



PREFAZIONE

La disciplina delle procedure concorsuali è reduce da un lungo e “disordinato” processo di riforma.

Il frenetico impulso riformatore della materia fallimentare (in senso lato) riscontrato tra la fine del secolo scorso ed i primi anni del 2000 non aveva avuto come epilogo una riforma organica della materia, avendo le contrapposte spinte ideologiche e corporative impedito che si potesse giungere a tanto. Solo nel 2005, a mezzo di un decreto legge, sono state introdotte delle significative modifiche, essenzialmente alla disciplina dell’azione revocatoria e del concordato preventivo. Successivamente, con cadenze saltuarie, sono intervenute, anche per adeguarsi alle raccomandazioni della UE su un nuovo “approccio” all’insolvenza, nuove modifiche a specifici istituti, sovente rettificati dopo una loro breve esistenza, e finanche introdotte nuove procedure concorsuali.

Tutto questo per sottolineare come la “riforma”, per usare un termine forse “ridondante”, non sia nata da un approfondimento teorico globale e, quindi, da un quadro di riferimento complessivo, bensì da iniziative “occasional”, dettate dalla necessità di affrontare situazioni concrete o, sovente, di correggere le modifiche introdotte.

Evidente quanto fosse necessario che vi fossero strumenti in grado di fornire un orientamento sulle norme, oltre che una visione di insieme delle stesse.

Noi abbiamo tentato di seguire questo percorso, con commenti collettanei che rispondessero a tali esigenze: “*La riforma della legge fallimentare*”, Giappichelli, Torino, 2006; “*La legge fallimentare dopo la riforma*”, Giappichelli, Torino, 2010; “*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*”, Giappichelli, Torino, 2014; “*La nuova mini-riforma della legge fallimentare*”, Giappichelli, Torino, 2016.

Questo Manuale – che aggiorna ed innova ampiamente “M. Sandulli, *La crisi dell’impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli,

Torino, 2009” – si propone ora di offrire un quadro completo ed aggiornato, che consenta a quanti si avvicinano alla materia di avere a disposizione un compendio unitario e di agevole consultazione.

La trattazione, partendo da uno stringato inquadramento sistematico degli istituti, ne descrive analiticamente il funzionamento, ponendone in luce i profili, al momento, più controversi.

Riteniamo che tale tecnica espositiva costituisca uno strumento di utile approccio alla materia, sia per gli studenti, che hanno in tal modo facile e graduale accesso alla disciplina ed ai problemi, sia per chi “opera” nelle procedure concorsuali e cerca un immediato riscontro su singoli temi.

Questo volume, in sostanza, vuole essere un *vademecum* per chi intende affrontare la materia e per chi in concreto la applica, indicando tutti i passaggi essenziali della procedura, gli strumenti posti a disposizione dal legislatore, le modalità degli adempimenti.

Insomma, nella nostra prospettiva, il lavoro intende soddisfare l’esigenza di dare una rappresentazione critica delle fasi operative della procedura, sì da consentirne un’applicazione consapevole.

L’impostazione ed il carattere dell’opera, peraltro, non consentono una piena motivazione delle soluzioni prospettate, ma piuttosto si limitano a segnalare, con solo un cenno motivazionale, la propensione per una o per l’altra. L’apparato bibliografico essenziale, posto alla fine di ogni Sezione, consente però di acquisire rapidamente le fonti per ogni ulteriore approfondimento.

Quindi, un libro di base, necessario, per la sua struttura, per chi si avvicina alla materia, consentendone un approccio graduale, ma al tempo stesso completo ed utile per gli ulteriori approfondimenti del caso.

Il volume tratta tutte le procedure concorsuali, ivi comprese le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento; attenzione è posta anche alla disciplina delle insolvenze transfrontaliere, nonché ai peculiari profili fiscali e penali delle procedure.

Confidiamo di aver realizzato (in tutto o in parte) le finalità che ci siamo proposti, funzionali ad una concreta *utilità* del volume, che fornisce un valore aggiunto alla conoscenza della materia ed alla sua applicazione.

Ovviamente saremo ben lieti di ricevere i commenti dei lettori, sia per apportare eventuali modifiche, sia per valutare l’efficacia dei risultati conseguiti.

