

Scritti
di Diritto Fallimentare

Osservazioni e proposte sul nuovo Progetto di Riforma della Legge Fallimentare

1. – Da qualche tempo si vanno succedendo convegni in materia concorsuale ⁽¹⁾ nei quali si prospettano le linee e le soluzioni del nuovo progetto di riforma, predisposto dall'apposita commissione ministeriale presieduta dal prof. P. Pajardi ⁽²⁾ e consegnato il 22 giugno 1984 al guardasigilli. Il testo e la relazione sono state pubblicate nella rivista *Giurisprudenza commerciale* ed in uno specifico *Quaderno* ⁽³⁾ edito dalla stessa rivista. La trattazione sin qui seguita ha avuto carattere divulgativo delle proposte formulate.

In linea generale, le linee architettoniche di questo progetto appaiono armoniche e moderne e buona parte della problematica ha trovato adeguata risposta. Di ciò va dato merito alla commissione composta da autorevoli ed esperti cultori della materia ⁽⁴⁾. Sembra a chi scrive non inutile tratteggiare quivi le caratteristiche più rimarchevoli del progetto ed avanzare nel contempo alcuni cenni critici, in vista di un ulteriore approfondimento.

Da «Rivista di diritto civile», 1986, n. 3, parte seconda.

(1) Convegno di Palermo, 11-12 maggio 1984, in *Dir. fall.* 1984, I, p. 590 ss.; Convegni promossi da SISCO in Milano, 10 novembre 1984, in Varese 8 febbraio 1986 e prossimamente a Brescia.

(2) L'incarico fu conferito con d. min. 30 maggio 1983.

(3) In *Giur. comm.*, 1985, I, p. 154 ss.; *Quaderno* n. 72 di *Giur. comm.*

(4) Presidente prof. P. Pajardi; membri: Bibolini, Cardarelli, Carnevale, Casella, Chiaraviglio, Chirico, Conti, Curcuruto, Cambino, Jaeger, Locascio, Marazzi, Paluchowski, Picardi, Proto, Scanzano, Viale.

2. – Cominciamo a descrivere le linee di fondo del nuovo progetto di riforma.

Il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione straordinaria, la liquidazione coatta amministrativa, seguitano ad avere in comune il presupposto dello *stato di insolvenza* dell'imprenditore, che viene assoggettato ad essa senza più riguardo alla sua dimensione od al tipo di attività esercitata⁽⁵⁾.

Quello dell'amministrazione controllata viene individuato, in luogo delle temporanee difficoltà finanziarie, nello stato di *crisi dell'impresa* (art. 30), inteso come insufficienza dei ricavi della *gestione ordinaria* a coprire i relativi costi.

Le procedure di fallimento, sia ordinaria che sommaria, di concordato preventivo, di liquidazione coatta e di amministrazione straordinaria, *si articolano in due fasi distinte*.

La prima fase è neutra e comune fra esse e si conclude con la sentenza dichiarativa di insolvenza (art. 6.8) o con decreto di rigetto. Nel primo caso viene nominato il giudice delegato ed un commissario. Codesta fase consente altresì di determinare l'ammontare debitorio dell'impresa oltre al suo attivo.

La seconda fase è invece specifica e si sostanzia nell'attività propria del fallimento, del concordato preventivo e delle altre procedure e comincia con un decreto *ad hoc* del tribunale (art. 6.11, 6.12). Nel caso di insufficienza di attivo o di mancanza di domande al passivo, si avrà invece un decreto di chiusura della procedura (art. 6.13).

Alla declaratoria di insolvenza seguono il controllo autorizzativo anche degli atti di ordinaria amministrazione del debitore (che tuttavia resta nel possesso dei beni), la inibitoria delle azioni esecutive e la inefficacia dell'acquisto di diritti di prelazione e la sospensione del corso degli ulteriori interessi dei crediti chirografari (art. 6.14).

Questi ultimi, tuttavia, andranno a *maturare* ed a collocarsi *sull'eventuale residuo attivo che risultasse* dal progetto di riparto finale del fallimento (art. 18.3).

(5) Per una rassegna bibliografica sulla legge vigente, tra le molte: REIBALDI e VITTORIA, *Il formulario del fallimento*, 1979, p. 20 ss., note 18, 27, 29; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, I, p. 256 nota 99.

Sono previsti l'impugnazione della sentenza dichiarativa di insolvenza, nonché i reclami avverso i decreti di rigetto della stessa, i decreti di apertura e di chiusura della seconda fase, ecc. (art. 7, 7.1, 7.2, 7.3).

Ed ora passiamo a vedere quest'ultima. Per quanto concerne il fallimento, gli organi sono rimasti tali e quali.

È stato accentuato *l'aspetto garantista* ed è prevista la possibilità di reclamo non solo contro gli atti del curatore al giudice delegato e di questi al Tribunale, ma anche contro gli atti del tribunale alla Corte d'appello (art. 9.2, 9.4, 9.5).

La competenza funzionale del Tribunale è stata ampliata a tutte le controversie in cui il fallendo è o diviene parte, eccezion fatta per i processi pendenti già in secondo o terzo grado (art. 10, 10.1, 10.2).

Il periodo sospetto per la revoca degli atti pregiudizievoli viene fatto decorrere dalla dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 19.1).

Con riguardo all'accertamento del passivo, due sono le novità di rilievo: il fallito può muovere contestazioni ed *i provvedimenti di ammissione del credito*, anche se resi nella forma del decreto, acquistano *efficacia di giudicato esterno* alla procedura, a differenza dei provvedimenti di esclusione (art. 22, 22.1, 22.9, 22.12).

