da tentativi di frode. Il commissario giudiziale, infatti, non soltanto *vigila sull'attività del debitore durante la procedura*, con riferimento agli atti compiuti senza la necessaria autorizzazione o diretti a frodare le ragioni dei creditori; ma indaga anche sugli eventuali profili di dolo insiti nella proposta di concordato, come quando ci si accorga che in essa risultino *occultati o dissimulati elementi dell'attivo*, ovvero

---

<sup>47</sup> Cass. 14-2-2002, n. 2104.

*esposte passività insussistenti*<sup>48</sup> ovvero che il debitore ha commesso altri atti di frode<sup>49</sup> (art. 173).

Tale vigilanza investe anche la persistenza, durante la procedura, delle “*condizioni previste per l'ammissibilità del concordato*”. Col che deve però ritenersi che il legislatore abbia inteso riferirsi ai soli presupposti di ammissibilità della procedura e non – come talora anche si ritiene, soprattutto in giurisprudenza – alla fattibilità del piano, che già in sede di ammissione doveva ritenersi sottratta al potere di verifica del tribunale e rimessa alla sola valutazione dal professionista.

Potrebbe peraltro fare eccezione il caso, estremo, che gravi **fatti sopravvenuti**, o precedenti ma successivamente scoperti, rendano la relazione stessa come oggettivamente inattendibile<sup>50</sup>. A tale ipotesi, certamente eccezionale, deve riportarsi anche il caso, espressamente previsto dall'art. 186-*bis*, ult. co., in cui, durante una procedura iniziata come “*concordato con continuità aziendale*”, risulti che l'esercizio dell'attività d'impresa sia cessato o divenuto manifestamente dannoso per i creditori, sempre che il debitore non intervenga sulla proposta di concordato, modificandola e così tornando a renderla “fattibile”.

In tutte queste ipotesi “patologiche” riscontrate dal commissario giudiziale, questi dovrà riferirne al Tribunale così provocando, ad iniziativa di quest'ultimo, la **revoca del decreto di ammissione**; nonché (sempre che ne ricorrano gli estremi e ne abbiano fatto istanza i creditori o il P.M.<sup>51</sup>) l'eventuale (logicamente successiva, ma di fatto contestuale) *dichiarazione di fallimento* (art. 173).

## VI. La votazione

Nella data fissata dal decreto di ammissione alla procedura e comunicata dal commissario giudiziale, ha luogo l'**adunanza dei creditori** i quali, all'esito dell'illustrazione della proposta concordataria e della discussione su di essa, sono chiamati ad approvarla o a respingerla. L'adunanza, si svolgerà, possibilmente in un'unica udienza, sotto la presidenza del *giudice delegato* e con la partecipazione del *commissario giudiziale* e del *debitore* (personalmente, dunque gli amministratori se si tratti di so-

<sup>48</sup> Col che, oltre a pregiudicare la soddisfazione dei creditori, potrebbe alterarsi anche il calcolo delle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta.

<sup>49</sup> Per la configurazione dei quali sarà comunque necessario ravvisare la sussistenza di un intento doloso volto ad alterare la valutazione dei creditori: cosicché una mera discordanza fra la reale situazione dell'impresa e quella rappresentata ai creditori, se non animata da un tale intento, non potrà ritenersi un atto di frode (Cass. 5-8-2011, n. 17038; Cass. 23-6-2011, n. 13818).

<sup>50</sup> In caso di concordato con cessione, comunque, deve ricordarsi quanto sopra evidenziato e cioè che se il debitore non si sia impegnato ad una percentuale minima, ma solo abbia prospettato una percentuale come possibilmente ricavabile dalla liquidazione dei beni ceduti, lasciando però che la relativa alea ricada sui creditori votanti, così come non potrebbe sindacarsi *a priori* la legittimità di proposta in sede di ammissione, neppure lo si potrà, in sede di verifica, da parte del commissario giudiziale in punto di sussistenza delle condizioni di ammissibilità.

<sup>51</sup> Cass. 16-3-2012, n. 4209. Non potrà provvedere d'ufficio, neppure in questo caso, il tribunale (così Cass. 10-4-2012, n. 5657).

cietà), che potranno in tale sede fornire chiarimenti o replicare alle osservazioni dei creditori.

L'adunanza, secondo l'art. 175, prende avvio con l'**illustrazione**, *da parte del commissario giudiziale, della propria relazione* (depositata sino a tre giorni prima, e nella quale più o meno esplicitamente emergerà anche la sua opinione sulla convenienza del piano concordatario) e *delle proposte definitive del debitore*, ove eventualmente modificate. Se ne evince che il piano è suscettibile di **modifiche** (tanto migliorative che peggiorative) sino al giorno dell'adunanza, ed anzi sino al momento del voto: così propiziandosi, anche se per la verità in tempi piuttosto ristretti, una qualche sua negoziabilità *in itinere*. Dovrebbe però trattarsi di modifiche marginali che non stravolgano la proposta iniziale, posto che altrimenti verrebbe a mancare l'ausilio informativo delle relazioni del professionista e del commissario, calibrate ovviamente sulla proposta originaria.

Seguirà una **discussione**, utile peraltro alla ponderazione di ciascuno, in cui ogni creditore potrà, oltre che chiedere chiarimenti al commissario, esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta. I creditori intervenuti, inoltre, potranno affermare, ove contestati, il fondamento del loro diritto e pertanto la loro legittimazione a votare; oppure contestare a loro volta la legittimazione degli altri creditori concorrenti. Il che non toglie che, in ogni caso, sia il giudice delegato in questa fase, sia, posteriormente, il tribunale (nel riesaminare i provvedimenti del giudice delegato e verificare l'esito della votazione) dispongano di un potere officioso di verificare l'effettiva sussistenza della legittimazione in capo ai votanti.

In ultimo, la parola spetta al debitore. Questi potrà replicare ad ogni rilievo contrario all'ammissibilità o all'accettabilità della sua proposta, contestare a sua volta i crediti di cui disconosca il fondamento, e all'occorrenza fornire i chiarimenti che gli vengano richiesti dal giudice delegato.

Esaurita la discussione, si procederà alla **votazione** del concordato.

**Legittimati al voto** sono tendenzialmente *tutti i creditori chirografari*, anche se opinioni contrarie constano con riferimento ai *creditori subordinati* (per legge o per contratto: ma soprattutto nel primo caso), almeno quando il piano (che come già visto non può alterare l'ordine di prelazione dei crediti) non prometta loro alcunché.

Ciò – si ritiene – perché in tal caso mancherebbe un loro interesse al voto (e forse, in una prospettiva negoziale, lo stesso fondamento causale di una loro accettazione), che quindi sarebbe “scontato” in senso negativo, potendo così ostacolare l'approvazione della proposta e quindi la realizzazione del (meritevole) interesse degli altri chirografari a beneficiarne.

La tesi tuttavia non convince appieno<sup>52</sup>: (i) non solo perché in principio, come già segnalato, la legge fallimentare non attribuisce ai creditori subordinati una rilevanza autonoma rispetto ai chirografari né in generale, né in quella sua parte che si occupa del concordato preventivo, difettando allora un qualsiasi indice testuale che legittimi l'esclusione dal voto dei subordinati; (ii) e non solo perché un interesse (a votare negativamente, s'intende) potrebbe pur sempre rintracciarsi in capo al creditore subordinato ove questi ritenesse, più o meno velleitariamente, che dall'alternativa fallimentare potrebbe invece ri-

<sup>52</sup> Per il riconoscimento del diritto di voto ai soci finanziatori postergati, L. STANGHELLINI, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, cit., 1064; VATTERMOLI, *La subordinazione “equitativa” (Equitable Subordination)*, *RSoc*, 2009, 1390 ss.; GUGLIEMUCCI.

cavarsi una qualche soddisfazione; del resto, se si accede al punto di vista (prevalente) che il rispetto dell'ordine di prelazione consente di prevedere una soddisfazione anche alle classi di rango inferiore, purché quelle di rango superiore ricevano un trattamento migliore (e lo accettino), allora cade l'ipotesi che ai creditori postergati non possa riconoscersi un interesse al voto perché in nessun caso non potrebbero ricevere alcunché; (iii) ma anche perché, poi, quando la legge, sia pure incidentalmente, si è occupata di creditori subordinati – come nel “nuovo” art. 182-*quater*, che intende regolare la sorte di quei particolari crediti subordinati che sono i finanziamenti infragruppo o dei soci di s.r.l. – ha espressamente escluso la loro conteggiabilità nelle maggioranze richieste per l'approvazione del concordato, ma soltanto quando quei finanziamenti fossero intervenuti in particolari circostanze (ad esempio in esecuzione di un precedente accordo di ristrutturazione, al quale sia poi seguito un concordato preventivo). Dovendosene allora dedurre che gli altri crediti postergati *ex artt.* 2467 o 2497-*bis* c.c. vadano altrimenti ammessi al voto e conteggiati nelle maggioranze richieste dalla legge.

I dubbi sull'ammissibilità al voto dei creditori subordinati si fondano peraltro su un argomento ricavabile – ma solo in parte e sulla base di un'analogia imperfetta – dalla disciplina che invece la legge riserva espressamente ai *creditori privilegiati*. Per essi infatti è previsto che se la proposta di concordato – pur quando il titolo di prelazione sia contestato – contempra *un pagamento integrale* (non solo nella quantità, ma anche nei tempi e nelle modalità), *non avranno diritto al voto* (art. 177).

I creditori privilegiati potrebbero comunque essere *ammessi al voto*:

(i) ove *rinunciassero in tutto od in parte al diritto di prelazione* (con effetto comunque limitato *ai soli fini del concordato*), per la parte del credito non coperta dalla garanzia (177, co. 2 e 3).

(ii) ovvero, come già visto, quando, constando *ex ante* l'incapienza della garanzia, sia la stessa proposta del debitore a riservare un *soddisfacimento non integrale* ai (o ad alcuni dei) creditori privilegiati: e quindi, ancora una volta, per la sola la parte del credito di cui non viene promesso il pagamento integrale (160, co. 2). In entrambi i casi, infatti, per la parte di credito ammessa al voto i privilegiati saranno *equiparati ai creditori chirografari*<sup>53</sup>.

Oltre ai creditori privilegiati (se destinatari di un pagamento integrale) e ovviamente ai creditori sulla cui ammissione il giudice delegato si sia pronunciato negativamente, saranno altresì *esclusi dal voto* (art. 177, co. 4) i creditori che risultino **parenti e affini** fino al quarto grado del debitore (non però, a differenza del concordato fallimentare, le società controllanti o controllate<sup>54</sup>), nonché *i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato*. Quest'ultima regola vorrebbe evitare che nell'imminenza della proposta del concordato si possano preconstituire artificiosamente maggioranze “pilotate” dal debitore stesso. Essa non proibisce tuttavia che un “mercato dei crediti” possa aver luogo durante la procedura, così consentendosi che qualcuno acquisti

<sup>53</sup> V. *Comm.* Maffei Alberti, 1013; MANFEROCE, sub *art.* 177, *Comm.* Lo Cascio, 1549 ss., 1556 ss.; e con riferimento al concordato fallimentare, STANGHELLINI, sub *art.* 124, *Comm.* Jorio-Fabiani, II, 1946 ss., 1977 ss.; MARELLI, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, *Fall*, 2007, 669 ss.

<sup>54</sup> Ciò, forse, in ragione del carattere più marcatamente privatistico del concordato preventivo rispetto a quello fallimentare; d'onde l'esclusione di una applicazione analogica al primo (VITIELLO, sub *art.* 127, *Comm.* Jorio-Fabiani, ... , NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 228).



crediti (a prezzo scontato, anche in relazione al trattamento promesso dal piano) al fine di coagulare la maggioranza necessaria all'approvazione (o al limite al rigetto) del concordato.

Il **voto** viene dichiarato informalmente, ma espressamente, nella parte conclusiva dell'adunanza<sup>55</sup>, della quale infatti dev'essere redatto *processo verbale*. Ai voti così espressi e conteggiati potranno però assommarsi anche quelli che i creditori che non abbiano votato in adunanza potranno far pervenire *per corrispondenza*, che andranno allora annotati in calce al verbale, purché pervengano entro venti giorni dalla sua chiusura (per telegramma, lettera, *fax* o *e-mail*). In mancanza, **coloro che non abbiano votato, neppure per corrispondenza, si riterranno consenzienti** e come tali saranno considerati ai fini del *computo della maggioranza dei crediti*, dandone poi conto in calce al verbale. Si intende così – per effetto di una modifica della legge fallimentare (art. 33, l. 134/2012) – propiziare l'approvazione del concordato preventivo, allineandone la disciplina a quella già per l'innanzi operante per il concordato fallimentare o per il concordato nell'amministrazione straordinaria.

Il concordato potrà dirsi **approvato** se avranno votato (o si intendano comunque consenzienti) a favore i creditori che rappresentino la *maggioranza dei crediti ammessi al voto*. Si tratta di maggioranza non per teste ma *per quote* (cioè per valore in denaro dei crediti: 50% + almeno 1 centesimo di euro), che potrebbe quindi venire raggiunta anche da una minoranza di creditori, al limite anche da uno soltanto. Se però il piano abbia previsto diverse classi di creditori, il concordato potrà dirsi approvato se “*inoltre*” (e quindi *in aggiunta* alla predetta maggioranza complessiva) consti anche una *maggioranza per quote all'interno del maggior numero di classi*. Insomma: maggioranza per quantità complessiva, sempre e comunque; e in più, ove si sia votato per classi, la maggioranza delle classi previste dal piano<sup>56</sup>.

## VII. L'omologazione del concordato

### 1. Il giudizio di omologazione

Se all'esito della votazione la maggioranza o (in caso di suddivisione dei creditori in classi) le maggioranze prescritte non vengano raggiunte, il concordato dovrà dirsi **respinto**. Il giudice delegato riferirà di tale esito al tribunale che – verificata la regolarità della votazione e il mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte dalla legge – provvederà ai sensi dell'art. 162 (cioè nello stesso modo prescritto in caso di

<sup>55</sup> Per i *crediti fiscali* il voto sarà espresso, secondo l'art. 182-ter (sulla c.d. *transazione fiscale*, già menzionata), in diverso modo a seconda che il tributo risulti già iscritto a ruolo e consegnato al concessionario del servizio di riscossione, oppure no. Nel primo caso il voto sarà espresso dal concessionario, su indicazione del direttore dell'ufficio; nel secondo caso l'approvazione sarà espressa direttamente, in adunanza o per corrispondenza, con atto del direttore dell'ufficio. In entrambi i casi occorrerà il parere favorevole della competente direzione generale.

<sup>56</sup> In materia v. SACCHI, *Il principio di maggioranza*; ID., *Concordato preventivo, conflitto di interessi*, cit., 30 ss.; ID., *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, *Fall*, 2009, 1063 ss.; LO CASCIO, *Classi di creditori principio di maggioranza nel concordato preventivo*, *Fall*, 2010, 385 ss.; STANGHELLINI, *Creditori “forti” e governo della crisi di impresa nelle nuove procedure concorsuali*, *Fall*, 2006, 377 ss.

inammissibilità della proposta); con la possibilità quindi che, oltre al decreto di improcedibilità della procedura, venga emanata anche – su istanza di un creditore o di un P.M., sempre che ne ricorrano i presupposti – sentenza dichiarativa di fallimento del debitore (art. 179). Diversamente, quest'ultimo potrebbe proporre una nuova (e verosimilmente migliorativa) domanda di concordato preventivo.

Al contrario, in caso di **approvazione** da parte dei creditori, la procedura proseguirà con il **giudizio di omologazione**. Constatato il consenso delle maggioranze prescritte, affinché la procedura si concluda positivamente occorrerà infatti l'omologazione del tribunale, cioè un decreto che, verificata la conformità alla legge della procedura, possa produrre, oltre a quelli interinali già venuti in essere, gli effetti tipici del concordato.

Anche in tal caso il giudice delegato riferirà l'esito della votazione al tribunale, che fisserà un'udienza in camera di consiglio per la comparizione, oltre che del debitore, anche del commissario giudiziale e degli eventuali creditori dissenzienti, ai quali il decreto di fissazione di udienza, peraltro pubblicato *ex art. 17*, dovrà essere comunicato. Il giudice delegato dovrà anche riferire ai creditori se, a suo avviso, dopo l'approvazione siano eventualmente *mutate le iniziali condizioni di fattibilità* del piano, così consentendo ai creditori la possibilità, prevista in via eccezionale dall'art. 179, co. 2, di costituirsi nel giudizio di omologazione sino all'udienza fissata dal tribunale per *modificare il proprio voto* (e in tal caso potranno anch'essi proporre opposizione, secondo quanto si sta per dire).

Dieci giorni prima dell'udienza così fissata potranno quindi costituirsi – oltre al debitore e al commissario giudiziale che dovrà depositare un proprio parere sull'approvazione del concordato (anche in merito agli eventuali fatti sopravvenuti) – i creditori dissenzienti ed ogni altro interessato<sup>57</sup> per proporre, eventualmente, **opposizione**.

Naturalmente – ed è l'ipotesi più semplice – *opposizioni potrebbero anche non essere sollevate* da chicchessia, e in questo caso il tribunale, “*verificata la regolarità della procedura*”, potrà senz'altro omologare il concordato con decreto non soggetto a gravame.

È bene precisare, malgrado talune resistenze interpretative, che essendo la **verifica della regolarità della procedura** l'unica condizione posta dalla legge affinché il tribunale possa in tal caso omologare la procedura, deve escludersi che l'omologazione possa essere negata in considerazione di rilievi attinenti alla meritevolezza del debitore o alla supposta (s)convenienza della proposta, o sulla sua fattibilità<sup>58</sup> (se non nei limiti consentiti dal, ma allora riferibili piuttosto al, controllo già previsto dall'art. 173, co. 3, o nei termini previsti dall'art. 179, co. 2, poc'anzi ricordato). Potranno invece essere verificate, sulla base della relazione del curatore, l'effettiva sussistenza dei crediti ammessi al voto<sup>59</sup> o la regolarità delle

<sup>57</sup> Si immagini ad esempio un fideiussore del debitore, che non possa giovare dell'esdebitazione concessa invece a quest'ultimo. Anche lo stesso commissario giudiziale potrà opporsi; ma dovrà farlo formalmente, a ciò non potendo equipararsi il mero deposito di un parere contrario (Cass. 16-9-2011, n. 18987).

<sup>58</sup> Così infatti Cass. 16-9-2011, n. 18987, già citata; diversamente da valutarsi sarà il caso in cui la stessa relazione del professionista si riveli come inattendibile, configurando un “vizio genetico” del piano sottoposto all'approvazione dei creditori; il cui consenso (allora “disinformato”, anche se non perciò inquadabile in una prospettiva meramente negoziale) non potrà pertanto ritenersi che sani quel vizio, precludendo il controllo del tribunale (in questa direzione Cass. 15-9-2011, n. 18864).

<sup>59</sup> BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, Fall, 2006, 1067 ss.,

operazioni di voto (almeno dal punto di vista procedimentale; dubbio pare invece che in assenza di opposizioni il tribunale possa addentrarsi in profili attinenti agli interessi in gioco, e così esaminare la convenienza della proposta o l'eventuale abuso della maggioranza).

Potrebbero però essere sollevate opposizioni “*da parte di qualunque interessato*”<sup>60</sup> (oltre che, si ritiene, da parte del commissario giudiziale). In tal caso si instaurerà un vero e proprio *giudizio contenzioso*, sia pure nella forme del rito camerale. Il possibile **contenuto delle opposizioni**, peraltro, non è precisato dalla legge.

Di una possibile opposizione fondata sulla ritenuta (s)**convenienza della proposta**, la legge dà espressamente conto soltanto con riferimento alle ipotesi in cui essa venga sollevata: (i) da “*un creditore*” (ovviamente dissenziente) “*appartenente ad una classe dissenziente*”, se vi sia stata suddivisione dei creditori in classi; (ii) ovvero, *in caso di mancata formazione delle classi*, da tanti *creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento* dei crediti ammessi al voto.

Opposizioni *individuali* fondate sul merito, o comunque attinenti alla convenienza economica della proposta, saranno allora possibili soltanto nel caso in cui la proposta di concordato abbia previsto una suddivisione dei creditori in *classi* e questa si sia pronunciata (nella sua maggioranza) in senso negativo; oppure nel caso, ma solo se una tale classificazione non vi sia stata, in cui il singolo creditore arrivi a rappresentare da solo almeno il venti per cento dei creditori ammessi al voto.

Ciò verosimilmente perché, laddove si tratti di proposta unitaria rivolta indistintamente a tutti, bisognerà ragionevolmente presumerla come conveniente se sia stata approvata da una maggioranza altamente qualificata dei creditori votanti, sia pure calcolati per quote, tutti destinatari dell'identico trattamento. “Presunzione”, questa, che resterebbe allora assoluta nella logica privatistica dell'istituto: i creditori sono i migliori giudici dei propri interessi, e non si sovrapponga un giudizio di merito esterno, paternalistico, alla loro libera valutazione. Altro sarebbe a dirsi se si dimostrasse che una tale valutazione non sia stata “libera”, ad esempio perché inficiata da **vizi della volontà** o da **conflitti di interessi**, o comunque da mala fede o scorrettezza, anche in quella sua versione (elaborata nello studio delle deliberazioni assembleari delle società) dell'**abuso della maggioranza**<sup>61</sup>: ma questo, ammesso che tali patologie possano trovare riscontro normativo, riguarderebbe la regolarità della procedura piuttosto che la convenienza intrinseca della proposta.

1068; NARDECCHIA, *Esercizio del diritto di voto, poteri del g.d. e criteri di formazione delle maggioranze nel concordato preventivo* (nota a Trib. Ancona, 8-11-2007), *Fall*, 2008, 348 ss. In materia v anche D'ORAZIO, *Il nuovo giudizio di omologazione: aspetti di diritto processuale*, in PACCHI (a cura di), *Il nuovo concordato*, cit., 240 ss.; MICCIO, *Appunti in tema di poteri del tribunale nelle fasi di ammissione e di omologazione del concordato preventivo*, in DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino, 2006, 343 ss.

<sup>60</sup> Ad esempio anche da parte di un creditore non ammesso al voto, o di un fideiussore, giusta gli effetti di cui all'art. 184. Da escludersi peraltro la legittimazione dell'obbligazionista dissenziente rispetto alla delibera favorevole espressa dall'assemblea degli obbligazionisti.

<sup>61</sup> V. al riguardo GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del “decreto correttivo”*, *DFall*, 2007, 815 ss., 835; STANGHELLINI, *Creditori forti*, cit., 387; D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, *GComm*, 2010, I, 392 ss.; NOCERA, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, *DFall*, 2012, II, 387 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, *GComm*, 2012, I, 14 ss., spec. 27 ss.

Al contrario, qualora sia prevista la suddivisione dei creditori in classi, un'opposizione del singolo sulla convenienza troverà giustificazione in quanto rivolta non tanto alla proposta nel suo insieme, quanto piuttosto a quella sua parte che abbia previsto un certo "trattamento differenziato" per una singola classe. Trattamento che, pur nella condivisione della proposta nel suo insieme da parte della (sempre necessaria) maggioranza complessiva dei creditori, potrebbe celare qualche intollerabile discriminazione a danno dei creditori appartenenti ad una specifica classe (infatti dissenziente).

Quando un'opposizione, nei termini ed alle condizioni sopra riferite, sia ammissibile in ragione di un trattamento non ritenuto accettabile perché "sconveniente", occorrerà allora pronunciarsi sul suo accoglimento o non, evidentemente valutandone la fondatezza sulla base della asserita "sconvenienza". Ma quale può essere, obiettivamente, il metro di una tale sconvenienza? La legge (art. 180, co. 4) fissa al riguardo un parametro, attinto dall'esperienza statunitense e definito del "**best interest test**" (il *test* sulla tutela del "miglior interesse" del creditore) e consistente in ciò: *l'opposizione sarà respinta*, e non impedirà quindi l'omologazione, *qualora il tribunale ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura "non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili"*.

La formula delle "**alternative concretamente praticabili**" risulta ambigua, potendo invero comprendere anche soluzioni concordatarie (potenzialmente infinite) alternative a quella proposta; ma si tende correntemente ad interpretarla come riferita alla sola *alternativa fallimentare*, e cioè a quanto il creditore opponente potrebbe ottenere in sede di ripartizione dell'attivo di una procedura di fallimento. In tal caso quindi il creditore dovrà accettare il trattamento riservatogli (c.d. *cram down*)<sup>62</sup>.

Al di là dei suddetti limiti entro cui una contestazione della proposta potrebbe basarsi sulla asserita sconvenienza di quest'ultima, le opposizioni (anche da parte del commissario giudiziale) potranno comunque fondarsi su asserite **patologie del procedimento** (erroneo conteggio del voto, mancata discussione, ecc.) oltre che sull'asserita **non fattibilità del piano**, adducendo ad esempio l'erroneità della relazione del professionista, o la mancanza sopravvenuta degli elementi di fatto su cui il giudizio di fattibilità si era inizialmente fondato, o l'inidoneità delle garanzie prestate<sup>63</sup>.

Nei limiti dei motivi fatti valere con le opposizioni, il tribunale, assunti ove necessario i necessari mezzi istruttori, dovrà pronunciarsi con **decreto motivato** comunicato al debitore e al commissario giudiziale, che provvede a darne notizia ai creditori.

<sup>62</sup> In realtà il frequente ricorso, nella nostra letteratura, all'espressione *cram down*, tratta dal diritto statunitense, non è del tutto proprio nel caso indicato nel testo: giacché in quell'esperienza normativa il *cram down* è piuttosto imposto all'esito di un'opposizione che *non* è volta a far valere il *best interest test* (che invece deve essere garantito a ciascun creditore a prescindere dall'entità del proprio credito) ma è piuttosto volta a lamentare, quand'anche il *best interest test* possa dirsi superato o superabile, il *trattamento discriminatorio* subito rispetto ad altri creditori (per il che, invece, manca un'adeguata tutela nel nostro sistema).

<sup>63</sup> V. al riguardo Cass. 23-6-2011, n. 13817, secondo cui l'opposizione dei creditori aprirebbe un contrasto sulla valutazione della fattibilità, che verrebbe così deferita al tribunale. Più in generale, v. FABIANI, *La ricerca individuale di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, *GComm*, 2012, II, 298 ss.

Se l'opposizione sarà stata accolta, il decreto sarà ovviamente di *rigetto della proposta*, ed in tal caso (come già visto in altri casi di rigetto che possono intervenire durante la procedura) *potrà* altresì farsi luogo – su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, ed accertati i necessari presupposti – al *fallimento* del debitore. Altrimenti, sarà emanato il **decreto di omologazione** del concordato, con il quale la procedura può dirsi *conclusa* (art. 181).

L'omologazione dovrà pervenire entro il **termine legale di sei mesi** (prorogabile di sessanta giorni) dall'apertura della procedura, posto che altrimenti – sempre che si ritenga il termine perentorio<sup>64</sup> – la procedura dovrebbe comunque chiudersi alla scadenza di quel termine, così precludendo l'omologazione.

Tanto che sia di rigetto che di omologazione (ma in tal caso solo se siano state proposte opposizioni<sup>65</sup>), il decreto, pubblicato a norma dell'articolo 17, potrà infine essere oggetto di **reclamo** (che potrà investire anche l'eventuale sentenza dichiarativa di fallimento) *alla Corte di appello*, che provvederà in camera di consiglio<sup>66</sup>. Ma in ogni caso, pur in presenza di reclamo, il decreto del tribunale sarà **provvisoriamente esecutivo**.

## 2. Gli effetti dell'omologazione

Con l'omologazione si produrranno immediatamente gli **effetti**, già accennati, del concordato:

(i) il debitore sarà affrancato dalle limitazioni alla disponibilità del suo patrimonio previsti dall'art. 167, recuperando *piena capacità d'agire e processuale*<sup>67</sup>, e sarà *liberato dalle obbligazioni* il cui adempimento non sia previsto dalla proposta approvata (salvo loro reviviscenza in caso di risoluzione o annullamento del concordato, *infra*);

Si discute peraltro<sup>68</sup> se un tale **effetto esdebitatorio** comporti la vera e propria estin-

<sup>64</sup> AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Tr. Cottino, 133. Per la natura ordinatoria del termine v. però Cass. 4-2-2009, n. 2706 e, in dottrina, PAJARDI-PALUCHOWSKI; BONFATTI-CENSONI.

<sup>65</sup> Deve invece ritenersi definitivo il decreto di omologazione emesso in assenza di opposizioni. Quanto ai creditori neppure convocati all'adunanza, ove si ritengano esclusi dalla possibilità di proporre reclamo, dovrà esser loro riconosciuto almeno al possibilità di un'opposizione di terzo *ex art.* 404 c.p.c.

<sup>66</sup> La sentenza, se rivesta i caratteri della decisorietà e definitività – e così non se, ad esempio, rimetta gli atti al tribunale per l'eventuale dichiarazione di fallimento, essendo allora impugnabile la relativa sentenza (in tale direzione cfr. Cass. 22-2-2012, n. 2671) – sarà a sua volta suscettibile di ricorso in cassazione *ex art.* 111 Cost. (v. anche Cass. 4-11-2011, n. 22932).

<sup>67</sup> Tendenzialmente, quindi, egli (o l'assuntore, in caso di concordato con assunzione) potrà subentrare, dopo interruzione e riassunzione, nei procedimenti pendenti riguardanti il suo patrimonio e nei quali già era costituito il curatore (cfr. TEDESCHI).

<sup>68</sup> Per un quadro del dibattito prima della riforma v. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, cit., 415 ss. Certo è comunque che l'approccio prevalente con riferimento al previgente sistema – tendente ad escludere la natura novativa del concordato (almeno in mancanza di una previsione dell'effetto tipicamente estintivo-costitutivo) e a ritenere che il patrimonio del debitore passasse da una funzione di garanzia ad una di pagamento (LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., 777; Cass. 5-2-1985, n. 770, con riferimento al concordato fallimentare), con mera trasformazione della parte non adempiuta dell'originaria obbligazione in obbligazione naturale (cfr. *Comm.* Maffei Alberti, 1094; SATTÀ; Cass. 7-5-1992, n. 5424, richiamando il più remoto Cass. 25-10-1974, n. 3120) – merita comunque, oggi, un ripensamento in con-

zione delle obbligazioni il cui pagamento non sia contemplato dalla proposta concordataria (per transazione, o novazione, o remissione), ovvero si concreti in un mero *pactum de non petendo* da parte dei creditori, nei cui confronti resterebbe però viva un'obbligazione naturale<sup>69</sup>, così come del resto restano vive (ed escutibili) per l'intero le garanzie prestate a valere sui debiti originari (art. 184, co. 2).

(ii) se si tratti di *società con soci a responsabilità illimitata*, il concordato produrrà effetti liberatori anche a favore di questi ultimi<sup>70</sup>, sempre che non consti patto contrario; ciò, peraltro, nei confronti dei soli creditori sociali, mentre quelli particolari conserveranno impregiudicata ogni loro ragione;

(iii) *il debitore* (o l'eventuale assuntore) resterà ovviamente *obbligato a dare esecuzione a quanto promesso nel piano concordatario* (pena la risoluzione del concordato, v. *infra*), sia in termini di pagamenti veri e propri, sia in termini di atti a ciò funzionali (costituzione delle garanzie promesse, oppure, osservando le successive procedure, operazioni di "ristrutturazione" societaria, ecc.);

(iv) l'*effetto esdebitatorio*, nei termini poc'anzi precisati, *vincolerà tutti i creditori*, compresi quelli dissenzienti<sup>71</sup>, *anteriori* alla pubblicazione della domanda di concordato<sup>72</sup>.

Fra di essi anche quelli che non abbiano partecipato alla procedura: accertato il loro diritto (e procuratisi un titolo esecutivo), potranno quindi farlo valere, ma nei limiti di quanto loro dovuto secondo le percentuali concordatarie<sup>73</sup>. I creditori *successivi*, invece, manterranno integra ogni loro pretesa sostanziale e processuale.

(v) i creditori anteriori conserveranno però intatti i loro diritti nei confronti dei *coobbligati, fideiussori del debitore, e degli obbligati in via di regresso* con quest'ultimo (fra i quali eventualmente, come appena ricordato, anche i soci illimitatamente responsabili della società che abbia proposto il concordato, ma soltanto se ciò sia stato espressamente previsto)<sup>74</sup>.

siderazione di talune "forme" di soddisfazione che la proposta concordataria può liberamente prevedere, come ad esempio una conversione di crediti pecuniari in azioni (il che pare esprime una portata tipicamente novativa).

<sup>69</sup> ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento: Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902, 522 ss.; SATTA, 393.

<sup>70</sup> Se l'*ex socio* abbia però perso tale sua qualità prima del termine previsto dall'art. 10, resterà vincolato, oramai come terzo, agli altri impegni (nel caso di specie, una fideiussione) che avesse a suo tempo assunto nei confronti dei creditori (Cass. 29-12-2011, n. 29863).

<sup>71</sup> Non fa eccezione il fisco, pur se abbia espresso voto contrario (Cass. 4-11-2011, n. 22931).

<sup>72</sup> Ivi compresi quelli il cui credito abbia titolo precedente, ancorché accertato in epoca successiva (Cass. 10-8-2007, n. 17637; Cass. 25-7-2007, n. 6426). Del resto, i creditori anteriori conserveranno la possibilità di far accertare i propri diritti (ad esempio maggiori di quelli riconosciuti in seno al concordato) in un ordinario giudizio di cognizione, pur restando vincolati agli effetti del concordato (e così alla percentuale di soddisfazione per essi stabilita); allo stesso modo il debitore potrà contestare, al contrario, la sussistenza del loro diritto. Sul punto v. Cass. n. 3800/1998.

<sup>73</sup> Cass. 10-4-1995, n. 4139; Cass. 4-5-1994, n. 4324; Cass., SU, 26-7-1990, n. 7562 (le ultime due in relazione al concordato fallimentare). In materia v. anche FABIANI, *La tutela del creditore concorsuale non concorrente nel concordato preventivo*, Fall, 1994, 618 ss.

<sup>74</sup> Ciò in evidente deroga (cfr. Cass. 27-10-2006, n. 23275, dichiarando l'inapplicabilità della norma in

(vi) in caso di **successivo fallimento** (c.d. *consecuzione di procedure*), poi<sup>75</sup>:

a) gli atti e i pagamenti compiuti in funzione della procedura o in esecuzione del piano omologato saranno *esentati da azione revocatoria*;

b) mentre i crediti derivanti dalla “nuova finanza” concessa all’impresa alle condizioni previste di cui all’art. 182-*quater* godranno della *prededucibilità*<sup>76</sup>.

Si tratterà, in particolare dei crediti derivanti da **finanziamenti erogati**: (a) *in funzione della presentazione della domanda* di omologazione (c.d. finanziamenti-ponte, erogati quindi prima dell’omologazione, normalmente per consentire all’impresa di “sopravvivere” fino all’omologazione e di predisporre la domanda), purché la prededuzione sia prevista nel piano o nell’accordo e sia espressamente prevista nel provvedimento che accolga la domanda; ovvero – e soprattutto – (b) *in esecuzione dell’accordo omologato* (sempre se da esso espressamente previsti).

