

Parte Terza  
**La crisi dell'impresa**  
**(in base alla legge fallimentare)**

di MARINA SPIOTTA



# Capitolo I

## Cenni introduttivi

**SOMMARIO:** 1. Differenze tra esecuzione concorsuale ed esecuzione forzata individuale – 2. Strumenti di risoluzione della crisi – 3. Elementi in comune

### 1. Differenze tra esecuzione concorsuale ed esecuzione forzata individuale

Qualora il debitore comune non adempia spontaneamente, il creditore, per ottenere la realizzazione forzata del proprio diritto, deve munirsi di un titolo esecutivo «per un diritto certo, liquido ed esigibile» (art. 474 c.p.c.) e poi rivolgersi al giudice (dell'esecuzione).

La procedura esecutiva individuale inizia con il pignoramento (atto mediante il quale il creditore, tramite l'ufficiale giudiziario, imprime un vincolo di indisponibilità su singoli beni del debitore); segue la vendita forzata e infine l'assegnazione (in tutto o in parte) al creditore del ricavato (*rectius*, di una somma pari al capitale, agli interessi e alle spese legali di esecuzione) e la restituzione al debitore dell'eventuale residuo.

Il fallimento è una sorta di esecuzione collettiva equiparata *quoad effectum* al pignoramento dei beni del debitore. Dal momento in cui è aperto i singoli creditori non possono più promuovere azioni esecutive individuali mentre quelle eventualmente già pendenti vengono dichiarate improcedibili a meno che il curatore (che li rappresenta come massa indistinta) decida di subentrarvi.

Più in generale si definiscono «concorsuali» le procedure esecutive alle quali **concorrono tutti i creditori**.

L'espressione indica l'apertura di un «concorso» (dei creditori sull'intero patrimonio dell'imprenditore); questo, a sua volta, evoca un certo antagonismo tra i partecipanti che, nel fallimento, si manifesta qualora un creditore contesti l'ammissione al passivo di un altro: più sono le domande accolte, minore sarà infatti la quota che spetterà ad ognuno.

Per la verità, un concorso si può realizzare anche nella procedura espropriativa individuale, ma con modalità **statiche** perché il patrimonio, di regola, è solo quello che si seleziona al momento del pignoramento. Viceversa, con le procedure di crisi e di insolvenza, si assiste al fenomeno della concorsualità **dinamica** perché dopo l'acquisizione del patrimonio del debitore si possono sviluppare varie iniziative volte ad ampliarlo (o a diminuire il passivo) e a coinvolgere anche le parti *in bonis* di contratti pendenti al momento di apertura della procedura. In secondo luogo, mentre l'espropriazione colpisce beni, singoli o comunque disaggregati, nell'ipotesi di crisi o insolvenza di un imprenditore occorre valutare se la gestione unitaria del patrimonio sia più proficua di una gestione liquidatoria atomistica.

**Normativa** Le procedure concorsuali sono regolate nel **r.d. 267/1942** (cosiddetta legge fallimentare: l. fall.).

Stanno a sé soltanto la liquidazione coatta amministrativa (per la quale la l. fall. si limita a dettare uno schema generale di disciplina: art. 194, 1° comma) e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, introdotta dal d.l. 26/1979, convertito nella l. 95/1979 (cd. legge Prodi): quest'ultima radicalmente innovata dal **d.lgs. 270/1999** (Prodi bis) e infine "doppiata", per far fronte a clamorosi *crack* finanziari (si pensi al caso Parmalat), con il **d.l. 347/2003** (decreto Marzano, convertito in **l. 39/2004**, e in seguito più volte modificato) che ha introdotto regole particolari per le imprese insolventi di maggiori dimensioni (amministrazione straordinaria delle grandissime imprese, detta anche "accelerata" o "speciale"). La già complessa disciplina è stata ulteriormente "frammentata" dal decreto Alitalia (**d.l. 134/2008**, convertito in **l. 166/2008**) emanato in occasione dell'insolvenza del noto vettore aereo, che ha introdotto regole speciali per le imprese esercenti servizi pubblici essenziali.

A parte sono anche disciplinate le procedure destinate ai debitori «non fallibili» dalla **l. 3/2012** (poi modificata dal d.l. 179/2012 convertito in l. 221/2012), recante disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

**Disciplina  
comuni-  
taria**

Le fonti interne sono poi integrate da un Regolamento (come tale direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri) per la disciplina delle procedure d'insolvenza transnazionali (**Reg. CE 1346/2000**, poi sostituito dal **Reg. UE 848/2015**), dalla **Raccomandazione 2014/135/UE** «su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza» e dalla **proposta di Direttiva** presentata il 22 novembre 2016 sugli strumenti di allerta, di ristrutturazione preventiva e sulla cd. seconda opportunità.

**Prospettive  
de iure  
condendo**

Questa frammentazione normativa dovrebbe essere superata da un nuovo codice sulla crisi d'impresa nel quale troveranno la loro sede tutte le attuali procedure ccdd. concorsuali (ad eccezione dell'amministrazione straordinaria); la stessa parola «fallimento» è destinata ad essere sostituita dall'espressione, più neutra, «liquidazione giudiziale»; verranno messi al centro dell'attenzione i concetti di prevenzione e di gestione della crisi e dell'insolvenza e si procederà alla semplificazione delle regole processuali con la connessa riduzione delle incertezze interpretative e applicative (v. l'ultimo Capitolo).

**Genesi ed  
evoluzione**

Fra le ragioni che hanno determinato l'origine del diritto fallimentare – nato, non dimentichiamolo, nel seno di una classe mercantile medioevale molto rigorosa verso se stessa e incline a sanzionare severamente chi, rendendosi insolvente, ne mettesse a repentaglio onorabilità e credibilità – vi è indubbiamente il maggior allarme sociale destato dalla crisi economica dell'imprenditore commerciale, una crisi destinata a ripercuotersi sull'economia generale e sulla società e che rischia di creare, a sua volta, ulteriori dissesti imprenditoriali (cd. effetto domino). Mentre l'inadempimento del debitore comune, avendo conseguenze limitate, di regola circoscritte alla sfera dei suoi creditori, può essere fronteggiato con azioni esecutive individuali sui singoli beni, detti mezzi si rivelano inadeguati e insufficienti di fronte alla normalmente più insidiosa e dirompente crisi dell'impresa.

La legge fallimentare del 1942 ha subito, dal 2005 ad oggi, con cadenza quasi annuale, continui rimaneggiamenti. Anche se il legislatore ha spesso fatto ricorso alla tecnica della sottonumerazione (bis, ter, quater, e via dicendo) degli articoli del testo originario, l'impianto complessivo è completamente mutato.

È cambiata anche la sua ispirazione di fondo. È venuta infatti prevalendo, ed è stata alla base della cosiddetta riforma "organica" della legge fallimentare attuata con il d.lgs. 5/2006, la tendenza alla «**privatizzazione e degiurisdizionalizzazione**» della crisi d'impresa. Questa si è tradotta non solo nel generale arretramento del ruolo del giudice e nella contestuale espansione delle prerogative del protagonista della procedura (il «curatore» nel fallimento e il «commissario» nelle altre procedure), ma anche nell'avvicinamento dell'istruttoria prefallimentare a un processo di parti, con attenuazione della primitiva matrice inquisitoria e dei profili sanzionatori.

In linea con la riforma delle società di capitali del 2003, che ha ampliato gli spazi dell'autonomia statutaria, la riforma della legge fallimentare del 2006 ha incentivato il ricorso all'autonomia negoziale per superare la crisi.

Lo stesso **fallimento**, pur restando il **prototipo normativo** delle procedure concorsuali, pare **destinato ad assumere nella pratica un ruolo**, se non residuale, certo **depotenziato**: ora l'imprenditore si vede offerte le *chances* di un concordato preventivo profondamente rivisitato e di nuovi strumenti di risoluzione su base negoziale della crisi economica, quali i piani di risanamento attestati e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Altro aspetto chiave del nuovo diritto concorsuale è costituito dal *favor* per la **conservazione e il rilancio dell'impresa in difficoltà**: e ciò sia esonerando dall'azione revocatoria fallimentare una serie di atti, che di per sé potrebbero ritenersi lesivi della parità di trattamento tra i creditori, allo scopo di evitare che l'impresa insolvente, ma forse ancora "recuperabile" come entità produttiva, venga abbandonata da fornitori, finanziatori e lavoratori (art. 67, 3° comma, l. fall.); sia prevedendo la possibilità di disporne, anche nel contesto di procedure liquidatorie come il fallimento, l'esercizio provvisorio o l'affitto dell'azienda (artt. 104 e 104 bis l. fall.); sia infine consentendo la continuazione dell'attività, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, anche quando la perdita di capitale porrebbe la società nell'alternativa tra ricapitalizzazione o scioglimento (art. 182 sexies l. fall.).

Inoltre il legislatore ha offerto all'imprenditore fallito, come meglio vedremo più avanti, la prospettiva di una *new fresh start*.

Altro *leit motiv* (che ha caratterizzato la miniriforma attuata con il d.l. 83/2015 conv. nella l. 132/2015) è l'**accelerazione**: le controversie in cui è parte un fallimento sono trattate con priorità (art. 43, 4° comma, l. fall.) e in ogni caso la procedura fallimentare può chiudersi nonostante la loro pendenza (art. 118, 2° comma, l. fall.); è prevista la revocatoria semplificata o automatica (art. 64, 2° comma, l. fall., che rappresenta la trasposizione dell'art. 2929 bis c.c.); sono stati introdotti termini stringenti non solo per la predisposizione, ma anche per l'esecuzione del programma di liquidazione (art. 104 ter l. fall.).

Ma il “cantiere” della riforma fallimentare è ancora aperto e i lavori sono “in corso” (v. l’ultimo Capitolo). Si spera che questa tela di Penelope, fatta di continue tessiture e disfacimenti, venga presto ultimata.

## 2. Strumenti di risoluzione della crisi

Le procedure concorsuali applicabili all’imprenditore commerciale sono il fallimento, il concordato preventivo, l’accordo di ristrutturazione dei debiti e la liquidazione coatta amministrativa, cui si sono aggiunte l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese e quella speciale per le grandissime imprese.

Il **fallimento** è la classica procedura di tipo liquidatorio, finalizzata a realizzare il residuo attivo e a ripartire il ricavato tra i creditori.

Ne sono esenti, oltre agli enti pubblici, gli imprenditori agricoli – e questo per la ragione, oggi assai opinabile, che essi subiscono, in aggiunta all’alea economica comune a ogni attività d’impresa, il “rischio ambientale” delle avversità climatiche – le *start up* innovative e gli imprenditori commerciali che non raggiungano le soglie quantitative fissate dall’art. 1 l. fall. o che le superino nettamente, sicché per essi assuma rilievo preminente l’interesse alla salvaguardia dei loro complessi produttivi e dei livelli occupazionali.

Agli imprenditori agricoli, a quelli commerciali “sotto-soglia” e alle *start up* innovative, si applicano le diverse **procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento** e di **liquidazione del patrimonio del debitore non fallibile** (l. 3/2012 e successive modifiche). Le PMI (piccole e medie imprese) innovative non godono invece dell’esenzione dal fallimento.

I grandi e grandissimi imprenditori commerciali, che abbiano i requisiti dimensionali previsti, rispettivamente, dall’art. 2 del d.lgs. 270/1999 e dall’art. 1 del d.lgs. 347/2003, sono invece sottoposti alla procedura di **amministrazione straordinaria**. Quest’ultima ha assunto particolare rilievo in seguito alle ondate di crisi che hanno investito la nostra economia e ne è stata in un certo senso la figlia spuria, che salva sì dal fallimento tracolli che spesso coinvolgono pesanti responsabilità, ma ha il pregio di puntare al risanamento dell’impresa assicurando la tutela di altri interessi coinvolti nel dissesto, a cominciare da quelli dei dipendenti alla conservazione del posto di lavoro e dei fornitori alla prosecuzione dei rapporti di somministrazione, evitando insidiosi contraccolpi sul sistema economico in generale.

Gli imprenditori operanti in settori cd. sensibili dell’ordinamento (bancario, assicurativo, finanziario) sono invece soggetti a **liquidazione coatta amministrativa**.

## 3. Elementi in comune

Le procedure concorsuali presentano quali elementi in comune il fatto di essere **collegate ad uno stato di dissesto economico** dell’imprenditore com-

merciale (che, a seconda della gravità, è definito in modo diverso), e di avere **carattere collettivo** (cosiddetta **concorsualità**), perché coinvolgono tutti i creditori dell'imprenditore ai quali si garantisce, in linea di principio, una parità di trattamento (*par condicio*) e **carattere universale**, interessano cioè tutto il patrimonio dell'imprenditore.

Brevemente su ciascuno di essi.

Nel Capitolo I si è visto, analizzando l'art. 2082 c.c., che fra gli elementi costitutivi della nozione di imprenditore vi è l'economicità, ossia la capacità di pareggiare i costi con i ricavi. Se le uscite superano le entrate, l'imprenditore s'indebita e, allorché l'indebitamento assuma determinate proporzioni, «non è più in grado di soddisfare regolarmente», con mezzi normali e rispettando le scadenze, «le proprie obbligazioni» (art. 5 l. fall.). Versa cioè in **stato di insolvenza** che «si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori»: come la fuga, l'irreperibilità o la latitanza dell'imprenditore, la chiusura improvvisa dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo.

Lo stato di insolvenza non va confuso con lo sbilancio patrimoniale: un'eccedenza dell'attivo sul passivo non esclude l'insolvenza se l'attivo sia immobilizzato e l'imprenditore non disponga di liquidità che consenta di far fronte regolarmente ai debiti e, viceversa, un'eccedenza delle passività sulle attività non implica automaticamente insolvenza fin quando l'imprenditore goda di fiducia sul mercato e possa accedere al finanziamento bancario. Il concetto di insolvenza va pure tenuto distinto dagli inadempimenti, che, specie se ripetuti e sistematici, ne costituiscono una, anzi la manifestazione tipica. Al limite, un soggetto può essere inadempiente ma non insolvente se non paghi per scelta (il cosiddetto "cattivo pagatore") o perché ritenga di avere ragioni da far valere per rifiutarsi di adempiere. Per contro, un soggetto può essere considerato insolvente anche se adempiente: accade allorquando estingua i debiti con mezzi anormali, per esempio con una dazione in pagamento (*datio in solutum*) o tramite il ricorso a prestiti usurari.

In genere, l'insolvenza è preceduta da un periodo durante il quale l'imprenditore, pur essendo in grado di adempiere in qualche modo le obbligazioni scadute, già da segni di affanno, sicché è prevedibile che non potrà fare altrettanto con quelle di prossima scadenza. La denuncia tempestiva delle difficoltà può favorirne, prima che la situazione precipiti, una migliore regolazione ed evitare l'approdo drastico e fatale al fallimento. Per questa ragione, per accedere al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti basta lo **stato di crisi**, ossia una condizione di dissesto o di difficoltà, **anche temporanea**, che non abbia ancora le caratteristiche dell'insolvenza (art. 160, 3° comma, l. fall.).

A sé sta l'amministrazione straordinaria, riservata alle grandi imprese in difficoltà, per accedere alla quale occorre invece un'**esposizione debitoria qualificata** e precisamente «debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio» [art. 2,

lett. b), d.lgs. 270/1999] e «debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro» [art. 1, lett. b), d.l. 347/2003]: elementi ritenuti appunto sintomatici della situazione di particolare emergenza che la loro crisi innesca nel contesto sociale.

Presupposto (oggettivo) comune a tutte le procedure riservate ai soggetti non fallibili è invece lo **stato di sovraindebitamento**, definito dall'art. 6, 2° comma, lett. a), l. 3/2012, «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente». In pratica, il sovraindebitamento è una condizione di illiquidità patrimoniale del debitore che può consistere tanto in uno stato di insolvenza («definitiva incapacità di adempiere regolarmente»), quanto in una mera, si spera passeggera, crisi finanziaria («rilevante difficoltà di adempiere»).

### Concorsualità

In deroga al principio *prior in tempore potior in iure* che, in caso di iniziative individuali, premia i creditori più vigili e veloci nell'aggreddere il patrimonio del debitore, nelle procedure concorsuali vige la **regola**, peraltro, come vedremo, non assoluta, **della par condicio creditorum** (art. 2741 c.c.). Essa significa che il soddisfacimento dei crediti avviene in misura proporzionale alla percentuale resa disponibile dalla liquidazione del patrimonio del fallito: cosiddetta falcidia fallimentare. Vale per la generalità dei creditori, ossia i chirografari a cui toccherà in sorte di essere sì pagati nella stessa misura, ma per ultimi, correndo il rischio di non ricevere alcunché qualora nulla fosse rimasto da distribuire dopo il pagamento dei privilegiati, il cui credito sia assistito da pegno, ipoteca o da un privilegio di legge (come i dipendenti, gli artigiani).

Nel concordato, preventivo e fallimentare, vige una visione più elastica ed articolata della *par condicio*, nel senso che è possibile **suddividere i creditori in classi** allo scopo di offrire a ciascuna un trattamento differenziato.

Per assicurare la parità tra i creditori o comunque tra quelli appartenenti alla stessa classe e neutralizzare loro iniziative volte ad alterarla, opera nel fallimento il **divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive individuali** sui beni dell'imprenditore (art. 51 l. fall.). Tale "ombrello protettivo" si applica anche al concordato preventivo (art. 168, 1° comma, l. fall.), alla liquidazione coatta amministrativa (art. 201 l. fall.), alla amministrazione straordinaria (art. 48, d.lgs. 270/1999, richiamato dall'art. 2, comma 2° bis, d.l. 347/2003), all'accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento e alla procedura di liquidazione del patrimonio del debitore non fallibile [artt. 10, 2° comma, lett. c), e 14 quinquies, 2° comma, lett. b), l. 3/2012].

### Universalità

Universalità significa che la procedura concorsuale colpisce **tutto il patrimonio** dell'imprenditore: sia i beni presenti, sia quelli già usciti da esso e recuperati con le azioni revocatorie, sia quelli sopravvenuti, acquisiti dal curatore dedotte le spese sostenute per il loro acquisto e la loro conservazione. Fanno eccezione soltanto i beni strettamente personali (art. 46 l. fall.) e quelli



che l'organo della procedura concorsuale, fatta un'analisi costi-benefici, ritenga antieconomico acquisire all'attivo o liquidare (artt. 42, 3° comma, e 104 ter, 7° comma, l. fall.).

Le ultime riforme, a livello tanto nazionale quanto sovranazionale, hanno invece reso anacronistico l'approccio tradizionale, che individuava come profili qualificanti della concorsualità: il costante coinvolgimento del giudice sin dall'inizio della procedura, una fase preventiva di ammissione e la presenza di organi di nomina giudiziale.

Ciò nonostante non possono essere ricompresi nella nozione di concorsualità (e a ben vedere neppure in quella di procedura) i piani di risanamento attestati di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall. predisposti unilateralmente dall'imprenditore per cercare di recuperare l'equilibrio economico-finanziario.

Maggiori perplessità sussistono per gli accordi di ristrutturazione dei debiti che, secondo recenti pronunce (Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass., 25 gennaio 2018, nn. 1895 e 1896; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087) appartengono agli istituti del diritto concorsuale. La questione non è solo dogmatica, ma foriera di importanti conseguenze: ad esempio, il divieto, sancito dall'art. 2499 c.c., di trasformazione in pendenza di una procedura concorsuale qualora vi sia «incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa» dovrebbe applicarsi anche alla società che abbia intrapreso la strada tracciata dall'art. 182 bis l. fall., mentre l'amministratore giudiziario nominato ai sensi dell'art. 2409 c.c. potrebbe (v. 6° comma) proporre all'assemblea di deliberare, non solo sull'ammissione al concordato preventivo, ma anche sulla stipulazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

## Capitolo II

# Il fallimento

**SOMMARIO:** 1. Presupposti – 2. Apertura – 3. Competenza – 4. Organi – 5. Effetti – 5.1 Per il fallito – 5.2 Per i creditori – 5.3 Sugli atti pregiudizievoli ai creditori – 5.4 Sui contratti pendenti – 6. Fasi della procedura – 7. L'esdebitazione – 8. Il fallimento delle società

### 1. Presupposti

- Soggettivo** Possono fallire solo gli **imprenditori esercenti un'attività commerciale**, che non riescano o non vogliano (per poter poi ottenere l'esdebitazione, ossia la liberazione dai debiti) dimostrare il mancato superamento delle soglie dimensionali e di indebitamento previste dall'art. 1, 2° comma, l. fall. (analizzate nella Parte I, Capitolo I, § 10). L'art. 2221 c.c. che esclude dalle procedure concorsuali, oltre agli enti pubblici, i piccoli imprenditori commerciali, deve quindi essere letto in sintonia con quanto previsto dall'art. 1 l. fall. e non dall'art. 2083 c.c. La cd. riforma Madia (d.lgs. 175/2016 e d.lgs. 100/2017) ha invece chiarito l'applicabilità delle norme sulla crisi d'impresa anche alle società a partecipazione pubblica.
- Oggettivo** Il presupposto oggettivo è, come si è visto, lo **stato di insolvenza**. È una condizione necessaria ma non sufficiente: il fallimento, infatti, non può essere dichiarato se «l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore ad euro 30.000,00» (condizione di procedibilità fissata dall'art. 15, 9° comma, l. fall.).
- Temporale** Anche l'imprenditore che abbia cessato l'attività può essere dichiarato fallito **entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese** se la sua insolvenza si sia manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo (lo stesso termine si applica al fallimento dell'imprenditore defunto: artt. 10 e 11 l. fall.).
- Di regola, la cancellazione dal registro coincide con la chiusura dell'attività.
- In caso di impresa individuale (o di avvenuta cancellazione d'ufficio della società) è però fatta salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività dal quale decorrerà il termine di un anno (art. 10, 2° comma). E così quando si tratti di società irregolare o di fatto (che, non essendo iscritte, non possono cancellarsi), il termine annuale non potrà che decorrere (in mancanza di un dato ufficiale e certo da cui partire) da quando la cessazione dell'attività d'impresa sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Né il termine annuale vale allorché la cancellazione dal registro si sia verificata per trasferimento della sede all'estero: circostanza, questa, che presuppone la continuazione dell'attività, sia pure in altro Stato.