Contrada – Salerno, settembre 2016

GIACOMO D’ATTORRE
MICHELE SANDULLI

SEZIONE I

LINEAMENTI DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Sommario

1. Le procedure concorsuali. Generalità. – 2. Cenni sui profili storici e sui recenti interventi di riforma. – 3. Classificazione delle procedure concorsuali. Procedure giudiziarie e procedure amministrative. – 3.1. Procedure coattive e volontarie. – 4. Finalità delle procedure. – 5. I presupposti delle procedure concorsuali. – 5.1. Il presupposto soggettivo. – 5.2. Il presupposto oggettivo. – 6. Gli organi delle procedure. – 7. I rapporti tra le procedure. – 8. Caratteri comuni delle procedure concorsuali. – 8.1. La globalità. – 8.2. La concorsualità. – 8.3. La officiosità. – 8.4. La stabilità.

1. *Le procedure concorsuali. Generalità*

L'espressione procedure concorsuali comprende una serie di procedure nelle quali, con la presenza di un'**autorità pubblica**, viene regolato il rapporto tra un determinato soggetto ed il complesso dei suoi creditori.

Il legislatore ha previsto una **pluralità di procedure concorsuali**, ciascuna con proprie caratteristiche, tanto con riferimento ai presupposti, quanto con riferimento alle finalità, agli organi, ai soggetti.

Il dato comune a tutte è costituito dalla circostanza che, al verificarsi di determinate situazioni, viene apposto un **vincolo sul patrimonio del debitore**, per effetto del quale il patrimonio viene sottratto alla libera disponibilità del debitore e, soprattutto, alle azioni di esecuzione forzata di singoli creditori, sicché possa essere gestito nella sua globalità dagli organi della procedura, o sotto il loro controllo, e poi essere oggetto della destinazione che risulti più coerente con le finalità della procedura stessa.

In tal modo, le procedure concorsuali sostituiscono alla tutela individuale dei singoli creditori una **tutela collettiva**, nella quale l'intero patrimonio è unitariamente gestito e destinato al soddisfacimento, secondo le regole proprie di ogni procedura, di tutti i creditori.

Le procedure concorsuali assolvono ad una duplice funzione. Da un lato, rappresentano una soluzione più efficiente rispetto alle azioni esecutive individuali dei creditori per attuare il principio della **responsabilità patrimoniale** del debitore, secondo il quale il debitore risponde dei propri debiti con i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.). Dall'altro lato, costituiscono uno strumento per disciplinare il potenziale **conflitto tra i creditori** che vantino pretese su un patrimonio che, presumibilmente, è insufficiente a soddisfare integralmente tutte le loro pretese.

Il vincolo sul patrimonio del debitore, che si risolve in una limitazione imposta alla sua autonomia negoziale, trova una propria giustificazione nell'esigenza, in presenza di determinati presupposti, di tutelare anche gli interessi collettivi degli altri soggetti coinvolti nella crisi del debitore, principalmente (ma non solo) i creditori, così da essere pienamente coerente con i principi costituzionali. Invero, anche la **libertà di iniziativa economica**, sancita dall'art. 41 Cost., in cui deve essere compresa la libertà di avviare l'attività economica, di proseguirla in regime di autonomia e di cessarla in base ad una determinazione spontanea dell'imprenditore, trova un limite proprio nella tutela degli interessi degli altri soggetti coinvolti, così da giustificare la possibilità che l'imprenditore venga sottoposto ad una procedura concorsuale.

Le procedure concorsuali sono disciplinate da leggi speciali: quella fondamentale è il **r.d. 16 marzo 1942, n. 267** – come ripetutamente modificato dagli interventi legislativi che si sono succeduti negli anni – che contiene la disciplina del **fallimento** (artt. 5 ss.), del **concordato preventivo**, con la *sub*-specie costituita dagli **accordi di ristrutturazione dei debiti** (artt. 160 ss.), e della **liquidazione coatta amministrativa** (artt. 194 ss.), usualmente noto come **legge fallimentare**.

Per la **liquidazione coatta amministrativa**, è da ricordare che le leggi, che disciplinano determinate categorie d'impresе (società cooperative, imprese sociali) o imprese che esercitano una particolare attività (per esempio: bancaria, assicurativa, finanziaria), prevedono la loro soggezione a tale tipo di procedura e, sovente, dettano norme speciali che integrano o sostituiscono quelle contenute nella legge fallimentare.

Il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 disciplina l'**amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza**. Questa è una procedura amministrativa che ha abrogato e sostituito la precedente «amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi», introdotta con il d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, conv. in l. 3 aprile 1979, n. 95 (con numerose successive integrazioni e modificazioni).

Successivamente, è stata introdotta una nuova procedura, che costituisce

una variante del d.lgs. n. 270/1999, e cioè «**la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza**» (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39, poi ripetutamente modificato).

