

La liquidazione dell'attivo nella riforma del diritto fallimentare

1) Differenze e assonanze nell'esecuzione individuale e nella liquidazione concorsuale.

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 l. 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

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

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

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

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

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 procedente 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 coniugale e di quella in favore dei creditori dell'eredità, in caso di eredità beneficiata (art. 490, terzo comma), regolando in tal modo

⁵ v. Bonsignori, op cit. , 22

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

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.

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

Il fallimento tuttavia si caratterizza non tanto per l'eliminazione dell'impresa insolvente mediante liquidazione del suo attivo,

⁷ V. ancora Ferrara, op. cit., 46.

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

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 sull'amministrazione straordinaria) o la cessione dell'azienda o dei complessi aziendali (e quindi il mutamento degli assetti imprenditoriali , come si esprime ancora la legge n. 270/99), o in alternativa, ove questo non sia possibile, mediante la liquidazione

⁹ v. Guglielmucci, op. cit. ,7 e ss

atomistica del patrimonio del debitore, operando una scissione fra la figura dell'imprenditore insolvente e l'impresa, vista come una realtà possibilmente da salvare eventualmente affidandola ad un nuovo gestore.

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

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.

ragioni di fronte allo stato di insolvenza doveva coordinarsi con il primario interesse pubblico all'eliminazione dal mercato (o al 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 sanciva e sancisce tuttora 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

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

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. 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 (salva la possibilità per il curatore di intervenire nell'esecuzione), 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 decreto correttivo ha tuttavia inserito una importante novità prevedendo un terzo comma all'art. 52 che sancisce l'applicabilità della regola del concorso anche per i crediti esentati dal divieto di cui all'art. 51, con la conseguenza che anche il creditore fondiario deve insinuarsi al passivo, pur mantenendo la legittimazione a proseguire nell'azione esecutiva.

Nel caso in cui il creditore fondiario non abbia ancora iniziato l'azione esecutiva, il curatore può tuttavia promuovere la vendita coattiva trovando applicazione il principio della prevenzione.¹⁴

La norma deve essere interpretata nel senso che il creditore fondiario ha diritto di iniziare o proseguire nell'esecuzione soddisfacendosi provvisoriamente sul ricavato della vendita coattiva del bene, mentre l'eccedenza deve essere attribuita alla procedura fallimentare, solo se si sia anche insinuato nella procedura fallimentare, dovendo poi partecipare al riparto per ottenere la definitiva attribuzione delle somme a lui spettanti, atteso che secondo la giurisprudenza di legittimità il creditore non ha diritto di ritenere le somme conseguite nell'esecuzione individuale, nel caso in cui si debbano soddisfare creditori aventi collocazione poziore, tenuto conto che sui crediti ipotecari prevalgono solo quelli aventi privilegio speciale sull'immobile (art. 2748, 2° c.), oltre alle spese di amministrazione e conservazione dell'immobile dopo l'apertura della procedura concorsuale.¹⁵

La relazione accompagnatoria al decreto correttivo chiarisce infatti che l'aggiunta del terzo comma dell'art. 52 serve a chiarire che anche i creditori per i quali non vige il divieto di azioni esecutive e cautelari sono assoggettati al concorso formale, per cui ai fini di essere soddisfatti in sede concorsuale, devono essere previamente accertati, come tutti gli altri crediti, dal giudice delegato.

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,

¹⁴ v. Cass., 28.01.1993, n.1025.

¹⁵ v. Guglielmucci, Diritto fallimentare, cit., 193.

revocatorie e surrogatorie, con la sola esclusione dei sequestri penali di natura probatoria e preventiva – impeditiva (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)¹⁶.

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.

¹⁶ ma alcuni dubitano che tali norme siano applicabili, per una disamina, v. Marelli, in Jorio – Fabiani , op. cit. , 766.

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 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, influiscono 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.¹⁷

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

¹⁷ per una analisi di tali problematiche, v. Lamanna, in (a cura di Jorio- Fabiani) Il nuovo diritto fallimentare, Bologna, 2006, 780 e ss.

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.

2) Liquidazione dell'attivo

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 giurisdizionali¹⁸.

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

¹⁸ 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

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

Al curatore è affidata invece l'amministrazione e la gestione del patrimonio del debitore, ma a differenza di quanto avviene nell'esecuzione singolare, nella quale l'individuazione dei beni da sottoporre a espropriazione 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, ma direttamente dal curatore.¹⁹

3) L'acquisizione dei beni.

L'inventario, stante il richiamo dell'art. 87 alle norme del codice di procedura civile, deve essere effettuato con le modalità previste dall'art. 755 cpc e avere quindi ad oggetto sia i beni mobili, anche

¹⁹ per la fase di liquidazione nella riforma v. Guglielmucci , op cit.230 e ss., Quatraro, in Jorio – Fabiani, op cit.

registrati, che immobili (ma secondo alcuni autori per tali beni sarebbe sufficiente la trascrizione della sentenza di fallimento presso i pubblici registri immobiliari)²⁰, con l'esclusione dei beni indicati nei nn. 3,4 e 5 di tale articolo, in quanto la legge fallimentare prevede diverse modalità di presa in consegna del denaro e della documentazione contabile e di verifica del passivo e deve essere redatto in doppio originale e uno degli stessi deve essere depositato in cancelleria²¹.

La norma lascia irrisolta la questione se l'apposizione dei sigilli sia atto obbligatorio, anche se la dottrina propende per la tesi affermativa, salva la facoltà per il curatore di valutare discrezionalmente la possibilità di iniziare rapidamente la redazione dell'inventario, con il rischio tuttavia di dover rispondere dell'eventuale perdita del possesso dei beni di terzi detenuti dal fallito.²²

Va rammentato che su alcuni beni mobili non è possibile neppure apporre i sigilli, ex art. 758 cpc, perché di uso personale (art. 46 l. fall. e 514, 515 e 545 cpc) e in tal caso si deve procedere a descriverli nel processo verbale o anche a fotografarli sulla base della nuova disposizione dell'art. 518 cpc.

Il nuovo testo dell'art. 84 prevede che l'apposizione dei sigilli, sui beni che si trovano presso la sede dell'impresa e sugli altri beni del debitore (o meglio dei locali in cui gli stessi sono contenuti), venga effettuata dal curatore (eventualmente delegando parte delle operazioni a uno o più coadiutori designati dal giudice) secondo le norme dettate dal codice di procedura civile agli artt. 752 e ss. (e quindi con l'assistenza del cancelliere o di un notaio, anche se alcuni autori ritengono che l'atto possa essere effettuato

²⁰ v. Asprella, in *Il nuovo fallimento*, (a cura di Santangeli) , Milano, 2006, 380.

²¹ v. Catalozzi, *Il nuovo ruolo del curatore nell'acquisizione dei beni*, in *Fallimento*, 2007, 1068 e ss.

²² Catalozzi, cit., 1070 e nota 11) con i richiami di dottrina (v. Guglielmucci , *Effetti del fallimento*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1979, 350, per l'equiparazione fra perdita di possesso dopo l'apposizione dei sigilli o in assenza di sigilli).

da solo da parte del curatore, che redige apposito processo verbale)²³.

