

La legge fallimentare tra “vecchio e nuovo”: alcuni concetti di base.

Tempi difficili per studiare il diritto:

Le riforme si susseguono con ritmo così assiduo e disordinato, che non si fa in tempo ad approfondire lo studio delle norme e si smarrisce la prospettiva di qualsiasi razionalità sistematica. Per restare al nostro settore del diritto fallimentare, abbiamo attualmente in vigore tre distinte normative che si applicano a seconda dell'epoca in cui fu dichiarato il fallimento. E, per aumentare la confusione, le tre normative sono nella stessa legge (il r.d. n° 267 del 1942), di cui bisogna conoscere tre diverse versioni: quella anteriore alla massiccia riforma contenuta nel d. legisl. n° 5 del 2006; quella successiva a questa riforma; e quella ulteriormente modificata dal d. legisl. n° 169 del 2007. Senza contare che la legge fallimentare copre, ormai, solo in parte la materia delle procedure concorsuali, essendo stata introdotta una procedura particolare per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d. legisl. n° 270 del 1999; c.d. Prodi *bis*) ed un'altra per le “grandissime” imprese in stato di insolvenza (d. legge n° 347 del 2003 convertito in legge n° 39 del 2004; c.d. decreto *Parmalat*). Infine, non si può dimenticare l'importanza del Regolamento CE 29.5.2000, n° 1346, relativo alle procedure di insolvenza. In questa situazione, si rischia di perdere la fiducia nella stessa utilità dello studio e dell'approfondimento di una dato normativo precario e farraginoso.

Ma questo non deve succedere. Bisogna invece cercare di organizzare lo studio in maniera utile, ovvero consolidando la conoscenza di alcuni concetti ed istituti fondamentali, che possano fare da bussola nell'interpretazione delle norme nuove e vecchie.

www.unijuris.it

Ci si può chiedere innanzitutto: cos'è il FALLIMENTO? Il fallimento è un PROCESSO ESECUTIVO, più precisamente un PROCESSO ESPROPRIATIVO, con cui si realizza la RESPONSABILITA' PATRIMONIALE di un debitore. In particolare, il FALLIMENTO è il processo esecutivo che si applica quando il debitore è un IMPRENDITORE COMMERCIALE NON PICCOLO.

Mi rendo conto di avere messo già tanta carne al fuoco, con questa definizione. Si vede già come il diritto fallimentare sia una disciplina ibrida, perché intersecata tra il diritto commerciale (rientrando la sua disciplina nel c.d. "statuto dell'imprenditore commerciale" e presupponendo la conoscenza, in particolare, di tutto il diritto societario) ed il diritto processuale civile (perché il processo esecutivo è un tipo di processo civile che si svolge davanti al giudice: il processo che regola l'uso della *spada* per dare forzosa effettività a quanto stabilito con la *bilancia*).

www.unijuris.it

Ma il richiamo alla RESPONSABILITA' PATRIMONIALE ci riporta alle fatiche di DIRITTO PRIVATO e ci impone la rilettura dell'art. 2740 c.c. e, innanzitutto, del suo 1° comma:

“Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”.

L'altra faccia della RESPONSABILITA' PATRIMONIALE del debitore è la GARANZIA PATRIMONIALE del creditore: le speranze del creditore di soddisfare il suo credito risiedono tutte nella presenza di

beni (attuale o futura) nel patrimonio del debitore. Se questi non paga, il creditore può ESPROPRIARE (fare vendere) i beni del debitore (naturalmente, di solito, non da solo, ma rivolgendosi al GIUDICE secondo le regole del PROCESSO ESECUTIVO). Se il debitore non ha (e non avrà) beni da espropriare, il credito si svuota di qualsiasi contenuto concreto. La responsabilità patrimoniale è l'UNICA SANZIONE PER l'INADEMPIMENTO delle obbligazioni.