Analogo beneficio è concesso anche ai finanziamenti erogati *da soci o da altre società del gruppo* cui appartenga l’impresa poi fallita (artt. 2467 e 2497-*bis* c.c.). Ciò però non integralmente, ma nella *misura dell’80%*: intendendosi per tal via, verosimilmente, responsabilizzare il socio finanziatore, nella misura del residuo 20% che sconterà invece la falci die fallimentare, a non erogare finanziamenti a favore di una società incapace di rispettare i termini dell’accordo omologato. La prededuzione sarà invece integrale anche in tale ipotesi, allorché la qualità di socio venga acquisita da un finanziatore proprio in esecuzione del concordato: e ciò per non disincentivare quei finanziamenti (riportabili in definitiva all’ipotesi sopra indicata *sub b*) che prevedano anche, o vengano magari a consistere o ad evolvere (in via di conversione), nell’acquisto o nella sottoscrizione di una partecipazione di una società in crisi.

c) inoltre, varrà l’*esenzione dai reati di bancarotta* (art. 217-*bis*) in relazione al compimento di *atti o pagamenti o altre “operazioni” posti in essere in esecuzione dell’accordo omologato*<sup>77</sup>. Ciò perché tali atti, pur riconducibili alle fattispecie considerate dagli artt. 216 e 217 (si pensi all’ipotesi di pagamenti preferenziali o di atti che aggravino il dissesto) risultano legittimati dall’omologazione giudiziale, poiché funzionali all’esecuzione di un piano promosso dalla legge stessa.

### VIII. L’esecuzione del concordato. Risoluzione e annullamento

Il decreto di omologazione segna la conclusione della procedura concordataria e comporta la produzione dei suoi effetti tipici (poc’anzi ricordati), fra i quali innanzi-

tema di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria; Cass. 27-12-2005, n. 28774) al principio di comunicabilità degli effetti favorevoli fra condebitori, risultante dall’art. 1301 c.c. in tema di remissione volontaria, o *ex* 1239 o *ex* art. 1941 c.c. per la fideiussione (cfr. *Comm.* Maffei Alberti, *sub* art. 184, 1099). In ragione di ciò anche i fideiussori dovranno essere sentiti dal tribunale nell’eventuale giudizio di risoluzione del concordato (Cass. 31-3-2010, n. 7942).

<sup>75</sup> Su tale duplice effetto, che potrebbe verificarsi in caso di consecuzione di procedure, v. *amplius*, rispettivamente, § 24.III.4, *sub e*) (in materia di esenzioni da revocatoria) e § 25.V, *sub (i)*, in materia di crediti prededucibili.

<sup>76</sup> V. anche *supra*, § 25.V, *sub (i)*, e gli Autori ivi citati, in nota.

<sup>77</sup> V. Fr. D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis, l.fall., Soc.*, 2011, 201 ss.; BASILE, *Art. 217-bis l.fall. e gruppi di società*, BBTC, 2013, I, 203 ss.

tutto l'**obbligo del debitore di eseguire il piano** concordatario, adempiendo a tutte le obbligazioni in esso previste nei modi e nei termini indicati.

Nel caso particolare di *concordato cessione dei beni*<sup>78</sup> (anche parziale) il tribunale nominerà nel decreto di omologazione uno o più *liquidatori* e un *comitato di tre o cinque creditori* "per assistere alla liquidazione" e determinerà le altre modalità della liquidazione (art. 182). Ciò però soltanto se il piano non disponga diversamente, potendo altrimenti il debitore, in piena autonomia, prevedere modalità di liquidazione diverse da quelle previste dispositivamente dall'art. 182 (ad es., nominando un liquidatore di sua fiducia<sup>79</sup>), in tal modo escludendo l'intervento giudiziale. Si tratterà in ogni caso di una cessione con effetti obbligatori (dunque non automaticamente traslativi), affidata ad un liquidatore (diverso dal debitore stesso<sup>80</sup> o dall'eventuale assuntore). Anche le modalità di vendita dei cespiti aziendali dovranno essere le stesse previste per la procedura fallimentare.

Tanto che il concordato sia liquidatorio, quanto che sia finalizzato alla ristrutturazione dell'impresa, e anche a prescindere dalle modalità, dalle garanzie e dai controlli che esso stesso preveda per la sua esecuzione (si immagini per esempio la costituzione di un *trust*, cessionario dell'intero patrimonio, che "garantisca" l'esecuzione del concordato a beneficio dei creditori), spetta comunque al **commissario giudiziale**, che così prosegue nell'esercizio della sua funzione anche oltre la chiusura della procedura, la **sorveglianza** sull'adempimento del concordato (art. 185). Una sorveglianza che peraltro può indirizzarsi non solo al rispetto puntuale dei singoli impegni dedotti nel piano, ma anche, prospetticamente, alla persistenza della sua fattibilità in ragione dell'evolversi della situazione generale dell'impresa<sup>81</sup>.

Naturalmente, ove il piano concordatario trovi *piena e puntuale esecuzione*, non vi saranno ulteriori conseguenze giuridiche oltre a quella già prodottesi. Può accadere invece che *gli impegni assunti* (non solo quanto ai pagamenti<sup>82</sup>, ma anche alle modali-

<sup>78</sup> Su cui v., NARDECCHIA, *La liquidazione del concordato preventivo per cessione dei beni dopo il d.lgs. 169/2007*, Fall, 2010, 341 ss.; ID., *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio fra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Fall, 2012, 92 ss.; DE CECCO, sub art. 182, *Comm. Nigro-Sandulli-Santoro*, III, 2233 ss.; VITIELLO, sub art. 182, *Comm. Lo Cascio*, 1594 ss.; LA CROCE, *Concordato preventivo e cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 ss. c.c.*, Fall, 2010, 1316 ss.; LANDOLFI, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, Padova, 2000.

<sup>79</sup> Cfr. Cass. 15-7-2011, n. 15699; Cass. 20-1-2011, n. 1345.

<sup>80</sup> Cfr. Cass. 15-7-2011, n. 15699, cit.

<sup>81</sup> Il commissario giudiziale, peraltro, se ha poteri di sorveglianza e di stimolo del giudice delegato e del tribunale nei casi previsti dalla legge, non ha poteri di iniziativa processuale per ottenere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal concordato (Cass. 4-11-2011, n. 22913). In proposito v. anche SPIOTTA, *Brevi osservazioni in tema di esecuzione del concordato preventivo*, *GI*, 2005, II, 303 ss.; RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Fall, 2006, 1094 ss.; E. MACRÌ, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato fallimentare e preventivo*, *DFall*, 2012, I, 512 ss.; LUCANTONI, *La risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare e preventivo: spunti per una ricostruzione della disciplina*, *RDC*, 2009, 485 ss.

<sup>82</sup> S'è già visto, peraltro, che in caso di concordato con cessione dei beni è possibile che i creditori accettino l'alea della liquidazione. Terminata quest'ultima secondo quanto previsto dal piano, pertanto, non ci si potrà lamentare della percentuale di soddisfazione ottenuta. Un inadempimento neppure sembra configurabile, d'altra parte, se il concordato con cessione dei beni non transiti per una liquidazione, ma sia destinato ad un'efficacia traslativa immediata.



tà esecutive previste dal piano, come ad es. un'operazione societaria straordinaria<sup>83</sup>) *non vengano rispettati*. Ipotesi, questa, che la legge considera *in senso oggettivo*, a prescindere cioè da profili di dolo o colpa di chi li abbia assunti<sup>84</sup>, sia esso il debitore ovvero un terzo che, secondo il piano, risulti aver offerto ai creditori garanzie<sup>85</sup>. In tali casi, escluso ogni potere di iniziativa degli organi della procedura (salvo quello del commissario giudiziale di constatare ed eventualmente segnalare l'inadempimento al giudice delegato e, soprattutto, ai creditori), competerà *ai creditori*<sup>86</sup>, secondo un'impostazione marcatamente privatistica (omologa infatti a quella degli artt. 1453 ss. c.c.) la **risoluzione del concordato per inadempimento**<sup>87</sup>, possibile purché quest'ultimo non abbia scarsa importanza<sup>88</sup>.

Il **procedimento**, al pari di quanto previsto in materia di concordato fallimentare (alla cui disciplina l'art. 184 fa infatti rinvio in relazione a tali profili), si avvierà con un *ricorso* presentato al tribunale *entro un anno* dal termine previsto per l'ultimo degli adempimenti del piano, e si svolgerà con rito camerale secondo quanto previsto dall'art. 15. Se il tribunale accerti un grave inadempimento, con sentenza (reclamabile) dichiarerà la *risoluzione ed eventualmente* – se ne sia stata contestualmente proposta domanda ed accertati i relativi presupposti – *il fallimento del debitore*.

La risoluzione non potrà però essere richiesta nel caso in cui gli **obblighi** derivanti dal concordato siano stati **assunti da un terzo** (come assuntore o in virtù di accollo privato) di tutti gli obblighi derivanti dal concordato *con liberazione del debitore*<sup>89</sup>. In tal caso, infatti, costui dovrà poter continuare a godere dell'effetto esdebitatorio del concordato, mentre l'inadempimento degli obblighi del concordato dovrà esser fatto valere nei con-

<sup>83</sup> Ciò, almeno, se la ritenga funzionale al pagamento dei creditori. Per un'ipotesi in cui invece è stato escluso che il mancato adempimento dell'impegno a riprendere l'attività produttiva e conservare i livelli occupazionali (in effetti non strettamente necessario al pagamento dei creditori) potesse comportare la risoluzione, v. Cass. 21-7-1993, n. 8140.

<sup>84</sup> Cfr. Cass. 20-6-2011, n. 13446, anche con riferimento al caso che il tribunale rilevi – secondo una ragionevole previsione – l'insufficienza del valore dei beni ceduti a soddisfare anche in minima parte i chirografari e, integralmente, i privilegiati.

<sup>85</sup> Tipiche, ma anche atipiche: e cioè (conformemente al disposto dell'art. 1179 c.c.) qualunque altra cautela funzionale al rafforzamento dei crediti contemplati nel concordato. Ad es., l'offerta irrevocabile di rilevare ad un certo prezzo un certo bene aziendale. In materia v. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, Fall, 2005, 485 ss.

<sup>86</sup> Anche a quelli che non abbiano partecipato alla procedura per non essere stati convocati all'adunanza (C.Cost. 2-4-2004, n. 106). Non invece, ovviamente, i creditori successivi all'apertura della procedura.

<sup>87</sup> Non è escluso peraltro che fra debitore e creditori insorgano controversie relative all'accertamento dei relativi diritti, o inerenti all'esecuzione del concordato, pur senza che ciò giustifichi una domanda di risoluzione. In tal caso, le controversie saranno devolute alla cognizione ordinaria (Cass. 18-6-2008, n. 16598).

<sup>88</sup> È discusso se l'importanza possa essere valutata anche con riferimento alla posizione *del singolo creditore* (SATTA; BONSIGNORI, *op. cit.*, 483), o all'esecuzione del piano *nel suo complesso* (per un quadro del dibattito), *Comm. Maffei Alberti*, sub *art. 186*, 1110 ss., che si esprime per la seconda opzione). Non sembra però che si possa negare al singolo creditore la possibilità di reagire utilmente, nel momento in cui gli venga negata la soddisfazione promessa dal piano, invocando la risoluzione del concordato (dovendo escludersi però una risoluzione individuale, atteso il carattere collettivo del rimedio in discorso: SATTA; DE FERRA).

<sup>89</sup> Cfr. Cass. 20-6-2011, n. 13446.

fronti del solo assuntore (con la possibilità, al limite, di chiedere il fallimento di quest'ultimo se ne ricorrano, autonomamente, i presupposti).

Con la risoluzione del concordato **verranno meno retroattivamente i suoi effetti**, e in primo luogo quelli esdebitatori; *ma resteranno comunque efficaci gli atti compiuti durante la procedura e in esecuzione del concordato* (questi ultimi anzi sottratti alla possibilità di un'azione revocatoria *ex art. 67, co. 3, lett. f*)<sup>90</sup>, comprese le eventuali modifiche organizzative che abbiano riguardato la società debitrice. I creditori potranno così richiedere, eventualmente concorrendo nel fallimento aperto a seguito della risoluzione, il pagamento dell'intero credito originario, detratto quanto già ricevuto in esecuzione del concordato.

La disciplina del concordato preventivo rinvia inoltre a quella del concordato fallimentare (art. 138) anche per quanto concerne un altro possibile esito "patologico": l'**annullamento del concordato**. In tal caso si tratterà di sanzionare non tanto l'inadempimento del piano o la sua non fattibilità, quanto piuttosto la sua intrinseca inaffidabilità, rivelata dalla scoperta di un *disegno fraudolento* del debitore che abbia dolosamente esagerato il passivo o sottratto una parte ("rilevante", precisa la legge) dell'attivo. Una tale scoperta potrà allora provocare, su ricorso dei creditori o su iniziativa del commissario giudiziale<sup>91</sup> (purché l'uno o l'altra abbiano luogo *entro sei mesi* dalla scoperta del dolo o due anni dall'ultimo adempimento previsto), l'annullamento del concordato da parte del tribunale, e con esso la *caducazione degli effetti riconnessi alla procedura concordataria* (secondo quanto innanzi illustrato con riferimento alla risoluzione). Con la conseguente possibilità, sempre che se ne accertino i presupposti, di dichiarare anche il *fallimento* del debitore<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Stante comunque la recuperata piena capacità di agire del debitore, anche gli atti eventualmente posti in essere non in esecuzione del concordato resteranno validi ed efficaci (benché, in caso di risoluzione del concordato ed apertura di successivo fallimento, revocabili *ex art. 67*, per essi non valendo l'eccezione ricordata nel testo: Cass. 15-11-2007, n. 23638). Per gli atti posti in essere in esecuzione del concordato, comunque, resterà possibile l'azione revocatoria ordinaria, sempre che ne ricorrano i presupposti.

<sup>91</sup> Cfr. 30-7-2012, n. 13565.

<sup>92</sup> Il rimedio dell'annullamento – per diversi aspetti riportabile all'annullamento del contratto ovvero al rimedio processualistico della revocazione – prevarrà, se ne ricorrano al contempo i presupposti, su quello della risoluzione. Al di là delle cause da esso tassativamente previste, comunque, non potranno configurarsi altre cause o altri rimedi per inficiare gli effetti del concordato.

## § 29. IL CONCORDATO FALLIMENTARE

**LETTERATURA:** ABU AWWAD, *La riapertura del fallimento nel concordato*, NDSoc, 2012, 219 ss.; BONSIGNORI, *Del concordato [fallimentare]*, *Comm.* Scialoja-Branca, XVIII, Roma-Bologna, 1977; CAGNASSO, *Il concordato fallimentare delle società*, NDSoc, 2008, 5 ss.; CAIAFA, *Le nuove disposizioni in materia di proposta di concordato fallimentare*, DFall, 2010, I, 211; D'ALESSANDRO, *Il nuovo concordato fallimentare*, GComm, 2008, I, 349 ss.; DEMARCHI (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Torino-Bologna, 2008; DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, Fall, 2008, 1121 ss.; DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976; DI SABATO, *L'assuntore nel concordato fallimentare*, Milano, 1961; FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009; GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, Fall, 2008, 1081 ss.; ID., *Il "nuovo" concordato fallimentare*, BBTC, 2006, I, 527 ss.; ID., *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi e prospettive, anche alla luce del "decreto correttivo"*, DFall, 2007, I, 815 ss.; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, RSoc, 2008, 17 ss.; NISIVOCCHIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, RDProc, 2007, 969 ss.; PACCHI (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Milano, 2008; SANGIOVANNI, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione del concordato fallimentare*, Fall, 2010, 349 ss.; STANGHELLINI, *sub art. 124, Comm.* Jorio-Fabiani, 1946 ss.; TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, Fall, 2008, 861 ss.; TERRANOVA, *L'assuntore di concordato fallimentare*, Milano, 1976; VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali*, GComm, 2001, I, 223 ss.; VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie*, GComm, 2009, I, 448 ss.

Pur se *nell'ambito di un fallimento già aperto* – e quindi in un contesto ben diverso da quello nel quale può prendere avvio la procedura di concordato preventivo (la cui funzione anzi, come visto, può essere proprio quella di prevenire un fallimento) – il **concordato fallimentare** rappresenta un percorso attraverso il quale, similmente al concordato preventivo e in un'analoga ottica privatistica, può essere offerta ai creditori la possibilità di esprimersi su un piano di regolazione delle proprie pretese alternativo, ed in ipotesi preferibile, rispetto allo sviluppo che la procedura fallimentare seguirebbe secondo le "normali" fasi previste dalla legge. Ciò spiega perché *la disciplina del concordato fallimentare coincida per larghi tratti con quella del concordato preventivo*, pur nell'evidente differenza di scenario e di premesse: il concordato fallimentare infatti non costituisce un'autonoma procedura concorsuale, ma solo una "**sub-procedura**" che *si iscrive all'interno di una procedura fallimentare già in corso, costituendone anzi uno dei modi di chiusura* (in aggiunta a quelli già considerati, v. § 26.I); e tuttavia, anch'esso consiste in un procedimento giudiziale nell'ambito del quale i creditori potranno pronunciarsi su una *proposta* (benché, almeno in prima battuta, *non proveniente dal debitore*) che, nella sua essenza, è *orientata ad una loro parziale "soddisfazione", con esdebitazione del fallito per la parte residua*.

Quest'omogeneità funzionale, insieme al forte parallelismo delle rispettive discipline, sono all'origine della strategia espositiva qui appresso perseguita: trattare il concordato fallimentare nell'ambito di un capitolo dedicato alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa e subito dopo la trattazione del concordato preventivo: limitan-

dosi, per evitare inutili ripetizioni, ad illustrare le *differenze procedurali che, rispetto al secondo, assume il primo*.

### I. L'iniziativa

Se il contesto nel quale può essere avviata una procedura di *concordato preventivo* è quello in cui un imprenditore, benché in crisi, ha ancora la piena disponibilità del suo patrimonio e il potere di gestire la propria impresa come meglio crede, ivi compresa allora la scelta di affrontare la propria crisi proponendo ai creditori un piano concordatario (scelta che nessun altro potrebbe imporgli, i creditori potendo tutt'al più agire per un suo fallimento); lo scenario nel quale può realizzarsi il *concordato fallimentare* è quello di una **procedura fallimentare già aperta**, che già ha prodotto, fra gli altri effetti, lo spossessamento del fallito, e che già risulta incamminata verso un percorso liquidatorio (quello delineato in generale dalla legge, ed eventualmente già definito dal curatore) che dovrà portare alla soddisfazione dei creditori.

Ciò non toglie che anche in questo diverso contesto possa utilmente profilarsi un percorso alternativo che, in prospettiva, prometta ai creditori risultati migliori di quelli prevedibili in base alla procedura in corso<sup>1</sup>: il che potrà avvenire con la formulazione di una **proposta di concordato fallimentare** (art. 124), che interromperà l'ordinario corso della procedura fallimentare fino a decretarne, in caso di omologazione, la chiusura.

Il **contenuto** che una tale proposta potrà assumere non differisce da quello che potrebbe assumere una proposta di concordato preventivo. Anche in questo caso si tratterà di un piano che prometta, sulla base di una *ristrutturazione dei debiti* (tendenzialmente, anche se non necessariamente, supportata dalla prestazione di adeguate *garanzie* – reali o personali, tipiche o atipiche – anche prestate da terzi), di realizzare la *finalità principale di soddisfare i creditori*, secondo le modalità che il proponente potrà liberamente congegnare e che, analogamente al concordato preventivo, potranno anche consistere:

- in una *soddisfazione parziale dei creditori privilegiati*, nei limiti della capienza della loro garanzia (per la parte residua degradandoli a chirografari);
- nella suddivisione dei creditori chirografari (ivi compresi i privilegiati “degradati”) in classi destinatarie di trattamenti differenziati;
- nella *realizzazione di operazioni straordinarie*, capaci anche, compatibilmente con la primaria finalità satisfattiva, di assicurare la *conservazione dell'impresa*. E ciò anche ricorrendo a percorsi che possano portare alla sottrazione della titolarità dell'impresa al fallito e alla sua attribuzione (o, comunque, al trasferimento del relativo valore) ai creditori, eventualmente in forma “cartolarizzata”;
- benché poi solo la disciplina del concordato preventivo (a partire dalla riforma avvenuta con la l. 134/2012) preveda – quale “sottotipo” da indicarsi *a priori* nella proposta e capace di richiamare una disciplina *ad hoc* – il concordato con “continuità aziendale”; neppure è da escludersi che anche in seno ad un concordato fallimentare,

<sup>1</sup> Cfr. CHIONNA, *La decisione di proporre il concordato fallimentare*, *DFall*, 2011, I, 247.

*mutatis mutandis* (e quindi nella prospettiva tipicamente liquidatoria del fallimento, tendenzialmente incompatibile pertanto con la conservazione dell'impresa in capo al fallito<sup>2</sup>), possa comunque prevedersi che il pagamento dei creditori possa ottenersi almeno in parte attingendo da flussi finanziari provenienti dalla *prosecuzione*, magari *medio tempore* e in attesa di una sua cessione, *dell'impresa fallita*.

Significative differenze rispetto al concordato preventivo, però, si riscontrano sul piano dell'**iniziativa** (art. 124, co. 1). La proposta concordataria, infatti, potrà essere presentata, *almeno inizialmente*, soltanto *da uno o più creditori, ovvero da un terzo*<sup>3</sup> (concordato con assunzione: l'assuntore potendo peraltro essere anche persona – o società, eventualmente costituita *ad hoc* – diversa dal proponente, e da questi indicata). Una tale iniziativa sarà possibile a partire dal momento in cui si disponga di una rappresentazione complessiva della massa dei creditori da soddisfare (e chiamati al voto): e quindi soltanto *dopo che sia stato reso esecutivo lo stato passivo*; ovvero anche prima, ma solo se consti, quantomeno, una contabilità ed altre notizie tali da consentire al curatore di predisporre un *elenco provvisorio dei creditori* (da sottoporre poi all'approvazione del giudice delegato).

Il **fallito** (o società cui egli partecipi, o società sottoposte a comune controllo) non potrà invece presentare una proposta di concordato fallimentare, se non *dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento* e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Una tale limitazione non dipende dallo spossessamento subito (posto che, altrimenti, la limitazione non durerebbe un solo anno), ma si giustifica – come spiegato anche nella relazione alla legge – sulla base della finalità di incentivare l'imprenditore in difficoltà, se davvero intenzionato a perseguire una soluzione negoziata della propria crisi, ad intraprendere piuttosto, *e per tempo*, il percorso – *anticipatorio e preventivo* del fallimento – di un concordato preventivo. Altrimenti, una volta aperto il fallimento, ogni potere di scelta gli verterà, almeno inizialmente, sottratto, per essere rimesso ai creditori o eventualmente ad un terzo assuntore. E solo se costoro, nell'anno successivo, non abbiano proposto alcun piano concordatario, allora potrà essere recuperata al fallito la possibilità di proporlo uno.

Quando la proposta provenga da un creditore peraltro, la proposta di concordato potrebbe contare, oltre che sui beni compresi nell'attivo fallimentare, anche sulla **cessione delle azioni di pertinenza della massa** (purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa).

Al proponente (sempre che diverso dal fallito) sarà inoltre data la possibilità, per premunirsi contro il rischio di assumere un impegno non quantificabile *ex ante*, di **contenere l'impegno assunto nei limiti del carico debitorio preventivamente al momento in cui la proposta viene formulata**: e cioè nei soli confronti dei creditori che, *al tempo della proposta*, risultino ammessi al passivo (anche provvisoriamente) o che quantomeno abbiano proposto opposizione allo stato passivo<sup>4</sup>, o domanda di ammissione tardiva. In tale caso, verso gli altri cre-

<sup>2</sup> Ma in principio non del tutto incompatibile: non potendo escludersi, almeno in teoria, che ad un anno dal fallimento, il fallito sia in grado di formulare una proposta che, se approvata, gli riassegni la titolarità e l'esercizio dell'impresa dai cui redditi sperati trarre poi quanto promesso ai creditori.

<sup>3</sup> Non però il curatore, almeno a partire dalla riforma dell'art. 129 apportata con il d.lgs. 167/2009: GUERRERA, *Aspetti problematici*, cit., 1081 ss.

<sup>4</sup> V. in materia Cass. 25-2-2011, n. 4698.

ditori continuerà a rispondere il fallito, salva l'eventuale esdebitazione che dovesse conseguire *ex art.* 142.

## II. L'esame della proposta e la votazione

Essendo nel caso del concordato fallimentare già insediati ed operanti gli organi della procedura in corso, la proposta (deliberata *ex art.* 152, se si tratti di società) andrà presentata con *ricorso al giudice delegato*. Il quale a sua volta, senza che occorra un qualche provvedimento formale di apertura, dovrà acquisire due *pareri*: prima, *del curatore*, che dovrà esprimersi con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte (e quindi anche in una prospettiva comparativa con il risultato di una ordinaria liquidazione fallimentare<sup>5</sup>); e poi il parere (vincolante<sup>6</sup>) *del comitato dei creditori* (art. 125, co. 1 e 2). Inoltre, se il piano proposto preveda una *suddivisione dei creditori per classi destinatarie di trattamenti differenziati* (indicando anche “le ragioni dei trattamenti differenziati”<sup>7</sup>), esso dovrà essere *sottoposto al vaglio del tribunale*<sup>8</sup>. Il tribunale, in particolare, sarà chiamato a verificare (anche sulla base dei pareri sopra ricordati ed eventualmente di quello del professionista in merito alla “degradazione” dei crediti privilegiati a chirografari) il corretto utilizzo dei criteri in base ai quali è stata operata la suddivisione in classi e la previsione dei rispettivi trattamenti differenziati. Dovrà così valutare la plausibilità e la coerenza – in termini logici, di ragionevolezza, e di non discriminatorietà – dei criteri in concreto adottati. Solo dopo che siano stati assunti i pareri del curatore e quello, *necessariamente favorevole*, *del comitato dei creditori*, superato l'eventuale vaglio del tribunale, e valutata la ritualità della proposta, il giudice delegato procederà alla *comunicazione ai creditori della proposta* unitamente ai suddetti pareri e all'indicazione di dove potrebbero essere reperiti i dati utili alla valutazione. In tale comunicazione i creditori dovranno inoltre essere avvisati della (spesso decisiva ai fini dell'approvazione) regola secondo la quale *la mancata risposta sarà considerata come voto favorevole*, e del termine (non inferiore a venti giorni né superiore a trenta) entro il quale le eventuali dichiarazioni di dissenso potranno pervenire nella cancelleria del tribunale.

<sup>5</sup> Cfr. VALENSISE, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare dopo il d.lgs. 169/2007*, in DEMARCHI (a cura di), cit., 55 ss.; LO CASCIO, *Il curatore nel concordato fallimentare*, *DFall*, 2007, 1098 ss.; STASI, *Il parere del curatore sulla proposta di concordato fallimentare*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2011, 64.

<sup>6</sup> Ciò, dovrebbe in principio ritenersi (v. BERTACCHINI, *op. loc. ult. cit.*) a pena di improcedibilità. Nondimeno, si ritiene che i vizi o l'assenza di un tale parere potrebbero in via successiva ritenersi sanati da un'approvazione dei creditori (Cass. 29-7-2011, n. 16738). Sul diverso rilievo del parere del curatore e del comitato dei creditori, v. Cass. 10-2-2011, n. 3274.

<sup>7</sup> Previsione assente per il concordato preventivo, pur registrandosi la tendenza a svalutare la portata di una tale differenza testuale, e riconoscendo che la stessa regola valga anche per il c.p. (v. G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, *DFall*, 2005, I, 1131 ss., 1147).

<sup>8</sup> Cfr. NISIVOCIA, *I poteri dell'autorità giudiziaria nel nuovo concordato fallimentare*, *GComm*, 2008, II, 716; PENTA, *I poteri di controllo del tribunale in sede di omologazione di un concordato fallimentare*, *DFall*, II, 418.

Essendo la presentazione di ogni proposta condizionata, come detto, all'esistenza dello stato passivo o quantomeno di un elenco provvisorio redatto dal curatore sulla base della contabilità e delle altre notizie disponibili, **legittimati al voto** saranno i *creditori chirografari* che risulteranno tali secondo tali prospetti (ivi compresi quelli che risultino ammessi con riserva<sup>9</sup> o tardivamente). Equiparati ai chirografari e quindi chiamati anch'essi al voto saranno anche – come sopra ricordato e analogamente al concordato preventivo – i *creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca* (ancorché la garanzia sia contestata), ma solo se e nella misura in cui la proposta di concordato non ne preveda l'integrale pagamento<sup>10</sup>, ovvero nella misura in cui rinunceranno, anche parzialmente<sup>11</sup>, al diritto di prelazione (rinuncia che però, a differenza del concordato preventivo, non potrà essere inferiore al terzo).

Come nel concordato preventivo, inoltre, saranno **esclusi dal voto** e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini fino al quarto grado e coloro che sono diventati cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento. Ma a differenza di quanto previsto nel concordato preventivo, saranno escluse dal voto (pur potendo assumere la veste di proponenti) anche le società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo (rispetto all'impresa fallita) – nonché coloro che abbiano acquistato crediti dopo la dichiarazione di fallimento, fatta eccezione per le banche o per altri intermediari finanziari.

È inoltre dubbio se possa essere ammesso al voto (con ciò ignorando il presumibile conflitto di interessi sottostante) lo stesso **creditore proponente** (che potrebbe magari provocarne da solo l'approvazione disponendo della maggioranza necessaria)<sup>12</sup>. È vero che il concordato fallimentare (a differenza del concordato preventivo) non si presta ad essere inquadrato propriamente come un contratto fra il debitore e i suoi creditori, posto che, quando la proposta provenga da un creditore o da un terzo, *un consenso del primo neppure viene richiesto*; ma ciò non esclude la *forte componente negoziale*, e privatistica, della vicenda, il che non è senza significato circa la rilevanza da riconoscere al conflitto di interessi.

Sulla base di questi criteri, dunque, si procederà alla votazione, *conteggiando come consenzienti tutti coloro che non avranno fatto pervenire il loro dissenso* entro il termine fissato dal giudice delegato<sup>13</sup>. La regola del silenzio – assenso, evidentemente, investe i creditori di un particolare onere di vigilanza, potendo conseguire dalla sem-

<sup>9</sup> Non quindi quelli esclusi che abbiano proposto opposizione, salvo che questa sia stata frattanto accolta, seppure provvisoriamente (con decreto cioè non divenuto ancora definitivo): fra gli altri, v. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., 249; DE FERRA.

<sup>10</sup> Cioè per l'intero e gli accessori, alla scadenza stabilita o poco oltre: STANGHELLINI, sub *art. 124*, cit., 1976.

<sup>11</sup> La rinuncia potrebbe essere anche implicita, e allora per l'intero, se i creditori privilegiati esprimano voto favorevole alla proposta: FERRARA-BORGIOI; BONSIGNORI, *op. loc. ult. cit.*, 255.

<sup>12</sup> Ammettono una siffatta possibilità, NIGRO-VATTERMOLI. Altri tuttavia non ritengono concepibile il voto del creditore proponente rispetto alla sua stessa proposta (STANGHELLINI, sub *art. 124*, cit., 1954; SANZO, *Voto ed approvazione del concordato*, in DEMARCHI (a cura di), cit., 166; *Comm.* Maffei Alberti, sub *art. 127*, 744.

<sup>13</sup> Cfr. FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, *GComm*, 2011, I, 572; RAGAGLIA, *Concordato fallimentare: diritto al voto, esclusione dal voto e computo delle maggioranze*, *GMerito*, 2009, 1873 ss.

plici loro inerzia<sup>14</sup> l'approvazione di una proposta che essi dovranno subire senza possibilità di contestazione (almeno nel merito).

V'è infine da dire che – a differenza del concordato preventivo, dove il proponente è unico, anche se ciò non impedisce in principio che egli presenti diverse alternative – nel concordato fallimentare, spettando il potere di formulare una proposta concordataria a ciascuno dei creditori o anche ad un terzo, potrebbero essere presentate **più proposte** fra loro concorrenti. In questo caso la selezione fra di esse avverrebbe, in principio, “a monte” (e cioè prima della comunicazione ai creditori), sulla base di una scelta effettuata dal comitato dei creditori. Tuttavia, se il curatore ritenga più proposte egualmente convenienti, potrebbe chiedere al tribunale di sottoporre anch'esse, insieme a quella scelta dal comitato dei creditori, alla votazione dei creditori. In tal caso s'intenderà approvata quella che, tra esse, avrà conseguito il maggior numero di consensi (e, in caso di parità, quella presentata per prima)<sup>15</sup>.

### III. L'omologazione del concordato fallimentare e i suoi effetti

Completata la votazione, del suo esito il curatore riferirà al giudice delegato, il quale a sua volta – se le maggioranze previste dalla legge (per crediti ed eventualmente per classi) siano state conseguite<sup>16</sup> – disporrà che il curatore ne dia (tendenzialmente via p.e.c.) comunicazione al proponente perché richieda l'omologazione del concordato.

La comunicazione dovrà inoltre essere rivolta anche al *fallito e ai creditori dissenzienti* affinché essi, oltre che a *qualunque altro interessato*<sup>17</sup> (informato mediante decreto pubblicato ex art. 17), possano proporre **opposizione** (ex art. 26)<sup>18</sup>. Ciò, peraltro, anche alla luce di un parere definitivo che il comitato dei creditori, o il curatore nell'inerzia di quello, dovrà<sup>19</sup> frattanto aver depositato in cancelleria, e sulla base dei medesimi motivi già analizzati in materia di concordato preventivo.

Il giudizio di omologazione, analogamente a quanto già visto per il concordato preventivo, si concluderà, in caso positivo, con l'**omologazione** del concordato falli-

<sup>14</sup> Nella stessa prospettiva si tende a ritenere favorevole anche il voto espresso di astensione, o nullo (in quanto ad esempio espresso in forma condizionata): SANZO, *op. cit.*, 179.

<sup>15</sup> In tema, v. FARINA, *Il concorso tra più domande di concordato fallimentare*, *DFall*, 2010, I, 199.

<sup>16</sup> In caso negativo, invece, dovrà archiviarsi il procedimento e riattivarsi la procedura fallimentare, la cui fase liquidativa, tendenzialmente, resterà sospesa nell'attesa dell'esito della proposta concordataria (PAJARDI-PALUCHOWSKY; GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma*, cit., 815).

<sup>17</sup> Può ipotizzarsi che fra questi possano anche rientrare, a certe condizioni, gli stessi creditori consenzienti, ad esempio facendo valere motivi di (il)legittimità, come quelli da cui potrebbe derivare un annullamento del concordato (cfr. BONFATTI-CENSONI; PAJARDI-PALUCHOWSKY); ovvero il creditore proponente di altra proposta concordataria pretermessa (Cass. 4-7-2012, n. 11153). Anche (alcun)i soci della società fallita, potrebbero del resto avere interesse ad opporsi all'omologazione.

