

LA TUTELA DEL CREDITO NELL'ESECUZIONE SINGOLARE E CONCORSUALE

L'ESECUZIONE SINGOLARE E L'ESECUZIONE CONCORSUALE: PRINCIPI, ASSONANZE E DIFFERENZE.

E' noto che l'esecuzione forzata trova la sua origine nel principio della responsabilità patrimoniale del debitore, che risponde, secondo quanto sancito dall'art. 2740, primo comma cod. civ. , con tutti i suoi beni presenti e futuri dell'adempimento delle obbligazioni, salve le limitazioni legali della responsabilità legate all'impignorabilità di determinati beni o crediti, secondo quanto disposto dal codice di procedura civile (artt. 514 e ss. e 545 e anche dall'art. 46, n. 5 1. fall.) o del codice civile (artt. 187 e 188 per i beni della comunione legale e del fondo patrimoniale ex art. 170, 4° c.) o del cod nav. (artt. 369 e 930 del cod. della navigazione) o delle leggi speciali (corrispettivi degli appalti di opere pubbliche ex art. 351 della l. 20.03.1865, n.2248, all.f)¹. I creditori d'altro canto hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (2741 cod. civ.) e l'adempimento può essere spontaneo o forzato, in quanto il creditore di fronte all'inadempimento del debitore è legittimato a procedere all'esecuzione coattiva sui beni dello stesso, secondo le norme fissate dalle leggi processuali, in base a quanto disposto dall'art. 2910, primo comma del cod. civ.²

¹ V. Mazzamuto, L'esecuzione forzata, in (diretto da Rescigno), Trattato di diritto privato, 20, Torino, 1998., 225 e ss

² Mazzamuto, L'esecuzione forzata, p cit. , 225; Montesano – Arieta, Diritto processuale civile, III, L'esecuzione forzata, Torino, 3 e ss. ; Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, Torino, 1997; Bonsignori, Effetti del pignoramento e Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione, in (diretto da Schlesinger), Commentario al Codice Civile, Milano, 2000

Va rammentato che sotto il termine di esecuzione forzata il codice raggruppa due tipi diversi di esecuzione, quella generica o per espropriazione, che si ricollega alla responsabilità patrimoniale del debitore e quella in forma specifica, dove non vale il principio della par condicio creditorum, mirando il creditore a realizzare coattivamente il diritto vantato.³

L'esecuzione forzata è infatti consentita solamente quando l'adempimento spontaneo è rimasto inadempito, dato che la legge prevede che l'esecuzione coattiva sia preceduta da una intimazione al debitore di adempiere la sua obbligazione, con l'avvertenza che in difetto si procederà ad esecuzione forzata, a mezzo di ufficiale giudiziario (art. 2797 cod. civ.) o mediante l'intimazione del precetto (art 480 cpc).

La soddisfazione coattiva dei crediti nell'esecuzione in forma generica, diversamente che nell'esecuzione in forma specifica, avviene esclusivamente in denaro, con l'attuazione delle norme dettate in tema di responsabilità patrimoniale, secondo i principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 del cod. civ.

L'esecuzione per esproprio è la forma generale di esecuzione, sia perché ogni credito in seguito all'inadempimento di trasforma in credito di denaro a titolo di risarcimento, ma anche perché è la procedura esecutiva che prevale nel caso di conflitto con le altre forme esecutive; la regola della par condicio trova applicazione non solo nell'ambito della procedura di esproprio, ma anche fra l'esecuzione per esproprio e l'esecuzione in forma specifica, dato che solo la prima consente la tutela paritari di tutti i creditori.⁴

Il secondo comma dell'art. 2910 cod. civ. consente inoltre al creditore di espropriare determinati beni di terzi, quando gli stessi siano vincolati a garanzia del credito, in virtù del diritto di seguito connesso con l'ipoteca e il pegno e anche quando tali beni, pur essendo usciti dal patrimonio del debitore con un atto fraudolento, vengano recuperati attraverso la revocatoria dell'atto compiuto in

³ v. Mazzamuto, op. cit., 225 e ss. ,per l'esposizione critica della c. d. teoria binaria dell'esecuzione.

⁴ v. Ferrara, op. cit. , 23

danno dei creditori, dando luogo all'espropriazione contro il terzo proprietario.

L'esecuzione forzata può essere singolare o collettiva, a seconda che venga promossa da un singolo creditore per il soddisfacimento del suo credito andando ad incidere su determinati beni o da più creditori o che venga aperta una procedura concorsuale.

In particolare si è notato che l'art. 2913 cod. civ. accomuna i creditori intervenuti al creditore precedente nel godere dei benefici derivanti dal pignoramento, senza alcuna distinzione fra creditori che intervengano prima o dopo la trascrizione dell'atto di disposizione, al fine di tutelare la parità di trattamento fra creditori.⁵

Il potere di espropriare determinati beni non assicura infatti al creditore alcuna soddisfazione certa sulla somma ricavata in quanto la legge consente agli altri creditori di intervenire nell'esecuzione, per potersi soddisfare in proporzione dei rispettivi crediti e sulla base delle cause legittime di prelazione, con la conseguenza che in questo caso alla fase espropriativa vera e propria si aggiunge la fase di distribuzione della somma ricavata.

La legge d'altro canto consente al creditore di valersi cumulativamente di più mezzi di espropriazione anche con lo stesso titolo, salvo il potere del giudice di limitare l'espropriazione ad un solo bene su istanza del debitore, sulla base del principio di congruità dei mezzi di esecuzione.

Anche nell'esecuzione singolare vi può essere il concorso di più creditori, o quando vi sia una pluralità di esecuzioni indipendenti o quando i singoli creditori intervengano in un'esecuzione già pendente per concorrere al soddisfacimento dei loro crediti, secondo quanto previsto dall'art. 2741 del cod. civ. che prevede l'eguale diritto dei creditori di concorrere nell'esecuzione, salve le cause legittime di prelazione, rappresentate dai privilegi, dal pegno e dalle ipoteche, oltre che dalla prelazione prevista dall'art.189, secondo comma, cod. civ. in tema di comunione

⁵ v. Bonsignori, op cit. , 22

coniugale e di quella in favore dei creditori dell'eredità, in caso di eredità beneficiata (art. 490, terzo comma), regolando in tal modo il conflitto che possa insorgere tra i singoli concorrenti che vogliono soddisfarsi sui medesimi beni o fra diverse pretese , atteso che vi può essere conflitto anche fra l'esecuzione in forma specifica e l'esecuzione promossa ai fini della vendita forzata, con prevalenza in questo caso di quest'ultima.

Il principio della par condicio creditorum opera infatti in sede di distribuzione di quanto ricavato nell'esecuzione forzata, in modo da poter risolvere il conflitto che potrebbe insorgere fra creditori, ciascuno dei quali avanza una pretesa che collide con le altre.

Il concorso dei creditori non è sufficiente per qualificare l'esecuzione come collettiva, essendo necessario un ulteriore elemento, rappresentato dall'universalità dell'esecuzione che deve riguardare la totalità dei creditori e dei beni del debitore, vale a dire da un lato non solo i creditori attuali, ma anche quelli illiquidi o condizionati, o non scaduti, contestati o assenti, nonché dall'altro lato non solo i beni noti, ma anche quelli non inventariati e non noti, presenti e futuri (vale a dire che devono ancora entrare nel patrimonio del debitore) o non ancora realizzati o realizzabili, o usciti dal patrimonio del debitore.⁶

Gli inconvenienti dell'esecuzione singolare sono tuttavia molteplici e sono rappresentati dalla circostanza che il creditore deve necessariamente dotarsi di un titolo esecutivo per poter procedere all'esecuzione forzata (salvo i limitati casi in cui ne sia già in possesso, come nel caso dei titoli di credito) e malgrado i mezzi cautelari di natura sia penale (art. 388 c. p.) che civile (mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale); lo stesso nel frattempo corre il rischio che il debitore non abbia più beni su cui soddisfarsi perché sono stati espropriati da altri creditori o perché

⁶ v. Provinciali, Trattato di diritto fallimentare, Milano, 1974, I, 92 e ss., Ferrara, Il Fallimento, Milano, 1974, 5 e ss., Guglielmucci, Lezioni di diritto fallimentare, Torino, 2000, 5 e ss., Ragusa Maggiore, Costa (diretto da), Le procedure fallimentari, Il fallimento, Torino, 1997, de Ferra, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1998, Bonsignori, Il fallimento, Padova, 1986 e Pajardi, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1998.

il debitore è riuscito ad occultarli o di non riuscire a trovare i beni che il debitore in realtà possiede.