Questo limite della responsabilità per l'adempimento delle obbligazioni è un PRINCIPIO DI CIVILTÀ di acquisizione piuttosto recente. CESARE BECCARIA, nella quinta edizione del suo libriccino famoso, si pente di avere sostenuto, nelle quattro precedenti edizioni, che il debitore che fosse impossibilitato a pagare dovesse andare "schiavo" del suo creditore e lavorare per lui fino ad estinzione del debito. Il CODICE CIVILE del regno d'Italia del 1865 contemplava ancora alcune ipotesi di "arresto personale" del debitore su richiesta discrezionale del creditore.

Dunque, confrontata con il passato, la responsabilità patrimoniale come delineata nell'art. 2740 c.c. rappresenta un arretramento rispetto ad una più accentuata tutela dell'interesse del creditore ad essere pagato. Un arretramento di fronte alla libertà personale del debitore, che viene ritenuta sempre e comunque prioritaria rispetto al diritto patrimoniale del creditore (ATTENZIONE: qui si considera il fatto dell'inadempimento, in sé e per sé; situazione ben diversa è quella in cui esso sia, invece, un elemento di una fattispecie di reato, come nell'insolvenza fraudolenta: il quel caso non si punisce il mancato adempimento, bensì il comportamento doloso al momento del fatto costitutivo dell'obbligazione poi inadempita).

Sul principio di civiltà appena enunciato (libertà personale prevalente sull'interesse meramente patrimoniale del creditore) penso che siamo

ormai tutti d'accordo, ma non crediate che sia tanto facile vivere quel principio sulla propria pelle: intendo riferirmi al creditore, che magari ha fatto causa, ha ottenuto una sentenza di accertamento del suo credito, ha pagato l'avvocato per questo servizio, ma non ottiene un euro, perché il debitore non risulta avere beni (nella realtà, questo avviene di frequente, e non è raro il caso che il debitore *nullatenente* manifesti una certa agiatezza – usando beni “intestati” ad altri soggetti a lui legati da rapporti di famiglia o di amicizia – il che aumenta notevolmente la frustrazione del creditore, fino al punto da fargli quasi rimpiangere i tempi antichi in cui il debitore *andava schiavo* al creditore!).

www.unijuris.it

Tale essendo la disciplina della responsabilità patrimoniale del debitore, è evidente che ogni creditore corre il RISCHIO DELL'INCAPIENZA del patrimonio del debitore. Per contrastare tale rischio ci sono numerosi strumenti che vi sono già noti dallo studio del diritto privato. Vale la pena di ricordarne alcuni:

- 1) La FIDEIUSSIONE (art. 1936 c.c.), con la quale si coinvolge nel debito un altro soggetto (garante) oltre al debitore principale; fideiussore e debitore principale diventano condebitori solidali, in modo che il creditore possa pretendere il pagamento del debito da uno o dall'altro a sua scelta (artt. 1292 e ss. c.c.). In pratica la responsabilità patrimoniale viene allargata coinvolgendo i beni di una pluralità di soggetti. (*Azione esecutiva contro il fideiussore*)
Esempio classico: la s.r.l., la banca e gli amministratori o i parenti dell'amministratore: il creditore forte è in grado di *imporre* garanzie aggiuntive.
- 2) L'IPOTECA (art. 2808 c.c.) ed il PEGNO (art. 2784 c.c.), con i quali si pone uno speciale vincolo su uno o più beni del debitore. Speciale vincolo che determina due importantissimi vantaggi per

il creditore: a) egli potrà soddisfarsi sul bene *prima* degli altri creditori dello stesso debitore (causa legittima di prelazione: art. 2741 c.c. [leggere]); b) egli potrà soddisfarsi sul bene ipotecato o pignorato anche se il debitore l'avrà successivamente trasferito (DIRITTO DI SEQUELA). (*Prelazione ed azione esecutiva contro il terzo acquirente sul bene ipotecato o dato in pegno*)