L'art. 85 l. fall. prevede che al curatore devono essere immediatamente consegnate il denaro, le cambiali e gli altri titoli di credito, compresi quelli scaduti e le scritture contabili e ogni altra documentazione non già depositata in cancelleria.

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 secondo il dettato dell'art. 532 cpc.

Tale norma riecheggiava in un certo senso il disposto dell'art. 501 cpc che prevedeva 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.

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 sigillati e dovendo quindi necessariamente applicarsi il secondo comma del richiamato art. 758 cpc o anche in alternativa l'art. 25, n. 2

²³ v. Fontana, in Iorio – Fabiani, cit., 1360, ma in senso contrario per la necessità del cancelliere v. Guglielmucci (a cura di), *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, Padova, 2006.

relativo ai provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio del debitore.²⁴

L'art. 87 bis prevede inoltre con una norma innovativa che in deroga a quanto stabilito dagli artt. 52 e 103 l. fall. i beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili, possono essere restituiti con decreto dal giudice delegato su istanza della parte interessata e con il consenso del curatore e del comitato dei creditori, con esclusione degli stessi dall'inventario.

In tali casi è quindi prevista una deroga alla regola dell'accertamento in concorso mediante domanda di rivendica o di restituzione sulla base della natura reale o obbligatoria del diritto vantato e sempre che si dia già prova dei presupposti richiesti dall'art. 621 cpc per l'accoglimento della domanda, atteso che la deroga all'art. 103 riguarda solamente l'aspetto procedurale e non quello sostanziale.²⁵

4) il programma di liquidazione e le modalità esecutive delle vendite

La novità di maggior rilievo della riforma è rappresentata dalla presentazione da parte del curatore del programma di liquidazione dell'attivo con l'indicazione delle modalità e dei tempi previsti per la realizzazione dello stesso e la sua sottoposizione al parere favorevole del comitato dei creditori e del giudice delegato.

La riforma ha previsto che la fase di liquidazione abbia le caratteristiche di una attività di gestione da parte degli organi della procedura (curatore e comitato dei creditori), con indicazione

²⁴ Fontana, in, a cura di Jorio – Fabiani, op. cit. , 1361.

²⁵ V. ancora Fontana, op. cit. 1374, che giustamente sottolinea che il rigoroso regime probatorio di cui all'art. 621 cpc non si applica nel caso in cui i beni vengano rinvenuti in un luogo diverso dall'azienda o dall'abitazione del fallito non operando la presunzione di appartenenza al fallito(Cass. , 27.06.1997, n. 5771) e in forza dello stesso art. 621 cpc quando il diritto del terzo appaia verosimile in ragione della professione o commercio esercitati dallo stesso terzo o dal fallito.

delle scelte strategiche e operative che possano condurre ad una ottimale gestione del patrimonio fallimentare.²⁶

Il legislatore, abbandonata la prospettiva meramente atomistica di vendita dei beni del debitore per il pagamento dei creditori, ha quindi pensato ad un curatore che abbia la gestione della procedura assimilandolo ad un manager o ad un amministratore della società, anche perché il fallimento dovrebbe riguardare solamente le società di medie e grandi dimensioni, ove la salvaguardia dell'impresa o di rami della stessa, da recuperare e reinserire nel mercato, dovrebbe rappresentare l'obiettivo primario della procedura concorsuale, da contemperare con le esigenze di soddisfazione dei creditori.

Nell'ambito delle procedure concorsuali si distingue infatti fra procedure liquidatorie orientate a privilegiare come fine primario gli interessi dei creditori e procedure risanatorie orientate a privilegiare, pur nel rispetto delle ragioni dei creditori, il debitore e le opportunità di salvaguardia dell'impresa e gli interessi ad essa connessi, quali ad esempio quelli dei lavoratori, dei fornitori e dei clienti.²⁷

Un antecedente di questa norma si può trovare nell'art. 54 del d. lgs. n. 270/99 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, dove il programma di liquidazione mira al recupero dell'azienda, secondo le linee dettate dall'art. 27, che distingue fra la cessione dei complessi aziendali preceduta da un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa non superiore ad un anno, oppure attraverso una ristrutturazione economico finanziaria, preceduta da un programma di risanamento di durata non superiore a due anni.

Anche la legge c. d. Marzano di cui al d. l. 23.12.2003, n. 347 (misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese

²⁶ V. M. Mastrogiacomo, La liquidazione dell'attivo nel fallimento, 58 e ss., Milano, 2007, Quatraro –Esposito, Il programma di liquidazione: profili generali, 1661 e ss., in Iorio – Fabiani, Il nuovo diritto fallimentare, cit., Ferro, La liquidazione dell'attivo: fase preliminare di osservazione dell'impresa in esercizio, fase di progettazione e fase di attuazione nelle nuove vendite, in Dirr. Fall., 2006, 805 e ss., R. Fimmanò – C. Esposito, La liquidazione dell'attivo fallimentare, Milano, 2007

²⁷ v. L. Caprio (a cura di) Gli strumenti della crisi finanziaria in Italia : una analisi economica, Milano, 1997, 17 e Sandullii, La crisi d'impresa, in V: Buonocore (a cura di), mMnuale di diritto commerciale, Torino, 2003, 1217.

in stato di insolvenza) emanata in occasione del caso della Parmalat, prevede una procedura concorsuale con continuazione dell'attività da parte dell'impresa insolvente al riparo dalle azioni esecutive dei creditori, fino al momento in cui si accerti la possibilità o l'impossibilità di attuazione di uno dei due programmi alternativi contemplati dalla normativa, relativi o alla cessione dei complessi aziendali o alla loro ristrutturazione economico – finanziaria di cui all'art. 27, secondo comma, lett.b) del d. lgs. n. 270/99.

Lo scopo primario di questa procedura è quindi quello del risanamento, tendendo al recupero della piena solvibilità dell'imprenditore attraverso la prosecuzione dell'attività, la sospensione delle azioni esecutive e la dilazione dei pagamenti, in conformità ad un piano di ristrutturazione economico – finanziaria o in subordine quello della cessione dei complessi produttivi, atteso anche che l'art. 4, 4° comma prevede che il Tribunale possa disporre la conversione della procedura in fallimento qualora il Ministro non autorizzi l'esecuzione del piano di risanamento e nel caso in cui non sia possibile adottare il programma di cessione dei complessi aziendali.²⁸

Un altro precedente è costituito dall'art. 2487 del cod. civ. sulla liquidazione ordinaria delle società di capitali, che attribuisce all'assemblea che nomina i liquidatori di dettare i criteri della liquidazione, con particolare riguardo alla cessione dell'azienda o di rami di essa, agli atti necessari alla sua conservazione, compreso l'esercizio provvisorio, ovvero alla cessione di singoli beni o diritti o blocchi degli stessi.