Va inoltre rammentato che le esecuzioni sono di diverse forme, mobiliari, immobiliari e presso terzi e devono essere promosse secondo regole di competenza funzionale e territoriale precisa, mentre per alcuni beni mobili sono previste esecuzioni particolari (beni mobili registrati, quali veicoli e natanti, brevetti ecc...).

Ne consegue che tali inconvenienti, che si manifestano in tutta la loro gravità proprio nell'insolvenza, possono essere eliminati solo con la procedura concorsuale, che consente una difesa più energica delle ragioni dei creditori, non solo per la difesa del principio della par condicio, ma anche e soprattutto per la tutela contro l'attività del debitore, per gli atti di disposizione patrimoniale in danno dei creditori (norme sulle revocatorie fallimentari e sull'inefficacia degli atti e penali sulla bancarotta semplice e fraudolenta).⁷

L'esecuzione forzata di natura collettiva si attua mediante le procedure concorsuali, che sono rappresentate dal fallimento, dalla liquidazione coatta amministrativa, dall'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e dal concordato preventivo, dopo l'abrogazione dell'amministrazione controllata, prevista dalla riforma della legge fallimentare e che sono caratterizzate dalla sottoposizione dell'intero patrimonio del debitore all'esecuzione forzata per il soddisfacimento di tutti i creditori.

La funzione del fallimento è da un lato quella del soddisfacimento forzato dei creditori nella loro totalità, ma al tempo stesso anche dell'eliminazione degli effetti pregiudizievoli dell'insolvenza sia pregressi che futuri, aspetto questo che, insieme con la totalità della sottoposizione alla procedura concorsuale dei beni del debitore, differenzia profondamente le procedure concorsuali dalle procedure espropriative singolari.⁸

⁷ V. ancora Ferrara, op. cit., 46.

⁸ V. sul punto Andrioli, voce Fallimento, in Enciclopedia del Diritto, XVI, Milano, 1967, 280 e ss.

Il fallimento tuttavia si caratterizza non tanto per l'eliminazione dell'impresa insolvente mediante liquidazione del suo attivo, quanto piuttosto per il soddisfacimento dei creditori, il che spiega perché il fallimento possa chiudersi anche senza liquidazione dell'attivo nel caso in cui i creditori siano altrimenti soddisfatti (art 118, n.2 l. fall) o venga proposto e omologato un concordato fallimentare.

E' noto sotto tale profilo che le procedure concorsuali, come regolamento della crisi dell'impresa, potevano anche suddividersi, fino alla recente riforma del diritto fallimentare, fra procedure privatistiche (c. d. concordato stragiudiziale, ammesso dalla giurisprudenza che aveva ritenuto legittimo a determinate condizioni il pactum de non petendo) e procedure pubblicistiche, fra procedure giudiziali e procedure amministrative, fra procedure aventi un fine eminentemente liquidatorio (miranti cioè alla mera soddisfazione dei creditori, mediante liquidazione atomistica dei beni dell'imprenditore insolvente) e procedure miranti al salvataggio dell'impresa in crisi o insolvente, dovendosi fra le prime annoverare principalmente il fallimento e il concordato con cessione dei beni ai creditori (salvo il caso di cessione in blocco dell'azienda anche in queste procedure) e fra le seconde l'ormai abrogata amministrazione controllata, il concordato con garanzia e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.⁹

La nuova impostazione della riformata legge fallimentare tende a privilegiare, sia nella prospettiva privatistica , degli accordi con i creditori (accordi di ristrutturazione dei debiti o piani di risanamento), sia nella prospettiva pubblicistica (concordato preventivo e fallimento) il risanamento dell'impresa in crisi o insolvente, mediante il riassetto (o ristrutturazione dei complessi produttivi, come prevede la riformata legge n. 270/99) o la cessione dell'azienda o dei complessi aziendali (e quindi il mutamento degli assetti imprenditoriali , come si esprime ancora

⁹ v. guglielmucci, op. cit. ,7 e ss

la legge n. 270/99), o in alternativa, ove questo non sia possibile, mediante la liquidazione atomistica del patrimonio del debitore.

Il fallimento va quindi qualificato come un procedimento di natura giurisdizionale contenziosa di processo esecutivo speciale, articolato in varie e complesse fasi di natura amministrativa, cautelare, camerale e di cognizione, con cui si attua una gestione del patrimonio separato, che viene devoluta, con il provvedimento di apertura del procedimento, all'ufficio concorsuale.¹⁰

I caratteri che differenziano l'esecuzione individuale da quella collettiva sono rappresentati dalla sufficienza nell'esecuzione singolare dell'iniziativa del singolo creditore e nella procedura concorsuale dalla necessità invece della dichiarazione giurisdizionale dei suoi presupposti per l'apertura del procedimento (sentenza di fallimento, decreto di apertura della liquidazione coatta amministrativa o di concordato preventivo) e anche per la sua chiusura.

I caratteri del fallimento e delle altre procedure concorsuali possono riassumersi nella loro universalità, in quanto comprendono tutto il patrimonio del debitore e la totalità dei suoi creditori, la collettività, in quanto sono procedimenti di massa e la egualitarietà, atteso che la finalità di tali procedure è il rispetto della *par condicio creditorum*.

Un ulteriore aspetto è poi quello della sua ufficiosità, nel senso che , almeno fino alla riforma, ove è stata abrogata la possibilità del fallimento d'ufficio, il fallimento era promuovibile anche d'ufficio o su istanza del pubblico ministero, ma anche perché la macchina del fallimento si muove da sé dall'inizio alla fine.¹¹

In tal senso alcuni definivano la procedura fallimentare come un processo con funzione giurisdizionale oggettiva, in quanto l'interesse dei singoli creditori a veder soddisfatte le proprie ragioni di fronte allo stato di insolvenza doveva coordinarsi con il primario interesse pubblico all'eliminazione dal mercato (o al

¹⁰ V. per tutti Provinciali, op. cit. , 107 e ss. e Pajardi, op. cit. , 20 e ss.

¹¹ v. Ferrara, op. cit. , 45, e Pajardi, op. cit. , 20, ma per una critica di tale impostazione Provinciali, op. cit. 103.

risanamento) di imprese che potevano essere di ostacolo e pregiudizio all'armonico svolgimento dei rapporti commerciali, con fasi a cognizione sommaria e fasi a cognizione piena.

Altri invece qualificavano il fallimento come un procedimento di volontaria giurisdizione, dato il suo svolgimento nelle forme dei processi camerali, con un accentuato grado di natura inquisitoria in tutte le sue varie fasi di svolgimento a cognizione sommaria.¹²

Lo scopo principale della procedura concorsuale secondo alcuni autori, oltre ad essere l'eliminazione degli effetti negativi dell'insolvenza è proprio quello di evitare le disparità di trattamento che si possono realizzare con la procedura singolare, ove vige il principio, in alcuni casi determinati, *prior in tempore potior in iure*.¹³

Tuttavia si è osservato che tale aspetto anche se germogliato in materia fallimentare trova applicazione in tutte le procedure esecutive, atteso che anche nell'esecuzione singolare i creditori intervenuti possono far valere in sede di distribuzione del ricavato i loro diritti in proporzione del loro credito e salve sempre le cause legittime di prelazione, secondo l'ordine dei privilegi fissato dal codice civile o dalle leggi speciali.

Le disposizioni che disciplinavano i rapporti fra l'esecuzione forzata e il fallimento nella legge del 1942 erano due, gli artt. 51 e 107 l. fall. (oltre all'art. 168 l. fall. nel concordato preventivo, che sancisce il divieto di azioni esecutive sul patrimonio del debitore dalla data di presentazione del ricorso e il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione, con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione del giudice a mente dell'art. 167 l. fall.)) e anche attualmente i rapporti fra le due procedure sono regolati dagli artt. 51 e 107 nuovo testo della novella introdotta con il d. lgs. n.5/06.