## 2. Apertura

Sono legittimati a chiedere il fallimento, oltre all'imprenditore stesso, i suoi creditori e il pubblico ministero (art. 6 l. fall.).

In via di principio quello del **debitore** di portare i libri (elencati dall'art. 14 l. fall.) in tribunale è un potere-dovere il cui mancato esercizio, in presenza di insolvenza, è penalmente sanzionato dall'art. 217, n. 4 l. fall.

Di fatto, ad attivarsi sono normalmente uno o più **creditori**, anche se in ipotesi il credito non sia ancora certo, liquido ed esigibile.

Legittimato alla richiesta è altresì il **pubblico ministero** qualora l'insolvenza risulti nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dall'irreperibilità, dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo (art. 7 n. 1 l. fall.): a tali condotte si è giustamente ritenuto equiparabile, quale fattore altamente sintomatico dello stato di insolvenza, il trasferimento fittizio della sede all'estero.

L'iniziativa pubblica è prevista anche nel caso di ripensamento e di successivo ritiro della domanda da parte del creditore: il tribunale non potrà dichiarare il fallimento d'ufficio, ma solo segnalare al pubblico ministero lo stato di insolvenza affinché questi, ove lo ritenga opportuno, (ri)presenti l'istanza di fallimento allo stesso tribunale ai sensi dell'art. 7, n. 2 l. fall.: norma che disciplina in generale l'insolvenza risultante dalla «segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile».

## 3. Competenza

La domanda di fallimento deve essere presentata al **tribunale del luogo in cui si trova**, o si trovava nell'anno anteriore all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, la **sede principale** dell'impresa: per tale intendendosi quella **legale**, risultante dal registro delle imprese, e che di regola coincide con la sede effettiva, quella cioè dove è ubicato il centro direttivo e propulsore dell'impresa. In caso di divergenza prevarrà la **sede effettiva** onde evitare che con manovre o *escamotages* l'imprenditore possa scegliersi il tribunale più clemente. Per la stessa ragione il trasferimento infrannuale della sede è irrilevante e non sposta la competenza (art. 9 l. fall.).

Qualora l'imprenditore abbia la sede principale all'estero e una seconda in Italia, potrà essere dichiarato fallito in entrambi i paesi. In ogni caso, il trasferimento della sede all'estero, dopo che sia stata presentata la richiesta di fallimento in Italia, non fa venir meno la giurisdizione del giudice italiano: è il principio della *perpetuatio jurisdictionis* sancito dall'art. 5 c.p.c.

Se il tribunale adito avesse a declinare la propria competenza o fosse dichiarato incompetente dovrà trasmettere gli atti al giudice competente (*translatio iudicii*: art. 9 bis l. fall.) che disporrà la prosecuzione della procedu-

ra, nominando un nuovo giudice delegato e il relativo curatore, a meno che, ritenendosi a sua volta incompetente, richieda l'intervento della Cassazione affinché dirima, a Sezioni Unite, il conflitto (art. 45 c.p.c.).

Nel caso opposto di conflitto positivo di competenza, l'art. 9 ter l. fall. prevede che «quando il fallimento è stato dichiarato da più tribunali, il procedimento prosegue avanti al tribunale competente che si è pronunciato per primo».

#### Istruttoria prefallimentare

Il tribunale, prima di decidere se accogliere o respingere la domanda di fallimento, è tenuto a una serie di adempimenti, la cui scansione (v. art. 15 l. fall.) può essere così sintetizzata: innanzitutto esso convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore e i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero se sia stato egli ad assumere l'iniziativa.

Il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza sono notificati al debitore; per metterlo in condizione di difendersi, di regola (fatta salva la facoltà, per il presidente del tribunale, di abbreviare i termini se vi siano particolari ragioni di urgenza), tra la data della comunicazione o notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni, mentre fino a sette giorni prima gli sarà possibile presentare memorie e depositare documenti e relazioni tecniche per dimostrare il mancato superamento delle soglie dimensionali previste dall'art. 1, 2° comma, l. fall.

Si dà così luogo a una vera e propria **istruttoria prefallimentare** volta ad accertare le condizioni richieste per la dichiarazione di fallimento, durante la quale il tribunale, a istanza di parte, può emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa.

#### Sbocchi

L'istruttoria può chiudersi con una decisione di **rigetto** (con decreto) o di **accoglimento** (con sentenza) del ricorso.

La sentenza, che apre la procedura (art. 16 l. fall.), nomina il giudice delegato e il curatore; ordina al fallito il deposito dei bilanci degli ultimi tre anni e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori; stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo; assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine di trenta giorni prima della suddetta udienza per la presentazione delle domande di insinuazione al passivo o di restituzione dei beni.

Gli effetti del fallimento si producono: per l'imprenditore, dal giorno in cui la relativa sentenza dichiarativa è depositata in cancelleria; per i creditori, da quello in cui essa è annotata presso l'ufficio del registro delle imprese del luogo in cui l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso il luogo dove la procedura fallimentare è stata aperta (art. 17 l. fall.).

#### Impugnazioni

Contro la decisione del tribunale, sia di rigetto che di accoglimento del ricorso, è possibile proporre reclamo alla corte d'appello.

Nel primo caso (art. 22 l. fall.) la legittimazione attiva spetta al **creditore ricorrente o al pubblico ministero** richiedente. L'eventuale accoglimento

del gravame e il correlativo accertamento delle condizioni per dichiarare il fallimento non ne comportano tuttavia l'automatica pronuncia da parte della corte. Questa rimetterà d'ufficio gli atti al tribunale competente, che dovrà provvedervi, salvo naturalmente che nel frattempo ne siano venuti meno i presupposti.

Nell'ipotesi opposta di accoglimento della domanda di fallimento possono proporre reclamo **l'imprenditore e qualunque interessato** (art. 18 l. fall.): tale potendosi ritenere anche il portatore di un puro interesse morale, come sarebbero ad esempio il coniuge o i figli dell'imprenditore fallito. L'impugnazione non sospende gli effetti della sentenza appellata, sicché la procedura fallimentare farà ugualmente il suo corso; tuttavia, la corte d'appello investita del reclamo, su richiesta di parte o del curatore, potrà, quando ricorrano gravi motivi, sospendere, in tutto o in parte o anche temporaneamente, la liquidazione dell'attivo (art. 19 l. fall.), così contemperando due opposte esigenze: l'una di scoraggiare impugnazioni palesemente infondate e proposte con intenti dilatori dall'imprenditore fallito e l'altra di non arrecare, a lui e alla sua attività, pregiudizi irreversibili.

Nell'ipotesi di revoca del fallimento restano in ogni caso salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura (ad esempio, il curatore che avesse eseguito dei pagamenti non dovrà restituire le relative somme al fallito).

## 4. Organi

Oltre al tribunale, sono organi del fallimento il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori.

Si è già visto che i primi due sono nominati dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento, mentre il comitato dei creditori è designato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla data della suddetta sentenza.

Le loro attribuzioni procedono in un certo senso per cerchi concentrici.

Tribunale  
fallimentare

Il tribunale – dice l'art. 23 l. fall. – «è **investito dell'intera procedura fallimentare**», dalla dichiarazione alla chiusura, compresa l'eventuale concessione dell'esdebitazione. In via di principio gli competono la nomina, la revoca e la sostituzione, per giustificato motivo, degli organi della procedura; la decisione di tutte le controversie ad essa relative e dei reclami proposti contro i provvedimenti del giudice delegato; l'audizione in camera di consiglio del curatore, del fallito e del comitato dei creditori. Ma numerose altre attribuzioni sono sancite in norme sparse nella legge fallimentare, quali la liquidazione del compenso al curatore (art. 39) e la decisione di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104).

La competenza del tribunale fallimentare abbraccia «tutte le azioni che ne derivano» (art. 24 l. fall.), cioè che trovino causa nel fallimento (si parla in proposito di *vis attractiva*) e non siano con esso in un rapporto di mera occasionalità, quali sarebbero quelle nascenti da crediti dell'imprenditore pree-

sistenti all'apertura della procedura che andranno radicate avanti il tribunale competente secondo i criteri previsti dal codice di procedura civile.

**Giudice delegato**

Il giudice delegato, oltre ad **accertare i crediti e i diritti reali e personali** eventualmente vantati dai terzi (v. *infra* la fase dell'accertamento del passivo), «esercita funzioni di **vigilanza e di controllo**» sulla regolarità della procedura.

In particolare, ai sensi dell'art. 25 l. fall.: riferisce al tribunale su ogni affare per il quale sia richiesto un provvedimento collegiale; emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio; convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura; liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera sia stata richiesta dal curatore nell'interesse del fallimento (come nel caso del legale della procedura nominato dal curatore); provvede sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori; autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio per promuovere le iniziative giudiziali dirette alla ricomposizione del patrimonio del fallito; su proposta del curatore, nomina eventuali arbitri.

Ha poi un **potere generale** d'intervento sostitutivo in caso d'inerzia, d'impossibilità di costituzione o di funzionamento del comitato dei creditori o d'urgenza (art. 41, 4° comma, l. fall.).

**Curatore**

Il curatore (artt. 27-39 l. fall.) ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato (cui compete il controllo della loro legittimità) e del comitato dei creditori (al quale spetta invece un controllo sul merito di esse). Egli può compiere atti di straordinaria amministrazione (elencati dall'art. 35) ma in tal caso deve munirsi della preventiva autorizzazione del comitato dei creditori e, se tali atti siano di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, informarne il giudice delegato.

Il curatore è il **vero motore della procedura** e, come tale, deve essere preparato e indipendente.

A tal fine il legislatore (analogamente a quanto ha fatto per i sindaci di società per azioni) ha previsto sia dei requisiti di professionalità che delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità.

Possono assumere l'incarico: *a)* gli avvocati e i dottori commercialisti; *b)* gli studi professionali associati e le società tra professionisti; *c)* «coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in s.p.a., dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento». Ne sono invece esclusi, per evidenti ragioni, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito; i creditori; chi abbia concorso al dissesto dell'impresa (non c'è più un limite temporale) e chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura (art. 28, 3° comma, l. fall.). Le sue funzioni sono inoltre incompatibili con quelle di legale del fallimento (art. 31, 3° comma, l. fall.).

Il curatore è nominato sulla base delle risultanze dei rapporti riepilogativi di cui all'art. 33, 5° comma, l. fall. (verosimilmente il riferimento deve intendersi a quelli depositati in precedenti fallimenti). Inoltre, sempre per agevolare una selezione basata su valutazioni concrete e periodiche delle *performances* gestionali, è istituito presso il Ministero della giustizia un registro nazionale, tenuto con modalità informatiche ed accessibile al pubblico, nel quale confluiscono i provvedimenti sia di nomina dei curatori che di chiusura del fallimento e di omologazione del concordato, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse.

Il curatore non può considerarsi in senso stretto un rappresentante né del fallito, cui solo si sostituisce *ex lege* nei rapporti sostanziali e processuali, né dei creditori, delle cui ragioni si fa *lato sensu* portavoce. Nell'esercizio delle sue funzioni è **pubblico ufficiale** (art. 30 l. fall.) e ha i poteri attribuitigli dalla legge.

Questi i suoi **adempimenti più importanti**:

— nel più breve tempo possibile deve rimuovere i sigilli da lui apposti e redigere l'inventario dei beni del fallito (art. 87 l. fall.) e, entro sessanta giorni da quest'ultimo incombente e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento, **predisporre il programma di liquidazione** (art. 104 ter l. fall.) ossia «l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo» che dovrà essere attuato, a pena di revoca, entro due anni dal deposito della sentenza di fallimento (nel caso in cui, limitatamente a determinati cespiti dell'attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore, egli è tenuto a motivarne specificamente le ragioni);

— entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, «deve presentare al giudice delegato una **relazione particolareggiata** sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale». In tale documento deve inoltre indicare «gli atti del fallito già impugnati dai creditori, nonché quelli che egli intende impugnare» (art. 33, 1° e 2° comma, l. fall.);

— ogni sei mesi deve redigere un **rapporto riepilogativo delle attività svolte** (riportando tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione) accompagnato dal conto della sua gestione (art. 33, 5° comma) e, se il fallito abbia omesso di farlo, redigere (o completare) il bilancio dell'ultimo esercizio (art. 89);

— deve **esaminare le domande di insinuazione allo (e formare lo) stato passivo**, comunicando a ogni creditore l'esito del procedimento di verifica dei crediti (artt. 92, 95 e 97);

— è legittimato a proporre domanda di revocazione o di impugnazione dei crediti ammessi (art. 98);

— deve **depositare**, entro dieci giorni dall'incasso, **le somme riscosse** a qualunque titolo sul conto corrente intestato alla procedura fallimentare aperto presso un ufficio postale o una banca da lui scelti (art. 34) e presentare

ogni quattro mesi un prospetto delle somme disponibili e un progetto di riparto delle stesse (art. 110);

— dopo aver compiuto la liquidazione dell'attivo e prima del riparto finale deve **presentare il rendiconto** particolareggiato **della sua gestione** (art. 116); quindi promuovere la chiusura del fallimento.

Egli deve «adempiere ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico» (così l'art. 38 l. fall. che riecheggia l'art. 2392 c.c.) ed esercitare di persona le sue attribuzioni (art. 32). Tuttavia, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può nominare dei coadiutori (ad esempio, uno stimatore per valutare le rimanenze di magazzino) e può delegare ad altri specifiche operazioni, gravandone gli oneri sul proprio compenso.

Il tribunale può revocare il curatore in ogni momento, anche d'ufficio (art. 37) o sostituirlo (art. 37 bis) su istanza dei creditori ammessi al passivo, esclusi quelli in conflitto di interessi.

#### Comitato dei creditori

Il comitato dei creditori (artt. 40-41) è composto da tre o cinque membri scelti «in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento» degli stessi (ad esempio, non potrà essere formato solo da esponenti del ceto bancario). Tale equilibrio deve essere rispettato anche nell'ipotesi di sostituzione di uno o più dei suoi membri (art. 37 bis).

Il comitato dei creditori si considera costituito con l'accettazione, anche per via telematica, della nomina da parte dei suoi componenti, senza necessità di convocazione dinanzi al curatore ed anche prima della elezione del suo presidente.

È un organo collegiale: deve essere convocato dal suo presidente (in prima convocazione dal curatore) per le deliberazioni di competenza o quando sia richiesto da un terzo dei suoi componenti. Decide a maggioranza dei votanti esclusi naturalmente quelli in conflitto di interessi.

Per consentire la formazione di comitati "preparati", in grado di meglio interloquire con il curatore, ciascun componente può delegare, in tutto o in parte, l'espletamento delle proprie funzioni ad uno dei soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore, previa comunicazione al giudice delegato.

La sua **funzione** è essenzialmente **consultiva**. I pareri, di regola, non sono vincolanti: lo divengono quando si tratti di autorizzare decisioni di particolare rilievo quali l'esercizio provvisorio dell'impresa, l'affitto dell'azienda e l'approvazione del programma di liquidazione (artt. 104, 104 bis e 104 ter). Inoltre il curatore dovrà munirsi dell'autorizzazione del comitato dei creditori per compiere atti di straordinaria amministrazione (art. 35), per rinunciare ad acquisire all'attivo beni gravati da oneri (art. 42, 3° comma) o per rinunciare a liquidarli se tale attività «appaia manifestamente non conveniente» (art. 104 ter, 8° comma), per subentrare nei rapporti contrattuali ancora in corso tra l'imprenditore e i terzi alla data di apertura del fallimento (art. 72).



Non meno importante è la **funzione di vigilanza** sull'operato del curatore. A tal fine il comitato e ciascun componente «possono ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura e hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito» (art. 41, 5° comma), nonché di «prendere visione di qualunque atto o documento contenuti nel fascicolo» fallimentare (art. 90, 2° comma) e di essere informati dell'esito della vendita dei beni fallimentari (art. 107, 5° comma). Durante l'eventuale periodo di esercizio provvisorio dell'impresa, il comitato deve essere convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere aggiornato sull'andamento della gestione e pronunciarsi sull'opportunità di continuarlo (art. 104). Al comitato è altresì assegnato il compito di vigilare sull'adempimento del concordato fallimentare (art. 136, 1° comma).

Ai suoi componenti si applica, in quanto compatibile, l'art. 2407, 1° e 3° comma, c.c., nel senso che la loro **responsabilità civile è equiparata a quella dei sindaci** di società per azioni, esclusa quella per omessa vigilanza sull'operato del curatore.

**Reclami** Da queste prerogative, che discendono in un certo senso “a cascata” dalla legge fallimentare, si desume una sorta di rapporto gerarchico tra gli organi: contro i decreti del giudice delegato e del tribunale può essere proposto reclamo, rispettivamente, al tribunale e alla corte d'appello (art. 26) mentre «contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge» (art. 36). Da quest'ultimo inciso si evince che il **controllo sull'operato del curatore riguarda solo gli aspetti attinenti alla legalità e non al merito della procedura**; sicché, ad esempio, la sua eventuale decisione di subentrare in un contratto pendente sarà insindacabile per quel che riguarda la convenienza e l'opportunità di adottarla, ma potrà essere contestata se assunta senza la previa autorizzazione del comitato dei creditori. Nel caso invece di accoglimento del reclamo concernente un suo comportamento omissivo, il giudice ordinerà al curatore **di provvedere, ma non come provvedere**.

## 5. Effetti

### 5.1 Per il fallito

**Patrimoniali** Il principale **effetto patrimoniale** è lo **spossessamento** (art. 42 l. fall.).

La sentenza che dichiara il fallimento priva l'imprenditore sia dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti in quel momento, sia di quelli sopravvenuti, che cioè gli pervengano, anche casualmente (come sarebbe la vincita a una lotteria) durante la procedura, naturalmente dedotte, in questo caso, le passività incontrate per il loro acquisto e conservazione.

Al curatore è peraltro consentito – e se ne comprende la ragione di ordine pratico – di rinunciare all’acquisizione qualora i costi da sostenere risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi. Ma anche nell’ipotesi di beni preesistenti egli fruisce di un certo margine di discrezionalità. Previa autorizzazione del comitato dei creditori, egli può, infatti, decidere di non acquisire all’attivo o di rinunciare a liquidare uno o più beni, «se l’attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente» (cosiddetta **derelizione**: art. 104 ter, 8° comma).

Lo spossessamento colpisce pure i beni che si trovino “a mani” del fallito, ma siano di proprietà di terzi. Per recuperarli questi dovranno pertanto richiederne, in sede fallimentare, la rivendicazione provandone la proprietà attuale, o la restituzione, per esempio dimostrando che li avevano concessi in comodato.

Ne sono invece esclusi i beni di natura personale (art. 46), tra cui quelli indispensabili per il sostentamento del fallito e della propria famiglia: e ciò in parallelo alla possibilità di attribuirgli un sussidio a titolo di alimenti e di lasciarlo temporaneamente nella casa di sua proprietà, nei limiti in cui è necessaria all’abitazione, finché si realizzino le condizioni favorevoli alla liquidazione dell’immobile (art. 47).

Dallo spossessamento – che **non implica la perdita** da parte del fallito né **della proprietà** dei beni stessi, né della **capacità di agire** – discendono **due corollari**: *i*) tutti gli **atti da lui compiuti dopo** la dichiarazione di fallimento sono **inefficaci** rispetto ai creditori, compresi i pagamenti sia eseguiti che ricevuti (art. 44). Ciò comporta che il terzo che incautamente abbia onorato un suo debito direttamente nei confronti del fallito dovrà rinnovare il pagamento al curatore, a meno che dimostri che l’*accipiens* abbia consegnato quanto incassato alla procedura; viceversa, chi abbia ricevuto un pagamento dal fallito dovrà restituirlo al curatore; *ii*) le **formalità** necessarie per rendere opponibili ai terzi atti soggetti a pubblicità, se **compiute dopo** la data della dichiarazione di fallimento, sono **senza effetto** rispetto ai creditori (art. 45). Per spiegarlo meglio: affinché una vendita immobiliare stipulata anteriormente all’apertura della procedura sia opponibile al curatore dovrà essere anche stata trascritta (art. 2643 c.c.) prima dell’annotazione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese.

#### Personali

Agli effetti patrimoniali si affiancano effetti **personali** suscettibili di essere bipartiti in **limitazioni delle capacità** previste dal codice civile (per esempio, ai sensi dell’art. 2382 c.c. il fallito non può essere nominato amministratore di società) e in **limitazioni dei diritti** costituzionalmente garantiti **al segreto epistolare** (art. 15 Cost.) e **alla libertà di movimento** (art. 16 Cost.).

Il fallito-persona fisica deve consegnare al curatore la propria corrispondenza di ogni genere, inclusa quella elettronica, riguardante rapporti patrimoniali aventi per oggetto beni compresi nel fallimento e quindi non implicanti esigenze di tutela della *privacy*, nonché comunicargli ogni cambiamento di residenza o domicilio, sì da essere sempre reperibile ogniquale volta occorrano

informazioni/chiarimenti ai fini della gestione della procedura (artt. 48-49 l. fall.).