La novella in tale ottica ha pertanto modificato le norme riguardanti l'esercizio provvisorio e ha introdotto una specifica disciplina riguardante l'affitto e la vendita dell'azienda in vista

²⁸ v. sulla legge Marzano, Fabiani – Ferro, Dai Tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa, in *Fallimento*, 2004, 132 e ss e G. D'attorre, Le procedure di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di stato, in *Diritto del commercio internazionale*, 200, 69 e ss e ivi richiami di dottrina.

della salvaguardia dei complessi produttivi, quale alternativa o in aggiunta all'esercizio provvisorio.²⁹

Il mutamento di prospettiva operato dalla novella di tendenziale conservazione dei complessi produttivi è ben sottolineato dalla imposizione al curatore di un ordine di preferenze nella liquidazione, nel senso che lo stesso deve preferibilmente cercare di vendere prima l'azienda o i rami della stessa o i rapporti giuridici in blocco e solo in subordine ove questo non sia conveniente o possibile i singoli beni disaggregati, anche se l'interesse alla conservazione dei complessi produttivi e dei livelli occupazionali non prevale sull'interesse dei creditori al miglior realizzo, come invece avviene nelle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, ove è invece previsto che l'acquirente debba proseguire almeno per un biennio nell'attività e mantenere per lo stesso periodo i livelli occupazionali esistenti all'atto della vendita, avendo come contropartita il computo nella valutazione del prezzo dell'azienda in esercizio della redditività anche se negativa (cfr art. 63, 1° e 2° c. del d. lgs. 8.07.1999, n.270).

In tale prospettiva 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 al fine di conservare il valore dell'impresa e il suo miglior realizzo o in alternativa l'affitto dell'azienda o di rami della stessa e illustri 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, indichi le condizioni di vendita dei singoli cespiti, oltre alle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che intende esercitare.

²⁹ v. Stasi , L'esercizio provvisorio, in Fallimento, 2007, 853 e ss. e Abete Il novello esercizio provvisorio: brevi notazioni, in Dirr. Fall., 2006, 659.

Il programma di liquidazione che costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo di realizzazione dell'attivo, deve essere un atto analitico, che indica in maniera specifica le modalità e i termini delle vendite fallimentari, nonché le ragioni delle scelte operate, secondo un ordine ben preciso individuato dal legislatore e non una mera dichiarazione di intenti, in modo che sia poi possibile passare con celerità, una volta approvato il piano, alla sua esecuzione sotto il controllo degli organi fallimentari.

Il programma di liquidazione, secondo l'impianto originario della riforma, oltre a contenere le linee programmatiche di realizzazione dell'attivo era concepito come uno strumento immediatamente esecutivo, in quanto sostituiva le singole autorizzazioni del giudice per l'adozione degli atti previsti nella fase liquidativa e prevedeva anche la possibilità di affidare ad altri professionisti alcune incombenze relative al programma.

Ora invece sulla base del decreto correttivo il programma deve essere approvato dal solo comitato dei creditori, mentre poi il giudice deve autorizzare i singoli atti, ma tale modificazione non fa venir meno i suoi caratteri precipui di atto analitico e omnicomprensivo di pianificazione di tutte le fasi della liquidazione del patrimonio del debitore.

Il programma di liquidazione deve essere depositato entro il termine di sessanta giorni dalla chiusura dell'inventario, ma potendo esservi delle difficoltà circa l'analiticità dei dati da riportare nello stesso (in particolare sulle prospettive economiche delle azioni recuperatorie , revocatorie e risarcitorie) si ritiene ammissibile che il curatore possa chiedere una proroga per il deposito del documento programmatico, al massimo di ulteriori sessanta giorni (nel caso in cui il termine vada considerato ordinario), mentre il mancato rispetto del termine (se considerato perentorio) potrebbe comportare una responsabilità del curatore e nei casi più gravi anche una revoca dello stesso.

Sulla natura ordinaria o perentoria del termine in questione vi sono divergenti interpretazioni dottrinali, sostenendo gli autori più

liberali che l'assenza di esplicite sanzioni, a differenza di quanto previsto dall'art. 54 del decreto sull'amministrazione straordinaria, ove il mancato deposito del piano comporta la revoca del commissario, milita a favore della tesi della non perentorietà del termine, mentre gli autori più rigidi sottolineano che le esigenze di celerità della procedura e l'impossibilità di procedere nella liquidazione prima dell'approvazione del programma, oltre allo svincolamento dell'attività di liquidazione dalla esecutività dello stato passivo, come in passato e l'elasticità del termine che decorre non da una data fissa ma dalla data del completamento dell'inventario, fanno propendere per la sua perentorietà.³⁰

E' tuttavia evidente che non sempre è possibile in un arco temporale così limitato, evidenziare con la dovuta completezza, anche sotto il profilo del possibile risultato economico raggiungibile, le possibili azioni da compiere e le prospettive di concreto recupero dei crediti, che implicano spesso non solo approfondite analisi giuridiche, ma anche indagini sulla solvibilità dei potenziali debitori (si pensi alle azioni di responsabilità verso amministratori e sindaci, o le azioni revocatorie delle rimesse bancarie o di danni per abusiva concessione del credito ecc...), con la conseguenza che su tali aspetti o si dovrebbe ritenere ammissibile una certa genericità del programma, che sembra tuttavia esclusa dal dato normativo o si dovrebbe preferibilmente ritenere ammissibile una prorogabilità del termine di deposito comprovata da validi motivi.³¹

Il programma può anche essere integrato con un supplemento, anche se il legislatore parla in questo caso di piano, con la conseguenza che la variazione non dovrebbe riguardare le linee programmatiche generali già individuate, non più modificabili, ma solamente l'integrazione delle attività liquidatorie per la scoperta di ulteriori beni o di nuove azioni recuperatorie da intraprendere, dando conto delle ragioni della mancata previsione

³⁰ V. Esposito, Il programma di liquidazione, cit., 1084.

³¹ V. Mastrogiacomo, cit., 66.

nel progetto originario (ad esempio sopravvenienza di beni, valutazione ulteriore della solvibilità dei debitori).

Il curatore può infine proporre al comitato dei creditori la derelizione, vale a dire la non acquisizione all'attivo o la rinuncia alla liquidazione di determinati beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente o anche la rinuncia a determinati crediti.

Gli artt. 104 bis e 105 sono 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.

La legge del 1942 nulla prevedeva in tema di affitto e vendita dell'azienda ed anzi alcuni autori ritenevano che tali atti non fossero ammissibili in fase fallimentare, dato il carattere eminentemente liquidatorio della procedura, volto quasi esclusivamente a eliminare dal mercato l'imprenditore insolvente e a vendere in maniera disaggregata i suoi beni per soddisfare le ragioni della massa, salve le ipotesi contemplate nelle procedure di amministrazione controllata e di concordato preventivo con garanzia o di concordato fallimentare con assuntore ove la procedura poteva mirare al salvataggio dell'impresa.