Sono devolute al Tribunale fallimentare anche le rivendicazioni di beni immobili (art. 22.14).

Nella liquidazione dell'attivo si privilegia la vendita unitaria dell'azienda o dei singoli rami di essa, e la vendita ad offerta privata o senza incanto è preferita a quella dall'incanto (art. 23, 23.1, 23.2, 23.3, 23.4).

Il progetto ha ridisegnato *l'amministrazione controllata*.

La domanda dev'essere accompagnata da un piano di risanamento per la durata di un biennio (art. 30.2, 30.4), che può essere eventualmente prorogato di un altro biennio. Nelle more le azioni esecutive sono sospese; è prevista – e questa è la grossa novità – la *riduzione del tasso di interesse convenzionale a quello legale ed è sospesa perfino l'escussione dei terzi coobbligati e dei soci* illimitatamente responsabili (art. 30.5).

La disciplina del *concordato preventivo* è rimasta sostanzialmente la stessa, con queste particolarità: è *abolito il concordato con*

cessione dei beni (art. 31.2), la domanda il concordato può essere avanzata anche da un terzo garante (art. 31.1), i crediti sorti durante la procedura sono prededucibili (art. 31.7). Anche i creditori privilegiati partecipano al voto in classe distinta (art. 31.13), come pure nell'amministrazione controllata.

Nella *liquidazione coatta amministrativa*, il commissario governativo è preposto alla liquidazione dell'impresa; ad esso ne viene affiancato uno giudiziale oltre al giudice delegato ed al Tribunale, per attuare la tutela dei creditori (art. 44, 44.1, 44.2, 44.3).

Quanto *all'amministrazione straordinaria* viene affermato il principio che il risanamento dell'impresa ad opera della pubblica amministrazione *non* deve scaricarsi sul patrimonio del debitore, danneggiando la massa creditoria.

Si propone infine, *l'abrogazione del fallimento fiscale, la inibitoria anche delle esecuzioni esattoriali, la possibilità che il creditore anticipi la evidenziazione fiscale delle perdite sui crediti*.

L'articolato poi appunta la soluzione di *numerosi problemi* dibattuti da tempo in dottrina ed in giurisprudenza.

3. – Passiamo ora ad esaminare analiticamente le novità sopra descritte ed a puntualizzare alcune osservazioni e proposte critiche con lo scopo di contribuire al perfezionamento del progetto.

Si deve convenire sulla proposta che tutti gli imprenditori individuali e collettivi, compresi quelli agricoli, i piccoli imprenditori e gli artigiani siano assoggettati alla legge fallimentare (art. 4.1, 4.2) e che le società cooperative siano oggetto della procedura ordinaria e non più della liquidazione coatta (art. 28.4). Si deve pure valutare positivamente la previsione (art. 4.3) che anche le società non possano più fallire dopo un certo tempo dalla cessazione dell'impresa e dalla cancellazione dal registro delle imprese, non diversamente dall'imprenditore individuale, superandosi così l'annosa e grave controversia sull'art. 10 dell'odierna legge fallimentare ⁽⁶⁾.

(6) Nel senso della inapplicabilità dell'art. 10 L. fall. alle società e perciò della loro fallibilità *sine die*, finché sussistono dei loro debiti, sono la dottrina e la giurisprudenza dominante. In tal senso, per la dottrina tra i molti: PROVINCIALI, *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, 1955, I, p. 215 ss.; SATTA, *Istituzioni diritto fallimentare*³, Bologna-Roma, p. 76 ss.; CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, p. 107; VIVANTE, *Trattato dir. comm.*, Milano, 1922, II, p. 820; BRUNETTI, *Dir. fall.*, Milano, 1923, p. 90

Sembra tuttavia eccessivo il richiedere per le società un periodo di 5 anni dalla cancellazione dal registro delle imprese e più congrua una sua riduzione a 3 anni. Sono infine da apprezzare le proposte in tema di gruppo societario e di concentrazione presso un unico giudice delle procedure concorsuali delle imprese dello stesso gruppo (art. 28.3), la assoggettabilità al fallimento dei soci illimitatamente responsabili, dell'unico azionista e del socio tiranno (art. 28, 28.1, 28.2).

4. – Devesi approvare la conferma dello stato di insolvenza (art. 4.6) come presupposto oggettivo del fallimento, del concordato preventivo, della liquidazione coatta e dell'amministrazione straordinaria.

Non pare invece accettabile la proposta di individuare il presupposto dell'amministrazione controllata⁽⁷⁾ non più nelle temporanee difficoltà, ma nello stato di *crisi dell'impresa*, inteso come *insufficienza dei ricavi della gestione ordinaria a coprire i relativi costi* (art. 30 del progetto).

Codesto requisito finisce per peccare da un lato per difetto e dall'altro per eccesso.

Esso *pecca per difetto* perché non verrebbe ammessa all'amministrazione controllata un'impresa – ed è caso frequente – che avesse una gestione ordinaria in pareggio o in utile e tuttavia versasse *in*

ss.; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1896, p. 85 ss. Per la giurisprudenza: Cass. civ., 30 marzo 1977, n. 1221, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, p. 522; Cass. civ., 29 novembre 1978, n. 5642, in *Rep. Foro it.*, 1978, c. 872; Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6236, in *Mass. Giust. civ.*, 1981.