<sup>18</sup> Più ampiamente, FABIANI, *La ricerca individuale di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, *GComm*, 2012, II, 298 ss.

<sup>19</sup> Ma non a condizione di improcedibilità, avendo una funzione solo informativa ed estranea al contraddittorio (Cass. 26-11-2011, n. 24026).



mentare con *decreto motivato del tribunale*, emesso alla scadenza del termine per proporre opposizioni (se non ve ne siano state) ovvero quando esse risulteranno definitivamente respinte<sup>20</sup>. Il decreto sarà *reclamabile* dinanzi alla Corte d'Appello (che deciderà con rito camerale), ed eventualmente *ricorribile in cassazione*<sup>21</sup>; e solo quando diverrà definitivo potrà dirsi efficace<sup>22</sup>.

Dopo di che, reso il conto della gestione da parte del curatore, il tribunale dichiarerà la **chiusura della procedura fallimentare**<sup>23</sup>: con il che il fallito recupererà la piena disponibilità del suo patrimonio e la liberazione da ogni impegno che non gli derivi dal concordato (sia in quanto egli stesso l'abbia proposto assumendosi l'obbligo di eseguirlo; sia, residualmente, in caso di concordato con assunzione, ove l'assuntore abbia escluso la responsabilità del fallito verso i creditori non risultanti al tempo della proposta).

In questi termini, dunque, il concordato fallimentare omologato risulterà **"obbligatorio" nei confronti di tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento**, compresi quelli che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo<sup>24</sup>. Come nel concordato preventivo, comunque, essi conserveranno la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso.

*I creditori che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo*, tuttavia, potrebbero non contare – come appena ricordato – sulla responsabilità del proponente diverso dal fallito, se questo abbia escluso ogni impegno nei loro confronti (restando allora obbligato il fallito). E in ogni caso non potranno giovare delle *garanzie prestate* nel concordato *da terzi*, posto che neppure questi possono ritenersi impegnati a favore di soggetti di cui non conoscevano l'esistenza.

---

<sup>20</sup> Anche in tal caso, analogamente a quanto già visto in relazione al giudizio di omologazione nel concordato preventivo, variando l'intensità del controllo in funzione dell'esistenza o meno di eventuali opposizioni dei creditori (Cass. 12-2-2010, n. 3327).

<sup>21</sup> Il provvedimento che in sede di reclamo confermi il decreto di inammissibilità della proposta, non sarà ricorribile in Cassazione, potendo una nuova proposta essere presentata, e quindi mancando dei caratteri di decisorietà e definitività (Cass. 20-5-2011, n. 11178; diversamente orientato, però, DONZELLI, *Sul ricorso straordinario in cassazione avverso il decreto che omologa il concordato fallimentare in assenza di opposizione*, DFall, 2012, II, 207 ss.

<sup>22</sup> Nondimeno, secondo l'art. 130, co. 1, scaduti i termini per proporre le opposizioni all'omologazione, senza che ve ne siano, la proposta diventerà efficace: dunque *anticipatamente rispetto allo stesso decreto di omologazione* e seppur non ancora definitivamente, per ciò dovendo attendersi l'emanazione di tale decreto (peraltro non soggetto a reclamo, anche se eventualmente ricorribile direttamente per Cassazione ex art. 111: Cass. 14-2-2011, n. 3585; e v. anche nt. prec.), che dovrà comunque seguire al vaglio di regolarità della procedura; si chiuderà così la procedura fallimentare, stabilizzandosi gli effetti del concordato che già avrà potuto iniziare ad avere esecuzione.

<sup>23</sup> Nondimeno, se fosse stato proposto reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento, il fatto che il concordato sia stato omologato non farebbe venire meno l'interesse all'impugnazione, così che potrebbe addivenirsi alla revoca del fallimento e, di conseguenza, alla dichiarazione di improcedibilità del concordato (PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., 60).

<sup>24</sup> Per un'ipotesi particolare, v. NICITA, *Effetti del concordato fallimentare omologato sul creditore ipotecario non insinuatosi al passivo e principio di recessorietà della relativa ipoteca gravante su un bene del terzo*, DFall, 2012, II, 362 ss.

#### IV. L'esecuzione del concordato fallimentare. Risoluzione e annullamento

L'**esecuzione** del concordato fallimentare sarà "sorvegliata", secondo l'art. 136, dal giudice delegato, dal curatore e dal comitato dei creditori, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione<sup>25</sup>; sin quando, adempiuti integralmente gli obblighi concordatari, un provvedimento del giudice delegato accerterà l'**avvenuta esecuzione** del concordato, ordinando lo svincolo delle eventuali cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia, nonché ogni altra misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato.

Qualora invece il piano concordatario **non venisse eseguito**<sup>26</sup> ovvero risultasse **viziato da frode** (la cui portata inficiante potrebbe peraltro manifestarsi già in corso di procedura – in sede di valutazione della proposta o di omologazione – provocandone allora subito l'interruzione), potrà richiedersi, rispettivamente, la **risoluzione** o l'**annullamento del concordato**, secondo i principi già esaminati in materia di concordato preventivo (la cui disciplina, anzi, è tratta proprio, in forza di rinvio, da quella del concordato fallimentare prevista dagli artt. 137 e 138).

La risoluzione o l'annullamento saranno dichiarati con sentenza (reclamabile ma provvisoriamente esecutiva) che provocherà la **riapertura del fallimento**<sup>27</sup>, con i consueti effetti già esaminati (artt. 122 e 123), fra i quali, innanzitutto, la **riammissione dei creditori al passivo per l'importo dell'originario credito**, detratta ovviamente la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato, che non dovrà essere restituita<sup>28</sup>. Inoltre, per effetto di tale riapertura, è espressamente previsto (art. 140) che potranno essere **riproposte le azioni revocatorie** già iniziate e interrotte per effetto del con-

<sup>25</sup> Se, come pare preferibile ritenere, è questa una fase nella quale la funzione degli organi fallimentari è di natura prevalentemente amministrativa, deve anche ritenersi che per le azioni derivanti dal concordato non opererà un'attrazione al tribunale fallimentare, valendo piuttosto l'ordinaria competenza (*contra*, v. però SATTÀ; PAJARDI-PALUCHOWSKY); così come i provvedimenti del giudice delegato avranno natura puramente ordinatoria (GUGLIELMUCCI; BENASSI, *Esecuzione del concordato fallimentare e cancellazione delle ipoteche*, *DFall*, 2008, I, 559 ss., 566); ma in senso contrario, v. Cass. 21-7-2011, n. 16040, negando la decadenza degli organi fallimentari (salvo il caso di concordato con liberazione immediata del fallito) e per l'effetto la persistenza della *vis attractiva* del tribunale fallimentare.

<sup>26</sup> Se l'**inadempimento** – da intendersi riferito eventualmente anche alla **mancata costituzione delle garanzie promesse**, e rilevante comunque nella sua oggettività, a prescindere dalla sua imputabilità all'imprenditore – debba essere "di non scarsa importanza" è dubbio, posto che tale previsione consta solo per il concordato preventivo, ma non per quello fallimentare (orientati in senso positivo, NARDECCHIA, *Il concordato fallimentare (con le riforme)*, in FERRO, *Le insinuazioni al passivo*, III, Padova, 2010, 282 ss., 284; BERTACCHINI, sub *art. 136, Comm. Nigro-Sandulli-Santoro*, 1834; LUCANTONI, *La risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare e preventivo: spunti per una ricostruzione della disciplina*, *RDComm*, 2009, 485 ss.; in senso negativo, SANZO, *La fase successiva all'omologazione*, *Comm. Jorio-Fabiani*, 822; RUOSI, sub *art. 136, Comm. Nigro-Sandulli*, 829).

<sup>27</sup> Cfr. Cass. 19-10-2006, n. 22380.

<sup>28</sup> Salvo che, si è talora ritenuto, essa non sia avvenuta in spregio al piano concordatario, anche in eccezione o anticipatamente rispetto a quanto da esso previsto, oppure violando la *par condicio* o l'ordine delle cause di prelazione (v. Cass. 2-10-1999, n. 10938 e Cass. n. 17059/2007, entrambe dichiarando l'art. 140, co. 3, analogicamente applicabile anche in materia di concordato preventivo RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni*, cit., 543; BONFATTI-CENSONI).

cordato; ed inoltre che i creditori anteriori conserveranno le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato<sup>29</sup>.

Neppure è escluso, peraltro, che a seguito dell'insuccesso del concordato fallimentare e della conseguente riapertura del fallimento, possa essere riproposto un **nuovo concordato fallimentare**. In tal caso, però, la legge (art. 141) pretende garanzie adeguate ad evitare un nuovo insuccesso, condizionando l'omologazione della proposta al deposito, da parte del (precedente<sup>30</sup>) proponente, delle somme occorrenti per l'integrale adempimento (ovvero alla prestazione di garanzie equivalenti).

---

<sup>29</sup> Argomento, questo, che invece resta dibattuto in tema di concordato preventivo, in mancanza di un espresso rinvio all'art. 140.

<sup>30</sup> Se si tratti di un terzo, invece, si ritiene che tali cautele, ispirate a diffidenza verso il precedente proponente, non siano richieste: FERRO, sub *art. 141*, in FERRO, *op. cit.*, 1594; RUOSI, sub *art. 141*, *Comm.* Nigro-Sandulli, 1860.

## § 30. GLI ACCORDI STRAGIUDIZIALI

**LETTERATURA:** BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi: ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, *GComm*, 1997, I, 488 ss.; BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della nuova legge fallimentare*, *DFall*, 2003, I, 113; BONFATTI-FALCONE (a cura di), *Le procedure stragiudiziali per la composizione della crisi di impresa: i protagonisti*, Milano, 1999; CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, *BBTC*, 2010, I, 295 ss.; CASTIELLO D'ANTONIO, *Sulla chiusura della procedura di concertazione interbancaria per la composizione stragiudiziale delle crisi di impresa*, *DBancaMercFin*, 2000, 577 ss.; COSSU, *Piani attestati di risanamento e contratti di ristrutturazione del debito. La riorganizzazione stragiudiziale della s.r.l. in crisi*, *RD Soc*, 2011, III, 461 ss.; COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, *DFall*, 1998, 958 ss.; D'AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, *GComm*, 2007, I, 364 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1994; FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995; GUGLIELMUCCI, *La composizione stragiudiziale delle crisi*, *St.Oe.*, 2000, 60 ss.; PANZANI, *Le forme di composizione della crisi d'impresa nella riforma: il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione del debito il concordato stragiudiziale*, *GPiem*, 2007, 1 ss.; SPARANO, *Il fattore temporale negli accordi stragiudiziali per evitare la crisi*, *DFall*, 2003, I, 173 ss.

Fuori dai meccanismi appositamente previsti dalla legge per gestire la crisi o regolare l'insolvenza di un imprenditore, si è sempre attestato nella prassi il tentativo, da parte degli imprenditori in difficoltà, di comporre la crisi ricorrendo a soluzioni negoziate stragiudizialmente con i creditori (o meglio con i più importanti di essi: spesso le banche, anche se non solo e necessariamente).

Le ragioni di una tale propensione alla composizione stragiudiziale possono solitamente individuarsi nella ritrosia degli imprenditori a "portare i libri in tribunale": ciò che da un lato renderebbe notorio il loro stato di crisi, così peggiorando il credito dell'impresa sul mercato; e d'altro lato provocherebbe una forte restrizione alla libertà di manovra dell'imprenditore, consistente non solo nello sposessamento attenuato conseguente ad un'eventuale ammissione a concordato preventivo, ma eventualmente nelle ben peggiori conseguenze (la dichiarazione di fallimento, e con essa lo sposessamento e la perdita dell'impresa) di un assoggettamento ad una procedura fallimentare, quante volte una domanda di concordato non venisse ammessa o la relativa proposta fosse respinta dai creditori. Così, più discretamente, l'imprenditore, grazie a strategie confezionate dai suoi consulenti (o come si dice nel mercato dei servizi professionali, *advisors*) cerca una via d'uscita con i suoi creditori: una volta messe a fuoco le cause e la gravità del proprio stato di crisi (che può essere puramente di liquidità, o dovuta ad un eccessivo indebitamento, o a condizioni di mercato che non consentono di mantenere l'equilibrio di impresa, ecc.), l'imprenditore rende partecipi della propria situazione (che può investire anche un intero gruppo di società) i suoi principali creditori, proponendo loro un accordo che consenta di prevenire l'apertura di una procedura concorsuale.

Cosa si propone ai creditori (che spesso può anche essere uno solo, quello verso cui si è concentrata la maggior parte dell'esposizione debitoria)? E perché costoro dovrebbero preferire una tale proposta all'apertura di una procedura concorsuale?

Un creditore fortemente esposto, magari senza forti garanzie, può temere un esito fallimentare non molto meno di quanto lo tema il suo stesso debitore (ed anzi talvolta di più, quando quest'ultimo non abbia più niente da perdere in un fallimento), dal momento che la falciatura fallimentare alla quale andrebbe incontro potrebbe risultare pesantissima. Meglio allora tentare di "dare ossigeno" all'impresa in difficoltà perché questa recuperi il proprio equilibrio, e conseguentemente la redditività e la liquidità necessaria per far fronte ai propri debiti, o comunque ad una parte di essi maggiore di quella che verrebbe soddisfatta nell'ambito di una procedura concorsuale. Inoltre, anche se ciò non fosse possibile, un mantenimento artificiale in vita dell'impresa in difficoltà potrebbe servire (anche se a rischio – a certe condizioni, ma non necessariamente – di una responsabilità civile e penale per concorso in bancarotta o per abusiva concessione di credito) a differire il momento della pur inevitabile apertura di un fallimento, allo scopo di spostare in avanti il termine a partire dal quale si potrebbero, a ritroso, colpire con l'azione revocatoria taluni atti precedenti all'apertura del fallimento (come un pagamento integrale o la concessione di garanzie a favore di certi creditori), la cui efficacia potrebbe così, nel frattempo, "consolidarsi" e sfuggire alla revocatoria.

Attratti da questa alternativa, azzardata ma pur sempre preferibile al fallimento, alcuni creditori potrebbero allora accettare la proposta del debitore di dar vita ad una **ristrutturazione dei debiti**, che potrà consistere: in una loro *riduzione in conto capitale*; e/o in una *dilazione del termine di adempimento*; e/o in una *rinuncia a tutti o a parte degli interessi* dovuti; ovvero, nei casi più complessi, in una *conversione del credito in partecipazione al capitale*; o addirittura nella *concessione di un credito supplementare* al debitore, c.d. "nuova finanza", magari a fronte dell'intervento di *nuove garanzie* prestate da terzi, ovvero dell'accettazione, da parte di altri creditori, delle *postergazione* del loro credito o della rinuncia ad una garanzia.

Ovviamente, un accordo di ristrutturazione potrà consistere anche in una combinazione delle forme appena esaminate, o essere "rafforzato" dall'impegno del debitore a non porre in essere certe iniziative, ovvero ad avviare processi di ristrutturazione aziendale (licenziamenti, dismissioni) o di riorganizzazione societaria (aumento di capitale, fusione; ovvero coinvolgimento nell'organo amministrativo o di controllo di soggetti designati dal creditore interessato, ecc.) – c.d. *turnaround management*.

È importante tenere presente che, situandosi questa fase al di fuori di ogni procedura concorsuale e valendo il generale *principio della libera disponibilità del proprio credito* (per cui ciascun creditore è libero di rinunciare al proprio credito o di novarlo nei termini e nella misura che ritiene), **la proposta non dovrà essere necessariamente rivolta a tutti i creditori, né dovrà rispettare necessariamente il principio della par condicio.**

Essa, quindi, potrà essere rivolta anche ad un solo creditore, così garantendosi la massima riservatezza circa la difficoltà dell'impresa proponente; ovvero essere proposta a più

creditori, ma non necessariamente a tutti. Ancora, se proposta a più creditori, potrebbe essere proposta a ciascuno di essi separatamente, e al limite anche ad insaputa degli altri; ovvero a tutti congiuntamente sulla base di un piano più articolato (ciò soprattutto per le crisi più complesse, riguardanti la sorte di un intero gruppo). Inoltre, per quanto si diceva poc'anzi, neppure dovrà essere assicurato un trattamento paritario ai creditori coinvolti nell'accordo stragiudiziale: ciascuno potendo essere destinatario ed accettare, in base al principio di libera disponibilità del proprio credito, *condizioni quantitativamente e/o qualitativamente diverse* (ad esempio, offrendosi ad uno il pagamento del 70% in denaro, ed all'altro la conversione al 100% del credito in partecipazione al capitale della società proponente).

Quanto ai **creditori estranei**, v'è infine da dire che per essi, almeno in principio, non cambia nulla. Infatti essi (che al limite neppure sono a conoscenza dell'accordo) in base al principio di *efficacia relativa del contratto* (cioè solo fra le parti: art. 1372 c.c.) *non subiranno alcun effetto derivante dell'accordo concluso con gli altri creditori*. Conserveranno pertanto *integre le proprie pretese e la possibilità di farle valere ricorrendo a tutti gli strumenti normalmente disponibili*: ivi compresa, al di là delle ordinarie azioni cautelari od esecutive individuali, la possibilità di richiedere il fallimento dell'impresa che ha concluso l'accordo stragiudiziale.

Emerge però, a quest'ultimo riguardo, un'importante relazione che si viene a creare, se non altro in punto di fatto, fra l'accordo stragiudiziale e la prospettiva di una procedura concorsuale consecutiva; una relazione che consente di apprezzare come, almeno indirettamente, l'accordo non resti del tutto neutrale per i creditori estranei. Difatti, come emerso anche in sede giurisprudenziale<sup>1</sup>, l'accordo stragiudiziale – proprio perché avente ad oggetto la ristrutturazione di una parte significativa del debito dell'impresa, in buona sostanza alleggerendolo (vuoi in conto capitale, vuoi per interessi, vuoi per il riscadenamento dei termini o per la concessione di nuova finanza) – incide e modifica la complessiva condizione economico-finanziaria del debitore; sino al punto da rendere un'impresa, che prima dell'accordo avrebbe anche potuto ritenersi insolvente, meritevole di un giudizio di (recuperata) capacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni (quali complessivamente risultanti, appunto, anche dal nuovo accordo). Ed in effetti è proprio quella di evitare un fallimento la finalità principale perseguita mediante l'accordo, indipendentemente dal fatto che poi, in seconda battuta, esso si indirizzi verso una finalità di risanamento e di conservazione dell'impresa in capo al debitore, ovvero verso una finalità (pur sempre, però, alternativa al percorso fallimentare) puramente liquidatoria o comunque di trasferimento del "controllo" dell'impresa ai creditori. In definitiva, ferma la persistenza della legittimazione dei creditori estranei a chiedere il fallimento dell'impresa in crisi, la conclusione di un accordo di ristrutturazione del debito concluso con alcuni creditori (anche *in extremis*, durante l'istruttoria prefallimentare) potrebbe far sì che, in concreto, una tale richiesta non possa più essere accolta a causa della (sopravvenuta) insussistenza di uno stato di insolvenza.

D'altro canto – sempre sul piano dei rapporti fra l'accordo e l'ipotesi di un eventuale fallimento successivo – deve pure rilevarsi come l'accordo presenti taluni significativi **rischi**:

– non solo quello, appena ricordato, che i creditori estranei, pur in presenza di un

---

<sup>1</sup> Cass. 9-5-1992, n. 5525; Cass. 20-5-1993, n. 5376.

accordo stragiudiziale, chiedano il fallimento dell'impresa che lo ha concluso (richiesta che, in pratica, non è poi così certo che verrà respinta); ma anche quello che essi possano intraprendere quella stessa, o altre iniziative (cautelari o esecutive), già durante la fase delle trattative: così rischiando di pregiudicare le condizioni minime alle quali i creditori destinatari della proposta sono disposti ad accettarla;

– neppure è escluso, d'altronde, che queste stesse iniziative possano venire intraprese proprio da alcuno dei creditori destinatari della proposta, il quale, venendo a sapere delle reali condizioni dell'impresa in crisi, lungi dall'accettare la proposta, ne sia ulteriormente allarmato;

– inoltre, tutti gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo (pagamenti o garanzie ricevute dai creditori, nuove obbligazioni assunte o contratti stipulati) scontano il rischio di una certa precarietà: restando esposti, in caso di successivo fallimento, ad una possibile *revocatoria fallimentare* (ovviamente nei tempi e nei limiti previsti dalla relativa disciplina);

– parallelamente, ogni nuovo credito che in funzione della conclusione, o in esecuzione dell'accordo, venisse erogato per aiutare l'impresa in difficoltà (c.d. *nuova finanza*), *non godrebbe di alcuna prededuzione* in caso di successivo fallimento, andando piuttosto incontro alla relativa falcidia: il che certo non ne incoraggia l'erogazione; per non parlare poi del rischio di un'eventuale responsabilità del finanziatore per *abusiva concessione del credito* (art. 218);

– a quest'ultima ipotesi deve poi essere aggiunta, sempre sul piano della responsabilità penale, la possibilità che i creditori partecipanti all'accordo vengano ritenuti corresponsabili della ritardata apertura del fallimento o dell'effettuazione di pagamenti preferenziali in danno degli altri, e perciò incriminati per concorso in bancarotta (artt. 216 e 217).

A questi rischi il legislatore ha tentato di ovviare, in una prospettiva evidentemente di *favor* per la conclusione di soluzioni negoziate della crisi, attraverso l'introduzione dell'art. 182-*bis*, che si va qui di seguito ad esaminare.

## § 31. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI OMOLOGATI EX ART. 182-BIS

**LETTERATURA:** AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi: dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, 2012; ID., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Tr. Cottino, 2008; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Comm. Jorio-Fabiani*, II, 1137 ss.; AMBROSINI-DEMARCHI (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005; APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012; BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi: ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007; BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, *BBTC*, 2009, I, 46 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato*, 2006; DE ANGELIS, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, *Soc.*, 2008, 1462 ss.; DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (182-bis l.fall.)*, *DFall*, 2011, I, 8 ss.; FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, *Fall*, 2010, 898 ss.; FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, *Fall*, 2009, 889 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti - Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2008; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l.fall.) e gli effetti per coobbligati e fidejussori del debitore*, *DFall*, 2005, I, 849 ss.; E. GABRIELLI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, *RDComm*, 2009, I, 1071 ss.; ID., *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione*, *RDP*, 2011, 555 ss.; GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, *DFall*, 2009, I, 633 ss.; INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, *DFall*, 2007, 917 ss.; INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, *DFall*, 2012, I, 13 ss.; JORIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Comm. Jorio-Fabiani*, *Agg.*, 2007, 57 ss.; L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall.*, *Fall*, 2010, 610 ss.; MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare: contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012; MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, *Fall*, 2008, 1047 ss.; MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182-bis l.fall. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, *DFall*, 2008, II, 308; MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *BBTC*, 2006, I, 16 ss.; PRESTI, *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*, *Fall*, 2006, 171 ss.; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Fall*, 2006, 129 ss.; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, *Fall*, 2007, 188; RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *GComm*, 2009, I, 661 ss.; RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, *DFall*, 2011, I, 1 ss.; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *RDCiv*, 2009, I, 337 ss.; TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, *DFall*, 2012, I, 1; VALENSISE, *Commento agli artt. 182-bis, Comm. Nigro-Sandulli-Santoro* (a cura di), 2248 ss.; VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012; ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, *GComm*, 2009, I, 1236 ss.



### I. Accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis e accordi stragiudiziali

L'art. 182-bis è dedicato agli "accordi di ristrutturazione dei debiti". Salvo però alcune specificazioni sulle parti dell'accordo e sulla finalità economica che esso deve raggiungere per poter essere sussunto nella fattispecie prevista dall'articolo in discorso, questo non chiarisce quale sia il possibile **contenuto** di tali accordi, se non genericamente attraverso il riferimento alla "ristrutturazione dei debiti".

Ciò, però, non a caso. Proprio per rendere la disciplina in discorso applicabile a qualunque accordo che – quali che siano gli obblighi assunti dalle parti, o i termini e le modalità attraverso cui dovranno essere eseguiti, e quale che sia il percorso prescelto (di salvataggio dell'impresa ma anche soltanto di liquidazione<sup>1</sup>) per soddisfare i creditori – abbia per effetto di ristrutturare il debito di un imprenditore in crisi, non si è inteso ulteriormente definire la fattispecie; rischiandosi altrimenti di limitare la libertà negoziale delle parti coinvolte o di escludere taluni accordi dal campo d'applicazione della norma.

In altri termini, gli accordi contemplati dall'art. 182-bis devono ritenersi, quanto al possibile contenuto della "ristrutturazione", *appartenenti allo stesso genus degli accordi stragiudiziali di composizione della crisi* (appena esaminati al § 30), salvo che la relativa fattispecie può dirsi, in virtù delle specifiche caratteristiche previste dall'art. 182-bis (in particolare: l'essere l'accordo concluso con i titolari del 60% dei crediti; il garantire esso il pagamento integrale dei creditori che vi rimangono estranei: *infra*, II), più circoscritta rispetto a quella generale; ma, appunto, ritagliata all'interno di essa, riconducibile all'interno del suo perimetro.

Quanto ai rapporti fra *genus* degli accordi stragiudiziali e *species* degli accordi di ristrutturazione qui in esame, va qui subito considerata la previsione apparentemente singolare, contenuta nello stesso art. 182-bis, secondo cui gli accordi di ristrutturazione *acquistano efficacia soltanto a partire dal giorno della loro pubblicazione nel registro delle imprese*. La singolarità di una tale previsione sta in ciò: che, stando al suo tenore letterale, dovrebbe quasi dedursene che, in mancanza di essa, gli accordi da essa contemplati – che pure appartengono ad un genere notoriamente lecito e da sempre praticato – dovrebbero ritenersi inefficaci; in altre parole che, dopo l'introduzione della norma in discorso, tutti gli accordi aventi le caratteristiche sopra enunciate e che non siano iscritti nel registro delle imprese non potrebbero mai produrre effetto. Ma così non può essere, all'evidenza.

In realtà, gli effetti di cui parla l'enunciato appena ricordato non sono gli effetti che potrebbero derivare, *per volontà delle parti*, da un qualsiasi accordo stragiudiziale (abbia esso o no le caratteristiche enunciate nell'art. 182-bis; ad esempio, l'effetto derivante dalla rinuncia ad una parte del credito), insomma i tipici *effetti negoziali*<sup>2</sup>;

<sup>1</sup> GUGLIELMUCCI; NIGRO-VATTERMOLI; INNOCENTI, *op. cit.*, 928; PROTO, *Fall*, 2006, 129; *contra*, FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella l. 80/2005*, *Fall*, 2005, 1445 ss., 1452; CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, *DFall*, 2006, II, 536 ss.; MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, *Fall*, 2006, 101 ss.

<sup>2</sup> Anch'essi potrebbero però venire condizionati (ma pur sempre, e soltanto, per volontà, espressa o implicita, delle parti, e quindi ancora nella prospettiva negozialistica) al completamento di questa o quella fase del procedimento previsto dall'art. 182-bis.

*bensì gli ulteriori effetti* – che per contrapposizione possono definirsi *effetti legali* – che la stessa legge riconnette al procedimento previsto dall'art. 182-bis. Effetti, questi ultimi, *anche ultra partes, che mai potrebbero derivare da una volontà negoziale espressa in un accordo stragiudiziale.*

Può dirsi, in prima approssimazione, che tali effetti legali si producono proprio nelle aree in cui si potrebbero altrimenti registrare, nel caso di una successiva apertura di un fallimento, alcuni degli inconvenienti riconnessi ai “meri” accordi stragiudiziali di ristrutturazione (rischi ricordati alla fine del § 30); consistendo, anzi, proprio nella neutralizzazione di quegli inconvenienti: ad esempio, eliminando il rischio di una revocatoria fallimentare di un atto compiuto in esecuzione dell'accordo; ovvero la falciatura fallimentare cui andrebbe altrimenti soggetto un finanziamento ottenuto sempre in esecuzione dell'accordo; ovvero il rischio che durante le trattative possano essere intraprese dai creditori iniziative esecutive o cautelari capaci di compromettere il perfezionamento dell'accordo. Tali effetti, dunque, non discendono direttamente dall'accordo in sé, quale mero atto di autonomia privata (che di per sé non lo potrebbe); ma si producono in virtù di un **procedimento giudiziale all'interno del quale viene dedotta la vicenda negoziale** (come si vedrà, non solo conclusa, ma addirittura quand'è ancora in fase di trattativa) e che culminerà con l'**omologazione dell'accordo da parte del tribunale**. L'accordo omologato, e non l'accordo di per sé, sarà allora all'origine dei c.d. effetti legali (*erga omnes*), ulteriori rispetto a quelli negoziali (*inter partes*). In definitiva può dirsi che l'art. 182-bis contempla un negozio i cui contenuti sono lasciati all'autonomia privata, ma anche un procedimento giudiziale volto alla sua omologazione, di cui vengono previsti specifici effetti, ulteriori rispetto a quelli che potrebbero derivare dall'accordo in sé.

Tali effetti (legali) non dipendono quindi dalla volontà negoziale, gravitando per definizione all'esterno dall'area riservata al potere dispositivo dell'autonomia contrattuale. Essi restano pertanto incapaci di descrivere come autonomo tipo contrattuale gli “accordi” indicati – non a caso al plurale – dall'art. 182-bis, che infatti, non precisandone struttura o contenuto, non ne delinea alcuna precisa identità negoziale, ma solo li presuppone. Detti effetti risultano pertanto incapaci di contribuire alla **qualificazione del contratto**, il cui contenuto regolamentare – come detto il più vario<sup>3</sup> – non resta in principio distinguibile da quello che potrebbero assumere accordi stragiudiziali aventi la medesima finalità di ristrutturare in qualsiasi modo il debito<sup>4</sup> (si pensi ad esempio ad un accordo che preveda una mera rinuncia in conto capitale). Al più, dunque, quegli effetti legali potranno rilevare, negozialmente, fra i “motivi”, o quale condizione o inespressa “presupposizione” (nel sen-

<sup>3</sup> Ed in tal senso, seppure con riferimento alla proposta concordataria, sembra esprimersi la Suprema Corte a SU 23-1-2013, n.1521, rilevando come la “*causa concreta* della procedura ..., da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, *non ha contenuto fisso e predeterminabile*, essendo *dipendente dal tipo di proposta* formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”.

<sup>4</sup> Non può però più dirsi, come invece era stato sostenuto nel passato, che la causa di tali accordi possa individuarsi nella finalità di evitare il fallimento, che anzi è proprio nell'apertura di quest'ultimo che la legge individua la condizione al cui avverarsi si produrranno gli specifici effetti (fra cui l'irrevocabilità degli atti compiuti in esecuzione) che la legge riconnette a tali accordi (v. così NIGRO-VATTERMOLI).

so che la volontà negoziale potrebbe condizionare l'efficacia del contratto alla sua omologazione, e così al conseguimento degli effetti legali).

Si discute poi – in una prospettiva non priva di possibili ricadute applicative – se il negozio fra debitore e creditori possa ritenersi un unico *contratto plurilaterale con comunione di scopo* (derivandone allora l'applicabilità della relativa disciplina, soprattutto in termini di persistenza del contratto al venir meno del rapporto, non essenziale, con una sola delle parti), ovvero un *contratto bilaterale plurisoggettivo* (in cui cioè i creditori siano considerati come un'unica controparte), ovvero ancora – tesi forse preferibile, poiché si faticherebbe invece a rintracciare un vero e proprio scopo comune fra creditori<sup>5</sup> – come un *fascio di contratti bilaterali accomunati da una causa omogenea* (la prevenzione o rimozione dell'insolvenza e il superamento della crisi) *e fra loro collegati* (dove allora le vicende patologiche che inficiano il rapporto con un singolo creditore potrebbero ripercuotersi, o non, sulle altre, a seconda dei casi, e cioè a seconda della rilevanza in concreto del collegamento che quel rapporto contrattuale ha con gli altri). Su di un piano diverso (non riguardante cioè i reciproci rapporti fra le parti, quanto piuttosto la strutturazione del regolamento contrattuale) pare invece da considerarsi la possibilità che l'accordo si distribuisca su due livelli, articolati “a monte” in un'intesa quadro sul complessivo piano di ristrutturazione, e “a valle” in una pluralità di negozi attuativi, per quanto concerne le singole posizioni debitorie.

L'art. 182-*bis* regola quindi – all'interno dello stesso capo della legge fallimentare dedicato al concordato preventivo (con cui non mancano significativi parallelismi, a cominciare proprio dalla finalità ricordata) – un *procedimento giudiziale volto alla composizione di una crisi*; dovendo però escludersi che si tratti *di una forma di concordato preventivo oppure* (come peraltro solo alcuni ritengono) *di un'autonoma procedura concorsuale*. V'è infatti un procedimento, ma non una regolazione concorsuale di tutti i crediti; alcuni dei quali anzi restano, per definizione, estranei al procedimento.

## II. Condizioni di omologabilità dell'accordo

L'accordo preso in considerazione dall'art. 182-*bis* dovrà possedere le seguenti **caratteristiche** (che, come detto, rendono la relativa fattispecie non eterogenea, ma soltanto più circoscritta rispetto ai contenuti che un accordo di ristrutturazione stragiudiziale potrebbe assumere).

(A) Quanto alle **parti**, esso dovrà essere concluso fra:

(A1) **un imprenditore in crisi**: vale a dire un imprenditore in possesso dei *medesimi requisiti*, già esaminati, che consentirebbero l'ammissione ad un *concordato preventivo*<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> JORIO, *Introduzione*, a *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Tr. Cottino, 2008, XI ss.; ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, *DFall*, 2008, I, 374.

<sup>6</sup> Sulla problematica degli accordi di ristrutturazione che coinvolgono più imprese appartenenti al medesimo gruppo, oltre, in primo luogo, alle opere citate in bibliografia, si vedano anche: v. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del “gruppo”*, *DFall*, 2010, II, 343 ss.; GALARDO, *“Interesse di gruppo” e accordi di ristrutturazione (il caso “Gabetti”)*, *DFall*, 2011, II; PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento)*. *Prime considerazioni*, *DFall*, 2010, II, 205; PERUGINI, *Crisi di gruppi societari e accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fall. (nota a Trib. Milano, 10-11-2009)*, *CorrMerito*, 2010, 263 ss.; nonché, in materia di concordato preventivo, FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato pre-*

La l. 111/2011 (che ha convertito il d.l. 98/2011), art. 23, co. 43, ha esteso anche all'**imprenditore agricolo** la possibilità di avvalersi della procedura prevista dall'art. 182-*bis*, nonché di quella prevista dall'art. 182-*ter* (c.d. transazione fiscale). Una tale estensione – frutto di un “afflato” legislativo protettivo del settore agricolo che spesso ha condotto negli ultimi anni, ad applicare all'impresa agricola istituti (tendenzialmente di *favor*) tipicamente propri dell'impresa commerciale (come anche l'iscrizione nel registro delle imprese con efficacia dichiarativa) – risulta tuttavia di limitata utilità, posto che gli effetti principali dell'istituto affrontato in queste pagine hanno modo di manifestarsi soltanto all'interno di un'eventuale e successiva procedura fallimentare, alla quale però l'impresa agricola è sottratta. È anche a dirsi, però, che la capacità dell'accordo di precludere o “far rientrare” uno stato di insolvenza (senza allora la scadenza immediata di tutti i debiti ex art. 1186 c.c.) e di sottrarre temporaneamente l'imprenditore a misure esecutive e cautelari, nonché la possibilità di dedurre nell'accordo anche una transazione col fisco, possono rappresentare un beneficio di cui pure l'imprenditore agricolo potrebbe profittare.

