



CURIA MERCATORUM  
CENTRO DI MEDIAZIONE ED ARBITRATO  
Associazione Riconosciuta

## **Il nuovo sistema concorsuale**

7 maggio 2004  
Preganziol - Treviso

Il presente volume è stato realizzato  
dalla Camera di Commercio di Treviso

## Indice

<b>Presentazione</b> Federico Tessari – Presidente della Camera di Commercio di Treviso e di Curia Mercatorum	<b>Pag. 5</b>
<b>Diritto fallimentare Italiano e rispetto dei diritti dell'uomo</b> Prof. Avv. Bruno Barel	<b>Pag. 7</b>
<b>Presentazione della Riforma</b> Dott. Giovanni Schiavon	<b>Pag. 19</b>
<b>Misure di allarme per la crisi d'impresa</b> Dott. Massimo Fabiani	<b>Pag. 29</b>
<b>La procedura di composizione concordata della Crisi</b> Prof. Giuseppe Fauceglia	<b>Pag. 49</b>
<b>L'accertamento del passivo nel progetto di riforma</b> Dott. Giuseppe Bozza	<b>Pag. 59</b>
<b>Il sistema delle revocatorie</b> Prof. Avv. Bruno Inzitari	<b>Pag. 83</b>
<b>Le norme penali e processuali dello schema di legge delega per la riforma della legge fallimentare</b> Dott. Gian Giacomo Sandrelli	<b>Pag. 105</b>

## PRESENTAZIONE

La riforma del sistema concorsuale rientra certamente fra i grandi obiettivi del processo di modernizzazione del nostro Paese.

E' senza dubbio indispensabile, per rendere il Paese più efficiente e competitivo a livello globale.

Prosegue ormai da decenni il dibattito sulla obsolescenza delle procedure concorsuali tradizionali, in rapporto al dinamismo della moderna economia, basata sul consumo di massa e sull'apertura internazionale dei mercati.

Efficienza e rapidità sono condizioni essenziali perché gli obiettivi della riforma possano essere utilmente perseguiti: i costi economici per il sistema Paese derivanti dall'attuale disciplina concorsuale sono enormi ed intollerabili.

Il sistema camerale, come casa comune del mondo economico, ha preso atto con soddisfazione del processo di riforma in corso e dei principi ispiratori della legge delega e auspica che si concluda al più presto con l'emanazione delle norme attuative del disegno riformatore.

Con questo spirito la Camera di Treviso e l'Associazione tra Camere di Commercio Curia Mercatorum saluta con particolare soddisfazione questo convegno di studi, che si prefigge di approfondire le più recenti ed autorevoli proposte operative elaborate dagli esperti di nomina ministeriale, coordinati dal Presidente della Commissione avv. Trevisanato e dall'Ispettore Capo del Ministero di Giustizia dott. Giovanni Schiavon.

E' motivo di particolare soddisfazione che il Ministro della Giustizia abbia accettato l'invito di dare il suo patrocinio al Convegno e di intervenire di persona. Lo interpretiamo come ulteriore segno dell'impegno riformatore per la modernizzazione del sistema concorsuale.

Nel ringraziare vivamente per l'attenzione così riservata al mondo economico trevigiano ed alle sue istituzioni, salutiamo con gratitudine anche tutti coloro che hanno accolto il nostro invito – magistrati, professionisti, studiosi – e ci scusiamo con quanti non abbiamo potuto accogliere per ragioni di spazio. Anche questo è un segnale importante dell'attesa per questa riforma e della generale volontà di collaborazione per il suo successo.

Federico Tessari  
*Presidente della Camera di Commercio di Treviso e  
di Curia Mercatorum*



## **Diritto fallimentare Italiano e rispetto dei diritti dell'uomo**

Prof. Avv. Bruno Barel

*Docente di Diritto dell'Unione Europea nelle Università di Padova e Venezia*

*Avvocato in Treviso*

*Presidente della Commissione Contratti di Curia Mercatorum*

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. Una normativa efficiente è la vera garanzia. – 3. Appartenenza all'Unione europea. – a) Regolamento del Consiglio dell'unione europea n. 1346/00. – b) L'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità europee. – c) Politica industriale comunitaria. – 4. La Corte europea dei diritti dell'uomo. – a) Le nuove sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sistema concorsuale italiano. – b) Le decisioni della Corte di Strasburgo sugli artt. 43, 48 e 49 del r.d. n. 267/42. – c) Decisione della Corte di Strasburgo sulla sostituzione processuale del fallito da parte del curatore. – d) Decisione della Corte di Strasburgo relativamente all'art. 13 CEDU. – e) Violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 della CEDU quanto al diritto al voto. – 5 Conclusioni.

### **1. Premessa**

Il fatto che il cammino della riforma del sistema concorsuale proceda e che, dopo l'ampio dibattito apertosi sul progetto di riforma predisposto dalla Commissione Trevisanato, quest'ultimo sia stato ulteriormente affinato dalla Commissione ristretta presieduta anch'essa dall'avv. Trevisanato, costituisce obiettivamente un segnale positivo.

L'opinione pubblica e gli addetti ai lavori da lungo tempo chiedono che si provveda a una revisione sostanziale del sistema concorsuale italiano, poiché ciò rappresenta una tappa necessaria nel processo di modernizzazione per rendere competitivo il sistema-Paese e facilitare gli investimenti stranieri sul nostro territorio.

Una riforma sostanziale del sistema concorsuale, oltre che necessaria per la nostra economia, è oggi doverosa dal punto di vista degli obblighi e delle responsabilità comunitarie ed internazionali dell'Italia, per garantire l'effettività dei diritti di tutti i soggetti coinvolti.

## 2. Una normativa efficiente è la vera garanzia

La normativa attuale è diventata ormai un'ingombrante eredità del passato, specchio di un'epoca che non corrisponde alla moderna economia basata sul consumo di massa e sull'apertura internazionale dei mercati. Dopo la recente riforma del diritto societario, la vecchia normativa fallimentare appare ancora più obsoleta e scoordinata.

Non basta puntare allo sviluppo in termini di creazione di nuova ricchezza, se allo stesso tempo non ci si impegna per evitare la dispersione della ricchezza già creata. Una moderna disciplina della crisi dell'impresa deve certamente garantire tutti i soggetti coinvolti, portatori di differenti ma coesenziali interessi, nella consapevolezza che la tutela dei creditori-investitori è sicuramente funzionale alla propensione all'investimento; ma accanto all'interesse al soddisfacimento coattivo dei crediti vi è quello, collettivo, alla continuazione, per quanto possibile, dei rapporti commerciali e alla salvaguardia delle imprese in vario modo collegate coll'evitare che si verifichino effetti a cascata.

L'impresa, soprattutto quella piccola e media che caratterizza il tessuto produttivo nazionale, è un valore non solo economico ma anche sociale, da preservare fin dove possibile nella sua organizzazione, attività, avviamento, storia e cultura. E' un patrimonio collettivo, meritevole di un tentativo di risanamento prima della celebrazione delle esequie con la spartizione conflittuale delle spoglie.

L'efficienza generale della normativa è la vera garanzia del creditore e questa è data dal bilanciamento delle molte regole particolari che interessano le procedure concorsuali e dalla celerità.

L'attuale disciplina produce tutta una serie di effetti negativi: vista come la conclusione definitiva e ingloriosa di un'iniziativa imprenditoriale, e considerati i lunghissimi tempi di realizzazione e chiusura delle procedure e i vincoli connessi, non lascia al soggetto imprenditoriale spazio alcuno per riattivare l'impresa; è causa di disincentivi per la crescita dimensionale delle aziende; da un lato, incide sul livello di costo, e anche della pura disponibilità del credito bancario, dall'altro, incide sul c. d. *costo dell'insuccesso del progetto imprenditoriale*, cui si lega l'investimento.

I tempi di chiusura delle procedure fallimentari sono di gran lunga più lunghi che negli altri Paesi dell'Unione europea e degli Stati Uniti. Le percentuali di recupero dei crediti, poi, sono minime. Questo diminuisce sensibilmente la competitività del sistema-Paese e costituisce un limite notevole per gli investimenti esteri.

### 3. Appartenenza all'Unione europea

#### A) Regolamento del Consiglio dell'Unione europea n. 1346/00

Anche l'appartenenza alla Comunità europea ci impone di mettere mano al nostro sistema concorsuale.

In linea generale, la stessa nozione comunitaria di “spazio libertà, sicurezza e giustizia”, che connota la nuova dimensione – non più solo mercantile – dell'Europa unita, lascia chiaramente intendere che tutti i soggetti che interagiscono nello spazio unico, non solo gli operatori economici, devono poter beneficiare ovunque di un'efficace tutela giudiziaria sulla base di una sostanziale equivalenza.

Per di più, dopo il Trattato di Amsterdam è stata attribuita alla Comunità una nuova competenza ad adottare misure di accompagnamento alla libera circolazione delle persone e segnatamente a promuovere la cooperazione giudiziaria in materia civile. E la Comunità non ha tardato ad avvalersene, ricorrendo allo strumento più incisivo del regolamento, anche in materia fallimentare, per adeguare la dimensione e visione nazionale delle differenti regolamentazioni al mercato unico ed allo spazio giudiziario unico.

Il 31 maggio 2002 è entrato in vigore il Regolamento del Consiglio n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliere<sup>1</sup>, che trova applicazione in tutti i Paesi membri della Ce, salvo la Danimarca<sup>2</sup>. Contiene disposizioni in materia

---

<sup>1</sup> Il nostro sistema, al pari degli altri Stati comunitari, non conosceva regole di portata generale volte a disciplinare specificatamente, sul piano dei conflitti di leggi e di giurisdizioni, il c.d. *fallimento internazionale*. In particolar modo, né erano previsti gli effetti che le procedure estere di insolvenza potevano produrre nel nostro ordinamento, né tantomeno era stabilito un coordinamento tra un'eventuale procedura concorsuale aperta in Italia e una o più procedure aperte all'estero. A fronte dell'esclusione, dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, dei fallimenti, dei concordati e delle altre procedure affini, esistevano alcuni strumenti bilaterali dedicati al fallimento, come la Convenzione italo-austriaca del 12 luglio 1977, e altri di portata generali, ma applicabili anche al fallimento, come la Convenzione italo-francese del 3 giugno 1930 e quella italo-inglese del 7 febbraio 1964.

<sup>2</sup> I contributi dottrinali sull'argomento sono molteplici. Tra gli altri si veda A. Cavalaglio, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2003, p. 237 e ss.; L. Daniele, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. e pro.*, 2002, n. 1, p. 33 e ss.; P. De Cesari, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. e pro.*, 2003, n. 1, p. 55 e ss.; L. Fumagalli, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. pro.*, 2001, p. 687; e V. Storace, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2/2002, p. 295 e ss.



di giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni relative alle procedure di insolvenza, nei rapporti tra detti Paesi<sup>3</sup>, applicabili alle procedure di insolvenza aperte successivamente alla data della sua entrata in vigore (ex art. 43) e purché il centro degli interessi principali del debitore sia situato nel territorio di uno Stato membro (considerando 14; art. 3)<sup>4</sup>.

Per procedure di insolvenza il Regolamento intende tutte le procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore e che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore<sup>5</sup>. Per l'Italia, si specifica che vengono in considerazione oltre che il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e quella straordinaria.

Il legislatore comunitario prevede una procedura principale, per il Paese in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore, e una o più procedure secondarie, per i Paesi in cui l'imprenditore abbia delle dipendenze. La legge dello

---

<sup>3</sup> Il Regolamento non era del tutto una novità: già nel 1995 era stata sottoscritta a Bruxelles una Convenzione per la disciplina del fallimento transnazionale, i cui contenuti sono stati trasposti quasi integralmente nel Regolamento del Consiglio n. 1364/00. Per il testo della Convenzione si veda in *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale* (a cura di Pocar, Treves, Clerici, De Cesari e Trombetta Panigadi), Milano, 1999, p. 1353 e ss.

<sup>4</sup> Si noti che nel Regolamento n. 1364/00 non è stata inserita alcuna disposizione volta a disciplinare l'insolvenza transnazionale dei gruppi. Si veda al riguardo il recente contributo di M. Fagiani, *I gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2/2004, p. 95 e ss. L'Autore commenta quattro diverse sentenze (*High Court of Justice*, Leeds, del 16 maggio 2003, *Re Daisytek ISA Ltd*; *Cour d'appel Versailles*, del 4 settembre 2003, *Klempa c. SAS ISA Daisytek*; Trib. Roma, 26 novembre 2003, *Cirio Holding Luxemburg SA*; Trib. Parma, 20 febbraio 2004, *Eurofood*) accomunate, pur nella diversità delle singole fattispecie, dal fatto che individuato il centro degli interessi principali di società facenti parti di un gruppo, nel luogo nel luogo in cui aveva sede formale ed effettiva la società capogruppo.

<sup>5</sup> L'applicazione del regolamento è in pratica sottoposta al verificarsi delle seguenti condizioni:

- a) deve essere un procedimento concorsuale e non a tutela di un singolo creditore;
- b) la procedura deve avere carattere transfrontaliero e comunque solo intracomunitario;
- c) vi deve essere l'insolvenza del debitore, intesa come crisi dell'azienda e meglio specificata in base ai concetti giuridici dello Stato in cui si apre la procedura;
- d) vi deve essere uno spossessamento ossia il trasferimento ad altra persona dell'amministrazione dei beni rientranti nel fallimento;
- e) la nomina di un curatore il quale amministri o liquidi i beni e sorvegli la gestione degli affari del fallito.

A questo si aggiunga che dall'Allegato A al Regolamento si deduce che vi possono essere ricomprese solo quelle procedure che portano alla liquidazione o al risanamento dell'impresa.

Stato in cui si apre la procedura ne determina l'apertura, lo svolgimento, la chiusura e gli effetti<sup>6</sup>. La decisione di apertura del procedimento principale produce automaticamente i suoi effetti in ogni altro Stato membro, salvo disposizione contraria dello stesso Regolamento e fintanto che nell'altro Stato membro non si dia avvio a quella secondaria<sup>7</sup> (art. 17). Il curatore della procedura principale può addirittura, entro certi limiti fissati dall'art. 18, esercitare nel territorio di un altro Stato membro tutti i poteri che gli sono attribuiti nel proprio, potendo anche trasferire i beni del debitore fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano<sup>8</sup>. Si noti, poi, che l'apertura del procedimento principale in base all'art. 27 consente l'apertura di quelli secondari<sup>9</sup> indipendentemente dal fatto che nell'altro Stato si sia verificata l'insolvenza del debitore.

Ricorrendo i presupposti di applicazione del Regolamento in questione, in base al suo art. 16, il soggetto dichiarato fallito in uno Stato membro, a differenza del passato, non può opporsi all'automatico riconoscimento della decisione in altro Stato, sostenendo che in quel Paese non potrebbe essere assoggettato al fallimento<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> La procedura principale ha portata universale, nel senso che la sua apertura produce effetti automatici e come tale è riconosciuta negli altri Stati membri senza la necessità dell'*exequatur*.

<sup>7</sup> Il carattere territoriale e limitato della procedura secondaria rispetto a quella principale è dato dal fatto:

- a) che gli effetti del procedimento sono limitati ai beni che si trovano nel territorio di quello Stato in cui si è aperta la procedura secondaria;
- b) il curatore può operare in un altro Stato solo per beni mobili, appartenenti alla massa fallimentare, che lì vi siano stati trasferiti;
- c) il riconoscimento automatico negli altri Stati membri della decisione è limitato ai beni situati in quello Stato in cui si è aperta la procedura in questione.

<sup>8</sup> Cfr. sentenza della *Cour de Cassation*, 1<sup>er</sup> civ., 19 novembre 2002 (22334), *Pres. e Rel. Lemontey*, su [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), con commento di M. Montanari, *La Cour de cassation apre ai rimedi in personam contro l'azione esecutiva promossa dal singolo creditore concorsuale sui beni del fallito*, in *Int'l Lis*, 2/2004, p. 75 e ss. Con questa sentenza i giudici francesi ritengono addirittura ammissibile un'azione volta ad ottenere la condanna del creditore concorsuale al fine di farlo desistere dalla procedura esecutiva individuale che egli abbia intrapreso sui beni del fallito siti all'estero, sfruttando la mancata richiesta dell'*exequatur* della sentenza di fallimento nello stato di localizzazione dei beni medesimi.

<sup>9</sup> Quelli secondari hanno due funzioni precipue: la prima è che tutelano gli interessi locali, nel senso che i creditori locali, attuandola, si proteggono dagli effetti universali di quella principale; la seconda funzione è quella di costituire un efficace strumento ausiliare a quella principale, nel senso che il curatore potrà chiederne l'attivazione al fine di amministrare più efficacemente i beni che là si trovino, viste le differenze tra legislazioni nazionali.

<sup>10</sup> Cfr. sentenza della Corte d'Appello di Venezia dell' 11 giugno 1997 (in *Giur.it.* 1998, 1158), con commento di A. De Pauli e G. Campeis.

Poiché, com'è noto, i regolamenti comunitari sono direttamente applicabili e prevalgono sul diritto nazionale eventualmente difforme, la riforma italiana deve anzitutto conformarsi ai principi e alle regole comunitarie vigenti.

#### **B) L'intervento della Corte di Giustizia europea**

Indirettamente, anche la Corte di giustizia europea ha già inviato segnali importanti per delineare la cornice comunitaria delle possibili riforme nazionali, in particolare là dove (sentenza *Centros* del 9 marzo 1999, in causa C-212/97), ha ribadito il principio secondo cui le autorità di uno Stato membro interessato possono adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci che, mediante la costituzione di una società, intendessero eludere le loro obbligazioni nei confronti di creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato.

#### **C) Politica industriale comunitaria**

Il Trattato di Maastricht ha aggiunto la politica industriale alle altre politiche comunitarie, introducendo nel TCE uno specifico titolo, il XVI.

L'art. 157 in particolare dispone che per assicurare la competitività dell'industria della Comunità si deve, tra gli altri obiettivi, promuovere un ambiente favorevole all'iniziativa ed allo sviluppo delle imprese di tutta la Comunità, segnatamente delle piccole medie imprese; promuovere un ambiente favorevole alla cooperazione tra di esse; e favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale.

In applicazione del principio di sussidiarietà, il Trattato attribuisce agli Stati membri un ruolo predominante nelle decisioni di politica industriale affidando loro la primaria responsabilità del conseguimento dei suddetti obiettivi. Anche in questa prospettiva, dunque, la legislazione interna degli Stati membri è chiamata a creare le condizioni migliori per la salvaguardia e lo sviluppo delle attività economiche di natura industriale.

### **4. Corte europea dei diritti dell'uomo**

#### **A) Le nuove sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sistema concorsuale italiano**

Il richiamo più forte a un cambiamento sostanziale del nostro sistema concorsuale sembra oggi venire dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La legge Pinto<sup>11</sup> sembrava aver posto fine ai ricorsi contro l'Italia davanti alla Corte di Strasburgo per la violazione del diritto ad un processo entro un termine ragionevole sancito dalla Convenzione europea del 1950 sui diritti dell'uomo, e ciò anche con riferimento all'eccessiva durata delle procedure fallimentari.

Di recente, però, si è aperto un nuovo fronte.

E' risaputo che la vigente legislazione fallimentare prevede numerose e gravi limitazioni di carattere economico e personale per il fallito. A sorpresa, la Corte europea dei diritti dell'uomo di recente ha dichiarato ricevibili, e poi accolto con la conseguente condanna dell'Italia, una serie di ricorsi nella parte in cui, oltre all'eccessiva durata delle procedure fallimentari, si denunciava la violazione di altri diritti garantiti dalla CEDU in quanto ristretti per un eccessivo periodo di tempo da alcune regole speciali proprie della legislazione concorsuale.

In particolare, la Corte ha ritenuto violati i diritti tutelati dalle seguenti disposizioni convenzionali:

- 1) l'art. 1 del Protocollo n. 1 quanto al diritto al rispetto dei propri beni
- 2) l'art. 6 della CEDU quanto al diritto ad un equo processo
- 3) l'art. 8 della CEDU quanto al diritto del rispetto della corrispondenza e l'art. 13 quanto al diritto ad un ricorso per la tutela di quel diritto a livello nazionale
- 4) l'art. 2 del Protocollo n. 4 quanto al diritto alla libera circolazione
- 5) l'art. 3 del Protocollo n. 1, quanto al diritto di voto

Da ultimo, si vedano le sentenze del 20 aprile 2004, *Vadalà vs. Italia*<sup>12</sup>, e del 22 aprile 2004, *Neroni vs. Italia*<sup>13</sup>, in cui la Corte ha condannato l'Italia per violazioni connesse a due procedure fallimentari, l'una iniziata con dichiarazione di fallimento nel 1984, l'altra iniziata nel 1987, ambedue ancora pendenti nel 2004<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> L'eccessiva durata in genere dei processi in Italia, e in particolare di quelli fallimentari, rappresenta da lungo tempo una piaga per la giustizia italiana. In passato la Corte di Strasburgo ha sistematicamente condannato il nostro Paese per la violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU nella parte in cui è garantito il diritto ad una ragionevole durata del processo. La situazione è mutata con l'entrata in vigore della legge n. 89 del 21 marzo 2001. La Corte di Strasburgo (cfr. *Brusco vs Italia*, ricorso n. 69789/01 e *Giacometti vs. Italia*, ricorso n. 34939/97, in <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>) ha concluso che il sistema da questa introdotto per ottenere un'equa riparazione per i danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dall'eccessiva durata delle procedure sia sufficientemente accessibile ed efficace. Per questo motivo ha dichiarato irricevibili numerosi ricorsi per non esaurimento delle vie di ricorso interne ex art. 35 § 1 CEDU.

<sup>12</sup> Cfr. caso *Vadalà vs. Italia*, ricorso n. 51703/99, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>13</sup> Cfr. caso *Neroni vs. Italia*, ricorso n. 7503/02, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>14</sup> Si segnala che entrambe queste sentenze non sono definitive. Ex art. 44 § 2 CEDU lo diverranno tre mesi dopo la data della loro pronuncia, se non sia stato chiesto il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure se il collegio della Grande Camera respinga il rinvio formulato ai sensi dell'art. 43 CEDU. Nella prima causa il ricorrente sosteneva la violazione degli artt. 8 della CEDU e 2 del Protocollo n. 4. Nella seconda, oltre che di

**B) Le decisioni della Corte di Strasburgo sugli artt. 43, 48 e 49 del r.d. n. 267/42**

La Corte europea, con le più recenti sentenze, mentre ha ribadito l'inammissibilità dei ricorsi nella parte in cui si deduceva la violazione dell'art. 6 § 1, pur riconoscendo la compatibilità astratta con la convenzione europea delle altre norme italiane potenzialmente lesive di altri diritti garantiti dalla CEDU, ha deciso che la loro applicazione temporale deve essere ragionevole e circoscritta. Il fatto che la compressione dei diritti perduri nel tempo oltre limiti ragionevoli ne trasforma la potenzialità lesiva in effettiva.

Numerose le disposizioni della CEDU o dei suoi Protocolli che vengono in rilievo. L'art. 1 del Protocollo n.1 stabilisce che ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Agli Stati è comunque lasciata la facoltà di disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

L'art. 8 prescrive che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

L'art. 2 del Protocollo n. 4 prevede che chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza; è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio; e l'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui.

La Corte, nel decidere sulle fattispecie in esame e condannare l'Italia, si rifà alla precedente sentenza *Luordo vs. Italia*<sup>15</sup> nella quale aveva chiaramente affermato

---

quegli stessi articoli, il ricorrente sosteneva la violazione degli artt. 1 del Protocollo, n.1, 13 della CEDU, 2 del Protocollo n. 4, e 3 del Protocollo n. 1, quanto al diritto al voto

<sup>15</sup> Cfr. causa *Luordo vs Italia*, sentenza 17 luglio 2003 su ricorso n. 32190/96, in *Foro it.* 3 marzo 2004, p. 109, con commento di M. Fagiani. La procedura concorsuale in Italia si era aperta nel 1982 e si era chiusa nel 1999. Nel 1982 il Tribunale di Asti dichiara fallita la

che l'incapacità del soggetto conseguente alla dichiarazione di fallimento (artt. 43 e 48 l. fall.), la consegna al curatore della corrispondenza diretta al fallito ( art. 48 l. fall.), e il divieto di allontanarsi dalla propria residenza senza permesso (art. 49 l. fall.) non realizzano una violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione a meno che la durata della procedura fallimentare non sia tale da comportare un eccessivo sacrificio dell'interesse individuale del fallito rispetto alla tutela generale dovuta per il pagamento ai creditori.

Come non vi è dubbio sulla funzionalità che assumono le prescrizioni relative alla disponibilità della corrispondenza ed al non allontanamento dalla residenza rispetto al bisogno del curatore di assumere dal fallito informazioni essenziali sullo stato di dissesto<sup>16</sup>, è certo che queste limitazioni finiscono col perdere ragion d'essere oltre un certo limite di durata della procedura concorsuale.

Il ragionamento della Corte non è diverso per quanto riguarda le incapacità patrimoniali, sostanziali e processuali: Se le iniziative del fallito dopo la dichiarazione potrebbero compromettere evidentemente la posizione dei creditori, nondimeno la Corte ritiene ugualmente che *“la limitazione al diritto del fallito rispetto ai suoi beni non sia giustificato per tutta la durata della procedura, poiché se in principio la privazione dell'amministrazione e della disponibilità dei beni deve essere considerata una misura necessaria al fine di ottenere l'obiettivo perseguito, la necessità svanisce con il passare del tempo. La durata esagerata della procedura determina la rottura dell'equilibrio tra l'interesse generale di riscossione dei creditori del fallito e l'interesse individuale di questo rispetto ai propri beni. L'ingerenza nel diritto soggettivo è quindi sproporzionata a l'obbiettivo ricercato.”*

Nello stesso senso la Corte si è espressa anche nelle sentenze, ormai definitive, del 17 ottobre 2003, caso *Bottaio vs. Italia*<sup>17</sup>, e del 6 novembre 2003, S.S., V.P., F.C.,

---

società in nome collettivo della sposa del ricorrente. Nel 1984 lo stesso tribunale dichiara il fallimento anche del ricorrente in quanto socio di fatto. La Corte di Strasburgo, in sede di decisione parziale sulla ricevibilità del ricorso, la negava nella parte in cui si faceva valere la violazione dell'art. 6 § 1, riportandosi alle sopra citate sentenze *Brusco vs. Italia* e *Giacometti vs. Italia*. Lo dichiarava invece ammissibile ai sensi dell'art. 35 § 4 CEDU per quanto riguarda la violazione dei tutti gli articoli della CEDU sopra citati, condannando l'Italia in sede di decisione definitiva.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 29 maggio 1982, n. 3316, in *Foro It.*, 1982, n. 227.

<sup>17</sup> Cfr. causa *Bottaro vs. Italia*, decisione 17 ottobre 2003 su ricorso 56298/00, in <http://hudoc.echr.coe.int>. A gennaio 1989 la società del ricorrente presenta istanza di fallimento; dopo alterne vicende, in cui il Tribunale di Bergamo non ritiene fallibile la società in quanto impresa artigiana mentre poi la Corte d'Appello di Brescia, nel 1990, la dichiara fallita, la Corte di Strasburgo ritiene responsabile l'Italia per la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, degli artt. 8 e 13, dell'art. 2 del Protocollo n. 4.

M.C.e E.C. vs. Italia<sup>18</sup>, e in quella del 5 febbraio 2004, caso Parisi (& altri 3) vs. Italia<sup>19</sup>.

### **C) Decisione della Corte di Strasburgo sulla sostituzione processuale del fallito da parte del curatore**

Nella causa Luordo vs. Italia la Corte utilizza lo stesso principio adottato nel giudicare sulle violazioni di altre disposizioni della CEDU per valutare i possibili effetti dell'art. 43 l. fall. sulla sostituzione processuale del fallito da parte del curatore.

La Corte analizza il tema della limitazione della capacità processuale del fallito sotto il profilo del diritto a ricorrere a un tribunale, garantito dall'art. 6 § 1 del CEDU. Si dà atto che la norma italiana appare diretta a contemperare gli interessi dei creditori con quello del fallito: *“E’ evidente – a giudizio della Corte – che eventuali vertenze giudiziarie sulle questioni ... [riguardanti il fallimento] ... possono influire notevolmente sull’attivo e il passivo del fallito”*; tuttavia una limitazione siffatta non può essere giustificata per tutta la durata della procedura (nel caso di specie oltre 14 anni), risultando evidentemente sproporzionata all’obiettivo che la norma si prefigge.

### **D) Decisione della Corte di Strasburgo relativamente all’art. 13 CEDU**

Il caso Parisi vs. Italia, già ricordato sopra, è molto interessante anche perché per la prima volta viene ipotizzata – con riferimento al diritto fallimentare italiano - la violazione dell’art. 13 CEDU.

Tale disposizione sancisce il diritto di ogni persona che si ritenga lesa nei diritti e nella libertà garantiti dalla CEDU, ad un ricorso effettivo innanzi alle giurisdizioni nazionali. Nel diritto italiano il fallito, per ottenere la restituzione dei propri beni a seguito della chiusura del fallimento, necessita dell’annotazione del decreto di chiusura della procedura nei registri immobiliari.

I ricorrenti deducevano che l’omissione della decisione di chiusura del fallimento da parte dell’autorità competente equivale a un vero e proprio diniego di giustizia, poiché a livello nazionale non esiste alcun ricorso esperibile per contrastare tale condotta dell’autorità.

In un primo momento i giudici hanno ritenuto che questo genere di doglianza sia da considerare strettamente legata a quella relativa alla violazione del diritto di proprietà e che di conseguenza meriti anch’essa una più attenta analisi; successivamente, però, con la decisione del 5 febbraio 2004 non l’hanno ritenuta meritevole di accoglimento, osservando che l’annotazione era avvenuta nel 2002 e

---

<sup>18</sup> V. caso S.S., V.P., F.C., M.C.e E.C. vs Italia, decisione del 6 novembre 2003 su ricorso 52985/99, *idem*.

<sup>19</sup> V. caso Parisi ed altri vs. Italia, decisione del 5 febbraio 2004 su ricorso 39884/98, *idem*.

che quindi era stato possibile un ricorso “effettivo” davanti ad una autorità nazionale.

Tuttavia la Corte in un altro caso, *Neroni vs. Italia*, è giunta a ravvisare la violazione da parte dell'Italia dell'art. 13 CEDU. La parte ricorrente sosteneva che il diritto italiano non garantisce un ricorso efficace contro l'eccessiva durata delle incapacità conseguenti alla dichiarazione di fallimento. La Corte europea ha rilevato che il ricorso in opposizione alla sentenza di fallimento, regolato dall'art. 18 l. fall., prevede solo la possibilità di ricorrere nei cinque giorni successivi alla conoscenza effettiva della dichiarazione di fallimento, per contestarne la legittimità e ottenerne la revocazione. Riprendendo le conclusioni relative agli artt. 1 del Protocollo n. 1, 8 CEDU e 2 del Protocollo n.4, la Corte è giunta così alla conclusione che l'art. 18 l. fall. non garantisca un rimedio efficace alle prolungate limitazioni di capacità alle quali viene sottoposto il fallito.

### **E) Violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1, quanto al diritto al voto**

La causa *Neroni vs. Italia* riveste interesse anche perché vi si affronta il tema della violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1.

Come già in due cause precedenti (*Luordo vs. Italia* e *Bottaro vs. Italia*) la Corte, pur non potendo ritenere ammissibile il ricorso presentato dalle parti, in quanto tardivo ai sensi dell'art. 35 § 1 e 4 CEDU, coglie l'occasione per prendere indirettamente posizione sul tema precisando che la sospensione del fallito dal diritto di voto in base all'art. 2 del DPR n. 223/67 per i cinque anni successivi al fallimento appare incompatibile col diritto a libere elezioni sancito dal Protocollo n.1.

## **5. Conclusioni**

Il testo definitivo del disegno di legge messo a punto dalla II Commissione Trevisanato merita dunque di essere analizzato anche sotto il profilo della capacità di conformare la legislazione italiana ai valori internazionali e comunitari, alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, facendo altresì tesoro delle esperienze straniere, seppure nella consapevolezza delle ragioni storiche, economiche e di sistema che costituiscono peculiarità del nostro ordinamento.

In questo senso, riveste particolare importanza lo sforzo di delineare una procedura liquidatoria più snella e flessibile, articolata nella composizione concordata della crisi o nella liquidazione concorsuale. Pur diverse, mirano entrambe a ridurre i tempi: la prima, ad iniziativa del debitore e poi omologata dal tribunale, ha lo scopo consentire l'accordo tra debitore e creditori, con la previsione di tempi certi e ragionevolmente rapidi per qualsiasi definizione degli accordi; la seconda, ad iniziativa del debitore, dei creditori e dell'autorità giudiziaria, per i casi di



insolvenza non regolati attraverso un accordo tra debitore e creditori, prefigura un percorso più agile di quello che oggi contraddistingue il fallimento e diretto a produrre un più rapido soddisfacimento dei creditori.

Va pure sottolineata l'efficienza legata al nuovo ruolo, più rilevante, assegnato al curatore e ai rappresentanti dei creditori nella gestione, ed ancora l'esclusione di qualsiasi carattere sanzionatorio della procedura in quanto tale, favorendosi anzi il reinserimento dell'imprenditore insolvente nel circuito produttivo.

La proposta sembra inoltre circoscrivere le incapacità personali e patrimoniali nonché le limitazioni all'esercizio di diritti a quanto strettamente necessario a garantire i terzi e ad assicurare lo svolgimento efficiente delle procedure e rimettere al giudice il potere di disporre l'acquisizione della corrispondenza del debitore nonché di adottare per le persone fisiche misure atte ad assicurarne la reperibilità, con la facoltà di ordinarne la comparizione coattiva.

## **Presentazione della Riforma**

Dott. Giovanni Schiavon

*Capo dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia*

L'occasione offerta dall'iniziativa di Curia Mercatorum è giunta in un momento particolarmente propizio visto che da più concomitanti circostanze si può ormai desumere che una riforma delle procedure concorsuali è alle porte.

Nella presente legislatura il Ministero della Giustizia ha insediato una Commissione con l'incarico di redigere i principi da trasfondere in una legge delega da sottoporre al Parlamento. La Commissione ha lavorato dal dicembre 2001 al giugno del 2003 quando ha concluso i suoi lavori presentando al Ministro un testo approvato dalla maggioranza dei commissari nella seduta del 20 giugno 2003. Poiché la Commissione era formata da ben 44 componenti, è risultato estremamente difficile coagulare tutti i consensi e così, oltre al testo approvato, ne è stato presentato un altro con alcune opzioni alternative, non significative nel numero ma rilevanti quanto ai contenuti. Alla situazione di stallo che pareva profilarsi, ha dato una scossa una nuova iniziativa dei Ministri della Giustizia e dell'Economia che hanno designato una commissione ristretta con l'incarico, questa volta, di redigere un disegno di legge ordinaria.

La Commissione "ristretta" ha lavorato intensamente al punto che, nell'arco di soli due mesi, è stato consegnato al Ministro della Giustizia un ampio articolato che contiene all'incirca 250 disposizioni. Questo testo, al momento ancora riservato, può già rappresentare un importante modello di confronto per un dibattito sulla portata della riforma e sugli obiettivi che il legislatore ha inteso perseguire. Le linee di fondo dell'articolato si muovono in sintonia con le conclusioni condivise dalla Commissione più estesa, ma se ne distacca in parte, sia perché ci si è dovuti misurare con opzioni alternative che dovevano essere risolte, sia perché nel confezionare un prodotto compiuto quale deve essere un disegno di legge ordinaria, la Commissione ha dovuto prendere posizione su molte questioni che erano state trascurate in previsione della presentazione di una legge delega.

Il processo di riforma del sistema concorsuale non si arresta però ai lavori della citata Commissione e agli sviluppi che da quel lavoro potranno conseguire, dal momento che più recentemente il Ministro delle Attività Produttive ha istituito una ulteriore Commissione con l'incarico di armonizzare il d.lgs. n. 270 del 1999 con i prodotti normativi che ruotano attorno all' "affare Parmalat"; questa opera di armonizzazione è poi volta ad adeguare, per quanto possibile, i principi della amministrazione straordinaria con i principi di riforma della legge fallimentare.

In questa prospettiva, l'obiettivo del Convegno è quello di rappresentare ad una qualificata platea di professionisti non solo verso quali direzioni si sta muovendo il processo di riforma, ma anche talune scelte concrete che sono state intraprese e che

possono maggiormente stimolare la curiosità dei presenti. È, comunque importante, sottolineare che i tre distinti interventi normativi rappresentano, in realtà, altrettante tappe di un unico percorso normativo.

La legge fallimentare ha rappresentato per molti decenni un impianto normativo che, pur disarticolato dai plurimi interventi della Corte costituzionale, è stata in grado di reggere l'impatto delle mutate condizioni del tessuto economico anche grazie a diverse interpretazioni evolutive del testo, il più delle volte coltivate dalla giurisprudenza di merito sulla scorta della fantasia degli operatori e poi sistematizzate dalla dottrina. Questa encomiabile attività non può essere ulteriormente portata avanti e quindi la riforma è necessaria, ma un legislatore accorto deve per prudenza non distaccarsi del tutto da quei modelli virtuosi che le prassi hanno di volta in volta fatto emergere. In particolare, il legislatore si è preoccupato di non disperdere del tutto i valori positivi dell'attuale sistema, cercando di offrire soluzioni innovative ma sempre nella prospettiva di un miglioramento e mai per assecondare la sola esigenza del nuovismo fine a sé stesso.

Questa premessa va fatta perché serve ad illustrare come nella redazione dell'articolato si sia voluto, sempre, contemperare il bisogno di una maggiore efficienza da coniugare con la ritrovata garanzia delle parti, avendo sullo sfondo sia le legislazioni straniere più moderne, sia le prassi più convincenti.

Fra le novità vanno sicuramente collocate tutte le disposizioni di apertura della nuova legge. In particolare, con una tecnica normativa ben nota in ambito comunitario, ma ancora poco praticata nel nostro ordinamento, le disposizioni che schiudono l'articolato contengono i principi generali cui si debbono informare le procedure e contengono, anche, alcune "definizioni". Il legislatore, consapevole che la produzione normativa è ormai fortemente stratificata, ha preferito descrivere cosa si intende quando nel testo compare un certo termine e questo, sia per una semplificazione lessicale, sia per l'esigenza di ricollegare ad una certa espressione sempre lo stesso concetto.