Più di recente, il legislatore, sull'esempio di altre esperienze straniere, ha ritenuto di dettare una procedura concorsuale anche per disciplinare la situazione di sovraindebitamento dei debitori non fallibili (imprenditori non assoggettabili al fallimento, professionisti e consumatori). Si tratta delle **procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento**, introdotte dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3, così modificata dall'art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

Il panorama delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge nazionale va integrato con il **Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza transnazionali** (Regolamento [CE] n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000; per le procedure di insolvenza aperte successivamente al 26 giugno 2017 si applicherà il nuovo Regolamento (UE) n. 848 del 20 maggio 2015). Tale Regolamento, che, come tale, ha diretta applicazione negli ordinamenti nazionali, detta una serie di norme, che regolano il fallimento di un soggetto che abbia una *dipendenza* in uno Stato dell'Unione Europea diverso da quello in cui si trova la sede principale della sua attività o che comunque possieda beni in uno Stato diverso da quello in cui è stato dichiarato il suo fallimento. La disciplina dettata dal Regolamento non crea una nuova procedura concorsuale, bensì, in caso di insolvenza transfrontaliera, introduce una serie di modifiche o integrazioni alla disciplina nazionale delle procedure fondate sull'accertamento dello stato di insolvenza.

2. Cenni sui profili storici e sui recenti interventi di riforma

L'**origine storica** delle procedure concorsuali si rinviene negli ordinamenti delle città italiane del Basso Medioevo. In una società di mercanti, fondata sui valori del credito, del lavoro e della capacità d'iniziativa mercantile, e nella quale cominciavano a svilupparsi i traffici commerciali e gli strumenti di credito, l'insolvenza del mercato costituiva un comportamento contrario ai valori fondanti della società e richiedeva una risposta specifica e coerente con la tutela di detti valori.

In questo contesto, il fallimento, quale prima procedura concorsuale, aveva una spiccata **finalità sanzionatoria del mercante insolvente** e liquidatoria dei beni dello stesso; il tutto con l'obiettivo primario di offrire la maggiore tutela

possibile agli interessi dei creditori. Una procedura che, da una parte, tendeva ad acquisire il massimo dell'attivo, anche attraverso azioni recuperatorie nei confronti di parenti e soci del debitore e, dall'altra, tendeva ad agevolare l'azione di recupero dei creditori pur se privi di titolo esecutivo, realizzandola anche nel rispetto di una qualche parità di trattamento (escludendo, cioè, l'applicazione del principio *prior in tempore potior in iure*). In ogni caso, una procedura connotata da un forte carattere sanzionatorio, non solo di ordine penale, ma anche di ordine sociale e morale, e pervasa da una presunzione di frode nel comportamento del debitore, che pur doveva tener conto in qualche modo della buona fede dei terzi che con lo stesso avevano contrattato, nonché del caso in cui l'insolvenza del debitore fosse stata la conseguenza di un evento meramente accidentale.

Anche quando, a partire dal XV secolo, comincia ad apparire la nuova procedura concorsuale del concordato, basato su un accordo tra debitore e creditori, esso non fu visto come uno strumento per attenuare il rigore del fallimento nei confronti del fallito, ma solo come un diverso e migliore strumento per realizzare l'interesse dei creditori.

Nel tempo, e cioè nell'arco di oltre sette secoli, la procedura fallimentare ha conservato il carattere liquidatorio-satisfattivo, pur vedendo lentamente scolorire, ma non annullare del tutto, l'automatico profilo sanzionatorio.

In questo contesto "culturale" è stato adottato il **r.d. 16 marzo 1942, n. 267** (la legge fallimentare), che costituisce, tutt'ora, il testo normativo che disciplina la gran parte delle procedure concorsuali esistenti nel nostro ordinamento.

La legge fallimentare del 1942 introduce, tuttavia, una forte novità: pur conservando taluni aspetti sanzionatori, la legge fallimentare valorizza la circostanza che oggetto della stessa sia un complesso di beni (già) funzionali all'**attività di impresa**, riconoscendo la peculiarità di una procedura che tale attività coinvolga. Quindi, fermo, come si è detto, il carattere liquidatorio – satisfattivo, il patrimonio del debitore non è visto solo come l'oggetto dell'esecuzione concorsuale collettiva, ma anche come l'organizzazione di beni destinati all'esercizio dell'impresa, e con una sua possibile rilevanza anche in ordine alle sorti della stessa.