In senso contrario e cioè per l'applicabilità dell'art. 10 L. fall. alle società, facendo decorrere l'anno dalla cessazione dell'impresa e non dalla liquidazione come per l'imprenditore individuale: VALCAVI, *Se l'art. 10 L. fall. sia applicabile alle società imprenditrici*, in *Dir. fall.*, 1954, II, p. 463 ss.; Id., *Ancora a proposito dell'applicabilità dell'art. 10 L. fall. alle società in liquidazione*, in *Foro it.*, 1959, I, C. 1568 ss.; ed in giurisprudenza: App. Milano, 29 settembre 1978, n. 801, in *Rep. Foro it.*, 1978, C. 871; Trib. Milano, 7 giugno 1979, in *Fallimento*, 1981, p. 130; App. Milano, 20 giugno 1958, in *Foro it.*, 1959, I, 1, c. 1578; Trib. Chiavari, 7 marzo 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 704; Trib. Lancia, 25 giugno 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1142.

(7) Relaz. XI, p. 128, *Quaderno cit.*; CAMBINO, *ibidem*, p. 49. L'art. 30 del progetto riprende il *concetto* di cui all'art. 34 dello Statuto di impresa, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 150 ss. In senso critico, G. RAGUSA MAGGIORE in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 640, in senso favorevole D. MAZZOCCA, *ibidem*, p. 640.

difficoltà a causa di eccessivi immobilizzi e dei relativi oneri finanziari e quindi di uno squilibrio della gestione straordinaria. Esso pecca per eccesso nel caso inverso di un'impresa che pur avendo una gestione ordinaria in perdita, non versi tuttavia in difficoltà finanziarie, perché ad es. dispone di ricavi della gestione straordinaria e di liquidità adeguata per capitali e riserve esistenti. Non si vede perché questa impresa dovrebbe essere ammessa all'amministrazione controllata.

Mi pare assai pericoloso d'altro canto il finalizzare l'amministrazione controllata al risanamento delle gestioni ordinarie in perdita dell'impresa, mediante la riduzione al 5% dei maggiori interessi convenzionali.

È prevedibile una corsa agli sportelli giudiziari per fruire di codesti tassi agevolati e perciò dell'amministrazione controllata. Va tenuto fermo perciò a mio avviso l'odierno presupposto costituito dalle *temporanee difficoltà finanziarie dell'impresa*, quale che sia la causa, comprendendosi anche una gestione ordinaria in perdita.

5. – È razionale e va approvata l'articolazione del procedimento concorsuale (con esclusione dell'amministrazione controllata) *in due fasi: la prima* che si conclude con la *sentenza dichiarativa di insolvenza* e la *seconda* che comincia, in un tempo differito, col *decreto di fallimento* o di avvio delle *altre* procedure concorsuali. È stato qui generalizzato lo schema previsto dall'art. 195, l. fall. vigente, per la liquidazione coatta amministrativa, e dall'art. 1, comma 2°, l. 3 aprile 1979, n. 95, per l'amministrazione straordinaria delle Imprese.

I vantaggi di codesta articolazione si concretano nel dar tempo e modo al debitore di domandare l'ammissione al concordato preventivo, o alla pubblica amministrazione di chiedere l'amministrazione straordinaria, o infine al Tribunale di emettere un decreto di chiusura della procedura in caso di insussistenza di attivo o di passivo (art. 6.13).

In particolare si rimedia qui a quella lacuna della normativa vigente, come ad es. nel caso *ex* art. 192, comma 3°, l. fall., dove si consente al debitore di prevenire la declaratoria di fallimento con l'avanzare una domanda di concordato preventivo, ma però *non gli si dà tempo di proporla*, è modo di vedere previamente verificata la

sussistenza dell'insolvenza⁽⁸⁾. È superata anche la problematica sulla chiusura della procedura per mancanza di passivo⁽⁹⁾. Sono da condividersi le proposte che contemplanò l'iniziativa anche d'ufficio, l'intervento del pubblico ministero e di altri creditori, le garanzie di contraddittorio e di difesa, le regole sulla speditezza del processo, la possibilità di provvedimenti cautelari reclamabili.

Qualche riserva si propone sulla previsione troppo generica e poco garantistica dell'art. 6.3 di «forme semplificate di notifica» della convocazione del fallendo davanti al giudice.

L'amministrazione controllata, a differenza di oggi, è disposta *ex art. 30.3* con sentenza impugnabile e si svolge in unica fase.

6. – In relazione alla bipartizione delle fasi, di cui si è detto, correttamente *gran parte degli effetti vengono correlati alla sentenza dichiarativa di insolvenza* (art. 6.14), ad esclusione di quelli propri e specifici delle varie procedure.

E per cominciare dagli *effetti* patrimoniali sul debitore, il progetto prevede la *conservazione da parte sua dell'amministrazione ordinaria e straordinaria dei beni*, sotto la direzione e con la previa autorizzazione del giudice delegato e sotto il controllo del commissario.

Nel caso che alla dichiarazione di insolvenza succeda *il concordato preventivo*, il debitore *continua* a conservare l'amministrazione sino alla sentenza di omologazione⁽¹⁰⁾.

Ove subentri invece *il fallimento*, il relativo decreto *priva il debitore dell'amministrazione* e la attribuisce all'ufficio fallimentare (art. 8).

Lo stesso accade nei casi di *amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta* a favore del liquidatore giudiziale od a quello governativo (art. 33.4, 44.6).

Nella ipotesi infine di amministrazione controllata, è previsto che

(8) L'art. 192, comma 3°, L. fall., pur facendo salva la facoltà del debitore di proporre domanda di concordato preventivo, tuttavia non gli dà modo e tempo di avanzarla, nel caso in cui il G.D. ravvisi la inutilità della prosecuzione dell'amministrazione controllata sicché ne deriverebbe che *prior tempore potior Jure*.