L'utilità di una siffatta normativa e la sua coerenza sistematica sono state rese ulteriormente dubbie dopo l'introduzione del *procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento*. Tale procedimento, come si vedrà (*infra*, § 33), risulta replicare lo schema e gli effetti degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, offrendosi però ai soggetti “diversi da quelli sottoposti alle procedure concorsuali”: fra i quali, allora, anche l'imprenditore agricolo<sup>7</sup>. Quest'ultimo troverebbe allora a sua disposizione due procedure di composizione della crisi fra di loro analoghe.

(A2) *uno o più dei suoi creditori* che rappresentino *almeno il sessanta per cento dei crediti*.

Il calcolo di tale **percentuale** presuppone ovviamente che si possa conoscere quale sia il totale rispetto a cui calcolarla, ciò che però non è detto che risulti così evidente, dal momento che: (i) manca, come nel fallimento o nel concordato preventivo, uno stato passivo o altra forma di accertamento da parte di un organo concorsuale; l'unico accertamento essendo rimesso, come si vedrà, ad un professionista incaricato dal debitore stesso, o semmai scelto d'accordo con i creditori destinatari della proposta; (ii) inoltre, se è indubbio che nel 60% vadano senz'altro computati *anche i crediti non scaduti* (tanto quelli *chirografari* che quelli *assistiti da cause legittime di prelazione*) più dubbio è se vi rientrino anche quelli *condizionali o di regresso*.

Da escludersi dal computo saranno senz'altro (per espressa previsione dell'art. 182-*quater*, co. 2 e 5), invece, i crediti derivanti da *finanziamenti erogati, anche da soci, in funzione della presentazione della stessa domanda* di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (crediti che peraltro saranno prededucibili in caso di successivo fallimento): tipicamente, un “finanziamento-ponte”, capace di sostenere economicamente l'impresa nel periodo necessario a predisporre la proposta. Secondo l'art. 182-*ter* (più volte modificato, da ultimo nel 2012), inoltre, potranno rientrare in tale calcolo anche i **crediti tributari**, anche se privilegiati, che siano stati oggetto di una transazione fiscale (sul punto v. si veda quanto già osservato in tema di concordato preventivo, § 28.II, lett. e).

(B) Quanto al **contenuto**, invece, l'accordo, pur ampiamente rimesso all'autonomia delle parti, dovrà complessivamente:

*ventivo*, D*Fall*, 2011, II, 247 ss.; VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, D*BancaMercFin*, 2012, I, 378 ss.

<sup>7</sup> O almeno così parrebbe, salvo ritenere lo stesso art. 182-*bis* quale una procedura concorsuale.

(B1) consistere in una *ristrutturazione dei debiti* dell'impresa in crisi: ciò che potrà essere realizzato – fra le altre pur immaginabili – secondo una o più delle svariate modalità che già si sono menzionate parlando in generale degli accordi stragiudiziali.

Ad esempio, come già ricordato, una riduzione del credito in conto capitale e/o una dilazione del termine di adempimento e/o una rinuncia a tutti o a parte degli interessi dovuti. In queste ipotesi, è frequente che l'accordo non abbia una portata remissoria o novativa, dunque estintiva del rapporto preesistente, quanto piuttosto di un mero *pactum de non petendo* condizionato all'omologazione dell'accordo<sup>8</sup>; il che comporterebbe la sopravvivenza delle garanzie prestate da terzi e l'integrale esigibilità del credito in caso di mancata omologazione o di risoluzione dell'accordo stesso. Nei casi più complessi, poi, l'accordo potrà prevedere una conversione del credito in partecipazione al capitale, o una concessione di credito supplementare al debitore (c.d. nuova finanza), magari a fronte dell'intervento di nuove garanzie di terzi ovvero dell'accettazione, da parte di altri creditori, delle postergazione del loro credito o della rinuncia ad una garanzia.

Del resto, a differenza di una proposta concordataria, l'accordo di ristrutturazione *nepure dovrà rispettare alcuna par condicio*, potendo offrire ai destinatari della proposta un trattamento differenziato pur nella omogeneità delle posizioni giuridiche ed economiche. Ciascuno dei creditori, individualmente e per l'intero suo credito, potrà infatti accettare le specifiche condizioni che gli sono state offerte, come rientra nella sua piena disponibilità.

(B2) rivelarsi idoneo ad assicurare l'*integrale pagamento dei creditori estranei*. Questo è il punto fondamentale, il profilo che cioè, secondo la *ratio* dell'art. 182-bis rende l'accordo meritevole della significativa "protezione" accordatagli dalla legge, mediante il riconoscimento di effetti aggiuntivi rispetto a quelli puramente negoziali: effetti capaci di proiettarsi al di là delle parti dell'accordo, e dunque anche sui creditori estranei. Come già visto in tema di accordi stragiudiziali di ristrutturazione dei debiti in generale (§ 30), una possibile e significativa conseguenza di tali accordi sta proprio in ciò, che la ristrutturazione di alcuni debiti (quelli verso i creditori partecipanti all'accordo) può risultare tale da alleggerire la complessiva situazione debitoria dell'imprenditore sino al punto di consentire, anche rispetto agli altri debiti (quelli verso i creditori estranei), il pieno recupero della solvibilità. Potendone derivare, in altre parole, la ritrovata capacità di far fronte a tutti i debiti dell'impresa: non solo quelli "ristrutturati", ma anche quelli, non rinegoziati, riferibili ai creditori estranei all'accordo. Ecco, è proprio questo risultato che l'art. 182-bis considera essenziale perché un accordo di ristrutturazione possa essere omologato: l'accordo non dovrà soltanto prevedere quali e quanti debiti (almeno il 60% di quelli esistenti) saranno ristrutturati; ma anche dar prova che, in virtù di una tale ristrutturazione, vi saranno, plausibilmente, *mezzi e liquidità sufficiente per la soddisfazione integrale*<sup>9</sup> e puntuale

<sup>8</sup> Cfr. FRASCAROLI SANTI, *Accordi*, 120. Le parti restano però libere di conferire all'accordo una portata estintiva del rapporto pregresso: PRESTI, *L'art. 182-bis*, cit., 174. Circa gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore, su cui la legge nulla dice v. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l.fall.)*, e *gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, *DFall*, 2005, I, 849 ss.; SCIUTO, *Effetti legali*, cit., 337 ss.

<sup>9</sup> L'utilizzo da parte del legislatore dell'aggettivo "integrale" in luogo di "regolare", sostituzione avvenuta per effetto dell'art. 33 del d.l. 98/2012, consente di confermare l'ipotesi, già per l'innanzi affacciata

(entro 120 giorni dall'omologazione, se già scaduti, o dalla loro scadenza) *della restante percentuale*.

Per verificare la sussistenza dei suddetti requisiti di omologabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e soprattutto, fra tali requisiti, l'effettiva idoneità dell'accordo a consentire il pagamento integrale dei creditori estranei, l'art. 182-*bis* pretende che l'imprenditore, nel momento in cui dà avvio al procedimento volto a conseguire l'omologazione dell'accordo, corredi quest'ultimo di una **documentazione accompagnatoria** che possa attestarne la credibilità. Si tratterà, in particolare:

– della **documentazione prevista** (in materia di concordato preventivo) **dall'articolo 161** (esclusa la lett. e)<sup>10</sup>;

– di una **relazione redatta da un professionista** (nominato dallo stesso debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d) il quale *attesti l'attuabilità* dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua *idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei* (entro il termine di 120 giorni poc'anzi ricordato); la *veridicità dei dati aziendali*, rappresentando questi, ovviamente, la base necessaria per formulare qualsiasi prognosi di attuabilità.

In mancanza di organi concorsuali deputati a qualunque accertamento, e pur potendo sommariamente delibarsi, nel corso del giudizio di omologazione dinanzi al tribunale, l'attendibilità di una tale relazione, è chiaro che sarà principalmente su di essa che detto giudizio (e ogni interessato che vi interverrà) dovrà basarsi. Molto rilevante, pertanto, risulterà il **ruolo del professionista** ai fini dell'esito della procedura, così come altrettanto significativa sarà la **responsabilità** (civile innanzitutto, ma anche penale) alla quale egli potrebbe andare incontro nel caso in cui la relazione si riveli confezionata con superficialità o mala fede, e comunque risulti, *ex post*, gravemente errata nella sua stima di attuabilità (si ricordi al riguardo che egli è designato, e pagato, dal debitore).

### III. La fase introduttiva del procedimento e gli effetti immediati

Il procedimento previsto dall'art. 182-*bis* prevede innanzitutto che l'imprenditore proponente provveda al **deposito**, in forma di *ricorso* volto ad ottenerne l'omologazione, *dell'accordo* (con le caratteristiche descritte nel paragrafo precedente, e salvo quanto si dirà appresso sulla possibilità di anticipare gli effetti del procedimento depositando la mera proposta contrattuale), *unitamente alla documentazione accompagnatoria* sopra riferita, presso il tribunale (quello competente *ex art.* 9). Contestualmente – o per meglio dire, subito dopo, dovendosi fornire prova del previo deposito presso cancelleria del tribunale – l'accordo dovrà anche essere **pubblicato presso il registro delle imprese**.

Dal giorno di tale pubblicazione l'accordo acquista **efficacia** (che, vista la sua portata, deve ritenersi *dichiarativa*, ed anzi in parte anche "normativa", configurandosi allora

in dottrina (AMBROSINI, *op. cit.*, 174 ss.), che il pagamento dei creditori estranei possa anche avvenire con mezzi anormali di pagamento.

<sup>10</sup> E cioè: un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; un elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; l'indicazione del valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

la “pubblicazione” nel registro delle imprese quale vera e propria *iscrizione*). L'efficacia dell'accordo condizionata alla pubblicazione (e poi, in via definitiva, all'omologazione) – di cui parla l'art. 182-*bis*, co. 3 – riguarda dunque, come detto, gli **effetti ulteriori rispetto a quelli inter partes**<sup>11</sup>, quelli che appunto per ciò si sono definiti come **legali**.

i) Il primo di tali effetti consiste nel **blocco temporaneo delle azioni esecutive e cautelari**: dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non potranno intraprendere tali iniziative (fra cui, deve ritenersi, la stessa istanza di fallimento) sul patrimonio del debitore. Per lo stesso periodo, inoltre, i creditori *non potranno acquisire titoli di prelazione* (se non concordati, e cioè senza il consenso del debitore: si pensi così all'iscrizione di una ipoteca giudiziale), pur potendo contare, in contropartita, sulla interruzione sarà *interrotto il decorso di ogni termine prescrizione o decadenziale*. L'imprenditore, che naturalmente conserverà la piena amministrazione del suo patrimonio<sup>12</sup> viene così a poter disporre, nelle more del procedimento volto all'omologazione, di una sorta di “ombrello protettivo” anche nei confronti dei creditori estranei all'accordo. Difatti, se in questo frangente fosse possibile per i creditori agire cautelativamente, o ancor peggio esecutivamente, sul patrimonio del debitore, si rischierebbe di vanificare l'attuabilità dell'accordo stesso.

ii) Inoltre, analogamente a quanto previsto in tema di concordato preventivo con continuità aziendale e alle stesse condizioni per esso previste dall'art. 182-*quinquies* (v. *supra*, 28.IV.1, *sub (i)*), il debitore potrà, dopo la presentazione della domanda di omologazione dell'accordo o della mera proposta di accordo, chiedere al tribunale di essere **autorizzato a contrarre finanziamenti** (c.d. “alla ristrutturazione”) che potranno godere, in caso di successivo fallimento, della *prededucibilità ex art. 111* (anche prestando garanzie collaterali), **o a pagare crediti anteriori** alla presentazione della domanda (o del ricorso “prenotativo” che la precede, e di cui subito appresso).

D'altra parte, dopo l'originaria introduzione dell'art. 182-*bis*, da più parti si era rilevato come un rischio analogo a quello ricordato *sub i*) avrebbe potuto verificarsi ancor prima della pubblicazione dell'accordo (che in quanto tale deve intendersi contratto già concluso) e cioè durante la fase delle trattative volte alla sua conclusione. In altri termini, chi – fra i creditori destinatari della proposta o fra quelli estranei che ne avessero avuto sentore – ne fosse stato allarmato, apprendendo che l'imprenditore proponente già si trovava in stato di crisi, avrebbe potuto affrettarsi ad agire cautelativamente o esecutivamente, con l'effetto di “far saltare” la conclusione dell'accordo, rendendo fin da subito inattuabile la proposta. Per scongiurare un tale rischio, l'art. 182-*bis* è stato successivamente integrato dai co. 6, 7 e 8, con i quali si è prevista la **possibilità di rendere operante il c.d. ombrello protettivo già durante la fase delle trattative**.

<sup>11</sup> Le parti potrebbero anche prevedere, o presupporre implicitamente, che gli stessi *effetti negoziali* dell'accordo si produrranno soltanto a partire da tale pubblicazione, ed eventualmente a condizione (risolutiva) che poi il procedimento si concluda positivamente con l'omologazione. Ma, in principio, esse potrebbero ben prevedere un'efficacia immediata e stabile dell'accordo, anche a prescindere da una sua pubblicazione e anche se infine non si ottenesse l'omologazione.

<sup>12</sup> Se si tratti di società, varranno le stesse considerazioni già svolte in tema di concordato preventivo: gli organi sociali manterranno inalterata la loro funzionalità, e le eventuali perdite di capitale sociale non provocheranno, per la durata della procedura, le conseguenze altrimenti previste dalla disciplina comune (art. 182-*sexies*).

A questo fine occorrerà che l'imprenditore in crisi depositi una mera **proposta di accordo**, corredata però da una sua dichiarazione che attesti l'**esistenza di trattative in corso** con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti. Il tutto unitamente alla documentazione accompagnatoria già sopra ricordata ed alla relazione del professionista sull'attuabilità del piano proposto e sulla sua idoneità ad assicurare, se accettato, il pagamento dei creditori estranei o che frattanto abbiano già negato la loro disponibilità. La proposta sarà allora pubblicata nel registro delle imprese, producendo l'effetto del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, a partire dalla pubblicazione.

La sussistenza dei presupposti per pervenire effettivamente ad un accordo di ristrutturazione dei debiti sarà successivamente oggetto di un **accertamento giudiziale** in contraddittorio con i creditori: in caso positivo, tale accertamento si concluderà con un *decreto* che confermerà (prolungandolo) l'effetto sopra ricordato fino a quando, entro un termine massimo di sessanta giorni, non sopraggiunga il deposito dell'accordo di ristrutturazione vero e proprio, accettato dai creditori e corredato dalla relazione di fattibilità stilata dal professionista designato dal debitore.

A questo punto, il procedimento potrà ben raccordarsi con quanto previsto dai co. 2-5 dell'art. 182-bis, producendo quindi gli effetti (che in realtà si "prolungheranno", avendo già cominciato ad operare per l'innanzi) del deposito dell'accordo già concluso (ivi compreso il blocco delle azioni cautelari od esecutive) e sulle successive fasi volte all'omologazione dell'accordo.

Se invece – come pure consentito dalla legge – nel termine assegnato dal tribunale per il deposito dell'accordo il debitore optasse (magari perché ancora non ha raggiunto l'adesione della maggioranza del 60% dei crediti) per il deposito di una **domanda di concordato preventivo**, resteranno fermi gli effetti interinali frattanto prodottisi, dirottandosi così la procedura ex art. 182-bis verso quella di concordato preventivo.

#### IV. L'omologazione dell'accordo e i suoi effetti

Avviato il procedimento volto all'omologazione dell'accordo, vi sarà la possibilità, per i *creditori (anche estranei) e per ogni altro interessato*, di proporre **opposizione** entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo medesimo. Così investendo il Tribunale del compito di vogliarne la fondatezza, onde decidere dell'omologazione o meno dell'accordo.

Oltre che su questioni di rito, le opposizioni potranno fondarsi sull'**insussistenza dei requisiti di omologabilità**<sup>13</sup>. Fra questi, soprattutto, potrà essere contestato il mancato raggiungimento della percentuale minima richiesta dalla legge, ovvero l'inattuabilità dell'accordo, con particolare riguardo alla sua idoneità ad assicurare l'integrale soddisfacimento dei creditori estranei. Si tratterà in definitiva, specialmente in quest'ultimo caso, di sindacare l'attendibilità della relazione del professionista, anche sulla base di nuovi mezzi istruttori; fra i quali soprattutto, deve ritenersi, una consulenza tecnica di ufficio, pur nel rispetto delle esigenze di celerità del *procedimento camerale* mediante il quale il tribunale

<sup>13</sup> V. oltre agli AA. citati nella bibliografia generale, ARDIZZONE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: relazione attestativa del professionista e poteri di verifica del tribunale in sede di omologazione*, *DFall*, 2010, II, 526 ss.; FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del tribunale nell'omologazione degli accordi di ristrutturazione*, *GI*, 2010, 2345 ss.



dovrà *decidere le eventuali opposizioni*: procedendo infine *all'omologazione*, o al suo diniego, a seconda che le opposizioni vengano rigettate o accolte.

Se invece non constino opposizioni, il tribunale, verificata la ritualità della proposta e la sussistenza della documentazione richiesta dalla legge – se insomma, almeno stando “alle carte”, risulti la fattispecie legale – *procederà all'omologazione*.

L'**omologazione** dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sarà disposta dal tribunale con *decreto motivato, pubblicato* nel registro delle imprese e *reclamabile* alla Corte d'Appello entro quindici giorni dalla pubblicazione<sup>14</sup>. Essa produrrà – a parte quello, già esaminato, del blocco temporaneo delle azioni esecutive e cautelari, e quello sostanziale della prevenzione o eliminazione di uno stato di insolvenza – ulteriori e rilevanti **effetti**, anche se per la verità soltanto *eventuali*: ciascuno di essi, infatti, potrà concretamente esplicarsi *soltanto nell'ambito di un (eventuale) fallimento consecutivo*; che però, com'è ovvio, non vi sarà mai se l'accordo omologato trovasse regolare esecuzione. Tali effetti, invero, consistono:

*i) nell'esenzione da un'eventuale revocatoria fallimentare* (anche se non da quella ordinaria) “*degli atti, dei pagamenti, e delle garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo*” previsti dall'art. 67, co. 1 e 2, nonché di quelli *ex art. 67 lett. g)*;

*ii) nel beneficio della prededuzione* concesso alla *c.d. nuova finanza* (art. 182-*quater*; lo stesso effetto non potendosi invece ricavare dall'art. 111, poiché questo fa riferimento solo a “procedure concorsuali”, alle quali, come visto, non pare possa riportarsi il procedimento previsto dall'art. 182-*bis*);

*iii) nell'esenzione dai reati di bancarotta* (art. 217-*bis*) in relazione al compimento di *atti o pagamenti o altre “operazioni” posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato*.

Si tratta, a ben vedere, di *effetti comuni a quelli disposti in caso di concordato preventivo*, per l'ipotesi di un suo eventuale sbocco fallimentare<sup>15</sup>. E del tutto simili ne sono anche le ragioni: si tende a incentivare il raggiungimento di una soluzione negoziata della crisi, assicurando i creditori coinvolti che, se la situazione dovesse precipitare (ove il piano condiviso ed omologato non riuscisse a trovare esecuzione, conseguendone il fallimento), chi lo ha reso possibile – approvando la proposta del debitore ed eventualmente esponendosi ulteriormente con nuovi finanziamenti – potrà quantomeno: far salvo quanto già ricevuto in esecuzione (sia pur parziale) dell'accordo; recuperare in prededuzione la nuova finanza; non incorrere in responsabilità penali per concorso nella commissione di reati di bancarotta.

<sup>14</sup> Diversamente, se la richiesta di omologazione venga rigettata, non sarà esclusa la possibilità di presentare una nuova richiesta. Ma nel frattempo, se il tribunale avesse rilevato uno stato di insolvenza del debitore proponente (salvo il caso che il ricorso sia stato dichiarato inammissibile per mancanza dei requisiti soggettivi), potrà trasmettere gli atti al P.M. perché ne chieda il fallimento.

<sup>15</sup> E si ricordi infatti quanto già visto in tema di concordato preventivo al § 28.VIII, benché nel caso del procedimento descritto dall'art. 182-*bis*, non qualificabile come “procedura concorsuale”, non sarebbe corretto, a rigore, parlare di “consecuzione di procedure” come si usa quando il fallimento segua a (un insuccesso del) concordato preventivo. Si ricordino, in particolare, le osservazioni già svolte al § 25.V, *sub (I)*, in materia di crediti prededucibili e – rispettivamente – al § 24.III.4, *sub e)*, in materia di esenzioni da revocatoria.

D'altronde, la considerazione di questi rilevanti effetti, consente anche di comprendere quale sia la reale **dialettica degli interessi** sottesa alla negoziazione dell'accordo (*a differenza di quanto invece è a dirsi per il concordato preventivo*, che risulta vincolante per tutti i creditori, anche dissenzienti): chi vi partecipa, rinuncia sì a parte delle proprie pretese, ma rende più solida la propria posizione, sapendo che i pagamenti e le garanzie che dovesse ricevere in esecuzione dell'accordo non potranno più essere revocati; chi non vi partecipa (i c.d. creditori estranei) sa invece di poter contare – nell'ipotesi sperata (che cioè l'accordo risulti alla prova dei fatti realmente attuabile) – nella soddisfazione integrale delle proprie pretese.

Ma se l'esecuzione dell'accordo non dovesse trovare esecuzione, il creditore estraneo all'accordo scoprirà di essere estraneo ... fino a un certo punto, perché, in caso di fallimento successivo, gli effetti legali dell'accordo omologato si produrranno *erga omnes*, e quindi anche nei suoi confronti. Egli dovrà allora patire quegli effetti: non potrà contare su una revocatoria fallimentare di quanto già ricevuto, anche in percentuale maggiore rispetto a quella che risulterà nel fallimento, dai creditori partecipanti (ovviamente neppure ciò che sia stato da egli stesso ricevuto, nel medesimo periodo, potrà essere revocato); o su una revocatoria delle garanzie frattanto concesse, sempre in esecuzione dell'accordo, ai creditori partecipanti; inoltre, se – sempre in esecuzione dell'accordo – l'impresa debitrice avesse ricevuto “nuova finanza” (quand'anche questa sia stata consumata nel tentativo di risollevare l'impresa), il relativo credito dovrà pagarsi in prededuzione.

Quel che in definitiva può notarsi per comprendere la reale funzione dell'istituto in discorso e il suo “valore aggiunto” rispetto agli accordi stragiudiziali, è che la sua specificità parrebbe – a prima vista e paradossalmente – del tutto virtuale: tutto il procedimento, infatti, è volto alla realizzazione di effetti (i c.d. effetti legali appena visti) che, a parte il blocco temporaneo delle azioni esecutive, potrebbero non esplicarsi mai, ed anzi, fisiologicamente, mai lo dovrebbero; solo nel caso “patologico” di insuccesso di quanto pianificato nell'accordo, infatti, si aprirà un fallimento e quegli effetti potranno trovar luogo.

Nondimeno, la reale utilità dell'istituto in discorso emerge quando si consideri l'impatto che esso produce immediatamente nei rapporti con il ceto creditorio:

– i creditori, infatti, troveranno incentivi (quelli assicurati eventualmente dagli effetti legali) ad accettare la proposta dell'imprenditore, ben maggiori che se si trattasse di un mero accordo stragiudiziale (tipologia che infatti, dopo l'introduzione dell'art. 182-*bis*, è venuta a rarefarsi nella vita degli affari);

– d'altronde, anche se i creditori estranei manterranno, in principio, la piena libertà di chiedere il fallimento dell'imprenditore, le probabilità di successo di una tale iniziativa (che già sarebbero abbattute per effetto di un mero accordo stragiudiziale, come si è detto, essendo questo potenzialmente idoneo a neutralizzare un'insolvenza precedente, o quantomeno temuta) nel caso di un accordo omologato dal tribunale sarebbero quasi azzerate, almeno fin quando l'accordo convenuto trovi regolare esecuzione. In altri termini, reputandosi l'accordo omologato per definizione idoneo a soddisfare integralmente sia i creditori partecipanti (sia pure nei termini rinegoziati) sia i creditori estranei, la sua stessa esistenza dovrebbe rappresentare la negazione di un'attuale insolvenza dell'imprenditore. A meno che, appunto, il creditore estraneo (o quello partecipante, lamentando contestualmente l'inadempimento dell'accordo e chiedendone la risoluzione) provi che elementi sopravvenuti, oppure precedenti ma non adeguatamente considerati nell'accordo, rendano questo non più attuabile ed

incapace, in definitiva, di assicurare il regolare soddisfacimento delle obbligazioni dell'imprenditore.

#### V. L'esecuzione dell'accordo

Secondo quanto appena accennato, se l'accordo troverà integrale **esecuzione**, ogni creditore potrà dirsi soddisfatto ed ogni insolvenza potrà dirsi scongiurata. La legge, peraltro, non prevede (a differenza di quanto fa per il concordato preventivo o fallimentare) chi dovrà *vigilare sull'esecuzione* dell'accordo; né contempla (a differenza di quanto fa per il concordato fallimentare) un formale provvedimento che accerti l'avvenuta esecuzione dell'accordo (chiaro comunque che, ad esempio, lo svincolo delle cauzioni o delle altre garanzie prestate a protezione dell'accordo potrà essere richiesto al tribunale). La vera e propria **vigilanza** sulla regolare esecuzione dell'accordo risulterà allora, in definitiva, rimessa **ai creditori** stessi:

– *a quelli estranei*, indirettamente, restando pur sempre legittimati a reagire con ogni mezzo a tutela delle proprie ragioni (ivi compresa la possibilità di richiedere il fallimento) non appena registrino la loro mancata “integrale” soddisfazione;

– *a quelli partecipanti all'accordo*, invece, direttamente: questi ultimi, infatti, di fronte al mancato adempimento degli obblighi contratti dall'imprenditore secondo l'accordo omologato, potranno reagire chiedendo, *ex artt. 1453 ss. c.c.*, la **risoluzione dell'accordo**.

Se l'accordo di ristrutturazione abbia compreso anche una **transazione fiscale** *ex art. 182-ter* (v. § 28.II. *sub e*), lo stesso articolo prevede che se il debitore non esegua integralmente i pagamenti dovuti entro 90 giorni, la transazione sarà “*revocata di diritto*”. La formula non risulta molto pertinente, ma esprime in sostanza la perdita di efficacia della transazione, così che l'Erario potrà tornare a vantare ed esigere il credito originario. Non viene però chiarito se ciò possa comportare automaticamente anche la risoluzione dell'accordo di ristrutturazione omologato, o se vi siano margini per conservare gli effetti di quest'ultimo indipendentemente dalla “*revoca*” della transazione fiscale.

Se invece i creditori lamentassero che il perfezionamento dell'accordo è stato frutto di una lesione della loro libertà negoziale (essendo stato il loro consenso viziato da **dolo**, **errore** o, meno verosimilmente, *violenza o incapacità*) potrebbero chiedere, *ex artt. 1442 ss. c.c.*, l'**annullamento dell'accordo** stesso.

## § 32. I PIANI DI RISANAMENTO

**LETTERATURA:** BOGGIO, *Piani di risanamento attestati: la scelta del professionista tra autonomia privata e "aiuto" giudiziale*, *DFall*, 2010, II, 125 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato*, 2006; COSSU, *Piani attestati di risanamento e contratti di ristrutturazione del debito. La riorganizzazione stragiudiziale della s.r.l. in crisi*, *RDSoc*, 2011, III, 461 ss.; FALCONE, *La "gestione privatistica dell'insolvenza" tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in *La nuova legge fallimentare rivista e corretta*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2008, 289 ss.; FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, *Fall*, 2005, 1353 ss.; FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, *Fall*, 2009, 889 ss.; GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, *RTrim*, 2006, 1195 ss.; GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione*, *RDP*, 2011, 555 ss.; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, *DFall*, 2005, I, 1156 ss.; L. MANDRIOLI, *Presupposti ed effetti del piano di risanamento: la finalità dell'istituto*, in *AA.VV., La disciplina dell'azione revocatoria*, a cura di Bonfatti, Milano, 2005, 144 ss.; MEO, *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l.fall.*, *GComm*, 2011, I, 30 ss.; MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, *BBTC*, 2009, I, 373 ss.; MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012; STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, *Fall*, 2006, 861 ss.; ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006; ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, *GComm*, 2009, I, 1236 ss.

Esaminando la disciplina della revocatoria fallimentare, e in particolare delle esenzioni previste dall'art. 67, co. 3, lett. *d*) (§ 24.III.4), ci si è già imbattuti nei c.d. **piani di risanamento attestati**. In particolare, si è osservato come alla lett. *d*) della disposizione appena ricordata venga stabilito che "non sono soggetti ad azione revocatoria ... gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria" e la cui fattibilità (nonché la veridicità dei dati aziendali su cui si fonda) sia attestata da un professionista designato dal debitore, purché in possesso dei particolari requisiti di professionalità e, soprattutto, di (effettiva) *indipendenza* specificati nella disposizione ricordata<sup>1</sup>.

Appare evidente una qualche *analogia funzionale con gli accordi di ristrutturazione* poc' anzi esaminati: al fine di incentivare un percorso che consenta di prevenire il fallimento dell'imprenditore, la legge promette protezione, in caso di successivo fallimento, agli atti posti in essere in esecuzione di un piano che si fosse posto – realisticamente (almeno stando a quanto attesti il professionista designato) – l'obiettivo di

<sup>1</sup> FORTUNATO, *La responsabilità civile*, cit.; DIMUNDO, *Note minime in tema di designazione dell'esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, *Fall*, 2009, 76 ss.

recuperare l'equilibrio di impresa. Ma al di là di tale analogia, nette emergono le *differenze fra i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione*.

Innanzitutto, mentre questi sono, appunto, accordi (bi- o plurilaterali), i piani di risanamento sono frutto, almeno in principio, di una **predisposizione unilaterale** da parte dell'imprenditore; in teoria, persino ad insaputa dei creditori.

In questo senso, discutere di piani di risanamento all'interno di un capitolo, come il presente, dedicato alle soluzioni *negoziate* della crisi, dovrebbe dirsi improprio. Nondimeno, al di là delle altre analogie sopra ricordate con gli accordi di ristrutturazione, deve anche rilevarsi come, nella realtà, è poco probabile che un piano di risanamento venga predisposto da un imprenditore senza averlo in qualche modo condiviso con altri creditori – specialmente la banca di riferimento<sup>2</sup> – ottenendo parallelamente (o comunque prevedendo come parte del piano) una rinegoziazione di talune esposizioni debitorie. Certo, non dovrà trattarsi né di tutti, né di una percentuale qualificata di creditori. Ma è pur chiaro che l'effetto raggiungibile attraverso il piano, cioè l'esenzione da revocatoria, è un effetto che interessa soprattutto i creditori, e non tanto il debitore<sup>3</sup>. Dunque, se nessun creditore fosse messo a parte di un tale possibile beneficio, l'imprenditore non avrebbe forse un grande interesse a predisporre un piano e a pagare un professionista che lo attesti come fattibile.

Anche nel **contenuto** il piano di risanamento potrebbe coincidere, in quanto volto al risanamento dell'esposizione debitoria, con quanto previsto da un accordo di ristrutturazione dei debiti. Tuttavia, se la "ristrutturazione dei debiti" può essere raggiunta anche attraverso un piano sostanzialmente liquidatorio, la necessità che il piano attestato *ex art. 67* assicuri il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa, pare richiedere che esso si renda capace – attraverso processi di riorganizzazione aziendale o di rinegoziazione dei debiti – di *recuperare l'equilibrio di impresa*, e quindi di garantire la sua idoneità a permanere sul mercato.

Inoltre, passando dalla fattispecie alla disciplina, per i piani di risanamento l'unico **effetto** previsto dalla legge è quello di assicurare l'*esenzione dalla revocatoria* degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse su beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione del piano (il quale, in questa prospettiva, necessiterà di una "*data certa*").

Anzi, in teoria, non diversamente dagli accordi di ristrutturazione, anche il piano di risanamento potrebbe rivelarsi, virtualmente, capace di scongiurare sin da subito quello stato di insolvenza che condiziona a monte la stessa configurabilità di un'azione revocatoria fallimentare. Ad esempio, se esso preveda ed attui cessioni di rami d'azienda improduttivi, licenziamento di lavoratori, realizzo immediato di crediti in sofferenza, potrebbe con ciò dirsi già riequilibrata la situazione finanziaria dell'impresa.

Perché allora – almeno se l'effetto perseguito sia quello di esimersi da una futura revocatoria fallimentare – non ricorrere *sempre* ai più comodi e discreti piani di ristrutturazio-

<sup>2</sup> V. in proposito, PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, BBTC, 2007, 538 ss.

<sup>3</sup> Salvo che questo persegua, con l'assistenza di un professionista compiacente, finalità illecite, consistenti nel drenare verso creditori collusi le risorse residue dell'impresa mediante pagamenti preferenziali (rischio, peraltro, concreto).

ne (che in principio non richiedono il consenso dei creditori, o comunque di una loro percentuale qualificata, e che soprattutto non vengono pubblicizzati attraverso il registro delle imprese, ben potendo restare nei cassetti dell'imprenditore), anziché ai più "difficili" accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*? La ragione, in termini pratici, potrebbe avvertirsi in ciò: che mentre gli accordi di ristrutturazione, superato il vaglio dell'omologazione giudiziale, potranno assicurare con ragionevole certezza il raggiungimento degli effetti per essi previsti dalla legge (effetti che oltretutto, come visto, vanno ben al di là dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare), un piano di risanamento, quantunque attestato da un professionista, non essendo mai stato approvato (almeno in principio) dai creditori e, soprattutto, omologato da alcun tribunale, *resterà sempre esposto, in caso di successivo fallimento, ad una verifica di conformità alla fattispecie legale*. Nel momento in cui, cioè, il curatore chiedesse la revocatoria fallimentare degli atti posti in esecuzione del piano, ed un terzo eccepisse l'esenzione *ex art. 67, co. 3, lett. d)*, in sede giudiziale potrebbe ben sindacarsi<sup>4</sup> – *ex post*, e tanto più poi in quanto l'apertura di un fallimento dimostri che il piano non ha avuto successo – che in realtà il "piano" non poteva ritenersi, pur se valutato in un'ottica *ex ante*, realmente idoneo ad assicurare gli scopi che la legge gli assegnava; e che del tutto inattendibile avrebbe dovuto essere ritenuta, pertanto, la relazione del professionista che a suo tempo attestò che esso era tale da assicurare realisticamente il raggiungimento di quegli scopi. Conseguentemente, si accerterà che il sedicente "piano di ristrutturazione" non poteva ritenersi tale a stregua di legge sin dall'inizio; e che quindi, non essendo in realtà mai venuta in essere la fattispecie prevista dalla legge, neppure potranno prodursene i relativi effetti.