Per alcuni decenni il testo normativo del 1942 è rimasto sostanzialmente intatto, salvo sporadici interventi legislativi e, soprattutto, interventi della **Corte costituzionale**, che ha sancito l'illegittimità costituzionale di talune norme per violazione di principi costituzionali, soprattutto in tema di diritto di difesa del debitore e dei terzi.

L'inevitabile mutamento del quadro economico, sociale e politico di riferimento, accompagnato dalla progressiva presa di coscienza della rilevanza

dell'impresa, quale bene da proteggere, ha reso progressivamente "vetusta" l'originaria disciplina delle procedure concorsuali, conducendo prima ad introdurre una speciale disciplina per le crisi delle grandi imprese (la c.d. legge Prodi: d.l. n. 26/1979) e, finalmente, ad adottare una **riforma organica della legge fallimentare**.

Dopo un tormentato *iter* dei lavori di una commissione ministeriale, cui era stato affidato il compito di predisporre un progetto di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, conclusosi senza l'acquisizione di risultati da parte del Governo, con la l. 14 maggio 2005, n. 80 – unitamente all'introduzione di prime modifiche all'azione revocatoria fallimentare ed al concordato preventivo – è stata data delega al Governo di adottare uno o più decreti legislativi, recanti la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

Con il **d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5** la conferita delega è stata attuata. Peraltro, la riforma non ha interessato l'intero corpo del fallimento, essendo stata operata con modificazioni ed interpolazioni del testo originario contenuto nel r.d. n. 267/1942.

Il percorso di riforma non si è però concluso con questo intervento, ma è proseguito, in modo pressoché continuo, nel corso degli ultimi dieci anni, attraverso una numerosa serie di **ulteriori interventi modificativi**, più o meno significativi (d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51; d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; d.l. 22 giugno 2012, n. 83; d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98; d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2015, n. 132; dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, nella l. 30 giugno 2016, n. 119).

Non è facile cogliere il **disegno complessivo** di quest'ormai ultradecennale percorso di "ammodernamento" della legge fallimentare. In sintesi, le linee guida possono essere così individuate: a) maggiore centralità dei creditori nell'ambito delle procedure concorsuali; b) tutela della continuità aziendale e della conservazione dell'azienda nel suo complesso; c) rafforzamento degli strumenti di risoluzione negoziale della crisi d'impresa che non vedano l'intervento giudiziario o che vedano solo un intervento giudiziario ridotto; d) velocizzazione dei tempi delle procedure concorsuali. Si tratta, comunque, soltanto di linee guida, non sempre coerentemente perseguite nei vari interventi di riforma e la cui concreta attuazione va poi effettivamente verificata attraverso il puntuale esame delle singole norme ed istituti.

Sembra, peraltro, che il processo di riforma non sia ancora esaurito. È, infatti, in corso di approvazione in Parlamento un disegno di legge delega orga-

nica di tutte le procedure concorsuali, elaborato sulla base dei lavori di una commissione ministeriale (la c.d. Commissione Rordorf). Non è possibile prevedere se, e quando, il disegno di legge verrà definitivamente approvato e si tradurrà in un decreto legislativo; in questa sede, pertanto, non è il caso di trattarne i contenuti.

Un'avvertenza è utile prima di andare avanti. I vari interventi di riforma che si sono succeduti prevedono, talvolta, che le norme riformate trovino applicazione solo per le procedure aperte successivamente alla loro entrata in vigore e, altre volte, che le norme riformate trovino applicazione anche alle procedure pendenti. Pertanto, abbiamo oggi procedure concorsuali soggette a discipline diverse, in relazione alla data di apertura della procedura stessa (o alla data di presentazione della relativa istanza). In questo volume si farà riferimento alla normativa attualmente in vigore, ma il paziente lettore deve essere consapevole di questa **complessa stratificazione normativa**.

3.***Classificazione delle procedure concorsuali. Procedure giudiziarie e procedure amministrative***

Una prima significativa distinzione nell'attuale ordinamento è quella tra procedure giudiziarie e procedure amministrative.

Vi sono procedure, le quali vengono disposte attraverso un provvedimento reso dall'**autorità giudiziaria** (il Tribunale civile), che altresì nomina gli organi della procedura stessa, ne definisce gli indirizzi e ne ha il superiore controllo (fallimento, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, sovraindebitamento). Altre procedure, invece, sono disposte e "gestite" dall'**autorità amministrativa**, in persona del Ministro di volta in volta individuato dalle leggi speciali (liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, ristrutturazione industriale).