Tuttavia l'affitto e la vendita dei complessi aziendali (o di rami di essa o di opificio) era andata sempre più affermandosi nella prassi fallimentare, non solo perché l'affitto dell'azienda era un utile strumento che consentiva di salvaguardare i complessi produttivi, continuando l'attività invece di ricorrere all'esercizio provvisorio (opzione che veniva raramente percorsa, sia per le difficoltà legate alla gestione diretta e alla connessa responsabilità gravante sugli organi fallimentari, sia per l'assenza dei suoi

presupposti, necessariamente più ristretti rispetto all'affitto), ma anche perché in tal modo si potevano affrontare le problematiche dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento.

Per quanto riguardava le modalità della vendita si erano sviluppati contrastanti indirizzi, atteso che se l'azienda comprendeva solamente beni mobili si riteneva ammissibile anche la vendita a trattativa privata, mentre la presenza degli immobili faceva propendere per la necessità della procedura di vendita all'asta, oppure il ricorso per analogia alle norme sull'esercizio provvisorio.

L'affitto e la vendita dell'azienda avevano anzi trovato, dopo il riconoscimento della loro piena legittimità dalla giurisprudenza, una prima regolazione normativa nelle leggi nn. 428/'90 e 223/'91 (art. 3), che avevano definitivamente eliminato qualsiasi dubbio sull'ammissibilità di tale strumento volto alla conservazione e al riassetto dell'impresa in crisi.

In particolare l'art. 3 della legge n. 223/91 aveva riconosciuto per le imprese socialmente rilevanti il diritto di prelazione dell'affittuario, nell'ambito della regolamentazione fra la cigs. e procedure concorsuali e analoga previsione era anche contemplata dall'art.14, della legge n. 49/'85 per le cooperative di lavoratori dipendenti di imprese soggette a procedure concorsuali, limitando il diritto di prelazione legale alle sole ipotesi in cui l'imprenditore che aveva preso in affitto l'azienda fallita avesse assunto parte dei dipendenti di questa, evitando per questi ultimi il ricorso alla cigs³².

Va rammentato che la riforma ha anche inserito l'art. 80 bis che disciplina i contratti di affitto d'azienda pendenti alla data del fallimento, prevedendo che la dichiarazione di fallimento non sia causa di scioglimento del contratto, ma anche la possibilità di scioglimento entro sessanta giorni con la corresponsione di un equo indennizzo, che nel dissenso delle parti deve essere determinato dal giudice.

³² V. Cass. 3.11.1994, n. 9052 e Cass. 10.02.1999, n. 1296

L'affitto dell'azienda o di suoi rami da parte della curatela può essere autorizzato dal giudice, anche prima della presentazione del programma di liquidazione, su parere favorevole del comitato dei creditori quando appaia utile ai fini della più proficua vendita dell'azienda con le modalità e condizioni stabilite dall'art. 104 bis e può prevedere anche la prelazione convenzionale a favore dell'affittuario, prelazione che deve essere esercitata entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione del prezzo di vendita dell'azienda effettuata dal curatore entro dieci giorni dall'esaurimento del procedimento di determinazione del prezzo di vendita (vale a dire dopo la scadenza del termine di dieci giorni fissato dall'art. 108, primo comma per la presentazione al g. d. di istanze di sospensione).

Al diritto di prelazione convenzionale si aggiunge il diritto di prelazione legale previsto dall'art. 3, quarto comma della l. 223/91 anche nel caso di vendita fallimentare solamente per le ipotesi ivi previste e sempre che l'affitto dell'azienda sia stato stipulato dal curatore e non nel caso in cui il contratto sia stato concluso prima del fallimento dal debitore³³.

Normalmente la prelazione legale prevista dalle norme sulla successione ereditaria, dalla legge sull'equo canone e sull'affitto di fondi rustici non opera nel caso di fallimento

L'art. 105 l. fall prevede inoltre la vendita dell'azienda in blocco o di rami della stessa con le modalità di cui all'art. 107 e in conformità a quanto previsto dall'art. 2556 cod. civ. (rogito notarile o scrittura privata autenticata), con la relativa pubblicità nel registro delle imprese, senza tuttavia riprodurre, come già segnalato, la regola fissata dall'art. 63 del d. lgs. n. 270/99 in tema di salvaguardia dei livelli occupazionali e di valutazione della redditività dell'azienda anche se negativa, malgrado tale previsione fosse contenuta nel disegno di legge redatto dalla

³³ v. (a cura di Guglielmucci), *Formulario delle procedure*, M. Drassich, commento all'art. 104 e ss. cit., 287., ma contra Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali*. Il secondo atto in www.quotidianogiuridico.it secondo cui il diritto di prelazione ha solo origine patrizia a seguito della novella.

commissione di riforma della legge fallimentare e un suo eco si trovi ancora nella relazione accompagnatoria al d. lgs. n. 5/06³⁴.

L'art. 105, terzo comma inserisce invece una deroga alla regola generale fissata dall'art. 2112 cod. civ. in tema di rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda o di rami di essa, stabilendo, analogamente a quanto già contemplato dall'art. 63 del d. lgs. n. 270/99, che nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalla normativa vigente.

E' noto che l'art. 2112 cod. civ. nell'attuale sua formulazione, a seguito delle modifiche introdotte, dapprima dal d. lgs. 2.02.2001, n. 18 (legge che ha modificato l'art. 47 della l. 29.12.1990, n. 428) e poi dal d. lgs. 10.09.2003, n. 276, di attuazione della delega di cui alla legge 14.02.2003, n. 30, ha disciplinato il trasferimento d'azienda (o di parti di essa intese come struttura autonoma) nell'ambito dei rapporti di lavoro, definendolo come qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità nell'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda.³⁵

La novella risolve il problema dell'applicabilità in sede fallimentare del regime di cui all'art. 2560 cod. civ., in base al quale l'acquirente risponde dei debiti aziendali solo se risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, nel senso che salvo patto contrario l'acquirente in sede fallimentare non risponde dei debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del

³⁴ v. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, cit. , 244 – 245. E. Quaranta, commento all'art. 105, in Santangeli, cit., 509 e ss. ,Fimmanò ,*Vendita dell'azienda*, , in Jorio-Fabiani, *IL nuovo diritto fallimentare*, cit. , 1731

³⁵ v. sul riformato art. 2112 M. Giuliano, *Cessione di ramo d'azienda: i confini giuridici della tutela*, in [www. Judicium. It. News](http://www.Judicium.It.News), ins. 6.09.06.

trasferimento, trattandosi di una vendita coattiva e i relativi debiti dovranno necessariamente essere fatti valere in sede concorsuale sul ricavato della vendita non solo dell'azienda ma di tutto il patrimonio del debitore fallito.

Tuttavia l'art. 105 ultimo comma consente anche che il pagamento del prezzo avvenga tramite acollo privato (vale a dire liberatorio per il venditore) dei debiti da parte dell'acquirente, anche se non è escluso che l'acquirente possa assumere in via solidale passiva gli oneri gravanti sull'azienda ceduta, anche se tale pagamento parziale o totale del prezzo non può derogare il principio della graduazione dei crediti concorrenti.