Le definizioni sono assai importanti perché toccano alcuni dei nodi essenziali della legge che vanno dalla nozione di debitore a quella di impresa; da quella di tribunale competente a quella di piccolo imprenditore; da quella di classe e gruppo di creditori a quella di crisi e di insolvenza.

La riforma si snoda essenzialmente su due procedure rappresentate dalla composizione concordata della crisi e dalla liquidazione concorsuale. Solo per semplificare, perché presto si formuleranno talune osservazioni più specifiche, la procedura di composizione concordata della crisi sostituisce il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, mentre la liquidazione concorsuale prende il posto del fallimento.

Rispetto a queste due procedure è però propedeutico il nuovo meccanismo degli istituti di allerta e prevenzione che mirano a far emergere più tempestivamente la

crisi dell'impresa. Infatti, se è vero che le crisi d'impresa possono essere risolte più agevolmente sia nella prospettiva della tutela dei creditori, sia in quella della conservazione dell'azienda, solo se si interviene anticipatamente, allora si rivela quanto mai opportuno prevedere alcune misure che inducano l'imprenditore a intraprendere con tempestività le più opportune iniziative volte a superare la crisi.

Gli istituti di prevenzione e di allerta non rappresentano una terza forma di procedura concorsuale perché si collocano a monte dei procedimenti tratteggiati nelle disposizioni successive; sono sostanzialmente deformalizzati e si svolgono, per larga parte, all'interno dell'impresa, sul presupposto della fattiva collaborazione degli organi di controllo societario. A loro volta, gli organi di controllo sono sollecitati a segnalare i fattori di crisi all'imprenditore perché, correlativamente, è prevista la raccolta presso le camere di commercio di alcuni "segnali" esterni che potrebbero rendere evidente la crisi dell'impresa ai creditori, così stimolati a intraprendere iniziative più tempestive nei confronti del debitore.

Fra le novità più significative della riforma un posto va sicuramente riservato alla procedura di composizione concordata della crisi che, prima, solo per semplicità, è stata accostata alle attuali cc.dd. procedure minori.

In verità, a parte alcune somiglianze strutturali riferite a taluni effetti che si producono in questa procedura, l'unico elemento che sembra rafforzare l'idea che la composizione concordata della crisi sia il frutto di una fusione fra l'amministrazione controllata e il concordato preventivo, è dato dal fatto che la procedura presuppone – indifferentemente – una situazione di crisi o di insolvenza. Il legislatore ha volutamente escluso che l'accesso alla procedura sia consentito soltanto nel caso di crisi e cioè di rischio di insolvenza, non solo perché ha voluto evitare una pronuncia accertativa, comunque opinabile, attesa la nota fragilità del confine fra le due nozioni che non intercettano sicure demarcazioni nella scienza economica, ma anche perché ha preferito dare un diverso "colore" alla procedura, privilegiando nettamente l'accordo fra il debitore e i creditori piuttosto che dare rilievo alla situazione in cui l'impresa si trova. In questo senso è sicuramente riduttivo pensare alla nuova procedura come una sintesi di amministrazione controllata e concordato preventivo, perché mentre nelle procedure attuali non vi sono alternative – rispettivamente nel ritorno *in bonis* e nel soddisfacimento dei creditori privilegiati e di quelli chirografari in misura non inferiore al 40% - in quella di composizione ciò che conta è il risultato dell'accordo, a prescindere dal suo contenuto. Ciò significa che si potrà pensare ad una proposta meramente dilatoria, ad una proposta con soddisfazione in percentuale, ma anche a forme meno tradizionali e più consuete nelle convenzioni stragiudiziali; ad esempio la conversione dei crediti in capitale, la cessione di azioni ai creditori, la formazione di nuove società, per finire alla semplice ricircolazione dell'azienda nel mercato, assicurando ai fornitori un nuovo soggetto economico con il quale contrattare.

Contrariamente a quanto più volte evocato nei convegni, il sistema immaginato lascia ampio margine di autonomia alle parti e disegna una partecipazione della autorità giudiziaria certamente recessiva rispetto al ruolo rivestito sino ad ora. Basti pensare al fatto che non è previsto un procedimento di ammissione alla procedura, talché è il solo fatto del deposito della dichiarazione di crisi produce immediatamente taluni rilevanti effetti, fra i quali, ad esempio, il blocco delle azioni esecutive. Ma è soprattutto sul versante dell'omologazione del piano che si nota come alla autorità giudiziaria sia riservato esclusivamente un controllo di legittimità e, al più e nei soli casi in cui vi siano opposizioni, un controllo sulla attuabilità del piano o sulla convenienza; comunque, solo limitatamente al singolo creditore opponente. Certamente vi è una procedimentalizzazione della procedura nella fase della omologazione, ma questa scelta è il frutto consapevole che solo in questo modo la volontà della maggioranza può piegare quella della minoranza.

Un ulteriore elemento di novità che vuole segnare un profondo distacco fra questa procedura e quelle minori attuali è dato dai tempi estremamente rapidi nei quali deve formarsi il consenso dei creditori e, quindi, la conclusione del procedimento, con importanti proiezioni sulla fase successiva, posto che la risoluzione e l'annullamento del piano possono intervenire solo entro ristretti limiti a breve distanza di tempo e, comunque, non danno luogo al fenomeno della consecuzione delle procedure.

Come si è accennato, non vi sono percorsi rigidi con riferimento al contenuto del piano, che potrà avere finalità liquidatorie o conservative. Si è scelto questo percorso dal momento che il valore dell'impresa, che pure è importante nella sua dimensione oggettiva, sganciata dalle sorti dell'imprenditore, deve poter essere salvaguardato nella misura in cui esso risulti funzionale all'interesse dei creditori. Non vi deve essere un aprioristico canale privilegiato per alcuni interessi rispetto ad altri, ma debbono essere i creditori a scegliere se è preferibile una soluzione puramente liquidatoria o se, invece, un miglior risultato nel suo complesso non possa essere raggiunto attraverso il salvataggio, con usuale cessione a terzi, del complesso aziendale, magari ad un prezzo più basso ma tale da consentire che quell'impresa, restando sul mercato, ridivenga un fattore di ricchezza collettiva.

Tutte queste esigenze si ritrovano compiutamente anche nel piano di regolazione dell'insolvenza, che segue all'apertura del concorso e che rappresenta una modalità alternativa alla liquidazione concorsuale.

Questo accostamento segna il tempo per transitare all'esame dei tratti essenziali della procedura di liquidazione.

Innanzitutto va segnalato che le indicazioni della Commissione per l'istituzione dei "tribunali della crisi", ovverosia per la individuazione di un minor numero di tribunali rispetto a quello dei circondari attuali, non sono state recepite in sede ministeriale nel timore di sollevare censure di stampo localistico già altre volte emerse; questa scelta penalizza sicuramente l'obiettivo di una maggiore

specializzazione del giudice d'impresa anche se non è stato espunto del tutto visto che è rimasta la norma che istituisce le sezioni specializzate.

Quanto ai soggetti destinatari della procedura di liquidazione va ricordato come si sia optato per un accesso più esteso rispetto al regime attuale, visto che la procedura si applica anche all'imprenditore agricolo e, seppure con un procedimento semplificato, anche al piccolo imprenditore. Nel testo dell'articolato, in parziale dissonanza con le conclusioni del progetto di legge delega, si è ritenuto di non rinunciare alla specificità di talune procedure speciali riferite a particolari soggetti (solo per esemplificare le banche e le assicurazioni), mentre dovrebbe essere ampliato il requisito di accesso alla procedura di amministrazione straordinaria così da rendere più vasto il campo di applicazione della legge generale.

Dopo un dibattito aspro e serrato la Commissione ha mantenuto la scelta di estendere la procedura di liquidazione al "socio-tiranno", nella consapevolezza che questa soluzione è condivisa solo in alcuni ordinamenti continentali (la Francia) e che il principio affermato vuole rappresentare un punto di approdo di un tormentato percorso interpretativo, senza una presa di posizione ideologica sulla natura sanzionatoria della estensione, nella convinzione che la responsabilità per debiti possa essere ascritta a colui che nella realtà ha assunto la qualità di imprenditore.

Per quanto attiene al procedimento di apertura sono state conservate alcune linee guida emerse a seguito degli interventi del giudice costituzionale e si è così diffuso un procedimento nel quale viene sicuramente realizzato in modo compiuto il contraddittorio nei confronti del debitore, ora al riparo da iniziative semi clandestine. In armonia a quanto di recente stabilito dalla Corte costituzionale non è stata espunta l'iniziativa d'ufficio ma la si è limitata ad alcune ipotesi predeterminate, tutte caratterizzate dalla presenza di una sollecitazione, comunque, esterna.

La scelta ministeriale in merito ai tribunali, in funzione della esigenza di assicurare la terzietà del giudice dell'opposizione rispetto a quello che ha dichiarato l'insolvenza, ha reso necessario affidare alla corte d'appello, in unico grado, la competenza alla trattazione della opposizione.

Molte novità sono ricomprese nella disciplina degli organi della procedura, laddove si è voluto rafforzare l'autonomia del curatore affidandogli ampi poteri di gestione che saranno soggetti, in parte, al controllo del consiglio dei creditori. Questo nuovo organo solo apparentemente si sostituisce all'attuale comitato dei creditori, in quanto è investito non solo di poteri consultivi, ma partecipa direttamente alla gestione, esprimendo autorizzazioni, talora vincolanti, che entrano nel merito delle condotte del curatore. L'accentuata importanza e autonomia di tali organi ha reso necessario stabilire regole di nomina e financo previsioni in tema di incompatibilità, in funzione di tutelare i creditori (e i terzi) ai quali è riconosciuta la

facoltà di promuovere azioni di responsabilità per il danno diretto loro cagionato, previo filtro di ammissibilità.

Il giudice delegato e il tribunale divengono organi di vigilanza dell'operato del curatore e del consiglio dei creditori, ma la loro funzione primaria si racchiude in quella sostanzialmente decisoria (e solo latamente gestoria), dovendo dirimere i conflitti che possono sorgere nel corso della procedura. Per la risoluzione di questi conflitti il legislatore ha preferito recepire il modello camerale già oggi in uso, arricchendolo però di garanzie tali da farne un vero procedimento nel quale il diritto al contraddittorio può concretamente esprimersi.

Nella piena consapevolezza che la durata delle procedure fallimentari è fortemente incisa dalla durata dei singoli processi che riguardano singoli conflitti, si è ritenuto opportuno prevedere non tanto l'adozione, per le controversie a cognizione piena, il modello del processo societario (visto che, al momento, non si può stabilire se questo nuovo processo potrà effettivamente dare un contributo all'abbreviazione dei tempi della giustizia), quanto, invece, un procedimento sommario con effetti solo endoconcorsuali diretto a consentire al curatore una rapida acquisizione di risorse alla massa attiva.

Ma proprio la nota lunghezza dei tempi di definizione dei fallimenti è anche la ragione per la quale si è unanimemente voluto implementare, all'interno della procedura di liquidazione, il piano di regolazione dell'insolvenza che, nella libertà dei contenuti, dovrebbe servire per soddisfare rapidamente i creditori lasciando al proponente il piano l'onere di gestire la procedura. Così, diversamente da quanto è previsto per la composizione concordata della crisi, si è prevista una ampia legittimazione alla presentazione del piano, che comprende, oltre che il debitore, il curatore, uno o più creditori o un terzo. Ora, se è vero che una assai maggiore fluidità dei procedimenti di liquidazione dell'attivo è proprio anche della procedura liquidatoria, è anche vero che il valore positivo aggiunto del piano è costituito proprio dalla immediata chiusura della procedura, visto che la gestione dei beni è curata dal proponente dopo aver soddisfatto i creditori.

Dopo questa prima parte, segnatamente innovativa, lo sviluppo della legge ricalca da vicino l'impianto della legge fallimentare, pur distaccandosene notevolmente quanto ai contenuti.

Per ciò che attiene agli effetti nei confronti del debitore, il legislatore, in armonia con le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha limitato nel tempo le privazioni che, oggi, si applicano al fallito, non senza averle anche attenuate. Peraltro, poiché le censure mosse hanno avuto ad oggetto la rigidità dell'impianto piuttosto che la invasività delle singole misure, si è preferito dettare disposizioni più flessibili, tanto è vero che alcune limitazioni, proprio in ossequio al principio di adeguatezza e proporzionalità, possono sopravvivere alla chiusura della procedura, se questa interviene rapidamente per quella così evidente insufficienza di attivo che rende superfluo anche l'accertamento del passivo. Nel regolare gli effetti che

conseguono alla apertura del procedimento si è voluto anche prendere atto di alcune ricorrenti problematiche e si è così disciplinato, per la prima volta, il raccordo con le misure di prevenzione antimafia e con i provvedimenti penali di sequestro e confisca, come pure si è affrontato il tema degli effetti sulla titolarità di valori patrimoniali tutt'affatto peculiari quali sono le iscrizioni in albi (si pensi al settore degli appalti pubblici) o a manifestazioni sportive (si pensi al c.d. titolo sportivo).

Per quanto attiene agli effetti nei confronti dei creditori, le novità sono più contenute e tendono soprattutto a razionalizzare il sistema anche sul fronte processuale; sul piano sostanziale, il dato più significativo è costituito dalla diffusa sospensione degli interessi per tutte le categorie di creditori.

Un terreno sul quale più aspro era stato lo scontro nella Commissione chiamata a fissare i principi della legge delega, è stato quello delle azioni revocatorie il cui ridimensionamento, da tutti condiviso, era sostanzialmente divenuto una vera e propria elisione con l'inserimento di una tale quantità di cause esonerative che la revocatoria dei pagamenti, pur declamata non espunta, era di fatto irrealizzabile. A questo risultato si era giunti anche perché nella Commissione erano presenti componenti espressione di categorie particolari, portatori di legittimi interessi, ma certo non neutrali. Nella stesura del testo alcune di queste divergenze sono state appianate per pervenire ad un articolato nel quale il ridimensionamento dell'istituto revocatorio è affidato sostanzialmente ad una drastica riduzione del termine sospetto e ad una dettagliata fissazione di casi nei quali appare giustificata la deviazione dalla costruzione c.d. antiindennitaria che non è stata però rifiutata. Questo sistema dovrebbe corrispondere meglio alle esigenze degli operatori e del mercato in funzione di assicurare una maggiore stabilità dei traffici commerciali, perseguita anche tramite l'abbreviazione del termine di prescrizione. Questa scelta di non smantellare l'impianto attuale è anche giustificata dal fatto che la Corte costituzionale, in più occasioni, ha ribadito che non si presentavano ragioni di contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento. Al contempo, sono stati inseriti istituti nuovi, quali la revocatoria aggravata e la legittimazione surrogatoria nell'ipotesi della ingiustificata inerzia del curatore.

Ancor meno rilevanti sono le modifiche alla parte della legge dedicata ai rapporti pendenti, laddove l'opera del legislatore si è focalizzata sulla esigenza di razionalizzare le norme prevedendo una regola generale da applicare a tutti i contratti, rispetto alla quale sono analiticamente indicate le disposizioni in deroga, alcune delle quali riguardano figure negoziali innominate ma divenute assolutamente consuete nella prassi commerciale.

Molte sono invece le novità che attengono al procedimento di accertamento del passivo, che solo in talune linee guida possono reputarsi non sconfessate. I connotati salienti del nuovo impianto sono rappresentati dalla costruzione della istanza di ammissione come vera e propria domanda giudiziale tanto negli effetti



(ciò che non è una novità), quanto nel contenuto, dalla attribuzione al curatore del ruolo di parte (con conseguenti oneri di allegazione e di eccezione e simmetrici poteri di impugnazione), dalla previsione di un procedimento nel quale è dunque assicurata, fin dall'inizio, la terzietà del giudice delegato. Non viene valorizzato il ruolo del debitore, ma l'affermata efficacia intraconcorsuale dell'accertamento del passivo e la tendenziale esdebitazione, dovrebbero giustificare, ora più che nel passato, la mancata partecipazione del debitore. Ciò ha consentito anche di scegliere, quale modello processuale per le impugnazioni, un procedimento camerale snello, ma non del tutto deformalizzato, al punto da reggere come unico ulteriore grado di giudizio, salvo il ricorso per cassazione. Del tutto nuovo, invece, è il sistema di accertamento dei crediti tardivi che viene omologato a quello dei crediti tempestivi, con una sanzione di decadenza in caso di ritardo non giustificabile oltre un certo periodo dalla apertura del concorso. Un'altra scelta nuova è stata quella di disciplinare un unico procedimento anche per le domande di restituzione e rivendica di beni mobili e immobili, nonché per concentrare nello stesso procedimento anche la maggior parte dei crediti prededucibili e delle posizioni di chi vanta diritti su beni del debitore, pur non essendone creditore.

Le disposizioni in tema di liquidazione, ripartizione e chiusura della procedura si muovono nel solco della tradizione rivitalizzata da alcune delle prassi virtuose di cui già si è accennato. Talune esperienze maturate in certi tribunali del norditalia sono state sistematizzate ed assolvono così allo scopo di risolvere molte delle problematiche che erano emerse; così pure si è deciso di lasciare molta più autonomia al curatore nelle scelte gestorie, sul presupposto del confezionamento preventivo di un programma della liquidazione.

Fra le novità più significative si è voluto prevedere anche la cessione in blocco delle azioni revocatorie in modo che la durata delle controversie non venga più sopportata dai creditori concorrenti, ma resti un fatto, "quasi privato", fra il cessionario e il destinatario dell'azione.

Anche i procedimenti di vendita immobiliare sono divenuti più snelli, con la possibilità della alienazione a trattativa privata, ma anche più duttili, basti pensare all'ipotesi della vendita condizionata alla acquisizione del finanziamento bancario.

Così pure in materia di ripartizione sono state introdotte disposizioni tutte rivolte ad accelerare i tempi di definizione della procedura in modo da evitare che la pendenza di singole controversie ostacoli la chiusura.

Per il nostro ordinamento una novità assoluta è rappresentata dalla introduzione del principio della esdebitazione; il che significa che il debitore, al termine della procedura, ricorrendo taluni presupposti, è definitivamente liberato dai suoi debiti e può ridivenire un soggetto economico e quindi un potenziale produttore di ricchezza. Questo beneficio presuppone, però, che il debitore abbia effettivamente adottato, nel corso della procedura, comportamenti cooperativi, nonché con le sue condotte non abbia aggravato od occultato il dissesto.

La scelta della esdebitazione a favore dell'imprenditore ha reso quasi necessaria, in considerazione della esigenza di assicurare forme di trattamento omogenee, la predisposizione di una procedura per l'insolvente civile purché l'esposizione debitoria superi un certo ammontare. Diversamente da quanto è stato dipinto da taluno, non vi è alcuna visione panfallimentaristica con attrazione del debitore civile nell'alveo delle procedure concorsuali, ma, al contrario, in una visione coerente con l'economia liberista, si è voluto consentire al debitore di liberarsi delle proprie passività per poi potersi reinserire nel mercato anche come semplice consumatore. Questa opzione non può essere introdotta senza garanzie, visto che si pone in antitesi con la clausola generale di cui all'art.2740 c.c., e si sono dovuti prevedere requisiti di accesso e un minimo di procedimento strutturato.

Le notevoli mutazioni recenti del diritto delle società di capitali hanno poi reso necessario un processo di adattamento e di progressivo sviluppo delle interazioni fra nuove regole societarie e crisi e insolvenza; in tale contesto sono state inserite disposizioni relative ai gruppi, alle azioni di responsabilità e ai patrimoni destinati ad uno specifico affare. Le scelte del legislatore non contraddicono quelle di recente introdotte con il d.lgs n.6 del 2003 e successive integrazioni, ma sono volte ad adattare i nuovi istituti societari alle nuove esigenze concorsuali.

Infine nel testo dell'articolato sono contenute, per la prima volta, alcune disposizioni di diritto internazionale privato, di armonizzazione con l'ordinamento comunitario e di regolazione dei conflitti con altri ordinamenti statuali.



# Misure di allarme per la crisi d'impresa

Dott. Massimo Fabiani

*Magistrato in Milano*

## 1. Le ragioni della riforma della crisi d'impresa

Il lungo tempo trascorso fra l'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942 e un panorama normativo completamente trasformato, unitamente alle profonde innovazioni tipiche dell'innato dinamismo dell'economia<sup>1</sup>, sono stati alcuni dei fattori trainanti del processo di riforma dell'intero impianto concorsuale tuttora in itinere.

L'assetto legislativo di contorno ha subito profonde modificazioni sin quasi dal suo apparire, ove solo si pensi alla affermazione sempre più pervasiva dei principi derivanti dalla carta costituzionale, per poi approdare di recente a riforme processuali e sostanziali, si considerino, soltanto, le mutazioni del diritto delle società di capitali<sup>2</sup>, talché è divenuto assolutamente indifferibile intervenire sul tessuto della normazione fallimentare con innovazioni che, nel loro complesso, devono assolvere allo scopo (per attestarsi sul piano procedimentale) di implementare procedure più snelle e dotate di maggiore elasticità. Ma non è certo solo quello del procedimento il fronte sul quale il legislatore della riforma deve intervenire, posto che gli obiettivi di una disciplina moderna della regolazione della crisi d'impresa devono essere individuati contemperando gli interessi dei creditori, con quelli del mercato e della salvaguardia dell'impresa<sup>3</sup>.

Questo periodo lungo oltre mezzo secolo non è, in verità, rimasto privo di innesti normativi in ambito concorsuale, ma il legislatore si è dedicato esclusivamente alla formazione di discipline di settore<sup>4</sup>, alla istituzione di nuove procedure per la

---

<sup>1</sup> Per analoghe valutazioni sul versante della riforma societaria, Cera, *Le imprese e il nuovo diritto societario*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P.Benazzo, S.Patriarca, G.Presti, Milano, 2003, 257.

<sup>2</sup> Lo Cascio, *Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2003, 593.

<sup>3</sup> Per una ampia ricognizione del tormentato percorso della legislazione concorsuale e del pendolo ideologico ad esso sottostante, v. Jorio, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur.comm.*, 1994, I, 492; Stanghellini, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A.Jorio, Torino, 2001, 301.

<sup>4</sup> Il richiamo è soprattutto alle procedure di liquidazione coatta amministrativa delle banche, degli intermediari finanziari, delle compagnie di assicurazione; cfr., Brancadoro, *Linee evolutive della liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur.comm.*, 1996, I, 322.

grande impresa<sup>5</sup> o alla previsione di regolazione di dissesti *una tantum*.<sup>6</sup> E' mancato un programma complessivo di armonizzazione della frammentata disciplina concorsuale e, soprattutto, è rimasta inalterata la legge generale che dovrebbe riguardare la gestione della crisi della piccola e media impresa che costituiscono per il sistema economico italiano il vero polmone dello sviluppo economico<sup>7</sup>.

Una riforma che davvero aspiri a divenire legge di sistema nel medio-lungo periodo deve essere edificata essenzialmente sulla valutazione delle esigenze dei soggetti economici destinatari della procedura e di coloro che ruotano attorno alla impresa, ma al contempo non può prescindere dal contesto normativo nel quale va ad inserirsi e deve quindi armonizzarsi con i principi dettati per l'esercizio della giurisdizione in modo che un (eventuale) arretramento del giudice dalla crisi d'impresa<sup>8</sup> significhi soltanto spostamento del baricentro gestorio senza alcuna flessione degli istituti a presidio dei diritti dei soggetti coinvolti nel dissesto<sup>9</sup>.

In questa prospettiva il legislatore italiano è ormai tenuto a considerare la cornice comunitaria e a confrontarsi con le esperienze degli altri Paesi di tradizioni più omogenee alle nostre o di quelli più versati a legiferare in campo economico, ma la vocazione comparatistica deve pur sempre essere bilanciata dalla valutazione delle peculiarità del nostro sistema<sup>10</sup>, conservando, per quanto possa risultare proficuo, anche i valori positivi e le prassi virtuose correlate alla legge fallimentare del 1942<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Si pensi alle legge sull'amministrazione straordinaria che si sono giustapposte dal 1974 al 2004.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla liquidazione coatta dell'EFIM.

<sup>7</sup> Paoloni, *Il problema del risanamento delle piccole imprese in crisi*, in questa *Rivista*, 2003, 1013.

<sup>8</sup> De Santis, *Il giudice delegato fallimentare tra <<gestione>> e <<giurisdizione>>: tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur.comm.*, 2002, I, 492.

<sup>9</sup> Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in questa *Rivista*, 2004, 462.

<sup>10</sup> Sandulli, *Le soluzioni stragiudiziali per la composizione della crisi d'impresa*, in *La "riforma urgente" del diritto fallimentare e le banche*, a cura di S.Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2003, 243. Per analoghe valutazioni con riferimento all'esito della riforma societaria nella quale vi è stato forse un eccessivo appiattimento su taluni modelli stranieri senza una adeguata opera di adattamento, cfr., G.Rossi-A.Stabilini, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv.soc.*, 2003, 2.

<sup>11</sup> Per Fauceglia, *Considerazioni in tema di imminenti riforme del diritto fallimentare*, in questa *Rivista*, 2002, 1149 apprestarsi alla edificazione di una nuova fabbrica significa anche rinunciare ai preesistenti materiali di pregio per evitare incongrue sovrapposizioni.

## 2. Le misure anticipatorie

Tutte queste esigenze si trovano emblematicamente racchiuse nella parte iniziale della nuova legge<sup>12</sup> e cioè negli istituti di prevenzione e di allerta che, pure, per il nostro sistema, rappresentano una novità assoluta.

Uno dei limiti più significativi della legislazione vigente è costituito dalla estrema difficoltà di far emergere tempestivamente la crisi dell'impresa prima che questa si risolva in un vero e proprio dissesto<sup>13</sup>. L'esperienza di oltre sessant'anni ci ha consegnato, almeno in via tendenziale, un approdo alle procedure concorsuali di imprese ormai irrimediabilmente decotte nelle quali il percorso della liquidazione (soltanto talora realizzato con la conservazione dell'azienda e la sua ricircolazione nel mercato) si palesava come l'unico praticabile<sup>14</sup>.

La stessa procedura di amministrazione controllata si è rivelata, nella maggior parte dei casi, una semplice anticamera di successive procedure liquidatorie<sup>15</sup>, piuttosto che lo strumento di conservazione dell'impresa per varie ragioni che solo in via esemplificativa possono essere indicate nella naturale ritrosia dell'imprenditore ad accedere al tribunale, nella esclusività dell'accesso riservata al debitore<sup>16</sup>, nell'incapacità, quasi strutturale, di separare le sorti dell'imprenditore

---

<sup>12</sup> Per nuova legge si vuole qui considerare non solo i progetti di schema di disegno di legge delega approvati dalla Commissione istituita nel 2001 per la riforma della legge fallimentare, ma anche il ben più complesso articolato che una Commissione ristretta, insediata più di recente, ha ormai consegnato all'ufficio legislativo per il consueto *iter* di presentazione al consiglio dei ministri prima e al parlamento poi.

<sup>13</sup> Fortunato, *Recenti sviluppi della riforma sulla disciplina delle crisi*, in *Riv.dir.comm.*, 2003, 587; Guglielmucci, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 157; D'Alessandro, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur.comm.*, 2001, I, 412; de Ferra, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur.comm.*, 2001, I, 201.

<sup>14</sup> Sotto questo punto di vista, la stessa procedura di composizione concordata della crisi che nella volontà del legislatore della riforma aspirerebbe a divenire lo strumento virtuoso per impedire la dispersione di ricchezza e al contempo un veicolo di più intensa soddisfazione del ceto creditorio, anche mediante il meccanismo di *turnaround*, non è idonea ad anticipare la crisi, ma è semmai idonea ad anticipare la gestione o la soluzione della crisi in funzione di un migliore risultato per i creditori e per il mercato; cfr., A.Patti, *La prosecuzione dell'attività d'impresa nel tradizionale sistema di graduazione dei crediti*, in questa *Rivista*, 2002, 13; Abete, *La procedura di crisi: tra solerte iniziativa del debitore e pericolo d'insolvenza*, in questa *Rivista*, 2002, 21.

<sup>15</sup> Per una visione e conservativa dell'attualità dell'amministrazione controllata, Censoni, *Gestione commissariale e funzione dell'amministrazione controllata*, Milano, 1994, 125.

<sup>16</sup> Abete, *La procedura di crisi: tra solerte iniziativa del debitore e pericolo d'insolvenza*, cit., 20; Guglielmucci, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, cit., 157 sottolinea che nella legge tedesca rappresenta un limite la scelta di affidare al solo

da quelle dell'impresa<sup>17</sup>. La storia e la cronaca dell'ultimo quarto di secolo portano a considerare che né le amministrazione controllate né le amministrazione straordinarie si sono rivelate delle soluzioni adeguate per riportare *in bonis* l'imprenditore, avendo assolto, nei casi più favorevoli alla funzione di reimmettere singoli comparti produttivi sul mercato<sup>18</sup>. Le stesse soluzioni stragiudiziali per il superamento della crisi, nell'esperienza dell'ultimo decennio si sono articolate in accordi fra debitore e creditori ampiamente condizionate da una insolvenza ormai imminente<sup>19</sup>.

L'esigenza di far emergere tempestivamente la crisi dell'impresa è quindi un obiettivo primario di una riforma delle procedure concorsuali che non voglia limitarsi ad assumere il ruolo di strumento di regolazione dei conflitti e di insieme di disposizioni procedimentali<sup>20</sup>.

In questa prospettiva, il panorama internazionale offre come modello di riferimento la procedura di allerta prevista dal sistema francese. La Francia che ha pur sempre rappresentato un modello per le altre legislazioni europee sin dal codice napoleonico, presenta alcune peculiarità sistemiche che non rendono sempre agevole un processo di importazione degli istituti giuridici transalpini. Senza nessuna pretesa di completezza e con specifico riferimento alla materia che qui interessa, non è difficile pensare alla tradizionale declamata efficienza della burocrazia nel campo della pubblica amministrazione, alla sempre avvertita presenza dello Stato nella gestione della economia in una logica dirigistica che non

---

debitore la facoltà di accedere alla procedura quando vi è, solo, pericolo di insolvenza. Proprio per questa ragione Schlesinger, *Proposta per una nuova procedura concordataria di soluzione di crisi aziendali*, in *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, a cura di S.Piccinini e M. Santaroni, Roma, 2002, 20 sostiene che una procedura di regolazione della crisi dovrebbe essere rimessa anche nella disponibilità dei creditori, posto che quando l'impresa versa in crisi non è più un affare dell'imprenditore ma è un valore di tutti gli *stakeholders*.

<sup>17</sup> Pacchi Pesucci, *Alcune riflessioni in tema di insolvenza, impresa e complesso aziendale, derivanti dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur.comm.*, 1999, I, 315.

<sup>18</sup> Lanfranchi, *Amministrazione controllata e diritto vigente*, Milano, 1996, 10.

<sup>19</sup> Bonelli, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur.comm.*, 1997, I, 488; Bonfatti, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici*, in *Le procedure concorsuali tra "nuove frontiere" e prospettive di riforma*, a cura di S.Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2002, 113, nel condurre una serrata critica ai progetti elaborati nella precedente legislatura non spiega peraltro le ragioni per le quali le soluzioni stragiudiziali risolverebbero la questione della tempestività della regolazione della crisi.

<sup>20</sup> Nella tradizionale suddivisione dei sistemi fra quelli *debtor oriented* e quelli *creditor oriented*, gli istituti di allerta e prevenzione sembrerebbero indirizzarsi nettamente verso il primo criterio.

ha intercettato sensibili variazioni nel passaggio da una maggioranza governativa all'altra, alla mantenuta autonomia dei tribunali di commercio<sup>21</sup>.

In questa cornice si spiega sicuramente il procedimento di allerta che assolve all'unisono, l'esigenza di emersione tempestiva della crisi e l'esigenza di un controllo pubblico sulla gestione dell'impresa, favoriti da una endemica autorevolezza dell'amministrazione, nel caso di specie rappresentata dai presidenti dei tribunali di commercio, figure del tutto peculiari nel contesto delle legislazioni occidentali<sup>22</sup>.

Riportare questa particolare esperienza nel nostro sistema senza opportuni adattamenti sarebbe una scommessa persa in partenza; viceversa il legislatore italiano può giocare questa scommessa se è in grado di coniugare la funzionalità di quel modello alla tradizione italiana. Se è noto come negli ambienti d'oltralpe l'efficienza degli istituti di allerta sia oggetto di dibattito, non si può però trascurare che non si è assistito negli anni ad un arretramento di quella esperienza che rappresenta, comunque, una alternativa aggiuntiva che merita di essere percorsa perché offre al mercato qualcosa in più di quanto si abbia attualmente a disposizione.

### **2.1 L'allarme esterno**

Per comodità espositiva i punti nevralgici degli istituti di allerta e prevenzione sui quali vale la pena di soffermare l'attenzione, si condensano a) nella previsione di segnali di crisi che provengono dall'esterno e che vanno a costituire una apposita banca dati, b) nella previsione di una accentuazione degli obblighi degli organi di controllo di sollecitare determinate iniziative volte a superare la crisi e quindi una segnalazione di allarme interno e infine, c) nella previsione di una ostensione della crisi alla autorità giudiziaria.

Va poi segnalato che questi istituti sono destinati a non rappresentare una monade nel contesto delle disposizioni sulla crisi d'impresa posto che sono immediatamente visibili le ricadute pratiche dell'attivazione di questi meccanismi; se gli istituti di allerta funzionano lasciano presagire nell'ipotesi più favorevole l'adozione di misure atte al superamento della crisi e in quella più sfavorevole nell'estensione di spazi per l'apertura officiosa della procedura di liquidazione concorsuale, mentre nel caso del mancato funzionamento, le omissioni lasciano

---

<sup>21</sup> La loi n.84-148 del 1° marzo 1984 sulla *prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, pur modificata e trasfusa in successivi impianti normativi non ha subito alterazioni ideologiche a dispetto dell'alternanza governativa che ha caratterizzato la Francia nell'ultimo ventennio; piuttosto la riforma del 1994 ha diffuso e rafforzato tale misura di prevenzione..

<sup>22</sup> Fortunato, *Recenti sviluppi della riforma sulla disciplina delle crisi*, cit., 596.



spazio alla emersione di profili di responsabilità per gli organi deputati a effettuare le segnalazioni.

Come si è osservato, se non si vuole correre il rischio di scivolare nel plagio normativo, è necessario adattare il modello di riferimento alla realtà italiana ed ecco, allora, che così si spiega la prima disposizione di apertura, quella che, nel solco della tradizione, mantiene il flusso informativo costituito dalla elevazione dei protesti<sup>23</sup>. Infatti, se è vero che i sistemi di pagamento nelle transazioni commerciali si sono moltiplicati e molto spesso si allontanano da quelli tradizionali, non si può però pensare che l'emissione di titoli di debito e di credito sia divenuta desueta, sia perché risponde ad una prassi commerciale ancora ben radicata in alcune aree del Paese, sia perché queste forme di pagamento sono tuttora quelle che assicurano al creditore la formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale.

E' però altrettanto ovvio che questo canale informativo sia solo parzialmente attendibile in quanto non copre tutte le imprese; ciò ha giustificato la previsione di estendere i canali informativi ad altri sintomi esterni rivelatori della crisi e questi sono stati individuati nella pendenza delle procedure esecutive e nel mancato pagamento di debiti nei confronti di amministrazioni pubbliche e società di somministrazione di energia.

Per ciò che attiene alle procedure esecutive, è noto come la pendenza di procedimenti di esecuzione forzata sia un indice normalmente rivelatore della incapacità non transitoria del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni (pur non dovendosi trascurare l'esistenza di ipotesi-limite nelle quali la patologia può essere rappresentata dal debitore che pur potendolo fare, consapevolmente rifiuta di eseguire un pagamento spontaneo) e come, pur tuttavia, la conoscenza di questo dato sia rimessa al caso e cioè alla condotta più o meno diligente o accondiscendente del personale di cancelleria che consenta o rifiuti l'accesso al registro, ovvero alla capacità del creditore istituzionale<sup>24</sup> di dotarsi di una struttura mobile di "vigilanza" sugli accessi in cancelleria<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sulla continuità di tale previsione con il passato, Fortunato, *Recenti sviluppi della riforma sulla disciplina delle crisi*, cit., 593.

<sup>24</sup> Munari, *Conoscenza e conoscibilità dello stato di insolvenza*, in *Giur.comm.*, 1997, I, 734.

<sup>25</sup> Con riferimento al tema della *scientia decoctionis*, è noto che dopo un arrembante giurisprudenza panfallimentaristica degli anni '70 e '80, di recente l'atteggiamento dei giudici si è adagiato su un approccio meno rigoroso e sempre più incline a valutare le peculiarità del caso concreto, piuttosto che fare affidamento su principi stereotipati e diffusi più con la ragione della forza che con la forza della ragione; per l'indirizzo più morbido, cfr., Trib. Venezia, 15 dicembre 2000, in *Foro pad.*, 2001, I, 399; per l'ammissione della non diffusività delle notizie risultanti dai registri di cancelleria attesa la loro non pubblicità, Cass., 28 maggio 1997, n. 4731, in questa *Rivista*, 1997, 1205; Cass., 28 aprile 1995, n. 4718, in questa *Rivista*, 1996, 118; anche se talora in negativo, la sussistenza o

Rispetto a questa situazione fattuale nella quale i creditori subiscono un trattamento sicuramente disomogeneo, la possibilità di acquisire fonti di informazioni di questo genere seguendo canali di trasparenza, rappresenta indubbiamente un notevole passo avanti.

Così pure la previsione di attribuire alle pubbliche amministrazioni<sup>26</sup>, statali, territoriali e autonome, il compito di effettuare segnalazioni in ordine ai mancati pagamenti di crediti pubblici assume una significativa portata sol che si pensi alla abitudine dell'imprenditore medio di iniziare a non pagare con regolarità quegli enti che per la loro struttura possiedono una capacità di reazione meno efficace in termini di rapidità. E' noto che molto spesso talune categorie di imprese ricorrono sistematicamente come mezzo di finanziamento alla omissione dei pagamenti nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Ci si è posti il problema della concreta possibilità per la pubblica amministrazione di far fronte a tale incombenza e tale preoccupazione, certamente non infondata, ha suggerito l'apposizione di un limite quantitativo rilevante nel credito non pagato per oltre un semestre dalla scadenza<sup>27</sup>. Per opportune ragioni di reciprocità, alla segnalazione del ritardo nel pagamento deve seguire anche la segnalazione della

---

insussistenza di procedure esecutive è un elemento ancora valutato dalla giurisprudenza, v. Cass., 19 maggio 2000, n. 6530, in questa *Rivista*, 2001, 416; Cass., 21 gennaio 2000, n. 656, in questa *Rivista*, 2000, 1388; Cass., 11 gennaio 1999, n. 169, in *Giur. comm.*, 2000, II, 10; Cass., 14 febbraio 1990, n. 1094, in *Foro it.*, 1990, I, 2898.