- 3) L'AZIONE REVOCATORIA (art. 2901 c.c.), con la quale il creditore chiede al GIUDICE che siano "DICHIARATI INEFFICACI" – "NEI SUOI CONFRONTI" – gli "ATTI DI DISPOSIZIONE DEL PATRIMONIO" compiuti dal debitore e che abbiano determinato l'incapienza patrimoniale (Problema: nella vicenda è coinvolto un terzo – l'acquirente del bene del debitore – che forse merita tutela; soluzione: il creditore che agisce in revocatoria DEVE PROVARE che il terzo "era consapevole" del pregiudizio arrecato al creditore; tale prova non è invece necessaria se il trasferimento del bene al terzo è avvenuto A TITOLO GRATUITO, come dire che non merita particolare tutela il terzo che ha acquistato il bene dal debitore senza alcuna controprestazione). (*Azione esecutiva contro il terzo acquirente sul bene oggetto dell'atto revocato*)

Questo per quanto riguarda il diritto privato, cioè il tema della responsabilità patrimoniale, così come esso si pone in termini generali per qualsiasi creditore e debitore. Ma si è detto che il fallimento si pone come un processo esecutivo speciale volto a realizzare la responsabilità patrimoniale del debitore quando questo è un imprenditore commerciale non piccolo.

www.unijuris.it

È importante chiedersi: PERCHÈ UN PROCESSO ESECUTIVO SPECIALE PER QUESTO TIPO DI DEBITORE? La risposta è sempre stata: perché l'imprenditore è un soggetto che *vive di credito* ed affronta il *rischio d'impresa*: come dire che il rischio di insufficienza patrimoniale

e di insoddisfazione dei creditori è elevatissimo e che i creditori coinvolti sono potenzialmente molto numerosi. Ed in queste condizioni, è particolarmente elevato il rischio (verrebbe da dire è *normale*) che, quando si cominciano a percepire le prime difficoltà economiche: da un lato, il debitore-imprenditore cerchi di mettere in salvo qualche cosa, sottraendolo alla garanzia dei creditori; dall'altro lato, i creditori più svelti e meglio informati si soddisfino sui beni disponibili, non lasciando nulla a tutti gli altri. Dunque, in quanto strumento speciale predisposto per fare fronte ad un rischio particolarmente elevato, il fallimento dovrebbe predisporre strumenti di particolare efficacia nella prospettiva di conservare e recuperare i beni del debitore alla loro funzione di garanzia patrimoniale e di salvaguardare il rispetto della *PAR CONDICIO CREDITORUM* (che non significa trattare tutti i creditori allo stesso modo, ma trattarli secondo quanto previsto dalla legge, in quanto abbiamo già detto che ci sono le CAUSE LEGITTIME DI PRELAZIONE: art. 2741 c.c.).

A tal fine il fallimento:

- A) è una PROCEDURA CONCORDATA (artt. 51 e 52, comma 2°, legge fall.). Nel diritto civile ogni creditore può e deve dare vita ad un processo esecutivo per la sua soddisfazione. In caso di fallimento, per partecipare alla ripartizione del ricavato della vendita del patrimonio del fallito, i creditori "devono" proporre DOMANDA DI AMMISSIONE AL PASSIVO e non possono agire in esecuzione per conto loro;
- B) è una PROCEDURA GENERALE. Vi rientrano in maniera automatica pressoché tutti i beni del fallito (artt. 52¹, 42 e 46 legge fall.);
- C) è una procedura che agisce come un soggetto autonomo, in persona degli ORGANI DEL FALLIMENTO: CURATORE,

COMITATO DEI CREDITORI, GIUDICE DELEGATO e TRIBUNALE FALLIMENTARE; questi organi si sostituiscono al fallito nell'esercizio di tutte le azioni necessarie ed utili per la conservazione e l'accrescimento del patrimonio destinato a pagare i creditori e si sostituiscono ai creditori nell'esercizio delle azioni volte a recuperare beni sottratti alla loro funzione di garanzia patrimoniale ed a rendere inefficaci atti di disposizione che abbiano illegittimamente favorito alcuni creditori in danno degli altri. È dunque il curatore fallimentare – autorizzato dal giudice delegato (art. 25, n° 6, legge fall.) – che esercita, se occorre, l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. (art. 66 legge fall.), con la conseguenza che il suo accoglimento giova automaticamente a tutti i creditori (nel c.c., invece, giova esclusivamente al creditore che l'ha esercitata).