Viceversa, tutta la corrispondenza indirizzata al fallito-persona giuridica è “dirottata” al curatore.

Queste limitazioni vengono automaticamente meno con la chiusura della procedura.

**Processuali**

Gli **effetti processuali** consistono invece nella perdita, da parte del fallito, della legittimazione a stare in giudizio nelle controversie patrimoniali (non personali) concernenti beni compresi nel fallimento (art. 43). Le controversie in cui è parte un fallimento sono trattate con priorità.

**Penali**

Infine l’apertura della procedura espone il fallito ad effetti penali. I principali reati fallimentari sono la bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.), la bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) ed il ricorso abusivo al credito (art. 218 l. fall.).

## 5.2 Per i creditori

Effetti immediati della dichiarazione di fallimento sono, da un lato, la **sca- denza anticipata dei debiti** contratti dall’imprenditore (art. 55, 2° comma) in applicazione del principio della decadenza del debitore dal beneficio del termine sancita dall’art. 1186 c.c. e, dall’altro, per i creditori chirografari, la **stabilizzazione dei loro crediti**, ossia la **sospensione**, ai soli effetti del concorso, **dell’ulteriore decorrere degli interessi** su quelli pecuniari (art. 55, 1° comma). Da questa seconda conseguenza sono esentati i soli creditori privilegiati (garantiti da pegno, ipoteca, privilegio), che ricevono un trattamento di favore in quanto, oltre a non rimetterci gli interessi, sono soddisfatti con preferenza sul prezzo dei beni oggetto della loro garanzia, sono pagati prima dei chirografari (artt. 54 e 111) e possono realizzare i loro crediti anche durante il fallimento una volta ammessi al passivo con prelazione (art. 53).

Questo regime è temperato dall’estensione al fallimento dell’istituto della compensazione (art. 56) e quindi dal diritto dei creditori di compensare i loro eventuali debiti verso il fallito con i crediti che essi vantano nei suoi confronti «ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento». In tal modo il creditore riesce, anche senza essere privilegiato, a soddisfarsi integralmente, sfuggendo alla falce fallimentare. Ad evitare abusi e accordi sottobanco, la legge precisa tuttavia che la compensazione non ha luogo se il creditore abbia acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell’anno anteriore.

Altro importante e coerente effetto dell’apertura del fallimento sta, per i creditori, nel **divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari individuali**, anche per crediti maturati durante il fallimento (cd. prededucibili), sui beni compresi nello spossessamento. *L’incipit* dell’art. 51 l. fall. fa salve le diverse disposizioni di legge, tra cui l’art. 41 t.u.b., che accorda al creditore fondiario il privilegio processuale di poter proseguire l’azione esecutiva sui beni ipotecati anche successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore.

Questo comporta un **duplice ordine di conseguenze**.

La prima, che i creditori il cui credito sia stato acquisito in forza di un titolo anteriore al fallimento possono soltanto presentare la domanda di ammissione allo stato passivo, diventando così «**creditori concorrenti**» (art. 52).

La seconda, specularmente inversa alla prima, che chi vanti pretese acquisite dopo la dichiarazione di fallimento per effetto di atti compiuti dal fallito, e pertanto inefficaci rispetto alla procedura, è privato di qualsiasi prospettiva di recupero endofallimentare. Egli potrà agire solo dopo la chiusura della procedura nei confronti del fallito tornato *in bonis* e sempre che questi non abbia ottenuto l'esdebitazione cancellando ogni pendenza residua.

Soltanto i **creditori di massa**, cioè quanti abbiano acquisito crediti per effetto di atti compiuti dalla procedura – ad esempio, in conseguenza della decisione del curatore di subentrare al posto del fallito in un contratto pendente – avranno diritto di essere soddisfatti in prededuzione, cioè prima e fuori dal concorso (art. 111).

Regole particolari valgono per la partecipazione al concorso del creditore con più coobbligati solidali nell'ipotesi in cui uno (o più) di questi fallisca: l'art. 61, 1° comma, l. fall. applica la regola generale («il creditore concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti») mentre il rapporto interno tra coobbligati subisce modifiche. Per i pagamenti posteriori alla dichiarazione di fallimento «il regresso tra i coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito» (art. 61, 2° comma); per i pagamenti anteriori, il *solvens* può insinuarsi al passivo del coobbligato fallito per la somma pagata ma «il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli» (art. 62, 3° comma).

### 5.3 Sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Lo strumento per recuperare beni e utilità usciti dal patrimonio del debitore in prossimità dell'accertamento dell'insolvenza, ripristinando la *par condicio creditorum*, è rappresentato dall'**azione revocatoria, ordinaria e fallimentare** (artt. 66 e 67 l. fall.). Essa è esperibile, a determinate condizioni, anche nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria.

#### Principi generali

La ragione d'essere dell'istituto sta nel fatto che la crisi d'impresa non ha quasi mai come sbocco immediato la dichiarazione di fallimento, ma è preceduta da un periodo, più o meno lungo di tempo, durante il quale l'imprenditore, pur già trovandosi in stato di insolvenza, continua ad operare e intrattenere rapporti con i terzi presumibilmente per tentare di correre ai ripari ed evitare il peggio.

Il regime adottato è perciò variamente modulato secondo i tempi e la natura degli atti. Con la riforma del 2005 è stata anzi temperata la forse eccessiva rigidità iniziale dell'azione *ex art. 67 l. fall.* per privilegiare le prospettive di conservazione e continuità dell'impresa in crisi.

Linefficacia degli atti compiuti dal debitore quando era già in stato d'insolvenza può essere di diritto (artt. 64-65) o prodursi a seguito di pronuncia giudiziale (artt. 66-69).

**Revocatoria di diritto**

Sono automaticamente privi di effetti nei confronti dei creditori sia gli **atti a titolo gratuito**, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, sempre che la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante (art. 64) che i **pagamenti anticipati**, eseguiti dal fallito, **di debiti che sarebbero scaduti nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente** (art. 65).

La *ratio* dell'art. 64 è intuitiva: nessuno può compiere atti di liberalità se prima non abbia onorato i propri debiti. I beni oggetto degli atti a titolo gratuito sono acquisiti all'attivo della procedura mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento (cd. revocatoria semplificata).

L'art. 65 tende invece a evitare un aggiramento dell'art. 44, che, come si è visto, sancisce l'inefficacia, rispetto ai creditori, di tutti gli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento. Se si fosse attesa la naturale scadenza, quel credito sarebbe stato soddisfatto in moneta fallimentare.

Sia gli atti a titolo gratuito che i pagamenti anticipati sono inefficaci *ope legis*; di conseguenza, il curatore dovrà soltanto dimostrare un **unico presupposto**: il loro compimento nei **due anni anteriori** alla dichiarazione di fallimento. Irrilevante è l'eventuale conoscenza o non conoscenza, da parte del terzo, creditore o donatario, dello stato di insolvenza.

**Revocatoria giudiziale**

Alla revoca automatica si contrappone quella giudiziale, che deriva cioè da una pronuncia *ad hoc* del giudice. Essa è disciplinata, in via generale, dall'art. 67 l. fall. e riguarda gli atti a titolo oneroso in senso lato compiuti dall'imprenditore prima del fallimento.

Si atteggia in modo radicalmente diverso secondo che tali atti debbano considerarsi "normali" (fisiologici cioè nell'esercizio dell'impresa) o "anormali" (sintomatici dello stato di insolvenza dell'imprenditore). La bipartizione incide, infatti, sulla distribuzione dell'onere probatorio e sul calcolo del "periodo sospetto", espressione con cui si rappresenta l'arco di tempo entro il quale è ragionevole ritenere che le operazioni effettuate fossero idonee ad alterare il quadro patrimoniale dell'impresa e i diritti della massa creditizia.

**Sono considerati anormali:**

1) gli atti a titolo oneroso, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito **sorpassino di oltre un quarto** ciò che a lui è stato dato o promesso (si pensi a una vendita a prezzo rovinoso);

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili **non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento** (ma ad esempio attraverso la dazione di un bene: *datio in solutum*);

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti per **debiti preesistenti non scaduti**;

4) le garanzie indicate al punto precedente nonché le ipoteche giudiziali per **debiti preesistenti già scaduti**.

Nei casi sopra elencati, affinché gli atti siano revocati, il curatore dovrà solo provarne il compimento nell'**anno anteriore** alla dichiarazione di fallimento. Detto periodo si riduce a **sei mesi** per le meno "sospettabili" garanzie richieste dopo il rilascio del finanziamento ma per debiti già scaduti. Per paralizzare l'azione, il terzo convenuto in revocatoria non avrà altro mezzo che dimostrare che non conosceva lo stato d'insolvenza dell'imprenditore.

**Sono considerati normali:**

1) gli atti a titolo oneroso in cui vi sia **equilibrio** tra prestazione e controprestazione (esempio, vendita a giusto prezzo);

2) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati con **denaro o altri mezzi normali** (è il caso, ad esempio, di pagamenti con assegni circolari);

3) gli atti costitutivi di un diritto di prelazione (pegno, ipoteca) per debiti, anche di terzi, **contestualmente** creati.

Poiché il compimento di questi atti è ritenuto fisiologico nell'esercizio dell'attività d'impresa, e non può essere di per sé considerato un "campanello d'allarme" dello stato di insolvenza, spetta al curatore che intenda revocarli dimostrare, anche tramite presunzioni, purché gravi, precise e concordanti, la *scientia decoctionis* in capo al terzo contraente. Inoltre il periodo sospetto si riduce a **sei mesi** prima della dichiarazione di fallimento.

**Esenzioni**

La rigidità di queste disposizioni, scandite come sono da termini rigorosamente fissati e da un tassativo alternarsi di oneri della prova, è stata temperata, in sede di riforma delle procedure concorsuali, da alcune esenzioni, **volte a favorire la conservazione ed il rilancio dell'impresa in crisi** (art. 67, 3° comma, l. fall.).

L'**obiettivo** è stato **perseguito sia in maniera diretta**, prevedendo un regime esonerativo per i fornitori [di beni e servizi lett. a), di credito lett. b) e di prestazioni lavorative lett. f)] **che indirettamente**, incentivando forme di composizione della crisi [v. il piano attestato previsto dalla lett. d)] o l'accesso a procedure concorsuali diverse dal fallimento [come il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: lett. e) e lett. g)]. In sintesi, quasi tutte le esenzioni ruotano intorno agli *inputs* del ciclo economico, essenziali per la continuazione dell'attività, oppure al *favor* per le soluzioni concordate e/o stragiudiziali.

**Revocatoria ordinaria**

Al curatore è comunque sempre consentito l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, alle cui condizioni e regole (artt. 2901 ss. c.c.) dovrà pertanto attenersi.

Le due azioni, ordinaria e fallimentare, operano infatti in contesti completamente diversi. «Ciò che viene in considerazione nel fallimento è che l'atto del debitore è stato compiuto quando egli era insolvente: non già dunque l'atto è revocabile perché ha reso il debitore insolvente». In quest'affermazione di Salvatore Satta si può cogliere il *discrimen* tra di esse. Mentre quella ordinaria mira a ripristinare la garanzia patrimoniale intesa come sufficienza del

patrimonio del debitore ad assicurare il soddisfacimento dei creditori (art. 2740 c.c.), la revocatoria fallimentare presuppone l'esistenza di una situazione patologica preesistente all'atto (l'insolvenza), che avrebbe già dovuto comportare la dichiarazione di fallimento.

La revocatoria ordinaria è l'unica strada percorribile quando l'atto esca dal perimetro del periodo sospetto: come nel caso in cui il debitore, poi fallito, abbia costituito un'ipoteca contestualmente al debito due anni prima della dichiarazione di fallimento.

L'azione, se promossa *ex novo*, va instaurata dinanzi al tribunale fallimentare (mentre resta nella sede competente se il curatore continua quella già iniziata da un creditore individuale prima del fallimento del proprio debitore) in confronto sia del contraente immediato che dei suoi aventi causa nei casi in cui sia esercitabile contro costoro (art. 66 l. fall.). Naturalmente anche in tal caso la parte soccombente potrà (solo) insinuarsi al passivo: sarà cioè applicabile l'art. 70, 2° comma, l. fall. anziché l'art. 2902 c.c.

## 5.4 Sui contratti pendenti

### Regola

Di regola, l'esecuzione dei contratti stipulati dall'imprenditore anteriormente al suo fallimento e ancora in corso di esecuzione alla data della sua dichiarazione rimane **sospesa** fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, operi una scelta tra due soluzioni alternative e dichiari o di **subentrare** nel rapporto pendente al posto del fallito, accettandone tutte le clausole e assumendosene tutti gli obblighi, da soddisfare quindi in moneta buona, come crediti di massa, oppure di **sciogliersi** da esso (cd. resiliazione). In questo secondo caso la controparte del fallito potrà solo insinuarsi nel passivo per il suo eventuale credito, senza che le spetti alcun risarcimento del danno, trattandosi di opzione prevista dalla legge. Viceversa, nell'ipotesi di subentro in un contratto ad esecuzione continuata o periodica (come la somministrazione) il curatore dovrà pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati (art. 74 l. fall.).

Al contraente *in bonis* è soltanto consentito accelerare i tempi facendo assegnare dal giudice delegato al curatore un termine per pronunciarsi non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto s'intenderà sciolto.

In coerenza con questa disciplina, l'art. 72, 6° comma, l. fall. precisa che **sono inefficaci le clausole negoziali che facciano dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento** di una delle parti. Solo se l'azione di risoluzione del rapporto sia stata proposta dal contraente *in bonis* prima del fallimento dell'imprenditore inadempiente gli sarà consentito continuarla durante la procedura.

La facoltà di scelta del curatore viene meno tuttavia in due casi: *i*) affinché il venditore di una cosa mobile l'abbia spedita al compratore non ancora fallito e questa non sia ancora giunta nel luogo di destinazione, né altri abbia acquistato diritti su di essa; egli potrà riprendersela (assumendo a suo carico le spese e restituendo gli acconti ricevuti) sempreché non preferisca dar cor-

so al contratto facendo valere nel passivo il credito per il prezzo, o il curatore non intenda farsi consegnare la cosa pagandone il costo integrale (cosiddetto *stoppage in transitu*: art. 75); *ii*) nel caso di promessa di acquisto di un immobile da costruire, prima che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto, il promissario acquirente potrà sciogliersene escudendo la fideiussione ricevuta a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore fallito (art. 72 bis).

La sospensione dei contratti pendenti è in armonia con gli obiettivi della procedura fallimentare e con l'idea che la soddisfazione dei creditori non debba necessariamente implicare l'interruzione dell'attività d'impresa e la dissoluzione del complesso aziendale. Di conseguenza essa si applica anche, in via di principio e pur con qualche rilevante precisazione, al contratto preliminare di compravendita (art. 72, 3° comma), ai finanziamenti destinati (art. 72 ter), al *leasing* in caso di fallimento dell'utilizzatore (art. 72 quater, primi tre commi), alla vendita con riserva della proprietà in caso di fallimento del compratore (art. 73), al mandato in caso di fallimento del mandante (arg. desunto dall'art. 78, 2° comma).

#### Eccezioni

La regola generale della sospensione dei rapporti pendenti subisce due ordini di deroghe di senso tra loro diametralmente opposto.

Vi sono, infatti, contratti che, in seguito alla dichiarazione di fallimento, si **sciogliono *ope legis*** ed altri invece che proseguono automaticamente.

Appartengono alla prima categoria quei contratti nella cui conclusione ed esecuzione abbia assunto presumibilmente un ruolo decisivo l'*intuitus personae* e che sono inoltre connotati da un particolare margine di alea. Si tratta dei contratti di borsa a termine (art. 76), di associazione in partecipazione (in caso di fallimento dell'associante: art. 77), di conto corrente, di mandato in caso di fallimento del mandatario e di commissione (art. 78), nonché dell'appalto se entro sessanta giorni dal fallimento dell'appaltatore, il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non abbia dichiarato di voler subentrare nel contratto offrendo idonee garanzie e purché il committente *in bonis* non si opponga alla prosecuzione eccependo che «la considerazione della qualità soggettiva (dell'appaltatore) è stata un motivo determinante del contratto» (art. 81).

Viceversa, **proseguono automaticamente** i contratti ad effetti reali, quelli cioè nei quali il trasferimento del diritto sia avvenuto contestualmente allo scambio dei consensi (art. 1376 c.c.) e che, a rigore, neppure potrebbero essere considerati pendenti. Ad essi sono equiparati la vendita a rate con riserva della proprietà in caso di fallimento del venditore (art. 73, ult. comma); il *leasing* finanziario in caso di fallimento del concedente (l'utilizzatore del bene conserva anche la facoltà di riscattarlo: art. 72 quater, 4° comma). Stessa sorte hanno l'assicurazione contro i danni salvo il possibile recesso dell'assicuratore in applicazione dell'art. 1898 c.c. se ne derivi un aggravamento del rischio (art. 82), l'affitto d'azienda (art. 79) e la locazione di immobili (art. 80). In questi ultimi due casi al curatore è peraltro concessa la facoltà di recedere



anticipatamente dal rapporto corrispondendo alla controparte un equo indennizzo che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato e deve essere pagato in prededuzione.

Nulla esplicitamente dice la legge fallimentare della sorte dei contratti atipici, cioè non regolati espressamente; ma nonostante l'introduzione della regola generale della sospensione, non dovrebbe essere precluso colmare la lacuna facendo ricorso all'interpretazione estensiva di norme relative a istituti simili oppure, ove questa via non sia praticabile, all'analogia.

Il rapporto regola-eccezioni sopra illustrato è capovolto in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, durante il quale i contratti pendenti proseguono automaticamente perché strumentali alla continuazione dell'attività, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli (art. 104, 7° comma, l. fall.).

## 6. Fasi della procedura

La procedura si snoda attraverso una serie di fasi: l'acquisizione dell'attivo; l'accertamento del passivo; la liquidazione e la ripartizione dell'attivo fallimentare tra i creditori.

### Acquisizione dell'attivo

La prima è costituita dall'acquisizione dell'attivo (artt. 84-89).

Il curatore procede all'apposizione dei sigilli (art. 84) sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore e ne redige l'inventario (art. 87) prendendoli così in consegna (art. 88). Predispone quindi il bilancio dell'ultimo esercizio e compila, per poi depositarli in cancelleria, gli elenchi dei creditori (con l'indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione) e di tutti coloro che vantano diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su cose in possesso o nella disponibilità del fallito (art. 89).

### Accertamento del passivo

A essa segue l'accertamento del passivo (artt. 92-103), ma questa fase può mancare in caso di previsione di insufficiente realizzo (art. 102).

Dopo aver invitato i creditori a partecipare alla procedura (art. 92), il curatore **esamina le domande** di insinuazione allo stato passivo, nonché quelle eventuali di rivendicazione e restituzione di beni che si trovino presso il fallito. Tali richieste devono contenere, a pena di inammissibilità, oltre all'indicazione della procedura cui si intende partecipare e alle generalità del creditore, la determinazione della somma o la descrizione del bene, nonché la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si fondano (art. 93).

Sulla loro base, il curatore **forma un progetto di stato passivo**, che sarà esaminato in apposita udienza (art. 95) nella quale il giudice delegato, «anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati» (il fallito può solo chiedere di essere sentito). Tale udienza (che si può svolgere in via tele-

matica) si conclude con un **decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo** e che ha **efficacia endofallimentare**.

Le domande, per essere **tempestive**, devono essere trasmesse al curatore tramite PEC (posta elettronica certificata) almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata (con la sentenza dichiarativa di fallimento: art. 16, 2° comma, n. 5) per l'esame dello stato passivo. Se presentate dopo la scadenza di tale termine, fino a dodici mesi (prorogabili a diciotto) dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo (art. 101), saranno considerate **tardive** (dopo tale termine le domande, cd. **supertardive** o **ultratardive**, saranno ammissibili solo previa dimostrazione della non colpevolezza del ritardo). Ciò significa che i ritardatari, se non siano creditori privilegiati o non dimostrino che il ritardo è dipeso da causa a loro non imputabile, concorreranno soltanto, se ancora ci saranno, alle ripartizioni dell'attivo posteriori alla loro «ammissione» (così l'art. 112, ma sarebbe meglio dire alla loro «domanda») in proporzione del rispettivo credito.

Il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive apposita udienza ogni quattro mesi, ossia con la stessa periodicità con cui avvengono le ripartizioni parziali.

**Fase  
eventuale  
delle  
impugnazioni**

Contro lo stato passivo dichiarato esecutivo, sia il creditore che il titolare di diritti su beni mobili o immobili la cui domanda sia stata accolta solo in parte o respinta, possono proporre **opposizione** dinanzi al tribunale fallimentare (artt. 98-99).

Il creditore o il titolare di diritti ammessi possono altresì **impugnare** – e ben si comprende la ragione – l'accoglimento della domanda di un altro creditore o concorrente.

*Extrema ratio* costituisce infine il ricorso all'istituto della **revocazione**, possibile allorché si scopra che il provvedimento, di accoglimento o rigetto, sia stato determinato da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi non prodotti tempestivamente per causa non imputabile. Ai due ultimi gravami è legittimato anche il curatore.

Il termine per proporli è di trenta giorni; ma, nell'ipotesi di revocazione, esso non decorre dalla comunicazione del decreto di esecutività dello stato passivo, bensì dalla scoperta del fatto/documento che legittimano l'impugnazione.