<sup>26</sup> Problema del tutto diverso e che pur tuttavia coinvolge sempre la pubblica amministrazione è quello relativo alla previsione della istituzione di enti o società destinati a svolgere compiti di ausilio per la soluzione delle crisi; la previsione normativa si riallaccia alle esperienze dell' *Insolvency Service* operante nel Regno Unito e dell' *United States Trustee Program* operante negli Stati Uniti. L'efficacia di questi istituti è, almeno in parte, diretta conseguenza del livello di autorevolezza di certe istituzioni e in questa prospettiva, nel nostro Paese, la cultura della Autorità indipendenti, peraltro ormai diffuse, sconta ancora un difetto di autorevolezza non disgiunto dalla effettività del requisito della indipendenza; cfr., in merito al tema della effettiva indipendenza e a quello della tutela giurisdizionale, Cavazzuti, *La riforma delle autorità indipendenti: appunti per un dibattito*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 564.

<sup>27</sup> In una preliminare versione del disegno di legge-delega elaborato dalla Commissione di riforma era stato previsto che l'inattività dell'Amministrazione nella trasmissione dei dati sarebbe stata sanzionata con la decadenza delle eventuali cause di prelazione che assistessero il credito; questa opzione che pure avrebbe potuto incentivare comportamenti cooperativi si scontra, purtroppo, con una complessiva situazione del debito pubblico che fatica a conciliarsi con perdite nel settore della riscossione dei crediti pubblici.

rimozione della morosità quale indice, a sua volta, rivelatore di una almeno parziale riconquistata capacità di adempiere alle obbligazioni<sup>28</sup>.

La scelta di inserire fra i soggetti tenuti ad effettuare le segnalazioni anche le società erogatrici di servizi di somministrazione di energia, risponde invece alla considerazione per la quale i debiti contratti nei confronti di questi soggetti vengono di solito onorati con regolarità, pena il rischio della interruzione della fornitura del servizio, sì che il mancato pagamento di questi è un indice rivelatore della gravità e forse della irreversibilità della crisi.

Tutte queste informazioni, per poter essere utilizzate, devono divenire una massa di dati intelleggibile e, in tale ottica, si è preferito assegnare il compito di gestire e trattare questi dati alle camere di commercio, sia per considerazioni di carattere organizzativo sia perché l'accesso a queste informazioni deve poter assumere anche un valore diverso da quello funzionale all'avvio di una procedura concorsuale, e cioè quello di consentire più facilmente una valutazione del rischio del credito<sup>29</sup>. Infatti, a questo proposito, si è scelta la forma della costituzione di una apposita banca dati dalla quale sia possibile acquisire informazioni seguendo lo schema del procedimento di accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

I dati contenuti nel registro devono essere aggregati per imprenditore e periodicamente, devono affluire nelle cancellerie dei tribunali<sup>30</sup>. Queste fonti di informazioni non divengono però automaticamente ostensibili per l'autorità giudiziaria che se ne può, invece, avvalere come fonte di prova tipica e predeterminata quando viene avviata l'iniziativa d'ufficio e come mezzo di prova additivo, di natura officiosa, quando l'iniziativa per l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale viene promossa da uno dei soggetti legittimati.

Certo ci si può chiedere se l'istituzione di una banca dati di questo tenore possa costituire un omologo commerciale del casellario giudiziale, ma le preoccupazioni sottese a questa valutazione debbono essere contrastate osservando che gli istituti di allerta e prevenzione sono strutturalmente correlati alla previsione della procedura di composizione concordata della crisi. L'imprenditore in crisi deve essere stimolato a superarla, eventualmente facendo ricorso a tale procedura, in modo da poter conseguire il beneficio della *discharge* per potersi reimmettere nel mercato con nuove energie. Ciò che va modificato è proprio l'approccio dell'imprenditore alla crisi d'impresa; un sistema moderno nel quale la liquidazione concorsuale non deve più essere vista come una sanzione ma solo

---

<sup>28</sup> Per logica simmetria, la segnalazione dovrebbe essere inoltrata in ogni altro caso in cui lo stato di morosità sia venuto meno, si pensi, in campo fiscale all'accoglimento di un ricorso davanti agli organi della giustizia tributaria.

<sup>29</sup> In senso analogo, Fortunato, *Recenti sviluppi della riforma sulla disciplina delle crisi*, cit., 594.

<sup>30</sup> Per questa previsione è evidente il richiamo al modello francese.

come l'ultima alternativa alle soluzioni concordate, può resistere solo se si fa affidamento su comportamenti virtuosi, ma questi comportamenti devono in qualche modo essere sollecitati e gli istituti ora in esame proprio a tale funzione dovrebbero servire.

## **2.2 L'allarme interno**

Se le fonti di informazioni esterne all'impresa riguardano tutti gli imprenditori, per quelli organizzati nella forma delle società di capitali sono previste anche fonti di informazione interne all'impresa<sup>31</sup>.

Questa scelta non è dettata da una diversa valutazione sul rischio crisi o insolvenza che può colpire l'impresa individuale, quanto piuttosto dal fatto che solo per le società di capitali la legge prevede la costituzione di organi di controllo, latamente intesi.

Nella predisposizione del testo di riforma della legge fallimentare era ovviamente necessario prendere atto della intervenuta riforma delle società di capitali e provvedere per quanto possibile a realizzare una disciplina coordinata se non uniforme<sup>32</sup>.

Le disposizioni previste nel codice civile in relazione ai doveri del collegio sindacale sono state strutturalmente pensate per la fisiologia della attività d'impresa, tanto è vero che i poteri surrogatori dei sindaci sono espressi con

---

<sup>31</sup> Gli stessi principi previsti per le società possono reputarsi esportabili agli imprenditori collettivi aventi diversa forma giuridica e per i quali, pure, siano previsti organi di controllo.

<sup>32</sup> Ad esempio, l'espressione <<organi di controllo>> è volutamente generica perché tende ad abbracciare le molteplici figure che la riforma ha previsto; ad esempio nelle s.r.l., al collegio sindacale, se costituito, sono attribuiti anche compiti di verifica contabile oltre a quelli previsti in tema di s.p.a. e relativi al controllo di gestione; in particolare sulla varietà delle attribuzioni del collegio sindacale nelle s.r.l., con ricadute anche sui poteri di cui all'art.2406 c.c., cfr., Racugno, *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Società*, 2004, 17; ; Mannoni, *I controlli*, in *La nuova s.r.l.*, a cura di F.Farina, C.Ibba, G. Racugno, A Serra, Milano, 2004, 281 ; Cavalli, *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 720; Corapi, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1573; Salafia, *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 13; Rordorf, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 670; Manzo (Carestia, Di Amato, Iannello, Lo Cascio, Pietraforte), *Società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 8, 225.

Per una analitica specificazione dei compiti degli organi di controllo nei diversi modelli di s.p.a., v. Calandra Buonauro, *I modelli di amministrazione e di controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 546; Mosco, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P.Benazzo, S.Patriarca, G.Presti, Milano, 2003, 121.

riferimento alla irregolarità della gestione viste dal prisma della violazione da parte degli amministratori delle norme del codice o delle regole statutarie. Solo per esemplificare, il collegio sindacale deve convocare l'assemblea (art.2406 c.c.) se ravvisa fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere<sup>33</sup>, ma questa fattispecie – la quale rappresenta indubbiamente un importante passo avanti nella direzione del rafforzamento dei poteri dei sindaci<sup>34</sup> - sembra sostanzialmente estranea a quella che attiene alla valutazione della crisi in cui una impresa può venire a trovarsi<sup>35</sup>. Infatti non esiste un rapporto di necessaria efficienza causale fra irregolarità di gestione e crisi dell'impresa come pure questa relazione non esiste nell'ipotesi speculare: la crisi dell'impresa può certamente non derivare da irregolarità nella gestione.

Ecco allora che si disvela la ragione per la quale l'attribuzione agli organi di controllo di ulteriori compiti di vigilanza nel contesto della riforma concorsuale non deve apparire né una incoerenza né una giustapposizione rispetto alle regole codicistiche; infatti, mentre le norme del codice civile hanno ad oggetto la vita della società, quelle collocate nella legge di riforma del sistema fallimentare hanno ad oggetto la vita dell'impresa<sup>36</sup>. Tale considerazione giustifica altresì per quale motivo le disposizioni del codice civile non sono sufficienti a proposito del controllo sulla gestione dell'impresa<sup>37</sup> come pure la ragione per cui i doveri di collaborazione che si richiedono ai sindaci devono essere estesi a tutti gli organi investiti di funzioni di controllo e quindi i revisori contabili, le società di revisione, il comitato di sorveglianza (nelle società che adottano il sistema dualistico) e il

---

<sup>33</sup> Toffoletto, *Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 153; Pescatore, (Bassi, Buonocore), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 79.

<sup>34</sup> Caselli, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 262.

<sup>35</sup> Infatti Ambrosini, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 322 rileva proprio che la disposizione di cui all'art.2406 c.c. non sembra lasciare spazio alla attribuzione di un potere generale di convocazione dell'assemblea; Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 153; Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003, 164; Ferraro, *Omissioni degli amministratori*, in *La riforma delle società*, a cura di M.Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 2/I, 584.

<sup>36</sup> Infatti se è vero che nella legge-delega n.366 del 2001 si era inteso valorizzare il carattere imprenditoriale della società, non per questo il governo della società si è interamente sovrapposto al governo dell'impresa come è testimoniato dall'immutato testo dell'art.2247 c.c.; sul punto, Fortunato, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 731.

<sup>37</sup> Providenti (-Nazzicone), *Società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 5, 293. Per una diversa valutazione, v. Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, cit., 153, ad avviso del quale il collegio sindacale deve valutare il *going concern*.

comitato per il controllo sulla gestione (nelle società che privilegiano il modello monistico).

Al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza (se si ritiene di applicare analogicamente il rinvio all'art.2406 c.c.<sup>38</sup>) spetta il compito di allertare gli amministratori quando, nell'esercizio delle loro funzioni, avvertono l'esistenza di fatti che possono pregiudicare la continuità dell'impresa; ai revisori e alle società di revisione (cui è affidato il controllo contabile) è assegnato il compito di allertare l'organo amministrativo o quello di controllo<sup>39</sup>. A loro volta i sindaci possono essere sollecitati ad adottare tali iniziative su richiesta della minoranza secondo quanto prevede l'art. 2408 c.c.

L'allarme, se fondato, deve indurre l'organo amministrativo ad adottare i rimedi necessari al superamento della crisi, ma perché non sia velleitario il compito che viene riconosciuto agli organi di controllo, a questi deve essere attribuita la facoltà di convocare l'assemblea, nei limiti di cui all'art. 2406 c.c., perché siano adottate le necessarie deliberazioni<sup>40</sup>.

Tutta questa attività viene confinata all'interno della società e ciò spiega per quale ragione la previsione della assunzione di tali poteri deve essere vista nell'ottica dell'ausilio al superamento della crisi piuttosto che a quello dell'avvio verso la china dei rimedi concorsuali. Non vi è dubbio che la scelta del legislatore che ha riformato il diritto delle società di non voler ampliare l'autonomia del collegio sindacale e dei revisori<sup>41</sup>, rischia di rendere fragile l'assegnazione di ulteriori compiti che si infrangono sulla barriera del potenziale conflitto con l'organo amministrativo (in un certo senso la spinta verso una sempre più diffusa indipendenza effettiva dei controlli dovrebbe venire in via di "autotutela" dalle stesse imprese<sup>42</sup>), ma le possibili ricadute in tema di responsabilità personale

---

<sup>38</sup> Tale disposizione è applicabile al consiglio di sorveglianza per effetto del richiamo di cui all'art.2409 *quaterdecies* c.c.; Calandra Buonauro, *I modelli di amministrazione e di controllo nella riforma del diritto societario*, cit., 548;

<sup>39</sup> Per Fortunato, *Contabilità e procedure concorsuali*, in *Giur.comm.*, 1998, I, 541, si potrebbe pensare alla elaborazione da parte delle categorie professionali di *ratios* settoriali, dal cui scostamento si potrebbe desumere una situazione di allarme.

<sup>40</sup> Va infatti considerato che, come accade con riferimento alla fattispecie codicistica, il collegio sindacale, almeno in una prima fase, deve atteggiarsi come organo referente per l'assemblea dei soci, nel senso che devono essere i soci a prendere le decisioni sulla sorte, a questo punto, dell'impresa; cfr., Fortunato, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 311.

<sup>41</sup> Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, cit., 161; Calandra Buonauro, *I modelli di amministrazione e di controllo nella riforma del diritto societario*, cit., 550.

<sup>42</sup> Abriani, *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Società*, 2004, 271.

potrebbero anche controbilanciare l'inadeguata normazione in materia di indipendenza<sup>43</sup>.

Superata la prima fase, poiché è pur sempre possibile che la società non adotti rimedi o quelli individuati siano reputati dall'organo di controllo insufficienti, questo deve poter segnalare tale situazione al tribunale e dar conto di tale segnalazione anche ai terzi con l'iscrizione nel registro di cui si è parlato<sup>44</sup>.

La segnalazione alla autorità giudiziaria assolve ad una diversa funzione a seconda di quale sia la situazione in cui si trova l'impresa; se la situazione economica (patrimoniale e finanziaria) è critica ma ancora in condizioni di poter essere superata, eventualmente mediante interventi straordinari, il tribunale si deve limitare ad operare una *moral suasion* nei confronti dell'imprenditore<sup>45</sup>, rappresentando l'opportunità dell'accesso alla procedura di composizione concordata della crisi e il rischio che una intempestiva attivazione possa aggravare il pregiudizio dei creditori e dei terzi con conseguente pericolo di assunzione di responsabilità da parte dell'organo amministrativo<sup>46</sup>, eventualmente anche di natura penale. In questa ipotesi il procedimento deve essere improntato alla massima semplicità e fluidità senza alcun appesantimento formale.

Se invece quella rappresentata dai sindaci è una situazione di insolvenza e l'imprenditore non manifesta la volontà di accedere alla procedura di composizione concordata della crisi, la segnalazione dell'organo di controllo autorizza il tribunale ad avviare il procedimento per la dichiarazione d'ufficio di apertura della procedura di liquidazione concorsuale.

Il sistema così congegnato dovrebbe assicurare una anticipazione dell'emersione della crisi in quanto l'imprenditore è consapevole che le informazioni sullo stato della sua impresa possono circolare all'esterno più di quanto non sia accaduto sino ad ora, sì che può essere stimolato a prevenire le iniziative dei creditori avviando una ristrutturazione dell'impresa o accedendo alla procedura di composizione concordata della crisi. Per analoghe ragioni, il fatto che gli organi di controllo possano segnalare alla autorità giudiziaria situazioni di crisi non necessariamente destinate ad evolvere in insolvenza, dovrebbe indurre l'imprenditore ad adottare

---

<sup>43</sup> Il tema dell'indipendenza degli organi di controllo ha riflessi immediati sul piano della crisi d'impresa; cfr., Fimmanò, *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Società*, 2004, 411.

<sup>44</sup> Questa soluzione colma la lacuna che nella vita fisiologica della società è data dalla mancata previsione di mezzi di reazione alla situazione di *impasse* che si determina se l'assemblea non asseconda le sollecitazioni dei sindaci; v. Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 92.

<sup>45</sup> Fortunato, *Recenti sviluppi della riforma sulla disciplina delle crisi*, cit., 594.

<sup>46</sup> Jorio, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza: un modello da imitare?*, in *Giur.comm.*, 1995, I, 700.

tutte le iniziative opportune per evitare che la segnalazione pervenga alla autorità giudiziaria<sup>47</sup>.

E' sin troppo evidente e quasi scontato che gli istituti di allerta e prevenzione rappresentino una scommessa per il nostro ordinamento, ma appaiono comunque un utile ausilio in quanto la formazione di flussi informativi è, comunque, destinata a giocare un ruolo – suppletivo - importante come materiale istruttorio per il procedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale. Soprattutto appare una scommessa l'assegnazione al giudice di una capacità di *moral suasion*, ma se tale scelta si accompagna a quella della previsione di sezioni specializzate, v'è da augurarsi che il giudice al quale sono stati sottratti poteri invasivi nella gestione delle procedure possa riconquistare un ruolo di alta amministrazione (senza per questo intervenire intralciando l'attività dell'impresa) nella prevenzione e soluzione della crisi<sup>48</sup>.

### 3. Allarme e officiosità della procedura

Come si è già parzialmente tratteggiato, le disposizioni sull'allerta non costituiscono un segmento autonomo della legge di riforma ma rivestono un ruolo di particolare rilievo quanto meno con riferimento alla soluzione di due importanti questioni già ampiamente dibattute nel diritto vigente.

Il primo spunto di riflessione è dato dalle interazioni fra misure di allerta e iniziativa officiosa della procedura concorsuale liquidatoria.

Nell'ultimo quinquennio alcune corti di merito e ampie fasce della letteratura<sup>49</sup> hanno cercato di innestare nel procedimento fallimentare i valori del giusto processo; le sollecitazioni, anche serrate, che hanno raggiunto i giudici di legittimità non hanno, sino ad ora, fatto alcuna breccia. Parzialmente diverso è

---

<sup>47</sup> Il sistema diretto a valorizzare i fattori interni di rilevazione della crisi è modulato sulla legislazione francese ma ha un impatto assai meno invasivo nel passaggio delle informazioni sulla crisi dagli organi di controllo alla autorità giudiziaria; cfr. Campana, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in questa *Rivista*, 2003, 981.

<sup>48</sup> M.Ferro, *Il ruolo del giudice nel risanamento aziendale*, in questa *Rivista*, 2003, 932.

<sup>49</sup> Giu.Tarzia, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur.comm.*, 2002, I, 264; Costantino, "Giusto processo" e procedure concorsuali, in *Foro it.*, 2001, I, 3451; Scarselli, *Terzietà del giudice e procedure fallimentari*, in *Foro it.*, 1997, I, 2002; Siracusano, *Osservazioni sulla pretesa incompatibilità del giudice della cautela rispetto al merito*, in *Giust.civ.*, 1997, I, 2005; Bonfatti, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, III, Torino, 1997, 313; Caputo, *La partecipazione del giudice delegato alla decisione delle cause da lui autorizzate*, in *Dir.fall.*, 1996, II, 99; De Santis, *Il giudice delegato fallimentare tra <<gestione>> e <<giurisdizione>>*, cit., 502.



stato il risultato conseguito davanti al giudice delle leggi<sup>50</sup> ove pure sono approdate diverse questioni, quasi tutte risolte nel senso della piena adeguatezza della legge del 1942 ai valori costituzionali sul giusto processo. Infatti, con riferimento alla questione della legittimità costituzionale della iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento, la Consulta, dopo un primo sbrigativo diniego per vizi di ammissibilità, ha riconosciuto la compatibilità della iniziativa officiosa<sup>51</sup> con i principi di terzietà e imparzialità del giudice fissando però alcuni stringenti paletti che, per semplicità, possono definirsi in termini di garanzia della esternità della sollecitazione. Il giudice può essere assegnatario della iniziativa d'ufficio se questa viene sollecitata dall'esterno, mentre la tutela dei principi costituzionali non sarebbe egualmente assicurata se fosse il giudice a ricercare i soggetti insolventi secondo criteri non improntati a trasparenza; il giudice, in sostanza, non può ergersi a controllore dell'impresa e deve pur sempre attendere una sollecitazione proveniente dall'esterno<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Il principio del giusto processo civile e fallimentare in particolare, fatica a trovare riconoscimento presso il giudice delle leggi sul giusto processo fallimentare (basti qui richiamare, per analoghe considerazioni, COSTANTINO, «*Giusto processo*» e *procedure concorsuali*, in *Foro it.*, 2001, I, 3451); anzi la sentenza 15 luglio 2003, n.240 sembra porre una pietra tombale sulla interpretazione vitalizzante dell'art.111 Cost., posto che nella prima parte della motivazione di tale pronuncia si sostiene a chiare lettere che il novellato art.111 Cost. nulla avrebbe immutato sull'impianto delle garanzie nel processo civile, posto che in tale disposizione non sarebbe contenuta alcuna prescrizione nuova che non fosse già compresa in altre norme costituzionali, sebbene in un sistema diffuso e non concentrato in una sola disposizione; questa decisione giunge dopo Corte cost., 31 maggio 2001, n. 176 e 28 maggio 2001, n. 167, in *Foro it.*, 2001, I, 3450 che pure aveva dichiarato infondate altre questioni di legittimità costituzionale dell'impianto fallimentare viste nell'ottica del giusto processo.

<sup>51</sup> In senso contrario, M.Fabiani, *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, in questa *Rivista*, 2002, 291; scetticismo sulla attualità della iniziativa officiosa è espresso da Bassi, *Il fallimento di ufficio*, in *Giur.comm.*, 2001, I, 643.

<sup>52</sup> In letteratura vi sono state prese di posizioni più rigide sui confini della iniziativa d'ufficio, cfr., Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1989, 228; Cuneo, *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988, 252; Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, 442; ma anche interpretazioni più elastiche, v. Pacchi Pesucci, *La dichiarazione di fallimento*, in *Diritto fallimentare*, coordinato da A. Maffei Alberti, Bologna, 2002, 74; Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1995, 63; Ricci, *Lezioni sul fallimento I*, Milano, 1992, 164; Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, 50; Tedeschi, *Fallimento (Apertura)* voce dell' *Enc.giur.Treccani*, Bologna-Roma, 1989, 2; Bonsignori, *Il fallimento in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F.Galgano, Padova, 1986, 530; sostanzialmente in linea con Cass., 9 marzo 1996, n.1876, in questa *Rivista*, 1996, 764; Cass. 30 agosto 1995, n.9156, in questa *Rivista*, 1996, 156; Cass., 25 settembre 1990, n.9704, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Fallimento*, n.213.

In questa cornice l'iniziativa officiosa per l'apertura del concorso è destinata a non essere espunta dal sistema, per essere invece indirizzata verso una casistica tipica e predeterminata, volta a prevenire possibili abusi<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> La soluzione adottata ricalca da vicino quella contenuta nella citata sentenza n.240/2003 del giudice delle leggi nella quale si sono rappresentate le seguenti proposizioni: a) il principio della domanda se contrapposto a quello della terzietà-imparzialità del giudice non trova diretta copertura costituzionale in quanto vi sono situazioni nelle quali l'iniziativa officiosa più che opportuna si rivela necessaria; b) l'iniziativa officiosa non lede il principio della terzietà-imparzialità del giudice quando il procedimento è strutturato in modo che il giudice conservi il requisito di soggetto *super partes* mantenendosi in posizione di equidistanza e non rivestendo il ruolo di <<giudice-attore>> (sul tema della terzietà-imparzialità, proprio con riferimento al ruolo del <<giudice-attore>>, cfr., M.FABIANI, *L'iniziativa processuale e l'anticipazione cautelare nell'azione ex art. 146 l.fall., id.*, 2001, I, 1730); c) la posizione di terzietà-imparzialità è assicurata ogni volta che il procedimento per la dichiarazione di fallimento sia sollecitato *ab externo* e in tutti i casi di "fallimento-dipendente". In una prospettiva strettamente concorsuale, la proposizione di maggior rilievo appare quella sub c), sia per quanto viene detto in modo esplicito, sia per quanto viene poi suggerito a proposito di situazioni nelle quali, invece, il pericolo di attentato alla garanzia della terzietà-imparzialità potrebbe palesarsi. In sostanza il giudice delle leggi ritiene che l'equidistanza del giudice dalle parti possa essere tranquillamente affermata ogni volta che vi sia una iniziativa che proviene dall'esterno, con la conseguenza che nessuna violazione del precetto di cui all'art.111 Cost., si dovrebbe realizzare nelle ipotesi: 1) del fallimento dichiarato d'ufficio a seguito del passaggio da una procedura concorsuale minore a quella concorsuale liquidatoria, 2) del fallimento del socio illimitatamente responsabile; 3) di sollecitazioni provenienti da altro giudice ai sensi dell'art.8 l.fall.; 4) di sollecitazioni provenienti da soggetti terzi che pure non rivestono la qualità di legittimati ai sensi dell'art.6 l.fall. (si è fatto l'esempio dell'ispettore giudiziario nominato nel procedimento *ex art.2409 c.c.*, ma si potrebbe pensare ad un esposto del collegio sindacale e altre situazioni consimili). Ogni altra iniziativa officiosa non proveniente *ab externo*, non risulterebbe legittima ma ciò con riferimento ad una valutazione di merito piuttosto che per motivi di contrasto con la normativa costituzionale. La Consulta, di fatto, ha cioè avallato l'interpretazione restrittiva dell'art.6 l.fall. escludendo che possa essere il giudice fallimentare ad andare alla ricerca della fonte di acquisizione della *notitia decoctionis*; ha intrapreso la scelta di non emettere una pronuncia interpretativa di rigetto (a ben vedere si sarebbe potuto affermare che gli artt.6 e 8 l.fall. sono costituzionalmente legittimi nella parte in cui prevedono l'iniziativa officiosa nelle ipotesi sub 1-4), per riconoscere alla questione sulla legittimità della iniziativa officiosa il valore di questione di merito da sindacare all'interno del procedimento fallimentare. Sulla necessità, nel diritto vigente, di selezionare le *notitiae decoctionis*, M.Ferro, *Il contenuto oggettivo dell'accertamento dell'istruttoria pre-fallimentare: l'insolvenza concorsuale*, in *Giur.comm.*, 1997, I, 858.

Nell'ambito di una nuova demarcazione dei confini della iniziativa d'ufficio, acquisisce particolare portata la possibilità per il tribunale di avviare il procedimento per l'apertura del concorso laddove vi sia una segnalazione degli organi di controllo nel contesto degli istituti di allerta. L'allerta diviene quindi una delle ipotesi predeterminate nelle quali, accertata l'insolvenza, il tribunale, ovviamente nel rispetto del contraddittorio, può pronunciare l'apertura della procedura di liquidazione.

Ma le previsioni degli istituti di allerta non si arrestano a questa fattispecie dal momento che, sempre con riferimento al procedimento istruttorio preventivo alla apertura del concorso, tutte le risultanze della banca dati rappresentata dal registro tenuto dalla camera di commercio vanno a confluire in un unitario flusso informativo cui possono accedere i soggetti legittimati alla presentazione del ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione e lo stesso tribunale in capo al quale va conservato, nel rispetto del contraddittorio, un potere di acquisizione officiosa di prove<sup>54</sup>.

#### **4. Allarme e responsabilità degli organi di controllo**

La previsione di una scansione analiticamente modulata dei compiti assegnati agli organi di controllo è, poi, destinata a divenire elemento decisivo di valutazione della condotta ai fini dell'eventuale esercizio della azione di responsabilità da parte del curatore. Infatti se è noto che oggi, in assenza di disposizioni specifiche, la giurisprudenza fa spesso riferimento a doveri generici di diligenza da parte del collegio sindacale correlati alla tempestività della dichiarazione di fallimento<sup>55</sup>,

---

<sup>54</sup> Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, cit., 464; Bassi, *Il fallimento di ufficio*, cit., 640; M. Ferro, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001, 266; A. Patti, *Istruttoria prefallimentare e poteri di controllo sulla crisi dell'impresa*, in questa *Rivista*, 1998, 940; M. Fabiani, *L'istruttoria prefallimentare*, in questa *Rivista*, 1994, 498; Giorni, *Profili istruttori delle procedure concorsuali*, Milano, 1988, 109; Pacchi Pesucci, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 77.

<sup>55</sup> Sul punto appare emblematica la decisione del Trib. Messina, 12 novembre 1999, in questa *Rivista*, 2000, 1279 secondo la quale nell'accertamento della responsabilità dei sindaci, deve seguirsi una sequenza logica che passi attraverso l'individuazione, anzitutto, dell'inadempimento dell'amministratore e del nesso eziologico tra tale inadempimento e il danno e poi dell'inadempimento dei sindaci e del nesso causale fra questo e il danno verificatosi; sussistendo tali elementi e rispettata siffatta sequenza, non vale a giustificare l'inadeguato comportamento dei sindaci e quindi ad esimere gli stessi da responsabilità l'affermazione che il collegio sindacale non dispone di poteri di iniziativa per portare a pieno compimento la propria funzione di controllo dell'amministrazione della società e della corretta rappresentazione all'esterno della sua situazione patrimoniale ed economica, poiché l'obbligo di vigilanza a carico dei sindaci importa, sotto il profilo della diligenza,

nella prospettiva della riforma le scadenze temporali dell'intervento sollecitatorio dell'organo di controllo, dovrebbe essere assai più agevole scriminare le condotte diligenti da quelle negligenti con un maggiore spazio di certezza per i comportamenti che si possono e si debbono pretendere dai sindaci<sup>56</sup>, in particolare se si accede alla tesi per la quale i poteri dei sindaci coincidono anche con i loro doveri<sup>57</sup>.

La scelta del legislatore di credere in questi istituti è significativamente rappresentata dalla volontà di estenderne l'applicazione anche alle imprese di grandi dimensioni per le quali la procedura applicabile è l'amministrazione straordinaria, terreno sul quale l'autorità amministrativa ha sempre cercato di impedire od ostacolare invasioni di campo.

## 5. Le aperture della riforma

Pertanto, anche in questa prospettiva è difficile convenire con chi, forse neppure avendo letto le bozze di articolato, aprioristicamente bolla questi istituti come un ritorno all'Ottocento<sup>58</sup>. Non esiste un primato dell'economia sul diritto come hanno dimostrato le reazioni che il legislatore nordamericano ha immediatamente partorito dopo alcuni clamorosi dissesti verificatisi in territorio statunitense<sup>59</sup>; le esigenze dell'economia debbono essere governate con le regole del diritto se non si vuole correre il rischio di differire solo di qualche tempo le liti che comunque non

---

l'adozione di tutte le condotte possibili, anche se non espressamente considerate dal legislatore, e principalmente l'attivazione di forme di controllo ed interventi extrasocietari, quando i rimedi endosocietari non siano possibili o sufficienti, quali il ricorso alla denuncia al p.m. per il procedimento ex art. 2409 c.c.

<sup>56</sup> Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, cit., 153.

<sup>57</sup> Ferraro, *Omissioni degli amministratori*, cit., 583.

<sup>58</sup> Micossi, *Diritto fallimentare, più mercato e modernità*, in *La Stampa*, 26 aprile 2004.

<sup>59</sup> Il riferimento è al tanto declamato *Sarbanes – Oxley Act* del 2002 (v. *Riv.co.*, 2003, 301) che pone paletti estremamente rigidi sia in tema di indipendenza nei sistemi di controllo sia ai comportamenti del *management*, che di sicuro non rappresenta un modello di riferimento per chi sbandiera lo slogan del mercato senza regole e pone come esempio di ottima legislazione concorsuale la legge 18 febbraio 2004, n.39 che ha convertito il d.l. 23 dicembre 2003, n.347 con il quale si è cercato di dare urgente soluzione al dissesto del gruppo Parmalat; così Gambino, *La riforma delle società di capitali e la legge Marzano di accelerazione della procedura dell'insolvenza delle grandi imprese*, in *Corriere giur.*, 2004, 425. Alcune delle idee comprese nella riforma della amministrazione straordinaria della grandissima impresa vanno indubbiamente apprezzate per lo sforzo di tendere a velocizzare i tempi di regolazione del dissesto, ma dalla semplice lettura degli ormai numerosi commenti alla Novella, si ricava che i giuristi hanno censurato le scelte sotto il profilo della complessiva disarmonia del sistema creato.

potranno non sorgere, vista l'incertezza che pervade quei rapporti figli della *deregulation*.<sup>60</sup>

Sembra, allora, davvero frutto di posizioni preconcepite (magari alimentate da *lobbies* di settore ) voler continuare a propagandare la prospettata riforma come un arretramento culturale e come un distacco dalle legislazioni europee più moderne in tema di regolazione della crisi, senza neppure dimostrare in quali istituti si annidino queste emblematiche divergenze di assetto normativo. Così pure si rivelano sterili polemiche le declamate tradite attese del mercato quando poi si pone come vessillo di un supposto liberismo la procedura di amministrazione straordinaria nell'ultima versione del 2004<sup>61</sup>, che nulla concede alla partecipazione dei creditori alla gestione della crisi<sup>62</sup>, limitandone l'intervento, comunque

---

<sup>60</sup> G.Rossi-A.Stabilini, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, cit., 10 osservano come nell'ordinamento nordamericano, patria della *deregulation* e delle *default rules*, ci si sia resi conto che un mercato senza etica e senza regole espone investitori e risparmiatori a rischi eccessivi; dubbi sulla adeguatezza dei controlli previsti per le nostre società che aspirassero alla quotazione negli Stati Uniti dopo la riforma del 2002, sono espressi da Calandra Buonauro, *I modelli di amministrazione e di controllo nella riforma del diritto societario*, cit., 559. Per una visione marcatamente privatistica della gestione dell'insolvenza, Libonati, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur.comm.*, 2001, I, 327, il quale osserva che solo le liti eventuali dovrebbero essere trattate dalla autorità giudiziaria, restando al mercato e in particolare ai finanziatori di credito, il compito di regolare il dissesto; nello stesso senso, Corsi, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, in *Giur.comm.*, 1995, I, 336.

<sup>61</sup> M. Fabiani – M. Ferro, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2004, 132; Santangeli, *Il d.l. Marzano, ovvero, le mani della politica sui procedimenti di ristrutturazione (rectius: o mantenimento in vita purchessia) delle "grandissime" imprese in crisi*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Panzani, *La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza ed i riflessi sulla disciplina della procedura di amministrazione straordinaria*, in [www.fallimentonline.it](http://www.fallimentonline.it); Pucci, *Considerazioni di prima lettura del d.l. 23 dicembre 2003 ("decreto Marzano")*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Giordano, *Prime considerazioni sul c.d. decreto "Marzano"*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); tengono conto anche delle variazioni dettate dalla legge di conversione, A.Rossi – Galletti, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); R. Rossi, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n.39*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) e in corso di pubblicazione in *Dir.fallim.*, 2004, fasc.2; Bonfatti, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge <<Marzano>>)*, in questa *Rivista*, 2004, 362; M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, in [www.fallimentonline.it](http://www.fallimentonline.it) e in corso di pubblicazione in questa *Rivista*, 2004, fasc.5.

<sup>62</sup> Le tanto auspicate convergenze del nostro ordinamento verso un modello di *reorganization* di chiara matrice statunitense, scontano la mancata considerazione del ruolo tutt'affatto marginale riservato al giudice in un ipotetico confronto con la fase preliminare

marginale per effetto di taluni passaggi procedurali, all'ipotesi del concordato, istituito solo lontanamente paragonabile all' *InsolvenzPlan*.

Una riforma del diritto concorsuale non può avere come solo obiettivo quello della drastica riduzione *tout court* dei tempi del procedimento di regolazione della crisi o dell'insolvenza<sup>63</sup>, perché questo obiettivo può essere centrato solo con misure che negano i diritti delle parti coinvolte nel dissesto, né ci si può affidare, in una visione sistemica, alla devoluzione amministrativa della gestione delle crisi che è il frutto di una visione non liberale e assai poco sensibile alle garanzie rappresentate, pur sempre, dall'apparato giudiziario<sup>64</sup>; la questione dell'intervento del giudice non è affatto nuova perché sembra ripetersi quanto è accaduto con riguardo alla riforma delle società di capitali<sup>65</sup>.

Il rischio, inutile negarlo, è che in un sistema di capitalismo incompiuto, la *deregulation* finisca con il favorire derive in cui la criminalità economica<sup>66</sup> o anche la semplice scarsa trasparenza la facciano da padrone, con la conseguenza della necessità di dover poi inseguire queste patologie con normazioni additive<sup>67</sup>.

Un sistema equilibrato può nascere solo con l'accrescimento del ruolo dei creditori nella gestione della crisi, con l'affidamento alla autorità giudiziaria del compito di regolare i conflitti e con la devoluzione alla autorità amministrativa di un ruolo di indirizzo nei dissesti imprenditoriali in grado di incidere sugli interessi nazionali dell'economia<sup>68</sup>.

---

della procedura di composizione concordata della crisi; v. C.Ferri, *L'esperienza del Charter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur.comm.*, 2002, I, 85.

<sup>63</sup> Per una lettura critica della sopravvalutazione del principio della ragionevole durata del processo, cfr., Scarselli, *La ragionevole durata del processo civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 126.

<sup>64</sup> E.F. Ricci, *I soggetti passivi delle procedure concorsuali (appunti per un bilancio)*, in *Giur.comm.*, 1993, I, 683; De Santis, *Il giudice delegato fallimentare tra <<gestione>> e <<giurisdizione>>*, cit., 496.

<sup>65</sup> Rordorf, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 152; Rovelli, *Giurisdizione e impresa verso una riforma*, in *Società*, 2000, 144.

<sup>66</sup> In questa ottica dovrebbero essere rovesciate le preoccupazioni di Corsi, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, cit., 337 che osservava come la criminalità organizzata trovasse linfa per il riciclaggio del denaro sporco nelle imprese in crisi.

<sup>67</sup> Per analoghe valutazioni sul versante della riforma societaria, Cera, *Le imprese e il nuovo diritto societario*, cit., 260.

<sup>68</sup> Ad esempio con maggiore coerenza, Cavalaglio, *Nuove regole per le crisi d'impresa tra giurisdizione, amministrazione e soluzioni stragiudiziali*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A.Jorio, Torino, 2001, 246 rileva che la perdita di ingerenza del giudice non dovrebbe essere mai compensata da un accrescimento del ruolo dell'amministrazione.

Per perseguire questi obiettivi occorre dosare con prudenza lo spazio riservato ai creditori, al giudice<sup>69</sup> e ai ministeri guardando nel concreto cosa questi soggetti sono chiamati a fare senza indulgere in sterili polemiche ideologiche che scontano, comunque, le emergenze del momento e dimostrano cieche visioni del futuro e di un sistema che deve funzionare a regime e non secondo logiche di volta in volta liberistiche, dirigistiche o giustizialiste. Poiché il legislatore non potrà mai assecondare contemporaneamente le istanze di tutte le categorie di soggetti coinvolti nella crisi dell'impresa, per paradosso, sarebbe già un risultato apprezzabile essere riusciti a scontentare un po' tutti.