(9) Ci si riferisce alla problematica se la procedura fall. possa chiudersi per mancanza di insinuazioni tempestive, anche se pendessero quelle tardive.

(10) Relaz. cit., *Quaderno cit.*, p. 108.

il tribunale possa investirne il commissario giudiziale in alternativa al debitore (art. 30.7).

Serie *perplexità* suscita, a mio avviso, la conservazione incondizionata dell'amministrazione da parte del debitore per il periodo intercorrente tra la dichiarazione di insolvenza ed il decreto di fallimento, che potrebbe protrarsi a lungo.

La mancanza di apposizione di sigilli, l'infelice formula per cui il giudice sarebbe chiamato a dirigere e ad autorizzare anche gli atti di amministrazione ordinaria dell'insolvente, mentre il commissario sarebbe chiamato solo a controllarla, accrescono i forti dubbi. Il più delle volte l'insolvenza è riconducibile a scelte errate e ad inadeguatezza imprenditoriale del debitore per cui sovente è da revocarsi in dubbio l'utilità di conservarlo alla testa dell'amministrazione.

A mio modo di vedere, sulla linea di quanto è previsto per l'amministrazione controllata, dovrebbe almeno prevedersi che *il tribunale, ove lo ravvisi, possa attribuire al commissario giudiziale l'amministrazione con la sentenza* che dichiara l'insolvenza o *anche con provvedimento successivo*.

Quest'ultima ipotesi acquista particolare rilievo *nel concordato preventivo* dove non si può più ipotizzare la dichiarazione di fallimento, come sanzione dell'immeritevolezza, come nel caso *ex art. 173, comma 2°*, dell'odierna l. fall., perché il concordato è stato svincolato dal requisito della meritevolezza.

Ciò giustifica piuttosto la sostituzione del commissario al debitore nell'amministrazione, con provvedimento successivo.

Quanto agli altri *effetti sui creditori, sugli atti pregiudizievoli e sui rapporti giuridici preesistenti*, essi correttamente vengono correlati alla declaratoria di insolvenza.

I creditori continuano a ricevere tutela – e non potrebbe essere diversamente – dal complesso di norme che mirano ad attuare la *par condicio*: inibitorie di azioni esecutive, comprendendosi ora anche quelle esattoriali, ricostituzione dell'attivo mediante revocatorie delle altre; nazioni dei beni nel periodo sospetto e risoluzione dei contratti ineseguiti, ecc., da un lato; inibitoria di acquisizione di prelazioni e revocatorie di quelle concesse in periodo sospetto, dall'altro (art. 6.14).

Il progetto giustamente, per evitare l'aggravarsi delle perdite con

il decorso del tempo, sottolinea l'esigenza della *celerità* della procedura, prevede l'*obbligo* del curatore di effettuare riparti parziali, con facoltà di reclamo al giudice in caso di ritardo (art. 24), contempla il *corso ulteriore degli interessi*, sia pure con possibilità di soddisfacimento sul residuo e, nel caso di crediti di lavoro, di rivalutazione monetaria (artt. 18.3, 2.5).

È certamente da approvarsi, in questa logica, la nuova disposizione che si propone di *mitigare le perdite*, mediante la possibilità offerta al creditore ammesso al passivo di portare a perdita il proprio credito, ove insoddisfatto, entro un certo termine dall'apertura della procedura (art. 1.3, questioni tributarie), favorendo così *un recupero indiretto di carattere fiscale*, salvo l'obbligo di evidenziare le successive sopravvenienze attive.

Sono da approvarsi le varie proposte che *confermano* la distinzione tra atti inefficaci ed atti revocabili (anormali e normali), l'inclusione tra gli atti anormali del pagamento dei crediti non scaduti, ma con scadenza anteriore alla dichiarazione di insolvenza⁽¹¹⁾, la presunzione muciana per il coniuge in regime di separazione di beni, la revocabilità dei beni acquisiti con danaro del coniuge in regime di comunione⁽¹²⁾, i diritti come contraddittore riconosciuti al debitore insolvente ed infine la sostituzione dell'obbligo di reperibilità a quello di non allontanarsi dalla residenza (art. 6.14, 6.15, 6.19, 6.20).

7. – Gli organi della prima fase della procedura concorsuale, successiva alla declaratoria di insolvenza, sono il tribunale, il giudice delegato ed il commissario.

Quelli delle successive fasi sono gli stessi di oggi, salvo qualche variante. E così per il fallimento, il tribunale, il giudice delegato, il curatore del fallimento, il comitato dei creditori; per l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta il tribunale, il giudice delegato, il commissario giudiziale, il comitato dei creditori, ed infine il commissario governativo ed il comitato di sorveglianza.

Per la prima fase c'è da temere che il giudice delegato ed il commissario finiscano oberati dai compiti di direzione e di controllo estesi all'amministrazione ordinaria.

(11) Relaz. cit., III, *Quaderno cit.*, p. 117; JAEGER, *Quaderno cit.*, p. 18 s.

(12) Relaz. cit., III, *Quaderno cit.*, p. 117; JAEGER, *Quaderno cit.*, p. 19.

A mio avviso, si attribuisce un *ruolo eccessivamente marginale al comitato dei creditori ed alle assemblee degli stessi* relegate a funzione di occasionale e passiva consultazione, come anche accade oggi.

Non è dubbio che i creditori siano i veri protagonisti interessati al buon governo ed al migliore esito delle procedure e perciò i più sensibili a cogliere i rischi e le eventuali discrasie di esse rispetto allo scopo.