Per quanto riguarda invece i crediti vantati dall'azienda ceduta si applica il principio enunciato dall'art. 2559, per cui in mancanza di notifica o accettazione del debitore la cessione ha effetto nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese, ma il debitore ceduto è comunque liberato se paga in buona fede all'alienante.

L'art.105, ottavo comma prevede infine che il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione dell'azienda o di rami di essa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'art. 2560 del cod. civ.³⁶

Questa modalità di liquidazione dell'attivo riecheggia quella prevista nell'ambito del concordato preventivo e del concordato fallimentare, ove all'art. 124, comma secondo, lett. c) (ma vedi anche come antecedente l'art. 4 - bis, comma primo, lett. c) della legge c. d. Marzano di cui al d. l. n. 347/03 convertito in legge n. 39/04) si ammette che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori possa avvenire con qualunque forma, anche mediante cessione dei beni, acollo e altre operazioni straordinarie ivi comprese l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni,

³⁶ v. Mastrogiacomo, cit., 124

anche convertibili in azioni o in altri strumenti finanziari e titoli di debito.

Per contro in sede fallimentare le controparti dell'operazione non sono i creditori, ma soggetti terzi ai quali la curatela si affiancherebbe conferendo dei beni per partecipare a dei progetti di ristrutturazione industriale.

La partecipazione del curatore a tali operazioni deve comunque essere sempre giustificata dall'intento di salvaguardare i valori aziendali, avendo di mira una più agevole e conveniente vendita della partecipazione, una volta completato il trasferimento, rispetto all'utilizzo dei tradizionali sistemi di realizzazione dell'attivo, nel rispetto di tutte le norme inderogabili della sezione I del capo V della legge fallimentare, esponendo le ragioni della scelta nel programma di liquidazione e ottenendo l'approvazione del comitato dei creditori e l'autorizzazione del giudice delegato.³⁷

Per quanto attiene alle modalità della vendita il curatore deve procedere 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, nel regime attualmente vigente di cui al d. lgs. n. 5/06, 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 (in base ai principi della programmazione condivisa, della omnicomprensività, dell'universalità, della celerità, della massima deformalizzazione e dell'esecuzione controllata), ma con tassativo 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

³⁷ v. in tal senso Mastrogiacomo, cit., 126.

offerte migliorative) o il sistema della vendita senza incanto delineata dal cpc o dell'incanto presso lo studio del curatore o di un notaio (ma il decreto correttivo ha reintrodotto la possibilità di delegare al giudice le vendite secondo le norme del codice di procedura civile).

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 fallimentare 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.

La natura di vendita forzata comporta infatti l'applicabilità degli artt. 2919 e ss. del cod. civ. (effetti della vendita forzata); ne consegue che l'acquisto ha carattere derivativo e purgativo e l'effetto traslativo avviene con il pagamento integrale del prezzo, in assenza del decreto di trasferimento, l'acquirente non potrà eccepire i vizi della cosa venduta, salva l'ipotesi della vendita di aliud pro alio, ma avrà il diritto all'evizione totale o parziale e gli saranno opponibili solamente i diritti dei terzi (locazioni nei limiti di cui all'art. 2923.

Alla vendita eseguita con tali forme trova anche applicazione l'art. 2930 cod. civ. in tema di esecuzione forzata per consegna o rilascio in quanto i titoli esecutivi idonei ad attivare il procedimento sono quelli di cui all'art. 474 cpc, fra i quali a

seguito della riforma della procedura civile di cui alla legge 14.05.2005, n. 80, sono ricompresi tutti gli atti ricevuti da notaio (mentre in precedenza tale categoria comprendeva solo le obbligazioni di somme di denaro).

Va però rammentato che trattandosi comunque di vendite coattive con effetto purgativo l'art. 107 , secondo comma, impone per i beni immobili (e per i beni mobili registrati), prima del completamento delle operazioni di vendita, la notificazione a cura del curatore dell'avviso ai creditori ipotecari o muniti di privilegio speciale iscritti.

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

Per quanto attiene ai crediti vantati dal fallito e alle azioni risarcitorie, revocatorie 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, sia singolarmente che in massa, prevista dall'art. 106, f. fall., in particolare anche 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 assuntore³⁸.

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

³⁸ V. Pagni, Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, in fallimento, 2007, 1037 e ss. e Guglielmucci, Le azioni di ricostruzione del patrimonio, ivi, 1044 e ss.

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 diretta³⁹.

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., pure 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, (il cui antecedente si può rinvenire nell'art. 90, , secondo comma della legge sulla liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito, di cui al testo unico in materia bancaria e creditizia d. l. 1.09.1993, n. 385) 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 secondo.⁴⁰

L'art. 90 secondo comma del T. U. bancario consente infatti al commissario liquidatore la cessione di attività , passività, dell'azienda , di rami d'azienda o anche di beni e rapporti giuridici individuali in blocco.

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,

³⁹ 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

⁴⁰ v.Liccardo – Federico, op. cit., 1773 e Quaranta, op. cit. , 516.

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, possono essere cedute anche le azioni solamente autorizzate dal g. d., ma non ancora proposte.⁴¹

In particolare possono essere ceduti, come da una prassi ampiamente diffusa, i crediti tributari e segnatamente anche i crediti IVA e i crediti II. DD. 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 vendita delle partecipazioni societarie deve seguire le regole dettate dal codice civile, per cui nel caso di fallimento del socio di una società di persone, comportando il fallimento la sua esclusione dalla società, sarà possibile ottenere la liquidazione della quota, mentre per la vendita delle quote delle srl l'alienazione è disciplinata dall'art. 2471 cod. civ., mentre per i titoli azionari si applica l'ordinaria disciplina civilistica.

5) La gestione dei crediti affidata a terzi e i rapporti con la liquidazione fallimentare.

⁴¹ 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).

La riforma della legge fallimentare ha previsto in maniera esplicita che anche i crediti, oltre che le azioni possano essere cedute in massa, anche al di fuori della vendita dell'azienda o di suoi rami o della vendita in blocco, oppure in alternativa la possibilità della stipulazione di un mandato per la riscossione dei crediti ed è quindi interessante approfondire anche la problematica dell'applicabilità delle specifiche discipline della cessione dei crediti nelle procedure concorsuali (mandato all'incasso, cessione pro- soluto e cessione pro- solvendo, factoring, cartolarizzazione)⁴².

Per gestione dei crediti affidati a terzi si intende il fenomeno dell'affidamento dei crediti "anomali" o "incagliati" 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.⁴³

Normalmente queste società si impegnano ad acquistare i crediti pro- soluto, corrispondendo un prezzo predeterminato in percentuale sui risultati conseguiti in un periodo di tempo determinato, salvo un compenso minimo anche nel caso di mancato recupero.