---

<sup>69</sup> Ad esempio, C.Ferri-F.Marelli, *Le procedure diverse dalla liquidazione nell'Insolvency Act del Regno Unito: spunti in prospettiva di riforma della legge fallimentare*, in *Giur.comm.*, 2003, I, 362 danno atto di un dibattito aperto nella letteratura inglese volto a recepire alcuni principi del *Charter 11* dell'ordinamento nordamericano in tema di maggiore presenza del giudice.

## La procedura di composizione concordata della crisi

Prof. Giuseppe Fauceglia

*Ordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno*

1. Come è noto, uno dei tratti peculiari dei progetti di riforma della legge fallimentare, risiede nella introduzione della procedura di composizione concordata della crisi, la cui nota caratterizzante può sicuramente individuarsi nella c.d. autodeterminazione negoziale delle parti interessate, le quali individuano le modalità di superamento della peculiare situazione aziendale, e ciò nell'ambito degli obiettivi condivisi nella riforma, ovvero della "velocizzazione delle procedure", della "valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni" e del "miglior soddisfacimento dei creditori"<sup>1</sup>. Si tratta, pertanto, di una procedura che colora in maniera nuova la disciplina della crisi dell'impresa, in una prospettiva ideologica completamente diversa rispetto a quella che aveva caratterizzato la legge fallimentare<sup>2</sup>. Non può essere, infatti, sottovalutato come la stessa c.d. "composizione privatistica della crisi" non accede a quella particolare configurazione del mercato, inteso come "*locus*" che non ha bisogno del diritto statale, poiché capace di "produrre" le proprie regole giuridiche, quasi come se i creditori, nell'ambito della libera determinazione dei propri interessi, potessero da sé soli governare i fenomeni di crisi<sup>3</sup>. In questa prospettiva si spiega l'opzione che non ha inteso estendere la disciplina a tutti gli accordi tra creditori e debitori che avvengono fuori dal controllo giurisdizionale: in tal senso, risulta chiaro che sotto il c.d. "ombrello protettivo" della procedura non possono trovare immediata protezione le convenzioni raggiunte solo con alcuni creditori, posto che le pattuizioni comportanti la disposizione di crediti, sia pure significativi, non può automaticamente comportare il coinvolgimento di altri creditori, che possono ritenere di non partecipare a moratorie o a rinuzie parziali<sup>4</sup>. Invero, il "mercato"

---

<sup>1</sup> N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le prospettive di riforma della legge fallimentare ed i profili generali del progetto di legge-delega*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 120;

<sup>2</sup> G. FAUCEGLIA, *Considerazioni in tema di imminenti riforme del diritto fallimentare*, in *Fallimento*, 2002, p. 1049 ss.

<sup>3</sup> A. JORIO, *Le esigenze di una nuova disciplina delle crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p.558, secondo cui "l'ordinamento non può privare i creditori dei diritti di autonoma tutela se non nell'ambito di una procedura che costituisca adeguato di strumento di garanzia per tutti gli interessi coinvolti".

<sup>4</sup> Sugli strumenti giuridici utilizzabili per la "disponibilità" del credito: A. PATTI, *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Fallimento*, 2003, 477 ss.; S. BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 113 ss.



postula forme di garanzia e di responsabilità patrimoniale: il “*solipsismo negoziale*”<sup>5</sup>, che trasferisce al singolo accordo gli attributi della “sovranità”, con effetti diretti anche su altre posizioni di diritto soggettivo, non può essere ritenuto un elemento caratterizzante la soluzione delle crisi d’impresa, che presuppone, al contrario, proprio il coordinamento tra le ragioni di tutela di tutti i creditori e quelle del mercato. Ciò non significa, ovviamente, che la procedura di composizione concordata della crisi non abbia privilegiato, dal punto di vista temporale, “interessi meritevoli di tutela” (tutela del patrimonio dell’impresa in vista del risanamento) in luogo di altri (immediata soddisfazione del credito nell’ambito della liquidazione), ma ciò non ha comportato l’abdicazione del “diritto” per quanto riguarda il governo dei fenomeni di crisi. L’obiettivo è far sì che l’accordo raggiunto nell’ambito delle procedure conservi, da una parte, l’elasticità propria degli accordi stragiudiziali, e, dall’altra, di delineare una tutela adeguata per dette pattuizioni, collocando “questo tentativo sotto l’ombrello protettivo di una procedura non invasiva, che affidi ai creditori il controllo sulla gestione e al giudice la regolazione dei conflitti”, anche al fine di evitare abusi o frodi<sup>6</sup>. In questa prospettiva si legge l’esigenza comunemente avvertita di superare gli istituti concorsuali minori (concordato preventivo e amministrazione controllata), la cui esperienza pratica ha militato contro le necessità di “velocizzare” e “massimizzare le utilità” delle procedure, finalità fatte proprie dal processo riformatore. In tal senso, sia il progetto di Legge delega proposto dalla maggioranza sia quello della minoranza della c.d. Commissione Trevisanato, hanno tentato, sia pure in diversa misura, di conciliare gli interessi di tutti i creditori e quelli dell’impresa, indirizzandoli ad una pronta soluzione delle crisi. Si afferma, in tal modo, come principio “cardine” della riforma il salvataggio della ricchezza espressa dall’impresa ancorchè in crisi, e tanto non solo nell’ottica della tutela dei livelli occupazionali<sup>7</sup>, ma anche nella prospettiva del soddisfacimento delle ragioni creditorie e del recupero dell’efficienza del mercato<sup>8</sup>.

2. Si è preferito, in questa ottica, l’opzione in favore di un procedimento unico, capace di consentire mediante la suddivisione delle singole fasi, di raggiungere l’obiettivo di verificare in tempi ristretti la possibilità innanzitutto di superare le cause della crisi e di iniziare una efficace opera di risanamento dell’impresa. Proprio per questo, il disegno riformatore ritiene che le imprese in

---

<sup>5</sup> L’espressione è di N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, VIII

<sup>6</sup> A. JORIO, *op. ult. cit.*, 558.

<sup>7</sup> Sul tema : A. CAIAFA, *Il sistema delle procedure concorsuali tra vecchie e nuove regole per la gestione delle crisi di impresa tra risanamento e conservazione*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 1021 ss.

<sup>8</sup> Si rinvia alle osservazioni, sia pure riferite al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, di G. SCHIAVON, *L’insolvenza nell’amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2000, p. 945.

crisi possono presentare concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, nell'ottica di una ristrutturazione economico-finanziaria, posta alla base del programma<sup>9</sup>. Ciò ha imposto di superare la dicotomia, per altro solo "economica" e del tutto peculiare della nostra legge fallimentare, tra "crisi" e "stato di insolvenza": sulla base di altre esperienze europee si individua la crisi come forma indifferenziata di insolvenza oppure come uno stadio preliminare e significativo di questa, sulla cui base è possibile aprire la procedura<sup>10</sup>. Anche nel diritto concorsuale nordamericano<sup>11</sup>, l'insolvenza non rappresenta un presupposto necessario per l'apertura di un procedimento concorsuale, restando il debitore arbitro di decidere se essere sottoposto o meno, indipendentemente dalla gravità della crisi, ad un procedimento di riorganizzazione, mentre la prova dell'insolvenza si rende necessaria solo nel caso in cui siano i creditori stessi a richiedere la procedura di riorganizzazione ed il debitore, invece, vi si opponga. Il concetto unitario che in qualche modo viene presupposto nelle più moderne impostazioni del diritto concorsuale, è quello di "sovraindebitamento", che per altro prescinde dalla tipologia dell'attività e dalla qualità soggettiva dello stesso debitore<sup>12</sup>: la distinzione tra la nozione di "crisi" e quella di "insolvenza" non è più individuato come il *discrimen* per la valutazione di differenti tecniche di risanamento. Ciò consente di sottolineare come in materia possa introdursi una sostanziale coincidenza tra la nozione di temporanea difficoltà e quella di insolvenza, con una conseguente perdita di significazione concettuale tra i due presupposti al fine dell'apertura del procedimento<sup>13</sup>. Ed è proprio il superamento della summenzionata distinzione, che invece continuava ad essere presente nei progetti riformatori presentati nella scorsa legislatura, ad essere un

---

<sup>9</sup> F. FIMMANO', *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Fallimento*, 2004, p. 459 ss.

<sup>10</sup> E. FRASCAROLI SANTI, *La valorizzazione dell'autonomia privata: un obiettivo non ancora raggiunto nella prospettiva di riforma del sistema concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 435 ss.

<sup>11</sup> L. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 16 ss.; F. MARELLI, *Aspetti della liquidazione nella procedura di "riorganizzazione" prevista dal bankruptcy Code negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, II, 810; C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislativa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 65 ss.

<sup>12</sup> G. ALPA, *Sovraindebitamento del consumatore: l'esperienza francese*, in *Fallimento* 1998, p. 954

<sup>13</sup> Per una rassegna delle principali teorie e del relativo orientamento giurisprudenziale: P. F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, vol. I, Torino, 2000, p. 85 ss.; G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 82 ss.

dato caratterizzante del disegno riformatore fatto proprio dalla Commissione Trivisanato, e tanto emerge dalla norma condivisa che “apre” la disciplina: “*la procedura di composizione concordata della crisi si ispira alla valorizzazione degli accordi tra debitori e creditori diretti al superamento della crisi o alla regolazione dell’insolvenza*”<sup>14</sup>. Si prescinde in tal modo dalla stessa “tempestività” dell’intervento, nel senso che si ritiene idonea la composizione per disciplinare anche veri e propri fenomeni che non comportino finalità di mera liquidazione del patrimonio del debitore, altro non significando l’espressione utilizzata nel disegno di legge delega “*regolazione dell’insolvenza*”. Non a caso, poi, è prevista la possibilità di conservare la gestione dell’impresa e del patrimonio in capo al debitore, salvo il potere del tribunale di nominare un commissario in sua sostituzione in caso di necessità. Orbene, anche il presupposto di tale “necessità” non può ritenersi esclusivamente ritagliato sulla progressione della qualità della “crisi”, tanto da indurre a precisare che il ricorso alla procedura è ammesso anche al (solo) fine di regolare in via convenzionale lo stato di insolvenza (presupposti diversificati si rinvengono, invece, nella esperienza normativa tedesca, che distingue tra insolvenza vera e propria, incapacità di adempiere le obbligazioni scadute e sbilancio patrimoniale per le persone giuridiche e per le società senza personalità giuridica nelle quali nessuno dei soci illimitatamente responsabile sia una persona fisica, e semplice rischio dell’insolvenza<sup>15</sup>): sembra, cioè, rilevante che l’imprenditore dialoghi con i propri creditori, offrendo a questi ultimi una soluzione che gli stessi possano ritenere più favorevole rispetto ad una mera procedura liquidatoria. In sostanza, l’ampliamento del presupposto oggettivo per poter accedere alla procedura è il segnale più evidente offerto dal legislatore per superare l’incertezza della stessa nozione dell’ “insolvenza”, anche nella sua configurazione di “squilibrio finanziario non superabile con mezzi ordinari nei termini ragguagliati all’ordinaria scadenza dei debiti”<sup>16</sup>, cioè come concetto relazionale mai rappresentabile con valori assoluti e determinati. Non a caso, nella stessa interpretazione giurisprudenziale della nozione di “temporanea difficoltà”, indicata nella Legge fallimentare quale condizione per l’ammissione alla procedura di amministrazione controllata, si è registrato un accostamento con la nozione di “insolvenza”, così che i due fenomeni sono stati riguardati come diversi per il grado di reversibilità o meno della condizione di crisi e sono stati accomunati per identità qualitativa<sup>17</sup>. Proprio in virtù di tali considerazioni è da sottoscrivere l’orientamento seguito: individuare una procedura unitaria per tutte le tipologie di

---

<sup>14</sup> F. GUERRERA, *La procedura di composizione concordata della crisi nel progetto di legge delega: problemi e prospettive*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 132 ss.

<sup>15</sup> L. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull’insolvenza*, Milano, 2000, p. 22 ss.

<sup>16</sup> Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Foro it.*, 1990, I, 1174

<sup>17</sup> Cass. 28 febbraio 2000, n. 2211 in *Fallimento*, 2001, 255

“crisi”, in tal modo semplificandone la stessa individuazione del presupposto oggettivo<sup>18</sup>.

3. Ulteriore elemento di novità si rinviene nell’ampliamento dei presupposti soggettivi di accesso alla composizione concordata, che viene estesa a tutti gli imprenditori, con esclusione degli enti pubblici, con il solo limite della iscrizione nel Registro delle imprese: si richiede, cioè, che l’imprenditore abbia rispettato le regole della pubblicità, precludendone l’accesso alle sole società di fatto<sup>19</sup>. Invero, mentre il legislatore, in ragione della flessibilità della composizione stragiudiziale delinea tale disciplina per applicarla a tutte le tipologie di imprese, anche quelle di grandi dimensioni, per quanto riguarda le piccole imprese (imprenditori individuali e collettivi) viene evocata una procedura semplificata, i cui presupposti dovranno essere facilmente accertabili<sup>20</sup>. In materia, deve registrarsi una differenza tra il testo proposto dalla maggioranza della Commissione Trevisanato e quello alternativo elaborato dalla minoranza: il primo indica al legislatore delegato criteri abbastanza rigidi, facendo riferimento ad un indebitamento minimo significativo, periodicamente aggiornato; al totale dell’attivo patrimoniale, al totale dei ricavi e al numero dei dipendenti, in ragione di parametri ponderati in funzione del prodotto interno lordo di ciascuna Regione; mentre il secondo si limita ad evocare “*parametri oggettivi facilmente accertabili*”, assegnando la responsabilità delle scelte alla discrezionalità del legislatore delegato. In realtà, non sussistono rilevanti ed insormontabili differenze tra le due impostazioni, posto che i criteri in ordine ai quali dovrà individuarsi il piccolo imprenditore (individuale o collettivo) rinviano ai principi indicati dalla giurisprudenza, che fa alternativamente riferimento – come è noto – proprio all’attivo patrimoniale, al numero dei dipendenti, al totale dei ricavi, ma proprio ciò rende opportuno individuare indici fondati su criteri oggettivi, facilmente accertabili. La riforma prevede una procedura semplificata di omologazione qualora il debitore depositi presso il tribunale, con la dichiarazione

---

<sup>18</sup> G. LO CASCIO, *Il progetto di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2001, p. 121; L. PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, *ivi*, 2001, p. 129;

<sup>19</sup> Sul tema: F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 133

<sup>20</sup> G. U. TEDESCHI, *Osservazioni sul progetto di “mini riforma” del diritto fallimentare e sulla futura riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 147, riconosce come nell’attuale situazione le incertezze interpretative sulla nozione di piccolo imprenditore ex art. 2083 c.c. sono ritornate di attualità, “per cui l’orientamento dei tribunali nel fissare il limite del piccolo imprenditore è assai differente”, così che “in ogni caso sembra opportuno...tenere conto dei limiti della piccola impresa secondo i criteri comunitari, sebbene essi siano troppo elevati per la realtà italiana (si parla di piccola impresa qualora siano occupati fino a 50 dipendenti, vi sia un fatturato non superiore a 7 milioni di euro ed un totale di bilancio di 5 milioni di euro).

di uno stato di crisi, una relazione sottoscritta da un professionista abilitato avente ad oggetto la fattibilità del piano, nonché le dichiarazioni di accettazione dei creditori rappresentanti il settantacinque per cento dei crediti ovvero il sessanta per due terzi siano riferibili a banche ovvero ad altri intermediari finanziari sottoposti a vigilanza (nel mentre, il progetto di minoranza fa riferimento ad una maggioranza qualificata dei crediti ovvero alla maggioranza degli stessi o per una percentuale significativa riferibili sempre a banche ovvero ad altri intermediari sottoposti a vigilanza): in tal caso il tribunale, sentito il commissario sulla sussistenza delle condizioni per il pagamento immediato ed integrale agli ulteriori creditori, provvederà ad un mero controllo di conformità a norme imperative (il progetto alternativo prevede, invece, un intervento del tribunale da parte di creditori estranei all'accordo solo per la fondata inidoneità del piano a superare lo stato di crisi). La riforma, inoltre, ha inteso evitare che il ricorso alla procedura di composizione possa essere utilizzato anche dall'insolvente "professionale", viene così espressamente prevista l'esclusione di quei soggetti che nell'ultimo triennio abbiano fatto ricorso ad altra procedura di composizione concordata della crisi ovvero sottoposti alla procedura di liquidazione concorsuale: in merito, il legislatore dovrebbe però indicare criteri di disciplina transitoria, con riferimento all'accesso alle procedure concorsuali "minori"<sup>21</sup>, di cui alla vigente Legge fallimentare<sup>22</sup>.

**4.** In coerenza con le finalità della procedura, il disegno riformatore intende anticipare l'emersione della crisi, ed in relazione a tale necessità si comprende la scelta di riservare normalmente all'imprenditore la gestione diretta ma "controllata" del suo patrimonio e la stessa continuazione dell'impresa<sup>23</sup> (anche in presenza di perdite che abbiano significativamente inciso sul capitale sociale minimo<sup>24</sup>), e ciò al riparo delle azioni esecutive e cautelari, anche speciali,

---

<sup>21</sup> Comunque sulla inidoneità nell'attuale sistema della procedura di amministrazione controllata e di concordato preventivo: L. PANZANI, *Il ruolo attuale delle procedure concorsuali diverse dal fallimento*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1384 ss.

<sup>22</sup> Critico, invece, sulla ipotizzata scelta di negare al debitore, il quale abbia già fatto ricorso senza successo alla procedura di crisi, la legittimazione a proporre di propria iniziativa un piano di regolazione dell'insovenza, in caso di consecuzione di procedure, è F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 134.

<sup>23</sup> Critica questa impostazione: G. LO CASCIO, *Le attuali regole della crisi delle imprese*, in *Fallimento*, 2004, p. 226, secondo cui "la soluzione della crisi non va rimessa sempre a colui che ha mal gestito, né va affidata a coloro che hanno erogato abusivamente il credito; così pure non vanno agevolate iniziative che tendono a privilegiare i creditori forti e trascurano i diritti di tutti gli altri soggetti coinvolti nel dissesto".

<sup>24</sup> Resta, comunque, aperta la strada di una vera e propria "riorganizzazione" dell'impresa, in occasione di operazioni societarie concertate con i creditori, e ciò pone un profilo di

esperibili dai creditori, nonché di assicurare la continuazione dei rapporti contrattuali, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni (in merito, il testo alternativo prevede la possibilità espressa di scioglimento per evidenti ragioni di opportunità ai fini della sola attuazione del piano e la corresponsione di un equo indennizzo). Del resto, l'esigenza di preservare il complesso aziendale da azioni esecutive è coerente con il periodo limitato di durata della procedura, avvalorato dalla prescrizione alla cui stregua il debitore, entro sei mesi dall'apertura della procedura, debba depositare le accettazioni del piano sottoscritte dai creditori (più precisa risulta la norma delineata nel c.d. testo di maggioranza, che individua la necessità che il piano venga sottoscritto dalla maggioranza assoluta dei creditori rappresentanti almeno i due terzi dei crediti, computati con riguardo a tutte le classi e relativi anche a quelli verso i soci illimitatamente responsabili).

**5.** Per quanto riguarda il procedimento delineato dalla riforma, esso può così essere sintetizzato: a) il deposito da parte dell'imprenditore presso il tribunale competente, di una dichiarazione di "stato di crisi o di insolvenza", con indicazione puntuale delle relative cause; b) l'allegazione di una relazione sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa, sottoscritta da un "soggetto professionalmente abilitato" ovvero di "professionista qualificato", evidenziandosi che in ogni caso dovrebbero tenersi in debito conto le "riserve di attività", come delineate nella vigente normativa sugli ordinamenti professionali; c) l'elenco dei creditori, divisi per classi e per posizione giuridica ed interessi economici omogenei, con specifica evidenza, in caso di società di persone, dei creditori della società e dei creditori dei singoli soci illimitatamente responsabili; d) la prescrizione di idonee forme di pubblicità della domanda, con rinvio alla disciplina del Registro delle imprese; e) la individuazione della competenza territoriale presso il tribunale del capoluogo di provincia in cui insiste la sede dell'impresa, e tanto per valorizzare profili di connessione con l'impianto normativo del Registro delle imprese. Particolarmente innovativo si presenta non solo la necessaria predisposizione del piano – che resta un elemento qualificante per la valutazione della proposta –, ma pure la distinzione dei creditori per classi o gruppi, che resta affidata sostanzialmente al debitore, il quale indica i criteri per la loro formazione, e ciò avviene con riferimento alle caratteristiche riferibili all'oggetto delle obbligazioni assunte dal debitore, al carattere privilegiato o chirografario del

---

compatibilità con la disciplina societaria: F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 135. Sul tema, in generale: G. LO CASCIO, *Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2003, p. 593; E. FRASCAROLI SANTI, *Prime riflessioni sugli effetti della riforma societaria sulle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 53 ss.; S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 213 ss.

credito, all'entità del credito, all'estraneità o alla partecipazione del creditore al rischio oggettivamente connesso all'attività dell'impresa, anche con riferimento alla disciplina degli strumenti di finanziamento previsti dalla riforma delle società. I progetti di riforma prevedono una certa vigilanza del tribunale, che, qualora evinca che la proposta suddivisione delle classi incida negativamente sulle previsioni del piano, può offrire indicazioni al fine di modificare il contenuto e la estensione delle classi. In sostanza, emerge una nuova conformazione della *par condicio*, che si esprime nell'imposizione di un trattamento paritario non per i creditori aventi la stessa collocazione, ma solo per tutti i creditori aventi interessi economici omogenei ("classi")<sup>25</sup>. In materia, deve, pertanto, evidenziarsi come il disegno riformatore intenda privilegiare il profilo procedurale, in cui trovano composizione anche aspetti delicati della nuova normativa, volti ad incidere su diritti soggettivi, quali l'obbligatorietà degli accordi per i creditori dissenzienti e la valenza del controllo giurisdizionale<sup>26</sup>.

**6.** Il quadro generale, invero, ripropone in termini più amplificati che nel passato il costante conflitto tra garantismo ed efficienza del procedimento, ovvero tra garantismo della struttura processuale che caratterizza l'attuale sistema concorsuale e l'efficienza o la rapidità che si impone a fronte della crisi dell'impresa<sup>27</sup>. Il profilo innovativo dell'impostazione prescelta risiede, però, nel fatto che la conservazione dell'impresa o la liquidazione della stessa non sono considerate finalità da perseguire in antitesi tra loro, ma solo come strumenti o mezzi alternativi per realizzare la tutela del credito, che costituisce pur sempre lo scopo ultimo della procedura. La tutela dell'autonomia privata è espressa nella mancanza di un giudizio di merito da parte dell'Autorità giudiziaria circa il contenuto, le modalità e la convenienza del piano, la cui approvazione dipende, quindi, dalle classi dei creditori che vi hanno aderito e dal debitore proponente. Il tribunale è chiamato solo ad omologare il piano ed il suo intervento consiste in un controllo di legittimità e di regolarità nello svolgimento della procedura, che esclude ogni intervento nel merito della sua convenienza (entrambi i testi, in sostanza, "*attribuiscono al tribunale la verifica delle condizioni di accesso, nonché la*

---

<sup>25</sup> Per un richiamo del profilo enunciato nell'ambito della disciplina del c.d. Decreto Marzano: M. FERRO, *Le classi dei creditori nel concordato proposto dal commissario nell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2004, p. 581 ss.; per profili di ordine generale: A. PATTI, *Fallimento e sistemi di graduazione dei crediti*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1413 ss.; ID., *La prosecuzione dell'attività di impresa nel tradizionale sistema di graduazione dei crediti*, in *Fallimento*, 2002, p. 5 ss.

<sup>26</sup> Sulle diverse impostazioni rinvenienti nei vari progetti di riforma: S. BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa*, cit., p.115 ss.

<sup>27</sup> E. FRASCAROLI SANTI, *L'autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare in Italia e nei sistemi concorsuali europei*, in *Dir. Fall.*, 2003, I, p. 605 ss.

*decisione delle controversie che non siano di competenza del giudice delegato*). Il testo proposto dalla minoranza della Commissione Trevisanato risulta improntato ad una più puntuale indicazione dei compiti affidati all’Autorità giudiziaria, nel tentativo di “salvaguardare” il più possibile le indicazioni (“privatistiche”) rinvenienti nel piano: così, ad esempio, va interpretata la disposizione secondo la quale “*nel caso di pretermissione di crediti o di irregolarità procedurali suscettibili di incidere sul computo della maggioranza, il Tribunale può procedere all’omologazione disponendo, ove necessario, il rinnovo delle votazioni, previa integrazione delle classi*”; ovvero la previsione che “*in caso di dissenso di una o più classi di creditori, il tribunale, ove risulti il voto favorevole della maggioranza qualificata delle classi e dell’ammontare complessivo dei crediti, possa ugualmente omologare il piano, purchè, con riferimento alle classi dissenzienti, risulti salvaguardato l’ordine di priorità dei crediti e sia assicurato un trattamento non deteriore rispetto a quello conseguibile in caso di procedura di liquidazione concorsuale*”. In sostanza, si fa riferimento ad impostazioni ben note in altri contesti giuridici, alla cui stregua la stessa effettiva realizzabilità di una composizione concordata della crisi esige ragionevolmente, a carico dei creditori, non soltanto la privazione del diritto individuale “di veto” – indirizzato alla improbabile pretesa di una soddisfazione integrale del credito -, ma anche una certa presa di posizione negativa verso un “abuso della minoranza dei creditori”, tendente a vanificare gli accertati effetti positivi della composizione stragiudiziale<sup>28</sup>. Una differenza, invece, tra i testi proposti dalla Commissione Trevisanato, si evince: a) in relazione al possibile reclamo avverso l’omologazione del piano da parte del Tribunale: nel testo di maggioranza si fa generico riferimento alla possibilità di reclamo “*da parte dei creditori non consenzienti, pretermessi e non avvisati*”; in quello alternativo si esclude il richiamo ai “creditori non consenzienti”, mentre si attribuisce al tribunale di pronunciare fino all’omologazione anche su impulso delle parti interessate, la dichiarazione di insussistenza dei presupposti di accesso alla procedura o la sua cessazione nei casi in cui non sono state depositate le accettazioni dei creditori nei termini previsti ovvero risultano atti di frode, violazioni di legge o irregolarità tali da compromettere l’utile prosecuzione della procedura; b) in relazione all’attribuzione dei poteri ad uno o più commissari giudiziari, che nella prospettiva del testo predisposto dalla Commissione, hanno “compiti di controllo sull’amministrazione del patrimonio dell’imprenditore e del debitore”, mentre in quello alternativo si

---

<sup>28</sup> In tal senso: F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, p. 137, secondo cui “l’aggregazione del creditore alla rispettiva classe produce una sorta di “comunione forzosa” di interessi, in presenza della quale il diritto soggettivo individuale si affievolisce e degrada ad una mera pretesa ad un ragionevole ed equanime trattamento, nell’ambito delle possibilità concretamente consentite dallo stato di crisi”.



ritiene di specificare che tali compiti di controllo hanno ad oggetto solo la “legittimità” degli atti e non già il “merito” degli stessi. In una prospettiva di valorizzazione delle funzioni attribuite al consiglio dei creditori, cui compete il controllo sulle stesse dinamiche attuative degli accordi raggiunti, vengono attribuiti allo stesso i poteri di autorizzare gli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione e lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione; mentre il commissario giudiziale dovrà depositare una relazione, consultabile dai creditori, sulla fattibilità del piano. Del tutto identici, nelle due impostazioni, risultano, invece, i poteri del giudice delegato, cui viene attribuito, “*ai soli fini del computo delle maggioranze, il potere di modificare, con atto motivato, le indicazioni dell’elenco dei creditori in caso di contestazione sull’ammontare dei crediti e sulla loro appartenenza alle classi indicate dal debitore*”. Troppo enfaticamente si è ritenuto che questa impostazione involgesse un giudizio negativo sull’intervento dell’Autorità giudiziaria in ordine agli effetti della procedura: si tratta, piuttosto, di una configurazione peculiare dell’intervento del tribunale e del tentativo di salvaguardare gli effetti positivi dell’accordo raggiunto tra debitore e creditori al fine di realizzare gli effetti propri della composizione concordata della crisi. In ogni caso, si è reso necessario consentire alle minoranze dissidenti di sollecitare il controllo dell’autorità giudiziaria, consentendo di intervenire sulla rideterminazione della composizione delle “classi”, ma ispirando tale intervento ad un ragionevole compromesso fra l’istanza di conservazione del “valore dell’impresa” e l’esigenza di massimizzare lo stesso soddisfacimento del credito <sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Proprio in ragione di tali esigenze, mentre l’autonomia privata risulta particolarmente valorizzata nelle procedure di composizione concordata, nella fase dell’insolvenza e della liquidazione del patrimonio prevale l’opportunità di un più intenso controllo di merito e non solo di legittimità: E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, p. 611.

## **L'accertamento del passivo nel progetto di riforma**

Dott. Giuseppe Bozza

*Magistrato in Vicenza*

**Sommario:**1.Utilità di una fase autonoma di accertamento del passivo giurisdizionalizzata con criteri di esclusività; 2. La posizione sostanziale e processuale dei creditori e del curatore nella fase sommaria di verifica; 3. La posizione sostanziale e processuale del debitore nella fase sommaria di verifica; 4. L'udienza di verifica; 5. Le impugnazioni e le tardive.

### **1. Utilità di una fase autonoma di accertamento del passivo giurisdizionalizzata con criteri di esclusività**

La procedura diretta a soddisfare i creditori concorsuali attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la successiva distribuzione del ricavato, in futuro, non si chiamerà più fallimento, ma liquidazione concorsuale. Si tratta di una differenziazione non solo terminologica, ma che proprio sotto questo profilo meglio evidenzia la finalità della procedura sottolineando come essa sia uno strumento esecutivo liquidatorio, contestualmente tracciando una netta differenziazione con l'esecuzione individuale, essendo quella concorsuale finalizzata al soddisfacimento dei creditori nel contesto appunto di un "concorso", previo realizzo coattivo di tutti i beni che rientrano nel patrimonio del debitore in stato di insolvenza.

Questa differenziazione fa capire perchè nella esecuzione collettiva non è possibile rimettere l'accertamento dei crediti al giudice ordinario, né di rinviarlo al momento del riparto e soltanto se sorgono contestazioni secondo il modello dell'esecuzione individuale. Mentre, infatti, quest'ultima presuppone un titolo esecutivo per la promozione e un credito certo, liquido ed esigibile per l'intervento (l'ultimo requisito solo per l'intervento nell'espropriazione mobiliare) e l'individuazione con il pignoramento dei beni espropriabili, per cui le questioni tra le parti possono riguardare prevalentemente la distribuzione del prezzo, la procedura collettiva viene aperta sulla base dell'accertamento dello stato di insolvenza, senza che si sappia quali sono e se vi sono creditori che intendano approfittarne, e senza che si sappia quali sono e se vi sono beni effettivamente liquidabili, da cui la necessità di uno strumento per accertare l'esistenza del titolo che giustifica la partecipazione al concorso sostanziale sul patrimonio del debitore e per individuare i beni di costui

loro destinati<sup>1</sup>. Questo strumento, poiché è sistematicamente finalizzato alla soddisfazione, non di uno o più creditori, ma dell'intera massa dei creditori, deve attuarsi all'interno della procedura concorsuale in modo da consentire a ciascuno di essi di interferire sulle posizioni altrui concorrenti e deve trovare una collocazione anticipata rispetto alla fase della distribuzione in modo da consentire la pluralità di riparti (evento eccezionale nell'esecuzione individuale), senza che all'atto di ognuno di questi possano riprodursi questioni che porterebbero alla sospensione, e quindi al prolungamento, dell'esecuzione.

In sostanza, come da tempo rilevato dalla più autorevole dottrina a proposito del fallimento, la necessità che la verifica dei crediti si svolga all'interno della procedura e che sia cronologicamente anteposta alla fase della ripartizione del ricavato dalla liquidazione dell'attivo, con una netta separazione temporale delle questioni attinenti ai crediti rispetto a quelle relative alla distribuzione, è una conseguenza ineluttabile della struttura e delle finalità della procedura stessa, che tende all'emanazione di provvedimenti finalizzati all'esecuzione collettiva conciliando esigenze di speditezza e di concentrazione delle varie e concorrenti pretese con l'attuazione di un contraddittorio tra tutti i creditori.

La necessità di un procedimento endoconcorsuale per l'accertamento dei crediti comporta, come conseguenza automatica, che qualsiasi pretesa che si concretizzi nella richiesta di pagamento di una somma di danaro che si voglia far valere sul patrimonio acquisito all'attivo della procedura di insolvenza deve essere accertata mediante quel procedimento giacché questo è costruito secondo un rito ritenuto strutturalmente idoneo, siccome implicante la necessaria partecipazione ed il contraddittorio di tutti i creditori, ad assicurare il rispetto della concorsualità anche nella fase di cognizione; di modo che la partecipazione al concorso formale viene a costituire l'unico modo di proporre la domanda giudiziale di partecipazione al concorso sostanziale e non già una forma meramente facoltativa, che si trovi in concorso elettivo con domande dello stesso contenuto in sede contenziosa ordinaria.

Questo principio, contenuto nel secondo comma dell'attuale art. 52 l.fall., per il quale ogni credito va accertato secondo le norme del capo V°, è stato espressamente sottolineato nel progetto di riforma col richiamo fatto dall'art. 11, comma 1°, lett.b) alla esclusività del procedimento per l'accertamento dei crediti (e dei diritti sui beni appresi all'attivo), ed è stato, anzi rafforzato con la eliminazione

---

<sup>1</sup> Più esattamente, uno strumento per la formazione del titolo che legittima la partecipazione al concorso, che comprende e presuppone una decisione sul diritto sostanziale che giustifica la pretesa e con essa la realizzazione del credito, così come l'esatta individuazione del patrimonio destinato ai creditori presuppone l'accertamento dell'esistenza e misura dei diritti vantati dai terzi.

della salvezza di diverse disposizioni di legge (prevista nell'attuale art. 52 l.fall.), accentrando nel procedimento dell'accertamento del passivo tutte le possibili pretese da far valere sul patrimonio dell'insolvente acquisito all'attivo (con ciò automaticamente facendo salve le azioni dirette verso l'insolvente aventi ad oggetto pretese su beni e diritti personali o comunque non acquisiti all'attivo concorsuale), in modo da razionalizzare il sistema ed eliminare intralci al momento del riparto<sup>2</sup>. Il quadro è completato dall'assoggettamento al procedimento endoconcorsuale di tutte le pretese di terzi, reali ed obbligatorie, dirette a sottrarre un bene, sia mobile che immobile, al patrimonio acquisito all'attivo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Alla luce di tanto, quindi, dovranno passare attraverso il concorso formale, sempre che intendano soddisfarsi sul patrimonio dell'insolvente, oltre ai creditori concorsuali c.d. ordinari, anche quelli speciali, come ad esempio i creditori fondiari, per i quali spariscono le attuali esenzioni dal divieto delle azioni esecutive che mettono in dubbio, nel vigore dell'attuale legislazione, la necessità dell'accertamento del passivo; stessa sorte seguiranno i crediti verso la massa contestati (e quanto all'importo che al rango), sorti sia nel corso della procedura di insolvenza che nella precedente procedura di composizione negoziale della crisi (per il pagamento dei crediti della stessa categoria non contestati, valuterà il legislatore delegato se seguire il sistema attualmente previsto dall'ult. comma dell'art. 111 l.fall., o altro mezzo); nonchè le pretese basate su garanzie reali prestate dall'insolvente nell'interesse di terzi, le quali oggi, in mancanza di un credito verso il fallito, dovrebbero essere fatte valere in sede di riparto (Cass. 24 febbraio 1994, n. 1875, in *Fallimento* 1885, 598; Cass. 8 gennaio 1970, n. 46 in *Dir. fall.* 1970, II, 754; *Giust. civ.* 1970, I, 387; *Giur. it.* 1970, I, 1, 1458, che ha escluso espressamente anche la semplice facoltà di avvalersi del procedimento di verifica dei crediti; Cass. 8 aprile 1965 n. 613 in *Dir. fall.* 1965, II, 411; *Giust. civ.* 1965, I, 1111); e i crediti di lavoro, quando, cioè, il lavoratore faccia valere un credito retributivo o altro credito dipendente dal rapporto di lavoro (è evidente che le difficoltà interpretative sorte nel caso il lavoratore non faccia valere pretese creditorie o nel caso azioni crediti derivanti dalla impugnazione del licenziamento non potevano essere risolte in sede di progetto di legge delega, ove è sufficiente fissare il principio che tutte le pretese nei confronti della massa vanno accertate in sede concorsuale).

L'unica possibile eccezione rimane quella del creditore che si insinua in forza di sentenza non passata in giudicato; ciò non nel senso che chi vanta una pretesa del genere non debba sottoporsi all'accertamento, ma nel senso della possibile continuazione del giudizio ordinario a somiglianza dell'attuale meccanismo contenuto nel comma terzo dell'art. 95 l.fall., di cui dovrà occuparsi il legislatore delegato se riterrà opportuno emanare norme di coordinamento.

<sup>3</sup> La Commissione, ben consapevole che le modalità di circolazione e acquisizione dei beni immobili all'attivo in virtù della loro formale intestazione al debitore insolvente rendono meno impellente, rispetto ai beni mobili, il contraddittorio di tutti i creditori sulle controversie che hanno ad oggetto tali diritti, ha ritenuto, tuttavia, che l'esigenza razionalizzante che è alla base della concentrazione e velocizzazione delle controversie concorsuali dovesse prevalere sulla tradizionale eccezione al principio della esclusività.

Affermata la necessità di un meccanismo endoconcorsuale per l'accertamento dei crediti con carattere di esclusività, tale procedura poteva avere carattere amministrativo o giurisdizionale; ossia l'accertamento del passivo poteva essere affidato direttamente al curatore -con intervento del tribunale solo in caso di opposizione o impugnazione, secondo un sistema simile a quello utilizzato nella liquidazione coatta amministrativa- ovvero direttamente al giudice delegato.