Da verificarsi *ex post*, inoltre, sarà anche la "data certa" del piano onde evitarne una predisposizione postuma a fini fraudolenti. Proprio al fine di prevenire una tale incertezza, ma rinunciando *ex ante*, allora, alla "discrezione" con cui il piano stesso potrebbe essere confezionato e poi "tenuto nel cassetto", l'art. 67, co. 3, lett. d) prevede che il piano *possa* anche essere pubblicato nel registro delle imprese per conseguire i consueti effetti dell'opponibilità (almeno sotto il profilo della incotenstabilità della data). Singolare esempio, tuttavia, di pubblicità facoltativa<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> V. PAJARDI-PALUCHOWSKI; SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria, Fall*, 2006, 611 ss., 614; ZOCCA, cit., 45; FERRO, cit., 1364.

<sup>5</sup> Su tali profili v. già NIGRO, sub *art. 67, Comm. Nigro-Sandulli-Santoro*, 921 ss., e poi NIGRO-VATTERMOLI (nell'Appendice del 2012).

### § 33. IL “DEBITORE CIVILE” SOVRAINDEBITATO

**LETTERATURA:** BATTAGLIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, *DFall*, 2012, I, 423 ss.; DI MARZIO-MACARIO-TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2012; PRESTI-STANGHELLINI-VELLA (a cura di), *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, *AGE*, 2/2004; LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (introduzione)*, *Fall*, 2012, 1021 ss.; FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, *CorrGiur*, 2012, 449 ss.; G. FERRI jr., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, *RDComm*, I, 2012, 423 ss.; FALCONE, *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, *DFall*, 2010, 642 ss.; PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, *RDComm*, 2013. 583 ss.; PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, *NDSoc*, 2012, 9 ss.

Se storicamente il diritto fallimentare si è formato ed evoluto come disciplina volta alla regolazione concorsuale dell'insolvenza del debitore che rivesta la qualità di imprenditore commerciale (non piccolo), in tempi più moderni<sup>1</sup>, anche sull'esempio di legislazioni straniere<sup>2</sup>, si è vieppiù affermata ed affinata una particolare sensibilità alle situazioni di *crisi patrimoniale riferibile a soggetti diversi* (c.d. “**debitori civili**”).

Un primo esemplare normativo che può dirsi frutto di questo orientamento è già stato esaminato quando si è ricordato come la disciplina degli accordi di ristrutturazione sia stata resa accessibile, dal 2011, anche a beneficio degli *imprenditori agricoli* che si trovano in stato di crisi (§ 31.II). In questa dilatazione di un istituto dappprincipio pensato per il solo imprenditore commerciale non piccolo, si intravede, innanzitutto, una progressiva consapevolezza della sempre meno evidente razionalità di una differenziazione dello statuto dell'impresa in funzione del tipo di attività (commerciale o agricola) svolta; nonché dell'esigenza di disporre di strumenti normativi di composizione della crisi rivolti anche ad attori del processo produttivo che, pur senza essere qualificabili come impresa commerciale non piccola, mobilitano interessi non così diversi, soprattutto in termini di tutela dei molteplici rapporti obbligatori contratti sul mercato: e così le imprese non commerciali, o quelle al di sotto dei limiti dimensionali fissati dall'art. 1 l.fall. (“piccole”)<sup>3</sup>; ma anche i professionisti intellettuali.

Anche al di là di ciò, e in una diversa prospettiva, l'imponente incremento del ricorso al credito (per l'acquisto di beni immobili o di beni di consumo) da parte di chi operi non nell'esercizio di un'attività professionale, ma solo per la soddisfazione delle proprie esigenze di vita (il c.d. “*consumatore*”) ha evidenziato – in Italia dopo che in altri Paesi a capitalismo avanzato (si pensi ai mutui *subprime* o all'imponente ricorso al credito al consumo già da lungo tempo praticati negli Stati Uniti) – il progressivo ed allarmante diffondersi di si-

<sup>1</sup> Anche se non mancano riflessioni più remote sulla questione: oltre agli statuti veneziani del XV secolo (ricordati al § 21.III), v. così, in età contemporanea, le considerazioni di C. VIVANTE, *Il fallimento civile*, in appendice al *Trattato di diritto commerciale*, I, IV ed., Milano, 1911, 451 ss.

<sup>2</sup> V. al riguardo gli studi comparatistici di CARDARELLI, MECATTI, F.M. MUCCIARELLI, MARCUCCI, in *AGE*, cit., 299 ss.

<sup>3</sup> G. FERRI jr., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, *RDComm*, I, 2012, 423 ss.

tuazioni di eccessivo indebitamento anche da parte di soggetti che non svolgono alcuna attività produttiva (solitamente lavoratori dipendenti), talvolta non in grado di contenersi adeguatamente nel ricorso al credito (per lo più erogato da banche o società “finanziarie”). Il consumatore, potendo contare soltanto sul proprio patrimonio personale (talora costituito, in gran parte, dalla casa di abitazione) e sul proprio reddito lavorativo (sempre che si abbia un lavoro), rischia così di trovarsi “schiacciato” dall’eccessivo indebitamento e di non poter più far fronte neppure alle esigenze vitali proprie e della sua famiglia. Per non parlare poi del rischio di precipitare nell’abisso dell’usura.

## I. La composizione delle crisi da sovraindebitamento

### 1. I presupposti

Le ragioni appena ricordate hanno indotto il legislatore, con la l. 27 gennaio 2012, n. 3<sup>4</sup>, ad introdurre per la prima volta una disciplina *ad hoc* per la **composizione delle crisi da sovraindebitamento** (oltre che, in alternativa, di “liquidazione del patrimonio”: *infra*, II), rivolta a tutti quei *debitori che non sono assoggettabili alle procedure previste dall’art. 1 della legge fallimentare*<sup>5</sup>.

Un tale **presupposto soggettivo**, formulato secondo un criterio negativo e quindi tendenzialmente aperto, è capace allora di comprendere:

*i) sia gli imprenditori diversi da quello commerciale non piccolo* (compreso dunque l’imprenditore agricolo) o quelli che, pur potendo qualificarsi come imprenditore commerciale non piccolo, siano qualificabili come “*start-up innovative*” (v. art. 31, d.l. 179/2012);

*ii) sia altri soggetti che, pur senza essere qualificabili come imprenditori, abbiano fatto ricorso all’indebitamento nell’esercizio della propria attività di produzione professionale, come *professionisti intellettuali o lavoratori autonomi*;*

*iii) sia i meri consumatori, cioè le persone fisiche che abbiano assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.*

Il **presupposto oggettivo** della procedura viene invece individuato nel **sovraindebitamento**, inteso quale “*situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*”.

Una tale definizione, se nella sua ultima parte riecheggia quella di insolvenza prevista dall’art. 5, l.fall., per altri aspetti se ne discosta, nella prima parte, dove sembra adottata anche una diversa prospettiva, più “statica”: quella del mero squilibrio fra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile (il che, di per sé, potrebbe invece non

<sup>4</sup> Come modificata dall’art. 18, co. 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertita con l. 17 dicembre 2012, n. 134.

<sup>5</sup> Sempre che non abbiano già beneficiato delle procedure ora in discorso nei cinque anni precedenti, o che tali procedure, in qualunque tempo, siano sfociate in un insuccesso per le ragioni appresso elencate (v. *infra*, I.4).



rappresentare uno stato di insolvenza *ex art. 5*). Un tale scostamento dipende dalla duplice, ed in parte eterogenea, prospettiva che anima la disciplina in discorso, rivolta sia ad imprese (anche se non commerciali) che a consumatori. Sicché, mentre per le prime (com'è nella logica dell'art. 5) la capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni può dipendere, oltre che dal patrimonio attuale, soprattutto dai redditi futuri (teoricamente illimitati); per il consumatore la proporzione dell'indebitamento va invece commisurata, soprattutto, al patrimonio personale (nei limiti di quanto pignorabile e comunque "prontamente liquidabile") e solo in parte ad un reddito che, essendo spesso da lavoro dipendente, risulta predefinito ed in parte già assorbito dalle primarie esigenze vitali del debitore e della propria famiglia.

2. *L'“accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti” e il “piano del consumatore”: contenuto e effetti*

(A) Se in possesso dei requisiti appena descritti, il “debitore civile” è ammesso (secondo l'art. 7, l. 3/2012) a *proporre* ai creditori un **accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti**. Fondamentalmente, l'unica condizione è che il piano *assicuri il regolare pagamento dei crediti impignorabili* (ai sensi dell'art. 545 c.p.c. o di altre norme speciali). Ad esempio crediti alimentari o somme dovute a titolo di stipendio o di salario nei limiti di quanto necessario per il mantenimento del creditore e della sua famiglia. Parziali vincoli sono poi previsti anche per quanto riguarda i *crediti fiscali* e quelli *privilegiati*.

Per quanto concerne invece i **tributi** costituenti risorse proprie dell'Unione europea, l'i.v.a. e le ritenute operate e non versate (debiti che potrà avere solo un “debitore civile” che eserciti un'attività produttiva), il piano potrà prevedere esclusivamente una dilazione del pagamento (non dunque una riduzione del loro ammontare). Sarà invece possibile, analogamente a quanto previsto in materia di concordato preventivo, la *soddisfazione soltanto parziale dei crediti muniti di cause legittime di prelazione*, ma ciò solo quando la capienza effettiva della garanzia risulti minore del nominale garantito, ed allora in misura non inferiore a quella che sarebbe realizzabile in caso di liquidazione. Altrimenti la soddisfazione dovrà essere integrale. Per tali crediti, inoltre, sarà possibile anche prevedere una moratoria, se la proposta di accordo (da parte di un imprenditore) preveda la continuazione dell'attività di impresa.

Emerge così – nonostante talune analogie, anche procedimentali, con gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'art. 182-*bis* – una netta differenza rispetto a questi ultimi: una differenza tale per cui la legge (art. 6, l. 3/2012), qualifica espressamente i percorsi di composizione della crisi da essa previsti come **procedure concorsuali**.

Il “piano” qui in discorso, infatti, *non ha la funzione di soddisfare (integralmente) i “creditori estranei”*, cioè diversi da quelli che l'abbiano approvato (i quali dovranno comunque rappresentare almeno il 60% dei crediti, come si vedrà). Esso comporta soltanto, in una prospettiva evidentemente diversa e per evidenti ragioni di tutela di soggetti particolarmente bisognosi, la necessità di pagare i *“crediti impignorabili”* (oltre agli altri pure ricordati).

Non opera dunque una distinzione, quanto agli effetti dell'accordo omologato, fra creditori aderenti e creditori estranei (ciò che invece, come visto, induce tuttora a dubitare che gli accordi *ex art. 182-bis* costituiscano una vera e propria procedura

concorsuale). Al contrario, l'accordo qui in discorso, se poi omologato, diverrà *obbligatorio per tutti i creditori anteriori* (al decreto giudiziale che ne recepisce e pubblica la presentazione). Al contrario, *i creditori per causa o titolo posteriore non potranno agire esecutivamente sui beni oggetto del piano* (art. 10, co. 3, l. 3/2012).

(B) Analoga portata, anche se diversa struttura negoziale, deve poi riconoscersi ad un ulteriore strumento di composizione della crisi previsto dalla l. 3/2012, anche se soltanto a beneficio del *consumatore* (art. 7, co. 1-bis, l. 3/2012).

Costui, infatti, oltre a poter proporre un accordo come quello poc'anzi indicato, potrà anche (sempre che non ricorrano alcune condizioni ostative previste dalla norma appena ricordata) proporre un “**piano**” del **consumatore** avente il *medesimo contenuto* dell'accordo. Con la differenza però (in ciò esibendo qualche analogia con i piani di risanamento già esaminati al § 32), che tale piano non costituirà oggetto di una vera e propria proposta ai creditori (subordinata dunque alla loro adesione), ma si limiterà a progettare “unilateralmente” un percorso di ristrutturazione dei debiti, che verrà direttamente sottoposto all'esame e all'approvazione del tribunale, producendo infine, se il vaglio giudiziale sarà superato, effetti analoghi a quelli dell'accordo omologato. In considerazione di tali effetti, anche la procedura che porta all'omologazione di un tale piano si presta ad essere definita dalla legge come *concorsuale*.

Tanto che si tratti di accordo di ristrutturazione che di piano del consumatore, il debitore, nel definirne il **contenuto**, incontrerà il solo limite funzionale di dover realizzare una ristrutturazione dei debiti che consenta una soddisfazione dei creditori (integrale per quelli impignorabili e gli altri sopra indicati, e anche parziale per gli altri). Al di là di ciò, però, egli godrà di *ampia autonomia* nel prevedere le “forme” di tale soddisfazione.

La particolare condizione del debitore civile, specialmente quando sia un consumatore (spesso poi lavoratore dipendente) spiega perché, fra gli impegni che la sua proposta può contemplare, vi possa essere innanzitutto la *cessione dei crediti futuri*, ma anche il supporto – se i suoi beni o redditi risultassero insufficienti – di un *terzo* (si pensi così ad uno stretto familiare) che offra in garanzia propri beni o redditi; ovvero “*limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari*” (così ripromettendosi il debitore una sorta di “moralizzazione” della sua condotta finanziaria, rinunciando ad esempio a comprare beni di consumo a credito, o a carte “*revolving*”, o a giocare in borsa); dovendo in ogni caso essere resa nota in anticipo la composizione della famiglia del debitore e le prevedibili spese necessarie al suo sostentamento.

Inoltre, a garanzia della attendibilità del “piano del consumatore”, la presentazione di questo dovrà essere corredata da una *relazione particolareggiata* di un “organismo di composizione della crisi” (su cui *infra*), che fornisca indicazioni sugli elementi che possono condizionare il giudizio su una tale attendibilità: cause dell'indebitamento, diligenza del consumatore e sua solvibilità negli ultimi cinque anni, giudizio complessivo sull'attendibilità della documentazione depositata a corredo della proposta e, soprattutto, *sulla convenienza* o non del piano rispetto ad un'alternativa liquidatoria.

Gli **effetti** (non negoziali) che potranno conseguirsi mediante le procedure in discorso consisteranno:

*i)* nel **divieto** (contenuto già nel decreto giudiziale che recepisce e pubblicizza la presentazione dalla proposta di accordo, o in quello che omologa il piano del consumatore), a pena di nullità, **di ogni esecuzione individuale o altra iniziativa volta ad ottenere un sequestro conservativo (o altra iniziativa cautelare, se si tratti di piano del consumatore) o ad acquisire diritti di prelazione** contro il debitore. Al che naturalmente corrisponderà anche, a favore dei creditori, una *interruzione di ogni termine prescrizione o decadenziale*;

*ii)* nell'**obbligatorietà** dell'accordo o del piano (se omologati) **per tutti i creditori anteriori**<sup>6</sup> ai decreti giudiziali di cui s'è appena detto, e nel **divieto per i creditori per causa o titolo posteriore, invece, di agire esecutivamente sui beni contemplati dal piano**. In questa prospettiva, il decreto giudiziale equivale ad un vero e proprio *atto di pignoramento* sui beni del debitore;

*iii)* nella **sospensione**, già a far data dalla presentazione della proposta o del piano, **degli interessi** convenzionali o legali (sia pure ai soli fini del concorso, e fatta eccezione per i crediti muniti di cause di prelazione);

*iv)* nella possibilità, se prevista dal piano, di una **moratoria sino ad un anno per il pagamento dei crediti muniti di cause di prelazione**, se non è prevista la liquidazione dei beni su cui sussiste la causa di prelazione;

*v)* infine, se il proponente l'accordo di ristrutturazione venisse successivamente assoggettato a fallimento (avendone maturato *medio tempore* i presupposti) ne conseguirà (oltre alla risoluzione dell'accordo) **l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare** degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato. In ciò, dunque, analogamente a quanto previsto per gli accordi *ex art. 182-bis*.

### 3. Il procedimento per l'omologazione

Il **procedimento** culmina con la (eventuale) **omologazione** dell'accordo o del piano del consumatore, cui si ricollegano gli effetti appena ricordati.

Il procedimento avente ad oggetto l'**accordo di ristrutturazione** si snoda, per grandi linee, in tre fasi (quelle giudiziali, svolte con rito camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.*).

La **prima fase, introduttiva**, ha inizio con la predisposizione e il *deposito della proposta di accordo presso il tribunale* in cui il debitore ha la sede o residenza, unitamente ad un *elenco dei creditori e delle somme dovute, di tutti i beni del debitore e degli atti compiuti negli ultimi cinque anni* (ai fini di eventuali azioni revocatorie ordinarie), insieme con una attestazione di fattibilità del piano. Se il debitore sia un'impresa ed abbia tenuto *scritture contabili*, anche queste andranno depositate; diversamente, sarà in effetti difficile, o comunque più incerta, una ricostruzione dell'intera situazione patrimoniale del debitore, anche poi al fine di valutare quante adesioni occorranza per arrivare alla soglia del 60%. Il tribunale, con rito camerale ma in composizione monocratica, fisserà con decreto un'*udienza* provvedendo (ma per il debitore che non svolga attività di impresa mancano gli strumenti *ad hoc*) a dare pubblicità alla proposta ed al decreto. In tale udienza il giudice, sempre che valuti la proposta ammissibile, potrà disporre l'immediata **inibitoria alle azioni individuali dei creditori**, di cui sopra si è fatto cenno.

<sup>6</sup> Tendenzialmente nella prospettiva di un *pactum de non petendo*, piuttosto che di una novazione (art. 11, l. 3/20102). Immutati resteranno invece i diritti verso coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso.

In una *fase intermedia*, che si svolgerà fuori dalle aule del tribunale e dovrà contenersi nel termine massimo (sei mesi) entro cui potrà pervenire l'omologazione, si tratterà di procurarsi e raccogliere i **consensi dei creditori**, come detto nella misura minima del **60% dei crediti**<sup>7</sup>: il *consenso*, che potrà essere espresso anche per corrispondenza, sarà comunque presunto in caso di silenzio. In questa fase, il debitore potrà compiere *atti eccedenti l'ordinaria amministrazione* soltanto con l'*autorizzazione del giudice*, in difetto della quale gli atti resteranno inefficaci rispetto ai creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del decreto.

Infine, vi sarà una *fase conclusiva*, nuovamente giudiziale, in cui il giudice, valutata la regolarità della procedura e l'assenza di atti o iniziative in frode ai creditori, oltre che ovviamente il raggiungimento della necessaria percentuale di adesioni, procederà al giudizio di omologazione. Tale giudizio, come quello di cui all'art. 182-*bis*, potrà concludersi positivamente in caso di assenza di opposizioni, o di rigetto delle eventuali “contestazioni” che ogni interessato potrà proporre, ovvero di un loro superamento ricorrendo al c.d. *best interest test* (parametrato, in tal caso, non all'alternativa fallimentare, ma a quella della “liquidazione del patrimonio” del debitore, di cui si dirà *infra*, sub II). Il **decreto di omologazione** (o di rigetto dell'omologazione) dovrà essere adeguatamente pubblicizzato (ed occorrendo, trascritto nei registri immobiliari) e sarà suscettibile di reclamo al tribunale in sede collegiale.

Il procedimento per l'**omologazione del piano del consumatore**, non richiedendo l'approvazione dei creditori, muove anch'esso dal deposito presso il tribunale del piano (corredato dalla documentazione e dalla “relazione particolareggiata” di cui si è detto sopra); ma in tal caso il confronto con i creditori avverrà soltanto nel corso di un'*udienza* che il tribunale – accertati i requisiti di ammissibilità del piano e l'assenza di iniziative in frode dei creditori – fisserà con *decreto* entro un termine di massimo sessanta giorni (durante il quale potrebbero anche essere sospesi i procedimenti esecutivi pendenti, la cui prosecuzione rischiasse di pregiudicare la fattibilità del piano). All'esito del confronto con i creditori (le cui contestazioni potranno essere tacitate, ancora una volta, ricorrendo al *best interest test*), il *tribunale dovrà valutare non soltanto la fattibilità* del piano (anche in relazione alla sua idoneità a garantire il pagamento dei crediti da pagarsi per intero), *ma anche la “meritevolezza” e l'affidabilità del consumatore* (per non essersi sovraindebitato irragionevolmente o colposamente); e, se lo scrutinio sia positivo, *omologare* il piano con decreto che, come già visto per quello che omologa gli accordi di ristrutturazione, sarà soggetto a pubblicità (in forme che, evidentemente, non potranno avvalersi degli strumenti disponibili per le imprese) ed eventualmente a trascrizione nei registri immobiliari, oltre che reclamabile. Anche in tal caso il procedimento potrà avere una durata massima di sei mesi e si svolgerà secondo il sommario rito camerale.

Un ruolo centrale, e per certi aspetti poliedrico, all'interno del procedimento, è riservato all'**Organismo di composizione della crisi** (art. 15, l. 3/2012), che potrà essere un ente pubblico o privato iscritto in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia (sulla base di requisiti stabiliti con un regolamento ministeriale che allo stato, però, ancora manca). Comunque sia, un tale “organismo”, scelto dal debitore, è chiamato ad assumere “*ogni opportuna iniziativa, funzionale alla predispo-*

---

<sup>7</sup> Fra cui anche quelli fiscali e contributivi. Non voteranno e non saranno computati, invece: i crediti muniti di cause di prelazione di cui sia previsto l'integrale pagamento; il coniuge o i parenti o gli affini entro il quarto grado del debitore; i cessionari o gli aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta (art. 11, co. 2, l. 3/2012).

*sizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso*". In questa prospettiva l'Organismo è chiamato a collaborare alla predisposizione del "piano di ristrutturazione" (espressione che sembra comprendere sia la proposta di accordo di ristrutturazione che il piano del consumatore, quest'ultimo poi corredato anche da una "relazione particolareggiata" dell'organismo); nonché a verificare, sotto responsabilità civile ed eventualmente penale, la veridicità dei dati in esso contenuti e la sua fattibilità. L'Organismo dovrà inoltre attivarsi per realizzare le forme di pubblicità disposte dal tribunale; trasmettere ai creditori le comunicazioni disposte dal giudice e a raccogliere i loro consensi; e poi, anche dopo l'omologazione, *vigilare sull'esecuzione* dell'accordo o del piano, se non addirittura svolgere le funzioni di liquidatore quando per la soddisfazione dei crediti vengano utilizzati beni sottoposti a pignoramento.

È chiaro che questo cumulo di compiti implica dei ruoli difficilmente compatibili, se non delle situazioni di vero e proprio conflitto di interessi: si pensi solo al fatto di dover attestare la fattibilità del piano alla cui predisposizione si sia contribuito, per poi vigilarne anche l'esecuzione, se non addirittura assumere direttamente la funzione di liquidatore.

#### 4. L'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione o del piano del consumatore

Dopo l'omologazione si aprirà la fase dell'**esecuzione** dell'accordo o del piano (su cui come detto "vigila" l'Organismo di composizione) che potrà essere affidata, oltre che allo stesso *debitore*, anche – a garanzia dei creditori – ad un *fiduciario* (eventualmente un *trust*) o ad un *liquidatore* (necessariamente, se occorre impegnare beni già sottoposti a pignoramento).

Il debitore, pur mantenendo una piena capacità di agire, sarà vincolato ad eseguire quanto promesso nella proposta; essendo prevista, a presidio dell'effettività di un tale vincolo, l'**inefficacia, rispetto ai creditori, dei pagamenti e degli atti dispositivi di beni compiuti in violazione dell'accordo e del piano**.

Inoltre, mentre per quanto invece i creditori per causa o titolo *posteriore* all'apertura della procedura essi, come già ricordato, non potranno agire esecutivamente sui ben contemplati dal piano, saranno invece da pagarsi, ed anzi *con preferenza, i crediti sorti "in occasione o in funzione"* (quindi prima, ma anche durante o in fase esecutiva) della procedura di omologazione dell'accordo o del piano del consumatore.

Per gli **accordi di ristrutturazione** del debitore civile (analogamente a quelli *ex art. 182-bis*, e per le medesime cause e considerazioni già espresse a proposito di questi ultimi) saranno infine possibili degli esiti patologici della fase esecutiva: e così sarà innanzitutto possibile un loro **annullamento** (quando la consistenza dell'attivo o del passivo, su cui si basava la proposta, risulti artefatta con dolo o colpa grave) o una loro **risoluzione** (in caso di mancato adempimento degli impegni presi o di una loro sopravvenuta impossibilità).

Se però il mancato pagamento integrale, entro novanta giorni dalle scadenze previste nel piano, riguardi i crediti nei confronti *delle amministrazioni pubbliche* (in primis, *il fisco*) o *degli enti previdenziali* (art. 11, co. 5, l. 3/2012), l'accordo "**cesserà di diritto**" (dunque automaticamente, come potrà accertarsi d'ufficio senza che occorra istanza di chicchessia). L'accordo, d'altra parte, potrà anche essere "**revocato**" (non è chiaro se anche in tal caso

con una cessazione degli effetti *ex nunc* ovvero, stando al significato letterale del termine, con una loro rimozione retroattiva) quando durante la procedura vengano compiuti atti diretti a frodare le ragioni dei creditori.

In tutti questi casi (anche se la legge menziona solo la risoluzione e l’annullamento) saranno comunque fatti *salvi i diritti acquistati* (in esecuzione del piano, operando altrimenti l’inefficacia relativa di cui si è detto sopra) **dai terzi in buona fede**.

Regole e principi analoghi a quelli appena esaminati valgono anche per i possibili esiti “patologici” dell’esecuzione del *piano del consumatore* omologato. Salvo che per esso, che non ha struttura “contrattuale”, la legge (art. 14-*bis*, l. 3/2012) non parla di “annullamento” o di “risoluzione”; bensì – seppure per le stesse cause previste in relazione all’annullamento o alla risoluzione degli accordi di ristrutturazione – di “**cessazione degli effetti**”. Questa sarà allora pronunciata dal tribunale, secondo il rito camerale, su ricorso di uno o più creditori che, in contraddittorio col debitore, lamentino l’essersi verificata una delle suddette cause.

## II. La liquidazione del patrimonio del debitore civile

### 1. Natura e presupposti

L’art. 18, co. 1, del già citato d.l. 179/2012 ha introdotto nella l. 3/2012 una “sezione seconda”, dedicata alla “**liquidazione del patrimonio**” del **debitore civile**. Anche tale procedura, al pari di quelle di composizione della crisi esaminate nella prima sezione della legge (*supra*, I), è definita dalla legge come “**procedura concorsuale**”: posto che anch’essa, come quelle, ha ad oggetto tutti i beni del debitore ed esplica i suoi effetti nei confronti della generalità dei creditori anteriori alla sua apertura. Essa inoltre – e in ciò a differenza di quelle – può anche essere, in taluni casi, *imposta* al debitore.

Non è forse azzardato sostenere, a tale riguardo, che con la liquidazione del patrimonio del debitore si realizza una forma di quel “*fallimento civile*” di cui per lungo tempo si è discusso in Italia, che trova precedenti o corrispondenze in altre esperienze normative, e la cui stessa prospettabilità si pone in discontinuità con la tradizione delle procedure concorsuali quali procedure esecutive collettive giustificabili soltanto con riferimento all’impresa (commerciale e non piccola) per le ragioni – storiche ma anche pratiche – già a suo tempo ripercorse in sede introduttiva (§ 21). In effetti, al di là dell’evidente diversità di presupposti, le similitudini, anche procedurali, con il fallimento non sono poche.

La procedura di liquidazione del patrimonio, pur *non essendo volta ad una “soluzione negoziata”* di una crisi (ambito a cui è dedicato il presente Capo) è, al pari di quelle di “composizione della crisi” appena esaminate, rivolta al **debitore civile sovraindebitato** (ed allora trattata in questa Sezione del Manuale, in ragione di tale contiguità ed anzi talora, come si va a vedere, consequenzialità).

La “liquidazione del patrimonio” può infatti essere iniziata *su richiesta dello stesso debitore* “in alternativa alla proposta per la composizione della crisi”.

Una tale richiesta – come lascia intendere l’espressione “in alternativa” – potrebbe essere frutto di una scelta del tutto discrezionale oppure in qualche modo “costretta” quando l’ac-

cesso ad una composizione della crisi risulti precluso da alcune delle condizioni ostative cui già si è in parte accennato (*supra*, I): in particolare, quando il debitore già risulti soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle rivolte al debitore civile (vale a dire quelle previste dalla legge fallimentare: si pensi ad un socio illimitatamente responsabile dichiarato fallito “in estensione”), oppure quando, nei cinque anni precedenti, abbia già fatto ricorso ad una procedura di composizione della crisi del debitore civile (art. 14-*ter*, co. 1, l. 3/2012).

Ma la procedura può essere aperta anche *in via di conversione* di una precedente procedura di composizione della crisi, quando le cause del suo insuccesso risultino *imputabili al (dolo o alla colpa del) debitore*. In tali casi la liquidazione del patrimonio, oltre che, ancora, su richiesta dello stesso debitore, potrà anche essere *subita dal debitore*, su richiesta di uno o più creditori.

## 2. Il procedimento e gli effetti

Il **procedimento** di liquidazione del patrimonio del debitore civile non manca di significativi parallelismi con la procedura fallimentare.

La **domanda** di liquidazione (ci soffermeremo qui sulla domanda avanzata dal debitore) è proposta al tribunale dove il debitore ha la sede o la residenza, ed è corredata dalla documentazione prevista per accedere alle procedure di composizione della crisi, ivi compreso l'inventario di tutti i beni del debitore e la relazione particolareggiata (*supra*, I) dell'organismo di composizione della crisi sulle cause del dissesto e sull'affidabilità del debitore. La domanda, anzi, sarà inammissibile se la documentazione prodotta non consenta di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore.

La liquidazione avrà ad oggetto **tutti i beni del debitore**, *fatta eccezione* – per le particolari esigenze, talvolta vitali, cui sono funzionali – *per i crediti impignorabili* (ex art. 545 c.p.c.) o *quegli altri aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, pensioni, salari* e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, nei limiti di quanto occorra al mantenimento suo e della sua famiglia indicati dal giudice; nonché i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi (salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.) e tutte le altre cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

Se la domanda risulterà ammissibile e non constino atti di frode ai creditori negli ultimi cinque anni, il tribunale emanerà un **decreto di apertura** della liquidazione con cui: nominerà un *liquidatore; inibirà*, sino a quando il provvedimento di omologazione non diventi definitivo, *azioni cautelari o esecutive* o iniziative volte ad acquistare *diritti di prelazione* sul patrimonio oggetto di liquidazione, oltre a disporre idonea forma di pubblicità della domanda e del decreto (ed eventualmente la sua annotazione nel registro delle imprese e la trascrizione nei registri immobiliari).

Con il decreto, da intendersi *equiparato all'atto di pignoramento* e che vale quale **titolo esecutivo** di cui il liquidatore può avvalersi per lo svolgimento del compito che gli è affidato, verrà altresì *ordinata la consegna o il rilascio dei beni* facenti parte del patrimonio di liquidazione (salvo che non constino gravi e specifiche ragioni per autorizzare il debitore ad utilizzarne alcuni).

A questo punto il liquidatore, similmente a quanto compete al curatore fallimentare, dovrà da un lato procedere alla redazione dell'**inventario** dei beni da liquidare, e dall'altro verificare l'**elenco dei creditori** e l'attendibilità della documentazione presentata dal debitore; comunicando poi ai creditori e ai titolari di diritti su beni in possesso o nella disponibilità del debitore, la possibilità di insinuarsi nel procedimento di liquidazione presentan-

do, con ricorso, *domanda di partecipazione*, in modo da poter così formare, sulla base delle domande pervenute e delle osservazioni dei creditori, lo **stato passivo**.

Sul versante della *massa attiva*, il liquidatore, avrà l'**amministrazione dei beni** che compongono il patrimonio di liquidazione (ivi compresi i *beni sopravvenuti* nei quattro anni successivi, e cioè per tutta la durata della procedura) nonché la **legittimazione processuale** funzionale a conseguire la disponibilità dei beni o a recuperare i crediti compresi nel patrimonio da liquidare, e comunque correlata con lo svolgimento dell'attività di amministrazione.

Egli dovrà conseguentemente procedere, sulla base di un **programma di liquidazione** formato entro 30 giorni dall'inventario, alla liquidazione dell'attivo tramite *procedure competitive*, anche avvalendosi di soggetti specializzati e di stime, e ricorrendo ad adeguate forme di *pubblicità* che consentano la massima informazione e partecipazione degli interessati, pur compatibilmente con l'esigenza di una ragionevole durata della procedura.

Ultimata l'esecuzione del programma di liquidazione il giudice disporrà, con decreto, la **chiusura della procedura**: ma ciò, in ogni caso, non prima del decorso del termine di *quattro anni* dal deposito della domanda. Tanto, infatti, dovrà durare la procedura, verosimilmente anche al fine di assicurare la serietà della istanza del debitore, o comunque per sottoporlo ad un congruo periodo di vigilanza prima di poter avere un *fresh start*.

La liquidazione del patrimonio si svolgerà secondo i **principi di universalità** (oggettiva e soggettiva) e **di concorsualità** a favore dei *creditori anteriori* all'apertura della procedura.

Al contrario (e analogamente a quanto già visto per l'accordo di ristrutturazione e il piano del consumatore) i *creditori con causa o titolo posteriore* all'apertura della procedura non potranno procedere esecutivamente sui beni oggetto di liquidazione; mentre invece i *crediti sorti “in occasione o in funzione” della liquidazione* (una sorta di “crediti della massa”) dovranno venire soddisfatti *con preferenza* rispetto a quelli “concorsuali”.

L'effetto principale della procedura di liquidazione del patrimonio del debitore civile, se questo sia una persona fisica, è quello della **esdebitazione**, cioè della liberazione dai debiti non soddisfatti all'esito della procedura nei confronti dei creditori concorsuali: debiti che verranno dichiarati *inesigibili* con decreto del tribunale.

Per poter conseguire l'esdebitazione dovranno però sussistere particolari indici di “**meritevolezza**” del debitore, in buona parte analoghi a quelli già esaminati per l'esdebitazione fallimentare, ma comprensivi, anche, dell'accertata “operosità” lavorativa del debitore: occorrerà cioè che egli abbia svolto, durante i quattro anni di durata della procedura, un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato; o che quantomeno abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego.