Quando si parla di **procedure giudiziarie** o **amministrative**, quindi, si fa riferimento alla natura (giudiziaria o amministrativa) degli organi che gestiscono la procedura e che ne determinano l'andamento e ne definiscono le operazioni esecutive.

Questa **doppia tipologia di procedure** si giustifica con la diversa intensità dell'intervento pubblico, in relazione agli interessi coinvolti. Le **procedure giudiziarie** hanno essenzialmente cura di attuare l'estinzione o una ristrutturazione della esposizione debitoria, se pure con le peculiarità connesse all'esistenza dell'impresa (fallimento, concordato preventivo, accordi di ristruttura-

zione dei debiti) o del debitore civile (sovraindebitamento); le **procedure amministrative**, invece, hanno come primaria finalità quella di **risanare o ricollocare – ove possibile – le strutture aziendali** appartenenti all'imprenditore sottoposto alla procedura, in modo tale da conservarne la funzionalità, o, comunque, di regolare i rapporti pendenti in modo da evitare che venga turbato il sistema nel cui ambito l'imprenditore opera (ad esempio, ricollocazione degli sportelli bancari, in caso di liquidazione coatta di una banca).

Va però segnalato che, a seguito delle riforme, il fallimento, pur avendo conservato le finalità liquidatorio-satisfattive della procedura, ha dato un più significativo rilievo alla sorte dell'organizzazione aziendale, per la cui conservazione – ricorrendone le condizioni di fattibilità e di utilità – ha previsto un maggiore ricorso ad istituti quali la continuazione dell'impresa o l'affitto dell'azienda.

Occorre, al riguardo, tener presente che l'**autorità giudiziaria**, quando esercita le funzioni di indirizzo, di controllo, di vigilanza sulle procedure concorsuali, non svolge quella funzione tipica del giudice civile di risoluzione di controversie tra due o più contendenti (giurisdizione civile contenziosa), bensì una funzione di carattere gestorio di un procedimento, tendente a realizzarne le finalità, da inquadrare in quella particolare attività, qualificata di **giurisdizione volontaria**.

A sua volta, l'**autorità amministrativa**, quando gestisce una procedura concorsuale, esercita il **potere organizzatorio e operativo** che ordinariamente viene esercitato sugli enti strumentali. La liquidazione coatta amministrativa, in particolare, realizza una forma di collaborazione tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria per la coordinata tutela dell'interesse pubblico e degli interessi privati, pienamente compatibile con il vigente ordinamento costituzionale.

Peraltro, in ambo le categorie di procedure, accanto ai profili riguardanti il loro svolgimento, vi sono, nell'ambito delle stesse, momenti di natura strettamente giudiziaria, nei quali devono essere risolte **controversie che hanno ad oggetto diritti soggettivi** (per esempio, quelle relative al riconoscimento del diritto di credito da far valere nella procedura).

3.1. Procedure coattive e volontarie

Al verificarsi di determinate condizioni, di cui si dirà di qui a poco, si configurano i presupposti per l'adozione di questa o di quella procedura concorsuale; in mancanza di tali presupposti, che dovranno essere accertati dagli or-

gani competenti a disporre la procedura, questa non potrà legittimamente essere avviata, anche se per avventura l'imprenditore ne abbia fatto richiesta.

Peraltro, tra le procedure, ve ne sono alcune che possono essere disposte su richiesta di terzi anche contro la volontà dell'imprenditore (**procedure coattive**) ed altre per le quali l'unico soggetto legittimato a proporle è l'imprenditore (**procedure volontarie**). Appartengono alla categoria delle procedure coattive: il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Appartengono alla categoria delle procedure volontarie: il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza e le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Per le procedure coattive, non è esclusa la legittimazione alla relativa richiesta da parte dello stesso imprenditore (salvo che per la liquidazione coatta amministrativa), ma anche in questo caso non è sottratta all'autorità competente la piena e libera valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge. Va però segnalato che la nuova formulazione dell'art. 1, comma 2°, l. fall. (su cui vedi *infra*, Sez. II, § 1), attribuendo al debitore l'onere della prova della dimensione minima per la soggezione al fallimento ed al concordato preventivo, di fatto potrebbe consentire la soggezione a tali procedure anche a soggetti che ne potrebbero essere esclusi.

Ovviamente, nel caso l'iniziativa sia assunta da terzi, è previsto un potere di "resistenza" da parte del debitore e, quindi, un potere di impugnativa nel momento in cui la procedura sia stata "coattivamente" disposta.