L'opzione amministrativa, pur essendo astrattamente compatibile con l'effetto endoconcorsuale espressamente attribuito a qualsiasi tipo di decisione sui crediti, è difficilmente sostenibile perché la delega al curatore per la definizione del credito che partecipa al concorso si inserirebbe nell'alveo di un procedimento concorsuale giurisdizionale; e, se la giurisdizionalizzazione eventuale e differita dell'accertamento dei crediti può trovare una giustificazione in una procedura di impronta amministrativa, non è invece giustificabile se inserita in una procedura a sua volta di carattere giurisdizionale, alla cui direzione è predisposto un giudice, che è l'organo astrattamente deputato a decidere su diritti soggettivi perfetti. Nè, peraltro, corrisponde al vero che l'opzione amministrativa, alleggerendo i giudici dal compito dell'accertamento del passivo, abbia effetti semplificativi e acceleratori, perché la prassi commissariale nelle liquidazioni coatte legittima più di qualche dubbio in proposito; nè sarebbe sicuro l'alleggerimento del carico giudiziario perché bisogna, di contro, prevedere il maggior numero di controversie che i creditori potrebbero instaurare per ottenere un accertamento giudiziario negato nella prima fase; e ciò a tacere della maggior garanzia di uguaglianza che offre una tutela preventiva giurisdizionale generalizzata a fronte di quella eventuale e differita sollecitata soltanto da alcuni.

Ritenuto un valore imprescindibile la riconducibilità dello stato passivo al giudice, è inevitabile il riferimento all'attuale tessuto normativo che, come è noto, identifica un procedimento di accertamento del passivo espressione di giurisdizione contenziosa cognitoria, scandito in due fasi, l'una necessaria davanti al giudice delegato e l'altra eventuale avanti al tribunale, dove la prima è caratterizzata da spiccati caratteri deformalizzati, inquisitori e sommari. Anche la decisione del giudice delegato è, quindi, espressione di giurisdizione contenziosa di carattere cognitorio, in quanto il procedimento che si conclude con quella decisione si pone come reazione all'inadempimento di un comando sostanziale con le modalità adeguate all'efficacia del provvedimento finale e promana da un organo dello Stato estraneo al dovere trasgredito; e nell'ambito dei giudizi di cognizione, il procedimento in esame va sicuramente inquadrato tra i procedimenti a carattere sommario e inquisitorio, di contenuto preminentemente documentale<sup>4</sup> e *con*

---

<sup>4</sup> Per Corte Cost. 28 maggio 2001, n. 167, (in *Fallimento* 2001, 1084; *Giur. it.* 2001, 2233; *Foro it.* 2001, I, 3450; *Dir. fall.* 2001, II, 1129; *Giust. civ.* 2001, I, 1441) "la cognizione del

prevalente funzione esecutiva, atteso che il fine ultimo è quello di individuare i creditori aventi diritto a partecipare alla fase esecutiva della ripartizione.

Da questo schema è partita l'opera riformatrice della Commissione che, fermo restando l'impianto in due fasi, ha portato alla introduzione di novità significative al fine di realizzare in tutte e due le fasi i principi costituzionali della imparzialità e terzietà del giudice e della effettività della tutela giurisdizionale, che sono due aspetti speculari dello stesso problema giacchè quanto più attenuata è in un procedimento la presenza della parti tanto maggiore è l'invasione del giudice e viceversa.

## **2. La posizione sostanziale e processuale dei creditori e del curatore nella fase sommaria di verifica**

Nell'affrontare questo tema vorrei provare ad immaginare il curatore alle prese con la formazione dello stato passivo da fare secondo le presumibili regole del futuro procedimento di accertamento. Il suo primo compito non sarà più la compilazione e il deposito in cancelleria dell'elenco dei creditori e di tutti coloro che vantano diritti su cose mobili in possesso del fallito, come prevede l'attuale art. 89 l.fall., peraltro costantemente disapplicato per la parte *de qua*, bensì la valutazione della ricorrenza della condizione richiesta per dare avvio a questa fase della procedura. A differenza di quanto avviene oggi, infatti, all'accertamento del passivo si procederà soltanto se vi è un prevedibile attivo da realizzare e distribuire ai creditori, fermo restando che in ogni caso dubbio sulla utilità dell'accertamento si deve procedere allo stesso. Questa disposizione si integra con quella similare che negli stessi casi

---

giudice delegato- diversamente da quella, piena, del giudice dell'opposizione- è infatti di carattere sommario e fondata su materiale probatorio di natura esclusivamente cartolare”.

Principio quest'ultimo desumibile, oltre che dalla natura del procedimento, da precise disposizioni, quali l'art. 93, comma 1°, l.f., che richiede l'inclusione nel contenuto della domanda dell'indicazione dei documenti giustificativi delle pretese avanzate, confermando, in linea con la natura sommaria del procedimento improntato ad esigenze di snellezza e semplicità, che le sole prove ammesse sono quelle documentali. Lo stesso principio è desumibile dai commi 3° e 4° dell'art. 93 per i quali i documenti giustificativi non presentati contestualmente alla domanda devono essere depositati prima dell'adunanza di verifica e rimangono allegati alla domanda (solo per i titoli all'ordine o al portatore il giudice delegato può disporre la restituzione dopo che il cancelliere ne abbia preso copia con l'annotazione sull'originale dell'avvenuta domanda di ammissione al passivo). Ed ancora, nella stessa direzione si muovono l'art. 95, nella parte in cui prevede l'ammissione con riserva di presentazione di documenti per l'ipotesi in cui il creditore indichi l'esistenza di documenti concernenti il credito fatto valere ma non li allega alla domanda, e l'art. 96 nella parte in cui fa dipendere dall'esibizione di documenti una delle possibilità di apportare modifiche o integrazioni allo stato passivo provvisorio.

consente la chiusura della procedura di insolvenza sicchè, mentre oggi, pur in previsione della chiusura del fallimento per mancanza di attivo, si procede alla formazione del passivo, in futuro sarà evitato, nelle stesse condizioni, questo inutile spreco di energie. Si tratta di previsioni che rispondono ad un principio di economia, che viene incontro all'esigenza di evitare dispendio di attività inutili, in forza del quale la stessa apertura della procedura di insolvenza è stata consentita solo quando l'esposizione debitoria, risultante agli atti, sia superiore ad un ammontare significativo, aggiornato periodicamente.

Superato positivamente questo stadio, il curatore procederà ad inviare la comunicazione ai creditori dell'intervenuta dichiarazione di insolvenza e di tutte quelle notizie, come la data dell'udienza di verifica, il termine per presentare la domanda e quant'altro il futuro legislatore vorrà stabilire per realizzare la partecipazione dei creditori al concorso.

Questa avviene mediante presentazione di una domanda; attualmente, la legge non specifica qual'è la forma della domanda dei creditori e dei titolari di diritti reali su beni mobili posseduti dal fallito ma, trattandosi di domanda rivolta ad un giudice e diretta ad ottenere un provvedimento che incide sui diritti soggettivi del richiedente e si riflette sul patrimonio altrui, non può che avere la forma del ricorso, e sarà opportuno che ciò sia specificato nella legge delega. Così come sarà opportuno che il futuro legislatore specifichi che la domanda abbia la natura di domanda giudiziale e non soltanto gli effetti (secondo il disposto dell'art. 94 dell'attuale l.f.), posto che essa è diretta, non solo alla partecipazione al concorso o ad impedire preclusioni o decadenze di termini, ma ad ottenere un accertamento sul credito e sulle prelazioni vantate al fine di partecipare ai riparti, accertamento che il giudice non può svolgere in mancanza della domanda.

Sarà il futuro legislatore ad indicarne il contenuto della domanda (presumibilmente il richiedente dovrà formulare le proprie richieste in modo puntuale ed esauriente, indicando la misura e le ragioni del credito e degli interessi e, se esso è privilegiato, la natura della prelazione, ecc.), le modalità e i tempi della consegna, se essa dovrà essere sottoscritta necessariamente da un legale, e così via; qui occorre ribadire che la fase necessaria del procedimento di accertamento del passivo sarà ancora impostata sul principio della domanda, per cui vanno esaminate soltanto le posizioni dei creditori che hanno presentato domanda di insinuazione (tant'è che è rimasta come ipotesi di chiusura l'assenza di passività), da cui il corollario che il giudice delegato non può provvedere *ultra o extra petita*, essendo evidente che il giudice, se può decidere soltanto sulle domande presentate, non può concedere più di quanto nella domanda richiesto.

Una prima rilevante novità si nota nel richiamo al principio dell'onere della prova a carico del creditore. L'onere della prova della fondatezza del credito e delle prelazioni che lo assistono già attualmente incombe sul creditore, tuttavia esso è in parte attenuato dal carattere officioso ed inquisitorio del procedimento, che non

esclude indagini e informazioni da parte dell'ufficio, nel senso che il giudice, nel valutare se tale onere è stato adempiuto, può utilizzare d'ufficio la documentazione del fallito e servirsi di altre fonti di informazione, dopo di che deve decidere pur sempre in base alle risultanze istruttorie acquisite. Il giudice delegato attuale, in altre parole, è comunque tenuto al rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 113 e 116 comma 1° c.p.c. (decisione secondo diritto sulla base delle prove raccolte), nel mentre non è tenuto (a differenza di quanto impone l'art. 115 c.p.c. al giudice del processo di cognizione ordinario) a fondare il proprio convincimento sui soli mezzi probatori introdotti dalle "parti", disponendo di poteri inquisitori che gli permettono la ricerca della verità materiale oltre i limiti previsti nel giudizio ordinario, di modo che egli può ammettere un credito (o accogliere una domanda di rivendica di beni mobili) solo ove abbia raggiunto la piena convinzione della fondatezza della domanda, qualunque sia la provenienza delle prove.

In futuro non sarà così perché, da un lato, il curatore non avrà più il ruolo di collaboratore del giudice e, dall'altro, il giudice assumerà, come meglio si vedrà, il ruolo di giudice terzo e imparziale risolutore di conflitti nel contraddittorio tra le parti, privo di poteri ufficiosi di indagine prevalenti sul potere di impulso degli altri protagonisti del procedimento; di conseguenza, riprende vigore, in un giudizio tra parti, il principio dell'onere della prova.

Attualmente nè il fallito nè il curatore possono reagire al provvedimento ammissivo di un credito (come meglio si dirà in prosieguo), per cui il creditore non può limitarsi ad una prova fondata sulla mera verosimiglianza, sul *fumus boni juris*, come nei giudizi sommari cautelari, ma deve fornire la prova completa della pretesa fatta valere. Ossia, l'ammissione di un credito non può mai prescindere dal raggiungimento della prova piena del fatto posto a fondamento della pretesa, così come in un giudizio di cognizione ordinario, da cui l'inidoneità a fornire la prova piena della pretesa avanzata di quei documenti c.d. atipici, ai quali, in altri giudizi a cognizione sommaria, quale quello monitorio, è dato rilievo. Sarà il legislatore delegato a valutare l'opportunità di estendere o meno anche al giudizio di accertamento alcune di queste agevolazioni, dato il diverso assetto che è stato delineato dei ruoli delle parti.

Di sicuro, il richiamo al principio della concentrazione fa intendere che la prova, in questa fase del procedimento, dovrà continuare ad essere di carattere prevalentemente documentale ed, ovviamente il legislatore delegato ne terrà conto nella determinazione del contenuto della domanda.

Attualmente, pervenute le domande, il cancelliere forma un elenco delle stesse e lo rimette al giudice, il quale, con l'assistenza del curatore, sentito il fallito e assunte le opportune informazioni, predispose un progetto di stato passivo (contenente le decisioni prese) che deve essere depositato in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza di verifica indicata nella sentenza di fallimento (art. 95), adunanza che, a sua volta, deve tenersi entro venti giorni dalla scadenza del



termine fissato in sentenza per la presentazione delle domande (art. 16 n. 4 e 5). Sappiamo tutti che questo modello non sempre trova riscontro nella prassi degli uffici fallimentari; normalmente, infatti, accade che l'elenco delle domande pervenute (il c.d. cronologico) venga redatto dal curatore e che non si formi un progetto di stato passivo, riducendosi la verifica all'esame delle domande, preventivamente controllate dal curatore, all'adunanza di cui all'art. 16 n. 5 (raramente fissata entro i venti giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle domande), che si rinnova attraverso più rinvii, senza alcun rispetto del termine di otto giorni.

Partendo da questa realtà e volendo realizzare i principi costituzionali della imparzialità e terzietà del giudice e della effettività della tutela giurisdizionale, in futuro non sarà più il giudice a predisporre lo stato passivo provvisorio, ma sarà il curatore che formerà uno stato passivo provvisorio in cui esporrà le sue osservazioni sulla fondatezza di ciascuna domanda ed opporrà tutti i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi del diritto azionato. In sostanza il curatore potrà svolgere tutte quelle attività di difesa e sollevare tutte le eccezioni, in senso stretto o lato, per paralizzare le pretese azionate<sup>5</sup>; di modo che il progetto di stato passivo diventa lo strumento attraverso il quale il curatore realizza i poteri di difesa tipici della parte convenuta in giudizio, con la sola limitazione di non poter chiamare terzi in causa né proporre domande riconvenzionale, dato che esula dalla finalità del procedimento, che è quella di individuare i creditori che possono partecipare al concorso, l'accertamento di responsabilità di terzi estranei o di diritti della massa, che il curatore potrà far valere in autonomo giudizio.

Il trasferimento al curatore del potere di formazione dello stato passivo provvisorio non costituisce una semplice formalità procedurale, ma attua una rivoluzione del sistema in quanto ridisegna completamente il ruolo del curatore in questa fase delicata della procedura concorsuale.

Non è il caso di ripercorrere le tappe del contrastato dibattito che si è svolto in relazione al ruolo del curatore nel giudizio di verifica dei crediti, perché, ormai, direi dagli inizi degli anni '80 e, comunque, dalla sentenza a S.U. della Cassazione n. 8879/90<sup>6</sup>, si può dare per pacifica, quanto meno in giurisprudenza, l'opinione secondo cui il curatore partecipa al giudizio di verifica non come parte processuale, bensì quale organo della procedura che assiste e collabora col giudice

---

<sup>5</sup> Tra cui rientra la possibilità di eccepire la revocatoria in via incidentale al fine della non ammissione, in tutto o in parte, di un credito o di una garanzia perché fondati su operazioni caducabili secondo le previsioni degli attuali art. 66 e 67 l.fall

<sup>6</sup> Cass. S.U. 28 agosto 1990, n. 8879 in *Fallimento* 1990, 1225; successivamente in motivata contrapposizione si rinviene soltanto Cass. 23 aprile 1992, n. 4904, *ivi*, 1992, 798.

delegato in posizione autonoma di terzietà, sia nei confronti del fallito che di ciascun creditore istante, quale titolare dell'ufficio pubblico di cui è investito, che tra i suoi compiti comprende un controllo sulle concrete situazioni che siano suscettibili di incidere negativamente sul principio concorsuale.

E' questo ruolo di organo collaboratore del giudice assunto dal curatore nel giudizio di accertamento che spiega perchè egli non possa impugnare lo stato passivo, dato che quale collaboratore del giudice non può assumere posizioni processuali o sostanziali in contrasto con quella del giudice delegato, senza bisogno di ricorrere ad una improbabile adesione orale fatta dal curatore/parte al provvedimento del giudice<sup>7</sup>; e che spiega, perchè, invece, il curatore sia legittimato a proporre l'azione di revocazione ex art. 102 l.fall., dato che con tale forma di impugnazione egli non contrasta lo stato passivo, in relazione alla cui formazione egli abbia potuto svolgere le sue deduzioni, ma contrasta uno stato passivo formatosi in modo viziato da falsità, dolo o errore essenziale di fatto o dall'ignoranza di documenti decisivi successivamente scoperti, cioè per circostanze che hanno inciso sulle deduzioni del curatore e sul provvedimento del giudice all'insaputa dell'uno o dell'altro.

Questa essendo la situazione attuale, non sarebbe stata sufficiente una modifica tesa ad estendere il potere impugnatorio al curatore, seguendo, in sostanza, la linea anticipata nel c.d. progetto di miniriforma della legge fallimentare, approvato dal Consiglio dei Ministri l'1.3.2002, che attribuisce, appunto, anche al curatore la legittimazione all'impugnazione di cui all'art. 100 l.fall.. Sarebbe stata, infatti, un'operazione semplicistica, incompleta e incoerente perché si sarebbe attribuita "facoltà di impugnazione del provvedimento, tipico potere della parte, a chi parte non è stato nel corso del procedimento di formazione della decisione

---

<sup>7</sup> Questa è la tesi sostenuta da parte della dottrina (Russo, Bonfatti), secondo la quale essendo il provvedimento di ammissione emesso sull'accordo del curatore, questi non sarebbe legittimato a dolersi di una decisione adottata sull'accordo delle parti. La stessa carenza di impugnazione rimane, tuttavia, in capo al curatore anche in caso di dissenso al provvedimento preso dal giudice, posto che la connotazione dispositiva del procedimento di verifica non impedisce al giudice di accettare l'insinuazione di un creditore in contrasto con l'opinione espressa dal curatore, senza neanche l'obbligo di una motivazione per quanto sommaria; ed, infatti, la Cassazione ha precisato che "in tema di accertamento del passivo fallimentare, nè il giudice delegato, in sede di verifica dei crediti, nè il tribunale, in sede di opposizione (*rectius*: impugnazione) ex art. 100 l.fall., sono vincolati all'avviso espresso circa l'ammissibilità del credito al curatore" (Cass. 26 luglio 1994, n. 6954 in *Fallimento* 1995, 270).

contestabile”<sup>8</sup>; era, invece, necessario ricostruire l’intero ruolo del curatore attribuendogli la posizione formale di parte contraddittore del creditore istante, con tutti i poteri oneri e facoltà relative, che vanno ad occupare spazi finora lasciati al giudice delegato, i cui poteri dovevano essere contestualmente ridimensionati.

### **3. La posizione sostanziale e processuale del debitore nella fase sommaria di verifica**

Ma perché questo potere è stato dato al curatore e non al debitore insolvente, che è il soggetto passivo dell’intera procedura e sul patrimonio del quale confluiscono gli effetti delle decisioni prese in sede cognitoria?

Questo dubbio, consistente nello stabilire a chi dei due, al debitore insolvente o al curatore, debbano essere attribuiti i poteri di parte non è affatto peregrino, tant’è che se lo era posto anche la Corte Costituzionale quando, con la sentenza 29 aprile 1992 n. 205<sup>9</sup>, aveva dichiarato inammissibile la questione di incostituzionalità dell’art. 100 l.fall. perchè, per eliminare il contrasto con i principi costituzionali, sarebbe necessaria “una sentenza additiva manipolativa, non consentita nella fattispecie per la pluralità delle soluzioni alternative a quella di diritto positivo che la declaratoria di illegittimità dell’art. 100 avrebbe imposto di considerare”.

Sulla marginalità del ruolo del fallito nell’attuale procedimento di accertamento non sussistono dubbi, atteso che la legge fallimentare contempla soltanto che egli debba essere sentito al momento della formazione del progetto di stato passivo (art. 95 comma 1°) e che possa intervenire all’adunanza di cui all’art. 96 comma 1°; è altrettanto pacifico che questo intervento di cui parla l’art. 96 non attua un intervento in senso tecnico all’adunanza di verifica, perchè il fallito muove rilievi e osservazioni che sono apprezzati dalla legge non come esercizio di un potere di difesa- cioè, non come contestazioni o eccezioni in senso stretto- ma come fonti di informazioni in funzione della opportunità di fornire al giudice spiegazioni inerenti al diritto fatto valere e favorire l’acquisizione di elementi probatori che, altrimenti, potrebbero rimanere celati.

Al fallito non è riconosciuto neanche il potere di attuare quel contraddittorio differito che è tipico dei procedimenti sommari, nei quali le modalità di esercizio della difesa sono in vario modo compresse a seconda delle caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, salvo poi a rimettere all’iniziativa eventuale

---

<sup>8</sup> Così Cavalaglio in un commento alla citata mini-riforma, Cavalaglio, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Fallimento* 2003, 237.

<sup>9</sup> Corte Cost. 29 aprile 1992, n. 205 in *Fallimento* 1992, 675; *Giust. civ.* 1992, I,1988; *Foro it.* 1992, I,2608; *Dir. fall.* 1992, II,649.

dell'interessato che non condivide il provvedimento preso nei suoi confronti l'instaurazione di un giudizio a cognizione piena, in cui vengono recuperate, attraverso un formale contraddittorio, il mutuo controllo delle attività compiute nel processo sommario, la reciproca facoltà di far valere le proprie osservazioni e deduzioni e la possibilità di provarle. Infatti, la legittimazione a promuovere l'impugnazione dei crediti ammessi ex art. 100 l.fall., cioè di reagire avverso provvedimenti ammissivi dei crediti, è attribuita esclusivamente ai creditori, o meglio, a "ciascun creditore" come recita l'art. 100 l.fall., e questo potere non è concesso nell'interesse del fallito, dato che i creditori non hanno alcun vincolo di diritto sostanziale con il fallito- del cui patrimonio ha la gestione il curatore- da cui poter derivare i poteri sostitutori previsti dall'art. 43, che attribuisce la legittimazione ad agire in nome proprio per un diritto altrui<sup>10</sup>.

Non si tratta di una inconsapevole lacuna legislativa ma di una precisa scelta del legislatore che, nell'apprezzamento degli interessi particolari in gioco e dell'interesse pubblico, cui il fallimento deve rispondere, e nella determinazione delle modalità di tutela di tali interessi, ha ritenuto di attribuire a ciascun creditore, e non al fallito direttamente (nè al curatore indirettamente) il potere di impugnare i crediti ammessi, determinando, così, quell'esclusione del debitore dalla legittimazione a contestare il credito ammesso, che Lanfranchi, con felice espressione, ha definito la "illegittimazione" del fallito alla impugnativa dei crediti ammessi, più volte denunciata sotto il profilo costituzionale ma sempre disattesa dal giudice delle leggi<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Di conseguenza i creditori, nel giudizio di impugnazione, potrebbero solo assumere l'innaturale veste di sostituti processuali del fallito, di un soggetto, cioè, che non può essere parte del giudizio in cui interviene il sostituto. Per lo stesso motivo non può configurarsi l'azione dei creditori come surrogatoria; la surrogazione è, infatti, un mezzo protettivo che presuppone l'inerzia volontaria del proprio debitore nella realizzazione dei suoi diritti verso terzi; sicchè, anche a concedere che l'impugnazione dei crediti ammessi possa rientrare in una forma rafforzamento (dettata dall'esecuzione collettiva) della tutela del credito attuata al posto del proprio debitore fallito (esclusione dal passivo di un altro creditore, terzo, che pregiudica la posizione del creditore che agisce), rimane il fatto che il presunto surrogato non potrebbe mai far valere in giudizio quelle contestazioni che il presunto surrogante aziona con il ricorso allo strumento dell'art. 100.

<sup>11</sup> La Corte Costituzionale è intervenuta quattro volte sull'art. 100 l.fall.: una prima volta ha dichiarato inammissibile la questione perchè sollevata dal giudice delegato, in funzione di giudice istruttore, e non dal collegio (C.Cost. 22 giugno 1971 n. 141), una seconda volta l'ha respinta nel merito (C.Cost. 25 luglio 1984 n. 222 in *Fallimento* 1984, 1134; *Foro it.* 1984, I,2408; *Giur. comm.* 1984, II,485; *Giust. civ.* 1984, I,2934), una terza volta ha eluso la questione con riferimento all'amministrazione straordinaria, dichiarando la illegittimità dell'art. 209 e implicitamente ribadendo la legittimità dell'art. 100 (C.Cost. 23 maggio 1987 n. 181, in *Dir. fall.* 1987, II,579; *Fallimento* 1988, 9, poi corretta con ordinanza 31 gennaio 1988) ed, infine, da ultimo, ha nuovamente escluso l'ammissibilità della questione stante la

Quello che stupisce in questi interventi della Consulta, come anche del giudice di legittimità che si è posto sulla stessa linea, è la fragilità delle argomentazioni addotte per giustificare la tenuta costituzionale di questa situazione, su cui non è il caso di soffermarsi essendo note le critiche<sup>12</sup>; merita, invece, di essere ricordato che il fallito, privo della legittimazione all'impugnazione di cui all'art. 100 l.fall., non ha altro strumento per impugnare le decisioni ammissive di crediti che non condivide. Invero, il tentativo fatto in nome del principio della effettività della tutela di tutti i soggetti coinvolti nella procedura fallimentare, compreso il fallito, di consentire a quest'ultimo l'impugnazione dei crediti ammessi col mezzo del reclamo camerale endofallimentare, è stato correttamente bloccato dalla S.C., che ha decisamente escluso questa possibilità sul giusto rilievo che l'art. 26 l.fall. costituisce una tipica norma di chiusura, destinata ad operare in tutti quei casi in cui il legislatore non abbia previsto un diverso mezzo di impugnazione avverso i decreti del giudice delegato, per cui "a tale norma non può farsi ricorso per impugnare il decreto con il quale sia stata dichiarata l'esecutività dello stato passivo a norma dell'art. 97, siccome in tal caso la legge indica in modo specifico (art. 98, 100, 102) quali siano i rimedi che possono essere esperiti avverso tale provvedimento"<sup>13</sup>.

In questo caso le argomentazioni sono ineccepibili<sup>14</sup>, ma il risultato è che il fallito, per impugnare i crediti ammessi, non può usufruire della più ridotta tutela approntata dall'art. 26 perchè esiste un mezzo specifico di impugnazione del quale, però, egli non può servirsi. Se poi si aggiunge che il fallito non può servirsi di questo mezzo specifico previsto dall'art. 100 l.fall. perché la tutela dei suoi

---

molteplicità delle soluzioni alternative a quella di diritto positivo che la declaratoria di illegittimità dell'art. 100 avrebbe imposto di considerare (C.Cost. 29 aprile 1992 n. 205, *cit.*).

<sup>12</sup> Cfr. per un approfondimento Bozza, *Profili costituzionali del diritto di difesa nella verifica del passivo*, in *Fallimento* 1998, 970.

<sup>13</sup> Cass. 29 settembre 1999, n. 10814, in *Dir. e prat. soc.* 2000, f. 2, 70; Cass. 20 giugno 1996, n. 5719 in *Fallimento* 1996, 1217; *Giur. comm.* 1996, II, 727; *Giur. it.* 1997, I, 1, 311; Cass. 16 marzo 1996, n. 2224 in *Fallimento* 1996, 965; *Giur. comm.* 1996, II, 727; ecc.; Cfr. da ult. Cass. 17 gennaio 2003, n. 650 in *Fallimento* 2003, 1175 che tratta l'ipotesi in cui il provvedimento ammissivo del giudice sia stato reclamato prima ancora della dichiarazione di esecutività dello stato passivo.

<sup>14</sup> L'unità sistematica della procedura di verifica nelle sue varie fasi e gradi, non consente forme di impugnazione diversificate rispetto a quelle tassativamente previste, anche per la tutela dei creditori concorrenti i quali, ove fosse ammesso il reclamo endofallimentare, vedrebbero rimessa in discussione la loro ammissione al passivo- che, in quanto non impugnata ex art. 98 e ss., dovrebbe essere preclusa- attraverso un procedimento a cognizione camerale e limitato nei mezzi di impugnazione.

interessi patrimoniali è affidata dal legislatore al curatore, il quale, però, è anch'egli privo della legittimazione all'impugnazione, e che il mantenimento in vigore della illegittimazione del fallito viene giustificato con la pluralità di mezzi di possibile tutela, continuando nel frattempo a lasciare il fallito privo di ogni tutela, si capisce che c'è qualcosa che non funziona nel sistema.

C'è da chiedersi come mai questo sistema abbia potuto resistere per tanto tempo. La risposta è semplice e va trovata nel timore che l'allargamento al fallito dei poteri di impugnativa dello stato passivo svuoterebbe l'intero carattere dinamico e pubblicistico della procedura fallimentare per la facile e prevedibile possibilità che si offrirebbe allo stesso di perpetuare la fase di cognizione, con inevitabile nocimento dei diritti dei creditori; è questa la ragione vera, a volte espressa come nella sentenza n. 222/84, e a volte mal celata, che ha portato al rigetto nel merito o alla dichiarazione di inammissibilità della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 100 l. fall..

E' una preoccupazione di non poco conto essendo evidente che la prevalenza del garantismo per il debitore verrebbe a scontrarsi con le esigenze di economia, in danaro e in tempo, della procedura; e questa preoccupazione è stata tenuta presente dalla Commissione nel rivedere gli assetti e gli equilibri delle posizioni delle parti nel giudizio che interessa. Per questo motivo si è ritenuto di non attribuire al debitore insolvente particolari poteri, oltre quelli attualmente dati al fallito, dato che le esigenze di garanzia del debitore devono trovare un limite nella tutela di interessi generali. D'altro canto, però, non si poteva riprodurre l'attuale sistema perché il diritto alla tutela giurisdizionale, ascrivibile tra i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e connesso al principio di democrazia nell'assicurare per qualsiasi controversia un giudice ed un giudizio, sebbene temperato da interessi pubblicistici, va comunque salvaguardato, sia pure con diverse modulazioni dipendenti dall'adattamento alla struttura di ciascun procedimento, in modo da preservare nella sua essenza ed effettività l'esercizio del diritto stesso.

Per raggiungere questo fine, la Commissione è partita dalla ovvia considerazione che l'art. 24 Cost. non impone che la tutela del cittadino si attui in ogni caso attraverso la sua personale partecipazione al giudizio, e che il legislatore ordinario, nel determinare le modalità di esercizio del diritto di azione e di difesa di un soggetto, può disporre che alla tutela giurisdizionale dei suoi diritti provveda, per ragioni di interesse pubblico, in via indiretta altro soggetto a ciò preposto. Per tale motivo l'attuale art. 43 l.fall., per il quale nelle controversie relative ai rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore, non compromette la tutela giurisdizionale del fallito, dato che alla limitazione che egli subisce corrisponde una legittimazione altrui in funzione della tutela dell'interesse di cui il fallito è stato espropriato.

Da questa considerazione ne è discesa come logica conseguenza che il curatore, avendo anche nella nuova procedura di insolvenza la disponibilità del patrimonio dell'insolvente e "sostituendolo" nelle controversie relative ai rapporti di diritto patrimoniale (e la domanda di insinuazione determina automaticamente che il rapporto patrimoniale dedotto deve intendersi compreso nel fallimento) assumesse la tutela dell'insolvente anche nella fase dell'accertamento del passivo. In questo modo viene adeguatamente realizzata la tutela del debitore insolvente, giacchè, pur permanendo a suo carico le limitazioni che oggi sono del fallito, nel futuro giudizio di verifica parteciperà come parte l'organo che normalmente attua la sua difesa nel procedimento concorsuale di liquidazione.

E' vero che il curatore non è vincolato alle richieste del debitore, che non è in grado di far valere le sue difese personalmente in giudizio, ma questa minorata difesa dell'insolvente è tipica di ogni sistema che, privando un soggetto della disponibilità dei propri beni, demanda ad un altro la legittimazione processuale a tutela non solo di chi subisce la privazione, ma anche di interessi collettivi, come in una procedura concorsuale. Invero, il curatore non è rappresentante sostanziale dell'insolvente nè un suo sostituto processuale, ma acquista la capacità processuale relativamente ai rapporti patrimoniali dell'insolvente dei quali questi perde la disponibilità e, quindi, sta in giudizio a nome proprio, quale organo della procedura esecutiva, per attuare la tutela di interessi variegati in relazione ai rapporti giuridici che confluiscono nell'esecuzione collettiva, rispetto ai quali può far valere le ragioni dell'ufficio, quelle dei creditori o quelle del debitore<sup>15</sup>; nella fase dell'accertamento del passivo egli realizza prevalentemente un interesse pubblico di legalità, che astrattamente assorbe la tutela degli interessi del debitore (e coincide con la tutela dei creditori), anche se in concreto può porsi con questo in contrasto.

In sede di accertamento del passivo si realizza, infatti, un'antitesi tra l'interesse del singolo creditore e quello degli altri, perchè quando il creditore chiede l'ammissione sulla base di un rapporto intrattenuto col debitore, si crea una contrapposizione, più che tra il singolo creditore che si insinua e il debitore, tra il primo e tutti gli altri creditori, che da tale pretesa vedono ridurre la possibilità di una loro fruttuosa partecipazione, atteso che la pretesa di ciascuno non è di accertamento di un credito puramente e semplicemente, ma di un titolo chiamato a

---

<sup>15</sup> In una recente decisione la S. C. così si esprime: "il curatore del fallimento, nella qualità di organo investito di una pubblica funzione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, svolge un'attività distinta da quella del fallito o dei creditori, ed agisce imparzialmente non in rappresentanza o in sostituzione del fallito o dei creditori, ma per far valere, di volta in volta, e sempre nell'interesse della giustizia, le ragioni dell'uno o degli altri, ovvero della massa attiva fallimentare" (Cass. 15 gennaio 2003, n. 508 in *Fallimento* 2003, 1075).

concorrere con le opposte e convergenti pretese di tutti gli altri sul patrimonio del debitore. In questo conflitto, il curatore si presenta come terzo, sia rispetto all'insolvente che al creditore che si insinua, a tutela di un interesse pubblico di legalità a che lo stato passivo raffiguri, in conformità al principio dettato dall'art. 44 l.f., esattamente la partecipazione dei soli creditori concorsuali, che finisce per coincidere con l'interesse della massa dei creditori concorrenti, i quali non sono parti di quel rapporto giuridico su cui si fonda la pretesa del singolo creditore, ma che dal meccanismo concorsuale ne restano influenzati.

Questo, da un lato spiega perchè il ruolo di parte attribuito al curatore consente a costui, che ha la disponibilità del patrimonio dell'insolvente e lo sostituisce nelle controversie relative ai rapporti di diritto patrimoniale, di attuare con la sua partecipazione al giudizio di verifica anche la sua difesa, ma, dall'altro, anche perchè il curatore, benchè in futuro parteciperà al procedimento di accertamento non più quale organo di collaborazione del giudice ma quale parte processuale, non perda la sua posizione di terzietà<sup>16</sup>: egli, infatti, non assume, rispetto alle obbligazioni proprie del debitore e al rapporto di cui si avvale il creditore per partecipare al concorso, la medesima posizione di parte contrattuale sostanziale che era propria dell'insolvente e, quindi, non esercita un'attività giudiziaria a tutela di un interesse riconducibile esclusivamente al debitore, tant'è che le iniziative del curatore contro le domande di ammissione possono investire profili che il debitore comunque non avrebbe interesse a rilevare (si pensi alle contestazioni sull'attribuzione di una preferenza invece che un'altra, sulla opponibilità al

---

<sup>16</sup> Del resto il curatore, anche quando in un processo assume la stessa situazione sostanziale dell'insolvente, non si pone nella stessa posizione processuale che avrebbe avuto quel debitore ove, in mancanza dell'insolvenza, avesse potuto agire lui direttamente in quanto le parti del giudizio, in senso processuale, sono soggetti diversi da quelli delle parti del rapporto sostanziale. Di tanto la giurisprudenza ha dato ripetute conferme affermando che "nel giudizio promosso dal curatore del fallimento del creditore per ottenere l'adempimento di un'obbligazione, il debitore non può opporre la quietanza, rilasciata dal creditore all'atto del pagamento, quale confessione stragiudiziale del pagamento stesso, poiché tale confessione è valida solo se nel giudizio sono parti l'autore ed il destinatario di quella dichiarazione di scienza, mentre il curatore, pur ponendosi, nell'esercizio di un diritto del fallito, nella stessa posizione di quest'ultimo, è una parte processuale diversa dal fallito medesimo" (Cass. 16 settembre 2002, n. 13513 in *Fallimento* 2003, 517; Cass. 8 marzo 2000, n. 2628 in *Dir. e prat. soc.* 2000, f. 13, 74; Cass. 23 gennaio 1997, n. 689 in *Fallimento* 1997, 720; *Dir. Fall.* 1997, II, 662; Cass. 2 aprile 1996, n. 3055 in *Fallimento* 1996, n. 984; *Dir. Fall.* 1996, II, 1035; Cass. 10 marzo 1994, n. 2339 in *Fallimento* 1994, 718; *Dir. fall.* 1994, II, 899; Cass. 10 dicembre 1992, n. 13095 in *Fallimento* 1993, 595; *Foro it.* 1993, I, 3100; Cass. 28 gennaio 1986, n. 544 in *Fallimento* 1986, 961, ecc.).



fallimento di un documento privo di data certa, sulla collocazione di una preferenza sul ricavato di un bene piuttosto che di un altro, ecc.).

#### **4. L'udienza di verifica**

Il curatore, avendo il potere di sollevare eccezioni, in senso stretto o lato, tese a contrastare la domanda e nei limiti della stessa, potrà estrinsecare questo potere nel progetto di stato passivo, che, depositato in cancelleria ove i creditori ne potranno prendere visione, determinerà un contraddittorio tra ciascun creditore e curatore, con spazi per inserire, se il legislatore delegato riterrà di farlo, anche scambi scritti di osservazioni.

Il deposito del progetto di stato passivo in cancelleria, in un termine adeguatamente congruo, consentirà ai creditori di arrivare preparati all'udienza nella quale ciascun creditore può contestare le posizioni prese dal curatore rispetto alla propria domanda e alle domande altrui, il curatore può replicare alle osservazioni ricevute e il debitore insolvente può far sentire la sua voce, realizzando, così quel contraddittorio incrociato, che è l'essenza della concorsualità.

È, invero, connaturato all'accertamento del passivo un conflitto tra il singolo creditore che si insinua e tutti gli altri creditori che da tale pretesa vedono ridurre la possibilità di una loro fruttuosa partecipazione sul medesimo patrimonio, per cui diventa indispensabile salvaguardare l'interesse di ciascun creditore a controllare l'operato del giudice e del curatore in un momento così cruciale come quello della individuazione dei crediti che partecipano al concorso sostanziale, tanto più quando, a seguito del ridimensionamento dei poteri dell'organo giudiziario, resta affidato prevalentemente alla valutazione dell'organo gestorio l'emergenza di una conflittualità che impone l'intervento del giudice. Ne consegue che il procedimento di accertamento del passivo, dovendo tener conto dello strumento esecutivo in cui si inserisce che coinvolge tutti i creditori, non può prescindere dalla previsione di un momento processuale in cui possa estrinsecarsi l'interesse di ciascuno dei creditori a vedere escluse le opposte e convergenti pretese di tutti gli altri sullo stesso patrimonio; questo momento è individuato, come già attualmente, nell'udienza di verifica, con la previsione che, a differenza di quanto accade oggi che un progetto di stato passivo non si redige più nella prassi, riprenda l'interesse dei creditori a presenziare a detta udienza non solo per sostenere le proprie domande ma anche per contribuire all'esame delle altrui domande.