Oltre che per il difetto dei requisiti appena ricordati, l'esdebitazione sarà invece esclusa quando risulti che il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un **ricorso al credito colposo e sproporzionato** rispetto alle sue capacità patrimoniali, o quando egli nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori o volti a favorire alcuni di essi a danno di altri. In caso di scoperta di atti di frode o della falsa rappresentazione, da parte del debitore, dell'attivo o del passivo, come descritti nella documentazione a corredo della domanda, l'esdebitazione che eventualmente fosse stata già conseguita, potrà essere *revocata* in ogni momento su istanza dei creditori

L'esdebitazione, in ogni caso, **non includerà** i debiti derivanti da *obblighi di manteni-*



*mento e alimentari; quelli aventi ad oggetto il risarcimento di danni extracontrattuali; le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario (che non siano accessorie a debiti estinti); o i debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore al decreto di apertura della procedura, sono stati successivamente accertati in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi.*

CAPO TERZO  
LE PROCEDURE AMMINISTRATE

**§ 34. LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA (IN GENERALE)**

**LETTERATURA:** ABATE, *Società cooperative e procedure concorsuali*, Fall, 1991, 1009 ss.; BAVETTA, *La liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974; BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973; BOCCUZZI, *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa: i presupposti oggettivi per l'attivazione delle procedure*, in MORERA-NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, III, Milano, 1996; BONFATTI, *La liquidazione coatta delle banche e degli intermediari in strumenti finanziari*, Milano, 1998; BONFATTI, *La disciplina delle crisi delle società fiduciarie e di revisione*, Milano, 2001; BONSIGNORI, *Della liquidazione coatta amministrativa*, Comm. Scialoja-Branca, XVI Bologna-Roma, 1974; BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, Dig.<sup>4</sup>, sez comm, IX, Torino, 1993, 111 ss.; CASTIELLO D'ANTONIO, *Diritto concorsuale amministrativo: studi*, Padova, 1997; CASTIELLO D'ANTONIO, *Riforma della legge fallimentare e liquidazione coatta amministrativa*, DFall 2006, I, 794 ss.; DEL VECCHIO, *La liquidazione coatta amministrativa (in generale; delle assicurazioni e delle banche)*, Milano, 1998; FORTUNATO, *La liquidazione coatta amministrativa delle banche dopo il Testo Unico: lineamenti generali e finalità*, *La nuova disciplina*, III, Milano, 1996, 31 ss.; GALANTI, *Riforma del diritto fallimentare e procedure di crisi delle imprese finanziarie*, Fall, 2006, 1115 ss.; GIORGI, "Cessazione delle funzioni" e competenze degli organi societari nella liquidazione coatta amministrativa, BBTC, 1995, I, 459 ss.; LAZZARESCHI-MURER-L. RUFFINI, *La liquidazione coatta amministrativa delle società cooperative*, Milano, 1996; NIGRO, *La disciplina delle crisi bancarie: la liquidazione coatta amministrativa*, GComm, 1996, I, 144 ss.; PERRINO, *Cessioni in blocco nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Torino, 2005; RICCI, *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: "quid faciendum"?*, GComm, 2007, I, 263 ss.; STALLA, *La liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie*, Fall, 1995, 505 ss.; TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza delle banche*, BBTC, 1999, I, 1 ss.; VATTERMOLI, *Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001.

*I. Natura e presupposti della procedura*

Analogamente al fallimento, la liquidazione coatta amministrativa ("l.c.a.") è una **procedura concorsuale con finalità liquidativa**. Tuttavia, mentre "dell'intera procedura fallimentare è investito il tribunale" (art. 24), cioè l'autorità giudiziaria ordinaria, alla procedura di l.c.a. è sovraordinata un'**autorità amministrativa**, deputata a provocarne l'apertura e a vigilarne lo svolgimento, talora, anzi, indirizzandolo avvalendosi della tipica discrezionalità del potere amministrativo. Ciò determina significative differenze rispetto alla procedura fallimentare, parlandosi dunque, per la l.c.a., di **procedura amministrativa** (o "amministrata"; e non giudiziale).

Come già accennato in sede introduttiva (§ 21), le ragioni dell'intervento dell'autorità amministrativa devono rintracciarsi nel **particolare interesse pubblico** che rive-

stono gli *enti* che vanno soggetti alla l.c.a. (l'antesignana dell'attuale disciplina può essere infatti rintracciata nella disciplina concorsuale prevista appositamente dalla l. 5546/1888 per una particolare categoria di imprese allora ritenute di interesse pubblico: le Casse di Risparmio). È in considerazione di tale interesse che si giustifica, *in aggiunta* alla disciplina "di diritto comune" fallimentare, la previsione di una speciale disciplina per i **casi espressamente indicati dalla legge**: "la legge determina le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i casi per i quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla" (art. 2, co. 1).

Prescindendo ora dalle specifiche ragioni che inducono a ritenere "pubblico" l'interesse collegato all'esistenza e all'operatività di taluni enti – discorso che in questa sede sarebbe troppo lungo e frammentario, anche in ragione dell'eterogeneità degli enti di cui si parla – certo è che, formalmente, una tale rilevanza pubblica può riscontrarsi negli **enti pubblici economici** e nelle **imprese sottoposte a vigilanza pubblica** (dunque tali anche nella loro fase dissolutiva). Fra le imprese sottoposte a vigilanza pubblica, limitandosi qui a menzionare solo le più significative, vanno senz'altro ricordate quelle che operano istituzionalmente nel settore del credito o delle assicurazioni o della finanza – e così le *banche* (nonché, per esservi, almeno originariamente, collegate, le *fondazioni bancarie*) e le *assicurazioni* (d.lgs. 205/2005); le imprese abilitate alla prestazione di servizi di investimento come le società di intermediazione mobiliare (*SIM*), le società di investimento a capitale variabile (*SICAV*), le società di gestione del risparmio (*SGR*) – nonché le *società fiduciarie e di revisione* (l. 430/1986), le "*imprese sociali*" (d.lgs. 155/2006)<sup>1</sup> e le *cooperative che svolgono attività commerciale* (art. 2545-terdecies, co. 1, c.c.).

Allo stato non constano invece, pur non ostandovi ragioni di principio, casi in cui la l.c.a. si applichi a **persone fisiche**. Consta invece, rispetto alla l.c.a. di alcune delle imprese sopra richiamate (*società fiduciarie, banche, assicurazioni*), la possibilità di estendere la procedura anche a società diverse, "di diritto comune" (e che di per sé sarebbero altrimenti soggette a fallimento), quando abbiano dei *rapporti di collegamento* con le prime: profilandosi così, in quei settori, una disciplina della l.c.a. "di **gruppo**" (per "attrazione" o, se già sia in corso la procedura fallimentare, per "conversione")<sup>2</sup>.

È la *legge*, dunque, che individua i soggetti ai quali si applica la l.c.a., nonché i casi in cui questa può essere disposta. Inutilmente, però, si rintraccerebbe una siffatta individuazione nella legge fallimentare, e in particolare nel suo titolo dedicato alla l.c.a. Gli artt. 194 ss., difatti, si limitano a dettare una serie di regole di natura per lo più *procedimentale* da applicarsi nelle singole procedure di l.c.a. previste da *leggi speciali*, in via tendenzialmente *integrativa* (benché talora *prevalente*, in caso di incompa-

<sup>1</sup> Cfr. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, *GComm*, 2006, I, 860 ss.; D'AMBROSIO, *L'impresa sociale insolvente*, *DFall*, 2009, I, 110 ss.; GALLETTI, *L'impresa sociale insolvente*, *GComm*, 2006, I, 871 ss.

<sup>2</sup> Per la problematica indicata nel testo v., oltre alle opere citate nella bibliografia ad inizio paragrafo, U. PATRONI GRIFFI, *Brevi note sulla liquidazione coatta amministrativa della capogruppo*, *RDImp*, 1999, 239 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *La complessa problematica della procedura alla quale sottoporre la società figlia insolvente dichiarata fallita dopo la messa in liquidazione coatta amministrativa della società madre*, *DFall*, 1999, II, 25 ss.

tibilità); regole che pertanto vengono a costituire una sorta di nucleo normativo comune. È a tali **leggi speciali** (ad esempio, il TUB, per quanto riguarda le banche, o il TUF, per quanto riguarda le SIM, SGR e SICAV) che occorre pertanto fare riferimento per quanto concerne, soprattutto, l'*individuazione dell'Autorità di vigilanza* (ad esempio, la Banca d'Italia per le banche) preposta alle singole procedure, nonché dei loro *presupposti soggettivi* (cioè l'individuazione degli enti sottoposti alla procedura, sopra ricordati) e *oggettivi* (che in parte possono variare da legge a legge, a seconda del tipo di ente a cui ci si riferisce).

Quanto ai **presupposti oggettivi**, deve rilevarsi innanzitutto come essi non riguardano esclusivamente le *condizioni economiche* dell'ente, come accade per la procedura fallimentare; ma in alcune leggi – sebbene meno frequentemente – anche la (patologica) *situazione gestionale* che, in ragione della rilevanza pubblica degli interessi coinvolti, può consigliare la messa in liquidazione dell'ente a prescindere da un suo stato di crisi patrimoniale.

Fra i presupposti della l.c.a. troviamo quindi non soltanto quelli che, per l'appunto, esprimono una **crisi economico-finanziaria**, come l'*insolvenza* o, talora, le *gravi perdite patrimoniali* dell'ente (che pure, come visto, possono non coincidere con lo stato di insolvenza). Ma anche quelli che esprimono **anomalie amministrative**, come il caso in cui vengano riscontrate delle *violazioni di norme legislative, amministrative o statutarie*, o comunque *irregolarità nella gestione dell'ente*, ovvero *l'incoerenza dell'attività svolta rispetto al fine* che l'ente dovrebbe perseguire.

L'inclusione fra tali presupposti dello stato di *insolvenza*, che è presupposto oggettivo anche del fallimento, suscita evidentemente l'esigenza di un criterio che consenta di discernere quando, al manifestarsi di quel presupposto, debba applicarsi la **procedura di l.c.a. in luogo di quella fallimentare**. Un tale criterio viene così articolato dalla legge:

i) taluni enti (la maggior parte di quelli sopra menzionati: ad esempio gli enti pubblici economici, le banche, le assicurazioni, le SIM, SGR e SICAV) sono sottoposti *esclusivamente alla procedura di l.c.a.* La constatazione di un loro stato di insolvenza, pertanto, non può che condurre all'apertura di tale procedura;

ii) altri enti (ad esempio le cooperative che svolgono attività commerciale) possono invece essere sottoposti *sia a l.c.a. che a fallimento*. In questi casi opererà il cosiddetto **principio della prevenzione** (art. 2545-terdecies c.c.), secondo il quale si applicherà la procedura che venga aperta *per prima*: con esclusione (o preclusione), pertanto, dell'altra (art. 2, co. 3, e art. 196 l.fall.);

iii) **regola residuale**, comunque, è da intendersi la prima: le imprese per le quali è prevista l'applicazione della l.c.a. sono sottoposte esclusivamente a quest'ultima, a meno che la possibilità di un fallimento (e quindi l'eventuale operatività del principio di prevenzione) non sia *prevista espressamente* dalla legge.

È quanto dispone l'art. 2, co. 2. E ciò nonostante l'ambigua formula dell'art. 196 (che letteralmente applica il principio di prevenzione alle "imprese soggette a l.c.a. per le quali la legge *non esclude* la procedura fallimentare") che infatti si interpreta generalmente nel senso qui rappresentato (necessità di una previsione espressa).

Circa l'operatività del principio di prevenzione, dubbi restano peraltro i casi in cui sopravvenga un presupposto di una procedura diverso da quello che ha comportato l'apertura dell'altra<sup>3</sup>. E così, ad esempio, se un'impresa sottoposta a fallimento venga a manifestare, oltre all'insolvenza, anche delle irregolarità gestionali che potrebbero giustificare la sottoposizione a l.c.a.

Da quanto appena detto, deriva che l'**accertamento** (sempre giudiziale) **dello stato di insolvenza** può operare diversamente a seconda del tipo di ente, e a seconda che venga accertato *prima* dell'apertura di alcuna procedura ovvero *dopo* che la procedura di l.c.a. sia già stata aperta (evidentemente sulla base di altro presupposto).

Per quanto riguarda gli *enti sottoposti anche a fallimento*, l'accertamento dello stato di insolvenza *prima che sia stata aperta alcuna procedura* provocherà, secondo il principio di prevenzione testé ricordato, l'apertura del fallimento. Per quanto riguarda gli *enti sottoposti esclusivamente alla disciplina della l.c.a.* invece, l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza (in assenza di qualsiasi procedura o in pendenza di un concordato preventivo) non potrà che provocare l'apertura della l.c.a. (secondo il procedimento riportato nel paragrafo successivo).

Per gli uni e per gli altri, invece, l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza *dopo che la procedura di l.c.a. sia già stata aperta* (evidentemente sulla base di altro presupposto) non impedirà la prosecuzione di tale procedura, ma inciderà su di essa provocando, oltre i normali effetti di quest'ultima, anche l'applicazione degli artt. 64 ss. in materia di *revocatorie* e delle "*disposizioni penali*" previste per il fallimento (artt. 205 e 237).

Per converso, la delimitazione del campo d'applicazione della l.c.a. **rispetto al concordato preventivo** è regolata da un principio inverso a quello fissato dall'art. 2, stabilendosi che *se la legge non dispone diversamente* (cosa peraltro non infrequente, e così per le banche, le assicurazioni e le società che prestano servizi di investimento) la imprese soggette a l.c.a. *possono essere ammesse al concordato preventivo*, salva l'applicazione dell'art. 195 (che riguarda l'accertamento dell'eventuale stato di insolvenza e la conseguente possibilità di esperire azioni revocatorie) per le imprese che sarebbero comunque escluse dal fallimento. Anche in questo campo, comunque, opererà il *principio della prevenzione*, sicché l'apertura di una procedura precluderà l'altra.

## II. L'apertura della procedura e i suoi effetti

L'apertura della l.c.a. può innanzitutto verificarsi, come appena accennato, quando nei confronti di un'impresa soggetta a l.c.a. con esclusione del fallimento venga **accertato uno stato di insolvenza**. In tal caso l'*iter* si articola in due momenti. (i) L'accertamento dello stato di insolvenza, non potendo che essere giudiziale, sarà operato dal *tribunale*, a sua volta sollecitato dai creditori (anche se questi, a differenza del fallimento, non hanno un autonomo potere di chiedere poi l'apertura vera e propria della procedura) o dall'Autorità amministrativa che vigila sull'impresa<sup>4</sup>. (ii) Accertata

<sup>3</sup> V. in proposito, NIGRO-VATTERMOLI.

<sup>4</sup> V. PROTO, *L'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese sottoposte a liquidazione coatta e la*

l'insolvenza, l'apertura della procedura non potrà però essere dichiarata dal medesimo tribunale, ma soltanto dalla stessa *Autorità amministrativa*.

Quando invece il *presupposto* realizzatosi sia *diverso dall'insolvenza*, l'*iter* è più semplice: l'Autorità amministrativa, constatato essa stessa il verificarsi di tale presupposto, apre la procedura.

Accertato dunque lo stato di insolvenza o altra delle cause previste dalle leggi speciali, l'Autorità amministrativa che vigila sull'ente – nel primo caso sollecitata dal tribunale, negli altri casi *motu proprio* (o talora, come per le banche, anche sollecitata dagli stessi organi dell'ente) – emanerà il **provvedimento di liquidazione**.

Con tale provvedimento (o talora con altro successivo) l'Autorità, organo sovraordinato a tutta la procedura (nei termini che si vedranno meglio nel prossimo paragrafo), nomina gli ulteriori **organi della procedura**:

– il *commissario liquidatore* (talora tre, se la procedura rivesta particolare importanza), il cui ruolo può, in larga approssimazione, paragonarsi a quello del curatore fallimentare<sup>5</sup>;

– il *comitato di sorveglianza* (facoltativo nelle cooperative), composto da tre o cinque membri scelti fra persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitato dall'impresa (possibilmente fra i creditori); ed il cui può rapportarsi, sempre in larga approssimazione, a quello del comitato dei creditori nel fallimento<sup>6</sup>.

Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si producono i suoi **effetti** che, secondo l'art. 200, coincidono in gran parte con quelli riconnessi al fallimento.

i) Innanzitutto, **nei confronti del debitore** si producono gli effetti dello *spossamento* previsti dagli artt. 42, 44, 45, 46 e 47. Il mancato rinvio all'art. 43 è invece in parte "compensato" dall'art. 200, co. 2, che prevede comunque la *legittimazione processuale del commissario giudiziale* (senza che occorra alcuna autorizzazione, peraltro) "nelle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa"; e non si esclude, d'altronde, che anche i co. 2 e 3 dell'art. 43 possano applicarsi in via analogica.

Inoltre, se il debitore ha la veste giuridica di *società* o comunque di *persona giuridica*, "cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo"<sup>7</sup>. L'utilizzo del concetto di "cessazione" risulta per vero esorbitante, dal momento che una (residuale ma perdurante) funzionalità degli organi, se non altro nel rappresentare il debitore nella procedura (la legge fa salva soltanto l'ipotesi, prevista dall'art. 214, di un concordato preventivo, ma non è l'unica), non pare potersi escludere.

decorrenza del termine di cui all'art. 19 l.fall. nelle interpretazione della Corte Costituzionale, Fall, 2006, 22 ss.

<sup>5</sup> Cfr. LATELLA, sub art. 198, Comm. Jorio-Fabiani, 2007, II, 2639 ss.

<sup>6</sup> V. in proposito CASELLI-STIGNANI, *Il comitato di sorveglianza nella liquidazione coatta amministrativa*, DFall, 1998, I, 242 ss.

<sup>7</sup> Su cui VATTERMOLI, sub art. 200, Comm. Nigro-Sandulli, 2006, 1157; GIORGI, "Cessazione delle funzioni" e competenza degli organi societari della liquidazione coatta amministrativa, BBTC, 1995, I, 459 ss.

ii) Anche **nei confronti dei creditori** e per quanto riguarda i **rapporti giuridici preesistenti**, l'art. 201 prevede espressamente che dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione (ma per banche ed imprese assicurative l'effetto è differito all'insediamento dei commissari liquidatori) si applicano le disposizioni del titolo II, capo III, sezione II (artt. 51 ss.) sulla *regolazione concorsuale dei crediti*<sup>8</sup>; nonché della sezione IV (artt. 72 ss.), sulla sorte dei *contratti pendenti*. Pure applicabile, nonostante manchi un espresso rinvio, pare del resto la norma dell'art. 104 *ter* sulla prosecuzione automatica dei contratti nel caso il commissario liquidatore decida, con l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza<sup>9</sup>, di continuare l'esercizio dell'impresa.

iii) Quanto poi agli **atti pregiudizievoli** compiuti prima dell'apertura della procedura, lo stesso art. 201 dichiara incondizionatamente applicabile l'art. 66, e quindi esercitabile dal commissario giudiziale l'*azione revocatoria ordinaria*. Quanto invece alle altre norme – e cioè gli artt. 64 ss.; *in primis* dunque la *revocatoria fallimentare* – queste, come sopra ricordato, saranno applicabili *soltanto se sia stato accertato giudizialmente lo stato d'insolvenza* a norma degli artt. 195 o 202 (e cioè, rispettivamente, prima o dopo l'apertura della procedura di l.c.a.), con effetto in ogni caso dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione.

Nel primo caso, peraltro, il **termine decadenziale** entro cui il commissario giudiziale (senza che peraltro occorra alcuna autorizzazione) potrà esercitare l'azione – termine fissato dall'art. 69-*bis* in tre anni dall'apertura del fallimento – non potrà che decorrere a partire da quando l'azione sia esercitabile: e quindi non dalla sentenza dichiarativa di insolvenza, ma dalla conseguente apertura della procedura di l.c.a. Per la stessa ragione dovrebbe ritenersi<sup>10</sup>, anche se la giurisprudenza non è per lo più orientata in tal senso, che se per primo arrivi il provvedimento amministrativo (per essersi la procedura aperta sulla base di un presupposto oggettivo diverso dall'insolvenza) il termine dovrebbe decorrere da quando sopravvenga la successiva sentenza dichiarativa di quest'ultima.

Le norme in materia di revocatoria saranno inoltre applicabili anche nei riguardi dei **soci a responsabilità illimitata** (non assoggettabili in estensione alla procedura, a differenza di quanto accade per il fallimento); ma soltanto, si ritiene, con riferimento agli atti da essi compiuti in esecuzione o a garanzia dei *debiti sociali*.

### III. Le fasi della procedura

La procedura della l.c.a. è scandita dalla legge secondo fasi corrispondenti, benché regolate in modo non coincidente, a quelle previste per il fallimento. *Principio*

<sup>8</sup> V. BRAN, *Effetti dell'apertura delle procedure concorsuali amministrative sui rapporti pendenti*, in GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 901 ss.; VATTERMOLI, *sub art. 201*, *Comm. Nigro-Sandulli*, 2006, 1153 ss.

<sup>9</sup> Sulla portata del potere autorizzatorio, v. V. e S. BAZZANI, *La liquidazione coatta amministrativa*, *Comm. Schiano di Pepe*, 2007, 691 s.

<sup>10</sup> V. BONFATTI-CENSONI. In materia v. anche, BARBIERI, *I termini delle azioni revocatorie nella l.c.a.*, *Fall*, 2007, 309 ss.; BAVETTA, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza (Le procedure concorsuali. Le procedure minori)*, *Tr. Ragusa Maggiore-Costa*, cit., 696 ss.; TARZIA, *Revocatoria nella liquidazione coatta amministrativa e computo del periodo sospetto*, *CorrGiur*, 2000, 211 ss.; MANGANO, *La decorrenza dei termini per la revocatoria nella liquidazione coatta amministrativa*, *BBTC*, 1999, II, 359.

*organizzativo generale* è che il **commissario liquidatore** – che in ciò, similmente al curatore fallimentare, può essere considerato l'organo di impulso della procedura – **procede a tutte le operazioni della liquidazione secondo le direttive dell'autorità che vigila sulla liquidazione, e sotto il controllo** (che peraltro raramente risulta vincolante) **del comitato di sorveglianza** (art. 204).

In concreto, il commissario comincerà con il *prendere in consegna i beni, le scritture contabili e gli altri documenti dell'impresa*, formando conseguentemente (con ordine invertito, peraltro, rispetto a quanto previsto per il fallimento) l'*inventario*, anche avvalendosi di uno o più stimatori per la valutazione dei beni.

Parallelamente, egli procederà all'**accertamento del passivo**, secondo un percorso, peraltro, più "libero" rispetto a quello imposto nella procedura fallimentare. Difatti, secondo l'art. 207, egli, entro un mese dalla sua nomina, si limiterà a *comunicare* (tendenzialmente via p.e.c.) a ciascun creditore le somme risultanti a credito di ciascuno secondo le scritture contabili e i documenti dell'impresa, e a fare analoga comunicazione a coloro che possono far valere domande di rivendicazione, restituzione e separazione su cose mobili possedute dall'impresa. Dopodiché, all'esito delle eventuali osservazioni o istanze dei creditori e degli altri aventi diritto contattati, o delle domande di coloro ai quali non sia stata inviata regolarmente la comunicazione, il commissario liquidatore (entro novanta giorni dalla data del provvedimento di liquidazione) formerà – *senza quindi alcuna mediazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa* – l'**elenco dei crediti ammessi** (anche con riserva) *o respinti, e delle domande di restituzione o rivendicazione accolte o respinte*, depositandolo nella cancelleria del tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede principale, e dandone notizia (telematicamente) a coloro la cui pretesa non sia in tutto o in parte ammessa. Con tale deposito, senza che occorra alcun intervento giudiziario, l'**elenco** diventa **esecutivo**. Occorrerà allora, ove se ne vogliano contestare le risultanze, proporre *impugnazione* (o le eventuali *domande tardive*) secondo le norme previste in tema di fallimento (e cioè gli artt. 98, 99, 101 e 103; intendendosi sostituito al giudice delegato il giudice istruttore). Solo in fase di opposizione, pertanto (non invece, si è visto, nella fase di formazione dello stato passivo, tutta ufficiosa ed amministrativa), può instaurarsi una vera e propria cognizione giudiziale sui diritti vantati dai creditori.

Quanto alla **amministrazione**, conservazione e **liquidazione del patrimonio** del debitore, vige la regola fondamentale per la quale *il commissario liquidatore "dispone di tutti i poteri necessari per la liquidazione dell'attivo, salve le limitazioni stabilite dall'autorità che vigila sulla liquidazione"* (art. 210)<sup>11</sup>.

Egli gode dunque della più ampia **autonomia decisionale** e dispone delle più varie opzioni operative, salvo procurarsi quando occorra (non raramente, peraltro), l'**autorizzazione dell'Autorità di vigilanza**. Questa occorrerà (talora unitamente al parere non vincolante

<sup>11</sup> V. ZIINO, *Atti di straordinaria amministrazione e poteri del commissario nella liquidazione coatta*, *DFall*, 1993, I, 520 ss. Sulla responsabilità del commissario, v. PISANI MASSAMORMILE, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, cit., III. *La gestione delle crisi bancarie*, Milano, 1996, 85 ss.; ABATE, *La responsabilità del commissario straordinario*, *Fall*, 2000, 975 ss.



dal comitato di sorveglianza), fra l'altro, per il compimento degli *atti di amministrazione previsti dall'art. 35*, in quanto siano di valore indeterminato o di valore superiore a 103,29 euro, ovvero per la *continuazione dell'esercizio dell'impresa*; per proporre *azione di responsabilità* contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo dell'impresa in liquidazione (non però, come visto, per le eventuali azioni revocatorie); per procedere, se lo ritenga opportuno, alla *vendita degli immobili e dei mobili in blocco* (artt. 206 e 210). Né si esclude che il commissario possa, analogamente a quanto consentito al curatore fallimentare, *cedere le azioni della massa*, ivi comprese quelle revocatorie già intraprese.

La fase, logicamente successiva ma che cronologicamente può anche sovrapporsi, della **ripartizione dell'attivo** (anche rispetto ad eventuali domande tardive) è regolata secondo i medesimi principi che operano per la procedura fallimentare (rinviando infatti l'art. 212 agli artt. 111, 112 e 113<sup>12</sup>).

Quanto alla **chiusura della procedura**, l'art. 213 stabilisce che, prima dell'ultimo riparto, il commissario presenterà all'autorità che vigila sulla liquidazione il *bilancio finale* della liquidazione con il *conto della gestione* e il *piano di riparto* tra i creditori, accompagnati da una relazione del comitato di sorveglianza e depositati, previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza, presso la cancelleria del tribunale, affinché i creditori e ogni altro interessato possano proporre le proprie eventuali *contestazioni* su cui provvederà il tribunale con decreto in camera di consiglio, secondo il procedimento previsto dall'art. 26. Ove invece non vengano presentate contestazioni, il bilancio, il conto di gestione e il piano di riparto si intenderanno approvati ed il commissario provvederà alle *ripartizioni finali* tra i creditori secondo le norme applicabili in tema di fallimento (art. 117), provvedendo, ove occorra, alle formalità necessarie all'estinzione della società (artt. 2495 e 2496 c.c.).

Con ciò, pur non essendo previsto un provvedimento formale di chiusura, la procedura di l.c.a. amministrativa potrà dirsi conclusa. Alternativamente, la legge (art. 214) prevede anche, analogamente a quanto accade per il concordato fallimentare, una soluzione concordataria (c.d. **concordato di liquidazione**)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> V. TARZIA, *Le ripartizioni dell'attivo nella liquidazione coatta amministrativa*, RDPProc, 1963, 583; M. D'ALESSANDRO, *I riparti parziali nella liquidazione coatta amministrativa*, Fall, 1985, 702 ss.; MANFEROCCE, *La ripartizione parziale nel fallimento; i riparti e gli acconti parziali nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria; elementi comuni e differenziali*, Fall, 1987, 683 ss.

<sup>13</sup> CASTIELLO D'ANTONIO, *La liquidazione coatta amministrativa - La chiusura della liquidazione e del concordato (Le procedure concorsuali. Le procedure minori)*, in Tratt. Ragusa Maggiore-Costa, II, Milano, 2001, 959 ss.; COSTA, sub artt. 213-214, *Comm. Nigro-Sandulli-Santoro*, 2514 ss.; CAVALAGLIO, *La liquidazione coatta amministrativa*, *Comm. Jorio-Fabiani*, ...; TOMASSO, *Concordato nella l.c.a. (e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in stato d'insolvenza), conservazione e liquidazione ed interesse dei creditori (nota a Cass. 18-3-2008, n. 7263)*, Fall, 2008, 897 ss.; TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*, GComm, 2007, II, 1182 ss.

## § 35. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA

**LETTERATURA:** G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, 2000; BONFATTI-FALCONE (a cura di), *La riforma della amministrazione straordinaria: crisi e risanamento delle imprese nella nuova Legge Prodi: le innovazioni del d.lgs. n. 270/1999 e le prospettive di riforma della disciplina fallimentare*, Roma, 2000; BONSIGNORI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1980; CASTAGNOLA-SACCHI (a cura di), *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: commentario al Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270*, Torino, 2000; CASTIELLO D'ANTONIO, *Introduzione allo studio dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Roma, 2000; CAVALAGLIO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1996; COLESANTI, *Amministrazione e giurisdizione nella nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, RDProc, 2001, 23 ss.; COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Torino, 2008; DE FERRA, *Considerazioni pratiche in margine alla nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, DFall, 2000, 505 ss.; FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: la fase prodromica di commissariamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Roma, 2004; FARENGA, *La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/1999 (c.d. Prodi-bis)*, DFall, 2010, I, 319 ss.; A. GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori in una prospettiva di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, GComm, 1999, I, 401 ss.; GUGLIELMUCCI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, St.Oe., 2000, 742 ss.; LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (legge 30 luglio 1998, n. 274 e d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270)*, Milanofiori, Assago, 2000; LO CASCIO, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, Corr-Giur, 1999, 1193 ss.; MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Torino, 2012; MAZZOCCA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Napoli 2001; NIGRO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: appunti di diritto fallimentare*, Roma, 2000; NIGRO, *Società e soci nella nuova amministrazione straordinaria*, GComm, 2001, I, 481 ss.; OPPO, *Diritti e interessi nella nuova disciplina dell'insolvenza delle "grandi imprese"*, RDCiv, 2000, II, 519 ss.; PALUCHOWSKI, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, Milano, 2009; PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, GComm, 2000, I, 481 ss.; PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, DFall, 2005, I, 253 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Prime note sulla nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, DFall, 1999, I, 653 ss.; RICCI, *Procedure liquidatorie, procedure conservative e tecniche di individuazione del patrimonio (a proposito di "ristrutturazione" nella nuova amministrazione straordinaria)*, GComm, 2001, I, 35 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *Creditori ed impresa nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1994; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto soggettivo dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2003; M. SANDULLI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi*, Napoli, 1979; SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, DGiur, 1999, 115 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, Roma, 1984; S.I.S.CO (Società italiana di studi concorsuali), *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali (atti del Convegno S.I.S.CO, Milano, 11 novembre 2000)*, Milano, 2001.

### I. L'amministrazione straordinaria nel sistema concorsuale

Se nella l.c.a. la "specialità" della procedura, caratterizzata dalla sovraordinazione di un'autorità amministrativa, viene giustificata in nome dell'interesse pubblico coinvolto dall'esercizio di certi tipi di attività, è invece in ragione della *rilevanza economica* di talune attività imprenditoriali che è emersa, negli ultimi decenni, l'esigenza – in qualche modo avvertita anch'essa come generale, più ampia e al limite divergente rispetto a quelle dei creditori – di un trattamento concorsuale speciale per le imprese di grandi dimensioni. L'esigenza di salvaguardia non soltanto dei grandi complessi produttivi di per sé (che certo costituiscono, quando efficienti, una risorsa del circuito economico che v'è particolare interesse a preservare) ma anche dei livelli occupazionali da essi raggiunti, hanno infatti, nel corso del tempo, sollecitato la ricerca di percorsi alternativi rispetto a quello fallimentare, pur in presenza di organismi aziendali inefficienti e dispersivi di ricchezza; in qualche modo finendo col sovrapporre all'interesse dei creditori quello, più ampio ma eterogeneo, della comunità alla conservazione dei posti di lavoro, sacrificando il primo e/o collettivizzando i costi del secondo.

Questo percorso alternativo è oggi l'**amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza** (d'ora in poi: a.s.), disciplinata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

Già nella turbolenta stagione degli anni settanta del secolo scorso, parte della dottrina teorizzava, e soprattutto parte della giurisprudenza praticava, un "*uso alternativo delle procedure concorsuali*", volto a prolungare artificialmente (di fatto a spese dei creditori) l'esercizio di imprese decotte, sottoponendole, anziché a fallimento immediato, alla (ora abrogata) procedura di *amministrazione controllata*, pur in assenza di quello che avrebbe dovuto esserne il presupposto oggettivo, e cioè la difficoltà *soltanto temporanea* dell'imprenditore ad adempiere le proprie obbligazioni (una crisi, quindi, di mera liquidità, tendenzialmente reversibile). Poi – per "normalizzare" la cura di un tale interesse generale – quella stagione venne conclusa e in qualche modo "sublimata" coniando una nuova procedura concorsuale *ad hoc*: appunto "*l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*" (l. 3 aprile 1979, n. 95, c.d. *legge Prodi*). Questa, grazie anche al massiccio intervento della mano pubblica (garanzie ai finanziamenti, agevolazioni contributive e fiscali), avrebbe consentito di conservare (o almeno di prolungare per un certo tempo) i livelli occupazionali raggiunti dalle grandi imprese, anche al prezzo di addossarne i costi allo Stato "salvatore"; in altri termini socializzando le eventuali perdite di gestione di grandi imprese incapaci di produrre ricchezza.

Non essendo tardata ad emergere la contrarietà della legge Prodi ai principi anticoncorrenziali di derivazione comunitaria (e specialmente al divieto di aiuti di Stato alle imprese in difficoltà), negli anni '90 del secolo scorso, su impulso degli organi comunitari, il legislatore italiano ha emanato, in sostituzione della precedente, una nuova legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, rispettosa della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato: il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. "*Prodi bis*"), di cui si parlerà in queste pagine.