¹² V Cantafio, La cognizione camerale prefallimentare tra cognizione sommaria e logica inquisitoria, in Riv. Trimestrale di procedura civile, 1988, 1355, con ivi richiami di dottrina.

¹³ v. sul punto Provinciali, op. cit. , 103, Pajardi, op. cit. , 51 e Ferrara, op. cit., 72

In origine nella legge del 1942 era previsto che il curatore si sostituisse al creditore pignorante nell'esecuzione immobiliare pendente alla data del fallimento, salva la facoltà per il curatore di chiedere l'interruzione della procedura espropriativa singolare ai sensi dell'art. 51 l. fall., che sanciva il principio del divieto di azioni esecutive individuali dal giorno del fallimento, così come l'art. 52 sanciva l'esclusività della procedura di accertamento del passivo per la partecipazione al concorso (salve le esenzioni previste dalla legge) con conseguente improcedibilità o inammissibilità delle stesse ad esclusione delle eccezioni al divieto disposte dalla legge.

Tale eccezione al divieto di azioni esecutive è rappresentata attualmente solo dall'art. 41, secondo comma, del TUB n. 385/93 che prevede la possibilità per la banca di iniziare o proseguire anche dopo il fallimento l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari, dopo l'abrogazione dell'art. 51, primo e secondo comma del dpr. 602/73, in materia di esecuzione esattoriale, avvenuta in sede di revisione della disciplina della riscossione mediante ruolo di cui al dpr. n.46/1999, che prevedeva la possibilità per l'esattore (ora il concessionario) di agire esecutivamente nei confronti del debitore sottoposto a fallimento o a liquidazione coatta amministrativa.

Il nuovo art. 51 della legge fall. non fa che ribadire il divieto delle azioni esecutive individuali, con la precisazione che uguale divieto sussiste oltre che per le azioni cautelari, anche per crediti maturati durante il fallimento, inserendo una precisazione che riprende l'orientamento della giurisprudenza sotto il vigore della precedente disciplina, che aveva esteso, coerentemente con i principi, il divieto di azioni esecutive anche alle azioni cautelari, revocatorie e surrogatorie, con la sola esclusione dei sequestri penali di natura probatoria e preventiva – impeditivi (salvo quelli conservativi, tendenti a tutelare interessi civili ex art. 189 c. p. e 316 cpp.) e della confisca degli autoveicoli o della confisca dei beni prevista dalla legislazione antimafia (legge 31.05.1965, n.

575 e legge 7.08.1992, n. 356, relativa al sequestro penale preventivo di imprese costituite con proventi illeciti)¹⁴.

In nuovo espresso e totale divieto di azioni cautelari individuali risolve invece, in senso negativo, la dibattuta questione dell'ammissibilità o meno delle altre misure cautelari atipiche di cui all'art. 700 cpc e ai provvedimenti di nuova opera e di danno temuto, nonché alle azioni possessorie, atteso che in precedenza in dottrina vi erano contrastanti opinioni circa l'ammissibilità o meno di tali procedure.

In particolare si riteneva pacificamente che in pendenza di fallimento fosse inammissibile, in quanto azione strumentale alla successiva espropriazione, sottoporre dei beni a sequestro conservativo, mentre era ritenuto ammissibile, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, quantomeno se era intervenuto l'ormai abolito giudizio di convalida, il sequestro giudiziario, essendo ammissibile una controversia sulla proprietà o il possesso di singoli beni, anche durante il fallimento, sempre che tale misura cautelare fosse stata concessa prima dell'apertura del fallimento, essendo invece inammissibile su beni già acquisiti all'attivo del fallimento, dovendo in questo caso il creditore far valere le sue ragioni con la domanda di rivendica.

E' noto che il principio era poi stato esteso anche alle c. d. azioni di massa, vale a dire a quelle azioni che tendono a far rientrare nel patrimonio del debitore dei beni e delle attività che siano illegittimamente uscite, in quanto il solo curatore è legittimato ad iniziarle o proseguirle nell'interesse della platea dei creditori, ai fini del rispetto della par condicio e dell'ordinato svolgimento della procedura concorsuale.

Fra tali azioni pur in assenza di una disposizione specifica, ma sulla base dei principi generali, erano state ricomprese le azioni revocatorie fallimentari e ordinarie, le azioni di nullità e di simulazione, l'azione surrogatoria, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e sindaci delle società di capitali e

¹⁴ ma alcuni dubitano che tali norme siano applicabili, per una disamina, v. Marelli, in Jorio – Fabiani, op. cit., 766.

l'impugnazione da parte dei creditori della rinuncia del debitore all'eredità a norma dell'art. 524 cod. civ.

Per quanto riguarda infine i mezzi di autotutela, va ricordato che la giurisprudenza di legittimità aveva escluso la possibilità per il creditore di esercitare il diritto di ritenzione semplice in pendenza di fallimento, mentre per la ritenzione privilegiata, vale a dire di un creditore assistito da una causa legittima di prelazione come il pegno, o i privilegi speciali di cui agli artt. 2756 e 2761 cod. civ., aveva ammesso la possibilità ex art. 53 l. fall. del diritto di ritenzione, in quanto connesso al diritto di esercitare l'esecuzione individuale per tali creditori, con le modalità ivi previste, relative all'autorizzazione del giudice delegato e alla previa ammissione al passivo con prelazione (salvo il caso del pegno irregolare ove il creditore non ha interesse, né obbligo di insinuarsi al passivo).

Tale norma in particolare non è stata modificata dalla riforma, anche se la disciplina delle garanzie finanziarie e il regolamento comunitario del Consiglio della CE n. 1346/00 del 29.05.2000 relativo alle procedure di insolvenza, influisce sul suo ambito di applicabilità.

La legge 21.05.2004, n. 170 in materia di contratti di garanzia finanziaria, che ricomprende fra i contratti finanziari anche il contratto di pegno, prevede infatti una deroga al divieto di cui all'art 53 l. fall., potendo il creditore soddisfare il suo credito al di fuori del concorso, mentre il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza, salvaguarda la facoltà del creditore di uno stato comunitario, in possesso di un diritto reale su di un bene del debitore, quale il pegno, che al momento dell'apertura della procedura si trovi nel territorio di un altro stato membro, di procedere esecutivamente sullo stesso o comunque di soddisfarsi.¹⁵

Il nuovo art.51 l. fall estende esplicitamente il divieto di azioni esecutive e cautelari singolari anche ai crediti prededucibili, così

¹⁵ per una analisi di tali problematiche, v. Lamanna, in (a cura di Jorio- Fabiani) Il nuovo diritto fallimentare, Bologna, 2006, 780 e ss.

come già ritenuto dalla prevalente giurisprudenza in passato, essendo sempre stata in prevalenza considerata inammissibile una azione esecutiva in danno della procedura concorsuale per tali crediti, pur in presenza di alcune isolate pronunzie giurisprudenziali di merito di segno positivo, anche perché la Suprema Corte ha sempre affermato il principio che per i crediti prededucibili non spontaneamente adempiti, ex art 111 l. fall., fosse necessario procedere all'insinuazione al passivo per ottenere il diritto di partecipare al concorso.

La nuova formulazione non sembra ammettere eccezioni al divieto di azioni esecutive, neppure per i crediti prededucibili, certi, liquidi e esigibili, che possono essere soddisfatti ai sensi dell'art. 111, bis, 4° c. anche fuori del riparto.

Una nuova deroga al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali è stata introdotta dal nuovo art. 104, ter, ult. comma l. fall., per i beni rimessi alla disponibilità del debitore, nel caso in cui il curatore con il consenso del comitato dei creditori rinunci alla loro acquisizione o liquidazione, in quanto manifestamente non conveniente, atteso che in questo caso i creditori possono agire esecutivamente sul bene.

L'art. 107 nuovo testo, pur nell'ambito delle nuove modalità delle vendite, che sono affidate interamente al curatore, previa approvazione del programma di liquidazione da parte del comitato dei creditori e del giudice delegato, prevede la possibilità per il curatore di subentrare nelle procedure esecutive mobiliari e immobiliari, già pendenti alla data di fallimento, con conseguente applicazione delle norme dettate dal codice di procedura civile, altrimenti il g. e. deve dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione su istanza del curatore, salvi i casi di deroga dell'art. 51.