Il possibile vantaggio di tale soluzione, in un'ottica di gestione ottimale dell'impresa, 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

⁴² V. Caruso, Appunti in tema di diritto fallimentare e operazioni di securitization, in *Fallimento*, 2006, 883; R. Arlt, la whole business securitization alla luce del nuovo diritto societario e fallimentare italiano, in *Dirr. Fall.*, 2007, I, 158 e ss; F. Terrusi, Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga di funzioni del curatore fallimentare, in *Dirr. Fall.*, 2005, II, 408

⁴³ sui crediti commerciali in generale v. M. S. Avi, I crediti commerciali, aspetti gestionali, civilistici e fiscali, ieri, oggi e domani, in *Impresa*, 2007, I, 9 e ss.

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).

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.

Anche le procedure concorsuali possono tuttavia trarre dei vantaggi da tali tecniche di gestione dei crediti e del contenzioso , sia in termini di risparmio dei costi, sia in termini di abbreviazione dei tempi di chiusura del fallimento, con tutti i vantaggi ad essa connessa, che il legislatore preoccupato della "scandalosa" durata media delle procedure ha cercato di privilegiare anche in funzione di evitare condanne previste dalle norme comunitarie e nazionali (c. d. legge Pinto).

Le varie forme in cui si può realizzare la gestione del credito in sofferenza 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 cessione⁴⁴.

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

⁴⁴ 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.

alla notificazione della cessione prevista dall'art. 1264, 1° c. cod. civ.⁴⁵

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 scioglieva per effetto del fallimento, con le note complicazioni in tema di mandato all'incasso in rem propriam⁴⁶.

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.⁴⁷

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

⁴⁵ v.Luminoso, Il mandato, in (diretto da Rescigno), Trattato di diritto privato, 12, Torino, 1985, 90 -91.

⁴⁶ V. Cass., 20.08.1993, n.8806

⁴⁷ v. Cass., 4.11.1992, n.11966.

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”.⁴⁸

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 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 stesso⁴⁹.

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.⁵⁰

⁴⁸ v. ad esempio ex multis, Cass. , 16.07.2004, n.13165.

⁴⁹ V. Presti, in (a cura di Jorio – Fabiani), op. cit., 1237 e ss.

⁵⁰ V. Cass., 6.07.1999, n.7018.

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.

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.⁵¹

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 titolo negoziabili sul mercato, mediante una circolazione del credito sia diretta che indiretta, mediante la circolazione del documento che lo rappresenta.⁵²

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

⁵¹ v. Carota, La cartolarizzazione dei crediti, in (a cura di Gabrielli e Lener) I contratti del mercato finanziario, I, Torino 2004, 211 e ss.

⁵² v. su tale complesso fenomeno di c. d. dematerializzazione della ricchezza, Carota, op. cit. , 218, n. 20 e ivi riferimenti di dottrina.

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 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.⁵³

La legge n. 130 /99 non pone particolari vincoli né di tipo soggettivo (e quindi anche le curatele fallimentari), 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.⁵⁴

E' interessante notare che alla particolare disciplina concernente l'efficacia della cessione dei crediti è connessa la regola contenuta

⁵³ v. Carota, op. cit. , 247 e ss.

⁵⁴ per la cessione dei crediti tributari e la cartolarizzazione degli stessi v. diffusamente Tonetti, Aspetti fiscali delle procedure concorsuali, Padova, 2006, 313 e ss.

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 investitori⁵⁵

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 denaro anticipando normalmente in tutto o in parte l'importo del credito ceduto.⁵⁶

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

⁵⁵ Carota, op. cit. , 260.

⁵⁶ 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.

eventuale e preventivamente determinata, del rischio del credito nei confronti di uno o più debitori della clientela⁵⁷.

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 cediti.

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 ricevute⁵⁸.

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

⁵⁷ Clarizia, op. cit., 380

⁵⁸ v. Luminoso, op. cit. , 292.

di una banca o ex artt. 106 e 107 de TUB se si tratta di intermediari finanziari.⁵⁹

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 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.⁶⁰

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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ V. Clarizia, op. cit. , 394.

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 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)⁶¹.

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”⁶² e che: “In tema di azione revocatoria fallimentare, la cessione di un

⁶¹ V. Cass. 27.08.2004, n.17116.

⁶² v. Cass. 13.02.2004, n.2782

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 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 legge”⁶³.

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

⁶³ v. Cass. 5.03.2007, n. 5057.

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.

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.⁶⁴

Mentre la cessione dei crediti singolarmente presi o in massa o il conferimento di un mandato all'incasso non presentano particolari problemi per le procedure fallimentari e risultano già largamente praticati anche sotto il vigore della precedente disciplina, l'utilizzazione dei contratti di factoring o della tecnica della cartolarizzazione nella fase liquidativi destano non poche perplessità.

Per cercare di recuperare i crediti di difficile realizzo e in particolare quelli fiscali, dove i tempi spesso configgono con le esigenze di celerità delle procedure, si sono perseguite diverse strade alternative al semplice abbandono, dalla cessione del credito a società di factoring, alla cessione e attribuzione in sede di riparto del credito d'imposta fra i creditori o anche all'ultrattività degli organi della procedura.

⁶⁴ v. Clarizia, op. cit., 424 e ss.

In particolare si è sostenuto che nell'ipotesi in cui alla chiusura del fallimento permangono dei crediti non incassati, si possa procedere ad un riparto supplementare nel momento in cui saranno riscossi i crediti, in base al principio dell'ultrattività degli organi della procedura (Tribunale di Padova, 6.02.2003, in Fallimento, 2003, 899), ma tale soluzione è stata criticata in dottrina in quanto tale principio non è estensibile al di là delle specifiche ipotesi disciplinate dalla legge, rappresentate per quanto attiene ai riparti dall'art. 117, secondo comma, l. fall. sia della legge del 1942, sia della novella, secondo cui le somme accantonate devono essere versate ai creditori cui spettano dopo la chiusura quando si verifichi la condizione o il provvedimento passi in giudicato oppure ripartite fra gli altri creditori con un riparto supplementare.⁶⁵

L'alternativa a tale soluzione può essere il ricorso alla cartolarizzazione anche se tale operazione appare avere un senso preciso e una vera convenienza solamente nelle ipotesi di conservazione dell'attività imprenditoriale, mediante l'esercizio provvisorio o l'affitto dell'azienda o il concordato fallimentare, dovendosi invece escludere operazioni di securitization atipiche, non in linea con la legge n. 130/99, che concepisce l'operazione come rientrante nell'area degli strumenti finanziari di cui al d. lgs. n. 58/98, con cessione dei titoli emessi dalla società veicolo ai creditori, in assenza di una vera collocazione sul mercato dei titoli e di generazione di una liquidità mediante lo smobilizzo del portafoglio⁶⁶.

L'utilizzo di tale strumento, secondo le disposizioni della legge 130/99, certamente ammissibile anche per la curatela sotto il profilo soggettivo, nella fase meramente liquidatoria appare difficilmente realizzabile sul piano pratico anche se l'acquisto di crediti in sofferenza con operazioni di cartolarizzazione sembra non essere sgradito al mercato, oppure dovrebbe essere utilizzato

⁶⁵ v. Terrusi, *Il recupero dei crediti concorsuali*, cit., 417.