Peraltro, anche successivamente alla introduzione dell'appena menzionata legislazione, già di per sé speciale, l'esigenza di porre riparo a nuove e contingenti emergenze collegate a singoli – benché enormi – dissesti sopravvenuti dopo il 1999, non ha arrestato la tendenza alla legislazione speciale e "d'emergenza". E ciò ogniqualvolta venisse avvertita, soprat-

tutto a livello politico, l'inadeguatezza della disciplina vigente rispetto al nuovo caso problematico che di volta in volta si poneva, ed alle soluzioni per esso auspiccate (soprattutto quella di un immediato accesso alla procedura, non consentito invece, come si vedrà, nell'amministrazione straordinaria "comune"). Ecco così che, nel 2003, in relazione al dissesto del gruppo Parmalat, si affianca alla (o meglio, si innesta sulla) legge sull'amministrazione straordinaria, una nuova legge speciale, detta appunto "*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*" (c.d. decreto Parmalat, di cui si dirà *infra*, § *sub* V). Al fallimento, pensato per le imprese "non piccole", e ad una legge pensata poi per le "grandi" imprese (l'amministrazione straordinaria comune), si affianca così una ulteriore legge concorsuale, pensata per le "grandissime" imprese. Legge, quest'ultima, ulteriormente modificata ed integrata, sempre in relazione ad esigenze via via sopravvenute, già nel corso della stessa ristrutturazione del gruppo Parmalat (per assecondare la allora auspicata soluzione concordataria); e poi (d.l. 281/2004, c.d. "decreto Volare") ancora in relazione ad altro importante dissesto (*Volareweb*), al fine di renderne compatibili i presupposti con quelli, allora modificati e ridimensionati, previsti per la procedura; ed infine – nuovamente! – per adattarla all'ultimo dei grandi dissesti sopraggiunti, quello di Alitalia (d.l. 134/2008, c.d. "decreto Alitalia"), al fine di attrarne la quasi integrale gestione al potere politico anziché giudiziario. Su questi profili, e sul loro impatto sulla stessa razionalità dell'intero sistema concorsuale, si veda comunque quanto già osservato in sede introduttiva, § 21.

## II. *Presupposti, finalità e struttura dell'amministrazione straordinaria*

Secondo l'art. 1, d.lgs. 270/1999, l'a.s. è la procedura concorsuale della "**grande impresa insolvente**".

Dal punto di vista **soggettivo**, dunque, l'applicazione della procedura è condizionata innanzitutto al fatto che si tratti di impresa, anche individuale, *soggetta alle disposizioni sul fallimento* (avente quindi natura commerciale, ma *fatta eccezione per le imprese soggette esclusivamente a l.c.a.*).

Inoltre, quanto al profilo dimensionale, non basterà che si tratti di impresa al di sopra delle soglie dimensionali fissate dall'*ex* art. 1 l.fall., occorrendo piuttosto il *possessione congiunto* di due ulteriori requisiti che consentano di qualificarla, secondo quanto previsto dall'art. 2 della legge, come "**grande**". Tali requisiti consistono:

- nell'aver essa un *numero di lavoratori subordinati*, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, *non inferiore a duecento* da almeno un anno<sup>1</sup>;
- nell'aver *debiti* per un ammontare complessivo *non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo* dello stato patrimoniale *che* dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio (cioè *del fatturato*).

Chiaro peraltro che questo secondo requisito non esprime alcuna "grandezza" in termini assoluti, ma solo l'incidenza proporzionale del debito. Inoltre, esso appare inopportuno nella misura in cui comporta l'inaccessibilità all'a.s. proprio di quelle imprese che, avendo un indebitamento di proporzioni minori, avrebbero maggiori probabilità di conse-

<sup>1</sup> Sulle problematiche giuslavoristiche dell'a.s., v. L. FICARI, *I lavoratori nella grande impresa insolvente: profili dell'amministrazione straordinaria*, Napoli, 2001.

guire la finalità della ristrutturazione (e che allora non potranno che proseguire mediante un concordato preventivo).

Dal punto di vista **oggettivo**, dovrà trattarsi – al pari di quanto previsto per il fallimento – di impresa che si trovi in stato di *insolvenza*.

In concreto, però, non ogni insolvenza risulta compatibile, se non con l'avvio della procedura (c.d. fase intermedia, o di osservazione), almeno con l'ammissione dell'impresa alla fase di amministrazione straordinaria vera e propria (v. *infra*). A questo fine, infatti, occorrerà che l'impresa, pur insolvente, versi in condizioni economiche tali da consentire, o almeno da far prevedere come possibile, il raggiungimento della **finalità** che la legge stessa assegna alla procedura: la "*conservazione del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*".

Quando ricorrano i suddetti requisiti soggettivi ed oggettivi, l'impresa sarà, almeno inizialmente, sottratta a fallimento e necessariamente assoggettata alla procedura di a.s.; salva poi la possibilità, ma solo in un secondo momento, che si constati che tale procedura non possa addivenire agli obiettivi (or ora ricordati) che la legge le assegna, dovendo allora essere convertita in fallimento.

Non è escluso, invece, che un'impresa avente i requisiti soggettivi di assoggettabilità alla procedura di a.s. venga ammessa ad un **concordato preventivo**, salvo poi, in caso di insuccesso di quest'ultimo, venire sottoposta alla procedura di a.s. anziché di fallimento<sup>2</sup>. Il che si desume sia dalla stessa legge sull'a.s. (art. 3, co. 3); sia – a seguito della riforma della legge fallimentare del 2006 – dalla possibilità che un'impresa "grande" possa comunque essere ammessa a concordato preventivo trovandosi in uno stato di crisi che non sia ancora, però, di insolvenza.

Strutturalmente, infatti, la **procedura** di amministrazione straordinaria si scompone in due fasi. In una **prima fase** (detta appunto di "osservazione"), la "grande impresa", dopo essere stata dichiarata insolvente, verrà sottoposta ad un esame volto ad accertare se constino "*concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*". Soltanto *se* le condizioni economiche dell'impresa siano tali da rendere realistica una tale prospettiva, l'impresa potrà essere ammessa alla **seconda fase**, quella dell'amministrazione straordinaria vera e propria. Altrimenti verrà sottoposta a fallimento. *Anche per la grande impresa insolvente, quindi, il fallimento resta sempre una prospettiva possibile.*

### III. La procedura

#### 1. La dichiarazione dello stato di insolvenza

La procedura di a.s. muove dalla **dichiarazione dello stato di insolvenza** ad opera del tribunale del luogo dove si trova la sede dell'impresa. Ciò potrà avvenire, secondo l'art.

<sup>2</sup> V. PACCHI, *L'alternativa tra concordato preventivo e amministrazione straordinaria*, *DFall*, 2009, I, 212 ss.; IOZZO, *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e dismissione d'azienda*, *GComm*, 2006, II, 560 ss.

3, d.lgs. 270/1999, *su ricorso dello stesso imprenditore, o di uno o più creditori, o del pubblico ministero o anche* (diversamente da quanto avviene per il fallimento) *d'ufficio*<sup>3</sup>.

Nulla esclude, peraltro, che alla dichiarazione di insolvenza quale presupposto d'avvio della procedura di a.s. (e cioè a norma del ridetto art. 3), il tribunale pervenga pur se richiesto di dichiarare il fallimento di un'impresa, avvedendosi poi, durante l'istruttoria, che sussistono i requisiti dimensionali indicati dall'art. 2 della legge. Ovvero che, dopo che già sia stata emanata una sentenza di fallimento, ma in sede di opposizione ad essa (*ex art. 18 l.fall.*), emerga che l'impresa dichiarata fallita, ed effettivamente insolvente, possieda in realtà in requisiti di cui all'art. 2, d.lgs. 270/1999. In questo caso la sentenza di fallimento non verrà revocata, ma il curatore verrà invitato a valutare se sussistano gli ulteriori requisiti (recuperabilità dell'equilibrio economico dell'impresa) per l'ammissione alla seconda fase, quella dell'a.s. vera e propria, e in caso positivo la procedura fallimentare verrà convertita in quella di amministrazione straordinaria (art. 35, d.lgs. 270/1999). Neppure è escluso, per converso, che il tribunale, richiesto di dichiarare lo stato di insolvenza di un'impresa ai sensi del suddetto art. 3, pervenga – direttamente o a seguito dell'opposizione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza *ex art. 8, d.lgs. 270/1999* – alla dichiarazione di fallimento, quando constati che l'impresa non possiede i requisiti dimensionali indicati dall'art. 2<sup>4</sup>.

Il **procedimento** attraverso il quale il tribunale perverrà alla dichiarazione di insolvenza si svolgerà secondo un *rito camerale e sommario*, durante il quale il tribunale dovrà accertare, oltre all'insolvenza in sé, anche il possesso dei requisiti di ammissibilità alla procedura.

Se all'esito del procedimento il riscontro sarà stato positivo, il tribunale emetterà la **sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza** (da comunicarsi, anche al Ministro, ed affiggersi *ex art. 17 l.fall.*), con la quale (art. 8, d.lgs. 270/1999):

– verranno nominati gli altri organi (oltre al tribunale stesso ed al Ministro) della prima fase della procedura, e cioè un *giudice delegato* e un *commissario giudiziale* (o in caso di eccezionale complessità della procedura tre), quest'ultimo in conformità all'indicazione del Ministro;

– verrà ordinato all'imprenditore di *depositare le scritture contabili e i bilanci*, ove non abbia già provveduto;

– verrà assegnato ai creditori e agli aventi diritti reali mobiliari un *termine* (fra i novanta e i centoventi giorni dall'affissione della sentenza) *per la presentazione delle domande*, termine che dovrà poi costituire oggetto di apposito avviso da parte del commissario giudiziale;

– verrà *fissata l'adunanza* in cui, nel termine dei successivi trenta giorni, verrà esaminato lo stato passivo davanti al giudice delegato;

– verrà stabilito se la *gestione dell'impresa*, in questa prima fase, sarà lasciata all'imprenditore insolvente oppure affidata al commissario giudiziale.

Contestualmente, o in successivo decreto, il tribunale potrà inoltre adottare ogni provvedimento conservativo nell'interesse della procedura (art. 21, d.lgs. 270/1999).

<sup>3</sup> V. in materia, M. BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, Milano, 2001.

<sup>4</sup> Sentenza che incide su un diritto soggettivo dell'imprenditore a vedere regolata la propria insolvenza secondo il regime dell'a.s. anziché del fallimento, e perciò ricorribile per cassazione *ex art. 111, co. 7, Cost.* (Cass. 17-2-2009, n. 3769).

## 2. La c.d. fase di osservazione e i suoi effetti

Con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza della “grande” impresa si apre una **fase** (detta di “**osservazione**”) volta, essenzialmente, ad accertare la compatibilità delle condizioni economiche dell'impresa con le finalità che la legge assegna alla procedura, e cioè con la “*conservazione del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*” (art. 1, d.lgs. 270/1999). In particolare, obiettivo di questa prima fase e compito essenziale del commissario giudiziale sarà quello di accertare – con una “particolareggiata” relazione che il commissario dovrà depositare in cancelleria e comunicare al Ministro – se sussistano “*concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*”, da realizzarsi attraverso un programma (di cessione o di ristrutturazione) che il commissario stesso potrà già in questa fase abbozzare e che verrà poi predisposto, nella fase successiva, dal commissario straordinario (così si chiama l'organo che prenderà il posto del commissario giudiziale, una volta aperta la seconda fase) per delineare il percorso dell'amministrazione straordinaria vera e propria. Se invece si constati l'insussistenza di tali prospettive, la fase di osservazione si concluderà con la sottoposizione dell'impresa – pur “grande”, ma non più “recuperabile” – a *fallimento*.

La fase di “osservazione” (pur contenuta nel breve termine di *sessanta giorni* dalla dichiarazione d'insolvenza) inaugura una nuova condizione giuridica dell'impresa, data (al di là degli eventuali provvedimenti conservativi disposti dal tribunale) dagli **effetti** che la legge riconnette alla dichiarazione dello stato di insolvenza.

Tali effetti risultano peraltro di intensità diversa a seconda della *scelta* – operata dal tribunale nella stessa sentenza dichiarativa di insolvenza o con successivo decreto (artt. 8 e 19) – di lasciare la **gestione dell'impresa all'imprenditore** ovvero di affidarla al *commissario giudiziale* (fermo restando che in entrambi i casi proseguirà).

Nel primo caso si produrranno effetti analoghi a quelli provocati dall'ammissione al concordato preventivo (del quale infatti l'art. 18, d.lgs. 270/1999 richiama gli artt. 167, 168 e 169 l.fall.; quest'ultimo, peraltro, a sua volta richiamante gli artt. 45 e 55-63 l.fall., in materia di effetti sui creditori<sup>5</sup>).

In altri termini, l'imprenditore (i.e. gli amministratori della società) conserverà la gestione della sua impresa e l'**amministrazione del suo patrimonio**, sia pure sotto la *vigilanza del commissario giudiziale* e necessitando dell'*autorizzazione del giudice delegato* per il compimento degli atti più importanti; saranno inefficaci nei confronti dei creditori le formalità necessarie per rendere opponibili atti ai terzi se compiute dopo la sentenza. Per quanto riguarda i *creditori*, interdetti dall'intraprendere o proseguire qualsiasi azione esecutiva individuale, varranno le norme previste dalla disciplina fallimentare per la loro regolazione concorsuale: i crediti, considerati scaduti ed espressi in termini pecuniari, si “cristallizzeranno” perché possano poi essere regolati concorsualmente.

---

<sup>5</sup> V. CENSONI, *Gli effetti sostanziali del c.d. periodo di osservazione e della nuova amministrazione straordinaria*, GComm, 2001, I, 548 ss.; PACCHI PESUCCI, *Effetti dell'amministrazione straordinaria nei confronti dei creditori*, DFall, 2001, 199 ss.; CARAVELLA, *La sorte dei contratti durante l'amministrazione straordinaria* (nota a Cass. 31-5-2011, n. 12016), Not, 2012, 522 ss.

Quando invece la gestione dell'impresa venga affidata *al commissario giudiziale*, fermi gli altri effetti sopra ricordati, ne conseguirà anche il c.d. *spossamento* del debitore, secondo i principi operanti in sede fallimentare e *l'attribuzione al commissario giudiziale di tutti i poteri e doveri* che, in punto di gestione dell'impresa del debitore, competono al curatore fallimentare; ivi compreso, fra gli altri, l'obbligo di presentare, al termine del proprio ufficio, il conto della propria gestione.

In ogni caso i *crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa* dovranno essere soddisfatti *in prededuzione* (art. 20, d.lgs. 270/1999).

Quanto invece ai *debiti pregressi*, il giudice delegato potrebbe autorizzarne il pagamento (art. 18, d.lgs. 270/1999), anche se una tale previsione, per risultare compatibile con la parità di trattamento dei creditori, è da interpretarsi nel senso che sia soltanto consentita *l'anticipazione del pagamento*, salva però la ripetibilità nei confronti di chi all'esito della procedura avrà ricevuto più di quanto risulterà dovuto.

Infine, dopo aver dichiarato l'insolvenza, il tribunale diviene competente a conoscere di tutte le **azioni che ne derivano** (art. 13, d.lgs. 270/1999), qualunque ne sia il valore (secondo i principi della *vis attractiva* operante in ambito fallimentare), fatta eccezione però per le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza<sup>6</sup>.

Gli artt. 23 ss. della legge sull'a.s. regolano inoltre gli effetti, non solo della dichiarazione di insolvenza *ex art. 3*, ma anche dei provvedimenti con i quali (anche a seguito di eventuale conversione di procedure) venga poi disposta l'apertura della a.s. nei confronti dei **soci illimitatamente responsabili** (anche "occulti", o receduti od esclusi da meno di un anno) delle società sottoposte alla procedura: disponendosi, a questo riguardo, *l'estensione automatica* ai primi degli effetti che i provvedimenti suindicati producono sulle seconde<sup>7</sup>.

### 3. *L'apertura dell'amministrazione straordinaria e i suoi effetti*

Entro trenta giorni dalla ricezione della *relazione del commissario giudiziale* sulla sussistenza (o meno) di concrete prospettive di *recupero* dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, da realizzarsi attraverso un programma di cessione o di ristrutturazione (artt. 27-28); valutate le eventuali *osservazioni* che a questo riguardo potranno presentare l'imprenditore o i creditori e qualunque altro interessato; considerato anche il *parere del Ministro* sull'ammissibilità dell'impresa alla procedura; il **tribunale** si pronuncerà su tale ammissibilità, disponendo (con decreto motivato e reclamabile) **l'apertura della procedura** di amministrazione straordinaria (o, in caso negativo, il fallimento: art. 30, d.lgs. 270/1999). Se non nella fase iniziale, almeno in questa seconda, decisiva fase, può dunque dirsi che il potere di decidere (almeno nell'*an*) torni all'autorità giudiziaria, mentre quella amministrativa può solo dare un pa-

<sup>6</sup> Eccezione che invece non opera in ambito fallimentare dopo l'abrogazione del co. 2 dell'art. 24, a seguito della riforma del 2006. Sulla "gestione amministrativa" della crisi e sul ruolo del tribunale, v. COLESANTI, *Amministrazione e giurisdizione nella nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, RDPProc, 2001, I, 23 ss. (nonché in S.I.S.C.O., *La riforma*, cit.).

<sup>7</sup> Cfr. NIGRO, *Società e soci*, cit., 481 ss.



rere. Sempre relegati sullo sfondo, invece, risultano i creditori che, anche in questa fase, possono tutt'al più formulare delle osservazioni.

Lo **svolgimento della procedura** è tendenzialmente regolato, laddove il d.lgs. 270/1999 non disponga diversamente, dalla *disciplina della liquidazione coatta amministrativa*, sostituito al commissario liquidatore il "commissario straordinario".

Il **commissario straordinario** (normalmente uno, oppure tre nei casi di eccezionale complessità della procedura) è, come si vedrà meglio più avanti, l'organo "ad opera del quale la procedura si svolge" (art. 37, d.lgs. 270/1999) e che deve essere nominato entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto di apertura dal **Ministro dello Sviluppo Economico**. Questo, a sua volta (fatta eccezione per le competenze esclusive degli organi giudiziari, e cioè il *tribunale* e il *giudice delegato* già operanti nella fase di osservazione) è l'organo che vigila sullo svolgimento dell'intera procedura, disponendo di un largo potere autorizzatorio.

Il Ministro, inoltre, nominerà un **comitato di sorveglianza** (composto da tre o cinque membri, creditori chirografari e, in maggioranza, esperti del ramo di attività dell'impresa o nella materia concorsuale) dotato di una funzione prevalentemente consultiva (rilasciando pareri non vincolanti), ma anche di ispezione (art. 46, d.lgs. 270/1999) e di controllo sugli atti del commissario (*ex art. 204 l.fall.*).

Gli **effetti** del decreto di apertura dell'a.s., tendenzialmente gli stessi conseguenti all'apertura della l.c.a., si pongono in continuità, ma intensificandoli, con quelli già prodottisi nella prima fase<sup>8</sup>.

(i) Così, quanto al **debitore**, se nella fase di osservazione l'affidamento della *gestione dell'impresa* al commissario giudiziale era solo una possibilità, che provocava lo spossamento, con il decreto di apertura dell'a.s. vera e propria il tribunale – sia che confermi sia che adotti *ex novo* i provvedimenti opportuni ai fini della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa – ne affiderà senz'altro la *gestione al commissario giudiziale; e, subito dopo, appena nominato, al commissario straordinario*. Con l'inevitabile **spossamento**, quindi, del debitore. Varrà anche, inoltre, nei termini già ricordati a proposito della l.c.a., la norma dell'art. 200 l.fall. sulla "**cessazione degli organi sociali**".

(ii) Quanto ai **creditori** varranno ancora le norme – già applicabili nella prima fase, e del resto richiamate anche dalla disciplina della l.c.a. – sulla loro regolazione concorsuale nel fallimento (artt. 51 ss. l.fall.), salva però l'assolutezza del divieto (che invece secondo l'art. 51 l.fall. tollera eccezioni) di azioni esecutive individuali, anche speciali. Come nella prima fase, naturalmente, i *crediti sorti per la prosecuzione dell'attività di impresa* dovranno essere pagati in prededuzione, anche nel caso di un eventuale sbocco fallimentare per effetto dell'insuccesso della procedura.

(iii) Circa invece i **contratti pendenti** (che nella prima fase avranno continuato a trovare normale esecuzione), la regola di fondo è quella della loro automatica **prosecuzione** (diversamente dalla tendenziale sospensione automatica che opera nel fallimento, posto che nell'a.s. si ha la prosecuzione dell'impresa), *sino a quando eventualmente* (e in ogni caso solo espressamente) il commissario straordinario non deci-

---

<sup>8</sup> V. gli Autori cit. alla nt. 5.

da, a sua discrezione, di *sciogliersene*<sup>9</sup>. Dopo che però sia stato autorizzato il programma secondo cui dovrà trovare attuazione la procedura, la controparte contrattuale avrà comunque il potere di provocare il commissario ad una decisione, da prendersi allora entro trenta giorni. Inoltre, tanto in caso di scioglimento che di subentro da parte del commissario, i diritti del terzo contraente saranno (a parte le eccezioni previste dall'art. 51) quelli previsti in ambito fallimentare (artt. 72 ss.).

Tale disciplina *non si applica* peraltro ai contratti, invero di primaria rilevanza, di *lavoro subordinato*, e a quelli di *locazione di immobili*, per i quali il commissario straordinario, se nella posizione di locatore, subentra salvo patto contrario.

(iv) Particolare è invece la disciplina degli effetti del decreto di apertura sugli **atti pregiudizievoli ai creditori** compiuti prima della dichiarazione di insolvenza. Le "azioni per la inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli" (così si esprime l'art. 49, d.lgs. 270/1999, ricomprendendo quindi tutte le azioni previste dagli artt. 64 ss. l.fall.), potranno essere intraprese dal commissario straordinario, sempre con termini che decorreranno a ritroso dalla sentenza dichiarativa dell'insolvenza<sup>10</sup>, *solamente se la procedura abbia preso la "via" segnata dal programma di cessione* dei complessi aziendali (*infra*, 4)<sup>11</sup>.

E ciò perché il programma ad esso alternativo, quello di "*ristrutturazione*", pur riguardando un'impresa insolvente, è volto appunto al suo risanamento finanziario, e dunque a far sì che "l'imprenditore recuperi la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni entro la scadenza del programma" (art. 70), pena altrimenti la conversione della procedura in fallimento; con la possibilità allora, *ma solo a questo punto*, di intentare le azioni revocatorie con effetto a ritroso dalla dichiarazione di insolvenza. Per converso, laddove, come pur possibile, un programma di cessione fosse stato, in corso di procedura, sostituito con un programma di ristrutturazione, le azioni revocatorie già intentate dal commissario verranno *sospese* sin quando sarà in corso di esecuzione il programma sostitutivo (art. 60, co. 4).

#### 4. La definizione e l'esecuzione del programma

Già in sede di ammissione alla procedura, come visto, il tribunale è chiamato alla verifica, sulla base di una analitica relazione del commissario giudiziale e del parere del Ministro, della concreta possibilità di realizzare il *recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali* dell'impresa mediante un percorso che può essere, alternativamente, di *cessione* o di *ristrutturazione*.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 23-2-2012, n. 2762.

<sup>10</sup> V., Cass. 9-4-2008, n. 9177 (nonché, in senso apparentemente divergente, ma in realtà con riferimento al termine a decorrere dal quale computare la prescrizione, individuato nel decreto di apertura, Cass. 24-7-2007, n. 16384).

<sup>11</sup> V. Cass. 10-1-2007, n. 267; Cass. 10-3-2006, n. 5301; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4214; in dottrina, oltre alla bibliografia già citata in principio di paragrafo, v. anche TARZIA, *Sulla revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria*, RDPProc, 2000, 948 ss.; PENTA, *L'azione revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese alla luce della recente sentenza n. 172 del 21-4-2006 della Corte Costituzionale*, DFall, 2006, II, 834 ss.; DE CESARI, *Amministrazione straordinaria, Aiuti di Stato - Revocatoria: La Cassazione torna a distinguere tra fase conservativa e liquidatoria*, Fall, 2006, 1168 ss.

Se la verifica sia stata positiva, ed avviata quindi la procedura di a.s., spetterà al *commissario straordinario*, nei sessanta giorni successivi, la decisione sul percorso da intraprendere. Egli dovrà così predisporre (considerate le linee programmatiche sottese alla relazione del commissario giudiziale e alla sua condivisione da parte del tribunale, ma da esse comunque non vincolato) il vero e proprio “**programma**” che, secondo quanto appunto indicato dall’art. 27, potrà essere:

– **di cessione** dei complessi aziendali a terzi, sulla base di un programma di prosecuzione dell’esercizio dell’impresa di durata *non superiore ad un anno*;

– **di ristrutturazione** economica e finanziaria dell’impresa (che dunque resterà nella titolarità della società debitrice), sulla base di un programma di risanamento, industriale e/o finanziario, di durata *non superiore a due anni*.

In entrambi i casi il programma prevederà una prosecuzione dell’attività d’impresa, eventualmente parziale e limitata, “tagliando” gli eventuali rami improduttivi. A questo fine esso *dovrà indicare le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere* (cioè da abbandonare puramente e semplicemente), nonché il piano per la eventuale *liquidazione dei beni non funzionali* all’esercizio dell’impresa; e poi farsi carico di prospettare le *condizioni economico-finanziarie della sua fattibilità*, indicando le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell’esercizio dell’impresa e i modi della copertura del fabbisogno finanziario, con specificazione dei finanziamenti o delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l’utilizzazione<sup>12</sup>. Inoltre:

– *se sia stato adottato l’indirizzo della cessione* dei complessi aziendali, il programma dovrà altresì indicare come, e con quale prospettive, essa possa realizzarsi: specificando le *modalità della cessione*, le eventuali *offerte* pervenute o acquisite, e le stime sulla *soddisfazione dei creditori* che potrà derivarne;

– *se invece sia stato adottato l’indirizzo della ristrutturazione*, il programma dovrà indicare le eventuali previsioni di *ricapitalizzazione dell’impresa* e di *mutamento degli assetti imprenditoriali* (naturalmente da attuarsi nel rispetto delle norme organizzative della società, e quindi con la cooperazione degli organi sociali) nonché i tempi e le modalità di *soddisfazione dei creditori*, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato (56, co. 2 e 3, d.lgs. 270/1999).

La predisposizione del programma, evidentemente complesso ed articolato quale che sia l’indirizzo adottato, pur spettando al commissario straordinario, vede comunque la discrezionalità di quest’ultimo condizionata da diversi **criteri** di cui, per legge, occorrerà tenere conto. Secondo l’art. 55, d.lgs. 270/1999, infatti, la predisposizione del programma avviene *sotto la vigilanza del Ministero dello Sviluppo economico* ed in conformità ai suoi indirizzi di politica industriale, “*in modo da salvaguardare l’unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori*”.

---

<sup>12</sup> Cfr. A. ROSSI, *Il programma nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, *GComm*, 2001, I, 356 ss.

Il forte condizionamento derivante dell'autorità amministrativa risulta dalla necessità che il programma, per poter essere eseguito, riceva l'**approvazione** del Ministero, che potrà anche, al riguardo, richiedere chiarimenti, integrazioni o modifiche del piano stesso (pena la revoca dell'incarico del commissario).

Neppure è escluso, peraltro, che durante l'esecuzione del programma, il commissario straordinario richieda al Ministero la **modifica del programma** autorizzato o la sua **sostituzione** con un programma che adotti l'indirizzo alternativo a quello già adottato fra quelli previsti nell'art. 27, co. 2. L'eventuale autorizzazione del Ministero, in ogni caso, non potrà avere l'effetto di allungare i termini di scadenza del nuovo programma, che si computeranno sempre dalla data dell'autorizzazione iniziale.

L'**esecuzione del programma** è affidata al commissario straordinario (art. 61, d.lgs. 270/1999), che ha il dovere-potere di "compiere tutte le attività" a ciò funzionali, salva però, in alcuni casi (art. 42), la necessità dell'autorizzazione del Ministero (talora previo parere non vincolante del comitato di sorveglianza).

L'**autorizzazione del Ministro** occorrerà in svariati casi, riguardanti soprattutto la liquidazione dei beni dell'impresa (mentre maggiore sarà autonomia per quanto riguarda le scelte di ristrutturazione) e segnatamente per:

- gli atti di *alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende*.
- gli atti di *alienazione e di locazione di beni immobili* e di costituzione di diritti reali sui medesimi.
- gli atti di *alienazione di beni mobili in blocco*, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a lire quattrocento milioni (€ 206.582,76).

Contro gli atti e i provvedimenti relativi alla liquidazione, in quanto risultino *lesivi di diritti soggettivi*, l'art. 65 prevede poi la possibilità di **ricorso al tribunale**, in confronto del commissario straordinario e degli altri eventuali interessati. La competenza del tribunale investe così anche provvedimenti dell'autorità amministrativa, ma solo in quanto lesivi di diritti soggettivi (e così, ad esempio, l'autorizzazione ad una vendita). Il che significa che se fosse coinvolta solamente una posizione definibile come di *interesse legittimo*, varrebbe pur sempre la competenza del **giudice amministrativo**. Così come è sempre a quest'ultima che occorrerebbe far riferimento per l'impugnazione di qualsiasi altro provvedimento amministrativo funzionale alla procedura diverso da quelli relativi alla liquidazione; ad esempio, la "autorizzazione" del programma di cui all'art. 57.

Man mano che proceda all'esecuzione del programma, il commissario straordinario presenterà ogni tre mesi al Ministro una **relazione periodica** sull'andamento dell'esercizio dell'impresa e sulla esecuzione del programma, fino a presentare, nei dieci giorni successivi al termine di scadenza del programma, una **relazione finale** sugli esiti dell'esecuzione, specificando se gli obiettivi sono stati conseguiti o meno. Le stesse relazioni dovranno altresì essere comunicate (tendenzialmente via p.e.c.) a tutti i creditori, oltre a poter essere consultate dall'imprenditore e da ogni altro interessato.

##### 5. *L'accertamento del passivo e la ripartizione dell'attivo*

Essendo la procedura di amministrazione straordinaria volta (anche, se non soprattutto) alla soddisfazione dei creditori, sue fasi necessarie sono:

- l'**accertamento del passivo**, che avrà luogo negli stessi modi previsti per la procedura fallimentare (art. 53, d.lgs. 270/1999)<sup>13</sup>;
- la **ripartizione dell'attivo**, che avrà luogo, anche in questo caso secondo le norme previste per il fallimento, mediante *riparti parziali* e una *ripartizione finale*. Sono inoltre ammessi, analogamente a quanto previsto per la l.c.a., anche *acconti parziali* (art. 68, d.lgs. 270/1999), con preferenza peraltro – considerati gli interessi in funzione dei quali si giustifica la specialità della procedura – per i crediti dei lavoratori subordinati e delle controparti “commerciali”, *indipendentemente dal tipo di programma adottato* fra quelli alternativamente previsti dall'art. 27, co. 2.

#### 6. La cessazione della procedura

L'amministrazione straordinaria può cessare per tre diverse cause<sup>14</sup>.

(A) Innanzitutto potrà aversi una **conversione in fallimento**<sup>15</sup> quando, già *nel corso nella procedura*, si prenda atto che questa non potrà essere utilmente proseguita perché il programma autorizzato non risulti più realizzabile (né utilmente modificabile); ovvero quando, *alla scadenza del termine previsto per l'esecuzione del programma adottato*, si constati che questo non è stato realizzato. In tal caso, il tribunale, sentito il commissario, il Ministro e gli amministratori della società, emanerà decreto (reclamabile dinanzi alla corte di appello) di conversione in fallimento, secondo un principio di **continuità delle procedure** (soprattutto: prosecuzione dell'accertamento del passivo già iniziato, salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura).

(B) La **chiusura della procedura**, sempre per mezzo di decreto reclamabile emesso dal tribunale, si avrà invece quando (i) *non siano state proposte domande* di ammissione al passivo (ipotesi teorica); (ii) o quando, anche prima del termine di scadenza del programma (al limite, anche di cessione), l'imprenditore insolvente abbia *recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*; (iii) ovvero in caso di *concordato*, di cui si dirà a breve (art. 74, co. 1, d.lgs. 270/1999).

Inoltre (iv) – ma nella sola ipotesi in cui la procedura abbia preso l'indirizzo del *programma di cessione* – anche quando i crediti ammessi siano stati *integralmente soddisfatti* o siano stati in altro modo estinti, o quando sia stato *integralmente ripartito l'attivo* (74, co. 2, d.lgs. 270/1999). In ogni caso, sempre nell'ipotesi del programma di cessione, prima della ripartizione si avrà la *cessazione dell'impresa*. La legge (art. 73, d.lgs. 270/1999) prevede infatti che quando nel termine di scadenza del programma sia avvenuta la integrale cessione dei complessi stessi (salva la possibilità di liquidare nelle forme ordinarie gli eventuali beni residui acquisiti), il tribunale dichiarerà, con decreto reclamabile, la *cessazione*

<sup>13</sup> V. in proposito, oltre alle opere citate in bibliografia: FILIPPI, *L'accertamento dei crediti nella procedura di amministrazione straordinaria con programma di ristrutturazione*, Fall, 2006, 394; COPPOLA, *L'accertamento del passivo ed il procedimento per la rivendica dei diritti reali mobiliari ed immobiliari nella amministrazione straordinaria alla luce della recente riforma fallimentare*, DFall, 2008, I, 428; NUZZO, *L'accertamento dei crediti prededucibili nell'amministrazione straordinaria: l'eterna “temporanea improponibilità” dell'azione di accertamento individuale*, DFall, 2005, II, 637 ss.

<sup>14</sup> V. SANDULLI, *La cessazione dell'amministrazione straordinaria*, GComm, 2001, I, 46 ss.

<sup>15</sup> In materia, v. la monografia di MARTINO, *La conversione della amministrazione straordinaria in fallimento*, Milano, 2004.

dell'esercizio dell'impresa, e da quel momento la procedura sarà considerata come "liquidatoria". In altri termini, l'a.s., pur senza essere convertita in fallimento, non avrà più ad oggetto la gestione dell'impresa insolvente, ma solo lo scopo di ripartire l'attivo liquidato.

Nell'ultima ipotesi di chiusura menzionata – e cioè nel caso in cui la procedura con programma di cessione si chiuda *per integrale ripartizione dell'attivo*, ma senza l'avvenuta soddisfazione integrale dei creditori – potrà poi esservi, come nel fallimento, la possibilità di una **riapertura della procedura**. Ciò, in particolare, quando nel termine di *cinque anni* dal decreto di chiusura, risulti che nel patrimonio dell'imprenditore esistano *attività* in misura tale da rendere *utile* la riapertura, ovvero quando l'imprenditore offre garanzia di pagare almeno il *dieci per cento* ai creditori vecchi e nuovi. In tal caso, e se vi sia istanza dell'imprenditore o di qualunque creditore, il tribunale potrà ordinare, con sentenza, la riapertura della procedura di a.s., *convertendola* però subito *in fallimento*, stante la finalità puramente liquidatoria della riapertura. In sostanza, la sentenza avrà il contenuto e produrrà gli effetti di quella di riapertura del fallimento.

(C) Ultima ipotesi di cessazione della procedura, come si diceva, è quella che si realizza per effetto di un **concordato**<sup>16</sup>, tendenzialmente regolato dalle norme sulla l.c.a. (art. 214, che peraltro rinvia, per il contenuto della proposta, a quanto disposto dall'art. 124 per il concordato fallimentare), salvo per il fatto che nell'a.s. la proposta può provenire solo *dall'imprenditore o da un terzo* (non dai creditori) e dopo che sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo<sup>17</sup>. Occorrerà, comunque, la previa **autorizzazione** del Ministro dello Sviluppo, rilasciata solo dopo aver valutato i *pareri* del commissario straordinario e del comitato di sorveglianza e, soprattutto, dopo aver *"tenuto conto della convenienza del concordato e della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura"* (art. 78, d.lgs. 270/1999).