Sembra invece importante democratizzare il processo fallimentare organizzando il consenso dei creditori con una periodica informazione ed un coinvolgimento più attivo del comitato dei creditori e delle assemblee degli stessi. Non può approvarsi l'esclusione del comitato dei creditori dal potere di reclamo⁽¹³⁾. Il comitato dei creditori dovrebbe poter convocare da sé le assemblee dei creditori. Questo discorso ha un rilievo particolare nel caso di amministrazione controllata.

Si prevede quivi che l'attuazione del piano di risanamento della impresa «venga verificata con relazioni semestrali del commissario giudiziario». Non si vede perché le assemblee dei creditori ed il comitato non debbano svolgere un ruolo più attivo nella verifica delle relazioni semestrali.

8. – È da approvarsi l'attribuzione al tribunale fallimentare di tutte le cause in cui il fallendo sia o possa divenire parte⁽¹⁴⁾ e non solo, come vuole l'odierno art. 24 l. fall., di quelle che derivano dal fallimento. L'estensione della competenza anche alle controversie immobiliari, attualmente escluse, è pure da apprezzarsi. Un discorso più lungo merita il problema delle regole procedurali. Oggigiorno i giudizi concernenti l'opposizione alla dichiarazione di fallimento, le revocatorie, il recupero dei crediti, le rivendiche di beni immobili, ed in genere le impugnative, *seguono l'iter ordinario* del processo di cognizione.

Le opposizioni allo stato passivo, le insinuazioni tardive e le rivendiche mobiliari, pur dipartendosi in più punti⁽¹⁵⁾, vengono

(13) Relaz. cit., *Quaderno cit.*, II, p. 111.

(14) Relaz. cit., *Quaderno cit.*, II, p. 114.

(15) Così l'estinzione *ex art. 98, comma 3°*, L. fall., le regole del *simultaneous process* e della pronuncia cumulativa sulle opposizioni ecc.

istruite secondo il rito ordinario, stante il riferimento degli artt. 99 e 101 L. Fall. agli artt. 175 ss. e 189 ss. c.p.c. Non è un mistero per nessuno che proprio i tempi lunghi della istruttoria, e così le regole che la governano, sono oggi sul banco degli accusati⁽¹⁶⁾. In particolare si rimprovera alla nostra istruttoria che essa sia dispersiva e tutt'altro che concentrata.

Il nuovo progetto della legge fallimentare sottolinea a più riprese l'esigenza di fondo della celerità, della speditezza e della concentrazione. Esso giustamente lamenta che una delle principali cause del protrarsi delle procedure fallimentari sono le lungaggini giudiziarie⁽¹⁷⁾.

Il progetto tuttavia non va più in là e non dice quale diversa normativa sopperirebbe a codeste esigenze. Il richiamo alle norme di rito ordinario viene anzi talora espressamente riaffermato, com'è il caso delle controversie riguardanti immobili.

Nessuna altra soluzione mi sembra più appropriata di quella che contemplasse la *ricezione e l'applicazione ai nostri casi delle regole proprie del processo del lavoro*. Il rito del lavoro è stato di recente assunto dalla commissione Liebman a modello del nuovo processo di cognizione.

Ove pur si nutrano perplessità su una generalizzazione del genere, non pare tuttavia dubbio che una tale disciplina, con le sue *preclusioni*, le sue *decadenze* ecc. realizzi il massimo di *celerità e concentrazione* postulati dal *carattere pubblicistico* del procedimento concorsuale, non diversamente da quello del lavoro. Anzi, il fatto che queste ultime verrebbero decise dal giudice fallimentare costituisce un argomento in più.

Ovviamente anche le *impugnazioni* saranno regolate dalla medesima disciplina ed avranno le medesime forme.

Un discorso a sé meritano i *reclami*.

Questi possono classificarsi in due diverse categorie.

La prima concerne i *reclami giurisdizionali* che tendono ad un riesame dei provvedimenti *prioris instantiae*, di contenuto *decisorio*.

(16) Ciò è risultato dal più recente convegno tenutosi a Milano il 14 febbraio 1986 su 40 anni di processo civile.

(17) Relaz. cit., II, p. 113. Nel nostro senso anche F. FERINA, *Dir. fall.*, 1984, I, p. 701.

A questo tipo appartengono i previsti reclami alla Corte d'appello contro il decreto del Tribunale di rigetto della dichiarazione di insolvenza (art. 7), contro i provvedimenti cautelari non soggetti a convalida (art. 6.7), contro il decreto di fallimento, di amministrazione straordinaria, di liquidazione coatta⁽¹⁸⁾, contro il decreto di chiusura del procedimento per mancanza di attivo o di passivo (art. 6.13), contro la sentenza sulla collocazione dei crediti e l'ordine della distribuzione (art. 24.3).

Alla seconda categoria appartengono invece i *reclami* che più propriamente hanno la funzione di ricorsi *gerarchici*, volti a provocare un controllo sostitutivo dell'organo superiore nei confronti degli *atti amministrativi* dell'organo inferiore. A questa appartengono il reclamo al giudice delegato contro gli atti di gestione del curatore (art. 9.2), al tribunale contro quelli del giudice delegato (art. 9.4), ed infine alla Corte d'appello contro le ordinanze del Tribunale (art. 9.5).

Ai reclami tiene dietro il compimento di attività, in una certa misura, in contraddittorio.

Un primo rilievo da proporsi concerne la contraddizione che è dato cogliere tra il progetto e la Relazione allo stesso sulla posizione del giudice delegato nel collegio. L'art. 9 del progetto ammette il G.D. a far parte del Tribunale fallimentare, senza limite alcuno «in sede di riesame dei suoi provvedimenti».