⁶⁶ V. ancora Terrusi, cit., 416 e ss.

nel caso di fallimenti dotati di un cospicuo patrimonio immobiliare.

Il vero scoglio appare legato al costo proibitivo dell'operazione di cartolarizzazione, che presuppone la nomina di legali esperti per la stesura dei contratti, di una banca advisor dell'operazione, nonché l'incarico ad una società di rating per la valutazione del portafoglio che vedrà trasformati in titoli di partecipazione quelli che erano in origine dei diritti di credito, per cui l'operazione potrebbe essere percorribile solamente nel caso del coordinamento di più curatori per la costituzione di una operazione “multioriginator”.⁶⁷

6) Le modifiche introdotte con il decreto correttivo.

Il decreto integrativo e correttivo di cui al d. lgs. 12.09.2007, n. 169 ha introdotto delle importanti novità anche in tema di liquidazione dell'attivo.

In particolare il programma di liquidazione deve essere predisposto dal curatore entro sessanta giorni dalla chiusura delle operazioni di inventario e sottoposto non più all'approvazione del giudice delegato, previa acquisizione del parere favorevole del comitato dei creditori, ma alla sola approvazione del comitato stesso⁶⁸.

Viene quindi eliminato ogni controllo sul programma di liquidazione non solo di merito, ma anche di legittimità da parte del giudice delegato, al quale il piano dopo l'approvazione da parte del comitato dei creditori deve essere comunicato, ai fini dell'autorizzazione degli atti ad esso conformi, in tal modo, secondo alcuni, ritornando al principio ispiratore della legge delega, che prevedeva l'approvazione del progetto di liquidazione

⁶⁷ V. sul punto le considerazioni di M. Caruso, Appunti in tema di operazioni di securitization, cit., 891 e nota n. 64.

⁶⁸ v. C. Esposito, il programma di liquidazione nel decreto correttivo, in fallimento, 2007, 1078. In generale sulla riforma alla luce del decreto correttivo, v. Guglielmucci, Diritto fallimentare, seconda edizione, aggiornata con il decreto correttivo, Torino, 2007.

da parte del comitato dei creditori, mentre riservava al giudice il potere di autorizzarne l'esecuzione⁶⁹.

Il decreto correttivo riscrive pertanto l'art. 104 ter l. fall. prevedendo che sia il comitato dei creditori ad approvare le scelte gestionali del curatore, esprimendo un parere vincolante sulle strategie del curatore volte a sfruttare al meglio le opportunità di realizzo, valorizzando l'azienda o rami di essa, mediante l'esercizio provvisorio o l'affitto d'azienda, valutando l'opportunità o meno di vendite in blocco dei beni, cessioni dell'azienda nella sua interezza, conferimenti in nuove società, cessione disaggregata dei singoli cespiti, cessione dei crediti e/o delle azioni revocatorie e risarcitorie.

La valutazione di tale novità appare contrastante in dottrina, atteso che vi è chi sottolinea come la norma abbia portato chiarezza alla dibattuta questione dei poteri del giudice di vagliare l'atto non solo sotto il profilo della legalità, ma anche del merito delle scelte gestionali (non senza sottolineare che un indiretto controllo di merito si poteva esercitare anche nell'ambito del giudizio di legalità, vagliando la congruenza e completezza delle motivazioni delle scelte del curatore e del comitato), specificando che il controllo di merito sul programma di liquidazione spetta solamente al comitato dei creditori, mentre in precedenza la sibillina formulazione dell'art. 104 ter lasciava il dubbio se il giudice dovesse vagliare solamente la conformità del piano alla legge e quindi avesse solamente un potere di sindacarne la legittimità, oppure potesse vagliarne anche il merito, sindacando le scelte gestionali del curatore.⁷⁰

Tuttavia anche la nuova formula adottata lascia adito a non pochi dubbi interpretativi, in quanto a stretto rigore al giudice delegato sembra ora affidata una valutazione di legittimità dei singoli atti

⁶⁹ ma per una critica di tale impostazione v. . Fabiani, Il decreto correttivo della riforma fallimentare, in Foro It. , 2007, parte V -12 , 225 e ss., che ritiene invece che il nuovo testo, sia difforme dalla delega , giocando sull'equivoco fra autorizzazione del giudice ai singoli atti di liquidazione o al programma nella sua interezza.

⁷⁰ v. sul punto Mastrogiacomo, cit. , 174 - 175

che il curatore intraprende, legittimità che si sostanzia nella conformità degli stessi al piano approvato dal comitato dei creditori e anche di conformità alle procedure stabilite dalla legge, per l'approvazione del piano.

Per contro, stando ad una interpretazione letterale, sembra precluso al giudice di intervenire in sede di autorizzazione dei singoli atti, negando la stessa quando il piano, approvato dal comitato, sia contrario alla legge nei suoi contenuti.

In questo caso secondo alcuni il giudice, a cui deve essere comunicato il piano, dopo l'approvazione del comitato dei creditori, potrebbe intervenire solamente nell'ambito dei suoi poteri di vigilanza ai sensi dell'art. 25, n. 3 l. fall., per ripristinare la legalità eventualmente violata, provvedendo a chiedere chiarimenti agli organi gestori ed eventualmente convocandoli davanti a sé eventualmente sospendendo anche le procedure di vendita.

Nel caso in cui il programma di liquidazione non sia rispettoso in termini formali delle disposizioni di legge (o sia anche viziato sotto il profilo del illogicità della motivazione adottata dal curatore e dal comitato dei creditori per giustificare determinate scelte) il giudice delegato potrà intervenire evidenziando i punti critici dello stesso e in casi estremi , quando i chiarimenti richiesti non si dovessero dimostrare esaurienti, instaurare come estrema ratio il procedimento di revoca del curatore e del comitato dei creditori.⁷¹

Per contro una diversa interpretazione perviene alla conclusione, proprio in forza dei poteri di sorveglianza demandati al giudice, che al giudice delegato non sia preclusa in sede di autorizzazione dei singoli atti, la valutazione dei profili di eventuale illegittimità della procedura di vendita proposta dal curatore e approvata dal comitato dei creditori, negando la relativa autorizzazione quando l'atto non sia conforme non solo al programma approvato , ma anche a legge, nel senso in precedenza delineato.

⁷¹ v. Mastrogiacomo, cit., 177

Una parte della dottrina perviene a tali conclusioni sia sulla base del fatto che il termine autorizzazione (mutuato dal diritto amministrativo) attribuisce il potere di compimento di un determinato atto , ad un soggetto che possiede già il relativo diritto, rimuovendo un limite all'esercizio dello stesso, sia sulla base della considerazione che l'atto può essere autorizzato solo se sia conforme a quanto previsto dalla legge fallimentare in tema di regolarità della procedura di vendita e di rispetto delle finalità volute dalla legge, avendo comunque il giudice un potere di sorveglianza sulla regolarità della procedura.