La novità più rilevante è rappresentata dalla circostanza che tale principio è stato esteso anche alle esecuzioni mobiliari, mentre in precedenza valeva solo per le procedure immobiliari.

Le differenze più importanti fra il sistema della legge del 1942 e la legge di riforma attengono invece alla liquidazione dell'attivo,

dato che nell'ambito delle ridisegnate figure degli organi fallimentari, il potere di vendita dei beni è passato dal giudice delegato al curatore al quale è affidata la responsabilità di gestione della procedura sotto il controllo del comitato dei creditori e degli altri organi giurisdizionali¹⁶.

Nel sistema della legge del 1942 era il giudice delegato che emetteva tutti i provvedimenti di liquidazione dell'attivo, autorizzando le vendite mobiliari e procedendo direttamente alle vendite immobiliari, secondo le disposizioni del processo esecutivo, salvi alcuni adattamenti.

L'art. 104 l. fall. prevedeva infatti che il curatore doveva procedere alle vendite dopo il deposito dello stato passivo, sotto la direzione del giudice delegato e sentito il parere del comitato dei creditori, salve le esigenze dell'esercizio provvisorio, rinviando per le modalità, alla disciplina dettata dal codice di procedura civile per l'espropriazione individuale.

Mentre per i beni mobili e per le aziende la vendita poteva essere affidata a degli intermediari (vendita a mezzo di commissionario, normalmente l'IVG.) oppure direttamente dal curatore al miglior offerente, individuato con gare informali o anche a trattativa privata a prezzo non inferiore a quello di stima, per le vendite immobiliari era sempre necessario l'incanto, salva la possibilità della vendita senza incanto, ma con esclusione della vendita a trattativa privata, considerata dalla giurisprudenza di legittimità radicalmente nulla.

Per contro nel nuovo sistema il giudice è privo di tale potere, che è passato al curatore, il quale diviene il vero motore della procedura con compiti sia di amministrazione, sia di liquidazione dei beni del fallito essendo riservati al giudice compiti più strettamente

¹⁶ sulla riforma della legge fall. v. : Il nuovo fallimento, (a cura di Santangeli) , Milano, 2006, Il nuovo diritto fallimentare, (a cura di Jorio – Fabiani, Bologna – Roma, 2007; Guglielmucci, Diritto fallimentare, La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali, Torino, 2007, Zanichelli, La nuova disciplina del fallimento, Torino, 2006;Bozza, Commento breve alla riforma fallimentare, Lodi, 2006; Caiafa, Nuovo diritto delle procedure concorsuali, Cedam, 2006 e Grossi, La riforma della legge fallimentare, Milano , 2005

giurisdizionali di giudice terzo, che è chiamato a risolvere i conflitti fra i vari organi gestionali e di organo di sorveglianza .

Al curatore è affidata l'amministrazione e la gestione del patrimonio del debitore, ma a differenza di quanto avviene nell'esecuzione singolare, nella quale l'individuazione degli stessi è contestuale al pignoramento con cui viene imposto il vincolo di indisponibilità, nella procedura concorsuale il vincolo deriva direttamente dalla sentenza di fallimento con la successiva necessità di individuare i beni del fallito, non solo immobili, ma anche mobili, eventualmente anche presso terzi, mediante l'apposizione dei sigilli (che è ora atto del curatore e non più del giudice) e con l'inventariazione , in cui il curatore, come in passato, può essere assistito, oltre che dal cancelliere, da un esperto per la stima dei beni, anche se quest'ultimo non è più nominato dal giudice.¹⁷

Va rammentato che su alcuni beni mobili non è possibile neppure apporre i sigilli, perché di uso personale e in tal caso si deve procedere ex art. 758 cpc, provvedendo a descriverli nel processo verbale o anche a fotografarli sulla base della nuova disposizione dell'art. 518 cpc.

Il vecchio art. 84 l. fall. prevedeva che i beni sottoposti ai sigilli, se deteriorabili o anche di difficile o dispendiosa conservazione, nonché in pericolo di sottrazione o furto potessero essere venduti immediatamente ex artt. 104, 2° c, l. fall. e 758, 2° c. cpc. a mezzo di un commissionario a mente dell'art. 532 cpc.

Tale norma riecheggia in un certo senso il disposto dell'art. 501 cpc che prevede la possibilità di vendita immediata delle cose deteriorabili.

La vendita anticipata di cui all'art. 104, 2° c. comprendeva non solo i beni deteriorabili, ma in generale i beni di difficile collocazione o che potevano avere una imminente diminuzione di valore o di difficile custodia, anche per le spese di amministrazione gravanti sulla curatela fallimentare.

¹⁷ per la fase di liquidazione nella riforma v. Guglielmucci , op cit.230 e ss., Quatraro, in Jorio – Fabiani, op cit.

Nella riforma della procedura fallimentare nel caso in cui dal ritardo nella vendita possa derivare un pregiudizio per i creditori, il curatore può ai sensi dell'art. 104, ter, sesto comma l. fall., procedere alla vendita dei beni, anche prima della presentazione e approvazione del programma di liquidazione, su autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori se già nominato.

La riforma non ha invece riprodotto l'ultimo comma dell'art 84 in tema di beni deteriorabili, ma tuttavia si ritiene che il curatore possa procedere alla loro vendita ex art. 104 ter, sesto comma, non potendo tra l'altro gli stessi neppure essere sigillati¹⁸.

Il curatore deve poi presentare un programma di liquidazione con l'indicazione delle modalità e dei tempi previsti per la realizzazione dell'attivo e la sua sottoposizione al parere favorevole del comitato dei creditori e del giudice delegato.

In particolare l'art. 104 ter l. fall. volendo favorire quanto più possibile la cessione in blocco dei complessi produttivi, prevede che il curatore, ove non sia possibile presentare un concordato fallimentare, evidenzi la possibilità o meno di disporre l'esercizio provvisorio o in alternativa l'affitto dell'azienda o di rami d'azienda e poi deve illustrare la possibilità di procedere alla vendita in blocco dell'azienda, di singoli rami o di rapporti giuridici individuali (art. 105 l. fall.) o in subordine, in caso di vendita atomistica con disgregazione dell'azienda, deve indicare le condizioni di vendita dei singoli cespiti, oltre alle azioni risarcitorie , recuperatorie o revocatorie che intende esercitare.

Il programma di liquidazione oltre a contenere le linee programmatiche di realizzazione dell'attivo è concepito come uno strumento immediatamente esecutivo, in quanto sostituisce le singole autorizzazioni per l'adozione degli atti previsti nella fase liquidativa e prevede anche la possibilità di affidare ad altri professionisti alcune incombenze relative al programma.

¹⁸ Fontana, in, a cura di Jorio – Fabiani, op. cit. , 1361.

In particolare il curatore procede alle vendite e agli altri atti di liquidazione, sulla base di procedure competitive, avvalendosi anche di soggetti specializzati, sulla base di perizie di stima effettuate da esperti, salvo il caso di beni di modesto valore, assicurando con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. La vendita è quindi effettuata dal curatore in esecuzione del programma di liquidazione, senza necessità di ulteriori autorizzazioni e pareri, con la massima libertà di scelta sulle soluzioni da adottare, ma con il rispetto delle procedure competitive e di adeguate forme di pubblicità, potendo quindi essere utilizzati sia per i beni mobili, che per gli immobili il sistema delle offerte segrete in busta chiusa ad un prezzo base non inferiore al prezzo di stima (o anche a offerte migliorative) o il sistema della vendita senza incanto delineata dal cpc o dell'incanto presso lo studio del curatore o di un notaio.

Il curatore potrà ricorrere anche al sistema della vendita a mezzo di commissionario, vale a dire a soggetti specializzati che verranno individuati con un apposito decreto ministeriale, come in passato si ricorreva agli IVG regolati dal d. m. 11.02.1997, n.109 o secondo le norme dettate dall'art. 1731 e ss. del cod. civ.