La Relazione invece, pur confermando in genere che egli possa far parte del Tribunale, esclude che ciò avvenga qualora il collegio, «operi in via di gravame su provvedimento dello stesso giudice o su situazioni da lui preventivamente esaminate»⁽¹⁹⁾.

Uno dei commissari, da parte sua, ha scritto che in questo caso egli continuerebbe a far parte del collegio di riesame, ma la funzione di relatore verrebbe affidata ad altri⁽²⁰⁾.

A mio sommosso avviso è importante assicurare l'indipendenza del collegio e non comprometterla con la partecipazione del giudice delegato al riesame dei suoi provvedimenti.

A questo punto la medesima importanza del reclamo verrebbe

(18) Relaz. cit., *Quaderno cit.*, I, p. 109.

(19) Relaz. cit., *Quaderno cit.*, II, p. 110.

(20) SCANZANO, *Quaderno cit.*, p. 23.

messa in dubbio e frustrata. Sembra partito preferibile quello enunciato dalla Relazione di *escludere* il giudice delegato dal collegio, in sede di riesame dei suoi provvedimenti.

9. – Deve essere approvato l'onere generalizzato di insinuazione dei crediti al passivo.

Si *dissent*e invece dall'enunciato onde il provvedimento di *ammissione del credito*, malgrado la forma del decreto, sia suscettibile di divenire *giudicato esterno* (art. 22.9).

E ciò a differenza del provvedimento di esclusione del credito che, anche se adottato nella forma di sentenza, non avrebbe tale idoneità⁽²¹⁾. L'uso di due pesi e due misure, a senso unico, ed a solo vantaggio dei creditori, non appare giustificato e non può essere condiviso. A mio modo di vedere, pare partito preferibile quello di riconoscere che i provvedimenti mettono capo a titoli esecutivi endoprocessuali⁽²²⁾ e come tali non possono acquistare efficacia di giudicato esterno.

Si concorda sull'opportunità di conservare la disciplina vigente per le insinuazioni tardive e le rivendiche mobiliari.

A riguardo di quelle immobiliari, pur approvandosi la loro devoluzione al tribunale fallimentare, si nutrono riserve sulla applicazione ad esse del rito ordinario⁽²³⁾.

10. – È apprezzabile la modernità di quella parte del progetto che contempla la preferenza della vendita unitaria dell'azienda, o di singoli rami, rispetto a quella dei singoli beni (art. 23), ed in genere valorizza la vendita ad offerta privata o senza incanto (art. 23.2). Ciò corrisponde a proposte nel medesimo senso del progetto di riforma Liebman del c.p.c. di cui ai punti 18 lett. b e h⁽²⁴⁾. Devesi an-

(21) Relaz. cit., V, p. 119; SCANZANO, *Quaderno cit.*, p. 24. In senso favorevole F. FERINA, *op. loc. cit.*, p. 701; in senso critico, G. RAGUSA MAGGIORE, *Dir. fall.*, 1984, I, p. 605; LUGARO, *loc. ult. cit.*, p. 623.

(22) RAGUSA MAGGIORE, *Dir. fall.*, Napoli, 1974, II, p. 569; SATTA, *Dir. fall.*, Padova, 1974, p. 246; BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento, Quaderni di Giur. comm.*, 1981, n. 38, p. 110 ss. ed *ivi* la giurisprudenza richiamata.

(23) Si nutrono dubbi sull'attualità della disciplina differenziata per gli immobili, data la crescente importanza dei valori mobiliari.

(24) In *Riv. trim.*, 1981, pp. 645 ss. e 6480 ss.

che approvare la proposta che la procedura possa chiudersi quando sia accertato che l'impresa per un sopraggiunto miglioramento dei suoi conti sia tornata in condizioni da assicurare l'adempimento normale delle sue obbligazioni ed i creditori convengano in un regolamento. È pure da convenirsi nelle proposte concernenti il concordato fallimentare e di cui si è detto sopra.

11. – Si è sopra criticata l'indicazione del nuovo presupposto proponendosi di conservare alla base dell'istituto dell'amministrazione controllata le odierne «temporanee difficoltà finanziarie».

Il progetto prevede *la riduzione degli interessi convenzionali al saggio legale del 5%*.

Ciò è nella linea di tendenza di gravare le banche del costo di salvataggio delle aziende (emblematico è il caso Elettrolux-Zanussi), come se esse fossero qualcosa di diverso dal pubblico risparmio e poi non riversassero i loro costi sull'economia nazionale.

Gli interessi *attualizzano* i crediti nel tempo ed il 5% un tempo *corrispondeva al tasso di mercato* ⁽²⁵⁾. Oggi non è più così e correttamente è stato riconosciuto che questa proposta si risolve nell'abbattimento del capitale mutuato dalle banche ⁽²⁶⁾.

Questa grave *riduzione* degli interessi crea un clima di *condizioni anormali* intorno all'impresa oggetto della procedura, così che il suo andamento finisce per avere *scarsa affidabilità prognostica* di un suo ritorno alle condizioni di normale mercato.

Codesta riduzione di interessi, nel caso di imprese sottocapitalizzate o eccessivamente immobilizzate, si risolve *nel disincentivare la ricapitalizzazione ed in un lucro per il debitore* che sull'altro fronte può contare sulla rivalutazione degli immobilizzi. E così in definitiva si avrà un *premio* all'imprenditore che ha sbagliato le scelte di investimento. L'abbattimento del capitale finisce per essere assai rilevante in caso di proroga ad un successivo biennio. Ciò contrasta con la previsione *ex art. 18.3* del progetto per cui gli interessi continuerebbero a maturare nella misura convenzionale anche durante il fallimento, andando a soddisfarsi sull'eventuale supero al riparto finale.