Il fatto che il creditore possa partecipare all'udienza di verifica dei crediti sia per tutelare i propri interessi, muovendo osservazioni e contestazioni che possono riguardare l'ammissione del proprio credito, sia per interloquire sulle posizioni che

riguardano l'ammissione di altri creditori<sup>17</sup>, fa sì che la partecipazione dei creditori all'adunanza non è richiesta dalla legge per dare impulso al procedimento (come per la parte in senso tecnico nell'ordinario giudizio di cognizione), ma è permessa, appunto, per dar modo al creditore di sostenere le sue pretese, quale titolare del diritto fatto valere in quella sede, e di interferire sulle pretese altrui, in ossequio alla concorsualità del procedimento, quale interessato ad informare il giudice per metterlo in condizione di svolgere con più efficacia la sua attività cognitoria. Nessun onere, e tanto meno obbligo, è, infatti, posto ai creditori che si siano insinuati di comparire o partecipare attivamente all'udienza di verifica. Valuterà il legislatore delegato se, in ossequio alla libertà delle forme che domina il giudizio di verifica, consente ai creditori di apportare alla stessa rettifiche e modifiche alla domanda già presentata, di allegare ulteriore documentazione, di presentare anche integrazioni scritte sotto forma di memorie e di rinunciare alla domanda senza alcuna successiva preclusione, ecc..

A questo punto interviene il giudice delegato per decidere sulle controversie esistenti, sui punti, cioè, sui quali vi sia una divergenza, per un motivo qualunque, tra la posizioni del creditore istante e del curatore.

Come è noto nel sistema attuale vi è, anche sotto il profilo cognitorio, una moderazione del potere di disporre nel processo dei diritti che l'ordinamento riconosce come disponibili. Viene, infatti, limitato il potere monopolistico nel determinare l'ambito del materiale di fatto su cui deve ricadere la lite, nel senso che il giudice deve decidere nei limiti della domanda, non potendo concedere più di quanto la parte chiede, ma, in perfetta coerenza con la funzione del procedimento di accertamento del passivo (individuare i crediti di danaro e i diritti reali mobiliari realmente esistenti che abbiano sicura natura concorsuale) e con la struttura dello stesso (ove non è prevista la formulazione di istanze, eccezioni o conclusioni dei partecipanti alle quali il giudice possa essere vincolato), può ampliare il *thema decidendum* anche ad un oggetto non prospettato dalle parti che attenga ad una causa estintiva o impeditiva della pretesa fatta valere, tant'è che può escludere un credito o un diritto in forza di una eccezione normalmente riservata alle parti, come la prescrizione o l'annullabilità, può rilevare d'ufficio la simulazione o l'eccesso di

---

<sup>17</sup> Attualmente ciascun creditore può interferire sia sui crediti di grado anteriore al suo- nel qual caso egli è ancora portatore del suo interesse alla riduzione dell'ammontare complessivo del passivo da soddisfare ai fini di una fruttuosa partecipazione-, sia sui crediti collocabili in una posizione deteriore rispetto alla sua- nel qual caso egli è portatore non solo del suo interesse alla utile partecipazione al concorso, ma anche di quello dell'intera massa a che lo stato passivo raffiguri l'effettiva consistenza dei crediti da soddisfare-. Riconosciuta, come si vedrà, al curatore la legittimazione all'impugnazione, si potrà anche limitare il potere di interloquire e poi di impugnare dei creditori ai soli crediti alla cui eliminazione abbiano un diretto e concreto interesse.

penalità, può procedere alla revoca del titolo o della prelazione vantati dal creditore, e così via.

Viene, cioè, meno il principio di cui all'art. 112 c.p.c., nella parte in cui dispone che il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti, sicché il giudice ha la libertà, purchè resti nell'ambito dell'oggetto proposto dalla domanda, di rilevare qualsiasi eccezione impeditiva, modificativa o estintiva dei diritti azionati senza la necessità di una formale proposizione da parte del curatore; ne consegue che quando la giurisprudenza, come in tema di eccezione revocatoria, afferma che “la legge consente al giudice delegato l'indicata esclusione sulla semplice contestazione del curatore medesimo”<sup>18</sup>, intenda questa non meglio identificata contestazione come una informale segnalazione diretta ad attivare i poteri decisionali del giudice.

Questo potere, come quello istruttorio di cui si è detto in precedenza, costituisce il naturale contrappeso della carenza di poteri del curatore, sicché, marginalizzato il ruolo di quest'ultimo a collaboratore del giudice, doveva incentrarsi nella figura del giudice delegato la tutela degli interessi pubblicistici. Questa costruzione è il risultato della reazione all'impianto del cod. comm. del 1882 - che risentiva della concezione strettamente privatistica della procedura fallimentare in cui l'amministrazione e la disposizione del patrimonio del debitore erano dipendenti dalla volontà dei creditori - attuato con la legge 10 luglio 1930, n. 995, e trasfuso nella legge fallimentare con la valorizzazione della centralità della figura del giudice il quale, nella mutata ottica pubblicistica, ha assunto il ruolo di legittimo tutore degli interessi collettivi dei creditori.

La Corte Costituzionale, chiamata a giudicare della costituzionalità della disciplina della materia sotto svariati profili per lo più riguardanti la presenza del giudice delegato nelle varie fasi processuali, ne ha sempre affermata la tenuta costituzionale, anche alla luce del novellato art. 111 Cost.. La concentrazione avanti al giudice delegato di una molteplicità di poteri (amministrativi, decisori, cautelari) in tanto però costituisce un valore costituzionalmente apprezzabile in quanto il sistema dell'attuale legge fallimentare è incentrato sulla unitaria complessa figura di tale organo. Questo dato inoppugnabile, da un lato, non permette al giudice delle leggi lo scorporo di singoli segmenti della sua attività

---

<sup>18</sup> In termini Cass. 21 dicembre 1990, n. 12155 in *Fallimento* 1991, 677; *conf.* in precedenza, Cass. 26 marzo 1990, n. 2546, *ivi*, 1990, 803; Cass. 10 ottobre 1975, n. 3236 in *Foro it.* 1976, I, 378; *Ciur. comm.* 1976, II, 598; Cass. 15 maggio 1972, n. 1450 in *Dir. fall.* 1972, II, 740; Cass. 24 ottobre 1967, n. 2621, *ivi*, 1968, II, 234; Cass. 24 luglio 1964, n. 2024, *ivi*, 1964, II, 493; *conf.* in seguito, Cass. 17 giugno 1994, n. 5875 in *Fallimento* 1995, 146; Cass. 26 luglio 2002, n. 11029, *ivi*, 2003, 503.

Autorevole voce isolata in dottrina è Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Filano 1974, III, 1416.

senza ricadute sull'intero sistema e, dall'altro, consente di giustificare la rispondenza dell'attività ad esso demandata ai principi del giusto processo in nome dell'esigenza di non disperdere il bagaglio di conoscenze dei fatti, rapporti e situazioni soggettive ed oggettive della procedura e assicurare rapidità e continuità nello svolgimento della stessa.

Su questo impianto sicuramente non poteva intervenire la Corte Costituzionale, ma poteva e doveva intervenire il legislatore nel momento in cui poneva mano alla riforma dell'istituto fallimentare nel suo insieme, e ciò ha fatto eliminando, da un lato, la commistione dei poteri del giudice delegato, con recupero del suo ruolo di giudice terzo risolutore di conflitti e restituendo, dall'altro, agli altri protagonisti del procedimento i poteri tipici delle parti - che sono due aspetti speculari dello stesso problema giacchè quanto più attenuata è in un procedimento la presenza della parti tanto maggiore è l'invadenza del giudice e viceversa - e salvaguardando, nel contempo, i principi di speditezza e concentrazione delle varie e concorrenti pretese creditorie nel contraddittorio incrociato tra i creditori.

Invero, il richiamo dei principi della domanda, della corrispondenza tra chiesto e deciso, del contraddittorio tra curatore e creditori e dell'onere della prova a carico del creditore, unito alla attribuzione al curatore del potere di esporre le sue osservazioni sulla fondatezza di ciascuna domanda ed opporre tutti i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi del diritto azionato (il che comporta che di questo potere non può più avvalersene il giudice delegato) e del potere di impugnare i crediti ammessi, delineano, nel loro insieme, chiaramente il nuovo assetto della fase necessaria del procedimento di accertamento del passivo, armonizzato ed equilibrato nel rispetto dei valori costituzionali del giusto processo con una più precisa connotazione dei ruoli dei vari protagonisti.

Da un lato, infatti, vi è il creditore-parte che si insinua, gravato dell'onere della prova in applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c., essendo incompatibile con le attribuzioni in proposito date al curatore la sopravvivenza di poteri integrativi inquisitori del giudice che, nell'attuale impianto, gli permettono la ricerca della verità materiale oltre i limiti previsti nel giudizio; il monopolio della prova delle parti viene integralmente ripristinato, come nel giudizio ordinario, per cui il giudice dovrà, in linea di massima (salve eccezioni che il legislatore delegato eventualmente indicherà), decidere sulla base di una prova completa che lo convinca pienamente e sarà tenuto a fondare il proprio convincimento sui soli mezzi probatori introdotti dalle parti.

Dall'altro lato vi è il suo contraddittore, che è il curatore, il quale, disponendo delle informazioni del debitore (è previsto che questi debba avere la facoltà di esporre le sue valutazioni, chiaramente non vincolanti non avendo egli la disponibilità del diritto su cui ricade l'eventuale confessione), delle scritture contabili e di ogni altra documentazione dell'impresa, è in grado di effettuare i necessari riscontri e di prendere posizione sulla domanda presentata. Il curatore abbandona, quindi il ruolo

di collaboratore del giudice per assumere una funzione propositiva di parte processuale, senza perdere, nel contempo, quella posizione sostanziale di terzietà nel rapporto che viene posto a fondamento della insinuazione, dato che egli interviene nel conflitto creditore-debitore senza essere parte del rapporto tra questi interlocutori né assumersi detto rapporto.

Tra queste parti si pone il giudice delegato, giudicante terzo e imparziale, privo, in conformità al nuovo dettato costituzionale dell'art. 111, di quelle iniziative officiose e di quei poteri inquisitori di cui attualmente gode, non più giustificabili in un sistema che riconosce poteri di impulso alle parti del procedimento. Questi decide su tutte le domande assumendosi la responsabilità dello stato passivo, ma in sostanza interviene soltanto sui punti controversi, o escludendo un credito quando già contestato dal curatore o ammettendo un credito che il curatore esclude, nel mentre non può entrare nel merito di quelle domande già accolte dal curatore visto che può decidere solo nei limiti delle conclusioni formulate dalle parti e non dispone di poteri istruttori d'ufficio.

Nella determinazione del contenuto dei provvedimenti del giudice è stata mantenuta l'ammissione con riserva condizionale ed è stata introdotta la innovativa ipotesi della riserva riferita alla prelazione, che sarà utile per risolvere alcune questioni oggi controverse, come ad esempio l'ammissione di un credito con riconoscimento del privilegio speciale subordinato alla acquisizione del bene gravato all'attivo concorsuale. E' stata, invece, eliminata la anacronistica fattispecie dell'ammissione con riserva di presentazione di documenti. Questa costituisce un'eccezione al principio che l'ammissione di un credito al passivo deve essere accompagnata dalla prova dello stesso, che nell'attuale legge fallimentare trova la sua ragione nella brevità dei termini per la presentazione delle domande; in tempi in cui si utilizzano strumenti di comunicazione e trasmissione documentale velocissimi, diventava inutile riprodurre la fattispecie legislativa in questione.

Quanto all'effetto del provvedimento finale di esecutività viene espressamente disposto che esso ha efficacia endofallimentare. Questo effetto è oggi riconosciuto dalla quasi totalità della dottrina e dall'unanime giurisprudenza, ma si è ritenuto opportuno stabilirlo espressamente al fine da evitare eventuali nuovi dubbi che potrebbero essere alimentati dalla riforma che, essendo diversamente articolata in ordine ai poteri dei protagonisti, potrebbe far rinascere la tentazione di ampliare i confini della decisione. Ampliamento ultraconcorsuale che, peraltro, non avrebbe senso nell'ipotesi della operatività della esdebitazione alla chiusura della procedura e che, comunque, sarebbe irragionevole anche nei casi di sopravvivenza del debito, data la finalità della procedura collettiva e il tipo di giudizio di accertamento sommario, di contenuto documentale e con prevalente funzione esecutiva, in cui il debitore insolvente rimane in una posizione marginale.

## 5. Le impugnazioni e le tardive

La ricostruzione del ruolo di parte del curatore nella fase sommaria trova il suo completamento nella attribuzione a lui della legittimazione attiva ad impugnare i crediti ammessi in difformità della sua proposta e chiedere la revocazione dei crediti per i motivi indicati dall'attuale art. 102 l.fall., contestualmente prevedendo in questi casi che contraddittore necessario è il creditore il cui credito è contestato, nel mentre la partecipazione del curatore, ove non sia il reclamante, è richiesta allo scopo di rendere estensibile nei suoi confronti l'efficacia della sentenza; nella opposizione allo stato passivo, invece, il contraddittore necessario è proprio il curatore in quanto il creditore si oppone alla esclusione di un proprio credito o prelazione<sup>19</sup>.

Per tutte le impugnazioni -che sono quelle attuali dell'opposizione, dell'impugnazione dei crediti ammessi e della revocazione - è stato previsto un procedimento camerale, ispirato al richiamo dei principi di cui all'art. 111 Cost.; del collegio non potrà fare parte il giudice delegato, il tribunale potrà disporre in alcuni casi misure cautelari volte a conservare il diritto al riparto o il diritto alla restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili; sarà disciplinata l'attività istruttoria che potrà essere delegata ad un giudice, il tribunale pronuncerà con sentenza immediatamente esecutiva; la sentenza potrà essere impugnata esclusivamente con ricorso per cassazione. Queste, per grandi linee dovrebbero essere le caratteristiche dei procedimenti di impugnazione e una dettagliata regolamentazione rispettosa del disposto dell'art. 111 Cost. nonchè l'espressa previsione della efficacia endofallimentare della decisione sono elementi sufficienti a garantire, anche sotto il profilo costituzionale, la tutela dei diritti patrimoniali da accertare ai fini esecutivi, salvaguardando nel contempo la celerità dei procedimenti impugnatori, l'assoggettamento dei quali a rito ordinario costituisce oggi una delle cause dei notevoli ritardi nella chiusura del fallimento.

Sulla regolamentazione delle tardive la Commissione ha ritenuto necessario un intervento radicale che, muovendo dall'esigenza di meglio organizzare la fase sommaria della trattazione, contestualmente favorisse la tempestiva presentazione delle domande ed attuasse nell'esame delle stesse quel contraddittorio incrociato e collettivo previsto per la verifica delle domande tempestive.

---

<sup>19</sup> In quest'ultima fattispecie non è stata estesa al curatore la legittimazione attiva (astrattamente ipotizzabile nel solo caso in cui il giudice abbia emesso un provvedimento di esclusione per motivi non coincidenti con quelli rappresentati dal curatore) perchè a tutelare l'interesse del creditore è sufficiente la legittimazione a lui attribuita a proporre opposizione direttamente, di modo che se costui ritiene di fare acquiescenza non si vede ragione per cui l'organo pubblico debba prendere iniziative.

La prima esigenza è stata già avvertita dai redattori della miniriforma che, all'art. 6 (in modifica dell'art. 16 l.fall.) assegna ai creditori per la presentazione delle domande di insinuazione un termine non superiore a sette giorni prima dell'adunanza di verifica per far sì che il giudice delegato ed il curatore possano esaminare tempestivamente le domande, sanzionando poi nell'art. 21 (in modifica dell'art. 92 l.fall.) il ritardo nella presentazione delle domande con la qualificazione delle stesse come tardive. L'intenzione di disincentivare i creditori a presentare le domande tempestive all'ultimo momento utile, magari confidando su un esame superficiale per la necessità di provvedere con urgenza per depositare lo stato passivo, è sicuramente lodevole, ma questo meccanismo comporta soltanto un aumento abnorme delle trattazioni col rito delle tardive, dato che sarebbero considerate tali tutte le domande presentate oltre il termine di sette giorni prima dell'udienza di verifica<sup>20</sup>, ed è incompleto, dato che non viene incontro alle altre due più rilevanti esigenze, non intervenendo la mini riforma sulla regolamentazione delle dichiarazioni tardive.

Nell'attuale sistema, infatti, le dichiarazioni tardive possono intervenire fino all'esaurimento del riparto finale ed il relativo procedimento, del tutto individualizzato, non si armonizza con la concorsualità che domina la fase sommaria dell'accertamento del passivo, posto che la possibilità concessa ai creditori di intervenire nel processo è fortemente compromessa dalla mancanza di obbligo di notifica o di comunicazione ad essi della presentazione della domanda tardiva<sup>21</sup>. Comunicazione non idonea, comunque, ad attuare quel contraddittorio incrociato tra creditori che si attua all'udienza di verifica, inserendosi la eventuale partecipazione al giudizio dei terzi nell'alveo dell'intervento processuale formalizzato, per cui per realizzare la completa concorsualità anche nell'esame delle domande tardive in modo da evitare anche il furbesco ricorso a questo

---

<sup>20</sup> Senza tenere, peraltro, conto che spesso le operazioni di verifica non si esauriscono alla prima udienza, con la conseguenza paradossale che il creditore in ritardo sopporta non solo le conseguenze del proprio ritardo ma anche quelle del ritardo degli organi della procedura, dal momento che viene privato di ogni forma di tutela giurisdizionale sino al momento in cui lo stato passivo è reso esecutivo.

<sup>21</sup> La Corte Costituzionale è intervenuta per affermare la illegittimità costituzionale - per contrasto con l'art. 24 cost. - dell'art. 100 comma 1, l.fall. nella parte in cui non prevede che i creditori ammessi allo stato passivo possano proporre opposizione avverso i decreti di ammissione tardiva al passivo, emanati ex art. 101 comma 3, entro 15 giorni dalla data di ricezione della raccomandata con avviso di ricevimento, con la quale il curatore deve dare notizia a ciascuno di essi dell'avvenuto deposito del decreto di variazione dello stato passivo (Corte Cost. 14 dicembre 1990, n. 538 in *Fallimento* 1991, 122; *Dir. Fall.* 1991, II,7; *Giust. civ.* 1991, I,543; *Giur. comm.* 1991, II,546).

sistema per sottrarsi al controllo dei creditori, era necessario predisporre un sistema di accertamento improntato alle stesse regole della fase tempestiva.

Ciò ha realizzato la Commissione attraverso una serie di interventi che, muovendo, come nella accennata miniriforma, dalla fissazione di un termine entro cui far pervenire le domande di ammissione al passivo e la qualifica di tardive delle domande pervenute dopo questo termine, prevede la fissazione (fin dall'inizio o al momento della definitività dello stato passivo), di un termine di decadenza per la proposizione di domande di insinuazione tardiva, alla scadenza del quale - o in vista della presentazione di un riparto parziale, se questo è antecedente a tale termine - il curatore comunica ai creditori che partecipano al concorso l'udienza in cui saranno contestualmente esaminate dal g.d. (che avrà indicato la data) le domande di insinuazione tardive e il termine entro il quale egli depositerà in cancelleria il progetto di stato passivo provvisorio delle stesse, che potrà essere visionato dai creditori. All'esito del procedimento, che si svolge secondo le stesse regole della verifica delle domande tempestive, il giudice inserirà le nuove ammissioni nello stato passivo ed avverso la decisione del giudice saranno ammesse le stesse impugnazioni previste per lo stato passivo originario.

Per far salve le ipotesi di ritardo incolpevole è stata prevista la possibilità di presentare domande tardive anche oltre la scadenza di detto termine, previo pregiudiziale accertamento che il ritardo non è imputabile al creditore; le domande che superano questa valutazione pregiudiziale saranno esaminate seguendo lo stesso sistema stabilito per le altre tardive (quelle presentate nel termine), concentrando il massimo numero possibile di domande per ogni verifica, secondo meccanismi che determinerà il legislatore delegato.

La previsione di un termine di decadenza e il vaglio preventivo di non imputabilità non configge col diritto di difesa, sia perché il termine potrà e dovrà essere abbastanza ampio, sia perché la decadenza è dettata dall'esigenza pubblicistica di concentrare al massimo le decisioni in vista di una più rapida definizione dell'insolvenza, sia perché è implicito in qualsivoglia procedimento predisporre precise scadenze, che fissino un momento oltre il quale una attività richiesta non sia più consentita od assuma efficacia diversa.

La medesima disciplina dettata per l'accertamento dei crediti è stata riprodotta, con i dovuti aggiustamenti, per l'esame dei diritti dei terzi che, come già detto, ora coinvolge qualsiasi forma di pretesa su beni mobili e immobili o aziende ritrovati nel patrimonio del debitore o a lui facenti capo; di modo che il nuovo procedimento di accertamento può effettivamente definirsi come quella fase della procedura di liquidazione concorsuale diretta all'individuazione dei crediti che potranno partecipare al concorso e di tutti i diritti dei terzi sui beni appresi all'attivo, al fine di determinare il limite e la misura dei diritti dei creditori e i beni su cui costoro possono esercitarsi quei diritti.





## **Il sistema delle revocatorie**

Prof. Avv. Bruno Inzitari

*Ordinario di Diritto Civile e Fallimentare nell'Università di Milano - Bicocca*

Uno dei temi che ha contraddistinto il dibattito sulle prospettive di riforma della disciplina fallimentare ha investito la funzione e la portata dell'azione revocatoria fallimentare. Come spesso accade il primo segno dell'iniziativa di riforma si manifesta nell'aspirazione di dare un nuovo nome ad antichi istituti, in guisa che l'aspirazione a rimuovere il precedente sistema sia immediatamente avvertito già nel rinnovamento terminologico.

Il confronto sul tema della revocatoria è stato tra coloro che vorrebbero un ridimensionamento degli effetti di una azione redistributiva, quale la revocatoria fallimentare o concorsuale che dir si voglia, e coloro che, al contrario, ritengono che le misure dirette a ristabilire un equilibrio tra i creditori, sui quali ha pesato diversamente il peso dell'insolvenza, siano essenziali ad assicurare effettività ed efficienza alla distribuzione del danno tra i diversi creditori concorrenti.

Si tratta, pertanto, più che di un grande confronto tra concezioni diverse che discendono da sapienti teorie giuridiche, di una baruffa suscitata dall'interesse che pervade alcuni settori professionali inclini a neutralizzare in tutto o in parte gli oneri del rischio della revocatoria.

E' certamente proprio per effetto del fatto che tali aspirazioni riduzionistiche in tema di revocatoria sono così direttamente permeate dal carattere particolare e unilaterale dell'interesse che le muove che, consapevolmente o meno, coloro che se ne sono fatti sostenitori, hanno tentato di costruire un sostegno ad una proposta in realtà troppo esile e contraddittoria sul piano sistematico, attraverso il riferimento ad una presunta tradizione dottrina, in realtà mai esistita e del tutto immaginaria secondo la quale ad una dottrina antindennitaria verrebbe contrapposta una indennitaria.

Si tratta del tentativo di nobilitare precise scelte di campo nella selezione degli interessi che si intende far prevalere nella crisi dell'impresa, con la "fabbricazione" di una copertura teorica totalmente nominale: è noto infatti che né la dottrina, né la giurisprudenza che hanno accompagnato lo studio e l'applicazione dell'azione revocatoria hanno mai dato vita ad una teoria indennitaria o antindennitaria della revocatoria.

Al contrario, nella riflessione sulla disciplina della revocatoria fallimentare la dottrina ha messo in luce, attraverso diversi passaggi ed argomentazioni, che la funzione teleologica verso la quale muove l'intera disciplina della revocatoria, non può essere ricondotta alla attribuzione di un risarcimento del danno ai creditori attraverso il tramite del curatore fallimentare.

Piuttosto deve essere ricondotta alla diversa funzione di distribuire la perdita dell'insolvenza tra tutti quei soggetti contraenti e creditori che hanno avuto contatti e posto in essere atti giuridici con il debitore colpito dalla esecuzione concorsuale nell'ultimo periodo antecedente alla apertura della procedura: non a caso tale periodo temporale, proprio per questo motivo, è tecnicamente indicato quale *periodo sospetto*, secondo una tradizione che risale alle stesse origini storiche della disciplina fallimentare.

Non è pertanto corretto affermare che la disciplina dell'azione revocatoria della legge fallimentare del 1942 (come pure del precedente codice di commercio o della *Konkursordnung* tedesca o della attuale *Insolvenzgesetz*), siano ispirate ad una inesistente e meramente supposta teoria antiindennitaria in quanto, al contrario, *ciò che ha carattere antiindennitario* non è certo una teoria, bensì *la funzione sul piano causale-funzionale dell'azione revocatoria*.

La funzione infatti della revocatoria risiede nel consentire ai creditori di recuperare la perdita conseguente all'insolvenza, la quale consiste nella insufficienza dei beni del debitore a soddisfare integralmente i creditori.

La perdita per i creditori concorrenti risiede quindi nel saldo negativo tra l'ammontare globale dei crediti ed il patrimonio del debitore che, dopo la liquidazione, è distribuibile ai creditori.

Se tale *deficit* è stato creato per effetto dell'assunzione di obbligazioni in misura superiore alle capacità patrimoniali del debitore, al riequilibrio non dovrà, né potrà assolvere l'azione revocatoria, bensì l'azione di responsabilità, quale ad esempio quella esperibile verso gli amministratori che hanno gestito e indebitato la società *ultra vires* o dopo che è stato perduto il capitale sociale, contravvenendo al dovere di conservazione dell'integrità patrimoniale.

L'azione revocatoria svolge la sua funzione in tutti quei casi in cui la perdita (o più sovente, parte della perdita subita dal debitore), deriva dall'avvenuto pagamento o destinazione di parte del patrimonio ad alcuni creditori, i quali hanno in questo modo evitato in tutto o in parte, a differenza degli altri creditori concorsuali, il danno dell'insolvenza. L'azione revocatoria infatti per definizione, non apporta ai creditori un risarcimento per atti illeciti o comunque posti in essere *contra legem* dal debitore o dai terzi, ma al contrario, consentendo il recupero di quei beni o parti del patrimonio che sono andate a vantaggio di alcuni tra i creditori, consente di distribuire perdita tra tutti i creditori.

E' pertanto evidente che nell'ambito dell'azione revocatoria non vi è alcuno spazio per identificare una funzione indennitaria, in quanto la ricerca e il conseguimento di un indennizzo non rientra nelle funzioni riconducibili a tale azione.

Ne consegue che il recente tentativo di attribuire una siffatta funzione indennitaria all'azione revocatoria, oltre a costituire un grave errore teorico ed ermeneutico, comporterebbe inevitabilmente l'effetto particolarmente grave di degradare del tutto ingiustificatamente la reale portata dell'azione, i cui presupposti, per lo più in

modo assai vago e impreciso, vengono riferiti a condotte comportamentali (non si comprende peraltro se dei creditori o del debitore), sostanzialmente illecite.

E' bene chiarire che una siffatta sbrigativa e del tutto forzata metamorfosi dell'azione revocatoria recherebbe con sé il venir meno della tutela del bene giuridico che è alla base dell'intera disciplina del concorso: vale a dire che verrebbe confuso e forse definitivamente compromesso il principio ispiratore della stessa disciplina fallimentare che vuole la distribuzione della perdita tra tutti i creditori, principio che è il presupposto perché possa essere applicata legittimamente e senza lesione di diritti soggettivi (tutelati dal sistema del diritto civile e della stessa costituzione), ai creditori concorrenti la *falcidia* delle pretese creditorie per effetto del concorso.

Si tratta di esigenze tutt'altro che marginali: esse riposano sulla necessità di assicurare – in una procedura concorsuale che ha quale primo effetto quello di privare i creditori concorrenti di ogni iniziativa e potere, che inevitabilmente debbono essere trasferiti al curatore-, adeguate possibilità di riequilibrare, attraverso efficienti e significative azioni recuperatorie, sia la perdita economica, sia le limitazioni conseguenti alle instaurazioni della procedura concorsuale, dei poteri di iniziativa del creditore sul debitore.

Si tratta di esigenze di tutela che trovano la loro tutela anche sul piano dei principi costituzionali oltre che sotto l'evidente profilo dell'art. 3, degli artt. 41 e 45 cost.

L'indagine che qui di seguito sarà svolta e diretta a verificare se, attraverso i diversi progetti di riforma, confluiti prima nel disegno di legge per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza, ed ora nel d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali, la revocatoria fallimentare, che acquisterà il nome di revocatoria concorsuale, mantenga la sua funzione attuale, e la sua conseguente funzione e connotazione c.d. antindennitaria.

E' noto, infatti, che la revocatoria costituisce lo strumento principale a disposizione del curatore per la ricostruzione dell'attivo dell'imprenditore fallito e si connette normalmente alle procedure liquidatorie in funzione redistributiva.

In altri termini, essa consente, secondo una ottimale applicazione, di ricostruire il patrimonio dell'imprenditore al momento in cui si è verificata o manifestata<sup>1</sup> l'insolvenza, due anni o un anno prima del fallimento, per poi ridistribuire la liquidità derivante che tale ricostruzione del patrimonio a tutti i creditori compresi quelli che hanno subito l'azione revocatoria. In questo modo la procedura

---

<sup>1</sup> La possibile diversa rilevanza del verificarsi dell'insolvenza o della sua manifestazione dipende dal concreto atteggiarsi dei meccanismi presuntivi della revocatoria: per cui sarà rilevante la manifestazione dell'insolvenza nei casi in cui il curatore debba fornire la prova della *scientia decoctionis*, mentre sarà sufficiente il verificarsi della insolvenza ove operi la presunzione di *scientia decoctionis* ed il convenuto in revocatoria non riesca a dimostrare la propria *inscientia decoctionis*.

concorsuale consente di destinare l'intero patrimonio del debitore ai creditori che erano già tali nel momento in cui il patrimonio di garanzia dell'imprenditore è risultato essere già insufficiente per far fronte a tutti i debiti e, quindi, avrebbe dovuto essere destinato sin da allora alla soddisfazione paritetica e concorsuale del ceto creditorio dell'epoca, senza alterare la *par condicio* o diminuire la garanzia patrimoniale complessiva con pagamenti o atti normali o anormali o con la costituzione di garanzie o prelazioni.

Si fa con ciò riferimento alla funzione c.d. antindennitaria, la quale prescinde dalla verifica del danno eventualmente cagionato ai creditori.

Alla realizzazione di tale funzione, come abbiamo visto, di recente è stata opposta quella pretesa "teoria c.d. antindennitaria" di cui si è già parlato, che invece propone un concetto di risarcimento del danno cagionato ai creditori, per cui l'azione revocatoria fallimentare sarebbe possibile soltanto quando i pagamenti o gli atti abbiano cagionato in concreto un danno<sup>2</sup>.

Occorre però intendersi sul concetto di danno.

Per coloro che avanzano e propongono la tesi che pur consapevoli della sua inveritiera sostanza per comodità di discorso indicheranno con l'espressione teoria indennitaria il danno può riguardare sia i creditori sia il patrimonio del debitore.

Il danno ai creditori può derivare da tre tipi di evento: a) alterazione della *par condicio* tra di loro: il debitore paga l'80% del credito a Tizio ed il 60% a Caio; b) diminuzione della garanzia patrimoniale: l'imprenditore rimette un suo credito oppure dona un bene o lo vende sottocosto; c) il debitore vende un bene a prezzo di mercato e così converte il bene in denaro nel suo patrimonio, che rimane quantitativamente inalterato.

Il danno al patrimonio del debitore si verifica quando lo stesso viene diminuito (ad es. donazione) per effetto dell'atto revocabile.

A ben considerare, tuttavia, questa del tutto teorica proliferazione delle ipotesi di danno, per quanto riguarda la revocatoria quale strumento redistributivo, non corrisponde alla realtà dei fatti.

Cominciando dal danno al patrimonio del debitore che, a rigore, non dovrebbe essere affatto rilevante in un contesto in cui si tratta della *par condicio creditorum*, cioè dei soli creditori, ed invero la revocatoria pone rimedio a comportamenti del debitore che hanno danneggiato i creditori, per i quali è prevista la liquidazione concorsuale.

---

<sup>2</sup> Ad esempio con un atto sproporzionato (vendita sottocosto di un bene), ma non con un pagamento normale (atto dovuto) o con la vendita di un bene al prezzo di mercato, sostituendo così il denaro al bene nel patrimonio del debitore. E' noto invece come per la teoria antindennitaria anche pagamenti e atti normali possono alterare la *par condicio* ed essere oggetto di revoca.

In altre parole, il danno al patrimonio del debitore non ha proprio alcuna attinenza con la revocatoria fallimentare.

Tuttavia, chi aderisce alla c.d. teoria indennitaria della revocatoria, richiede la compresenza tra i presupposti della revoca sia del danno ai creditori sia del danno al patrimonio del debitore<sup>3</sup>.

Per quanto riguarda il danno ai creditori, esso può essere in definitiva ridotto all'unica ipotesi indicata sopra *sub b*), della diminuzione della garanzia patrimoniale, poiché l'alterazione della *par condicio* (ipotesi *sub a*) si traduce infine in una diminuzione della garanzia patrimoniale per tutti gli altri creditori, che non hanno ricevuto la maggior porzione di patrimonio<sup>4</sup>, mentre quando si verifica la conversione in denaro di un bene (ipotesi *sub c*) il danno consiste pur sempre nella diminuzione della garanzia patrimoniale sotto il profilo qualitativo, poiché è più difficile, se non impossibile, porre in essere atti di esecuzione nei confronti di una somma di denaro piuttosto che non nei confronti di un bene materiale (tanto più quando la vendita del medesimo avviene in periodo di crisi, ciò che fa ragionevolmente ipotizzare che la somma ricavata non verrà certo conservata per i creditori, come sovente infatti si riscontra nella contabilità delle ditte fallite)<sup>5</sup>.

Pertanto, esclusa la rilevanza del danno al debitore, la revocatoria presuppone sempre e solo un danno (*in re ipsa*<sup>6</sup>) inteso come una diminuzione della garanzia patrimoniale in termini quantitativi (ipotesi "a" e "b") o qualitativi (ipotesi "c").

---

<sup>3</sup> Cfr. FORTUNATO S., *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, *Fall.* 2004, 342 s. e l'art. 107 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>4</sup> I creditori pagati irregolarmente e meno degli altri possono contare per l'esecuzione concorsuale su un patrimonio di garanzia complessivamente inferiore a causa delle maggiori porzioni di patrimonio destinate solo ad alcuni creditori.

<sup>5</sup> La revocatoria è oggi ammessa anche quando il patrimonio subisca solo una variazione qualitativa, se essa rende la soddisfazione dei creditori più difficile (Cass. 26 febbraio 2002 n. 2792, *Fall.* 2002, 785).

<sup>6</sup> In giurisprudenza si ritiene che il danno, inteso come lesione della *par condicio creditorum*, cioè come situazione sfavorevole per i creditori causata dall'atto revocato, costituisca un requisito logico e necessario dell'azione revocatoria fallimentare (Cass. 17 gennaio 2001 n. 571, *Fall.* 2001, 1320) e che esso sia presunto *iuris tantum*, con la possibilità quindi che il convenuto in revocatoria dia la prova che il danno non sussiste più al momento dell'esperimento dell'azione (Cass. 19 febbraio 1999 n. 1390, *Fall.* 1999, 911; Cass. 12 novembre 1996 n. 9908, *Fall.* 1997, 692), eccezione che si reputa non rilevabile d'ufficio (Cass. 30 ottobre 1973 n. 2837, *Dir. fall.* 1974, II, 1986). Altri ritengono che il danno nella revocatoria sia presunto in via assoluta (*iuris et de iure*) e che non ammetta prova contraria (Cass. 12 gennaio 2001 n. 403, *Fall.* 2001, 1324), consistendo nella lesione della *par condicio creditorum*, sempre presente nel caso di fallimento (Cass. 30 marzo 2000 n. 3878, *Fall.* 2001, 206).

## **La revocatoria nel contesto liquidatorio.**

L'ambito in cui si attua la redistribuzione del patrimonio dell'imprenditore fallito è quello della procedura liquidatoria.

Ne è conferma l'art. 49 della l.270/99 (c.d. Prodi bis), che consente la revocatoria solo se è stato in concreto autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali.

Costituisce invece un'eccezione l'art. 6 della legge 18 febbraio 2004 n. 39 (che ha convertito in legge il c.d. decreto Parmalat del 23 dicembre 2003 n. 347), che prevede l'esperibilità dell'azione revocatoria anche all'interno di un programma di ristrutturazione, a condizione che: a) il programma sia stato approvato dal Ministro delle attività produttive insieme con le azioni revocatorie<sup>7</sup>; b) le revocatorie siano funzionali ad una coerente esecuzione del programma; c) le revocatorie siano esercitate nell'interesse dei creditori.

Questo implica una selezione delle revocatorie, che devono rispondere ai requisiti indicati e, di conseguenza, il venir meno della tradizionale funzione redistributiva della revocatoria, che non colpisce più indistintamente tutti gli atti e i pagamenti, potendosi persino ipotizzare che l'arma (impropria) della revocatoria sia utilizzata come spauracchio per ottenere dalle banche o da altri creditori il sostegno al programma del commissario per la ristrutturazione aziendale.

Sarà difficile, comunque, trovare convenuto in revocatoria un creditore che sostenga il programma di ristrutturazione.

In questi termini considerata, la revocatoria concorsuale non ha più niente a che fare con quella fallimentare sin qui nota e diventa uno strumento duttile da adoperare di volta in volta secondo le concrete esigenze della procedura e con criteri di selettività più o meno discrezionalmente applicati.

Anzi, vi può essere pure spazio per valutare i profili di danno concreto ai creditori dell'atto o del pagamento che si intende revocare.