Anche per i beni immobili in assenza di qualsiasi previsione della legge fall. sarà necessario procedere al trasferimento della proprietà non più con il decreto di trasferimento, ma con gli strumenti privatistici (rogito notarile o scrittura privata autenticata) e le spese saranno a carico dell'acquirente secondo quanto previsto dall'art. 1474 cod. civ. , ma comunque la vendita anche se effettuata in queste forme avrà natura di vendita forzata, con la conseguente non eccepibilità di vizi della cosa venduta e con il trasferimento che avverrà solamente con l'integrale pagamento del prezzo e con effetto purgativo in virtù del quale l'acquirente acquisterà il bene libero da ipoteche e privilegi.

Rimane inoltre la previsione della possibilità della sospensione della vendita da parte del curatore nel caso in cui pervenga una

offerta irrevocabile di acquisto che superi di almeno il 10% il prezzo già raggiunto e analogo potere mantiene il g. d. su ricorso del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, ex art. 108 , 1° c. o per gravi e giustificati motivi o qualora il prezzo raggiunto appaia notevolmente inferiore quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato.

Gli artt. 104 bis e 105 sono poi interamente dedicati all'affitto e alla vendita dell'azienda, che devono avvenire con procedure competitive puntualmente disciplinate, in quanto la vendita dell'azienda come complesso unitario viene vista con favore dal legislatore nell'ottica recuperatoria cui si impronta la nuova disciplina e costituisce la regola generale , mentre la vendita separata costituisce una ipotesi residuale, così come per la vendita in blocco delle attività, sempre avendo di mira la convenienza economica per i creditori.

Per quanto attiene ai crediti vantati dal fallito e alle azioni risarcitorie e recuperatorie la riforma ha introdotto una interessante novità, rappresentata oltre che dalla codificazione della possibilità di cessione dei crediti, di qualsiasi natura, anche fiscale, sia presenti che futuri pure se contestati, prevista dall'art. 106, f. fall., in particolare dalla possibilità di stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti, oltre che di cedere le azioni revocatorie fallimentari, sempre che i relativi giudizi siano già pendenti, cosa questa che in precedenza era possibile solo in sede di concordato fallimentare con assuntore.

La cessione dei crediti anche se non espressamente prevista, era già largamente praticata nelle procedure concorsuali (soprattutto in materia fiscale), ma la nuova formulazione dell'art.106 l. fall. fa ritenere pienamente legittima e preferibile la cessione in massa dei crediti, della cui legittimità in precedenza si dubitava, ritenendosi invece dai più che fosse preferibile la riscossione diretta¹⁹.

¹⁹ v per la tesi favorevole, Provinciali, op. cit. , 1579 e Cuneo, Le procedure concorsuali, Milano, 1988, 1260, mentre per la tesi negativa, Bonsignori, Liquidazione dell'attivo, in Comm. L. fall., Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1976, 108

In precedenza sotto il vigore della legge del 1942 si riteneva già possibile la liquidazione di tali attività, in quanto considerate cose mobili e rientranti fra le cose espropriabili ai sensi dell'art.553 cpc., atteso che l'assegnazione forzata può avere ad oggetto, a mente dell'art. 2928 cod. civ., anche un credito, anche se il diritto dell'assegnatario nei confronti del debitore, si estingue solo con la riscossione del credito assegnato.

Secondo alcuni autori l'ampia formulazione della nuova norma rende la cessione in massa dei crediti la forma ordinaria di liquidazione di tale categoria di beni , rappresentando invece il recupero diretto da parte del curatore una ipotesi residuale, con un mutamento di indirizzo radicale da parte del legislatore, che ha sposato in tal modo le esigenze di rapidità di chiusura della procedura, anche a scapito dell'entità delle somme recuperabili da distribuire ai creditori, valutando il primo aspetto maggiormente apprezzabile rispetto al secondo²⁰.

Inoltre la legge ha previsto la possibilità di avvalersi di un mandatario per la riscossione dei crediti, utilizzando degli operatori specializzati, che possono procedere alla riscossione con procedure più rapide rispetto al procedimento esecutivo, consentendo al curatore di subentrare anche nei contratti pendenti, dato che il fallimento non comporta più lo scioglimento del contratto di mandato.

I crediti cedibili sono d'altro canto di tutti i tipi, compresi i crediti tributari e i crediti futuri o in contenzioso, sia derivanti dalle attività del fallito, sia derivanti dalle azioni di massa, compresa l'azione di responsabilità e le revocatorie ordinarie e fallimentari , subordinatamente alla pendenza della relativa azione e questo a differenza che nel concordato fallimentare, ove diversamente da quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, sotto il vigore della precedente disciplina, quando erano cedibili le sole azioni già promosse dal curatore, oggi ex art. 124 l. fall. ult. comma,

²⁰ v.Liccardo – Federico, op. cit., 1773 e Quaranta, op. cit. , 516.

possono essere cedute anche le azioni solamente autorizzate dal g. d. , ma non ancora proposte.²¹

In particolare possono essere ceduti, come da una prassi ampiamente diffusa, i crediti tributari e segnatamente anche i crediti IVA e i crediti futuri con l'avvertenza che per questi ultimi il trasferimento si attua solamente quando il credito venga ad esistenza, avendo in precedenza il contratto di cessione efficacia meramente obbligatoria e sempre che la fonte del credito futuro sia determinata o determinabile.

LA GESTIONE DEI CREDITI AFFIDATI A TERZI

Per gestione dei crediti affidati a terzi si intende il fenomeno dell'affidamento dei crediti "anomali" a delle società specializzate (per lo più emanazione del mondo bancario) le quali gestiscono, sulla base di un mandato, sia le fasi di "due diligence" sia di contatto e trattativa con i clienti delle mandanti, allo scopo di individuare, ove possibile, delle soluzioni di definizione stragiudiziale più rapida e meno costosa, sia la gestione della eventuale fase giudiziale, sempre su mandato del cliente.

Il possibile vantaggio di tale soluzione è rappresentato dalla riduzione dei costi fissi di gestione del contenzioso, che sono sostituiti dal costo variabile rappresentato dal corrispettivo dovuto alla banca, in funzione del successo dell'attività di recupero o della valutazione dell'inutilità di ogni ulteriore iniziativa, di fronte all'inesigibilità del credito, al fine della sua svalutazione o della sua messa a perdita fiscale ai sensi in origine degli artt. 66 e 71 del dpr. n. 917/86 (ora degli artt. 101 , 5° c. e 106 del TUIR , come modificato dalla l. N. 266/05, relativamente alle minusvalenze e alle svalutazioni dei crediti).

²¹ v. Guglielmucci, op. cit. ,233, Liccardo- Federico, in (a cura di Jorio -Fabiani), op. cit., 1774, contra Bozza, op. cit., che esclude la cedibilità delle revocatorie ordinarie. Per le azioni revocatorie la giurisprudenza aveva ritenuto che fossero cedibili all'assuntore solamente se già pendenti(v. Cass. 9.10.1998, 10013).

In particolare tali norme consentono di considerare come minusvalenze le perdite su crediti, quando risultino da elementi certi e precisi e in ogni caso se il debitore sia assoggettato a procedure concorsuali, quali il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria, mentre la svalutazione dei crediti è prevista dall'art. 106 Tuir nei limiti ivi indicati.

Le varie forme in cui si può realizzare la gestione del credito anomalo possono spaziare dalla cessione del credito, al mero mandato per la riscossione dello stesso, senza efficacia traslativa, alla cessione mediante stipulazione di un contratto di factoring e infine alla cartolarizzazione dei crediti.

Mentre la cessione del credito, produce l'immediato trasferimento del credito pro- soluto o pro- solvendo al cessionario, il mandato all'incasso non ha efficacia traslativa, conferendo solamente al mandatario la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità.

E' noto tuttavia che dal mandato all'incasso puro e semplice, come dalla cessione del credito, si suole distinguere la diversa figura del mandato irrevocabile all'incasso o mandato in rem propriam, regolato dall'art. 1723 del cod. civ.

Non vi sono dubbi che il mandato all'incasso conferito anche nell'interesse del mandatario (c. d. mandato in rem propriam) e la cessione del credito siano due figure del tutto autonome e distinte avendo una diversa natura, anche se le loro finalità possono essere simili.