4. Finalità delle procedure

Funzione essenziale delle procedure concorsuali è quella di porre fine o sottoporre a controlli l'operatività del debitore quando versi in una situazione anomala che, in quanto investe rapporti con i terzi, crea una turbativa al sistema economico; cioè, esse mirano a farsi carico dell'esigenza di tutela dei terzi e del sistema economico, anche attraverso la realizzazione e l'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore.

La **pluralità delle procedure** consente una sorta di adattamento delle stesse alle esigenze, che i caratteri della crisi dell'impresa e la natura di questa impongono di soddisfare.

La finalità, almeno quantitativamente più diffusa, è quella **esecutivo-satisfattiva**, che tende a soddisfare (nei limiti dell'attivo che sarà realizzato) i cre-

ditori, attraverso la fase liquidatoria o riorganizzatoria sul complesso del patrimonio del debitore. Le procedure così caratterizzate tendono alla liquidazione del patrimonio del debitore al fine di soddisfare i suoi creditori o, comunque, all'utilizzo "controllato" di questo patrimonio nell'interesse dei creditori.

Il **fallimento** è una procedura **esecutivo-satisfattiva** finalizzata a soddisfare i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore. Scopo del fallimento è di fornire una tutela alle ragioni dei creditori, in modo più efficace rispetto a quanto previsto dalle esecuzioni individuali ordinarie, delle quali ne condivide la funzione, ma se ne differenzia per caratteristiche e regole procedurali. Anche se può ritenersi che esso abbia la funzione analoga a quella della procedura esecutiva ordinaria, comunque presenta, nella sua essenza, peculiarità che derivano dalla sua applicazione a rapporti di impresa. Nella esecuzione forzata, la legge processuale (art. 483 ss. c.p.c.) opera con l'ottica esclusiva della liquidazione dei beni del debitore, atomisticamente considerati, in una prospettiva (peraltro, nella realtà, spesso illusoria, tenuto conto della scarsa "redditività" delle vendite forzate, malgrado i ripetuti interventi del legislatore) di massimizzazione del ricavato; nel fallimento tale prospettiva è subordinata alla impossibilità e comunque alla non convenienza di vendita dell'intero complesso aziendale o di suoi rami o di vendita in blocco, salva in ogni caso la rilevanza di interessi concorrenti che all'impresa sono collegati (posti di lavoro, creazione di situazione di monopolio, cessazione di un servizio essenziale in una determinata area territoriale, ecc.).

L'interesse primario che la disciplina fallimentare è diretta a garantire è, pertanto, quello dei creditori. Quale che sia l'interpretazione che si preferisce in ordine alla natura della procedura fallimentare ed al ruolo che al suo interno vi giocano i vari organi, non vi è dubbio che la finalità primaria sia quella di garantire ai creditori la realizzazione più ampia possibile del proprio credito nel minor tempo possibile. Può oggi discutersi se il fallimento debba o possa perseguire, oltre agli **interessi dei creditori**, anche **interessi diversi**, individuati di volta in volta negli interessi dei lavoratori, dei fornitori, di particolari categorie di soggetti diversi dai creditori, dell'integrità dei complessi produttivi. In ogni caso, questi interessi, laddove rilevanti, possono al più coesistere con quello dei creditori, ma non possono sostituirlo o surrogarlo; in caso di conflitto, prevale, salvo eccezioni, l'interesse dei creditori. Espressione normativa di questo "primato" dell'interesse dei creditori sono l'art. 51 l. fall., che introduce il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali dal momento della dichiarazione di fallimento, e l'art. 118, comma 1°, nn. 1 e 2, l. fall., nella parte in cui prevede la chiusura del fallimento nel caso di mancanza di

creditori o di integrale pagamento degli stessi. Se la finalità primaria del fallimento non fosse la soddisfazione dei creditori, non si spiegherebbe perché le azioni individuali debbano cedere rispetto alla liquidazione fallimentare e, soprattutto, perché il fallimento si chiude se creditori concorrenti non ve ne siano o se, ancor prima della integrale liquidazione della massa attiva, siano stati integralmente soddisfatti. Ciò a conferma della necessaria strumentalità della procedura fallimentare rispetto alla soddisfazione dell'interesse dei creditori.