In questa prospettiva si ritiene che il giudice possa vagliare l'atto e indirettamente il programma non solo sotto l'aspetto della regolarità formale , ma anche sotto l'aspetto dell'illogicità o irrazionalità della scelta degli organo gestori o della assoluta carenza di motivazione di determinate scelte (il termine di paragone dei profili di illegittimità è certamente rappresentato dall'art. 360, n. 5 cpc. in tema di omessa , insufficiente o contraddittoria motivazione o le figure dei vizi di legittimità degli atti amministrativi, compreso l'eccesso di potere).⁷²

In questa prospettiva si ritiene che il giudice, ove ritenga che il programma e i singoli atti siano illegittimi o irrazionali, possa anche sospendere o interrompere le vendite ai sensi dell'art. 108 l. fall. a prescindere da una istanza di parte, nell'ambito del potere di emissione dei provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio ex art. 25, quinto comma, n. 2 l. fall.⁷³

Secondo una interpretazione estensiva dei poteri di vigilanza e controllo del giudice questi potrebbe emettere d'ufficio dei provvedimenti sospensivi o interruttivi dell'attività di liquidazione, volti alla conservazione del patrimonio del fallito, a prescindere da una istanza ex artt. 107 o 108 l. fall..

⁷² v C: Esposito, Il programma di liquidazione , cit. , 1080 e ss.che fa riferimento ad atti contrari a qualsiasi tipo di razionalità nei limiti del business judgement rule.

⁷³ v. per la soluzione positiva ancora Esposito , cit, 1081 in nota n. 14, mentre in senso negativo e quindi per la necessità di una istanza di parte,v. Mastrogiacomo, cit., 175.

In questa prospettiva il giudice delegato di fronte a degli atti di liquidazione non conformi a legge potrebbe emettere d'ufficio dei provvedimenti urgenti di conservazione del patrimonio ai sensi dell'art. 25, quinto comma, n. 2, senza dover attendere il deposito della documentazione prevista dall'art. 107 l. fall., e/o senza avere la necessità di una istanza da parte dei soggetti interessati ex art. 108, i quali comunque possono sempre stimolare l'azione del giudice proponendo la relativa istanza.⁷⁴

Tale soluzione appare invece ad altri autori decisamente forzata in quanto l'eventuale sospensione delle vendite o l'interruzione dell'attività liquidativi non potrebbe avvenire d'ufficio ma solo nelle ipotesi tassative fissate dalla legge ad istanza dei soggetti legittimati.⁷⁵

Altri hanno invece criticato la norma, che introduce una inutile complicazione nell'attività gestoria del curatore, costretto a chiedere per ogni singolo atto di liquidazione l'autorizzazione del giudice, facendo in tal modo perdere al programma la centralità che era voluta dalla legge, atteso che l'approvazione da parte del comitato potrebbe alla fine riguardare un atto eccessivamente generico, abbastanza simile alla relazione ai sensi dell'art. 33 l. fall., proprio in vista della successiva necessità di ottenere l'autorizzazione del giudice per ogni singolo atto di liquidazione.⁷⁶

Non si deve tuttavia dimenticare che il programma secondo il decreto correttivo è un atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini di realizzazione dell'attivo e non può quindi essere privo delle specifiche indicazioni delle linee programmatiche che il curatore intende percorrere.

Il correttivo prevede inoltre che il curatore precisi nel programma il possibile esito delle azioni di recupero, revocatorie e risarcitorie, fornendo un quadro prospettico dei realizzi ipotizzabili, anche in termini economici.

⁷⁴ V. Esposito, cit, 1081.

⁷⁵ Cfr. Mastrogiacomo, cit., 177.

⁷⁶ v. Fabiani, cit., 230.

Il nuovo testo consente infine, con una inversione di tendenza francamente non di facile comprensione, attese le ragioni che hanno spinto il legislatore a puntare sulla figura del curatore manager e la deformalizzazione delle procedure di vendita, rappresentate in particolare dalla volontà di accelerare il più possibile la fase di liquidazione e di migliorare le percentuali di soddisfazione dei creditori, la possibilità per il curatore di optare nel programma per l'affidamento al giudice delegato delle procedure di vendita, secondo le norme del codice di procedura civile in tema di vendite forzate , in quanto compatibili (possibilità questa che alcuni autori non escludevano fosse possibile anche prima del decreto correttivo), lasciando tuttavia aperto il problema di quali siano le norme applicabili, secondo una valutazione di compatibilità⁷⁷.

Ritengo che anche in questo caso l'opzione del curatore (approvata dal comitato dei creditori) espressa nel programma debba essere congruamente motivata e possa quindi essere censurata dal giudice, ove non sia giustificata da una sufficiente e coerente argomentazione delle ragioni della scelta.

Secondo alcuni in tal caso il giudice delegato sarebbe chiamato non solo a fissare le modalità di vendita indicando l'incanto, ma dovrebbe procedere anche alla stima dei beni, e a fissare i termini per la partecipazione all'asta e tutti gli altri elementi previsti dal codice di rito, concludendo la procedura con l'emissione del decreto di trasferimento, provvedimento questo che potrebbe essere vantaggioso sia sotto il profilo dei costi (evitando le spese notarili), sia sotto il profilo dell'eseguibilità dell'atto.

Non si deve dimenticare comunque che sia con il decreto di trasferimento, sia con la vendita mediante rogito notarile trovandoci di fronte ad una vendita di natura coattiva con tutte le relative conseguenze sul piano sostanziale (artt. 2919 e ss.), l'aggiudicatario possiede un titolo esecutivo suscettibile di

⁷⁷ V. tuttavia Esposito, secondo cui non si tratterebbe di un ritorno al passato , ma di una ulteriore chance offerta al curatore di sperimentare anche questa eventuale opzione, cit., 1087.

immediata esecuzione con il precetto e l'esecuzione forzata (art. 586 cpc, che contiene l'ingiunzione al debitore o al custode o a chiunque si trovi nel possesso o nella detenzione di rilasciare l'immobile venduto, costituendo titolo per il rilascio a favore dell'aggiudicatario e art. 476 , 2° c. , n. 3).

Si pone poi l'ulteriore problema del coordinamento delle norme relative all'aumento del quinto previste dalle procedure esecutive (art. 584 cpc) e l'aumento del 10% previsto in sede fallimentare senza limiti temporali, che consente al curatore di sospendere la vendita ex art. 107, terzo comma⁷⁸, anche se mi sembra che l'applicabilità dell'art. 584 cpc sia esclusa dall'inciso “ in quanto compatibili”, proprio per la presenza di una regola specifica dettata dall'art. 107, terzo comma l. fall. per favorire il raggiungimento del miglior risultato economico possibile in sede concorsuale.

La norma transitoria dell'art 21 della novella consente inoltre l'applicazione dell'opzione del curatore anche alle procedure in corso soggette alla disciplina del d. lgs. n. 5/06.

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);

d. l. 12.09.2007, n. 169, decreto correttivo e integrativo alla riforma fallimentare

⁷⁸ V. Mastrogiacomo che ritiene ugualmente applicabile l'art. 107, 3° c., cit, 179

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

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.