In giurisprudenza si è infatti affermato che: "La cessione di credito ed il mandato irrevocabile all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie o di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili, poiché la cessione produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato "in rem propriam" conferisce al mandatario solo la legittimazione a

riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva, con la conseguenza che il creditore può validamente cedere il proprio credito anche dopo aver conferito ad altro soggetto un mandato irrevocabile all'incasso del suddetto credito, sempre che, prima della cessione, il mandatario in "rem propriam" non abbia già incassato le somme relative, atteso che tale fatto, determinando l'estinzione del credito, ne renderebbe impossibile la cessione²².

Sulla base di quanto previsto dall'art. 1705, secondo comma, cod. civ. in dottrina si ritiene che la titolarità del credito passi dal mandatario al mandante per effetto del contratto di mandato, ma che tale disposizione vada coordinata con le regole di efficacia e opponibilità della cessione del credito, atteso che l'acquisto del credito da parte del mandante non può essere opposto al terzo debitore ceduto fino a quando il mandante stesso non decida di rivelarsi a lui con la sostituzione al mandatario di cui parla l'art. 1705 cod. civ e che può essere considerata qualcosa di analogo alla notificazione della cessione prevista dall'art. 1264, 1° c. cod. civ.²³

In tale ipotesi si configurerebbe una sorta di efficacia traslativa del credito in favore del mandante non immediata e automatica, ma sottoposta alla condizione sospensiva, meramente potestativa della decisione del mandante di rivelarsi al terzo, vale a dire alla volontà dell'acquirente di condizionare sospensivamente l'acquisto del diritto, con la conseguenza che il terzo rimarrebbe sempre obbligato a pagare al mandatario – cedente, fino al momento in cui il mandante non si rivolga a lui per esigere il credito.

Non si dimentichi che la nuova formulazione dell'art. 78 l. fall. diversifica le posizioni nel caso di fallimento del mandatario e del mandante, mentre in precedenza il contratto di mandato si

²² V. fra le pronunzie più recenti per tutte Cass., 26.03.2003, n.19054, Cass. 30.01.2003, n.1391, e Cass. 3.12.2002, n.17162 e in dottrina Inzitari, Cessione di crediti, mandati all'incasso e cessione di crediti in garanzia, in Dir. Fall., 2000, 1043 e ss.Graziadei, Mandato, in Rivista di diritto civile, 1997, 147 e ss.

²³ v.Luminoso, Il mandato, in (diretto da Rescigno), Trattato di diritto privato, 12, Torino, 1985, 90 -91.

scioglieva per effetto del fallimento, con le note complicazioni in tema di mandato all'incasso in rem propriam²⁴.

E' noto infatti che secondo la giurisprudenza il mandato in rem propriam sopravvive al fallimento del mandante ex art. 1723, 2° c., ma il curatore può revocare il mandato per giusta causa e comunque il mandatario non può procedere alla compensazione del credito con il debito da riscossione, mentre nel caso in cui il mandato integri una vera e propria cessione del credito con funzione solutoria, la banca cessionaria, incamerando il credito di cui è divenuta titolare, non è tenuta a restituire il relativo importo alla curatela.²⁵

Al riguardo si è infatti affermato che: “il conferimento di un mandato "in rem propriam" all'incasso di crediti nei confronti di un terzo con l'attribuzione della facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione, totale o parziale, di un debito verso il mandatario, benché non ancora sorto, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, producendo effetti sostanzialmente analoghi alla cessione di crediti ha, oltre che uno scopo di garanzia, soprattutto funzione solutoria, risolvendosi nella precostituzione di un mezzo sicuro di pagamento per il mandatario in ordine ai finanziamenti da effettuare a favore del mandante. Ne consegue che, trattandosi di un mezzo soddisfacente diverso dal danaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali, risulta suscettibile di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, legge fall., se pattuito nel biennio sospetto, a nulla rilevando che tale pattuizione sia coeva al sorgere del rapporto”.²⁶

Attualmente la nuova disciplina mentre mantiene l'effetto dello scioglimento del rapporto nel caso di fallimento del mandatario, salva l'ipotesi dell'esercizio provvisorio, nel caso di fallimento del mandante, oltre alla regola naturale della continuazione del

²⁴ V. Cass., 20.08.1993, n.8806

²⁵ v. Cass., 4.11.1992, n.11966.

²⁶ v. ad esempio ex multis, Cass., 16.07.2004, n.13165.

contratto nel caso di prosecuzione dell'attività, prevede la possibilità per il curatore di subentrare o meno nel rapporto, con sospensione del contratto fino alla scelta dello stesso²⁷.

La cessione del credito è invece regolata dagli artt. 1260 – 1267 del cod. civ., che distinguono fra le due figure della cessione dei crediti pro-soluto e pro-solvendo, essendo la prima caratterizzata, come effetto naturale del contratto, dalla garanzia dell'esistenza del credito, salve le ipotesi di esclusione convenzionale (art. 1266) e la seconda dalla garanzia della solvibilità del debitore ceduto (art. 1267).

Nel caso della cessione del credito pro-solvendo il cedente risponde nei limiti di quanto abbia eventualmente ricevuto e deve corrispondere gli interessi e le spese di cessione, oltre a quelle sopportate dal cessionario per escutere il debitore e gli eventuali danni, salvo che il mancato recupero del credito sia dipeso da negligenza del cessionario nell'iniziare o proseguire le istanze contro il debitore.²⁸

Va rammentato che l'art 58 del TUB. ha disciplinato la cessione dei rapporti giuridici individuali in blocco a banche e a altri soggetti specifici, con estensione del principio della conservazione tacita a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione.

La cartolarizzazione (o securitisation) è invece una tecnica finanziaria, nata negli Stati Uniti che prevede la cessione pro-soluto di attività patrimoniali capaci di generare flussi di cassa, quali i crediti o gli immobili, ad una società appositamente costituita (società veicolo) a fronte della corresponsione di un prezzo di cessione. La società veicolo finanziano tale pagamento mediante l'emissione di titoli che vengono collocati presso gli investitori e che verranno rimborsati esclusivamente con i ricavi dell'attività ceduta.

²⁷ V. Presti, in (a cura di Jorio – Fabiani), op. cit., 1237 e ss.

²⁸ V. Cass., 6.07.1999, n.7018.

La figura in questione costituisce uno strumento alternativo di autofinanziamento per ogni tipo di impresa nel cui portafoglio siano presenti dei crediti, in quanto consente l'ingresso di nuova liquidità attraverso lo smobilizzo dei crediti.²⁹

L'esigenza delle imprese di disporre di nuova liquidità e la propensione degli investitori ad accedere a nuove forme di investimento del denaro hanno portato al diffondersi anche presso di noi di operazioni che consentono una conversione di attività finanziarie in titoli negoziabili sul mercato, mediante una circolazione del credito sia diretta che indiretta, mediante la circolazione del documento che lo rappresenta.³⁰

Il processo inizia con l'individuazione di un complesso di crediti generati da un soggetto nello svolgimento della propria attività, da separare dal suo restante patrimonio, per essere destinato esclusivamente a garanzia dei titoli che saranno emessi nel corso dell'operazione al fine di reperire nuova liquidità, con la conseguente necessità che nel nostro ordinamento il patrimonio separato sia previsto per legge, in modo da garantire gli investitori che acquistino i titoli, senza violare la regola generale dell'art. 2740 cod. civ., che le somme corrisposte dai debitori a pagamento dei crediti siano destinate in via esclusiva al soddisfacimento del diritto incorporato nel titolo e che su tali somme siano ammesse azioni soltanto a tutela dei loro diritti.

Nel caso di investitori non professionali è inoltre necessaria una valutazione del merito del credito da parte di operatori terzi (c. d. agenzie di rating).

L'emissione dei titoli è definita senza ricorso, in quanto il cedente non ne garantisce in alcun modo il rimborso se i flussi di cassa generati dalle attività cedute non siano sufficienti.

Con la legge 30.04.1999, n. 130 anche in Italia la cartolarizzazione è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico, riferendola

²⁹ v. Carota, La cartolarizzazione dei crediti, in (a cura di Gabrielli e Lener) I contratti del mercato finanziario, I, Torino 2004, 211 e ss.