**Liquidazione  
dell'attivo**

La procedura fallimentare è rivolta alla liquidazione dell'attivo (artt. 104 ter-109) ossia a realizzare i crediti del fallito e a trasformare i suoi beni in denaro da ripartire tra i creditori.

Vi provvede il curatore in conformità ad un **programma di liquidazione** (art. 104 ter), da predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario (e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento) e da approvarsi dal comitato dei creditori, mentre il giudice delegato ha il potere-dovere di autorizzare l'esecuzione degli atti a esso conformi. Nel programma occorrerà specificare, tra le altre cose, «le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco» [v. lett. d)].

**Vendita in blocco**

La vendita della (o di un ramo di) azienda può assumere infatti decisiva importanza nel quadro delle strategie liquidatorie per le *chances* che essa offre, evitandone la disgregazione, di incrementare l'attivo e, gestendo oculatamente l'operazione, per l'utilità socio-economica, in termini di conservazione di ricchezza e di posti di lavoro, della prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Il relativo contratto deve essere provato per iscritto e depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2556 c.c.).

La legge fallimentare introduce nondimeno alcune modifiche alle norme esaminate nella Parte I, Capitolo III, § 2 tese a favorire lo snellimento e l'attuabilità dell'operazione. L'art. 105 l. fall. stabilisce, in primo luogo, che, in deroga all'art. 2112 c.c., si possono convenire con le rappresentanze sindacali il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalla disciplina laburistica. Precisa inoltre, in deroga all'art. 2560 c.c., che, salvo diverso accordo, l'acquirente non risponda dei debiti pregressi (nel caso di impresa fallita solitamente superiori al valore dell'azienda) ma possa pagare una parte del prezzo mediante l'accollo di alcuni di essi, purché non venga alterata la graduazione dei crediti. Mentre resta applicabile l'art. 2559 c.c. relativo ai crediti dell'azienda ceduta, rispetto ai quali peraltro il cessionario continuerà a beneficiare dei privilegi e delle garanzie di qualsiasi tipo da chiunque prestate o comunque esistenti a favore del cedente.

**Vendita atomistica**

Qualora la vendita totale non sia realizzabile o comunque «non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori», non resterà che procedere alla vendita atomistica dei singoli beni (art. 105) secondo le modalità specificate nel programma di liquidazione, ossia secondo le forme dell'esecuzione forzata individuale regolata dal codice di rito oppure a trattativa privata, che è l'eventualità più promettente sul piano patrimoniale ma anche la più delicata. In quest'ultimo caso – dice l'art. 107 – il curatore dovrà osservare procedure competitive, curando un'adeguata pubblicità onde sollecitare la partecipazione del maggior numero possibile di acquirenti. Per lo stesso motivo il giudice delegato può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a dodici mesi. La vendita potrà però essere sospesa dal curatore «ove (gli) pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto» (art. 107, 4° comma) e dal giudice delegato «qualora ricorrano gravi e giustificati motivi» o «il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato» (art. 108, 1° comma).

**Ripartizione del ricavato**

La ripartizione del ricavato (artt. 110-117) non presuppone necessariamente il completamento delle operazioni di liquidazione, né la definizione dei giudizi di impugnazione dello stato passivo *ex art.* 98 l. fall. L'attivo è infatti distribuito mediante **riparti parziali**, con cadenza quadrimestrale dalla data del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, riparti che non possono superare l'80% delle somme disponibili. Almeno il restante 20% delle somme di-

stribuibili deve essere accantonato per soddisfare eventuali imprevisti legati all'ammissione al passivo «con riserva» di creditori di cui non fosse ancora certo il diritto (artt. 96, 2° comma, e 113 bis) o alla pendenza di giudizi di impugnazione dello stato passivo.

Questi accantonamenti saranno distribuiti con il riparto finale (art. 117), preceduto dall'approvazione del rendiconto (di gestione e non solo di cassa) del curatore (art. 116).

Il mancato rispetto dell'obbligo di redigere, ogni quattro mesi, il progetto di ripartizione delle somme disponibili costituisce causa di revoca del curatore.

L'ordine di distribuzione delle somme è fissato dall'art. 111: devono essere pagati prima i crediti prededucibili o di massa; poi i privilegiati; infine, i chirografari, con i quali concorrono i privilegiati per la parte di credito non soddisfatta sul ricavato della vendita dei beni oggetto di privilegio, pegno o ipoteca.

### Chiusura

Il fallimento si chiude in seguito alla ripartizione integrale dell'attivo (art. 118 n. 3), senza che assuma valore ostativo la pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore potrà mantenere la legittimazione processuale (non è invece prevista un'ultrattività del comitato dei creditori, con la conseguenza che, in deroga all'art. 35 l. fall., anche le rinunce alle liti e le transazioni saranno autorizzate dal giudice delegato).

Può altresì chiudersi, ma sono evenienze assai rare, sia per la mancata presentazione di domande tempestive di ammissione al passivo poiché in tal caso la procedura resterebbe priva di scopo, sia perché, ipotesi ancora più di scuola anche se quanto mai appetibile per i creditori, vi sia stato il loro pagamento integrale prima del riparto finale (v. nn. 1 e 2).

C'è infine il caso, più realistico, in cui l'attivo fallimentare «non consenta di soddisfare, neppure in parte» i creditori, nemmeno quelli prededucibili (n. 4).

Le conseguenze della cessazione della procedura (art. 120 l. fall.) sono speculari a quelle dell'apertura.

Decadono gli organi preposti al fallimento, cessano gli effetti sul patrimonio del fallito e le limitazioni strumentali alla procedura (previste dagli artt. 48 e 49); le azioni esperite dal curatore non possono essere proseguite e i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo che gli sia stata concessa l'esdebitazione.

### Riapertura

Ma la chiusura del fallimento non è irrevocabile; nei casi previsti dai nn. 3 e 4 dell'art. 118, il tribunale, entro cinque anni dal decreto di chiusura, su istanza del debitore o di qualunque creditore, può infatti ordinarne la riapertura se nel patrimonio del fallito si rinvergono attività in misura tale da renderla utile oppure se il fallito offra la garanzia di pagare almeno il 10% ai creditori vecchi e nuovi (art. 121 l. fall.).

La prima eventualità è intuitivamente alquanto teorica, ma anche la seconda, che pure consentirebbe un'uscita più decorosa dal dissesto, sembra poco

appetibile; né se ne hanno riscontri concreti e probabilmente mai li si avranno una volta che il fallimento ha perso il suo carattere affittivo e disonorante e all'imprenditore è stata concessa la possibilità, mediante l'esdebitazione, di liberarsi dai debiti non soddisfatti integralmente nella procedura. Non legittimano invece la riapertura del fallimento le eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti.

### **Concordato fallimentare**

Un altro modo concretamente utilizzato per chiudere la procedura è rappresentato dal concordato fallimentare (artt. 124-159), ossia da una sorta di accordo tra l'imprenditore fallito e i suoi creditori: un istituto che il legislatore considera, oggi più che ieri, con particolare favore pur circondandolo di alcune comprensibili cautele.

La relativa **proposta** può essere presentata dal fallito soltanto dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non ne siano trascorsi due dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo, mentre nulla vieta che sia formalizzata anche prima di questo momento da uno o più creditori o da un terzo, detto assuntore, che può, a sua volta, obbligarsi per l'adempimento del concordato in solido con il fallito (accollo cumulativo) o da solo (accollo privativo).

L'offerta può avere, e qui la libertà spazia quasi senza limiti, il contenuto più vario, compresa la **possibilità di dividere i creditori in classi**, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, proponendo loro trattamenti differenziati alla sola condizione che non si alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione (cosiddetto "divieto di sorpasso"). Ma può altresì caratterizzarsi per l'offerta ai creditori privilegiati di un pagamento parziale purché «in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato (dei beni oggetto della prelazione) in caso di liquidazione» oppure prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, cioè, oltre al più consueto pagamento in percentuale e dilazionato (concordato misto), mediante, ad esempio, la cessione dei beni, l'attribuzione di azioni, quote, obbligazioni anche convertibili o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

La proposta è soggetta al preventivo esame del giudice delegato al quale spetta un semplice giudizio di ritualità formale e non anche di convenienza ed opportunità. Egli sarà tenuto a richiedere il parere (vincolante, se negativo) del comitato dei creditori e quello (non vincolante) del curatore.

Dopo di che essa è sottoposta all'**approvazione dei creditori** (art. 127). Tutti possono partecipare alla votazione, tranne coloro per cui ricorrano ragioni di incompatibilità o eccessiva contiguità di interessi. Non hanno perciò diritto di voto i creditori privilegiati ai quali sia stato promesso l'integrale pagamento, salvo che non rinuncino, in tutto o in parte, alla prelazione; il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini fino al quarto grado e coloro che siano diventati cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento. Lo stesso divieto vale per le società appartenenti al medesimo gruppo di quella fallita (controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo).

Il concordato deve essere approvato, e può esserlo anche implicitamente per la regola silenzio-assenso (art. 128, 2° comma), dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto e, nel caso in cui siano previste classi diverse di creditori, dal maggior numero di classi. Dopo di che il proponente deve chiederne l'**omologazione** (art. 129) che, qualora non siano state proposte opposizioni o siano scaduti i termini per instaurarle, si riduce anch'essa a un controllo formale della procedura e della votazione.

Qualora vi sia stata una divisione in classi e un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza della proposta, il tribunale potrà ugualmente omologare il concordato ove ritenga che il credito possa risultare soddisfatto in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (cd. *cram down* previsto dall'art. 129, 5° comma).

Il tribunale decide con decreto, reclamabile innanzi alla corte di appello (art. 131). Spirati i termini di opposizione, il curatore rende il conto della gestione e il tribunale dichiara chiuso il fallimento.

Il concordato fallimentare diventa così obbligatorio per tutti i creditori anteriori al fallimento, compresi quelli che non si fossero insinuati al passivo (art. 135).

La sua **esecuzione** avviene sotto la sorveglianza del curatore, del comitato dei creditori e del giudice delegato (art. 136). Questi stabilisce le modalità di deposito delle somme spettanti ai creditori che non possano essere soddisfatti subito perché contestati, irreperibili o condizionali; ordina, infine, lo svincolo delle cauzioni eventualmente prestate e la cancellazione delle ipoteche che fossero state iscritte a garanzia dell'adempimento.

Come tutti i contratti, il concordato potrà essere **risolto per inadempimento** qualora le garanzie promesse non vengano costituite o il proponente non adempia «regolarmente» gli obblighi assunti (art. 137 l. fall.). Potrà essere altresì **annullato** qualora sia stato dolosamente esagerato il passivo ovvero sottratta o dissimulata parte rilevante dell'attivo (art. 138).

In entrambi i casi si avrà la riapertura del fallimento, con gli effetti previsti dagli artt. 122 e 123 l. fall. che debbono peraltro tener conto dell'eventuale parziale esecuzione (art. 140 l. fall.). In questo caso i vecchi creditori dovranno detrarre quanto avessero già ricevuto dal parziale adempimento ma conserveranno le garanzie già omologate nel concordato per le somme a loro ancora dovute.

## 7. L'esdebitazione

Il legislatore ha eliminato il carattere sanzionatorio e infamante del fallimento modificando i previgenti artt. 48 e 49, abrogando l'art. 50 (che prevedeva il pubblico registro dei falliti, una sorta di libro nero, nel quale erano iscritti gli imprenditori decotti) e sostituendo la riabilitazione (strumentale a far cessare le pesanti incapacità personali che in passato subiva il fallito) con l'«esdebitazione» (artt. 142-144).

**Definizione** Questo vocabolo, che è il contrario di «sdebitarsi», indica il beneficio della **liberazione dai debiti non onorati** concesso al fallito-persona fisica (ossia imprenditori individuali e soci illimitatamente responsabili dichiarati falliti in conseguenza del fallimento della società) in presenza di particolari requisiti oggettivi e soggettivi.

L'istituto affonda le sue radici nell'esperienza statunitense del *discharge* (tradotto letteralmente significa scarico, liberazione) del quale condivide la *ratio*, sintetizzata nell'espressione della letteratura giuridica anglo-americana «*to make a fresh start in life*». Si sostanzia nella dichiarazione di «inesigibilità» dei debiti non soddisfatti nella procedura concorsuale: il fallito tornato *in bonis* non potrà perciò subire azioni esecutive da parte dei creditori (conseguenziale la modifica dell'art. 120, 3° comma).

Il fallito ed egli soltanto è liberato: i debiti diventano **inesigibili** ma **non si estinguono**, tanto è vero che i creditori rimasti insoddisfatti potranno agire nei confronti degli eventuali coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso.

**Ratio** Lo scopo dell'esdebitazione – come spiega la Relazione ministeriale – è rendere possibile al fallito la ripresa dell'attività economica, un nuovo inizio senza il peso dei debiti pregressi e senza dover ricorrere (come in passato) ad espedienti, poco commendevoli e comunque scorretti, quali il ricorso a prestanomi.

La liberazione dell'ex fallito dai debiti serve a facilitare il reinserimento nel mercato di un soggetto produttivo di reddito e lavoro, a incrementare le opportunità di crescita del paese e a incentivare comportamenti corretti e collaborativi del fallito, nonché l'emersione di tutti i cespiti, anche rimasti sotto traccia, sui quali i creditori possano soddisfarsi.

Sull'idoneità a raggiungere gli anzidetti obiettivi, la dottrina è divisa: c'è chi vede l'esdebitazione come un'esigenza del mercato e chi, viceversa, obietta che per favorire la crescita economica occorrerebbe semmai garantire il rispetto del principio della responsabilità patrimoniale del debitore sancito dall'art. 2740 c.c. Da un lato, si rimarca che spesso i grandi successi imprenditoriali si fondano sulle ceneri di precedenti fallimenti donde l'esigenza di non disperdere il bagaglio di esperienze acquisite; dall'altro, si rileva che ogni allentamento della pressione sul debitore affinché paghi i debiti è suscettibile d'indurre un maggior numero di inadempimenti (cosiddetto fenomeno del *moral hazard*) e che i creditori del fallito, spesso, sono a loro volta imprenditori, ragion per cui la liberazione del primo dai debiti rischia di comportare una serie di dissesti a catena.

**Pre-requisito** Per ottenere l'esdebitazione occorre un prerequisito: **la soddisfazione, almeno in parte** (non è prevista una percentuale minima) **dei creditori concorsuali**, cioè anteriori alla procedura, siano essi privilegiati o chirografari. Il pagamento dei crediti prededucibili (detti anche di massa, cioè quelli che sorgono durante la procedura) non basta per conseguirla.

Il legislatore non ha però chiarito se sia sufficiente soddisfare i privilegiati, lasciando a bocca asciutta i chirografari o se anche costoro debbano ricevere un contentino.

Le Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a dirimere il contrasto di giurisprudenza sorto su questo punto, con la sentenza n. 24215 del 18 novembre 2011 (in *Fall.*, 2012, 283) hanno stabilito che spetta al giudice di merito valutare, caso per caso, se l'entità dei pagamenti effettuati, rispetto al totale dei debiti, possa essere considerato come «parziale soddisfazione». Questo prerequisite può essere raggiunto anche grazie ai riparti supplementari conseguenti all'esito vittorioso dei giudizi pendenti proseguiti dopo e nonostante la chiusura del fallimento per compiuta ripartizione finale dell'attivo.

#### Condizioni

Occorrono inoltre alcune condizioni, meglio specificate dall'art. 142, 1° comma, l. fall. È necessario che il fallito: **1)** abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni (ad esempio, attraverso la tempestiva messa a disposizione dei beni compresi nel fallimento o la ricerca di compratori dei beni fallimentari); **2)** non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura con comportamenti ostruzionistici; **3)** non abbia violato l'art. 48 sull'obbligo di consegna della corrispondenza; **4)** non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta; **5)** non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito; **6)** non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa.

#### Sfera applicativa

Per scongiurare il rischio di "fallimenti pilotati" al fine di liberarsi da obbligazioni mal tollerate ma di chiara rilevanza sociale, dall'esdebitazione sono esclusi i debiti di mantenimento e alimentari (ad esempio, verso il coniuge e i figli minori) oppure derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa o da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario non accessorie a debiti estinti.

#### Effetti sui crediti non concorrenti

Ma anche per quel che concerne i creditori poi rimasti estranei al concorso, ad evitare di disincentivarli dal presentare le domande di ammissione al passivo (per non accontentarsi di poche briciole e fare poi i conti con l'imprenditore tornato *in bonis*), l'art. 144 l. fall. stabilisce che il decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione produce effetti anche nei confronti di costoro che potranno chiedere all'imprenditore, dopo la chiusura della procedura, esclusivamente ciò che avrebbero ottenuto partecipando al concorso.

#### Aspetti processuali

La singolarità della procedura si riflette pure sui suoi aspetti processuali. Il tribunale o con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo alla chiusura (o al riparto che ha determinato il venir meno dell'impedimento all'esdebitazione: v. commi aggiunti all'art. 118 l. fall.), verificate le condizioni di cui all'art. 142 l. fall. e tenuto altresì conto dei comportamenti collaborativi del medesimo, sentito il curatore ed il comitato dei creditori (pareri obbligatori ma non vincolanti)



dichiara inesigibili nei confronti del fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente (art. 143 l. fall.).

Si ritiene che l'esdebitazione non possa essere concessa d'ufficio, ma sia sempre necessaria la domanda dell'interessato (debitore o, secondo la tesi dominante, i suoi eredi) a seguito della quale il tribunale fisserà la data dell'udienza: il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza saranno comunicati tramite PEC (posta elettronica certificata) dal curatore ai creditori ammessi al passivo, che non possono essere "espropriati" dei crediti a loro insaputa (lo ha stabilito la Consulta con la sentenza 181 del 2008).

#### Reclamo

Contro la decisione del tribunale possono proporre reclamo davanti alla corte d'appello il **debitore**, per il caso di reiezione dell'istanza; i **creditori** non integralmente soddisfatti – compresi quelli esclusi dalla procedura concorsuale e quelli che non abbiano presentato la domanda di ammissione al passivo – nell'ipotesi speculare di liberazione del debitore; il **pubblico ministero**, stante l'interesse pubblico alla "legalità" del procedimento e ad evitare speculazioni dannose per il mercato e **qualunque interessato** (inclusi gli eventuali coobbligati e fideiussori che per effetto dell'esdebitazione perdono l'azione di regresso). La decisione della corte d'appello, a sua volta, è ricorribile per Cassazione.

## 8. Il fallimento delle società

La disciplina fin qui esaminata si applica, con i dovuti adattamenti, al fallimento delle società che esercitino un'attività commerciale e che superino le soglie dimensionali fissate dall'art. 1 l. fall. Esso costituisce anche una causa di scioglimento tipizzata per le società di persone (art. 2308 dettato per la società in nome collettivo e richiamato per la società in accomandita semplice dall'art. 2323 c.c.), mentre non è più contemplato dall'art. 2484 c.c.

#### Posizione dei soci illimitatamente responsabili

I profili più problematici nascono da diversi regimi di responsabilità e dalla necessità di distinguere le vicende concernenti la società da quelle riguardanti i singoli soci.

Infatti, il fallimento di uno o più soci illimitatamente responsabili (nell'ipotesi in cui gli stessi svolgano autonomamente un'attività imprenditoriale) non produce il fallimento della società, ma comporta solo l'obbligo del curatore di chiedere la liquidazione della quota (art. 149 l. fall.).

Se, viceversa, fallisce una società in nome collettivo, una società in accomandita semplice o una società in accomandita per azioni falliscono in proprio (cosiddetto **fallimento per estensione** o **in ripercussione**) anche i soci (persone fisiche o giuridiche) illimitatamente responsabili (art. 147 l. fall.), ossia tutti i soci della prima, gli accomandatari nella seconda e nella terza, indipendentemente dalla sussistenza, in capo a ciascuno di essi, dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Nelle società di persone commerciali falliscono anche i **soci occulti di società palese**, quelli cioè il cui vincolo sociale non sia stato esteriorizzato e sia rimasto nascosto.

Anche gli **ex soci** possono essere dichiarati falliti, ma solo entro **un anno** da quando (tramite i normali canali pubblicitari, quali l'iscrizione nel registro delle imprese) abbiano reso noto ai terzi lo scioglimento del rapporto sociale (per recesso, per morte o per esclusione) oppure la cessazione della responsabilità illimitata (ad esempio, per trasformazione della società in altra che non la preveda). Ciò però a condizione che l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.

Nelle ipotesi di contestuale dichiarazione di fallimento della società e dei soci il tribunale designa un solo giudice delegato e un solo curatore, mentre si possono nominare più comitati dei creditori (art. 148) stante la non coincidenza delle masse passive. I creditori della società sono per definizione anche creditori dei soci e partecipano per l'intero credito e con il medesimo eventuale privilegio anche nei loro fallimenti senza che sia necessario presentare distinte domande di ammissione al passivo, «salvo il regresso fra i fallimenti dei soci per la parte pagata in più della quota rispettiva» (art. 148, 3° comma), mentre i creditori particolari del socio partecipano solo al fallimento del loro debitore.

La procedura fallimentare è altresì applicabile alla fattispecie, diversa da quella in cui uno o più soci siano rimasti dietro le quinte, della **società** interamente **occulta**, ossia nascosta dietro le sembianze di un'impresa individuale.

A questa fattispecie la giurisprudenza di legittimità ha equiparato l'ipotesi in cui, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore collettivo, risulti la sua appartenenza ad una società (cd. **supersocietà di fatto**). A sua volta la Consulta, allineandosi al diritto vivente, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, 5° comma, l. fall., in quanto l'interpretazione che conduce all'affermazione dell'applicabilità dell'estensione della procedura al solo caso in cui il fallimento originariamente dichiarato riguardi un imprenditore individuale risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. (C. Cost., 6 dicembre 2017, n. 255).