In tutti i casi di chiusura occorrerà che prima il commissario straordinario sottoponga al Ministero il **bilancio finale** della procedura e il **conto della gestione**, accompagnati da una relazione del comitato di sorveglianza. Il Ministero autorizzerà il deposito del bilancio e del conto presso la cancelleria del tribunale, di modo che gli interessati (e in particolare i creditori, avvertiti anche mediante comunicazione telematica) possano proporre le loro eventuali contestazioni con ricorso al tribunale. In mancanza di contestazione, o rigettato il ricorso, il bilancio e il conto della gestione si intenderanno approvati ed il tribunale potrà emettere il **decreto di chiusura**, sempre motivato e comunque reclamabile dinanzi alla Corte di appello (artt. 75-76, d.lgs. 270/1999).

#### IV. *L'amministrazione straordinaria nei gruppi di imprese*

Seppure nel diritto dell'impresa, e nel diritto concorsuale in particolare, parrebbe generale l'esigenza di una considerazione unitaria, almeno a certi fini, dell'attività di impresa svolta attraverso un gruppo di società, e della relativa insolvenza in particola-

<sup>16</sup> V. FIMMANÒ, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, *DFall*, 2010, I, 328 ss.

<sup>17</sup> Neppure opererà la norma prevista dall'art. 135, co. 2, che conserva l'azione per l'intero nei confronti dei coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso (Cass. 27-10-2006, n. 23275; Cass. 27-12-2005, n. 28774).

re, la vigente legislazione concorsuale recepisce una tale esigenza soltanto con riferimento all'a.s. (e salvo qualche spunto in questo senso anche in alcune discipline speciali della l.c.a., come visto nel § 34.I). Rispetto a questa, in effetti, la dimensione delle imprese coinvolte rende più frequente la necessità di confrontarsi con una struttura di gruppo, e più urgente l'esigenza di coordinare la gestione dell'insolvenza delle diverse imprese che lo compongono. Fermo restando, comunque, che la mancata regolazione del fenomeno al di fuori dell'a.s. deve ritenersi una grave lacuna del nostro ordinamento, alla quale talora si è proposto di porre rimedio proprio attraverso il ricorso all'applicazione analogica della disciplina dell'a.s.

Quest'ultima, agli artt. 80 ss., prevede infatti la possibilità di “**estendere**” l'a.s. aperta rispetto ad un'impresa in possesso dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 2 della legge – c.d. “*procedura madre*” – anche **ad altre imprese insolventi** (non necessariamente aventi forma societaria) **appartenenti allo stesso gruppo** (secondo la definizione datane dall'art. 80, d.lgs. 270/1999) **ma prive dei medesimi requisiti dimensionali**<sup>18</sup>.

Unica condizione posta dalla legge è quella della *complementarietà funzionale* di una tale estensione alla procedura madre, il che potrà aversi in due casi:

– quando le altre imprese del gruppo presentino **concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico** delle attività imprenditoriali, e dunque quando la stessa finalità assegnata alla procedura madre possa essere perseguita anche per le altre imprese del gruppo;

– ovvero quando risulti comunque **opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo**, in quanto idonea ad agevolare, in ragione dei collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura madre.

Quando accerti la sussistenza di tali condizioni, il tribunale del luogo dove ha sede la singola impresa del gruppo<sup>19</sup> (anche su ricorso del commissario straordinario della procedura madre) la ammette (c.d. “**estensione**”) alla procedura di a.s.; e ciò eventualmente anche in via di *conversione del fallimento* a cui fosse stata eventualmente già assoggettata l'impresa stessa (artt. 82-84, d.lgs. 270/1999).

In tal modo, all'amministrazione straordinaria dell'impresa del gruppo sono preposti gli **stessi organi** nominati per la procedura madre (salva l'eventuale integrazione

<sup>18</sup> V. in materia, LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981; G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo*, cit.; SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, *DGiur.*, 1999, 115 ss.; BONFATTI, *Il “gruppo” di imprese nell'amministrazione straordinaria e nel fallimento*, *DBancaMercFin*, 1999, 3 ss.; G. MUCCIARELLI, *Impresa e impresa del gruppo nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, *RSoc.*, 2000, 868 ss.; INNOCENTI, *Osservazioni in tema di amministrazione straordinaria di gruppo*, *GMerito*, 2003, I, 687 ss.; PAVONE LA ROSA, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, *GComm.*, 2000, I, 481 ss.; SANASI D'ARPE, *L'amministrazione straordinaria dei grandi gruppi in crisi: lineamenti giuridici*, Napoli, 2005; A. DI MAJO, *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria* (nota a Trib. Roma, 7-6-2007, decr.), *Fall.*, 2008, II, 222; DE SABATO, *Gruppi di imprese: dal fallimento all'amministrazione straordinaria*, *GComm.*, 2009, II, 193 ss.; SCARLINO, *Carenza dei requisiti dimensionali, assenza della “procedura madre” e ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria*, *GComm.*, 2009, II, 1072; ZANICHELLI, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria*, *NDSoc.*, 2012, 7 ss.

<sup>19</sup> Cass. 31-8-2011, n. 17907.

del comitato di sorveglianza, per assicurarne la rappresentatività dei creditori), fermo restando, naturalmente, la *distinzione delle rispettive masse attive e passive*.

Vi sarà naturalmente anche un **programma** specifico per le procedure “satelliti” (cioè quelle riguardanti le imprese insolventi del gruppo sottoposte in estensione ad a.s.), con un contenuto che tuttavia varierà a seconda della condizione in base alla quale l'impresa sia stata ammessa alla procedura. Difatti, se sia stata ammessa in considerazione delle concrete prospettive di recupero del suo equilibrio economico, il programma seguirà uno dei due “normali” indirizzi (*alternativi*) previsti dall'art. 27. Se invece sia stata ammessa soltanto in considerazione della opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, vi sarà un mero programma *integrativo* di quello approvato per la procedura madre o predisposto per altra impresa del gruppo ammessa alla procedura.

Le specificità derivanti dall'appartenenza dell'impresa ad un gruppo si concretizzano poi in particolari **poteri degli organi concorsuali** che consentano loro, nell'interesse delle finalità della procedura e dei creditori in particolar modo, di superare i limiti che sarebbero altrimenti loro frapposti dalla scomposizione dell'unitaria attività di impresa in una pluralità di centri di imputazione.

(i) Innanzitutto, il commissario giudiziale, il commissario straordinario e il curatore dell'impresa dichiarata insolvente (sia poi essa ammessa all'a.s. o sia dichiarata fallita) potranno proporre la **denuncia al tribunale** per gravi irregolarità gestionali *ex art. 2409 c.c.* anche contro gli amministratori e i sindaci *delle altre società del gruppo* (non sottoposte alla procedura di a.s., perché non insolventi), potendo eventualmente anche esserne nominati amministratori giudiziari.

(ii) In secondo luogo (con disposizione che precedette, ma che ora deve necessariamente integrarsi con quella prevista dal vigente art. 2497 c.c., tanto da ritenersi applicabile anche nelle altre procedure concorsuali) il commissario giudiziale viene legittimato a far valere anche l'eventuale **responsabilità degli amministratori delle altre società del gruppo, se abbiano abusato del loro potere di direzione**<sup>20</sup>. Secondo l'art. 90, d.lgs. 270/1999, infatti, “*nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite*”.

(iii) Infine, sono previsti (art. 91, d.lgs. 270/1999) *termini più lunghi* del normale, per l'esercizio di eventuali **azioni revocatorie infragruppo**, pur nel rispetto delle condizioni previste in via generale dall'art. 49, co. 1, d.lgs. 270/1999 (*supra*, II.3, *sub (iv)*). Nei confronti delle imprese del gruppo, infatti, il commissario straordinario ed il curatore dell'impresa dichiarata insolvente potranno proporre l'azione revocatoria *ex art. 67 l.fall.* e i termini a ritroso per l'individuazione degli atti soggetti a revocatoria saranno i seguenti: *cinque anni* (anziché uno) dalla dichiarazione di insolvenza, per gli atti previsti dai n. 1, 2 e 3 dell'art. 67; *tre anni* (anziché sei mesi) per gli atti indicati nel n. 4 e nel co. 2 del medesimo articolo<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Oltre agli autori citati alla nt. prec., v., specificamente, BONFATTI, *La disciplina della responsabilità “nei casi di direzione unitaria” nella nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese commerciali insolventi*, DFall, 2001, I, 163 ss.

<sup>21</sup> Questione diversa, ma connessa, è quella – ai fini dell'esperibilità di un'azione revocatoria – se la



### V. L'amministrazione straordinaria "speciale"

**LETTERATURA:** BELTRAMI, *Conversione del fallimento nella procedura di amministrazione straordinaria "speciale" (decreto Marzano)*, *GComm*, 2008, II, 1067 ss.; BELTRAMI, "Decreto Alitalia": un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria, *GComm*, 2009, I, 599 ss.; CASTIELLO D'ANTONIO, voce *Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi (misure urgenti)*, *EncGiur*, vol. XVII, Roma, 2008; FIMMANÒ, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, *DFall*, 2010, I, 328 ss.; LEOZAPPA, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la l. 166/2008 (variante Alitalia)*, *GComm*, 2009, I, 615 ss.; LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria (decreto legge 28 agosto 2008, n. 134)*, *Fall*, 2008, 1115 ss.; MONTANARI, *L'amministrazione straordinaria delle "grandissime" imprese in stato di insolvenza (c.d. legge Marzano): profili problematici del procedimento d'apertura e dei relativi effetti*, *DFall*, 2005, I, 290 ss.; P. PELLEGRINO, *La conversione del fallimento nella procedura di amministrazione straordinaria del "grandissimo" gruppo di imprese*, *DFall*, 2008, II, 356 ss.; R. ROSSI, *Amministrazione straordinaria tra Prodi-bis, decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, *DFall*, 2004, I, 634 ss.; STANGHELLINI-FABIANI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, *CorrGiur*, 2008, 1337 ss.; TEDESCHI, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, *DFall*, 2005, I, 744 ss.; VINCRE, *Profili processuali dell'apertura della amministrazione straordinaria speciale e della sua conversione in fallimento (d.l. 347/2003 e successive modificazioni)*, Milano, 2005; ZANICHELLI, *Il trattamento dei creditori nel concordato delle grandi imprese in stato di insolvenza*, *RDPProc*, 2005, 73 ss.

S'è già accennato (*supra*, I) all'esistenza e alle ragioni del c.d. *decreto Parmalat* ("Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza", d.l. 347/2003, come ripetutamente modificato: v. *supra*, 35.I) sull'**amministrazione straordinaria delle "grandissime" imprese in crisi**. Al di là delle possibili critiche sulla coerenza sistemica, sulla tecnica normativa e sulla stessa opportunità giuspolitica di una siffatta legislazione d'emergenza, ciò che, da un punto di vista applicativo, merita di essere evidenziato per un suo inquadramento generale, è quanto segue.

La procedura è tendenzialmente concepita come una **variante della amministrazione straordinaria** di cui al d.lgs. 270/1999, le cui norme sono infatti residualmente dichiarate applicabili dall'art. 8, d.l. 347/2003 anche alla procedura in discorso, che può pertanto definirsi come *amministrazione straordinaria "speciale"*.

Tale procedura è però riservata – seppure in via *non esclusiva, bensì alternativa* a quella dell'a.s. "comune" – ad *imprese soggette alle disposizioni sul fallimento* che si trovino in stato di *insolvenza*, ma che abbiano *requisiti dimensionali ancora maggiori* di quelli previsti per l'a.s. comune.

A questo riguardo deve evidenziarsi, innanzitutto, che ai fini dell'applicazione dell'a.s. speciale *il concetto di "impresa" comprende anche, unitariamente, quello di gruppo di imprese* (allora individualmente di dimensioni anche minori di quelle previste dall'a.s. speciale) costituito da almeno un anno. In particolare, dovranno essere posseduti entrambi i seguenti **requisiti dimensionali**:

- **lavoratori subordinati**, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiori a **cinquecento** da almeno un anno;
- **debiti**, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a **trecento milioni** di euro.

---

*scientia decocionis* dell'insolvenza dell'intero gruppo da parte del terzo, possa presuntivamente ritenersi estesa anche all'insolvenza della singola società (la cui appartenenza al gruppo fosse nota all'*accipiens*) che ha compiuto l'atto revocando (Cass. 2-5-2006, n. 11015).

La “ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria” dipenderà dall'**iniziativa dell'impresa stessa** (verosimilmente, anche se la legge non lo chiarisce, promanante dall'organo gestorio e non da quello assembleare). In mancanza di una tale richiesta spontanea, pertanto, sarebbe ben possibile l'ammissione, anche d'ufficio, all'a.s. comune. Se dunque, come dice l'art. 1, d.l. 347/2003, l'impresa “*intenderà*” avvalersi della suddetta procedura, sulla base di un *programma* che adotti uno dei due indirizzi previsti per l'a.s. comune (cessione o ristrutturazione), presenterà apposita *istanza al Ministro dello Sviluppo* e, contestualmente, *ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale*. Ove il Ministro riscontri i requisiti di legge, disporrà l'**ammissione immediata alla procedura**, contestualmente nominando il commissario straordinario.

È proprio quello della apertura immediata per iniziativa governativa, uno degli scopi – altrimenti interdetto nell'a.s. comune – che si perseguirono con l'introduzione della procedura in discorso. Dietro il pretesto, indicato nella relazione alla legge, di garantire un immediato avvio della procedura, se ne realizza in realtà la completa “de-giurisdizionalizzazione”, rimettendo ogni potere decisionale al potere politico. Si noti inoltre che lo stesso avvio della procedura speciale viene a dipendere, all'origine, dalla volontà dell'imprenditore, che ha così anche il potere (peraltro costituzionalmente dubbio) di impedire la propria sottoposizione all'a.s. speciale, e così anche di decidere della produzione o meno di alcuni effetti legali rilevanti per i terzi. Si pensi così all'esperibilità della azione revocatoria fallimentare (v. *infra*) anche nel caso (escluso invece nell'a.s. comune) in cui venga prescelto l'indirizzo della ristrutturazione, così potendo favorire non soltanto i creditori (come vuole la legge) ma, al limite, anche se stesso (almeno se resti nella titolarità dell'impresa ristrutturata)<sup>22</sup>.

Il decreto di ammissione provocherà l'immediato **spossessamento** del debitore e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa, dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente, e della legittimazione processuale per i rapporti di diritto patrimoniale.

Il medesimo decreto, comunicato al **tribunale**, investirà quest'ultimo, entro i quindici giorni successivi, del compito di verificare il possesso, da parte dell'impresa, dei requisiti soggettivi per l'ammissibilità alla procedura, e soprattutto di accertare il suo effettivo stato di *insolvenza* (peraltro già “confessato” dall'imprenditore stesso nel chiedere l'ammissione alla procedura). Lo stato di insolvenza verrà così dichiarato con sentenza che produrrà i medesimi effetti previsti dalla d.lgs. 270/1999; salvo però che l'esercizio delle **azioni revocatorie** sarà possibile *anche se si sia adottato l'indirizzo di ristrutturazione* (sempre che ciò si traduca, come dice un po' ambiguamente l'art. 6<sup>23</sup>, in un “vantaggio per i creditori”).

In caso negativo, invece, cesseranno gli effetti del decreto (salvi quelli già prodotti) e

<sup>22</sup> Ma, sulla neutralizzazione di un tale rischio, v. nt. successiva.

<sup>23</sup> Una “disambiguazione” in tal senso è stata peraltro fornita dalla Corte Costituzionale (sent. 21-4-2006, n. 172), chiamata a pronunciarsi appunto sulla legittimità costituzionale del suddetto art. 6, ed infine riconoscendola solo in parte, valorizzando l'inciso normativo, ritenuto allora non “pleonastico”, secondo cui l'azione revocatoria deve tradursi in un vantaggio per i creditori e non per l'imprenditore. In questa prospettiva, la Corte è pervenuta ad affermare “*che quelle azioni sono ammissibili solo quando la procedura si sia evoluta in senso liquidatorio, e cioè o verso la cessione (...) o verso il concordato con assunzione ovvero, ancora, verso il fallimento*” (e non invece, quindi, quando l'impresa ristrutturata sia destinata a rimanere in capo all'originario titolare a seguito di ristrutturazione o di concordato senza assunzione). Per un commento, v. PENTA, *L'azione revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese alla luce della recente sentenza n. 172 del 21-4-2006 della Corte Costituzionale*, DFall, 2006, II, 834 ss.

verrà disposta la conversione della procedura in a.s. comune (se accertata l'insolvenza ma al tempo stesso la mancanza dei requisiti dimensionali per l'ammissione alla a.s. speciale), ovvero in fallimento (se non sussistano neppure i requisiti previsti per l'a.s. comune).

Dopo l'ammissione e la nomina del commissario straordinario, questi, nel termine di 180 giorni, dovrà presentare al Ministro un **programma di recupero economico** dell'impresa (analogo a quello previsto per l'a.s. comune), affinché il Ministro stesso lo autorizzi, così consentendo lo sviluppo della procedura (che altrimenti dovrà essere convertita in fallimento dal tribunale). Il commissario dovrà inoltre presentare al giudice delegato una *relazione sulle cause di insolvenza* con uno stato analitico ed estimativo delle attività e un elenco dei creditori, affinché ne venga data pubblicità (tendenzialmente su quotidiani). All'accertamento del passivo e alle successive fasi della procedura si procederà poi, in linea di massima, secondo la disciplina dell'a.s. comune.

Il Commissario potrà inoltre richiedere al Ministro l'ammissione alla procedura anche di **altre imprese del gruppo**, ivi comprese quelle dipendenti economicamente in virtù di un rapporto pressoché esclusivo di fornitura.

V'è infine la possibilità che, qualora sia stato adottato un *programma di ristrutturazione*, questo preveda la soddisfazione dei creditori attraverso un **concordato**, il cui procedimento e la cui struttura ripetono, in buona parte, quelle del concordato preventivo (della cui riforma nel 2005, anzi, il concordato previsto per l'a.s. speciale costituì l'antecedente più immediato).

In considerazione dell'ipotesi di una sottoposizione alla procedura di più imprese appartenenti al medesimo gruppo, sarà possibile anche un **concordato di gruppo** (che anzi venne introdotto proprio per legittimare *ex post* la soluzione che venne ideata e perseguita nell'ambito della procedura Parmalat). Sarà allora possibile una proposta unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di a.s. speciale, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive. Conseguentemente, in ragione di tale autonomia, potranno prevedersi *trattamenti differenziati pur all'interno della stessa classe di creditori*, in ragione delle diverse condizioni patrimoniali di ogni singola società alla quale la proposta di concordato si riferisce.

## § 36. IL DIRITTO FALLIMENTARE NELLA DIMENSIONE INTERNAZIONALE. L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA (CENNI)

**LETTERATURA:** BENEDETTELLI, “*Centro degli interessi principali*” del debitore e *forum shopping* nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, *RDIntPrivProc*, 2004, 499 ss.; BUTA, *Insolvenza transfrontaliera e localizzazione del “centro degli interessi principali”*, *BBTC*, 2008, II, 721 ss.; GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, *BBTC*, I, 2006, 546 ss.; PROTO, *Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, *DFall*, 2000, 709 ss.; PROTO, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, *DFall*, 2003, I, 561 ss.; SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale*, *RTDP*, 2009, 413 ss.; VATTERMOLI, *Par condicio omnium creditorum*, *RTrim*, 2013, 155 ss.

Il diritto fallimentare, nella sua finalità di realizzare un'esecuzione collettiva volta ad attuare la responsabilità del debitore<sup>1</sup>, rivela un'indubbia *vocazione universalistica*, sia *oggettivamente* (su tutto il patrimonio del debitore) che *soggettivamente* (a favore di tutti i creditori). Nondimeno, richiedendo ogni attività esecutiva l'uso di un legittimo potere, che agli organi della procedura deriva dalla legge statale, deve anche prendersi atto di come la “naturale” vocazione universalistica del diritto fallimentare nazionale incontri necessariamente il *limite della “territorialità”*: vale a dire un campo di applicazione il cui perimetro geografico, almeno in principio, non può superare quello della sovranità dello Stato da cui promana la legge da applicarsi.

Si crea allora una indubbia tensione fra la territorialità delle procedure concorsuali nazionali (come quelle sinora esaminate in questa Sezione del Manuale) e la dimensione internazionale delle imprese più rilevanti; fra il formale radicamento dell'impresa in uno Stato, e l'allocatione spesso remota dei capitali che mobilita; insomma fra la sovranità dello Stato sull'imprenditore che ivi stabilisca la sua sede principale, e il dislocamento planetario dei suoi beni, non meno – peraltro – degli stessi creditori che da quei beni traggono la garanzia del buon fine delle loro pretese. Ne scaturisce un rapporto che, all'apparenza, è di “incommensurabilità”: fra la misura, la “facile” (per individuazione ed interpretazione) regola nazionale; e il misurato<sup>2</sup>, attività e capitali che sfuggono alla sua confinata sfera di applicazione. Di fronte a questo scarto dimensionale fra regola e regolato, soprattutto quando ad essere regolati siano fenomeni connessi ad un'attività produttiva, gli ordinamenti statali tentano di rimediare alla confinatezza dei rispettivi spazi d'applicazione cercando la *cooperazione*: congiungendo o coordinando, dunque, le rispettive porzioni di sovranità sui fenomeni da regolare.

A livello internazionale, si registra innanzitutto un fenomeno che si potrebbe definire di “*convergenza raccomandata*”. Si cerca così (su impulso soprattutto dei Paesi economicamente più avanzati, nel tentativo di favorire l'operatività delle proprie “multinazionali”), attraverso le maggiori organizzazioni internazionali, di “raccomandare” la diffusione e

---

<sup>1</sup> Tale è ovviamente anche quella delle società cosiddette a garanzia limitata (società di capitali e cooperative), dal momento che una tale limitazione si riferisce alla responsabilità dei soci, fermo restando che le società rispondono illimitatamente con tutto il loro patrimonio.

<sup>2</sup> N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, *RDCiv*, 2002, I, 625 ss., 635.

l'affermazione di modelli di regolazione concorsuale dell'insolvenza il più possibile uniformi fra loro (ma in realtà, spesso, uniformi al modello che già vige in quegli stessi Paesi che spingono ad una tale armonizzazione). Ecco allora entrare in scena quelle organizzazioni internazionali (soprattutto Banca Mondiale e Fondo Monetario Internazionale; e affianco l'Uncitral) che, per promuovere lo sviluppo economico dei Paesi che più ne necessitano, ne raccomandano anzitutto l'ammodernamento istituzionale, nella direzione (fra l'altro) di un "moderno ed efficiente sistema concorsuale". Le raccomandazioni sviluppate in questa direzione non traggono vigore solamente dalla loro razionalità e intrinseca funzionalità all'auspicato sviluppo, ma anche dal fatto che l'ammodernamento istituzionale da esse caldeggiato viene posto quale condizione perché vengano erogati quei finanziamenti necessari, in concreto, ad alimentare lo sviluppo economico.

Ecco così che all'indomani della crisi economica degli ultimi anni '90 del secolo scorso, il **Fondo Monetario Internazionale**, con i suoi "Orderly & Effective Insolvency Procedures - Key Issues" del 1999, getta le basi per consentire l'individuazione dei "problemi chiave" che ogni legislatore nazionale dovrebbe affrontare per forgiare un moderno sistema concorsuale.

Poco dopo, nel 2001, è la **Banca Mondiale** che con i suoi "Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems" afferma, sulla stessa linea d'onda, di voler elargire una sorta di "distillato delle best practices internazionali nella configurazione dei sistemi concorsuali" a tutti i legislatori del Mondo, affinché questi possano godere di un comodo set di "benchmark" per valutare l'effettività dei propri sistemi nazionali di tutela dei creditori, all'interno ma anche prima e al di fuori di una procedura di insolvenza.

Ancora – ben più nel dettaglio quanto ai profili del diritto concorsuale – interviene nel 2004 l'Uncitral con la sua "Legislative Guide on Insolvency Law" (fatta propria, anche nel raccomandarne l'osservanza, dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite). Anch'essa si offre quale punto di riferimento per le diverse autorità nazionali che si apprestino a redigere o a rivedere la propria legislazione concorsuale.

In ultimo, i *Principles* della Banca Mondiale e la *Guide* dell'Uncitral – sempre nel 2005 e nell'ambito di un'iniziativa congiunta della *Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale* – danno luogo ad un nuovo documento (**Creditor Rights and Insolvency Standard**) che, pur senza assorbire gli altri due, tenta di sintetizzarne le diverse prospettive: quella dei *Principles*, più ampia ma meno profonda, diretta a promuovere l'edificazione di un contesto istituzionale capace di accogliere e garantire l'effettività ad un moderno sistema concorsuale; e quella della *Guide*, più concentrata sui "problemi chiave" del diritto fallimentare e sulle varie opzioni con cui i legislatori nazionali dovranno confrontarsi nel modellare il proprio ordinamento concorsuale.

Condivisi, ed espressamente enunciati, da ciascuna delle diverse iniziative appena riferite, emergono comunque alcuni scopi fondamentali: quello della massimizzazione del valore dell'impresa, tendenzialmente da riorganizzare anziché da liquidare; quello di garantire comunque – al di là dei *nomina* – la coesistenza di soluzioni liquidatorie e "riabilitative", con un equilibrato bilanciamento delle possibilità di ricorrere all'una all'altra, o di convertire l'una nell'altra; quello di un trattamento paritario dei creditori, pur nel rispetto del diverso ordine di priorità, garantendo comunque adeguata protezione anche ai creditori stranieri (allo scopo raccomandandosi sempre, ed espressamente, l'osservanza della Legge modello sull'insolvenza transfrontaliera elaborata dall'Uncitral, di cui si dirà fra breve).

Ma oltre l'opportunità di "raccomandare" razionali modelli di regolazione della crisi di impresa all'interno dei confini nazionali, resta comunque la necessità di confrontarsi con un patrimonio, e con creditori, sparsi in territori sottratti alla sovranità nazionale. La via non può essere allora che quella di cercare la **collaborazione internazionale** fra chi, oltre-

frontiera, abbia la potestà di portare ad effetto l'esecuzione collettiva intrapresa entro i confini nazionali, così "colmando il divario fra spazio globale e territorialità delle norme"<sup>3</sup>.

Concettualmente, e tradizionalmente, si danno due possibili approcci per realizzare il fine: quello dell'**universalità** o **unicità** della procedura (altrimenti detta *full universal insolvency*); e quello della **territorialità** o **pluralità** delle procedure (altrimenti detta *territorial insolvency*). Per il primo, unica sarà la procedura attraverso cui soddisfare tutti i creditori; con la necessità allora di estendere l'efficacia del provvedimento che la apre anche all'estero, per azionare un procedimento liquidatorio sui beni lì situati, ed apprenderne finalmente il ricavato. L'altro approccio, della territorialità delle procedure, postula invece l'assolutezza della sovranità territoriale dei singoli Stati sui rapporti giuridici in ciascuno di essi localizzati: se il provvedimento di apertura della procedura non può allora estendersi oltre confine, occorrerà aprire tante procedure quanti sono gli Stati coinvolti.

Nei tempi più recenti, peraltro, si attesta un approccio che sincretizza i due precedenti, e che può dirsi della "**universalità limitata**" o "**attenuata**" (altrove detta *modified universal insolvency*). È questo il caso della "**legge modello**" **Uncitral** del 1997, elaborata per agevolare nella gestione delle insolvenze transfrontaliere gli Stati che (con una consentita flessibilità) intendano adottarla<sup>4</sup>. La legge modello – scartato ogni proposito di uniformare i diritti "materiali" degli ordinamenti nazionali – tenta, su un piano concettualmente riconducibile al diritto internazionale privato, di propiziare la cooperazione giudiziaria. L'idea centrale è innanzitutto quella di consentire al curatore di una procedura concorsuale aperta in uno Stato di accedere alle corti di altro Stato, ottenendo il riconoscimento del provvedimento di apertura della procedura. Con la legittimazione, allora, a promuovere, alle condizioni previste nello Stato straniero (presumendosi peraltro la sussistenza dell'insolvenza già altrove accertata), una nuova procedura; oppure a parteciparvi, se già in corso; o ancora, quantomeno, ad intervenire nelle azioni esecutive individuali che riguardino i beni del debitore.

È però nell'ambito dell'Unione europea – che pur non costituendo un vero e proprio mercato globale, rappresenta comunque un significativo laboratorio del superamento della articolazione dei territori statali in un'ampia regione – che l'approccio dell'universalità limitata si è affermato con maggior raffinatezza<sup>5</sup>, con il **regolamento comunitario sull'insolvenza transfrontaliera** (Reg. 1346/2000, in vigore dal maggio 2002).

Questo – rinunciando ad ogni velleità di armonizzazione del diritto "materiale" – progetta dunque un sistema ispirato alla concezione della c.d. universalità attenuata, costruito con "regole di conflitto" uniformi, prevalenti pertanto anche su quelle statali di diritto internazionale privato. Ciò allo scopo di "*dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica*" (Considerando n. 4), c.d. *forum shopping*.

<sup>3</sup> N. IRTI, *op. cit.*, 634; non ritiene soddisfacente, o comunque sufficientemente esauriente, questa impostazione, G. IUDICA, *op. cit.*, *passim*.

<sup>4</sup> Fra questi: Regno Unito, USA, Giappone, Polonia, Romania, Montenegro, Serbia, Messico, Sud Africa, Isole Vergini Britanniche, Colombia ed Eritrea. Quello dell'Uncitral, quindi, più che una "legge modello" è un modello di legge offerto alla valutazione e adozione da parte dei singoli Stati nel pieno esercizio della loro sovranità.

<sup>5</sup> Vale la pena ricordare, peraltro, che qualcosa di simile ad un autentico "modello concorsuale *full universal insolvency*" si è concretamente realizzato, invece, nel comparto bancario (con la direttiva 2001/24; e per l'Italia, d.lgs. 197/2004 e artt. 95-*bis* ss. TUB) ove – per ragioni ed interessi tutti particolari di quello specifico settore – è riuscita praticamente inevitabile l'intesa degli Stati nel focalizzare in un'unica procedura, sotto un'unica Autorità, l'intera esecuzione concorsuale.

Si tratta essenzialmente di un sistema che contempla la possibilità di aprire più procedure concorsuali nei confronti del medesimo soggetto in diversi Stati membri, ma anche quella di aprirne una sola con efficacia “universale”. Da un lato, infatti, si postula – secondo un principio di tendenziale universalità – una *procedura principale* aperta nel luogo in cui il debitore ha il centro principale dei suoi interessi. Essa troverà automatico riconoscimento in tutti gli altri Stati membri; ed in questi – salve talune limitazioni (ad es. in materia di diritti reali, regolati dalla *lex rei sitae*) – potrà dispiegare tutti i suoi effetti, alle condizioni fissate dalla *lex concursus* e salvo il rispetto, da parte del curatore procedente, delle norme straniere che regolano operativamente il processo di esecuzione e l'eventuale uso di poteri coercitivi diretti (ad es., varrà lo spossessamento previsto dalla legge applicabile alla procedura principale, ma, se si vorrà realizzare il valore di un immobile del debitore spossessato, l'esecuzione forzata dovrà svolgersi secondo la legge applicabile dello Stato in cui l'immobile si trova). D'altro lato, in alternativa all'estensione “universale” degli effetti della procedura principale, si prevede che a questa potranno affiancarsi una o più altre procedure, aperte, secondo la legge locale, in ciascuno degli Stati membri dove il debitore abbia una sua “dipendenza” (e cioè dove eserciti in maniera non transitoria un'attività economica). *Procedure*, queste, dette allora “*territoriali*”; e poi anche “*secondarie*”, se aperte dopo quella principale e non autonomamente: e ciò in quanto possa così convenire ai creditori locali, ma anche allo stesso curatore della procedura principale, quando risulti troppo difficoltoso, per gli uni, insinuarsi nella sola procedura principale, ovvero, per l'altro, condurre la curatela anche all'estero sulla sola base della procedura principale.

Tali procedure saranno secondarie innanzitutto perché limitate, negli effetti, ai beni situati nello Stato in cui sono aperte; e poi perché potranno avere soltanto finalità liquidatoria. Esse debbono infatti servire a realizzare, a beneficio dei creditori, la garanzia offerta dai beni compresi nella dipendenza situata in Stato membro diverso da quello dell'apertura della procedura principale, in una modalità più efficiente di quanto consentirebbe la diretta estensione degli effetti di quest'ultima. A meno che, sempre al fine di un più conveniente realizzo, non sia lo stesso curatore della procedura principale a chiedere la conversione della procedura secondaria (tendenzialmente liquidatoria) in una procedura di risanamento (ad esempio, per l'Italia, un concordato preventivo, anche se come si è già visto questo potrebbe avere anche finalità liquidatoria). Un risanamento, altrimenti, è pensabile solo dove il debitore abbia il centro principale dei suoi interessi, nell'ambito quindi della procedura principale: capace allora – mercé la sua tendenziale universalità o “dominanza” sulle eventuali procedure territoriali – di comprendere tutte le attività del debitore e di coordinare l'intervento della generalità dei creditori, ovunque le une e gli altri si localizzino.

La *par condicio creditorum*, in questo contesto, dovrebbe innanzitutto trovare attuazione su scala “universale”: si impone così la regola per cui ciascun creditore potrà insinuare il proprio credito sia nella procedura principale che in quelle secondarie; e se già insinuato in una, potrà insinuarsi anche nelle altre; e tendenzialmente anzi lo sarà, in blocco con gli altri, per iniziativa del curatore della procedura cui già partecipi. Ciò sta a significare che la possibile pluralità di procedure, pur comportando la formazione di distinti stati passivi, non comporta una necessaria compartimentazione dei creditori, potendo ciascuno di essi insinuarsi in tutte le procedure aperte. Né vi sarà una compartimentazione, per così dire “stagna”, dei compendi patrimoniali appresi dalle distinte procedure, onde attenuare possibili distorsioni nella distribuzione del ricavato. Opereranno infatti, per così dire, dei “vasi comunicanti”, grazie ai quali: il creditore che in una procedura abbia recuperato una quota del proprio credito potrà partecipare ai riparti effettuati in altra procedura in cui risulti insinuato, soltanto allorché i creditori di pari rango abbiano qui ottenuto una quota equivalente; e, in ogni caso, semmai la liquidazione dell'attivo della procedura secondaria consen-

tisse di soddisfare tutti i crediti ad essa ammessi, il curatore preposto trasferirà senza ritardo il residuo all'attivo della procedura principale. Del resto, chi – dopo l'apertura della procedura principale – avesse già intrapreso un'azione esecutiva individuale in qualsiasi altro Stato, quando qui si aprirà una procedura secondaria dovrà riversare nell'asse fallimentare ciò che abbia ottenuto a beneficio di tutti i creditori concorsuali.