³⁰ v. su tale complesso fenomeno di c. d. dematerializzazione della ricchezza, Carota, op. cit., 218, n. 20 e ivi riferimenti di dottrina.

direttamente all'ipotesi della cartolarizzazione mediante cessione dei crediti ad una società veicolo e solo in via residuale alle ipotesi di cartolarizzazione mediante un finanziamento al soggetto cedente da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli o alla cessione a fondi comuni di investimento.³¹

La legge n. 130 /99 non pone particolari vincoli né di tipo soggettivo, né di tipo oggettivo per cui l'impresa è legittimata a cedere qualsiasi tipo di crediti pecuniari sia presenti che futuri, individuati in blocco se si tratta di una pluralità di crediti, sia pro-soluto che pro-solvendo e quindi è possibile cedere anche i crediti vantati nei confronti dell'amministrazione finanziaria, secondo quanto disposto dall'art.43 bis del dpr. 602/73 (e d. m. 30.09.1997, n.384) per le imposte dirette e dalla l. 13.05.1988, n.154 per quanto riguarda l'IVA.³²

E' interessante notare che alla particolare disciplina concernente l'efficacia della cessione dei crediti è connessa la regola contenuta nell'art.4, 3° e 4° c. della legge n. 130/90 di alcune regole derogatorie in tema di azione fallimentare , in quanto nel caso del fallimento dei debitori ceduti, ai pagamenti effettuati dalla società cessionaria non si applica l'art. 67 l. fall., mentre dall'altra si stabilisce che per le operazioni di cartolarizzazione i termini di due e un anno previsti dall'originario art. 67 l. fall. si riducano rispettivamente a sei e tre mesi, con conseguente maggior tutela per gli investitori³³

Il factoring infine è una figura contrattuale di matrice anglosassone, con cui un soggetto (c. d. cedente) trasferisce o si impegna a cedere in esclusiva a titolo oneroso tutti o parte dei suoi crediti presenti e futuri che scaturiscono dalla sua attività imprenditoriale ad un altro soggetto denominato factor, il quale si impegna dietro pagamento di un corrispettivo a fornire servizi o

³¹ v. Carota, op. cit. , 247 e ss.

³² per la cessione dei crediti tributari e la cartolarizzazione degli stessi v. diffusamente Tonetti, Aspetti fiscali delle procedure concorsuali, Padova, 2006, 313 e ss.

³³ Carota, op. cit. , 260.

denaro anticipando normalmente in tutto o in parte l'importo del credito ceduto.³⁴

Altre figure note di contratti atipici molto diffuse nella pratica internazionale sono poi il confirming, il forfaiting e il factoring internazionale.

Il confirming è un negozio nato in Inghilterra con cui degli operatori specializzati si impegnano nei confronti di un imprenditore nazionale (esportatore) a garantire il pagamento del credito vantato verso un debitore estero, e a corrispondere anticipazioni in contanti sull'importo del credito, contro rimessa da parte dell'esportatore dei documenti di esportazione della merce e dei titoli rappresentativi del credito.

Il factoring internazionale riguarda il fenomeno della cessione di crediti quando il cedente e il debitore siano soggetti che operano in paesi diversi e si possono distinguere le diverse figura dell' export factoring e dell'import factoring; tale figura ha ricevuto un riconoscimento legislativo anche in Italia con la legge n. 260 /93 che ha recepito la convenzione Unidroit sul factoring internazionale, approvata dai membri dell'istituto nella conferenza di Ottawa in data 28.05.1988.

Dal factoring all'esportazione si distingue il forfaiting (o sconto pro soluto di cambiali) che è una operazione, nata in Svizzera e diffusasi nella pratica internazionale per il sostegno dell'esportazione, di acquisto di crediti differiti da parte di una istituzione finanziaria, nella forma dello sconto pro-soluto (vale a dire senza rivalsa sul cedente), con assunzione di tutti i rischi di insolvenza commerciale e valutaria , dietro pagamento di un prezzo che è determinato in funzione della lunghezza della dilazione, della divisa in cui è espresso il credito e del sottostante rischio, al netto delle commissioni, interessi e spese.

In questa operazione l'esportatore italiano vende le cambiali ad un istituto cambiario o finanziario estero, apponendo sui titoli la

³⁴ v. Luminoso, I contratti tipici e atipici, il Factoring, Milano, 1995, 290 e ss., De Nova, Nuovi Contratti, Torino, 1990, 83 e ss. Clarizia, Il contratto di factoring, in (a cura di gabrielli – Lener) , cit, 375 e ss.

dicitura “senza ricorso” e lo stesso si applica di solito a esportazioni di beni d’investimento con scadenze di pagamento molto lunghe, a differenza del factoring che riguarda transazioni a breve termine e attinenti a beni di consumo.³⁵

Tale contratto non è disciplinato dalla legge italiana, se non indirettamente attraverso la legge 24.05.1977, n.277 (legge Ossola), che prevede dei contributi per il sostegno all’esportazione a favore delle imprese e a carico del Mediocredito centrale e con il riferimento contenuto nell’art. 1, punto n. 2 del TUB n. 385/93 , che si limita a elencare il forfaiting tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento quale operazione di prestito.

Nel contratto di factoring che è la figura contrattuale più importante, il factor si impegna a fornire una serie di servizi che vanno dalla contabilizzazione, alla gestione, alla riscossione dei crediti, fino alla garanzia dell’eventuale inadempimento dei debitori, ovvero al finanziamento dell’imprenditore cedente sia attraverso la concessione di prestiti, sia attraverso il pagamento anticipato del credito ceduto.

Il factor normalmente si impegna infatti, come risulta dalla modulistica corrente, a fornire la gestione, contabilizzazione, amministrazione, sollecito e incasso dei crediti di impresa; l’eventuale smobilizzo anticipato rispetto alle scadenze dei crediti ceduti, le informazioni commerciali, e la collaborazione nel valutare i nominativi dei debitori, la consulenza commerciale, il recupero dei crediti insoluti e/o impagati e l’assunzione, anch’essa eventuale e preventivamente determinata, del rischio del credito nei confronti di uno o più debitori della clientela³⁶.

Anche in questo caso la cessione può avvenire impropriamente o pro-solvendo lasciando al cedente il rischio dell’eventuale insolvenza del debitore ceduto oppure pro-soluto, nel qual caso il factor si assume il rischio dell’insolvenza dei debitori ceduti.

³⁵ v. su queste diverse figure, Bussari, Cendon, I contratti nuovi, Milano, 237 e ss., nonché (in Trattato diretto da F. Galgano) I contratti dell’industria e del mercato finanziario, I contratti per il Finanziamento delle Imprese, G. Tucci, Il factoring, 527 e M. Pittalis, Il forfaiting, 555 e ss.

³⁶ Clarizia, op. cit., 380

Il cliente garantisce l'esistenza del credito ceduto e di norma anche la solvenza del debitore ceduto (c. d. cessione con rivalsa, chiamata erroneamente cessione pro-solvendo), salvi i crediti che il factor dichiara espressamente di approvare (cessione senza rivalsa, chiamata erroneamente pro-soluto) e le prassi contrattuali prevedono normalmente che il factor corrisponda al cliente l'importo del credito ceduto al valore nominale, soltanto dopo averlo incassato dal debitore ceduto o per i crediti approvati entro un termine fisso, oppure la facoltà su richiesta del cliente di anticipare nella misura del 70- 80% il credito ceduto rispetto alla data di scadenza, con pagamento da parte del cliente delle commissioni per i servizi prestati e per i rischi assunti e gli interessi sulle somme anticipate.

Per i crediti non approvati sussiste poi il diritto del factor di rivalsa, con obbligo del cedente di restituire le anticipazioni ricevute³⁷.