Tra le procedure con finalità soddisfattive per i creditori va compreso, se pure con caratteri ancora più specifici, anche il **concordato preventivo**, dove è possibile, sulla base della proposta, accettata da una maggioranza qualificata di creditori ed approvata (*rectius*: omologata) dal tribunale, che il debitore ristrutturi i propri debiti e soddisfi i creditori, anche in una misura percentuale del dovuto, utilizzando una vasta gamma di operazioni. Qui manca una fase di esecuzione forzata, mentre è presente la finalità soddisfattiva. Infatti, il soddisfacimento dei creditori avviene attraverso un piano, che può prevedere qualsiasi forma utile (alienazioni, accolti, operazioni straordinarie, ecc.), ivi compreso l'intervento di un assuntore, attuato sotto il controllo degli organi della procedura. Il concordato preventivo, una volta adempiuto, attua il soddisfacimento dei creditori *a stralcio* e determina un effetto latamente estintivo della obbligazione originaria; ciò significa che il debitore si libera dell'obbligazione originaria attraverso l'adempimento della nuova e diversa obbligazione concordataria (se, ad esempio, la proposta prevede il soddisfacimento dei creditori mediante il pagamento nella misura percentuale del 40% del credito, il debitore si libera della obbligazione originaria mediante l'adempimento di questa obbligazione concordataria, pur se l'importo è parziale rispetto all'importo originario).

Tale **effetto esdebitatorio** si ritrova ora anche nel fallimento, però, solo quando esso sia chiuso attraverso un concordato fallimentare (art. 124 l. fall.), ovvero quando sia concessa la esdebitazione nel caso di fallimento della persona fisica (art. 142 l. fall.). Altrimenti, i creditori, non pienamente soddisfatti nell'ambito della procedura fallimentare, conservano il proprio diritto a conseguire il residuo spettante dal debitore ritornato *in bonis*. Prospettiva questa sempre più teorica, se si tiene conto che in caso di fallimento di società, con la chiusura del fallimento, a seguito di ripartizione finale dell'attivo o quando risulti l'impossibilità di un soddisfacimento anche minimo per i creditori, il curatore chiede la cancellazione della società dal registro delle imprese (art. 118, comma 2°, l. fall.).

Anche nel concordato preventivo, come detto, **l'interesse tutelato è quello dei creditori alla massima soddisfazione nel minor tempo possibile**. Di ciò è

espressione la regola che sottopone l'omologazione della proposta al previo consenso (a maggioranza) espresso dai creditori mediante il voto (art. 177 l. fall.). Se i creditori non esprimono, secondo le regole dettate dal legislatore, il proprio voto favorevole alla proposta di concordato, all'esito evidentemente di una deliberazione positiva circa la convenienza per essi della proposta, il procedimento si interrompe in via definitiva, senza la possibilità che la stessa autorità giudiziaria possa sostituirsi alla volontà collettiva dei creditori. Questo potere di "veto" attribuisce, indubbiamente, all'interesse dei creditori un rango primario rispetto agli altri interessi coinvolti nella definizione concordataria della crisi d'impresa. Anche laddove si voglia sottolineare il rilievo sempre maggiore che il legislatore attribuisce al concordato come strumento per l'utile conservazione della continuità aziendale, non si può negare il ruolo centrale e decisivo dei creditori, ai quali non può essere imposto coattivamente dal tribunale un concordato che essi non vogliono.

Finalità analoghe a quelle del concordato preventivo hanno gli **accordi di ristrutturazione dei debiti**, previsti dall'art. 182 *bis* l. fall. Infatti, tali accordi, stipulati in sede stragiudiziale (ma poi oggetto di omologazione da parte del tribunale), nel prevedere una ristrutturazione del debito, non solo possono rideterminarne le scadenze, ma certamente possono prevedere una riduzione dello stesso negli interessi o nella sorta capitale, o ancora forme diverse di estinzione diverse dal pagamento. Quindi, anche in questo caso, è consentita un'ampia autonomia di rinegoziazione tendente, comunque, a realizzare il regolamento del rapporto debitorio.

Le **procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento** hanno finalità in larga parte analoghe a quelle del fallimento (nel caso della procedura di liquidazione dei beni) e del concordato preventivo (nel caso dell'accordo di composizione della crisi e del piano del consumatore).