**Posizione  
dei soci  
limitata-  
mente re-  
sponsabili**

Per contro, i soci delle società di capitali, rischiando solo ciò che hanno conferito, non falliscono in conseguenza della decozione della società neppure quando l'unico azionista o quotista assumano occasionalmente (non istituzionalmente) responsabilità illimitata per non aver osservato le norme in tema di conferimenti e pubblicità (v. il 2° comma degli artt. 2325 e 2462 c.c.).

A essi il giudice delegato può soltanto **ingiungere di eseguire i versamenti ancora dovuti**, anche quando non fosse scaduto il termine stabilito per il pagamento; inoltre, nella s.r.l. può autorizzare il curatore ad escutere la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria rilasciata in sostituzione del versamento del 25% del conferimento in denaro o a garanzia di una prestazione d'opera o di servizi (artt. 150 e 151 l. fall.).

**Azioni di  
responsabilità**

Un più consistente bottino può se mai qui derivare dall'esercizio delle **azioni di responsabilità contro gli organi sociali** che, violando le regole che presiedono alla gestione e/o i doveri di vigilanza sul corretto funzionamento della

società, l'abbiano portata al dissesto (artt. 146 l. fall. e 2394 bis c.c.). Nei loro confronti si apre un ampio ventaglio di iniziative, proponibili dal curatore, dopo aver sentito il comitato dei creditori e previa autorizzazione del giudice delegato; specificamente tra esse le azioni di responsabilità contro gli amministratori (intesi per tali quelli nominati dai soci o che anche solo di fatto, pur senza investitura formale, abbiano gestito la società), i componenti gli organi di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza o comitato interno per il controllo della gestione), i direttori generali, i liquidatori, i soci che abbiano «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» (art. 2476, 7° comma, c.c.). Inoltre, in caso di fallimento della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento, il curatore si sostituisce ai creditori di questa nell'esercitare l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. (v. Parte II, Sezione IV, § 5).

Unico paletto sta nel fatto che si debba trattare di «**azioni di massa**», volte cioè a ricostituire il patrimonio sociale. Tale è considerata l'azione di responsabilità per *mala gestio* o per inosservanza delle regole che presiedono all'integrità del patrimonio sociale (artt. 2393-2393 bis, 2394 c.c.), non quella eventualmente esercitabile da terzi o soci il cui patrimonio personale sia stato direttamente pregiudicato da atti dolosi o colposi degli amministratori (artt. 2395 e 2476, 6° comma, c.c.).

Per giurisprudenza costante, le fattispecie di responsabilità degli amministratori verso la società ed i creditori sociali **confluiscono in un'unica azione, dal carattere unitario ed inscindibile**, all'esercizio della quale è legittimato, in via esclusiva, il curatore, il quale potrà avvalersi della disciplina più vantaggiosa.

Maggiori difficoltà sono sempre sorte nella quantificazione del danno risarcibile.

La giurisprudenza ha per lungo tempo applicato il criterio del **deficit fallimentare**, determinando tale danno nella differenza tra il passivo accertato e l'attivo realizzato dal curatore: adottando così una soluzione meccanica e al limite sproporzionatamente onerosa e anche iniqua, che è stata pertanto successivamente semplificata e mitigata.

Oggi prevale, infatti, l'opinione, avallata dalle Sezioni Unite (con sentenza 9100 del 2015), che detto metodo approssimativo possa essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni (previste dall'art. 1226 c.c.), sempreché il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni (non basta addurre la mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili) che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo. In tutti gli altri casi, occorrerà dimostrare l'inadempimento, il danno e il nesso causale tra l'uno e l'altro (art. 1223 c.c.). E sembra essere questo un equilibrato punto di conciliazione tra opposte esigenze: che innesca però, sotto quest'ultimo

**Criteria di  
quantifica-  
zione del  
danno**

riflesso, altre possibili criticità legate ai tempi e, spesso, alla complessità delle azioni di responsabilità e del relativo onere probatorio. A esse dovrebbe nondimeno ovviare, almeno in parte, l'art. 106 l. fall., che consente al curatore di **cedere le azioni giudiziarie** di responsabilità contro gli organi sociali quali singoli crediti, anche se contestati o, nei limiti delle pretese maturate in capo alla società fallita, quali componenti attive della relativa azienda (art. 105). Viceversa, in sede di concordato fallimentare, il curatore può cedere le «azioni di pertinenza della massa» solo se già autorizzate, anche se non ancora proposte (art. 124, 4° comma). Sicché lo svantaggio che potrà derivarne agli interessati in termini di minor realizzo sarà «compensato» da una più rapida risoluzione del contenzioso e da un più tempestivo recupero delle somme.

## Capitolo III

# Le procedure alternative in sintesi

**SOMMARIO:** 1. Il concordato preventivo – 1.1 Concordato in bianco e con continuità aziendale – 1.2 Le proposte e le offerte concorrenti – 2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – 2.1 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria – 3. I piani di risanamento attestati – 4. La liquidazione coatta amministrativa – 5. L'amministrazione straordinaria delle grandi e grandissime imprese in crisi – 6. Gli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento

## 1. Il concordato preventivo

Il concordato preventivo (artt. 160-186 bis l. fall.) è lo strumento principe per evitare il fallimento. È una **procedura concorsuale giudiziale** (in quanto per il perfezionamento dell'accordo occorre l'omologazione del tribunale) e **di massa** (obbligatorio per tutti i creditori e non solo per quanti abbiano espresso un voto favorevole).

Presup-  
posti

Pur ricalcando, nella struttura e nel procedimento, il concordato fallimentare se ne distingue per due non irrilevanti differenze: la prima è che esso consente d'intervenire allorché si verifichi uno **stato di crisi** non necessariamente già sfociato in un'insolvenza irreversibile; la seconda è che, essendo chiesto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, se ha esito positivo la impedisce e consente di uscire indenne, o quasi, dalla stessa crisi.

È invece identico al fallimento il presupposto soggettivo in quanto solo l'imprenditore commerciale che superi i limiti dimensionali previsti dall'art. 1, 2° comma, l. fall. può chiedere di essere ammesso al concordato preventivo.

Al pari del concordato fallimentare, anche quello preventivo integra una fattispecie a formazione progressiva, che si snoda attraverso tre fasi essenziali: la proposta di ammissione alla procedura; l'approvazione da parte della maggioranza dei creditori; l'omologazione del tribunale.

Proposta

La relativa **domanda**, in forma di ricorso, va depositata nella cancelleria del tribunale fallimentare, corredata da una serie di documenti, tra i quali assume particolare rilievo la relazione di un professionista che attesti «la veridicità dei dati aziendali» (rifacendosi alle scritture contabili e ai bilanci dell'impresa del debitore) e (attraverso un giudizio prognostico) «la fattibilità del piano». Detto piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, che in ogni caso «deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore» [v. lett. e), aggiunta al 2° comma dell'art. 161 l. fall.].

La proposta può prevedere la soddisfazione dei creditori, eventualmente divisi per classi, in qualsiasi forma. Tuttavia, se il concordato è liquidatorio, il debitore deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari (art. 160, ultimo comma, l. fall.).

Altri vincoli da rispettare sono il divieto di alterare l'ordine di eventuali cause legittime di prelazione (cosiddetto divieto di sorpasso) e una soglia minima di soddisfazione dei creditori privilegiati che non deve essere inferiore a quanto gli stessi potrebbero realizzare con la garanzia.

#### Istruttoria

Spetta esclusivamente ai creditori valutare la proposta nel merito e pertanto la sua appetibilità e convenienza economica; ma anche per la verità al debitore capire quale sia il punto di equilibrio tra il vantaggio per essi di ottenere di regola subito una ridotta soddisfazione delle loro pretese e gli inconvenienti, lungaggini e prospettive di una più o meno complessa procedura fallimentare.

Il tribunale si limita a verificare il rispetto delle condizioni di legge e l'effettiva realizzabilità dell'obiettivo specifico perseguito dal procedimento – la cosiddetta «causa concreta», come l'hanno definita le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521 (in *Giur. it.*, 2013, 2538) – che, indipendentemente dal tipo di proposta formulata, è il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e il soddisfacimento, sia pure parziale, dei creditori.

Il tribunale, dopo aver sentito il debitore, se ritiene che non ve ne siano le condizioni, dichiara, con decreto non reclamabile, il **ricorso inammissibile** (art. 162). Il che, detto per inciso, non preclude che la domanda, ovviamente modificata, possa essere ripresentata, almeno fino a quando – su richiesta di un creditore o del pubblico ministero e previa verifica dello stato di insolvenza – non intervenga il fallimento.

Se, viceversa, la verifica ha esito positivo, viene **aperta la procedura**, anche qui con decreto non soggetto a gravame (art. 163), pubblicato nelle forme previste per la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 166). Con esso il tribunale nomina un giudice delegato e, secondo gli stessi criteri previsti per la designazione del curatore, il commissario giudiziale; ordina la convocazione dei creditori per la votazione; stabilisce il termine, non superiore a quindici giorni, entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del tribunale, a pena di revoca dell'ammissione al concordato, una somma pari al 50%, e comunque non inferiore al 20%, delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura.

#### Organi

Sono organi della procedura il **giudice delegato** e il **commissario giudiziale**.

Il giudice delegato presiede l'adunanza dei creditori (art. 174), decide sull'ammissione provvisoria di crediti eventualmente contestati (art. 176) e riferisce al tribunale l'esito della votazione dei creditori (artt. 179-180).

Il commissario giudiziale è pubblico ufficiale ed è assimilabile al curatore fallimentare (l'art. 165 rinvia agli artt. 36, 37, 38 e 39), ma con minori poteri dato che il debitore ammesso al concordato conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa. Tale figura assume però un rilievo centrale (v. l'art. 172 l. fall.) a tutela del ceto creditorio laddove sia stata presentata una domanda di concordato in bianco ed è indispensabile per consentire la presentazione di proposte e offerte concorrenti (v. *infra*, §§ 1.1 e 1.2).

Non è invece obbligatoriamente previsto il **comitato dei creditori**. Tale organo, insieme a uno o più liquidatori, potrà essere nominato dal tribunale solo se il concordato consista nella cessione dei beni ai creditori (art. 182 l. fall.).

**Effetti** Come si è anticipato, durante il concordato il debitore subisce uno **spossesamento attenuato**. Solo gli è preclusa espressamente (art. 167) una serie di atti di straordinaria amministrazione o potenzialmente lesivi della *par condicio*, per la cui efficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato è di regola necessaria l'autorizzazione scritta del giudice delegato.

Al concordato si estendono invece gli altri **effetti propri del fallimento rispetto ai creditori** (l'art. 169 richiama gli artt. 43, 4° comma, 45 e 55-63), compresa la sospensione del corso degli interessi sulle somme dovute. In particolare, punto questo cruciale per il buon esito della procedura, dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino a quando il decreto di omologazione diventi definitivo, i creditori per causa o titolo anteriore non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore (per lo stesso periodo restano sospese le prescrizioni e non si verificano decadenze), né acquisire diritti di prelazione, salva l'autorizzazione del giudice. E così sono inefficaci le ipoteche giudiziali eventualmente iscritte nei novanta giorni antecedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (art. 168 l. fall.).

Il legislatore è invece silente sulla sorte degli **atti pregiudizievoli ai creditori**. Ma il silenzio si spiega considerando che, nella logica del concordato, non occorre reintegrare il patrimonio del debitore mediante l'azione revocatoria fallimentare, che presuppone necessariamente uno stato di insolvenza e disparità di trattamento cui rimediare.

A sé sta la sorte dei **contratti pendenti** ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data della presentazione del ricorso (art. 169 bis che rappresenta l'equivalente dell'art. 72 l. fall.).

Il debitore può essere autorizzato dal tribunale o, dopo il decreto di ammissione, dal giudice delegato, a sciogliersi da quelli in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso o a sospenderli per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta (art. 169 bis l. fall.). Ma nel caso di accoglimento della sua richiesta, il contraente *in bonis* avrà diritto a un indennizzo equivalente al risarcimento del danno per il mancato adempimento, da soddisfare tuttavia come credito anteriore al concordato e quindi da sottoporsi alla falcidia prevista dalla proposta, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda di concordato preventivo.

Lo scioglimento del contratto non si estende all'eventuale clausola commissoria in esso contenuta e non è applicabile, per evidenti esigenze conservative, ad alcuni specifici rapporti, come quelli di lavoro subordinato e i preliminari di vendita di prime case o di sedi principali dell'impresa. Una

specifica disciplina, ispirata a quella contenuta nell'art. 72 quater, l. fall. per il caso di fallimento, è dettata per il contratto di locazione finanziaria.

**Votazione  
dei credi-  
tori**

Per l'approvazione dei creditori, diversamente da quanto accade nel concordato fallimentare, non vige il principio silenzio-assenso (art. 178, 4° comma, l. fall.) ma è fissata un'apposita udienza, che può svolgersi in via telematica (artt. 174-175), presieduta dal giudice delegato, alla quale sono legittimati a partecipare, oltre al debitore (in persona) e ai creditori (anche tramite un mandatario speciale), il commissario giudiziale, che dovrà presentare la sua relazione sulla proposta. Potranno intervenire anche gli eventuali coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso.

Nell'adunanza i creditori potranno illustrare le ragioni pro e contro la proposta e così pure contestare il concorso di altri creditori, che peraltro il giudice delegato potrà ammettere provvisoriamente in tutto o in parte ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza quindi pregiudicare le pronunce definitive sul merito (art. 176).

Il concordato potrà dirsi approvato se saranno raggiunte le maggioranze secondo le modalità specificate dagli artt. 177 e 178, che ricalcano gli artt. 127 e 128 dettati per il concordato fallimentare. Un sistema più complesso è previsto in caso di voto su più proposte di concordato.

**Omologa-  
zione**

A questo punto si apre il giudizio di omologazione che deve intervenire di regola entro nove mesi dalla presentazione del ricorso (art. 181 l. fall.). In assenza di opposizioni, il tribunale è chiamato a una mera verifica formale di legittimità del procedimento.

Se il controllo ha esito positivo, il concordato diventa obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della proposta e, nel caso in cui riguardi una società, anche rispetto ai soci illimitatamente responsabili, che saranno perciò liberati, nei confronti dei creditori sociali, per la parte eccedente la percentuale concordataria. Restano invece impregiudicate le azioni contro eventuali coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso (art. 184).

In caso di verifica con esito negativo, viceversa, il tribunale non omologherà il concordato e, su istanza di un creditore o del pubblico ministero e previo accertamento dello stato di insolvenza, dichiarerà il fallimento.

**Esecuzio-  
ne. Annul-  
lamento e  
risoluzione**

Il concordato deve essere eseguito sotto il controllo del commissario giudiziale (art. 185 l. fall.).

Può essere risolto per inadempimento di non scarsa importanza (vale cioè la stessa regola prevista dall'art. 1455 c.c. per i contratti) e annullato per dolo (art. 186 l. fall.).

Il suo eventuale sbocco nel fallimento ha sempre sollevato interrogativi su come regolare la **consecuzione tra le due procedure**. Al fine di dissiparli ed eliminare eventuali remore all'accettazione della proposta dell'imprenditore la legge stabilisce che in caso di successivo fallimento, da un lato, saranno considerati **prededucibili**, e quindi non soggetti a falcidia, i crediti



«sorti in occasione o in funzione» del concordato (art. 111, 2° comma); dall'altro, saranno **irrevocabili** gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso e i pagamenti di servizi strumentali all'ammissione a tale procedura [art. 67, 3° comma, lett. e) e lett. g)]. Mentre per quelli non compresi da tale formulazione, e quindi revocabili alla stregua della norma fallimentare, i termini per il calcolo del periodo sospetto decorreranno non dalla successiva dichiarazione di fallimento ma dalla precedente pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese: cosiddetta retrodatazione prevista dall'art. 69 bis, 2° comma, l. fall.

## 1.1 Concordato in bianco e con continuità aziendale

La forma normale di concordato può presentare due varianti.

La prima e più diffusa è costituita dal cosiddetto **preconcordato o concordato in bianco**, detto anche **con riserva** di presentare in seguito la proposta, il piano e la documentazione o, in alternativa, un accordo di ristrutturazione dei debiti entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, per giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni (art. 161, 6° comma).

È un'opzione indubbiamente agevolatrice e semplificatrice, che però può prestarsi ad abusi e a un uso distorto al solo fine di far decorrere il termine annuale di fallibilità previsto dall'art. 10 l. fall. e di paralizzare i creditori, facendo scattare il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sui beni dell'imprenditore.

Il legislatore ha cercato di correre ai ripari prescrivendo che alla domanda di concordato l'imprenditore alleggi, oltre ai bilanci degli ultimi tre esercizi, «l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti» e attribuendo al tribunale la possibilità di nominare fin da subito il commissario giudiziale affinché controlli se l'impresa in crisi si stia effettivamente adoperando per predisporre una compiuta proposta di pagamento e, nel caso in cui accerti atti in frode ai creditori (art. 173), ne riferisca al tribunale che può dichiarare improcedibile la domanda e, se vi sia istanza di un creditore o del pubblico ministero e venga accertato lo stato di insolvenza, dichiarare il fallimento.

La seconda è rappresentata dal **concordato preventivo con continuità aziendale** (art. 186 bis).

In esso, il piano allegato alla domanda – questa la peculiarità – deve prevedere, oltre alle modalità e ai tempi di adempimento della proposta [art. 161, lett. e)], la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore oppure la cessione dell'azienda in esercizio o il suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione. La relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa, prevista dal piano di concordato, è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori [art. 186 bis, 2° comma, lett. b), l. fall.] e il tribunale deve revocare l'ammissione alla procedura concordataria qualora l'esercizio dell'attività d'impresa risulti manifestamente dannoso per i creditori (art. 186 bis, ultimo comma).

La continuità aziendale viene favorita consentendo all'impresa di partecipare alle gare pubbliche e, nel contempo, di sciogliersi dai contratti ritenuti incompatibili o anche solo inopportuni con l'obiettivo della prosecuzione dell'attività. Il piano può anche prevedere una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori privilegiati, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Inoltre, l'imprenditore può chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili e a pagare creditori anteriori per prestazioni di beni o servizi «essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori» (art. 182 quinquies, 5° comma, l. fall.). Il pagamento fuori concorso dei cd. fornitori strategici lede la *par condicio* ma serve a garantire la continuità aziendale.

Per superare la barriera rappresentata dalle norme sul capitale, l'**art. 182 sexies** l. fall. sospende gli obblighi di ricapitalizzazione dal deposito della domanda di concordato o preconcordato e fino all'omologazione. In questo modo, la regola "trasforma, ricapitalizza o liquida" si è arricchita della possibilità di presentare una domanda di concordato preventivo (o un accordo di ristrutturazione dei debiti).

## 1.2 Le proposte e le offerte concorrenti

Il d.l. 83/2015 ha introdotto altre due novità consentendo ai creditori di avanzare proposte di concordato preventivo concorrenti rispetto a quella presentata dal debitore (art. 163 l. fall.) e offerte concorrenti rispetto a quelle presentate da terzi (art. 163 bis l. fall.).

La *ratio* è, rispettivamente, di fare in modo che i creditori non si trovino più nella scomoda posizione di dover prendere o lasciare l'offerta del debitore e di porre fine alle proposte di concordato chiuse. Il minimo comun denominatore è incentivare la competizione, ma mentre le proposte consentono ai creditori di competere con il debitore (oltre che tra loro) con riguardo all'individuazione della via d'uscita dalla crisi d'impresa, le offerte concorrenti concernono solo la fase di liquidazione.

La peculiarità rispetto al concordato fallimentare è che nel concordato preventivo le proposte alternative intervengono in una situazione di crisi e di spossessamento attenuato.

**Proposte concorrenti** Il creditore ha la facoltà di presentare solo una «proposta» (e non una «domanda») concorrente. Ne consegue che tale legittimazione deve ritenersi derivata (cioè subordinata ad una preventiva ed esclusiva scelta del debitore di tentare la soluzione concordataria) ed accessoria (con la conseguenza che la rinuncia del debitore alla propria domanda o la revoca dell'ammissione al concordato *ex* art. 173 l. fall. comportano anche la caducazione della proposta concorrente).

Questo istituto muta il volto dello strumento concordatario che non è più un mero accordo tra (maggioranza dei) creditori e debitore, perché quest'ultimo né formula la proposta (che proviene dal creditore-proponente), né espri-

me l'accettazione (che spetta ai creditori), ma rimane relegato al momento della decisione di avvio della procedura.

**Presupposti**

La presentazione di proposte concorrenti è subordinata alla sussistenza di due presupposti: uno soggettivo e uno oggettivo.

In base al primo, sono legittimati solo «uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di concordato, rappresentino almeno il 10% dei crediti» esclusi quelli infragruppo (art. 163, 4° comma, l. fall.).

La facoltà dei creditori di presentare proposte concorrenti incontra però un limite insormontabile nella “solidità” di quella presentata dal debitore, corredata da una relazione asseverativa che attesti «il pagamento di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari», percentuale che scende al 30% nel caso di concordato con continuità aziendale (art. 163, 5° comma, l. fall.).