Il contratto in questione non ha in Italia una definizione normativa e rimane quindi legalmente atipico, anche dopo l'emanazione della legge 21.02.1991, n.52, dato che la stessa non contiene una regolamentazione di tale contratto , né lo definisce occupandosi esclusivamente della cessione dei crediti d'impresa e tale situazione non è cambiata neanche dopo l'emanazione del TUB in materia bancaria e creditizia n. 385/93 che trova applicazione anche nei contratti di factoring, sulla base del riordino di tutta l'attività finanziaria e creditizia, che è stata riportata sotto ,il controllo dell'autorità di vigilanza creditizia , ex art. 10, se si tratta di una banca o ex artt. 106 e 107 de TUB se si tratta di intermediari finanziari.³⁸

In particolare la legge n.52/91 prescrive a differenza dell'art. 1260 cod. civ., che il cedente sia un imprenditore commerciale, dovendosi comprendere in tale dizione anche il piccolo

³⁷ v. Luminoso, op. cit. , 292.

³⁸ ma per una critica recente di tale teoria e per un quadro normativo completo sul factoring, v. Clarizia , op. cit., 378 e ss. , che ritiene invece che la legge in questione abbia sostanzialmente tipizzato il contratto di factoring, pur occupandosi più in generale della cessione dei crediti dell'impresa.

imprenditore e l'artigiano, avendo voluto il legislatore escludere solo i non imprenditori, quali i lavoratori autonomi e in generale i consumatori, mentre il cessionario deve essere una banca o un intermediario finanziario abilitato, vale a dire costituito e operante ai sensi dell'art.106, secondo comma del TUB e il cui oggetto sociale preveda l'esercizio di tale attività, con la conseguenza che con la modifica introdotta dal Tub la cessione dei crediti d'impresa, cioè la fattispecie italiana del factoring, deve avere necessariamente causa di finanziamento.³⁹

Per contro il debitore ceduto non deve possedere particolari caratteristiche, potendo essere chiunque abbia intrattenuto, intrattenga o intratterrà nell'arco di due anni rapporti contrattuali con l'imprenditore cedente, dato che la legge consente anche la cessione di crediti futuri e di massa, purché si tratti di crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi (art. 3, 3° c.).

La giurisprudenza più recente in tema di factoring pur rimanendo ancorata ad una valutazione della portata limitata della legge del 1991 va sempre più valorizzando lo scopo di finanziamento che sottende l'intera operazione avendo affermato che: In tema di contratti, anche dopo l'entrata in vigore della legge 21 febbraio 1991, n. 52 sulla cessione dei crediti di impresa, il "factoring" rimane un contratto atipico il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore ("factor") la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa. Ne consegue che, ai fini della qualificazione del contratto, che dipende dagli effetti giuridici e non da quelli pratico-economici, il giudice deve fare riferimento all'intento negoziale delle parti che renda palese il risultato concreto perseguito, valutando in particolare se esse abbiano optato per quello "vendendi", per quello "mandati" o per altro ancora. (Enunciando il principio di cui in massima, la S.C. ha confermato la sentenza della Corte territoriale, la quale, alla luce

³⁹ V. Clarizia, op. cit. , 394.

della caratterizzazione impressa alla fattispecie dei contraenti, aveva dato atto della essenzialità e della centralità, nel caso, della cessione dei crediti e del risultato giuridico ad essa congruente del trasferimento del valore patrimoniale rappresentato dai crediti stessi in vista della ulteriore finalità della creazione della provvista per le operazioni di finanziamento da realizzarsi mediante le anticipazioni, laddove la funzione gestoria si collocava in posizione subordinata e strumentale all'esigenza della conservazione del valore economico dei crediti ceduti)⁴⁰.

La riforma della legge fallimentare che pure ha introdotto significative modifiche in tema di contratti pendenti non ha previsto alcuna disposizione per i contratti di factoring per cui gli stessi rimangono regolati dalla legge n. 52/91 e dalle regole generali in tema di contratti pendenti.

L'ipotesi più importante, essendo difficile il fallimento del factor, è quella del fallimento del cedente.

Nulla disponendo la legge circa l'opponibilità del contratto si applicherà l'art. 45 l fall., mentre per le cessioni la Suprema corte ha stabilito che: La cessione dei crediti, a norma degli artt. 5 e 7 della legge 21 febbraio 1991, n. 52, non è opponibile al fallimento ove ricorrano i presupposti della conoscenza dello stato di insolvenza del cedente, dell'esecuzione del pagamento suscettibile di revoca nell'anno anteriore al fallimento, e della verifica del detto pagamento prima della scadenza del credito ceduto”⁴¹ e che: “In tema di azione revocatoria fallimentare, la cessione di un credito costituisce un mezzo anormale di pagamento, in quanto, sostituendo (o aggiungendo) un debitore ad un altro, lascia il credito almeno temporaneamente insoddisfatto, traducendosi quindi in un modo di estinzione dell'obbligazione solo potenziale, e comunque non di pronta soluzione, rispetto al quale risulta irrilevante l'eventuale conseguimento degli effetti sperati, trattandosi in ogni caso di un atto solutorio che non è considerato

⁴⁰ V. Cass. 27.08.2004, n.17116.

⁴¹ v. Cass. 13.02.2004, n.2782

dalla legge né dalla prassi come un mezzo ordinario di pagamento. Natura eccezionale va infatti riconosciuta all'opponibilità delle cessioni al fallimento, prevista dall'art. 7 della legge 21 febbraio 1991, n. 52 e dall'art. 1, comma nono, del decreto-legge 2 dicembre 1985, n. 668, convertito in legge 31 gennaio 1986, n. 11, trattandosi di norme volte a favorire rispettivamente le operazioni di cessione in massa dei crediti d'impresa e l'assolvimento degli oneri previdenziali delle imprese. Nessun rilievo, infine, può assumere in proposito la certezza del realizzo del credito ceduto (nella specie, in quanto vantato nei confronti dello Stato), dal momento che l'anomalia dell'atto non va valutata soggettivamente, in relazione alla solvibilità maggiore o minore del debitore ceduto, ma oggettivamente, in ragione della non corrispondenza dello stesso alla tipologia degli atti che ordinariamente, per previsione normativa o alla stregua della comune prassi commerciale, si compiono per estinguere le obbligazioni, ove manchino pattuizioni coeve alla loro insorgenza che prevedano forme di adempimento diverse da quelle conosciute dalla legge⁴².

Per contro l'art. 5 della l. n.52/91 stabilisce che le cessioni sono opponibili al fallimento non soltanto nel rispetto delle regole di diritto comune, vale a dire se sono state notificate o accettate, ma anche se il factor ha eseguito a favore del cedente un pagamento avente data certa anteriore all'inizio della procedura.

Gli artt. 6 e 7 si occupano infine della revocatoria fallimentare con delle norme fortemente criticate dalla dottrina perché di difficile interpretazione. L'art. 6 in particolare dispone che il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario alla revocatoria fallimentare, ma tuttavia tale azione può essere proposta nei confronti del cedente quando il curatore dimostri che egli conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento al cessionario, salva l'azione di rivalsa del cedente verso il cessionario che abbia rinunciato alla garanzia prevista dall'art. 4.

⁴² v. Cass. 5.03.2007, n. 5057.

Nel caso di fallimento del cedente l'efficacia delle cessioni verso i terzi prevista dall'art.5, 1° c. non è opponibile al fallimento del cedente, se il curatore prova che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente quando ha eseguito il pagamento e sempre che il pagamento del cessionario al cedente sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto, mentre il secondo e il terzo comma disciplinano il recesso del curatore, limitatamente alle singole cessioni dei crediti futuri, concedendo al curatore la facoltà come nell'art. 72 l. fall. di sciogliersi dal contratto di durata.⁴³

Riferimenti normativi:

r. d. 16.03.1942, n.267 (legge fallimentare);

d. l. 14.03.2005, n.35, convertito in legge 14.05.2005, n.80 e d. lgs. 9.01.2006, n.5 (modifiche alla legge fallimentare);

legge 21.02.1991, n. 52 sulla cessione dei crediti d'impresa;

legge 14.07.1993, n. 260 di ratifica e esecuzione della convenzione di Ottawa su factoring internazionale;

artt. 10, 58, 106 e 107 del TUB., testo unico bancario, come modificato dal d. lgs. n. 342/'99;

legge 30.04.1999, n. 130 sulla cartolarizzazione dei crediti.

⁴³ v. Clarizia, op. cit. , 424 e ss.