## **La revocatoria nel contesto conservativo.**

Occorre a questo punto domandarsi che senso abbia la revocatoria in un contesto di risanamento e di conservazione dell'impresa e la risposta ci viene dalla stessa dottrina che ha elaborato per prima la teoria antindennitaria, distinguendo tra la

---

<sup>7</sup> E' opportuno che le azioni revocatorie siano già indicate nel programma, per evitare che in ogni giudizio in cui venga proposta una revocatoria si debba discutere, con esiti eventualmente difforni, della compatibilità della singola azione con il programma approvato dal Ministro (in tal senso, cfr. FABIANI M.-FERRO M., *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa*, Fall. 2004, 149 n. 88).

conservazione dell'attività di impresa ed il salvataggio dell'imprenditore<sup>8</sup>: così il salvataggio dell'imprenditore implica il raggiungimento di un determinato accordo soddisfacente con i creditori pregressi, mentre la continuazione dell'attività di impresa può essere anche una modalità efficace di liquidazione del patrimonio del debitore, quando si opti per il trasferimento della stessa ad un terzo.

Per cui, se può esservi piena compatibilità tra la liquidazione e la conservazione dell'attività d'impresa, ci può essere la stessa compatibilità tra quest'ultima ed il sistema delle azioni revocatorie.

### **La revocatoria nel contesto della riforma.**

Il Legislatore del 2004 ha scelto di inserire la revocatoria in un contesto almeno normalmente liquidatorio, che però può concretamente assumere connotati di conservazione dell'impresa (se ceduta a terzi ancora funzionante).

Infatti, l'art. 5 dello schema di disegno di legge recante "*Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*" (testo approvato dalla Commissione a maggioranza) prevede che la procedura di liquidazione concorsuale realizzi o la "*conveniente vendita dei beni*" o "*l'attuazione del piano di regolazione dell'insolvenza*" che è alternativo alla liquidazione endoconcorsuale<sup>9</sup>.

Nel primo caso, la conveniente vendita dei beni può assumere la forma della vendita in blocco dell'azienda, realizzando così la conservazione dell'attività di impresa e, in concreto, la compatibilità della revocatoria con una procedura di fatto conservativa.

Nel secondo caso, il piano di regolazione della insolvenza, in alternativa alla liquidazione endoconcorsuale, ha ad oggetto gli interventi per la conservazione anche parziale dell'impresa e gli atti di liquidazione (art. 5 co. 4 lett. a<sup>10</sup>), ma esclude le revocatorie non ordinarie, cioè quelle concorsuali di cui all'art. 9 (art. 5 co. 4 lett. e<sup>11</sup>).

---

<sup>8</sup> MAFFEI ALBERTI A., *Revocatoria fallimentare e conservazione dell'impresa*, Fall. 1998, 899.

<sup>9</sup> Cfr. gli artt. 85, 86, 93, 145 e 147 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>10</sup> Cfr. art. 86 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>11</sup> Nel d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali* l'esclusione delle revocatorie potrebbe ricavarsi per implicito dalla norma (art. 87.3) che prevede la proponibilità o la perseguibilità delle revocatorie concorsuali da parte (non del curatore, ma) del "*soggetto che ha presentato il piano sia per finanziare lo stesso sia per conseguire un miglior interesse dei creditori*", e comunque dall'inutilità di iniziarle o proseguirle nell'ambito di una procedura liquidatoria che va a cessare, ex art. 93 del *d.d.l.*, ove venga approvato il piano di regolazione privata dell'insolvenza.



Per cui si potrà avere una procedura che in concreto assume modalità liquidatorie, però senza la possibilità di esperire le azioni revocatorie.

Si tratta dunque di un ulteriore segnale di cambiamento della revocatoria concorsuale, che va modificandosi verso una dimensione di funzionalità alla particolare procedura in essere, se vogliamo di privatizzazione, riducendosi progressivamente, fin quasi a scomparire, la sua portata di azione redistributiva, invece improntata a caratteristiche di rilievo pubblicistico.

### **Revocatoria e *par condicio* nella bozza del ddl di riforma della disciplina concorsuale.**

#### *a) Gli istituti di allerta e prevenzione.*

La riforma prevede gli istituti di allerta e di prevenzione, con lo scopo di anticipare l'allarme insolvenza e, quindi, diminuire il danno e l'area della revocabilità, coerentemente con i principi direttivi (art. 2 dello schema di ddl delega, testo di maggioranza) di favorire l'emersione tempestiva della crisi (lett. b) e di incentivare comportamenti cooperativi del debitore (lett. c), a ciò indotto dalla consapevolezza dell'esistenza degli istituti di allerta e di prevenzione.

Essi consistono in obblighi di comunicazione a carico di determinati soggetti, relativi a debitori con particolari caratteristiche, sui quali i primi sono in grado di esercitare forme professionali di controllo dell'insolvenza.

In particolare, il titolo II della bozza del ddl prevede che: a) i pubblici ufficiali che levano i protesti devono trasmettere l'elenco dei protesti alla Camera di Commercio e così devono fare i procuratori del registro per i rifiuti di pagamento previsti dalla legge cambiaria ed anche le cancellerie per le esecuzioni mobiliari ed immobiliari (art. 2.1<sup>12</sup>); b) le amministrazioni pubbliche devono segnalare alla Camera di Commercio i propri crediti esecutivi, ultrasemestrali e di importo maggiore di € 100.000,00 (art. 2.2<sup>13</sup>); c) gli organi societari di controllo devono comunicare all'organo amministrativo tutti i fatti idonei a pregiudicare la continuità dell'impresa (art. 2.3<sup>14</sup>).

L'emersione tempestiva della crisi può dunque servire a ridurre concretamente quantità e qualità degli atti e dei pagamenti revocabili.

Sotto altro profilo, sempre in termini positivi in ambito revocatorio, è prevista l'iscrizione dei fatti comunicati dai pubblici ufficiali (protesti) dalle pubbliche amministrazioni (crediti esecutivi, ultrasemestrali e maggiori di € 100.000,00) e dagli organi societari di controllo (fatti che possono pregiudicare la continuità di

---

<sup>12</sup> Art. 8 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>13</sup> Art. 9 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>14</sup> Art. 10 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

impresa) in un pubblico registro presso la Camera di Commercio (art. 2.4<sup>15</sup>), che costituisce un'apposita banca dati delle comunicazioni di cui agli artt.2.1, 2.2. e 2.3, cosicché l'iscrizione potrà valere quale sintomo di *scientia decoctionis* (se si accerterà che l'insolvenza risaliva al tempo dell'iscrizione) nei confronti del convenuto in revocatoria, attesa la possibilità di considerare applicabile in via analogica l'art. 2193 c.c. in materia di conoscenza dei fatti relativi all'impresa iscritti nel Registro delle Imprese.

Peraltro, l'effettivo ed efficace funzionamento dei predetti istituti potrà essere pregiudicato dai limiti stabiliti per la loro attivazione, posto che il tetto di € 100.000,00 riguarda la minoranza delle imprese che hanno a che fare con l'erario e con l'INPS, ed è, invece, noto che la stragrande maggioranza delle imprese insolventi (il cui debito difficilmente giunge ad € 100.000,00) iniziano la serie degli inadempimenti proprio nei confronti dell'erario e dell'INPS.

*b) La procedura di composizione concordata della crisi.*

L'imprenditore che vuole accedere a questo tipo di procedura deve depositare presso la cancelleria del tribunale competente una dichiarazione, da lui sottoscritta, relativa allo stato di crisi ed alle cause della stessa, accompagnata, tra le altre cose, da un piano di composizione della crisi (art. 3.1.3 bozza ddl<sup>16</sup>).

L'art. 3.1.4<sup>17</sup> stabilisce, con riferimento alla *par condicio omnium creditorum*, che il piano **deve** precisare trattamenti diversi rispetto a creditori appartenenti a diverse classi o gruppi e **può** prevedere oltre al pagamento per intero o in percentuale, riduzione dei crediti, dilazioni, **assegnazione di beni in luogo di pagamenti** (*datio in solutum*), forme diverse di garanzia e **in particolare l'attribuzione a classi o gruppi di creditori, di azioni, quote o obbligazioni e altri strumenti finanziari e titoli di debito.**

Si osserva subito che la proposta di legge **impone** un trattamento differenziato per classi, nel cui ambito soltanto è assicurata la *par condicio*, e neppure indefettibilmente, poiché nell'ambito di ciascun gruppo o classe il trattamento di tutti i componenti deve essere paritario, **salva diversa volontà dichiarata dai singoli creditori** ed allegata al piano.

L'esperienza induce a dubitare della efficienza di una tale disposizione derogatoria della già striminzita *par condicio*, posto che l'allegazione al piano della volontà del creditore che accetta di essere trattato peggio degli altri nulla dice della genuinità (spontaneità e piena consapevolezza della generalità dell'intero ceto creditorio e della globale situazione patrimoniale dell'imprenditore), nonché del modo con cui è stata ottenuta e si è formata la volontà derogatoria.

---

<sup>15</sup> Art. 11 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>16</sup> Art. 15 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>17</sup> Art. 16.5 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

Per quanto riguarda le *datationes in solutum*, ci si dovrà porre spesso il problema (auspicabilmente) dell'effettivo valore della prestazione fornita in luogo dell'adempimento (specie con riferimento a beni il cui valore non è immediatamente percepibile senza un'adeguata perizia di stima: si pensi ad un immobile in località lontana, ad un gioiello che non viene esibito a tutti i creditori in funzione dell'approvazione del piano, ad un dipinto, etc.).

La possibilità di attribuire a classi o gruppi di creditori azioni, quote o obbligazioni e altri strumenti finanziari e titoli di debito potrebbe di fatto operare solo a vantaggio di creditori la cui qualità professionale consente di gestire questo tipo di beni (come le banche e operatori finanziari qualificati); difficilmente essi saranno appetibili da artigiani, commercianti, fornitori, lavoratori, mentre non è plausibile che si rendano cessionari di questi beni gli enti pubblici ed i servizi della riscossione.

Qualche perplessità sulla disposizione è data dall'esperienza che questo genere di valori possono essere precostituiti in funzione del piano da parte del ceto creditorio per cui sono più appetibili (si pensi al pegno di titoli che viene spesso concesso a garanzia di pregresse esposizioni debitorie), sicché la norma, come altre nel corpo della bozza del ddl, sembra giovare in particolare ad alcuni creditori.

*c) Gli accordi extrapiano.*

E' opportunamente prevista (art. 3.1.4 co. 6 bozza ddl<sup>18</sup>) la nullità degli accordi tra i soggetti che hanno presentato il piano e i creditori, aventi ad oggetto attribuzioni di vantaggi non considerati nel piano, per favorire l'approvazione dello stesso o per ottenere un comportamento, nel procedimento in corso, contrario ai principi di libertà di manifestazione del consenso e di parità di trattamento fra posizioni omogenee.

Nulla si dice tuttavia degli accordi aventi gli stessi scopi, tra i creditori e soggetti diversi da chi ha presentato il piano, come i soci occulti e di fatto, o quelli che si sono illegittimamente ingeriti nell'amministrazione, che sono interessati ad evitare di essere coinvolti direttamente nella crisi dell'impresa da loro (con altri) gestita.

Gli accordi extrapiano sono nulli se prevedono condotte contrarie alla *par condicio* tra posizioni omogenee (quindi all'interno di una classe o di un gruppo), per cui se ne ricava che dovrebbero essere legittimi gli accordi extrapiano che prevedono dei vantaggi che implicano un trattamento differenziato tra classi o gruppi.

Poiché il trattamento differenziato tra classi o gruppi è lecito, anzi doveroso, questi accordi dovrebbero essere (e restare) validi; si valuterà in seguito la portata di questa opzione.

---

<sup>18</sup> Art. 16.6 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

A questo punto, ci si potrebbe chiedere se come oggetto degli accordi extrapiano legittimi ci possa essere la esenzione dalla revocatoria per alcune categorie di creditori trattate in modo omogeneo.

La risposta non può che essere negativa, attesa l'indisponibilità per i privati dei diritti della massa che sono tutelati dalla revocatoria.

*d) Effetti dell'apertura della procedura.*

L'apertura della procedura di composizione concordata della crisi comporta il divieto per i creditori di porre in essere attività che possano comportare per loro vantaggi particolari, e così vanificare l'attuazione del piano e la *par condicio* interclasse.

Pertanto, è stabilito (art. 3.2.4 co. 1<sup>19</sup>) il divieto di porre in essere azioni esecutive individuali e cautelari (in quanto prodromiche alle prime<sup>20</sup>), o di autotutela negoziale (che equivale all'esecuzione individuale), come ad esempio l'esercizio del diritto di ritenzione (artt.1689, 2756, 2757, 2761, 2794 c.c.) e probabilmente anche la clausola risolutiva espressa, ove si traduca in un atto incidente sul patrimonio del debitore (art. 1456 c.c.).

L'art. 3.2.4 co. 3<sup>21</sup> prevede altresì l'inefficacia (per i creditori concorrenti) dei pagamenti, delle garanzie e delle prelazioni costituite a favore di creditori anteriori dopo l'apertura della procedura (che si verifica nel momento del deposito della dichiarazione del debitore che chiede di accedervi) a meno che non siano autorizzati dal consiglio dei creditori ai fini dell'attuazione del piano.

Probabilmente, in considerazione del potere che il consiglio dei creditori acquista per effetto di questa norma, vi sarà la gara tra i creditori per entrarvi e, d'altro canto, non ravvisandosi nella bozza del ddl strumenti per censurare l'operato e le valutazioni del consiglio medesimo, esso potrà insindacabilmente esprimersi in relazione, ad es., alla congruità della concessione di una particolare garanzia rispetto all'attuazione del piano.

*e) Conversione della procedura di composizione concordata in procedura di liquidazione concorsuale.*

L'art. 3.2.6 della bozza del ddl<sup>22</sup> disciplina la cessazione *ante tempus* della procedura (per il venir meno dei requisiti di accesso, perché risulta che il piano non può essere attuato o perché non vi sono prospettive di accettazione da parte dei

---

<sup>19</sup> Art. 21.1 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>20</sup> E' noto, infatti, che il sequestro, una volta accolta la domanda di merito, si converte in pignoramento, ex art. 686 c.p.c., primo atto dell'esecuzione forzata individuale.

<sup>21</sup> Art. 21.3 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>22</sup> Art. 23.1 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

creditori) e, se l'insolvenza è accertata, prevede che venga aperta la procedura di liquidazione concorsuale.

In tal caso, restano salvi gli effetti degli atti e dei pagamenti legalmente compiuti nel corso della procedura di composizione concordata della crisi.

Inoltre, gli accordi conclusi tra il debitore ed i creditori conservano efficacia nella procedura di liquidazione concorsuale<sup>23</sup>: di quali accordi si tratta?

Certo non possono essere quelli che alterano la *par condicio* interclasse, perché sono espressamente dichiarati nulli (art. 3.1.4 co. 6<sup>24</sup>).

Allora può trattarsi di accordi che, pur nel rispetto della *par condicio* interclasse (che non sono vietati), prevedono trattamenti differenziati in percentuale o vantaggi particolari e cose simili con riferimento a classi o gruppi di creditori e che, sostanzialmente, potrebbero riprodurre (anche solo parzialmente o tendenzialmente) il piano testé fallito.

*f) Conseguimento tra procedure e termini per l'esercizio della revocatoria.*

L'art. 3.2.6 co. 5<sup>25</sup> della bozza del ddl di riforma stabilisce che i termini del periodo sospetto ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie, se vi è conseguimento tra la composizione concordata e la liquidazione concorsuale, decorrono dalla data di apertura della procedura di composizione concordata della crisi soltanto se il tribunale, con la sentenza che dispone l'apertura della liquidazione concorsuale<sup>26</sup>, abbia accertato che a quel momento già sussisteva lo stato di insolvenza, con la conseguenza che, se per qualsiasi motivo non viene accertato lo stato di insolvenza, le revocatorie non potranno essere esercitate, a meno che non s'intenda implicitamente (e come?) che il termine per le revocatorie decorra dall'apertura della liquidazione concorsuale.

Questa ricostruzione per implicito non sembra possibile, poiché se il tribunale non accerta espressamente l'insolvenza, la revocatoria non può essere esercitata, in quanto si fonda sulla *scientia* o *inscientia decoctionis*, requisito per la cui valutazione è verosimilmente indispensabile un unitario accertamento giudiziale.

Peraltro, nell'ambito della disciplina sulla revocatoria, è previsto (art. 4.7.13<sup>27</sup>) che nel caso di apertura della procedura di liquidazione concorsuale, conseguente alla dichiarazione di insussistenza dei presupposti di accesso o di cessazione per interruzione o mancata omologazione della procedura di composizione concordata della crisi, i termini previsti per il periodo sospetto decorrono dall'apertura della procedura di composizione concordata della crisi, "*se l'insolvenza risale a quella*

---

<sup>23</sup> Art. 23.4 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>24</sup> Art. 16.6 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>25</sup> Art. 23.5 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>26</sup> Art. 48.1 n. 6 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>27</sup> Art. 118 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

*data*”, e quindi sul presupposto implicito dell’avvenuto accertamento dell’insolvenza da parte del tribunale.

Se il tribunale procede d’ufficio<sup>28</sup>, verificato che non sussistono i requisiti di accesso alla procedura di composizione concordata della crisi, dichiara cessati gli effetti derivati dal deposito della dichiarazione con la domanda di accesso<sup>29</sup>; o pronuncia la cessazione della procedura di composizione concordata della crisi<sup>30</sup>; dandosi per presupposto che abbia anche accertato l’insolvenza (cfr. art. 3.2.6 co. 2<sup>31</sup>).

Infine, la praticabilità della revocatoria rischia di diventare asfittica nei casi in cui la consecuzione tra la procedura di composizione concordata e quella di liquidazione concorsuale sia determinata da risoluzione o da annullamento della prima (art. 3.3.11 co. 2<sup>32</sup>), perché in tal caso il periodo sospetto per l’esercizio delle azioni revocatorie concorsuali decorre dalla pronuncia di risoluzione o annullamento, fatta salva l’azione di responsabilità nei confronti dei creditori e dei terzi che hanno contribuito alla omologazione del piano con le loro condotte fraudolente, a seguito della risoluzione o l’annullamento della procedura concordata della crisi, di cui all’art. 5.2.3<sup>33</sup>.

Viene da chiedersi se sia questo l’assetto ottimale degli interessi in gioco, sol che si pensi che l’insolvenza poteva già sussistere prima della approvazione del piano di composizione concordata della crisi ed essere mascherata con dolo, giusto il presupposto dell’annullamento del piano (cfr. art. 3.3.10<sup>34</sup>), cosicché proprio quando l’imprenditore ha dolosamente mascherato l’insolvenza, potrebbe essere di fatto svuotata la concreta possibilità di ricostruzione dell’attivo a favore dei creditori.

Infatti, non essendo previsto un termine finale per la procedura di composizione concordata della crisi, questa può concretamente svolgersi esaurendo tutti i termini per le revocatorie (due anni per gli atti gratuiti, 18 mesi per gli atti onerosi, 6 mesi per i pagamenti) riferite ad atti posti in essere prima dell’apertura della procedura di composizione concordata, e all’apertura della liquidazione concorsuale non resterebbe più alcun termine utile, se venisse calcolato dalla pronuncia di risoluzione o di annullamento.

---

<sup>28</sup> *Ex art. 41.3 n. 3 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

<sup>29</sup> *Art. 18.2 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

<sup>30</sup> *Art. 23.1 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

<sup>31</sup> *Artt. 18.3 e 23.2 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

<sup>32</sup> *Art. 34 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

<sup>33</sup> *Art. 199 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

<sup>34</sup> *Art. 33.2 del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali.*

g) *Approvazione del piano di composizione concordata della crisi.*

Il piano di composizione concordata della crisi è approvato se riporta i consensi della maggioranza assoluta dei creditori votanti, che rappresenti più della metà dei crediti risultanti negli elenchi (art. 3.3.4 co. 1<sup>35</sup>).

Se invece sono previsti diverse classi o gruppi di creditori, il piano è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza dei due terzi delle classi o dei gruppi di creditori unitariamente considerati, e che rappresenti anche la maggioranza dei crediti; per ciascun gruppo o classe il consenso si forma con la maggioranza dei crediti (art. 3.3.4 co. 2<sup>36</sup>).

Rischia così di essere sacrificato il diritto del creditore più debole, che non abbia le risorse per opporsi all'omologazione del piano.

Peraltro, infatti, i creditori dissenzienti e quelli che non risultano dagli elenchi possono proporre opposizione alla omologazione del piano (art. 3.3.5 co. 2<sup>37</sup>) e così provocare un giudizio del tribunale circa l'eventuale miglior trattamento che essi avrebbero potuto avere in alternativa al piano contestato, anche nella liquidazione concorsuale e, se ricorrono le condizioni, accertata l'insolvenza dell'imprenditore, lo stesso tribunale dispone l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale<sup>38</sup>. Rimangono tuttavia validi gli accordi (quelli ritenuti ammissibili e leciti) già stipulati tra il debitore e i creditori *ex art. 3.2.6 co. 4*<sup>39</sup>, i quali, *per absurdum*, potrebbero anche riprodurre il piano non approvato.

Sembra, questa, una contraddizione che meriti più attenta verifica nella futura sede legislativa.

Per quanto doverosamente garantistica, la procedura di approvazione del piano prevede una serie di fasi, di attività e di iniziative (cfr. art. 3.3.5<sup>40</sup>: richieste, ricorsi, reclami, immancabili perizie d'ufficio e di parte, opposizioni, pronunce del tribunale, etc.), che richiederanno una quantità tale di tempo che, in caso di approvazione del piano e successivi (eventuali) annullamento o risoluzione della procedura, sarà stata erosa buona parte del periodo sospetto ai fini delle azioni revocatorie, se non anche tutto (si pensi ai sei mesi per la revoca dei pagamenti).

Un'ultima notazione sull'approvazione del piano da parte di creditori qualificati: se il piano viene approvato da creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti e per almeno la metà di essi (crediti costituenti la maggioranza votante a favore) siano riferibili a banche (o ad altri intermediari finanziari soggetti a vigilanza), agli altri creditori, che non hanno approvato il piano, spetta il 100% del loro credito

---

<sup>35</sup> Art. 27.1 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>36</sup> Art. 27.2 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>37</sup> Art. 28.2 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>38</sup> Art. 23.2 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>39</sup> Art. 23.4 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>40</sup> Art. 28 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

(art. 3.3.7); se – come sembra - la soddisfazione al 100% spetta anche ai creditori non aderenti al piano che siano banche (il cui credito non sia computato nella maggioranza a favore del piano), in tal caso è possibile che ad esse, come a chiunque, convenga votare per la non approvazione del piano e riscuotere il 100%: questo fa prevedere che vi sarà incertezza tra le banche circa il contegno da seguire in concreto, e che forse vi sarà spazio per accordi di cartello, non del tutto coerenti con la *par condicio creditorum*.

Vien fatto, comunque, di domandarsi il perché di questa norma dichiaratamente *ad personam*.

*h) La revocatoria concorsuale.*

In materia di revocatoria, la norma generale della bozza del ddl (art. 4.7.1<sup>41</sup>) stabilisce che il curatore possa far valere l'inefficacia degli atti compiuti, volontariamente o involontariamente, in pregiudizio dei creditori e in danno del patrimonio del debitore prima dell'apertura della liquidazione concorsuale.

Una prima osservazione riguarda la collocazione ed il senso del riferimento alla volontarietà o involontarietà dell'atto del fallito: l'atto, per vero, quale manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici, è sempre volontario, dunque la volontarietà o involontarietà dovrebbe essere riferita non all'atto, bensì al (successivo) pregiudizio, nel senso che non è necessario che si tratti di atti volutamente recati in pregiudizio delle ragioni dei creditori o del patrimonio del debitore.

Per quanto riguarda, poi, l'esplicito richiamo al pregiudizio dei creditori<sup>42</sup> ed al danno al patrimonio del debitore, si tratta di una novità, poiché, da un lato, finora si è sempre ritenuto che il danno ai creditori fosse un requisito implicito dell'atto revocabile, da verificare di volta in volta<sup>43</sup> o in re ipsa<sup>44</sup>, dall'altro lato, invece, si riscontra un riferimento al danno al patrimonio del debitore che non ha alcun senso in un contesto in cui si discute di *par condicio creditorum*, e quindi in cui tutti i valori oggetto della tutela di riferimento non possono che essere riportati ai creditori e non al debitore.

E' evidente tuttavia lo scopo del Legislatore di accentuare la revocatoria in chiave diversa da quella indennitaria, però con effetti non del tutto coerenti con la

---

<sup>41</sup> Art. 107 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>42</sup> Sull'accezione di pregiudizio ai creditori, cfr. PATTI A., *La disciplina della revocatoria*, *Fall.* 2004, 324-328.

<sup>43</sup> Consentendo cioè al convenuto in revocatoria di dimostrare l'inesistenza del danno per la massa, partendo da una presunzione *iuris tantum* (vedi nota 6).

<sup>44</sup> Presumendo il danno in via assoluta, cioè *iuris et de iure*, senza possibilità di prova in contrario (vedi nota 6).



fattispecie, a meno che non si voglia far intendere che la revocatoria non deve più essere considerata come uno strumento di tutela della *par condicio creditorum*, ma come un'azione con diverse finalità, adattabili alle circostanze della concreta procedura in cui viene esercitata<sup>45</sup>.

D'altra parte, si sta innegabilmente affermando la tendenza a spostare l'attenzione dalla tutela diretta dei creditori (mediante la revocatoria) alla tutela indiretta degli stessi attraverso la conservazione-ristrutturazione del valore azienda, in cui la revocatoria può assumere una connotazione non strettamente ricostruttiva del patrimonio del debitore<sup>46</sup>.

Una conseguenza di questa impostazione è che i pagamenti regolarmente effettuati a scadenza e con le modalità pattuite non dovrebbero essere soggetti a revocatoria, perché non arrecano alcun danno al patrimonio del debitore, e così la costituzione di garanzie contestuali<sup>47</sup>, però – va ribadito – sia i pagamenti normali che le garanzie contestuali certo arrecano danno ai creditori in una situazione di insolvenza, e non dovrebbero proprio essere esenti da revoca.

Altrettanto è a dirsi per il caso in cui il debitore venda un bene immobile a prezzo di mercato e all'immobile così uscito dal suo patrimonio si sostituisca la corrispondente somma di denaro, senza alcun danno per il debitore, ma certamente per i creditori, che sotto il profilo qualitativo, non possono aggredire con l'esecuzione forzata il patrimonio del debitore con la stessa facilità di prima.

---

<sup>45</sup> Si vedano, a questo proposito, *mutatis mutandis*, le osservazioni alla nuova legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di FABIANI M.-FERRO M., *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa*, Fall. 2004, 149, ove si prospetta la possibilità che la revocatoria venga esercitata secondo criteri di selettività rispondenti alle concrete esigenze della procedura. La revocatoria quale strumento duttile della procedura per la realizzazione dei suoi scopi, non necessariamente di ricostruzione del patrimonio del debitore in funzione della *par condicio* tra i creditori.

<sup>46</sup> SI parla del c.d. principio-aspirazione, o della valorizzazione degli organismi produttivi compatibilmente col soddisfacimento dei creditori, per cui “*la tradizionale concezione basata sulla contrapposizione tra gli interessi relativi alla conservazione dell'azienda e alla tutela del ceto creditorio può considerarsi in fase di superamento*”, sul quale v. FIMMANO' F., *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, Fall. 2004, 461 e 467.

<sup>47</sup> Cfr. FORTUNATO S., *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, Fall. 2004, 343 e, per l'opinione contraria, PATTI A., *La disciplina della revocatoria*, Fall. 2004, 326, il quale rileva giustamente che il danno consiste nello “*smobilizzo anticipato del patrimonio da parte del debitore insolvente, sia attraverso una liquidazione al di fuori delle regole concorsuali, sia attraverso una conversione in denaro di una parte del valore del patrimonio stesso (mediante non già un rapporto di scambio, ma l'accesso a rapporti creditizi, altrimenti negati), in virtù della sottoposizione a pegno o ipoteca dei beni che avrebbero dovuto costituire la garanzia comune dei creditori*”.

Qualora venisse ulteriormente confermato questo testo in via definitiva, dovrà porsi il problema se questi due elementi, del pregiudizio ai creditori e del danno al patrimonio del debitore, debbano essere ritenuti come clausola di apertura, che spiega quali siano stati i criteri orientativi usati dal Legislatore per la selezione delle concrete ipotesi oggetto di revocatoria<sup>48</sup>, ovvero come veri e propri requisiti delle singole fattispecie, che dovranno essere compresenti, e quindi essere accertati, ogni volta.

In quest'ultimo caso, i già ristretti margini di operatività della revocatoria, sarebbero ancora più ridotti.

*i) Revocatoria aggravata ed esclusioni.*

E' prevista una revocatoria aggravata, con la inversione dell'onere della prova sulla conoscenza dello stato di insolvenza ed il raddoppio dei termini del periodo sospetto (art. 4.7.6. co. 1<sup>49</sup>), nei casi in cui fra il debitore persona fisica e colui che riceve la prestazione esistano dei rapporti di collegamento qualificato, come ad esempio nei confronti del coniuge o dei conviventi, dei parenti e degli affini entro un certo grado (art. 4.7.6 co. 2<sup>50</sup>).

Se il debitore è una società, un soggetto associativo oppure un ente, l'aggravamento opera se esistono rapporti di collegamento qualificato tra questi soggetti e, ad esempio, le persone o le società che, sulla base di un rapporto societario o di lavoro, hanno la possibilità di essere informati dei rapporti patrimoniali ed economici del debitore che ha posto in essere l'atto o il pagamento revocabile (art. 4.7.6. co. 3<sup>51</sup>).

Con riferimento a quest'ultima ipotesi (che è prevista dall'art. 4.7.6 co. 2 n. 2<sup>52</sup>), si osserva che, da un lato, sarebbe certo opportuno estendere alle persone fisiche questa disciplina, poiché non vi sarebbe diversità rispetto a chi ha la possibilità di essere informato dei rapporti patrimoniali ed economici del debitore persona fisica e, dall'altro lato, non vi è ragione di non ritenere nel novero dei soggetti che hanno la possibilità di essere informati dei rapporti patrimoniali ed economici del debitore anche le banche, che meglio di ogni altro hanno la possibilità di monitorare con la dovuta continuità l'andamento dell'azienda da esse finanziata, così come il

---

<sup>48</sup> In tal modo, si spiega, ad esempio la scelta della revocabilità degli atti gratuiti, degli atti e pagamenti anomali, dei pagamenti anticipati rispetto alla scadenza, degli atti sproporzionati, delle garanzie per i debiti non ancora scaduti, che presentano sempre sia il pregiudizio ai creditori che il danno al patrimonio del debitore, e parimenti si spiega l'irrevocabilità degli atti e pagamenti normali e delle garanzie contestuali.

<sup>49</sup> Art. 112.1 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>50</sup> Art. 112.2 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>51</sup> Art. 112.3 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>52</sup> Art. 112.2 n. 2 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

benzinaio sa esattamente come funziona l'autovettura di chi gli si rivolge normalmente per l'erogazione di carburante e i controlli periodici.

Molto ampio è il sistema delle esenzioni, che prevede la non revocabilità, tra gli altri, degli atti di interposizione nel pagamento e comunque tutti gli atti previsti da leggi speciali relativi ai sistemi di pagamento e di compensazione e liquidazione di strumenti finanziari e derivati (art. 4.7.8. n. 1<sup>53</sup>).

La seconda categoria di atti corrisponde anche alle operazioni di pegno su titoli o azioni ed al pegno rotativo, frequentemente poste in essere da operatori creditizi (banche e simili): vi rientrerà anche la compensazione tra il debito della banca di restituzione della somma da essa gestita ed il suo credito verso il cliente debitore ad altro titolo?

La genericità della norma autorizza il dubbio.

Tra gli "atti di interposizione nel pagamento", oltre alle operazioni bilanciate, la cui concreta individuazione rimarrebbe comunque nel vago, c'è il caso che si possano ricomprendere anche i mandati all'incasso (il debitore interpone il mandatario per l'incasso tra sé ed il proprio debitore): la generica dizione non aiuta ad orientarsi e, se così fosse, la gran parte dei pagamenti bancari eseguiti per mezzo del mandato all'incasso si potrebbe sostenere che siffatti pagamenti potrebbero essere sottratti a revoca con l'assurda inaccettabile conseguenza che la selezione della fattispecie revocabile verrebbe fatta dipendere dalle modalità scelte dalle parti per il pagamento.

Saranno irrevocabili (art. 4.7.8 n. 2<sup>54</sup>) anche i pagamenti periodici di debiti esigibili compiuti nell'ambito di rapporti contrattuali continuativi, che abbiano avuto regolare esecuzione.

Non è escluso dalla revocatoria<sup>55</sup> l'adempimento di una prestazione da parte del debitore a fronte della quale sia stata con immediatezza acquisita al suo patrimonio una controprestazione di eguale valore<sup>56</sup>, c.d. pagamento contestuale, coerentemente con la teoria antindennitaria<sup>57</sup>.

Infine, ulteriori esenzioni sono previste per le società (qui non c'è dubbio che può trattarsi anche delle banche, tutte costituite in forma di società di capitali) autorizzate a porre in essere cessioni dei crediti d'impresa, cartolarizzazioni di

---

<sup>53</sup> Art. 113 n. 1 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>54</sup> Art. 113 n. 3 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

<sup>55</sup> Almeno per il testo licenziato dalla Commissione di Riforma.

<sup>56</sup> Che invece era previsto nella bozza del ddl, dall'art. 4.7.8 n. 4.

<sup>57</sup> Infatti, la Cassazione ha di norma ammesso la revocatoria dei pagamenti c.d. contestuali: Cass. 16 settembre 1992 n. 10570, *Fall.* 1993, 270; Cass. 20 maggio 1993 n. 5742, *Fall.* 1993, 1138; Cass. 19 agosto 1994 n. 7458, *Fall.* 1995, 285; Cass. 21 agosto 1996 n. 7722, *Fall.* 1997, 171.

crediti, etc. (art. 4.7.8 co. 2<sup>58</sup>): si tratta in gran parte di operazioni che le banche pongono in essere ordinariamente con i loro clienti.

A ben considerare tutta la riforma, compreso il sistema (vasto) delle esenzioni, sembra proprio che saranno molto rari i casi in cui una banca si troverà convenuta in una revocatoria concorsuale.

### **Considerazioni conclusive.**

Da uno sguardo di insieme alla riforma in corso emerge come la par condicio creditorum e l'azione revocatoria (strumento di attuazione della prima) ne escano fortemente ridimensionate, specialmente con riferimento alle rimesse bancarie, e come la gestione della crisi e la liquidazione concorsuale siano connotate da accentuato interesse a tradurre i termini anche arbitrariamente particolaristici la tendenza peraltro condivisibile a far prevalere criteri ordinatori più privatistici che pubblicistici.

Per vero, il vento della privatizzazione ha interessato anche altri settori dell'ordinamento, come il diritto societario, e costituisce tendenza in atto in ambiti tradizionalmente pubblicistici, come la sanità e la previdenza.

Nel diritto delle società, va ricordato che è stata eliminato il controllo giudiziario sulle SRL già previsto dall'art. 2409 c.c. e che non esiste più l'azione di responsabilità dei creditori di SRL nei confronti dei loro amministratori (soci e non soci), ex art. 2476 c.c.

Sembra quindi che, particolarmente da parte di alcuni ambienti sia stata conta l'occasione a ricondurre nell'ambito di queste più ampie tendenze, obbiettivi e interessi in realtà molto particolari e segnati dal fine di rendere esente il comportamento di alcuni creditori nella crisi del debitore fallibile.

Si comprende dunque come la grande aspettativa del sistema bancario – che appare forse realizzata - dalla odierna riforma del diritto fallimentare sia proprio quella di ridurre il fallimento ad una “quaestio inter privatos”, diminuendo al massimo la presenza del giudice, possibilmente relegato nel ruolo di garante formale della procedura, e con un grande ridimensionamento dell'azione revocatoria, che si fonda su valori collettivi di uguaglianza e di solidarietà (di fronte al sacrificio conseguente all'insolvenza dell'imprenditore tutti sono uguali e devono ricevere un trattamento paritario).

Questi sono valori assoluti e insopprimibili, la cui tutela non può (non deve) essere affidata al caso o ad iniziative private, sia individuali che collettive, tanto più se a gestirle siano soggetti controinteressati.

---

<sup>58</sup> Art. 113.2 del d.d.l. di *Riforma delle procedure concorsuali*.

E, infatti, giustamente fino ad oggi la loro tutela è stata affidata ad un giudice, che, nel suo ruolo ordinamentale, garantisce l'esplicazione dei valori collettivi, al di fuori (e al di sopra) di logiche particolaristiche più o meno accentuate.

Conclusivamente, è lecito chiedersi fino a che punto è consentito spingere la privatizzazione dei valori essenziali e insopprimibili di una società, senza rischiare di compromettere la stessa validità del patto giuridico di convivenza etico-sociale.

Vi è da aggiungere che l'intero disegno così perseguito appare del tutto insoddisfacente anche sotto il profilo della efficienza complessiva del sistema giuridico ed economico.

Non va dimenticato che mezzi quali la revocatoria fallimentare, oltre a svolgere la funzione di strumento di difesa e di riequilibrio per il concorso dei creditori, costituiscono un principio di razionalità del sistema e di prevenzione e sanzione di condotte confliggenti con l'efficiente ed il corretto svolgimento del mercato.

Nell'economica contemporanea l'efficienza del mercato richiede agli operatori economici altissime professionalità nei comportamenti e nella gestione dei rapporti economici. La meritevolezza dell'iniziativa economica non può essere misurata solo in base ai risultati di successo economico ma anche sulla base della valutazione dei costi e del rischio, cui vengono esposti i terzi e il mercato ove si svolge tale attività imprenditoriale.

Mentre agli imprenditori è richiesto di regolare l'assunzione delle obbligazioni nella corretta osservanza del criterio di responsabilità, alla banca viene richiesto di svolgere l'attività di erogazione del credito nel rispetto dei criteri di professionalità nella valutazione del merito del credito.

L'attività della banca in particolare non è neanche concepibile se non come attività professionale principalmente diretta a valutare il merito del credito di ogni operatore economico il quale, per effetto del credito bancario ricevuto, realizza attività ed intraprende iniziative che inevitabilmente coinvolgono e condizionano rapporti ed interessi di terzi nei cui confronti assume obbligazioni e i più diversi rapporti.

L'esigenza di tutela dei terzi, come pure di osservanza delle regole di correttezza e della concorrenza rendono impensabile che la banca possa contrastare il rischio comunque connesso alla erogazione del credito, facendo affidamento esclusivamente sulla possibilità di disporre di poteri e strumenti giuridici i quali, anche in presenza della sopravvenuta insolvenza, consentano comunque la soddisfazione del credito nei confronti del debitore.