D) ha a disposizione anche strumenti specifici, come l'AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE (art. 67 legge fall.), che permette di rendere inefficaci anche atti di disposizione che non sono revocabili in base alle comuni regole privatistiche, come “I PAGAMENTI DI DEBITI LIQUIDI ED ESIGIBILI” (v. art. 2901, comma 3°, c.c. “NON È SOGGETTO A REVOCA L'ADEMPIMENTO DI UN DEBITO SCADUTO”). È una differenza fondamentale che deve essere ben capita: nel diritto civile, il creditore che riceve un pagamento a lui dovuto è sempre nel suo pieno diritto e nessuno potrà mai contestargli nulla (anche *se sa che* quelli erano gli ultimi soldi del debitore e se ci sono altri creditori che resteranno insoddisfatti; ed anche se questi altri creditori sono privilegiati rispetto al creditore che viene pagato per primo); nel diritto fallimentare, il creditore che riceve il pagamento, se conosceva lo stato di insolvenza del

debitore-imprenditore e se questo fallisce entro sei mesi, dovrà restituire al fallimento quanto ricevuto e fare domanda di ammissione al passivo per essere pagato (se ci saranno risorse sufficienti) insieme a tutti gli altri creditori secondo le regole della *PAR CONDICIO CREDITORUM*. In pratica, quest'ultimo principio ha vigenza incondizionata solo nel diritto fallimentare, mentre nel diritto civile *convive* con il “principio” del *chi prima arriva meglio alloggia*.

www.unijuris.it

Quindi, il diritto fallimentare si pone tradizionalmente come una disciplina di *rafforzamento* della responsabilità patrimoniale del debitore e della corrispondente garanzia dei creditori.

È opportuno ricordare che, fino alla riforma del 2006, tale rafforzamento si spingeva fino al punto di incrinare il sopra ricordato principio di libertà personale del debitore: gli artt. 48 e 49 prevedevano significative limitazioni delle libertà di corrispondenza e di spostamento sul territorio del fallito (libertà solennemente garantite dagli artt. 15 e 16 della Costituzione); inoltre era prevista la sospensione dei diritti politici (elettorato attivo e passivo) per un certo periodo di tempo. Ciò per il semplice fatto di essere fallito, anche se “fallito innocente”, come diceva il Beccaria.

Rispetto a questa caratteristica essenziale del fallimento, la riforma del 2006 ha però fatto registrare un sensibile arretramento: 1) la revocatoria fallimentare è stata ridotta ai minimi termini, con il dimezzamento dei periodi di tempo sospetti e con la previsione di una serie di atti esclusi (v. nuovo art. 67); 2) le limitazioni delle libertà del debitore (di corrispondenza, di movimento, elettorali) sono scomparse pressoché del tutto (e non c'è motivo di lamentarsene: v. nuovi artt. 48 e

49).

Sotto questi aspetti, la linea della responsabilità del debitore in sede fallimentare è arretrata *avvicinandosi* alla linea del diritto privato: ha perso le sue specificità; si sono eliminati i *rafforzamenti* rispetto alla disciplina comune. Ma è stato addirittura introdotto un arretramento oltre la linea del diritto privato: cioè un nuovo istituto in forza del quale la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore commerciale non piccolo acquisisce una specificità che la rende *meno intensa* rispetto a quella degli altri debitori.

Si tratta della ESDEBITAZIONE (art. 142 legge fall.). Il fallito PERSONA FISICA, dopo la chiusura del fallimento – se si sarà *comportato bene*, cioè se non avrà fatto atti in frode ai creditori ed avrà collaborato con gli organi fallimentari – verrà liberato dai debiti, anche per la quota non pagata (che, almeno secondo alcuni, per i creditori CHIROGRAFARI può ben essere l'intero!). Questo vale ora per l'imprenditore commerciale fallito e non per tutti gli altri debitori, che restano sempre debitori “a vita”, in applicazione della regola dell'art. 2740 c.c. (“con tutti i suoi beni presenti e futuri”). Il *debitore civile* può solo sperare – per liberarsi dal debito – nella prolungata inerzia del suo creditore (PRESCRIZIONE: artt. 2934 e ss. c.c.) ovvero nella di lui generosità (REMISSIONE DEL DEBITO: artt. 1236 e ss. c.c.)