Il creditore ha ampia libertà (potrà formulare una proposta di concordato liquidatorio anche laddove il debitore abbia presentato una proposta di concordato con continuità, e viceversa), ma gode di alcuni vantaggi competitivi: ha diritto di votare sulla medesima purché collocato in un'autonoma classe; può risparmiare i costi dell'attestazione avanzando una proposta “parassitaria” e, qualora il debitore sia una società per azioni o a responsabilità limitata, prevedere un aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione (art. 163, 5° comma, secondo periodo, l. fall.). Emerge quindi la tendenza a fare delle procedure concorsuali lo strumento per attuare un sostanziale trasferimento del controllo sull'impresa dall'imprenditore ai creditori.

È previsto un sistema volto a privilegiare la proposta che abbia conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto, con preferenza, in caso di parità, per quella del debitore o, in caso di più proposte di creditori, per quella presentata per prima e con la possibilità, qualora nessuna abbia raggiunto la maggioranza assoluta in prima votazione, di una seconda votazione (art. 177 l. fall.). Il giudizio di omologazione non presenta invece peculiarità specifiche, tranne la necessità di riconoscere anche al debitore e al socio la legittimazione a proporre opposizione.

Quanto alla fase esecutiva, l'art. 185 l. fall. introduce un vero e proprio obbligo di *facere* a carico del debitore, il cui inadempimento può consentire al commissario giudiziale di agire quale commissario *ad acta* e (qualora l'impresa in concordato sia una società) sfociare nella nomina di un amministratore giudiziario (analogamente a quanto prevede l'art. 2409 c.c.).

**Offerte concorrenti**

Da non confondere con le proposte sono le offerte concorrenti (art. 163 bis) introdotte per porre fine al malcostume dei cd. piani concordatari preconfezionati, aventi lo scopo (anziché di massimizzare la *recovery* dei creditori) d'impedire l'alienazione a terzi degli *assets* di maggiore interesse attraverso offerte vincolanti di soggetti vicini (o direttamente riconducibili) allo stesso imprenditore insolvente. Nello specifico, qualora il piano concordatario «comprenda un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso

un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni», il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto aprendo un procedimento competitivo in grado di rendere inefficace anche un'offerta irrevocabile già accettata dall'oblatore (in deroga all'art. 1326 c.c.) e un contratto preliminare di compravendita stipulato prima dell'apertura del concorso dei creditori (con buona pace dell'art. 2932 c.c.). L'imprenditore dovrà poi modificare la proposta in relazione all'esito della gara, mentre il terzo offerente (o promittente acquirente) sconfitto sarà liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e avrà diritto solo al rimborso delle spese sostenute per la formulazione dell'offerta, entro il limite massimo del 3% del prezzo in essa indicato (una sorta di clausola penale *ex art. 2381 c.c.* che predetermina il danno da lui subito per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione di vendita assunta dall'imprenditore).

## 2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

L'accordo, previsto dall'art. 182 bis l. fall., è il frutto di **negoziazioni fra il debitore e i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti**, senza partecipazione del giudice.

La fase giudiziale, ossia la richiesta di omologazione, inizia solo dopo che si sia conclusa fruttuosamente quella privatistica.

A tal fine l'imprenditore in stato di crisi deve depositare presso la cancelleria del tribunale competente (art. 9 l. fall.) un ricorso contenente la stessa documentazione richiesta per il concordato preventivo e la relazione redatta da un professionista, da lui designato, «sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso, **con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei**» entro centoventi giorni decorrenti dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti, o dalla scadenza. Ne consegue che l'accordo omologato è in grado di produrre effetti anche per i creditori estranei.

L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese. Da tale momento decorre un doppio termine: di sessanta giorni durante i quali i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non potranno iniziare o proseguire azioni cautelari e esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione (correlativamente si sospende la prescrizione e non si verificano decadenze) e di trenta giorni per fare opposizione contro di esso innanzi al tribunale che, solo dopo averle decise, può procedere all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato, da pubblicare nel registro delle imprese.

Per scongiurare il pericolo che prima della formalizzazione dell'accordo si verifichino aggressioni patrimoniali da parte dei creditori dissenzienti o estranei alle negoziazioni che, pertanto, possono metterne a repentaglio il buon esito, il divieto di azioni esecutive o cautelari può essere chiesto dall'imprenditore anche durante la delicata fase delle trattative; e si noti che tale effetto

si conserva anche qualora il debitore cambi idea e presenti domanda di concordato preventivo (art. 182 bis, 6°, 7° e 8° comma, l. fall.).

La vigilanza sulla regolare esecuzione dell'accordo è rimessa agli stessi creditori: non solo quelli che vi hanno aderito, i quali, secondo le regole generali sui contratti, potranno chiederne la risoluzione per inadempimento di non scarsa importanza (artt. 1453 ss. c.c.) o l'annullamento per lesione della loro libertà negoziale (artt. 1442 ss. c.c.) ma anche quelli estranei, liberi di richiedere il fallimento appena constatino la loro mancata integrale soddisfazione.

Qualora l'imprenditore voglia chiudere anche le pendenze con il fisco potrà presentare proposta di **transazione fiscale** (art. 182 ter, 6° comma).

Entrambi gli istituti (artt. 182 bis e ter) sono stati estesi all'impresa agricola.

## 2.1 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria

L'art. 182 septies l. fall. prevede due nuovi istituti denominati, rispettivamente, «**accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari**» e «**convenzione di moratoria**», aventi quale prerequisite applicativo una «crisi d'impresa con prevalente indebitamento verso intermediari finanziari».

La proposta di accordo, ove raggiunga la maggioranza del 75% dei creditori aderenti facenti parte della medesima «categoria» (trasposizione del concetto di «classe» del concordato preventivo) cui appartengono gli altri creditori finanziari dissenzienti, diviene vincolante anche per il restante 25%, in modo da vincere le resistenze delle piccole banche ad una soluzione negoziale.

Anche la convenzione di moratoria, con la quale le banche accettano di non agire esecutivamente in attesa che si raggiunga un accordo, diviene vincolante alle medesime condizioni.

L'obiettivo è risolvere un problema concreto, ben noto agli operatori del settore: impedire comportamenti ostruzionistici provenienti in genere dalle banche più piccole, che spesso finiscono per mettere "i bastoni tra le ruote" e per compromettere il possibile risanamento o, nella migliore delle ipotesi, aprono le porte a scenari di *free-riding* (talune banche saldano integralmente le altre riottose), con conseguenti ripercussioni macroeconomiche negative, quanto a costo e rischio del credito.

Dalla circostanza che l'art. 182 septies fa salvi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari si evince che l'accordo di ristrutturazione con questi ultimi costituisce una *species* del *genus* disciplinato dall'art. 182 bis, l. fall., dal quale si distingue per il presupposto applicativo (prevalente indebitamento verso banche) e per la maggiore sfera operativa che dovrebbe conseguire alla **deroga agli artt. 1372** (il contratto ha forza di legge solo tra le parti) e **1411 c.c.** (la stipulazione a favore di terzi può avere effetto nei loro confronti solo quando accettino di profittarne) in modo da vincolare anche i creditori bancari non aderenti (una sorta di contratto a sfavore di terzi). A

questi ultimi non può però essere imposta l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti (ma non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati).

Il 4° comma dell'art. 182 septies l. fall. introduce, rispetto agli ordinari adempimenti pubblicitari, l'obbligo per il debitore di notificare il ricorso e la documentazione di cui al 1° comma dell'art. 182 bis l. fall. alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

Il tribunale – avvalendosi, ove occorra, di un ausiliario – procede all'omologazione previo accertamento che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: *a*) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; *b*) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; *c*) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (valutazione comparativa tutt'altro che agevole).

Nelle convenzioni di moratoria manca invece l'omologazione del tribunale, il cui intervento è successivo ed eventuale (ossia subordinato all'eventuale esperimento di opposizioni). Questa differenza – che ha portato la dottrina ad accostare le convenzioni di moratoria al piano di risanamento *ex art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall.* – ha indotto il legislatore a richiedere che un professionista indipendente attesti «l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria».

### 3. I piani di risanamento attestati

Mentre quelli di ristrutturazione dei debiti sono accordi bi- o plurilaterali e possono avere contenuto sostanzialmente liquidatorio, i piani di risanamento potrebbero, almeno in teoria, essere predisposti unilateralmente dall'imprenditore e, come dice la stessa parola, devono puntare a **recuperare l'equilibrio della situazione finanziari dell'impresa** e quindi a garantirne la permanenza sul mercato.

La legge dedica a questo strumento l'**art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall.** prevedendo che in caso di successivo fallimento saranno comunque esonerati da revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, la cui fattibilità sia attestata da un professionista in possesso di particolari requisiti di professionalità e indipendenza designato dal debitore.

L'intento del legislatore è quello di non precludere, allontanando lo spauracchio delle revocatorie fallimentari e assicurando all'imprenditore l'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 bis l. fall.), soluzioni della crisi alternative al fallimento.

#### 4. La liquidazione coatta amministrativa

È una procedura speciale e, come dice il nome, **a carattere amministrativo** prevista per determinate categorie di imprese in via esclusiva (esempio, società bancarie e assicurative) o in concorrenza con il fallimento (esempio cooperative per le quali l'art. 196 l. fall. prevede il cd. criterio della prevenzione).

##### Peculiarità

È disciplinata sia nel r.d. 267/1942 che in altre leggi speciali. Ricalca quella fallimentare ma se ne differenzia per l'**organo competente a disporla** (autorità amministrativa al posto del tribunale); per il suo **presupposto oggettivo** (non necessariamente consistente nello stato di insolvenza, ma riconducibile anche alla violazione di norme o atti amministrativi, a gravi irregolarità di gestione o a ragioni di pubblico interesse) e per la **finalità** perseguita (eliminazione dell'impresa dal mercato).

L'accertamento dello stato di insolvenza è e rimane, tuttavia, di competenza del tribunale: per le sole imprese private, esso può precedere o seguire il provvedimento di apertura della procedura (artt. 195 e 202 l. fall.) che costituisce, nel primo caso, atto dovuto. Viceversa, per gli enti pubblici economici l'insolvenza non può essere oggetto di accertamento anteriore (art. 195, 8° comma).

##### Apertura

La liquidazione coatta amministrativa si apre con decreto dell'autorità governativa pubblicato integralmente nella Gazzetta Ufficiale entro dieci giorni dalla sua emanazione e iscritto nel registro delle imprese (art. 197).

##### Organi

Organi della procedura sono l'**autorità amministrativa di vigilanza** (che sostituisce il tribunale e il giudice delegato), che a sua volta nomina un **commissario liquidatore** (tre, nel caso d'impresе di particolare importanza) le cui funzioni sono simili a quelle del curatore fallimentare (artt. 204-210) e che al pari di questi è pubblico ufficiale (art. 199); il **comitato di sorveglianza**, equipollente al comitato dei creditori, composto da tre o cinque membri scelti fra persone esperte nel ramo d'attività esercitato dall'impresa, possibilmente fra i creditori.

##### Effetti

Alla liquidazione coatta amministrativa si applicano le norme sugli effetti del fallimento per il debitore (artt. 42, 44, 45, 46 e 47); per i creditori (artt. 51-63) e sui contratti pendenti (artt. 72-83 bis) e l'art. 66 l. fall sulla revocatoria ordinaria. L'applicabilità delle altre norme sulla revocatoria fallimentare (artt. 64-70) è invece subordinata all'accertamento dello stato di insolvenza (art. 203).

Il commissario liquidatore subentra nelle cause pendenti anche senza una specifica autorizzazione (art. 200, 2° comma che supplisce al mancato richiamo dell'art. 43 l. fall.).

La liquidazione coatta amministrativa delle società comporta la cessazione (*rectius* sospensione) delle funzioni degli organi sociali (art. 200).

**Procedura** La procedura ricalca quella fallimentare e si snoda attraverso l'**accertamento del passivo**, la **liquidazione** e **ripartizione dell'attivo**.

Il commissario, al pari del curatore, prende in consegna i beni compresi nella liquidazione e tutti i documenti e le scritture contabili dell'impresa, con l'assistenza, ove occorra, di un notaio; procede alla formazione dell'inventario, nominando, se necessario, uno o più stimatori (art. 204). La conoscenza della situazione contabile dell'impresa è agevolata dalla circostanza (art. 205) che l'imprenditore o gli amministratori della società devono rendere il conto della gestione riferito al tempo posteriore all'ultimo bilancio al commissario, che, a sua volta, con cadenza semestrale, è tenuto a presentare all'autorità di vigilanza una relazione sulla situazione patrimoniale dell'impresa e sull'andamento della gestione accompagnata da un rapporto del comitato di sorveglianza.

Entro un mese dalla nomina, il commissario deve comunicare ai creditori le somme risultanti a credito di ciascuno e informare quanti possano far valere domande di rivendicazione, restituzione e separazione su cose mobili, che avranno perciò facoltà di proporre osservazioni o istanze. I creditori/titolari di diritti che siano stati pretermessi hanno invece l'onere di chiedere, entro sessanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del provvedimento di liquidazione, il riconoscimento dei propri crediti e la restituzione dei loro beni (art. 208).

A conclusione, il commissario forma d'ufficio lo stato passivo depositandolo in cancelleria, che diventa così esecutivo.

La fase eventuale delle impugnazioni è disciplinata dalle corrispondenti norme sul fallimento (v. il rinvio contenuto nell'art. 209 l. fall.).

Va rilevato che la fase liquidatoria è caratterizzata da una maggiore autonomia operativa del commissario; ma alla distribuzione dell'attivo si deve provvedere, come nel fallimento, attraverso riparti, ed eventualmente anche acconti, parziali (art. 212). Prima dell'ultimo riparto, il commissario sottopone all'autorità amministrativa di vigilanza il bilancio finale di liquidazione, il conto della gestione e il piano di riparto; questi documenti, in mancanza di contestazioni, s'intendono approvati (art. 213). Come nella fase di accertamento del passivo, l'intervento del giudice è solo eventuale e successivo.

**Chiusura** La procedura si chiude per esaurimento dell'attivo (art. 213) o per **concordato** (art. 214). Questo, però, a differenza di quello fallimentare, **non richiede l'approvazione dei creditori**, bensì del solo tribunale dato il prevalente interesse pubblico che impregna e caratterizza la procedura. I creditori potranno esclusivamente chiederne, ricorrendone le condizioni, la risoluzione o l'annullamento, con conseguente, se accolta la domanda, riapertura della liquidazione coatta amministrativa (art. 215).

## 5. L'amministrazione straordinaria delle grandi e grandissime imprese in crisi

L'amministrazione straordinaria comune (quella speciale prevista per le grandissime imprese ne costituisce una semplice variante) è nata per realizzare



finalità non raggiungibili con le procedure tradizionali ossia per conciliare il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente con il salvataggio del complesso produttivo e dei livelli occupazionali.

**Finalità e struttura**

È una **procedura mista**, nel contempo giudiziaria ed amministrativa, articolata in **due fasi**.

Nella prima, detta di «osservazione», la grande impresa, dichiarata insolvente dall'autorità giudiziaria (che, diversamente da quanto avviene nel fallimento, può provvedervi anche d'ufficio: v. art. 3 d.lgs. 270/1999), sarà sottoposta ad un esame volto ad accertare la sussistenza di «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali» (art. 27 d.lgs. 270/1999), da realizzarsi attraverso un programma, di cessione o di ristrutturazione, che il commissario giudiziale potrà già abbozzare e che sarà poi predisposto, nella fase successiva, dal commissario straordinario (che prenderà il posto del commissario giudiziale una volta aperta la seconda fase).

Soltanto se la prospettiva di una ripresa sia realistica, l'impresa potrà essere ammessa all'amministrazione straordinaria vera e propria; altrimenti, sarà sottoposta a fallimento (art. 30 d.lgs. 270/1999). Competente a disporre l'apertura e la cessazione della seconda fase è ancora l'autorità giudiziaria.

L'apertura immediata della procedura è possibile solo nell'amministrazione straordinaria speciale: in tal caso, contestualmente alla richiesta al Ministro, il debitore deve anche presentare ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa (art. 2, 1° comma, d.l. 347/2003).

**Svolgimento e organi**

Lo svolgimento della procedura è tendenzialmente regolato sulla falsariga della liquidazione coatta amministrativa: al posto del commissario liquidatore c'è il commissario straordinario nominato, entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto di apertura, dal Ministro dello Sviluppo Economico (art. 38 d.lgs. 270/1999) chiamato a vigilare sullo svolgimento dell'intera procedura fatta solo eccezione per le competenze esclusive degli organi giudiziari, tribunale e giudice delegato, già operanti nella fase di osservazione.

Le modalità di soddisfacimento delle pretese dei creditori concorsuali variano in base al tipo di programma: se di risanamento, salvo il pagamento di acconti, avviene con il ritorno *in bonis* dell'imprenditore; se di cessione, l'attivo viene ripartito secondo regole analoghe al fallimento (artt. 67 e 68 d.lgs. 270/1999).

**Effetti**

Gli effetti del decreto di apertura dell'amministrazione straordinaria intensificano quelli già verificatisi nella prima fase di osservazione.

Lo **spossessamento** del debitore, cioè l'affidamento della gestione dell'impresa al commissario, da un'eventualità (il tribunale, con la sentenza dichiarativa di insolvenza, può infatti decidere di lasciare la gestione dell'impresa all'imprenditore, con effetti simili a quelli provocati dall'ammissione al concordato preventivo) diventa una certezza.

Ai creditori continueranno ad applicarsi le norme sulla loro regolazione concorsuale e il **divieto di azioni esecutive individuali** (art. 48 d.lgs. 270/1999); come nella prima fase, i crediti sorti per la prosecuzione dell'atti-

vità di impresa dovranno essere pagati in prededuzione anche nel caso di un eventuale sbocco fallimentare (art. 20 d.lgs. 270/1999).

Per i **contratti pendenti** la regola principale è quella della loro automatica prosecuzione e non della sospensione, come nel fallimento.

Le **revocatorie** nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori saranno esperibili dal commissario straordinario soltanto se sia stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali (artt. 49 e 91 d.lgs. 270/1999), mentre nella amministrazione straordinaria speciale «anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purché si traducano in un vantaggio per i creditori» (art. 6, 1° comma, d.l. 347/2003).

Cessa-  
zione

L'amministrazione straordinaria potrà essere convertita in fallimento quando, già nel corso della procedura, il tribunale prenda atto che questa non potrà essere utilmente proseguita o perché il programma autorizzato non risulti più realizzabile o non lo sia stato entro il termine previsto (artt. 69 ss. d.lgs. 270/1999).

A parte questo "incidente di percorso", la procedura si chiude (art. 74 d.lgs. 270/1999): *a)* quando non siano state proposte domande di ammissione al passivo (ipotesi alquanto teorica); *b)* se prima del termine di scadenza del programma l'imprenditore insolvente abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; *c)* per concordato, tendenzialmente regolato dall'art. 214 l. fall. dettato per la liquidazione coatta amministrativa. L'unica differenza è che la proposta può provenire solo dall'imprenditore o da un terzo, non dai creditori, e dopo che sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo (art. 78 d.lgs. 270/1999).

In caso di programma di cessione dei complessi aziendali, la procedura si chiude altresì quando i crediti ammessi allo stato passivo siano stati pagati per intero (o in altro modo estinti) o sia stato integralmente ripartito l'attivo senza la completa soddisfazione dei creditori (in quest'ultimo caso c'è la possibilità, come nel fallimento, di riaprire la procedura).

Gruppo  
insolvente

Il d.lgs. 270/1999 attribuisce rilievo al fenomeno del gruppo di imprese. L'art. 80, definita come **procedura madre** quella cui è sottoposta l'impresa in possesso dei requisiti previsti dagli artt. 2 e 27, individua il gruppo considerando le imprese che controllano direttamente o indirettamente la suddetta società, quelle che sono da questa controllate e quelle soggette ad una direzione comune. In seguito all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria per una delle imprese, e fino a quando la stessa sia in corso, le altre imprese del gruppo in stato di insolvenza potranno essere assoggettate all'amministrazione straordinaria **indipendentemente** dal possesso dei **requisiti dimensionali specifici** previsti nell'art. 2 e purché siano al di sopra delle soglie di fallibilità (art. 81). È però necessario che esse presentino **concrete prospettive di recupero** dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali ovvero che **risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza** nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura.

Alla procedura “in estensione” saranno preposti gli stessi organi della procedura madre, che dovranno predisporre ed approvare un programma specifico o semplicemente integrativo a seconda che l’estensione sia stata disposta in considerazione di concrete prospettive di recupero o sulla base della semplice opportunità della gestione unitaria dell’insolvenza.

Le imprese del gruppo non perdono la propria autonomia patrimoniale e lo stato di insolvenza va accertato distintamente. Tuttavia, la legge predispone particolari strumenti volti a sanzionare forme di responsabilità per danni derivanti dalla politica unitaria del gruppo. In particolare: «il commissario giudiziale, il commissario straordinario e il curatore dell’impresa dichiarata insolvente possono proporre la **denuncia prevista dall’art. 2409 c.c. contro gli amministratori e i sindaci delle società del gruppo**» (art. 89); «nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione **rispondono in solido** con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite» (art. 90); infine, per colpire eventuali operazioni di svuotamento compiute in danno di società del gruppo, sono allungati i termini per l’esercizio delle azioni revocatorie fallimentari (cd. **revocatoria aggravata** prevista dall’art. 91).