L'insolvenza dell'imprenditore è un evento tutt'altro che impermeabile rispetto agli altri soggetti presenti nel mercato. Al contrario, tutti coloro che direttamente o indirettamente hanno in corso rapporti obbligatori con il debitore insolvente ne subiscono il pregiudizio che infatti, inevitabilmente, si comunica alla massa dei creditori: è impensabile, pertanto, che i soggetti finanziatori possano raggiungere il

soddisfamento separato dei loro crediti se non con lesione dei diritti della massa dei creditori concordanti.

L'insolvenza dell'impresa è del resto uno dei momenti in cui si manifesta la vita e la vitalità del mercato ed è ormai convinzione universalmente riconosciuta e generalmente condivisa che il libero mercato costituisca l'istituzione economica che maggiori vantaggi può assicurare al progresso non solo economico. Ma a questo si aggiunge, con persuasione altrettanto universale e riconosciuta, il convincimento che nell'impatto con i più diversi interessi, gli stessi meccanismi di funzionamento del mercato possono risultare troppo fragili e soccombere, col risultato di impedire la realizzazione di quelle finalità di distribuzione di vantaggi ed oneri secondo il merito e la capacità professionale.

Le regole che sovrintendono lo svolgimento della iniziativa economica nel rispetto della concorrenza e della libertà di iniziativa economica, fanno sì che nel libero mercato a tutti i partecipanti vengano assicurate le stesse opportunità. L'insolvenza del debitore e il fallimento dell'impresa fanno parte del mercato e di quel processo di avvicendamento necessario e fisiologico nel dispiegarsi dell'iniziativa economica.

Le medesime regole di tutela della concorrenza, che sovrintendono al buon funzionamento del mercato, impongono che anche le regole che disciplinano i rapporti tra gli operatori economici, i quali subiscono il danno dell'insolvenza del loro debitore comune, siano improntate allo stesso principio volto ad assicurare le medesime opportunità di realizzazione del proprio interesse economico, il quale, in questo caso, può consistere nell'evitare che il verificarsi dell'insolvenza possa comportare effetti più svantaggiosi su alcuni creditori rispetto che su altri.

Se questo accadesse, oltre a comportare un evidente profilo di ingiustizia ed iniquità del trattamento di alcuni creditori rispetto ad altri, ne discenderebbe una evidente violazione delle regole che assicurano lo svolgimento della libera concorrenza nel mercato e quindi la compromissione della libertà del mercato stesso.

Non vi è infatti nessuna differenza tra chi impone i propri prodotti sul mercato sulla base di pratiche restrittive della concorrenza, quali aiuti di stato o vantaggi monopolistici e quella di chi, piuttosto che investire nella cultura e nell'organizzazione della valutazione della meritevolezza del credito, in seguito alle più diverse attività di finanziamento indiscriminatamente esercitate, fa affidamento sul potere di rientrare dalla esposizione e soddisfare i propri crediti anche quando l'insolvenza si sarà manifestata e agli altri creditori per i più diversi motivi sarà pressoché impossibile trovare soddisfazione.

Un siffatto comportamento è anticoncorrenziale perché rende possibile agli operatori economici che non meriterebbero lo svolgimento dell'attività economica in condizioni artificiali vantaggio, in dispregio delle regole di remuneratività e organizzazione che tutti gli altri imprenditori debbono sopportare secondo gli oneri

propri che accompagnano ed ogni attività economica. In questo modo l'effetto è quello di falsare la concorrenza tanto perché le altre imprese subiscono la concorrenza di un soggetto che, in quanto insolvente, esercita l'attività economica con modalità configgenti con un corretto uso del mercato, ad es. si indebita al di là di limiti ragionevoli, oppure compravende merci o servizi inevitabilmente al di sotto di ogni criterio di remunerazione aziendale e di remunerazione del capitale -, quanto perché la distribuzione non paritaria del danno dell'insolvenza, renderà più fragile e meno concorrenziali proprio coloro che tra i creditori per i motivi più diversi si sono dimostrati più corretti rispetto a quanti, al contrario, dall'insolvenza del debitore comune finiscono per trarre addirittura un vantaggio in termini di competizione concorrenziale.

In conclusione non si tratta di un inesistente contrasto tra due pretese dottrine antindennitaria ed indennitaria (la prima più raffigurata come residuo di un passato da cancellare e la seconda come frutto di un modo moderno di intendere i rapporti economici), ma piuttosto di scegliere se mantenere, indebolire o forse cancellare uno dei presidi più delicati perché l'autonomia privata, la libertà economica ed il corretto esercizio dell'attività imprenditoriale e della concorrenza vengano tutelati e incoraggiati nella società contemporanea.

# **Le norme penali e processuali dello schema di legge delega per la riforma della legge fallimentare**

Dott. Gian Giacomo Sandrelli

*Magistrato in Vercelli*

## **1) Notazioni generali**

Il testo dello schema di legge delega risulta ispirato ad un pragmatismo, frutto dell'esperienza applicativa delle tante recenti riforme penali. Evidente la forte continuità con l'attuale disciplina penal/fallimentare, poiché l'impianto è quello tradizionale, pur se calato nella forte portata innovativa della sottostante premessa civilistica: immutato è - innanzitutto - l'oggetto della tutela, costituito dall'interesse patrimoniale dei creditori, nelle varie sfaccettature che presenta in seno all'insolvenza del debitore. Protezione, diretta ed immediata (come nei casi della bancarotta fraudolenta patrimoniale o preferenziale) ovvero, una tutela indiretta, ma altrettanto tradizionale (per la bancarotta documentale).<sup>1</sup>

Immutato, ancora, il collegamento strutturale tra la condotta e la decisione che dà l'avvio alla procedura concorsuale (o della composizione concordata della crisi): non è parsa praticabile la (pur sensata) via di anettere rilevanza penale a fatti dell'insolvente, a prescindere dalla formale dichiarazione del suo stato, è stata ritenuta eccessivamente suscettibile di opinabilità applicativa.

Una fattispecie che avrebbe sofferto – si è ritenuto - di eccessiva indeterminatezza descrittiva, . Anche se il limite a cui va incontro la dipendenza della punibilità da un fatto - la decisione sull'insolvenza - per alcuni aspetti è affidato al caso e, sicuramente, ad una pluralità di eventi, ma si è sottolineata la certezza e la semplicità del precetto penale.

Ma il vantaggio – anche per la identificazione immediata del luogo e del tempo della consumazione del delitto – è risultato ben più proficuo per l'applicazione. E, si osservi: la connessione non già con l'iter liquidatorio, bensì con la sola decisione giudiziale consente di reprimere anche tutti quei fatti di bancarotta fraudolenta a

---

<sup>1</sup> Ovviamente la modifica del referente concorsuale determina forti scostamenti dalla tradizione.

Per esempio, l'unificazione delle attuali procedure in una sola, eventualmente preceduta da quella della composizione concordata della crisi, consente di abrogare i rinvii ed i richiami, sovente portatori di perplessità ermeneutiche, contenuti negli attuali artt. 236 cpv. e 237 l. fall.

Per converso la peculiarità della composizione concordata della crisi non permette un'unificazione della disciplina penalistica con quella principale, se non per contatti sporadici, come meglio detto di poi nel testo.



cui non segua lo svolgimento della procedura, come il caso indicato all'art. 11 comma 2, lett. a (mancanza di attivo).<sup>2</sup>

Lo schema di legge delega conserva come attuali alcuni capi-saldi della teoria generale della bancarotta: si osservi, ad esempio, la circostanza aggravante della pluralità di fatti (comma 10, lettera b) la quale impone la cd. concezione unitaria del reato di bancarotta.

E se il contenuto del precetto è fedele alla tradizione, altrettanto risulta la stessa scelta dei termini: chiaro lo scopo (sempre connotato da pragmatismo e lontano da eccessivi ideologismi) di affidarsi all'esperienza ermeneutica – ampia e da tempo stabilizzata – così di prevenire le incertezze analoghe a quelle riscontrate nella prima applicazione della normativa penal/societaria e le difficoltà applicative nel regime transitorio, preoccupazione che si svela anche nella regolamentazione espressa nel comma 10, lettera d.

Ed anche quando si rilevi difformità rispetto al testo vigente, la scelta è stata condizionata dalla massima e pragmatica semplificazione e dalla preferenza verso già collaudati indirizzi normativi: è il caso dell'individuazione dei soggetti "propri" che, pur divergendo dal richiamo da formali categorie, seguendo l'esempio del TU. Bancario (D. L. vo 385/93) o del TUF (D. L.vo 58/98), vengono descritti con una formulazione di tipo funzionale anziché nominalistico (comma 5).

Ma se la cornice evidenzia la "continuità", i contenuti del testo si palesano, per più versi, innovatori ed autonomi rispetto alla tradizione.

In primo luogo, indubbia la tensione alla più precisa oggettività giuridica, connotata da profili di natura strettamente patrimoniale, anche al fine di escludere dubbi circa una eventuale e non più proponibile plurioffensività delle fattispecie. Tanto si riscontra, per esempio, nella forte riduzione dei casi di bancarotta semplice, fattispecie in cui residua soltanto l'ipotesi di effettivo pregiudizio agli interessi dei creditori, abbandonando la tecnica della repressione per fatti meramente formali, indirettamente lesivi del reale bene tutelato.

Ovvero nell'assoggettamento al rigore penale soltanto per i casi in cui emerga un effettivo danno ai creditori, come attesta il più articolato regime delle circostanze, tutte sostanzialmente modulate sul piano dell'offesa economica.

Così è prevista una causa di non punibilità (art. 16, comma 10, lettera a) per i fatti di bancarotta patrimoniale o preferenziale se commessi dopo l'apertura della procedura di crisi ed in attuazione del piano per la composizione concordata della crisi omologato dal tribunale; una circostanza ad effetto speciale dipendente dalla misura del danno conseguente ai delitti (art. 16, comma 7 e 10, lettera b) o del rimedio apprestato dopo la consumazione.

---

<sup>2</sup> La numerazione degli art. segue lo schema di legge delega, non essendo ancora noto il testo del disegno di legge elaborato dalla Commissione ristretta.

Ed, ancora, vistosa è l'opera di semplificazione normativa sia nella creazione di fattispecie omogenee – non essendo stata prevista alcuna contravvenzione, ma soltanto figure delittuose, sia nell'abolizione della sanzione pecuniaria, sia nella forte limitazione delle ipotesi criminose, con abbandono sostanzioso della tecnica casistica.

Ma, soprattutto, nello sfrondamento dei casi di rilevanza penale, rispetto all'attuale legislazione. Tra gli esempi di maggiore spessore rammento

- l'abolizione di ogni fattispecie punitiva per gli organi della procedura;
- la mancata riproposizione della figura di ricorso abusivo al credito (art. 218/226 l. fall.);
- la mancata riproposizione del reato descritto dall'articolo 234 l.f.;
- la mancata riproposizione delle violazioni formali di cui agli artt. 220/226 l. fall.;
- l'abbandono delle frastagliate previsioni contenute nel vigente art. n. 217 l.fall. (cfr. art. 16 commi 2 e 6).

Per le tre prime opzioni ha prevalso la convinzione che esistano nel nostro ordinamento disposizioni incriminatrici idonee, sì che la formulazione di norme speciali per le procedure concorsuali si presenta come inutile doppione. Infatti il compendio dei reati contro la PA. previsto organicamente dal Codice penale è già sufficiente protezione (non essendovi dubbio della qualifica pubblicistica del Commissario e non scorgendosi nell'esperienza maturata sino ad oggi maggiore pericolosità nell'azione di questo soggetto, rispetto a gli altri qualificati da connotazione pubblicistica), le figure di frode (come truffa ed insolvenza fraudolenta) sono già adatte a reprimere pure queste condotte di danno (auspicando un futuro possibile riordino delle stesse ed una più spiccata sensibilità repressiva al riguardo), mentre l'omesso rispetto della sanzione accessoria trova già collocazione in seno all'art. 389 c.p., più generale previsione in materia. Così come l'art. 650 cod. pe3n. può sovvenire alle violazioni delle prescrizioni imposte al debitore.

Invece, per la riformulazione della bancarotta semplice si è trattato di una semplificazione che ha tenuto d'occhio le riforme nel settore penal/tributario dove la violazione meramente documentale non è più penalmente perseguita dal recente D. L.vo 74/00 (come accadeva per l'art. 1, comma 6, legge 516/82) ed ha considerato che molte delle sovrabbondanti formulazioni letterali (così come i casi di inosservanza da parte dell'assoggettato alla procedura) dell'attuale legge possano ricondursi ad una più snella e sostanziale previsione che abbia diretta mira verso il reale ed effettivo pregiudizio del ceto creditorio.

Ma semplificazione si intravede anche in alcune soluzioni letterali, tese a sgombrare il campo da possibili lambiccate distinzioni: è il caso per es. delle circostanze del reato che sono previste indifferentemente per tutte le ipotesi

criminose, a differenza che nel vigente l'art. 219, che non richiama espressamente l'art. 223, ed – in particolare - i casi di bancarotta “societaria”, e l'ipotesi di causazione dolosa del dissesto.<sup>3</sup>

Così come il testo letterale dovrebbe imporre di considerare – senza margini di dubbio – la natura di condizione obiettiva di punibilità alla decisione giudiziale da cui dipende il reato “pre-fallimentare”.<sup>4</sup>

Semplificazione e riduzione delle fattispecie non sottende restrizione dell'area punitiva: anzi, in molti casi si assiste ad un importante e significativo allargamento.

Si pensi:

- all'ampliamento del novero dei soggetti, che oggi non è più limitato al solo imprenditore commerciale insolvente, individuale, all'istitutore o agli organi societari, ma anche ad ogni ente collettivo, ovvero al debitore civile (non imprenditore) con conseguente (a certe rigide condizioni) responsabilità penale, al socio illimitatamente responsabile della società dichiarata insolvente (per il quale, tuttavia, la responsabilità è limitata alla bancarotta fraudolenta patrimoniale e preferenziale, se commesse sui propri beni); ed, infine, anche a chiunque, ancorché socio limitatamente responsabile, ha fraudolentemente disposto della società insolvente come di cosa propria ovvero, nell'interesse proprio o di terzi, dolosamente attuato una gestione idonea a determinare l'insolvenza, con responsabilità per tutte le obbligazioni sorte nel periodo (art. 5).

- alla più estesa categoria che la definizione per funzioni e non per qualifica formale consente (tenendo anche conto della ben diversa tipologia di soggetti societari imposta dalla riforma resa dalla Commissione Vietti), o – ancora – al soggetto collettivo che non coincide necessariamente più con la società soggetta a registrazione.

- all'oggetto materiale nella bancarotta fraudolenta patrimoniale che viene a comprendere anche un'economia diversa da quella del soggetto sottoposto a procedura, inglobando anche qualsiasi patrimonio riferibile “al soddisfacimento dei creditori a norma delle leggi civili” (art. 16 comma 1, lettera a), con inclusione, ad

---

<sup>3</sup> In ottica di semplificazione è dato leggere dell'unicità della tipologia di sanzione e di connotazione strutturale dei reati: soltanto delitti, puniti con sola pena detentiva.

<sup>4</sup> Mentre per i fatti successivi alla sentenza, conserva la natura di presupposto del reato, come nella tradizionale lettura della vigente fattispecie. Di qui l'inalterata fissazione del momento consumativo del reato nella decisione giudiziale per i comportamenti illeciti pregressi ad essa, diversamente che per i fatti posteriori i quali rinvergono il momento consumativo secondo le regole generali del diritto penali. Correlativamente viene determinato il luogo di commissione del reato.

esempio, del patrimonio del garante (che sia, ovviamente, concorrente nelle illecite condotte del soggetto qualificato).

- alla condotta illecita della causazione intenzionale del dissesto è ora estesa anche all'imprenditore individuale venendo a creare una più armonica corrispondenza tra la bancarotta fraudolenta propria e quella societaria, in cui la produzione dell'evento è tipicizzata dal necessario abuso dei poteri o violazione dei doveri da parte degli esponenti dell'organismo (art. 16, comma 5) oppure per inosservanza di specifici obblighi di legge, con l'ulteriore estensione alla responsabilità per mero l'aggravamento (comma 6), così fornendo dettaglio e chiarificazione alla empirica e non propriamente precisa nozione di "operazioni dolose" presente nel vigente art. 223, comma 2°, n. 2, 1. fall.

Uno dei più delicati problemi, proposto dall'esperienza e sollecitato dalla recente riforma del diritto societario, è quello di definire le condotte di rilievo penale: la bancarotta (e la ricettazione fallimentare) si caratterizza per il fatto che spesso l'insolvenza sopravviene ad una gestione di impresa non necessariamente contrassegnata da atti illeciti, secondo i precetti della legge penale, atti, tuttavia che, in quanto forieri di impoverimento dell'asse patrimoniale dell'imprenditore (garanzia per i creditori), potrebbero colorarsi di rilievo penale, per la normativa penal/fallimentare, ove si riscontri, anche se molto risalenti nel tempo, il loro apporto al pregiudizio per la massa dei creditori. Questione che può proporsi anche in termini di illegittimità costituzionale per violazione al principio della responsabilità individuale penale.

Di qui il le diverse possibilità di politica criminale: o negare qualsiasi interesse al rapporto causale tra la condotta d'impresa ed il danno derivante alla massa dei creditori, e censurare la prima per il solo motivo del succedersi dell'insolvenza posizione che è stata assunta, con leggere eccezioni, dalla giurisprudenza della SC., ovvero ricercare la continuità causale tra comportamento pregiudizievole ai creditori e dissesto, ed escludere dalla fattispecie penal/fallimentare quanto ad essa risulti esterno.

Operazione, comunque, difficile poiché i fatti economici sono astrattamente tutti tra loro concatenati in una serie causale e continua e poichè, ancora, potrebbero escludersi gli illeciti (di regola i più gravi) commessi quando già può ritenersi cagionato il dissesto.

Il testo di schema di legge delega ha scelto una soluzione che, già in tempo lontano, avveduta Dottrina (NUVOLONE) aveva suggerito. Una "zona di rischio penale", quell'area temporale – cioè – su cui incombe il dissesto o, comunque, nel corso della quale esso è percepibile.

Non sfugge che il pregiudizio ai creditori consapevolmente arrecato in questo ambito assume un disvalore del tutto omogeneo con la protezione dispiegata dalle fattispecie penal/fallimentari, connettendosi fortemente all'insolvenza.

Area che funge da momento selettivo oggettivo delle condotte penalmente rilevanti e la cui definizione, lungi da affidarsi ad astratte preconstituzioni normative viene affidata all'interprete del caso concreto, sulla base della accertata dinamica dello sgretolarsi della garanzia dei creditori.

Ma anche soglia del rilievo psicologico, essendo necessaria la rappresentazione di questo elemento costitutivo del fatto.

Questa zona viene ulteriormente caratterizzata nel testo dall'aggettivo "concreto" (termine forse non del tutto felice) collegato al pericolo, in funzione di sottolineare l'effettività del nesso pertinenziale tra il fatto ed il dissesto per cui sorge il procedimento penale, attesa la necessità di un collegamento tra la situazione in cui la condotta è stata realizzata e l'insolvenza verificatasi e successivamente dichiarata.

Così da escludere che condotte assai risalenti nel tempo e che in passato avevano portato ad una situazione di insolvenza, di poi superata (si pensi ai casi di comportamenti rispondenti alla fattispecie astratta commessi in un contesto di forti perdite di impresa, ovviate da un "salvataggio" proveniente da economia di un terzo, ai quali – dopo un periodo di profitto – succeda un irrimediabile dissesto): una scelta che nuovamente tende a sanzionare soltanto l'effettiva offesa ai creditori, con riferimento non a possibili portatori di pretesa, bensì ai soggetti realmente lesi dalla vicenda concorsuale da cui scaturisce l'azione penale.

La scelta e la misura delle pene appare assai lontana dalle indicazioni di coevi progetti di legge, presentati in Parlamento: si è mantenuta la considerazione di una considerevole gravità dei fatti di pregiudizio ai creditori, quando seguiti dall'insolvenza del soggetto economico o cagionati nel contesto dalla procedura, situazione che – per tradizione e per diffusa sensibilità sociale - muta radicalmente il peso del danno derivante dalle condotte illecite, rispetto alla frode a sfondo individuale.

Tuttavia il testo presenta una minore schematicità delle vigenti disposizioni penali: esso prevede tre bande di oscillazione nella misura punitiva, per consentire la più corretta modulazione della risposta penale al pregiudizio (art. 16, comma 9).

Nel solco di una ragionevole tradizione è stata mantenuta la pena accessoria dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese.

Lo schema di disegno di legge delega contempla anche importanti interventi nel **settore processuale**.

In primo luogo, la riproposizione dell'efficacia assolutamente devolutiva connessa alla decisione giudiziaria sull'insolvenza, in assonanza con lo schema proprio dell'abrogato codice di rito (art. 19 cpp. 1930): cioè (art. 16, comma 10, lettera e) che il provvedimento definitivo di apertura della procedura di liquidazione concorsuale (condizione necessaria per l'applicazione delle norme penali) abbia efficacia di autorità di giudicato nel processo penale. Vale a dire il conferimento di

stabilità anche nel processo penale di una decisione resa dal giudice civile nel rispetto delle garanzie processuali del contraddittorio (e di possibili impugnazioni) e sulla base di un processo cognitivo ampio e assistito da organi professionalmente competenti (commissario, esperti stimatori, ecc.)

Non si tratta di un'opzione meramente formale, dal momento che - a ben vedere - la soluzione scelta risulta connaturata alla stessa scelta ma si discosta da la "zona di rischio penale" commisurata sulla stessa condizione che legittima l'apertura della procedura concorsuale, quale momento imprescindibile e qualificante del precetto penale, funge da limite intrinseco al disvalore del fatto.

Dettata dal principio costituzionale della massima celerità nei processi e dall'ampiezza che - nelle riforme recenti e nella prassi giudiziale - ha assunto l'udienza preliminare (con connesso spessore decisorio del GUP. nell'economia dello stesso), è l'estensione dell'articolo 479 c.p.p. all'udienza preliminare, quando sia stata mossa opposizione al provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale.

Ragioni pratiche, tese ad eludere concreti e per nulla infrequenti atti di impoverimento dell'asse patrimoniale, una volta iniziato il procedimento per ipotesi penal/fallimentari, hanno dettato la possibilità di prevedere misure cautelari reali anche prima dell'apertura della procedura di liquidazione concorsuale, se già pendente la procedura per la dichiarazione dell'insolvenza ovvero nell'ottica del principio generale (art. 5 comma 2, lettera c, di adottare anche di ufficio, con possibile delega al giudice delegato "misure conservative del patrimonio del debitore"), al fine di meglio salvaguardare gli interessi protetti.

L'estensione dell'attuale art. 240 l. fall. - nell'interpretazione giudiziale - a favore delle iniziative di singoli creditori, pur in presenza dell'azione civile del commissario in sede penale, ha consigliato di affidare all'organo esecutivo della procedura il monopolio dell'azione civile per il risarcimento dei danni conseguenti ai reati fallimentari al fine di evitare il rischio di esiti "preferenziali" nelle iniziative autonome dei singoli creditori.

## **2) Cenni sulle singole figure di reato.**

### **La bancarotta fraudolenta propria.**

Come già detto la fisionomia del reato risulta omogenea alla vigente previsione dell'art. 216 pp. n. 1 legge fall. quanto al collegamento essenziale con il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione. Analogamente per quanto attiene alla previsione della rilevanza di condotte sia precedenti o sia successive allo stesso.

### **La bancarotta fraudolenta patrimoniale.**

A differenza della fattispecie vigente, il testo prevede l'ipotesi dell'intenzionale causazione del dissesto, in analogia a quanto già oggi è indicato dall'art. 223 comma 2 n. 2 l. fall., figura (propria soltanto della condotta antecedente alla dichiarazione di insolvenza) che tuttavia - e senza una motivazione ragionevole - non appare estensibile - per il divieto di analogia - all'azione dell'imprenditore individuale.

Eppure si tratta del caso che la tradizione e la storia stessa del delitto indica come archetipo della frode e giustifica la previsione di pene assai severe per lo stesso.

Le restanti condotte si plasmano su quelle attualmente descritte dal legislatore del '42, anche per quanto attiene al profilo soggettivo, caratterizzato dal dolo meramente generico.

Più dettagliata - invece - è l'indicazione della esposizione/riconoscimento di passività inesistenti: invero, al fine di escludere dal contesto punito in forza della norma penal/fallimentare gli atti che in realtà mirano a scopi diversi che il diretto pregiudizio dei creditori (si pensi a violazioni delle norme fiscali, ovvero a condotte di scrocco finanziario, a mezzo di fatture portanti causali fittizie).

Si è già osservato che l'oggetto materiale del reato è ampliato al patrimonio diverso da quello dell'imprenditore insolvente, se esso è - per convenzione o norma di legge - coinvolto nel soddisfacimento delle obbligazioni del principale responsabile civile (l'ipotesi più diretta è quella del garante): è ovvio che in questi casi occorrerà, per poter affermare la responsabilità penale anche di costui, la dimostrazione del concorso con il soggetto proprio nella commissione della condotta tipica e la rappresentazione della condotta pregiudizievole ai creditori.

### **La bancarotta fraudolenta documentale.**

Non si riscontrano novità di rilievo per quanto attiene alla descrizione delle condotte tipiche, salvo l'espressa previsione della radicale omissione nella tenuta delle scritture, per il caso di impossibilità alla ricostruzione del movimento degli affari. Omissione che si modula sull'obbligo - derivante da norma imperativa di legge - che descriva e l'obbligatoria tenuta dei libri e, quindi, stabilisca quale corredo debba comporre la dotazione contabile di impresa.

Per il resto la condotta di oscuramento contabile rinvia maggiore dettaglio di quanto indicato nel vigente art. 216 comma 1 n. 2 legg fall.: si tratta di reato ad evento (tenuta che renda impossibile la ricostruzione), sorretto da dolo specifico (scopo di arrecare pregiudizio ai creditori), più delimitato rispetto all'attuale formulazione della fattispecie (non è più prevista la finalità di arrecare a sé o ad

altri ingiusto profitto), il che sottolinea la focalizzazione nel danno al ceto creditorio della figura della bancarotta.

Come per la vigente previsione, la bancarotta posteriore alla decisione giudiziale risulta meno arricchita di connotazioni dell'elemento psicologico, attesa l'evidente semplificazione derivante dalla intrinseca rappresentazione del danno ai terzi.

Non si è riproposta, perché pleonastica, la indicazione di dettaglio circa una condotta coinvolgente "in tutto o in parte" il corredo contabile,

### **La bancarotta fraudolenta preferenziale.**

La descrizione assunta appare più fluida e più ampia di quella ora vigente (art. 216 comma 3 l. fall.): la nozione di preferenza indebita richiama già i vincoli di liceità disposti dall'ordinamento e comprende non soltanto i "pagamenti" ma – come espressamente previsto – ogni causa estintiva della obbligazione. Così da includere situazioni che irragionevolmente apparivano estranee alla tradizionale previsione (si pensi alla permuta, alla compensazione, novazione, di pagamento a mezzo titoli di credito, o ai casi di negozio indiretto avente portata estintiva del debito, ecc.)

In seno a questa descrizione è stata inserita una connotazione modale ("indebita", "ingiustificata") tesa ad escludere la censura penale per i casi in cui l'estinzione dell'obbligazione derivi da scelte coerenti con la gestione di impresa, ancorché obiettivamente preferenziali: si pensi al pagamento di utenze al fine di non interrompere l'attività, alla tacitazione di creditori portatori di istanze di procedura con concorsuale accontentati al solo fine di non chiudere i battenti. In tale prospettiva la violazione alla norma è limitata per le situazioni di tornaconto proprio, in via indiretta o mediata (si pensi alla soddisfazione di un conoscente o di un parente, scevro da esigenze di "salvataggio" dell'impresa).

Immutato è il profilo dell'elemento soggettivo, costituito dal dolo specifico di favorire soltanto taluno dei creditori (purché si riscontri il contemporaneo danno per gli altri). Indubbiamente la previsione oggettiva della zona di rischio penale comporta una più agevole selezione dei fatti di interesse penale, anche se – nella pratica – i due aspetti della fattispecie concorrono a precisare l'atto prosritto dalla norma.

### **La bancarotta fraudolenta impropria.**

Già ho detto sulla individuazione "funzionale" dei soggetti attivi. Tradizionale (in rapporto all'attuale art. 223 comma 1 l. fall.) è il richiamo tratlatizio ai fatti già descritti per la bancarotta fraudolenta propria, rinvio qui conservato (anche perché esso non ha dato luogo a difficoltà applicative).



Molto più riformatrice la previsione della bancarotta impropria “da reato societario”. Rispetto alla non felice previsione dell’art. 223 comma 2 n. 1 l. fall., come modificato dall’art. 4 del D. L.vo 61/02, la cernita delle fattispecie penali richiamate è stata limitata volutamente alle figure concernenti dichiarazioni illecite. Infatti, per esse è più difficile ravvisare una continuità causale con il dissesto (essendo, piuttosto e per la massima parte dei casi, l’evento scaturente dal mendacio e non il mendacio in sè ad influire sul dato economico). La previsione del loro rilievo al titolo di bancarotta fraudolenta soltanto se riscontrate in seno alla “zona di rischio penale”, invece, consente una ragionevole limitazione del novero di comportamenti anti-doverosi, impedendo la regressione retrograda della responsabilità senza limite (secondo la lettura più diffusa da parte della S.C.), al contempo, preserva la corretta applicazione della punizione per questo titolo di reato a fatti che, comunque, avuto riguardo alla prossimità con la dichiarazione di insolvenza, sono indubbiamente connotati da maggiore lesività dell’interesse creditorio.<sup>5</sup>

Nello stesso tempo, è stata mantenuta la netta distinzione tra questi casi e la residua ipotesi di causazione del dissesto a seguito di condotte di abuso dei poteri o di violazione dei doveri di gestione o controllo. Non si è voluto, cioè, riproporre rinvii ad altre fattispecie penal/societarie tecnica che avrebbe determinato sovrapposizioni con le più generali condotte di frodolenza ed avrebbe, per la variegata molteplicità dei possibili comportamenti pregiudizievoli per i creditori, omesso situazioni importanti, con un’ingiustificata e disomogenea restrizione della sfera punitiva.

Pertanto, discostandosi dalla traccia della riforma penal/societaria si è focalizzata la censura non già a situazioni tipicizzate dal legislatore penale, bensì a fatti di serio ed importante distorcimento delle regole che presiedono la conduzione societaria. Si è dato vita, dunque, ad una fattispecie che si apparenta strettamente a quella della causazione a mezzo di “operazioni dolose” dell’attuale art. 223 comma 2 n. 2 legge fall., con una maggiore specificazione – come detto all’inizio – del profilo di “dolosità” (aderente alla lettura datane dalla SC.) e, per altro verso, con la connotazione selettiva del nesso eziologico verso il dissesto, onde non includere nell’area della punibilità fatti lontani nel tempo e sconnessi all’evento dell’insolvenza.

Non è sembrato necessario, attesa la sufficiente delimitazione descrittiva proveniente dal rapporto di causalità, precisare ulteriormente la nozione di abuso di potere o violazione di dovere, inviandosi tacitamente al compendio delle regole disposte dal legislatore societario o dalla disciplina degli altri enti.

---

<sup>5</sup> Non essendo più conservata la necessità di un nesso causale con il dissesto, non sembra proponibile in alcun modo, rispetto alla fattispecie criminosa “di base”, la formulazione di “reato aggravato dall’evento”.

## **Il delitto del debitore insolvente e del debitore assoggettato a procedura semplificata.**

Serie questioni ha proposto ripercussione della nuova figura del “*consumer*” introdotta dalla riforma (a cui è stato, a questi fini, accomunato – ma soltanto in parte - anche di debitore assoggettato alla esecuzione concorsuale semplificata). Infatti, seppure la fattispecie sottostante alla norma penale è in sè già connotata da requisiti tipicizzanti che ne restringono notevolmente la portata, concreto poteva essere il rischio dell’allargamento della responsabilità penale del normale detentore di ricchezza, privo della tipica responsabilità gravante sul titolare di impresa. Con il repentaglio di una paralisi dell’attività di ogni comune cittadino nella gestione del suo patrimonio privato.

Ad evitare siffatto inconveniente è stato delineato un precetto analogo al modello del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, conosciuto dal legislatore penale all’art. 16 del D. L.vo 74/00 e rivolto a qualsiasi contribuente. Dunque, una serie di modalità selettive della condotta che viene distinta a seconda che si tratti di debitore insolvente non imprenditore, per il quale la norma penale attiene al solo caso di un consapevole ed intenzionale compimento di atti (“finalizzati a sottrarsi al pagamento dei debiti”), connotati da indiscutibile frode (“sottrazione fraudolenta, alienazione simulata, occultamento o in altri atti di disposizione in frode ai creditori”), i quali debbono rinvenire rapporto di causalità con il dissesto (“cagionano il dissesto”), ovviamente alla condizione che segua la relativa dichiarazione ovvero che siano commessi dopo l’decisione giudiziale.

Per il debitore assoggettato alla procedura esecutiva semplificata, la penale responsabilità è limitata alla mera ipotesi della commissione del fatto in epoca successiva alla decisione giudiziale.

## **La bancarotta semplice.**

Si è già detto della forte semplificazione di questa fattispecie che è sta, come per la vigente normativa penal/fallimentare, articolata in bancarotta propria ed impropria. Per il caso di **bancarotta semplice propria** la configurazione penale permane - per il riguardo oggettivo - sostanzialmente invariata rispetto a quella dell’art. 217 comma 1 n. 4 l. fall. , salvo che la previsione si estende – per il solo caso di ritardo - anche alla procedura di composizione concordata della crisi, ma a condizione che segua – comunque – dopo l’infelice tentativo di composizione, il provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale. Ma si diversifica - per il profilo soggettivo - per l’omesso richiamo ad ipotesi colpose (cosicchè la fattispecie della bancarotta semplice sembra ricondotta all’esclusivo alveo dei delitti dolosi).

Per la **bancarotta semplice impropria**, oltre al richiamo alla bancarotta propria, la condotta è contraddistinta da colpa (unico caso di fattispecie colposa) ed individuata sia dal nesso causale con il dissesto, sia nella forma della causazione, sia in quello del mero aggravamento, sia dalla condotta consistente nella violazione di ben determinati obblighi imposti dalla legge, con sufficiente delimitazione descrittiva – quindi - del precetto penale.

### **La cd. ricettazione fallimentare.**

L'art. 16 comma 7 annovera in sé plurime figure di reato, conosciute già dalla vigente legge fallimentare descritti dall'attuale art. 232 l. fall.

In primo luogo l'ipotesi di domande di ammissione di pretese simulate che, per migliore specificazione, rispetto alla attuale disciplina, è stata dettagliata in crediti, istanze di restituzione, di separazione, secondo le previsioni della riforma concorsuale (cfr. art. 11).

Inoltre, il caso della diminuzione dell'attivo dell'imprenditore dissestato, senza il concorso di costui.

La previsione è assai più elastica che quella dell'art. 232, comma 3°, legge. fall. E', al contempo più precisa perchè esclude dai soggetti, come la Dottrina già aveva suggerito (incontrando una controversa linea di lettura giurisprudenziale), tutti coloro che possano vantare delle legittime pretese sul patrimonio del debitore dissestato.

Anche per questa nuova ipotesi, è prevista una serie di circostanze attenuanti: come per l'art. 232, comma 2°, è prevista la diminuzione per chi ritira la domanda prima dell'intervento giudiziale e, a differenza che per la norma ora vigente, il beneficio è esteso anche alla ricettazione fallimentare nel caso di reintegra anche per equivalente della ricchezza sottratta.

### **Il delitto di fraudolenta o incompleta esposizione di dati**

A tutela della correttezza dell'avvio della procedura concordata della crisi, in considerazione dei delicati equilibri su cui essa regge, nonché per reprimere non difficili operazioni di frodolenza che, forti degli effetti solutori ad essa connessi, è stata articolata questa fattispecie. E' l' unica disposizione penale peculiare per siffatta procedura. Essa riunisce in sé sia la condotta già propria del vigente art. 236 comma 1 l. fall. (caratterizzata da dolo specifico) sia quella del mercato di voto (art. 233 l. fall.), con la tradizionale impostazione di reato a concorso necessario del "creditore corruttore". Inoltre è stata arricchita dalla ipotesi di condotte comunque fraudolente commesse nel corso della procedura, la cui tipicizzazione è attuata mediante il rinvio alle ipotesi di bancarotta fraudolenta propria o impropria.





## **Volumi già pubblicati:**

- 1. “Trascrizione del preliminare nelle compravendite immobiliari”.**  
Le modifiche al Codice Civile introdotte dal D.L. 31.12/96 n. 669 convertito in Legge 28.02.97 n. 30.  
Atti del workshop tenuto il 6 marzo 1998.
- 2. “La tutela delle invenzioni e dei modelli industriali”.**  
Dal deposito delle domande di brevetto alla soluzione delle controversie.  
Atti del workshop tenuto il 27 novembre 1998.
- 3. “Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”.**  
Atti del workshop tenuto il 22 aprile 1999.
- 4. “Attuali problematiche dei marchi d’impresa”.**  
Atti del workshop tenuto il 3 giugno 1999.
- 5. “Marchi, denominazione geografiche e di fantasia, elementi e nuove tecnologie in genere nel settore vitivinicolo”.**  
Atti del convegno tenuto il 30 giugno 2000
- 6. “La tutela del Design nell’Unione Europea”**  
Atti del convegno tenuto il 30 marzo 2001
- 7. “Le nuove forme di regolazione del mercato”**  
Le Camere di Commercio arbitri dei rapporti imprese-consumatori.  
Atti del convegno tenuto il 5 ottobre 2001
- 8. “Modello di contratto di agenzia per l’estero”**  
Modello di contratto per esportatori del settore mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera di Commercio di Treviso
- 9. “Lo statuto della Nuova Società Europea”**  
Atti del convegno tenuto il 18 ottobre 2002
- 10. “Modello di contratto di distribuzione per l’estero”**  
Modello di contratto per esportatori del settore del mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera ra di Commercio di Treviso
- 11. “Modello di contratto internazionale di vendita”**  
Modello di contratto per esportatori del settore del mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera di Commercio di Treviso