[Attenzione: ci sono alcune *esclusioni* nell'art. 142, comma 3°, l.f.; in particolare, dopo il decreto legislativo n° 169 del 2007, sono esclusi dall'esdebitazione tutti i debiti *extraziendali*; il che, se da un lato è poco coerente con l'opinione tradizionale e condivisa che si può fallire anche per il mancato pagamento di tali debiti, dall'altro lato, limita i problemi di ingiustificata disparità di trattamento tra diversi creditori, perché non pare irragionevole distinguere la disciplina del “credito commerciale” rispetto a quella del “credito civile”, assoggettando solo il primo al

rischio di estinzione per esdebitazione; v., invece, per una diversità *di favore* al credito commerciale, la disciplina di cui al d. legisl. n° 231 del 2002]

www.unijuris.it

L'esdebitazione del fallito costituisce dunque una bella rivoluzione per il nostro ordinamento. Il fallimento per il debitore, oltre che una LIMITAZIONE (si pensi alla perdita della capacità di disporre dei propri beni: art. 42 legge fall.), diventa ora anche un'OPPORTUNITÀ, perché permette di azzerare i propri debiti in deroga alle comuni norme del diritto privato. Anche prima l'esdebitazione esisteva, ma era collegata alle sole ipotesi di CONCORDATO preventivo o fallimentare. Presupponeva, quindi, un'adesione da parte dei creditori, anche se in termini non più di sovrana determinazione di ciascun soggetto sul proprio credito, bensì di possibilità di votare nel concordato (dovendo eventualmente subire le decisioni di una contraria maggioranza di altri creditori).

Con l'esdebitazione, la persona fisica passata attraverso il fallimento viene liberata dal fardello dei debiti che non è riuscita a pagare e messa così in condizione di ripartire con una nuova attività imprenditoriale. Si potrebbe pensare che anche la LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA – come si è visto prima per la libertà personale – diventa prevalente rispetto al diritto dei creditori di soddisfarsi su tutti i beni del debitore. Ma forse è più corretto ritenere che il legislatore – con questa rivoluzionaria innovazione – non abbia avuto quale scopo la tutela dell'interesse particolare di un singolo soggetto, bensì l'interesse generale a che sia salvaguardata l'attitudine dei consociati a svolgere attività d'impresa, in quanto l'imprenditorialità stessa è considerata una ricchezza della società.

L'obiettivo dichiaratamente perseguito da tutta la riforma del 2006

è la COMPETITIVITÀ. In sostanza, si cerca di creare un sistema di norme che non ostacolino, ma facilitino lo sviluppo economico ed aiutino l'economia italiana ad essere *competitiva* con le altre economie nazionali nel confronto globalizzato. In questa prospettiva, così come si è ritenuto che sia più competitivo un ordinamento in cui si facciano meno revocatorie per ristabilire la *par condicio creditorum* (e in cui, quindi, siano lasciate più *chance* ai creditori più forti e più rapidi degli altri), si è anche pensato che sia meglio dare all'imprenditore la possibilità di ripartire da zero con una nuova attività, almeno ogni dieci anni, anche se non ha pagato tutti i debiti di quella precedente.

www.unijuris.it

Qualcosa di simile (prevalenza di un interesse generale sull'interesse particolare dei creditori) avviene nella legge sull'amministrazione delle grandi imprese insolventi, ove la sopravvivenza di una GRANDE IMPRESA può essere perseguita anche sacrificando, entro una certa misura, i diritti e le azioni dei singoli creditori (v. art. 63, comma 3, d. legisl. n° 270 del 1999, confrontato con l'art. 105, comma 1°, legge fall.).