## 6. Gli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento

**Ratio** Come si è anticipato, storicamente il diritto fallimentare è nato come disciplina volta alla regolazione dell’insolvenza del debitore che rivesta la qualità di imprenditore commerciale non piccolo. In tempi più moderni, sull’esempio di legislazioni straniere, in Italia si è avvertita la necessità di regolare anche la cd. insolvenza civile attraverso mezzi alternativi all’esecuzione forzata individuale (sui cui limiti, tempi lunghi e risultati deludenti v. *supra* il Capitolo I di questa Parte III)

La *ratio*, esplicitata dall’art. 6, 1° comma, l. 3/2012, è di consentire pure alle famiglie e ai non imprenditori di mettere una pietra sul passato e concedere loro una seconda *chance*, attraverso una forma di esdebitazione (art. 14 terdecies) assimilabile a quella prevista dagli artt. 142-144 l. fall.

**Presupposti** L’ambito applicativo di queste procedure si ricava per esclusione, nel senso che riguarda le situazioni «non soggette né assoggettabili alle procedure concorsuali» tradizionali, ossia disciplinate dal r.d. 267/1942. Possono avvalersene, oltre al **consumatore** [definito dall’art. 6, 2° comma, lett. b), l. 3/2012 come il «debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»] e agli esercenti attività economiche non imprenditoriali, gli **imprenditori agricoli**, quelli **commerciali al di sotto delle soglie di fallibilità** e le **start up innovative**.

Il presupposto oggettivo, come si è già ricordato nel Capitolo I, § 3 di questa Parte III, è lo **stato di sovraindebitamento**, definito dall'art. 6, 2° comma, lett. a), l. 3/2012 in modo da ricomprendere sia l'insolvenza vera e propria – «definitiva incapacità di adempiere regolarmente» – che una mera crisi finanziaria – «rilevante difficoltà di adempiere».

**Forme di  
composi-  
zione della  
crisi**

La l. 3 del 2012 disciplina l'accordo di composizione della crisi (artt. 10-12), il piano del consumatore (artt. 12 bis e 12 ter) e la liquidazione del patrimonio (artt. 14 ter-14 duodecis).

Sul piano strutturale, netta è la distinzione tra l'accordo di composizione della crisi – di cui il piano rappresenta una variante riservata al consumatore “meritevole” – e la liquidazione del patrimonio. Mentre la prima procedura si presenta come un accordo che il debitore propone ai propri creditori, assimilabile agli accordi di ristrutturazione dei debiti, la seconda è paragonabile al fallimento, in quanto è rivolta alla liquidazione di tutti i beni del debitore e alla soddisfazione dei suoi creditori con il relativo ricavato. All'esito della stessa il debitore-persona fisica può, ricorrendo determinati presupposti ed il requisito della meritevolezza, ottenere l'esdebitazione (art. 14 terdecies).

È disciplinata la figura dell'organismo di composizione della crisi (art. 15) con funzioni assimilabili a quelle del curatore ovvero del commissario, giudiziale o liquidatore, nelle procedure concorsuali tradizionali.

## Capitolo IV

# La riforma in cantiere

**SOMMARIO:** 1. Verso un nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza – 2. La perdurante assenza della definizione di «procedura concorsuale» – 3. Il nuovo volto del fallimento – 4. Il riordino del concordato preventivo – 5. Il *favor* per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani attestati di risanamento – 6. L'introduzione degli istituti di allerta e di composizione assistita della crisi – 7. Una disciplina *ad hoc* per i gruppi di imprese – 8. Il ridimensionamento della liquidazione coatta amministrativa – 9. Il sovraindebitamento – 10. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi

### 1. Verso un nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza

La materia della crisi d'impresa, oggetto, a far data dal 2005, di una continua stratificazione normativa, è tuttora in fermento. Infatti, con la **legge n. 155 del 19 ottobre 2017** (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 254 del 30 ottobre ed entrata in vigore il 14 novembre 2017), il Governo è stato delegato dal Parlamento ad emanare, entro un anno, uno o più decreti legislativi «*per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*».

In attuazione della suddetta delega (in totale 16 articoli, divisi in 3 Capi) sono stati elaborati e resi noti (mediante pubblicazione sul sito *www.osservatorio-oci.org*) due dei tre schemi di d.lgs. scaturiti dai lavori della cd. Commissione Rordorf (dal nome del suo presidente): il primo destinato a dar vita ad un nuovo **Codice della crisi e dell'insolvenza**, che consta di ben 362 articoli, volti a sostituire la frammentaria disciplina contenuta nel r.d. 267/1942 e nella l. 3/2012; il secondo contenente alcune modifiche al codice civile.

**Scenari ipotizzabili**

La delega non è quindi un “guscio vuoto”, in quanto si conosce già il testo dei decreti governativi di attuazione. Sebbene il futuro sia alquanto incerto, è importante tracciare le linee evolutive degli istituti esaminati nelle pagine precedenti, seguendo lo stesso ordine espositivo. Del resto, anche nell'ipotesi in cui i decreti attuativi non venissero promulgati entro la scadenza, né venisse prorogato il termine per l'esercizio della delega, la riforma *in itinere* lascerà comunque un segno, in quanto la giurisprudenza ha spesso richiamato i criteri direttivi ivi contenuti come strumenti di interpretazione “autentica” della disciplina tuttora vigente. L'art. 2, 1° comma, lett. m), della l. 155/2017, che chiama il Governo a «*reformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla (...) legge [delega]*» ha già trovato ampi spazi di applicazione prima ed indipendentemente dall'opera del legislatore delegato.

**Note di lettura**

Il Capitolo è suddiviso in brevi paragrafi e per agevolare il raffronto tra diritto vigente e *lex ferenda*, gli articoli della bozza di Codice della crisi e dell'insolvenza (d'ora in poi, per brevità, semplicemente **c.c.i.**) saranno spes-

so accostati all'indicazione della corrispondente norma contenuta nel r.d. 267/1942, meglio noto come legge fallimentare (per brevità **l. fall.**).

## 2. La perdurante assenza della definizione di «procedura concorsuale»

Prima di entrare *in medias res*, riprendendo le considerazioni esposte nel Capitolo I, giova premettere che la bozza di c.c.i., pur esordendo, all'art. 2, con ben 25 definizioni, non precisa i tratti distintivi delle procedure concorsuali. Ne enuncia però l'**obiettivo**: «**pervenire al miglior soddisfacimento dei creditori** salvaguardando i diritti del debitore, nonché, ove questi eserciti un'attività d'impresa, **favorire il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale**, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima, in vista di soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, ovvero, in difetto, il proficuo avvio di una procedura liquidatoria».

L'esplicitazione contenuta nell'art. 3 della bozza di c.c.i. è importante, ma occorre tener presente che la **salvaguardia del going concern**, ossia della continuità aziendale – utilizzando una definizione invalsa nell'esegesi della nozione di contratto di società offerta dall'art. 2247 c.c. – **non è uno scopo-fine, ma uno scopo-mezzo** in quanto è pur sempre strumentale a garantire la migliore soddisfazione dei creditori.

Il legislatore, facendo tesoro dell'insegnamento del compianto prof. Sandulli per cui «il tempo è denaro anche nelle procedure concorsuali», da un lato, incentiva, tramite misure premiali, l'imprenditore ad assumere tempestivamente le iniziative dirette a prevenire l'aggravarsi della crisi (art. 27 c.c.i.); dall'altro, detta norme volte a garantire l'economicità delle procedure contenendo le ipotesi di prededuzione, cioè di pagamento in “moneta buona” dei compensi dei professionisti (v. gli artt. 8 e 9 c.c.i.).

L'**obiettivo gius-politico** è creare un **quadro giuridico idoneo al risanamento dell'impresa**.

Supera-  
mento  
dell'attuale  
frammen-  
tazione  
normativa

Da questo punto di vista, l'Italia si muove in perfetta sintonia rispetto alle sollecitazioni provenienti a livello europeo: il debitore, come si legge nella Raccomandazione della Commissione UE del 12 marzo 2014, n. 135 (ma anche nel Considerando n. 17 della proposta di Direttiva pubblicata il 22 novembre 2016 e nel Considerando n. 10 del Regolamento UE 2015/845), deve «poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza».

Supera-  
mento  
dell'identi-  
ficazione  
tra crisi e  
insolvenza

La sensibilità del legislatore, non solo nazionale, al tema della prevenzione (cd. **early warning**) spiega la ragione per la quale è stata introdotta una **definizione dello stato di crisi** come «**probabilità di futura insolvenza**» [art. 2, n. 1, c.c.i., inserito in attuazione dell'art. 2, 1° comma, lett. c), l. delega]. Resterà invece immutata la nozione di insolvenza (attualmente contenuta nell'art. 5 l. fall. e ripetuta nell'art. 2, n. 2, c.c.i.).

Unifica-  
zione del  
modello  
proces-  
suale

Giova ancora premettere che per l'accertamento dello stato di crisi o d'insolvenza viene delineato un **modello processuale unitario, destinato a chiunque rivesta la posizione di debitore** (sia esso una persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente qualsivoglia attività), **con esclusione dei soli enti pubblici**.

Viene così superata l'attuale dicotomia, tracciata nel Capitolo introduttivo, tra debitori assoggettabili alle procedure concorsuali e soggetti esclusi dall'ambito delle stesse (piccoli imprenditori, imprenditori agricoli, professionisti) attraverso la previsione di un procedimento modellato sulla falsariga delle regole dettate per l'istruttoria prefallimentare dal vigente art. 15 l. fall., destinato a costituire una sorta di "**contenitore processuale**" di tutte le iniziative giudiziarie fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza.

Nel predisporre tale modello il Governo ha recepito, ai fini dell'individuazione della competenza territoriale, la nozione, di matrice comunitaria, di «**centro degli interessi principali del debitore**» («*Centre of main interests*»: cd. COMI) inteso come luogo in cui il debitore esercita la gestione dei propri interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi e che – ove si tratti di persona giuridica o società – viene fatto coincidere, fino a prova contraria, con il luogo della sede statutaria (art. 3, § 1, del Regolamento UE n. 848/2015).

Ma attenzione: se sul piano diagnostico sono previste regole comuni per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, si è opportunamente evitato, sul piano terapeutico, di trattare in modo eguale situazioni fra loro diverse. In questa prospettiva, il legislatore delegato ha disciplinato distintamente i possibili esiti dell'unico procedimento, assimilando la sorte degli imprenditori che dimostrino di non raggiungere le soglie di fallibilità (attualmente previste dall'art. 1, 2° comma, l. fall.) al trattamento riservato ai debitori civili, professionisti e consumatori.

### 3. Il nuovo volto del fallimento

La «**liquidazione giudiziale**» – espressione asettica destinata a sostituire il termine «fallimento» per evitare l'aura di negatività e discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna – diventa l'*extrema ratio*, anche se la delega contempla il «**potenziamento**» della relativa procedura, che il legislatore vorrebbe rendere più snella e veloce.

Al di là dell'addolcimento linguistico, l'attuale fallimento (descritto nel Capitolo II) non pare uscirne stravolto, in quanto i criteri direttivi riguardano solo alcune fasi e hanno un diverso livello di analiticità, proporzionata ai problemi emersi nella pratica. Per la precisione, l'art. 7 della l. n. 155/2017 si occupa soltanto delle fasi dell'accertamento del passivo (v. 8° comma), della liquidazione dell'attivo (v. 9° comma) e della chiusura (v. 10° comma), ma dalla lettura dei principi generali della delega e dalle bozze di c.c.i. si evincono novità anche in tema di accesso alla procedura.

- Apertura** Oltre all'**eliminazione della residua ipotesi di dichiarazione di fallimento d'ufficio** (ancora contemplata per l'amministrazione straordinaria dal combinato disposto degli artt. 3, 1° comma, e 30 del d.lgs. 270/1999), la legittimazione a chiedere l'apertura della nuova procedura sarà attribuita anche ai «**soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa**» (che dovrebbero essere i primi a rendersi conto della crisi e sui quali graveranno, come si dirà, i doveri di segnalazione), mentre l'iniziativa del **pubblico ministero** (oggi confinata ai due casi previsti dall'art. 7 l. fall.), sarà ampliata ad ogni ipotesi in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza (v. l'art. 42 c.c.i.).
- Presupposti** Mentre resterà **immutato il presupposto oggettivo** rappresentato dallo stato di insolvenza (definito dall'art. 5 l. fall.), si assisterà ad un **ampliamento di quello soggettivo** potendo essere assoggettati alla liquidazione giudiziale sia gli imprenditori agricoli (la cui esenzione dal fallimento, a fronte della modifica dell'art. 2135 c.c., pare ormai anacronistica), sia le società cooperative, per le quali oggi vige il concorso tra fallimento e liquidazione coatta amministrativa (procedura che sarà riservata a casi speciali: v. *infra* § 8).
- Continueranno invece a rilevare le **dimensioni**, in quanto, come si è anticipato, si prevede di assimilare il trattamento dell'imprenditore che dimostri di essere sotto le soglie di cui all'art. 1 l. fall. (analizzate nella Parte I, Capitolo I, § 10) a quello riservato ai debitori civili, professionisti e consumatori, per i quali resteranno in vigore le procedure di sovraindebitamento previste dalla legge n. 3/2012 (di cui si è fatto cenno nella Parte III, Capitolo III, § 6), seppure «riordinate» e «semplificate» in ossequio all'art. 9 della legge delega (v. *infra* § 9).
- Competenza** La competenza si determinerà sulla base, non più del mero criterio territoriale (art. 9 l. fall.), ma anche del tipo di debitore e dei suoi parametri dimensionali: per le fattispecie d'insolvenza minori resteranno in vigore gli attuali criteri, mentre per le procedure concorsuali maggiori in quanto coinvolgenti i gruppi d'impresе di rilevanti dimensioni l'art. 31 c.c.i., in attuazione dell'art. 2, lett. n), l. delega, valorizza i tribunali sede di sezione specializzata in materia di impresе.
- Istruttoria** Come anticipato, il nuovo modello processuale ricalcherà l'attuale istruttoria prefallimentare, ma avrà «caratteristiche di particolare **celerità, anche in fase di reclamo**». Infatti, la corte d'appello, in caso di accoglimento del gravame contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, potrà direttamente aprire la liquidazione giudiziale con sentenza e poi rimettere gli atti al tribunale (v. raffronto tra il futuribile art. 54, 5° comma, c.c.i. e l'attuale art. 22, 4° comma, l. fall.).
- L'efficacia della procedura sarà assicurata mediante una specificazione della disciplina (attualmente contenuta nell'art. 15, 8° comma, l. fall.) in tema di misure cautelari «a tutela del patrimonio o dell'impresa».
- Organi** Il **dominus della procedura** resterà il **curatore** (al quale non si affiancherà più la qualifica «fallimentare»), la cui funzione dovrebbe essere resa più efficace attraverso il rafforzamento delle incompatibilità (già ampliate dal



d.lgs. 54 del 2018 pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 121 del 26 maggio 2018) e consentendogli l'accesso alle banche dati delle Pubbliche Amministrazioni per assicurare l'effettività dell'apprensione dell'attivo.

Sarà sempre lui a redigere il programma di liquidazione, che, oltre al contenuto attualmente elencato dall'art. 104 ter l. fall., potrà anche consentirgli di esercitare, per determinati atti od operazioni, i poteri dell'assemblea dei soci (art. 269 c.c.i. che si riallaccia al superamento della cd. neutralità organizzativa delle procedure concorsuali rispetto alle regole di diritto societario).

In futuro, al curatore sarà **affidata anche la fase di riparto del ricavo** tra i creditori (fatta salva la possibilità degli interessati di proporre opposizione davanti al giudice) e dovrebbe essere meglio delimitata la sua legittimazione processuale attiva, chiarendo (rispetto agli attuali precetti degli artt. 146, 2° comma, l. fall. e 2394 bis c.c.) il novero delle **azioni**, tradizionalmente definite «**di massa**» (v. *retro* Parte III, Capitolo II, § 8) in quanto finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica (art. 2740 c.c.) ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo.

Inoltre, se la riforma andrà in porto, sarà finalmente risolta la *vexata quaestio* sul metodo di quantificazione del danno nel caso di azione di responsabilità promossa contro gli amministratori. Infatti, la bozza di d.lgs. recante modifiche al codice civile, in attuazione dell'art. 14, lett. e), della l. n. 155/2017, ha aggiunto all'art. 2486 c.c. un apposito comma che, in caso di scritture contabili mancanti o comunque inattendibili, codifica il criterio della **differenza tra netti patrimoniali di periodo**, ossia «la differenza tra il netto patrimoniale al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento della società e il netto patrimoniale al momento in cui è cessata la prosecuzione indebita dell'attività oppure è aperta la procedura di liquidazione della società, con salvezza della prova contraria e, in ogni caso, del potere di liquidazione equitativa del danno da parte del giudice» (art. 1226 c.c.).

In relazione agli altri organi, si sottolinea l'importanza della **specializzazione dei giudici addetti alla trattazione della materia concorsuale**, mentre non viene prevista la soppressione (auspicata già all'indomani della riforma del 1942), del comitato dei creditori, bensì solo la possibilità, nelle procedure meno complesse, di sostituirlo con la **consultazione telematica dei creditori**, anche nelle forme del silenzio-assenso, equazione oggi esclusa dall'obbligo di motivazione imposto dall'art. 41 l. fall.

**Effetti dell'apertura** Quanto agli **effetti** dell'apertura della procedura, ripercorrendo brevemente la quadripartizione prevista dalla vigente l. fall. (e riproposta nel § 5 del Capitolo II) si nota che:

— l'imprenditore continuerà a subire lo **spossamento**, cioè ad essere privato dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni fino alla chiusura della procedura e quindi anche in futuro sarà verosimilmente poco incentivato a "rimettersi in gioco" essendo compresi nella massa attiva anche i beni sopravvenuti (art. 42, 2° comma, l. fall., ripreso dall'art. 147 c.c.i.). Resteranno immutati anche gli effetti **processuali**, consistenti nella perdita

della legittimazione a stare in giudizio nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale (l'art. 43 l. fall. è ripreso dall'art. 148 c.c.i.) e quelli **personali**, ossia gli obblighi dell'imprenditore o degli amministratori/liquidatori di società di consegnare al curatore la corrispondenza e di comunicargli ogni cambiamento di residenza o domicilio (ai vigenti artt. 48 e 49 l. fall. corrispondono gli artt. 153 e 154 c.c.i.).

— Viceversa, il principale effetto per i creditori, ossia il **divieto d'iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali** (l'art. 51 l. fall. è ripreso dall'art. 155 c.c.i.) sarà potenziato mediante l'eliminazione delle residue ipotesi di esecuzioni speciali e di privilegi processuali (tipicamente quello fondiario previsto dall'art. 41 t.u.b. che consente agli istituti di credito di promuovere o proseguire la procedura esecutiva individuale sui beni ipotecati a garanzia del finanziamento anche dopo l'apertura della procedura concorsuale).

— La volontà di rafforzare la protezione del patrimonio dell'imprenditore emerge anche dall'analisi degli effetti **sugli atti pregiudizievoli ai creditori** e in particolare dall'anticipazione del *dies a quo* per il calcolo del periodo sospetto nelle azioni di inefficacia (artt. 64 e 65 l. fall. ripresi dagli artt. 168 e 169 c.c.i.) e nelle revocatorie fallimentari (artt. 67 e 69 l. fall. cui corrispondono gli artt. 171 e 174 c.c.i.) al momento della proposizione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale. In questo modo saranno neutralizzati i tempi dell'istruttoria prefallimentare che oggi rischia di assorbire il termine semestrale previsto per la revocatoria degli atti cd. normali, comportando il pressoché totale azzeramento di questo strumento di reintegrazione della garanzia patrimoniale.

— Quanto agli effetti **sui rapporti giuridici pendenti**, sarà ribadita la regola generale (oggi contenuta nell'art. 72 l. fall.) della sospensione del contratto in attesa della scelta del curatore se subentrarvi o sciogliersi dal medesimo (art. 177 c.c.i.), ma la relativa disciplina sarà integrata: *a*) limitando la prededuzione, in caso di prosecuzione o di subentro del curatore, ai soli crediti maturati nel corso della procedura (in base al vigente art. 74 l. fall. «se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati»); *b*) prevedendo lo scioglimento dei contratti aventi carattere personale (cd. *intuitus personae*), salvo il consenso della controparte a proseguirli (ossia generalizzando la regola oggi prevista in tema di appalto dal capoverso dell'art. 81 l. fall.); *c*) dettando un'autonoma regolamentazione del contratto preliminare, anche in relazione alla disciplina degli immobili da costruire; *d*) coordinando la disciplina degli effetti sui rapporti di lavoro subordinato con la complessa legislazione gius-lavoristica.

#### Fasi della procedura

La nuova procedura di liquidazione giudiziale rispetterà la classica scansione (v. § 6 del Capitolo II) delle fasi di accertamento dello stato passivo e di liquidazione e ripartizione dell'attivo. Occorre tuttavia segnalare alcune importanti novità.

**Accertamento del passivo** La prima fase – che continuerà a poter essere omessa in caso di «previsione di insufficiente realizzo» (l'art. 102 l. fall. è ripetuto dall'art. 214 c.c.i.) – sarà improntata a «**criteri di maggiore rapidità, snellezza e concentrazione**» (così l'art. 7, 8° comma, della delega).

Pur restando la fondamentale distinzione tra domande di ammissione allo stato passivo **tempestive** e **tardive**, queste ultime potranno essere presentate fino a sei mesi (anziché gli attuali dodici, prorogabili fino a diciotto) dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, mentre quelle cd. **supertardive**, ammissibili fino ad esaurimento delle ripartizioni dell'attivo, dovranno essere trasmesse al curatore non oltre trenta giorni dal momento in cui l'istante dimostrerà di avere avuto contezza della procedura (lo si evince dal raffronto tra l'art. 213 c.c.i. e l'attuale art. 101 l. fall.).