(25) Sul problema, VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, C. 2114 ss.

(26) CAMBINO, *Quaderno cit.*, p. 51.

Se dovessi avanzare una proposta, contemplerei anche nel caso del nostro istituto, nel rispetto della *par condicio* con gli altri creditori, che pure hanno ragione di essere attualizzati, *non tanto una riduzione definitiva, come quella proposta, ma una mera postergazione degli interessi extralegali, così che essi possano soddisfarsi sul residuo*, non diversamente dagli altri *ex art. 18.3*. Un altro punto del progetto che suscita grosse perplessità è la *sospensione della escussione dei terzi fidejussori* prevista dall'art. 30.5 del progetto.

Mentre si può comprendere come ispirata alla *par condicio* la sospensione della escussione dei soci illimitatamente responsabili, *non* si riesce invece a cogliere la ragione di pubblico interesse del favore reso al garante. Mi sembra invece consigliabile *estendere la revocatoria alle ipoteche giudiziali* nei confronti dei garanti per evitare l'attuale corsa alle iscrizioni di garanzia sui beni del garante, il pignoramento di comodo per prevenirle ed i patteggiamenti tra creditori per estendere la garanzia.

12. – È da approvarsi l'abolizione del requisito della *meritevolezza* per il concordato preventivo apparendo preminente l'esigenza di soddisfare i creditori e di salvare, nel limite del possibile, l'impresa.

Sembra pure da condividersi la possibilità che un *terzo* garante possa prendere *l'iniziativa* di proporre il concordato, senza passare attraverso il necessario tramite del debitore.

Suscita invece perplessità la previsione troppo generica che la proposta di concordato possa essere sorretta da non meglio definite *garanzie atipiche*, senza alcuna delimitazione.

Non diversamente appare eccessiva l'ipotesi di proroga di esecuzione del concordato per un secondo anno.

La partecipazione al voto dei creditori privilegiati in classe distinta dai chirografari appare meno giustificata nel concordato che nell'amministrazione controllata, data la proposta abolizione del concordato per cessione dei beni e perciò la sua esecuzione esclusivamente per contanti.

Chi scrive *non concorda tuttavia su codesta proposta di abolire il concordato per cessione di beni*.

Quest'ultimo viene correntemente inteso dalla nostra giurisprudenza in termini riduttivi è cioè come mandato a vendere in ogni caso, con la restituzione del residuo al debitore, *ex art. 1977 ss. c.c.*,

e cioè *pro solvendo* e non *pro soluto* ⁽²⁷⁾. Anche così concepito questo mandato a vendere, affidato ai creditori, come ai migliori interessati al migliore realizzo, ha tutta una sua logica.

E l'ha, a maggior ragione, nel caso del *c.d. concordato misto*, in cui la cessione dei beni è accompagnata dalla garanzia di un terzo. Ma ha una ragione d'essere ancora più importante nel caso in cui esso venga inteso in senso ampio, così da comprendere la *cessio pro soluto*. In tal senso è orientata una parte autorevole della dottrina ⁽²⁸⁾ e così, soprattutto, si è espressa la Relazione alla legge vigente.

Il legislatore ebbe a scrivere di avere voluto codificare questo istituto per evitare la prassi incontrollata di accordi stragiudiziali, eversivi della *par condicio* ⁽²⁹⁾.

E più oltre, ribadendo di rifuggire da schemi rigidi di cessione, aggiungeva: «così la cessione, potrà assumere la forma del trasferimento dei beni in proprietà o quella di una procura irrevocabile o quella di una liquidazione giudiziale». Ed infine «non è del resto da escludere che i creditori possano mettersi d'accordo per rilevare l'impresa e gestirla nell'interesse comune» ⁽³⁰⁾.

Ciò acquista un rilievo particolare nel caso che la proposta di cessione dei beni, che diventeranno perciò comuni, sia accompagnata da impegni di affittanza o di acquisto differito da parte di terzi. All'offerta di cessione dei beni, *ex latere debitoris*, fa riscontro simmetrico in teoria, *la domanda di assegnazione dei beni ex latere creditoris*. Quest'ultimo istituto è ben noto nel nostro codice di rito. Trattasi del medesimo fenomeno (*devoluzione dei beni ai creditori a soddisfazione delle loro ragioni*) con la differenza che il concor-

(27) La giurisprudenza prevalente reputa che la cessione dei beni nel concordato preventivo integri solo un mandato *in rem propriam* al creditore di gestire e liquidare i beni, così: Cass. civ., 27 giugno 1981, n. 4177, in *Foro it.*, 1982, I, c. 603; Cass. civ., 5 gennaio 1972, n. 2, in *Mass. Giust. civ.*, 1972, p. 2; Cass. civ., 22 gennaio 1970, n. 140, in *Mass. Giust. civ.*, 1970, p. 85. In dottrina: CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 93 ss.; PAJARDI, *Man. dir. fall.*, 1969, p. 694.

(28) SATTA, *Dir. fall.*, Padova, 1974, I, p. 390 ed *ivi* nota n. 783; DE SEMO, *Dir. fall.*, 1964, p. 533 ss.; PROVINCIALI, *op. cit.*, III, p. 2122; BRUNETTI, *Dir. concorsuale*, Padova, 1944, p. 283 ss., nota 222; DE MARTINI, *La cessio bonorum nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, p. 85.

(29) Relaz. a vigente l. fall., n. 37.

(30) *Ibidem*.

dato è visto in funzione dell'offerta del debitore e la assegnazione in funzione della domanda dei creditori.