**Liquidazione dell'attivo** Per perseguire «l'obiettivo della **massima trasparenza ed efficienza** delle operazioni» di liquidazione dell'attivo, in attuazione dell'art. 7, 9° comma, della delega, l'art. 221 c.c.i. (corrispondente all'art. 107 l. fall.) crea un **mercato unitario telematico delle vendite** di cui sono tratteggiate le caratteristiche essenziali.

**Chiusura** I casi di chiusura, attualmente contemplati dall'art. 118 l. fall., sono riproposti tali e quali nell'art. 238 c.c.i.: se la mancanza di domande di ammissione al passivo ed il pagamento integrale dei crediti ammessi sono, e resteranno, casi più unici che rari, maggiore importanza acquisirà la presentazione di un concordato fallimentare che, *mutatis mutandis*, si chiamerà **concordato liquidatorio giudiziale**, sbocco che l'art. 7, 10° comma, lett. d), della l. 155/2017, intende incentivare, anche da parte del debitore, purché «apporti risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo». Per lui, come per le società cui egli partecipi o sottoposte a comune controllo, resterà però la ristretta finestra temporale oggi contemplata dall'art. 124 l. fall. e ribadita dall'art. 245 c.c.i. ai sensi del quale occorre che la relativa proposta sia presentata solo «dopo il decorso di un anno dalla sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale» (termine dilatorio che serve ad incentivare la presentazione di proposte di concordato preventivo) e «purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo».

Al fine di accelerare i tempi per non incorrere in condanne inflitte ai sensi della legge n. 89 del 2001 (cd. Pinto dal nome del suo estensore) per l'eccessiva durata dei processi, l'art. 239 c.c.i. integra la disciplina (attualmente dettata dai commi aggiunti all'art. 118 l. fall.) della (**cd. falsa**) **chiusura** della procedura, specificando che essa concerne «tutti i processi nei quali è parte il curatore» (comprese le azioni di massa) e dai quali spera di ottenere un incremento dell'attivo, nonché le azioni cautelari ed esecutive finalizzate all'attuazione delle decisioni favorevoli. Si vuole cioè chiarire che il curatore non deve accontentarsi della vincita della causa proseguita nonostante la chiusura della procedura, ma, qualora la parte soccombente si rifiutasse di eseguire spontaneamente la condanna, potrà curare anche la fase esecutiva.

**Esdebitazione** Sarà facilitata una ripartenza senza il peso dei debiti pregressi, non estinti nel corso della procedura, in quanto il legislatore prevede un ampliamento dell'esdebitazione (analizzata nel § 7 del Capitolo II), finalità coerente con la filosofia di tutta la riforma e con il confronto internazionale (ne fa fede la particolare attenzione che vi dedica la Raccomandazione 2014/135/UE).

L'obiettivo enunciato nell'art. 8 della delega viene perseguito dagli artt. 282 ss. c.c.i. attraverso la previsione di un'esdebitazione:

a) **accelerata o semplificata** per le **procedure maggiori**, per le quali l'interessato potrà presentare una domanda subito dopo la chiusura e in ogni caso decorsi tre anni dall'apertura (quando potrebbero essere ancora in corso le attività di liquidazione);

b) **automatica** o di **diritto** per le **procedure minori**, con la conseguenza che il *discharge* non potrà più considerarsi un effetto mediato da un provvedimento del giudice (in futuro solo eventuale, in quanto il contraddittorio sarà differito alla presentazione, da parte dei creditori, di eventuali opposizioni);

c) **estesa alle società**, previa individuazione dei cd. requisiti di meritevolezza, che dovranno sussistere in capo agli amministratori o ai soci a seconda che si tratti di società di capitali o di società di persone.

**Procedure riguardanti le società**

A riprova della maggiore attenzione prestata al fallimento delle imprese collettive, all'attuale scarna disciplina contenuta nel Capo X del Titolo II della l. fall. se ne sostituirà una più dettagliata, dettata dal Capo VIII del Titolo V del c.c.i.

In estrema sintesi:

— le azioni di responsabilità esercitabili dal curatore non saranno più individuate attraverso il semplice riferimento ai soggetti passivi (come nel vigente art. 146 l. fall.), ma numericamente, attraverso un esplicito richiamo ai corrispondenti articoli del codice civile (v. nuovo art. 260 c.c.i.);

— si ribadirà che la liquidazione giudiziale di uno o più soci illimitatamente responsabili non si propaga alla società (art. 263 c.c.i. corrispondente all'attuale art. 149 l. fall.) e che, per contro, la procedura aperta nei confronti di una società con soci a responsabilità illimitata continuerà a comportare il loro fallimento in ripercussione (art. 261 l. fall. che riprende l'art. 147 l. fall.);

— al fallimento dei soci occulti di società palese e della società interamente occulta (che si manifesta all'esterno come un imprenditore individuale) si affiancherà anche quello della super-società di fatto, costituita fra o con società di capitali. A questo traguardo (come si è ricordato nel Capitolo II, § 8) è già pervenuta la Consulta osservando come al riferimento all'«imprenditore individuale» contenuto nell'art. 147 l. fall. vada, *ratione temporis*, attribuita «valenza meramente indicativa dello stato dell'arte dell'epoca in cui la norma è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva che, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve attualmente trovare applicazione, ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione» (e ammesse solo dopo la modifica dell'art. 2361 c.c., che consente ad una società di capitali di partecipare ad una società di persone), non essendoci «motivo di

distinguere a seconda che il fallimento originariamente dichiarato riguardi un imprenditore individuale o una società».

Di nuovo conio è invece l'art. 264 c.c.i. ai sensi del quale «le disposizioni degli articoli precedenti» (compresa quindi la norma sul fallimento, *rectius* liquidazione giudiziale, in estensione) troveranno applicazione, in quanto compatibili, «anche agli enti e imprenditori collettivi non societari e ai relativi componenti, ove illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente», come ad esempio, a coloro che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta a norma dell'art. 38 c.c.

La novità più rilevante sarà però inserita nel codice civile, in quanto la bozza di d.lgs. di attuazione dell'art. 14 della delega prevede la **reintroduzione** nell'art. 2484 c.c. **del fallimento come causa di scioglimento** anche delle società di capitali, così ripristinando la simmetria con le società di persone con oggetto commerciale (art. 2308 c.c.). Viceversa, la causa dissolutiva rappresentata dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale (o dalla perdita del capitale nelle società cooperative) potrà essere sospesa (come già consente l'art. 182 sexies l. fall.) per consentire il perfezionamento anche delle nuove procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Altrettanto importante è l'espressa attribuzione al curatore della legittimazione ad esperire, anche nella s.r.l., l'azione spettante ai creditori sociali (che sarà espressamente richiamata dall'art. 2476 c.c.) e si è già accennato alla codificazione del criterio di quantificazione dei danni basato sulla differenza tra netti patrimoniali.

#### 4. Il riordino del concordato preventivo

Il concordato preventivo (**c.p.**) continuerà a riguardare l'imprenditore commerciale sopra-soglia in stato di crisi o d'insolvenza.

**Il c.p. liquidatorio**

Quello **liquidatorio** è però destinato ad assumere una **portata recessiva**: infatti, l'art. 89, 4° comma, c.c.i., in attuazione dell'art. 6, 1° comma, lett. a), della delega, oltre a confermare la necessità che la relativa proposta assicuri il **pagamento di almeno il 20%** dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari, richiede l'«**apporto di risorse esterne**» (non appartenenti al debitore) che aumentino in misura apprezzabile (di almeno il 10%) la soddisfazione dei creditori.

**Il c.p. in continuità aziendale**

Per contro, il deciso **favor per il c.p. in continuità aziendale** emerge dall'attribuzione di una «priorità di trattazione» alle proposte che, fermo restando il miglior soddisfacimento dei creditori, assicurino la continuità aziendale del debitore e dalla (chiarita) applicabilità della relativa disciplina (oggi compendiata nel solo art. 186 bis l. fall.) anche quando l'azienda sia oggetto di un contratto di affitto stipulato anteriormente alla domanda concordataria (**ipotesi cd. di continuità indiretta/oggettiva**) e anche qualora la **proposta (cd. mista)** preveda, accanto alla continuazione dell'attività, la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, ma a condizione che

i creditori vengano soddisfatti in misura **prevalente** dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale (art. 89, 2° e 3° comma, c.c.i., che attua l'art. 6, 1° comma, lett. i, nn. 2 e 3, della delega).

L'art. 91 c.c.i. introduce poi la possibilità di prevedere nel concordato in continuità una **moratoria** per il pagamento dei creditori dotati di una causa legittima di prelazione [art. 186 bis, 2° comma, lett. c), l. fall.] per un periodo di tempo anche superiore all'anno, purché agli stessi venga riconosciuto il diritto di voto per l'intero credito.

**Sindacato  
giudiziale**

Ma l'innovazione che ha destato più scalpore e continua a far discutere è l'attribuzione al tribunale di poteri di verifica «in ordine alla **fattibilità anche economica**» del piano, inciso che potrebbe segnare il superamento del discusso *discrimen*, introdotto dalle Sezioni Unite (con la sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521), tra giudizio di fattibilità giuridica (spettante all'autorità giudiziaria) e giudizio di fattibilità economica (riservato ai creditori) e comportare la sostituzione dell'attestatore (che oggi funge da ausiliario del tribunale, sia pure nominato dal debitore) con il commissario giudiziale in quanto il giudice, sebbene *peritus peritorum*, verosimilmente si avvarrà di tale figura nell'esprimersi sui profili economici.

Sempre al fine di correggere il proliferare dei casi di abuso dello strumento concordatario (nella prassi spesso utilizzato, non per prevenire ed evitare il fallimento, ma solo nel tentativo di procrastinarlo) si è rivista la disciplina delle misure protettive (specialmente del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali) quanto alla durata e agli effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura.

Gli altri interventi, di natura procedurale, sono volti ad individuare i casi (legati alla presenza di creditori assistiti da garanzie esterne) in cui la **suddivisione dei creditori in classi è obbligatoria** [art. 90, 3° comma, lett. d), c.c.i.]; a **sopprimere l'adunanza dei creditori**, previa regolamentazione delle modalità telematiche per l'esercizio del voto e la formazione del contraddittorio sulle richieste delle parti (art. 112 c.c.i.), nonché, onde evitare che un solo creditore sia in grado di determinare l'esito delle votazioni, ad adottare un sistema di calcolo delle **maggioranze anche per teste** (art. 114 c.c.i.).

Nel complesso la nuova disciplina contenuta nello schema di c.c.i. dovrebbe: da un lato, **semplificare** le varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi; dall'altro, **arricchire** e chiarire l'attuale normativa, conferendo al concordato preventivo una rinnovata "serietà".

Le principali aree d'intervento concernono i **rapporti pendenti** (v. il raffronto tra l'art. 169 bis l. fall. e l'art. 102 c.c.i.) e l'introduzione di una disciplina della **fase di esecuzione** del piano, che potrà essere affidata ad un terzo (art. 123 c.c.i.), mentre oggi è lasciata al debitore concordatario in virtù del cd. spossamento attenuato (art. 167 l. fall.).

Ma l'efficacia della riforma *in parte qua* si potrà misurare soprattutto con riferimento alla delega per il **riordino della disciplina dei procedimenti di revoca** (per atti di frode), **di annullamento** (per dolosa esagerazione del

passivo/sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo) e di **risoluzione** (per inadempimento) del concordato, rimedi, questi ultimi, che potranno essere attivati anche dal commissario giudiziale (v. i nuovi artt. 124 e 125 c.c.i. in sostituzione dell'art. 186 l. fall.).

C.p. delle  
società

Nell'ottica di una maggiore attenzione per le crisi delle imprese costituite in forma societaria, la bozza di c.c.i.: *i*) **estende gli effetti esdebitatori ai soci illimitatamente responsabili**; *ii*) introduce una disciplina in ordine alle **azioni di responsabilità**, per le quali, stante lo spossamento attenuato del debitore concordatario, non si verifica alcuna sostituzione processuale; *iii*) generalizza la possibilità (oggi contemplata dall'art. 185 l. fall. solo per le proposte concorrenti) di nominare un **amministratore giudiziario**, dotato dei poteri spettanti all'assemblea, compreso quello di sostituirsi ai soci (che facciano ostruzionismo) nell'esercizio del voto; *iv*) assicura stabilità alle **operazioni straordinarie** di trasformazione, fusione, scissione poste in essere nel corso (e in funzione) della procedura, garantendo l'irreversibilità dei relativi effetti anche in caso di risoluzione o di annullamento del concordato e consentendo ai creditori di proporre opposizione soltanto in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria.

## 5. Il favor per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani attestati di risanamento

Accordi  
di ristrut-  
turazione

Poiché l'introduzione dell'art. 182 septies l. fall. sugli accordi con intermediari finanziari (raggiunti con il 75% e vincolanti anche per il residuo 25%) ha dato buona prova di sé, mentre l'art. 182 bis l. fall. non sembra aver incontrato il favore degli operatori, gli artt. 64 e 65 c.c.i., in attuazione dell'art. 5 della delega, prevedono l'introduzione degli accordi di ristrutturazione (a.d.r.):

— «**agevolati**» in cui la soglia minima di adesioni, attualmente fissata nel 60% dei crediti, sarà sostituita dal 30%, a condizione che il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, né richieda misure protettive;

— «**ad efficacia estesa**» ai creditori estranei, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee, così generalizzando la deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. sull'efficacia solo tra le parti del contratto.

Per realizzare il coordinamento sistematico con il concordato preventivo si contempla infine l'**ampliamento degli effetti dell'accordo** (raggiunto da società di persone) **ai soci illimitatamente responsabili**, alle medesime condizioni previste nella disciplina del concordato preventivo.

Piani  
attestati  
di risana-  
mento

I piani attestati di risanamento acquisteranno, anche a livello topografico, un maggiore risalto: non saranno più inseriti all'interno della norma sulla revocatoria fallimentare [attualmente l'art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall.], ma disciplinati autonomamente dall'art. 60 c.c.i., che attribuisce all'imprenditore, anche non commerciale, la possibilità di predisporre un piano (avente **forma**

**scritta, data certa e contenuto analitico**), «rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria» e che, su richiesta del debitore, potrà essere pubblicato nel registro delle imprese.

## 6. L'introduzione degli istituti di allerta e di composizione assistita della crisi

In linea con «la novità più 'nuova'» (così l'ha definita Buonocore) della riforma societaria, rappresentata dall'introduzione dell'art. 2381 c.c., la bozza di d.lgs. recante modifiche al codice civile ha riformulato l'art. 2086, estendendo anche all'imprenditore individuale l'obbligo di creare «assetti adeguati» declinati in base, non solo alla natura e alle dimensioni dell'impresa, ma anche agli obiettivi di rilevare tempestivamente la crisi e di salvaguardare la continuità aziendale. Parallelamente, il Titolo II del nuovo c.c.i prevede l'introduzione *ex novo* delle procedure, cd. di allerta e di composizione assistita della crisi, volte a consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività.

### Allerta

Le **misure di allerta**, ispirate all'ordinamento francese, sono dettate per qualunque debitore (esclusi gli enti pubblici, le società quotate e le grandi imprese assoggettate ad un'apposita disciplina) e hanno la funzione d'incentivare l'imprenditore ad attivarsi per superare la crisi con l'ausilio di un collegio, composto da almeno tre esperti, nominato da appositi **Organismi**, che dovranno essere **istituti presso le Camere di Commercio** (art. 19 c.c.i.).

Per favorire questo cambio di mentalità, in ossequio all'art. 4 della delega, gli artt. 17 e 18 c.c.i. pongono specifici **obblighi di segnalazione** a carico:

*a)* degli organi di controllo societari (che nel sistema tradizionale è il collegio sindacale) e del revisore (persona fisica o giuridica) che dovranno avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di «fondati indizi della crisi» e, «in caso di omessa o inadeguata risposta», rivolgersi al suddetto organismo assistenziale (cd. **allerta interna**);

*b)* dei creditori pubblici qualificati (come l'agenzia delle entrate, gli enti previdenziali e gli agenti della riscossione delle imposte) chiamati a segnalare immediatamente agli organi di controllo della società e, in ogni caso, all'organismo camerale, «il perdurare di inadempimenti di importo rilevante» (**allerta esterna**).

In caso di adempimento a questo nuovo dovere, i sindaci (ma anche i revisori) non saranno più responsabili in solido con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla predetta segnalazione (si spezza così il vincolo di solidarietà attualmente contemplato dall'art. 2407 c.c.), mentre l'inerzia dei creditori pubblici qualificati nel carpire i segnali di pericolo sarà severamente sanzionata con l'inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari o per i quali procedono.



Adottando la logica “bastone-carota” sono previste a favore dell'imprenditore tempestivamente attivatosi per superare la crisi **misure premiali**, sia di natura patrimoniale (per esempio, una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlate a debiti fiscali) sia in termini di responsabilità personale (come la non punibilità per il delitto di bancarotta semplice).

Il c.c.i. distingue a seconda che entro una **deadline** di soli **sei mesi** dal verificarsi di specifici parametri di natura finanziaria [art. 4, lett. b)], queste procedure abbiano esito **positivo**, consentendo di addivenire ad una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori o **negativo**, sbocco che, nonostante la tanto decantata **natura non giudiziale e confidenziale** dell'allerta, è destinato a sfociare in una segnalazione del sopraggiunto stato di insolvenza al pubblico ministero del tribunale del luogo in cui il debitore ha la sede (art. 25 c.c.i.).

## 7. Una disciplina *ad hoc* per i gruppi di imprese

Il Titolo VI della bozza di c.c.i. è interamente dedicato ai **gruppi di imprese** (attualmente oggetto di una disciplina di settore concernente i gruppi bancari e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), definiti (dall'art. 2, n. 8, c.c.i.) sulla falsariga della nozione di attività di direzione e coordinamento offerta dagli artt. 2497 e 2545 septies c.c., corredata della presunzione semplice (*iuris tantum*) di assoggettamento alla suddetta attività in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (v. Parte II, Sezione IV, § 1).

Le nuove disposizioni (suddivise in Capi a seconda che riguardino le procedure negoziali o quella liquidatoria), in attuazione dell'art. 3 della legge delega, mirano a superare le attuali difficoltà pratiche consentendo a tutte o ad alcune delle imprese, in crisi o insolventi, del gruppo, la facoltà di proporre, tramite un **unico ricorso**, domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale, **ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive** e la correlativa necessità di nominare distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo. Questa impostazione riflette la contrapposizione tra il riconoscimento dell'unitarietà economica del gruppo societario (che giustifica l'elaborazione di un piano unitario di risoluzione della crisi) e l'impossibilità di attribuirgli un autonomo statuto giuridico.

In materia di finanziamenti infragruppo, si ribadisce il principio di postergazione del rimborso delle sovvenzioni alle imprese in crisi provenienti da altre società del gruppo ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 2467 c.c. e non occorra sostenere finanziariamente il concordato o l'accordo di ristrutturazione di taluna di esse.

Si prevede infine l'attribuzione al curatore del potere di: azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori; esercitare le azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.; promuovere la

denuncia di gravi irregolarità gestionali ai sensi dell'art. 2409 c.c. nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale.

## 8. Il ridimensionamento della liquidazione coatta amministrativa

L'art. 296 c.c.i., in ossequio all'art. 15 della l. 155/2017, circoscrive la l.c.a. (analizzata nel Capitolo III, § 4) ai soli casi in cui essa sia prevista dalle leggi speciali relative a banche, intermediari finanziari, imprese assicurative.

L'art. 317 c.c.i. attribuisce alle autorità amministrative di vigilanza la competenza a: 1) ricevere le segnalazioni provenienti dagli organi interni di controllo e dai creditori pubblici qualificati; 2) svolgere le funzioni attribuite agli organismi di composizione della crisi; 3) proporre la domanda di accertamento dello stato di insolvenza ai fini dell'apertura della liquidazione giudiziale.

## 9. Il sovraindebitamento

Anche l'attuale disciplina contenuta nella l. 3/2012 sarà rivista, a cominciare dalla nozione di sovraindebitamento, definito (dall'art. 2, n. 3, c.c.i.) come «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale».

L'art. 69 c.c.i. ha chiarito che la relativa procedura produce i suoi effetti anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili non essendovi ragione per costringerli, al fine di ottenere la liberazione dai debiti, ad attendere la dichiarazione di fallimento della società *ex art.* 147 l. fall. (risultato cui è già pervenuto Trib. Rimini, 12 marzo 2018), mentre il successivo art. 70 c.c.i. assicura il coordinamento delle procedure riguardanti più membri della stessa famiglia.

Parallelamente a quanto si è visto per la nuova procedura di liquidazione giudiziale l'esdebitazione sarà estesa alle persone giuridiche e, a certe condizioni, opererà di diritto.

Inoltre, in perfetta sintonia con il *favor* per il *going concern*, occorrerà favorire la prosecuzione delle attività precedentemente svolte dal debitore e prevedere che il piano del consumatore possa comprendere anche la ristrutturazione dei debiti assunti mediante la stipulazione di contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione (art. 72, 3° comma, c.c.i.). Di conseguenza, l'Organismo di composizione della crisi avrà l'ulteriore compito di specificare, nella propria relazione, se al momento dell'erogazione del finanziamento il soggetto finanziatore abbia tenuto conto del merito creditizio, prevedendo, in caso contrario, misure sanzionatorie, eventualmente di natura processuale (v. l'art. 73 c.c.i.).

## **10. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi**

Resta fuori dal nuovo c.c.i. la procedura di amministrazione straordinaria, oggetto di una separata delega al Governo, attualmente all'esame del Senato.

Non resta che attendere i prossimi sviluppi.