Il problema *non* è, a mio modo di vedere, quello di sopprimere il concordato per cessione dei beni, specie se inteso come trasferimento di proprietà (ciò priverebbe la procedura di un'utile alternativa) quanto piuttosto di *allargarne* il ventaglio di possibilità, *legittimando i creditori o gruppi di creditori a conseguire tale cessione*, su loro domanda, realizzando ad un tempo uno scopo espropriativo e soddisfacente⁽³¹⁾.

Ciò con l'ovvio *obbligo di liquidare quei creditori che non intendessero far parte della cordata*.

Non si tratterebbe cioè di una decisione a maggioranza, vincolante per chi non ci sta, ma di una iniziativa impegnativa solo per i creditori che ci stanno a rilevare, a liquidare gli altri, correndo i relativi rischi. Codesta possibilità *concorrerebbe* con la offerta di concordato nelle sue varie forme da parte del debitore ed ora con quella proveniente in modo autonomo da parte di un terzo. Nel caso di più domande si aprirà una gara fra esse, come nel codice di rito.

Non si coglie la ragione per cui non sarebbe consentito ai creditori, che sono in definitiva i più interessati a valorizzare i beni, quel che è consentito ad un terzo estraneo. E ciò senza dovere, per conseguire il medesimo obiettivo, altrimenti celarsi dietro un prestanome, effettuare esborsi gravosi, anche in corrispondenza dei loro crediti, che riavranno a distanza di tempo.

Tutto ciò fa parte di un'ottica *penalizzante per i creditori*. Una tale soluzione è testualmente prevista dal progetto nel caso di concordato fallimentare, dove si riconosce che esso può essere proposto «anche da un creditore»⁽³²⁾.

Ciò si risolve in una domanda di assegnazione, e non vedesi perché quel che è valido per il concordato fallimentare non lo dovrebbe essere anche per quello preventivo.

Al fondo della *cessio bonorum*, specie se oggetto sia un'impresa in esercizio, vi è la logica economica della conversione dei crediti in capitali di rischio e della conservazione dell'impresa.

(31) In questo senso è il nuovo tipo di assegnazione-espropriazione di cui al punto 18, lett. h, del progetto Liebman di riforma del c.p.c., in *Riv. trim.*, 1981, p. 645 ss.

(32) *Relaz. cit.*, VII, p. 123.

Codesta logica in altri paesi ⁽³³⁾ ha indotto il legislatore a prevedere una conversione *ope judicis*, con la emissione di nuove azioni della società debitrice.

Sarebbe auspicabile che il nostro ordinamento favorisse a tale scopo la costituzione di società di creditori con *agevolazioni fiscali* per quanto riguarda il conferimento dei crediti in capitali di rischio ed il rilievo di attività, in analogia alla proposta di cui all'art. 39, in materia di amministrazione straordinaria.

È altresì da auspicarsi l'estensione dell'art. 26.3 del progetto dal concordato fallimentare anche a quello preventivo, sulla possibilità che il realizzo del patrimonio delle società di capitale avvenga anche attraverso assunzioni di partecipazioni di capitali, fusioni e scorpori ⁽³⁴⁾.

Da esse non possono venire esclusi i creditori che così convertirebbero i crediti in partecipazioni al capitale ed in definitiva acquisirebbero beni a soddisfazione delle ragioni.

La proposta abolizione del concordato per cessione dei beni, d'altro canto, non pare motivarsi, come è stato fatto, «con i gravissimi rischi connessi con la sostanziale aleatorietà di tale istituto», in quanto una tale preoccupazione non appare giustificata.

D'altra parte, in alternativa alla *cessio bonorum*, le soluzioni praticabili sarebbero peggiori, quali la inevitabilità del fallimento, ove manchi una proposta di concordato con garanzia di terzi, o il ritorno alla prassi incontrollata dei concordati stragiudiziali che l'odierno legislatore vedeva con sfavore.

13. – Si concorda con l'indicazione delle condizioni dell'amministrazione straordinaria (società quotate in borsa, imprese individuali o collettive con oltre 500 dipendenti ed un fatturato medio annuo di lire 100 miliardi negli ultimi 3 anni) nonché sulla estensione a questo istituto delle regole per il fallimento.

Si approva altresì la previsione che l'attuazione del piano di risanamento avvenga senza danno per i creditori e solo a spese della pubblica amministrazione, nel quadro di un suo intervento o definitivo con rilievo dell'azienda al valore di stima fallimentare o tem-

(33) Così in USA in cap. X del *Chandler Act* 1938.

(34) Relaz. cit., p. 124; CASELLA, *Quaderno* cit., p. 42.

poraneo con pagamento di una indennità di occupazione, da compensarsi con gli eventuali miglioramenti ed addizioni.

Si dissente invece dalla possibilità che le imprese non dichiarate insolventi del medesimo gruppo possano esperire l'azione revocatoria fallimentare⁽³⁵⁾.

Si concorda più in genere sulle innovazioni alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa sopra descritte.

14. – Il progetto non si discosta notevolmente dall'attuale normativa penalistica. Si deve concordare con la proposta di una sensibile riduzione delle pene nel caso di particolare tenuità del pregiudizio e viceversa di aumento nel caso di speciale gravità. È apprezzabile la nuova disciplina del ricorso abusivo al credito, come reato svincolato dall'apertura della procedura concorsuale, nonché l'incriminazione di una serie di inadempienze anche colpose, nel corso della procedura, e di fraudolento ricorso all'ammissione alle procedure conservative.

(35) Relaz. cit., *Quaderno cit.*, p. 136.