La **liquidazione coatta amministrativa** ha come primaria finalità quella di eliminare, dal sistema nel quale opera, l'impresa "malata"; essa, peraltro, tende a **ricollocare l'azienda ed a regolare i rapporti pendenti**, possibilmente trasferendoli ad altra impresa già operante nel sistema a cui appartiene l'imprenditore, la cui impresa è stata posta in liquidazione coatta. In ogni caso, l'estinzione dell'impresa comporta che dovranno regolarsi ed eventualmente liquidarsi i rapporti che fanno capo alla stessa, con il conseguente riparto del ricavato tra i creditori. Insomma, l'ottica è diversa dalla finalità liquidatoria, pur se non manca la fase della liquidazione dei beni (anche eventualmente in blocco), e quindi l'esigenza di attuare, con le regole del concorso, il soddisfacimento dei creditori. Ma tutto ciò pone in una posizione di preminenza l'esigenza di estinguere l'impresa con il minor pregiudizio possibile per il sistema, rispet-

to a quella di soddisfare il diritto di credito; che, quindi, resta in qualche modo compresso – se pure non sacrificato – dall'altro interesse. Vi è da tener presente che tale finalità estintiva non costituisce, però, un elemento indefettibile, in quanto è consentito (art. 213 l. fall.) che la procedura di liquidazione coatta amministrativa si chiuda con un **concordato**, che permette il ritorno *in bonis* dell'imprenditore e quindi la ripresa del libero esercizio dell'attività di impresa.

Più volte è stata sollevata **questione di legittimità costituzionale della liquidazione coatta amministrativa**, proprio perché tende, in via primaria, a trovare soluzioni che consentano una ricollocazione produttiva dell'azienda, e quindi vedono subordinato a tale esigenza l'interesse dei creditori. La Corte costituzionale, però, ha riconosciuto l'esistenza di ragionevoli motivi che legittimano la subordinazione del diritto di credito ad altri interessi di rilevanza generale (problemi occupazionali, conservazione del sistema produttivo).

Vi sono, infine, procedure che hanno una **finalità riorganizzatoria e recuperatoria**.

Tale funzione costituì il presupposto della l. n. 95/1979, che introdusse una nuova **procedura concorsuale amministrativa per le grandi imprese in crisi**, le quali versassero in stato di insolvenza. Questa procedura, tenendo conto anche dei rapporti tra imprese appartenenti ad unico gruppo, consentiva la possibilità di continuare l'esercizio dell'impresa e di predisporre un piano di risanamento, il quale, attraverso il completamento o la riconversione di impianti, permettesse di ripristinare l'efficienza dei complessi produttivi. L'esigenza di riorganizzazione e di recupero dell'azienda costituiva finalità essenziale della procedura – ovviamente in presenza delle condizioni di fattibilità – che doveva *solo* «tener conto» degli interessi dei creditori.

Non deve sorprendere che, per una procedura naturalmente recuperatoria, sia stato utilizzato lo schema della liquidazione coatta amministrativa che, come si è accennato, ha una naturale funzione estintiva. Il dato unificante delle due procedure è quella **funzionalizzazione a specifiche finalità di contenuto economico-programmatico** (il riutilizzo produttivo delle strutture aziendali), che all'epoca erano del tutto estranee alle procedure giudiziarie.

Come sopra si è detto, l'**amministrazione straordinaria** è stata oggetto di una radicale modifica con il d.lgs. n. 270/1999, essenzialmente tendente a limitare la sua applicazione solo quando effettivamente fossero riscontrate le condizioni per la conservazione dei complessi produttivi. Infatti, c'è una prima fase, che segue l'accertamento dello stato di insolvenza, nella quale un commissario giudiziale deve valutare se l'impresa possa conseguire tale risultato attraverso la vendita dell'azienda o attraverso un piano di risanamento. Se

viene reso un giudizio di fattibilità in tal senso, è aperta la procedura amministrativa di amministrazione straordinaria; in mancanza, viene dichiarato il fallimento. Ed alla stessa stregua, in qualsiasi momento risulti non realizzabile il programma di “salvataggio”, sarà dichiarato il fallimento. Quindi, può dirsi che **l'amministrazione straordinaria conservi una finalità di salvataggio del complesso produttivo**, se pure con nuovi strumenti rispetto alla legge anteriore; ciò che viene espressamente disciplinata è l'alternativa del fallimento, ogni volta che tale programma si riveli non realizzabile.

Analoghe (ed, anzi, accentuate) finalità di salvataggio dei complessi produttivi ha la procedura di **procedura di ristrutturazione industriale**, riservata alle grandissime imprese in stato di insolvenza, che contiene talune varianti rispetto alla procedura di amministrazione straordinaria, riguardanti essenzialmente i presupposti soggettivi ed oggettivi, i poteri degli organi ed il trattamento dei creditori.

5. *I presupposti delle procedure concorsuali*

I rilevanti effetti che le procedure concorsuali determinano non solo a carico del debitore, ma anche dei creditori e dei terzi che sono entrati in contatto con lo stesso, impongono una particolare cautela nell'identificazione delle condizioni la cui ricorrenza è richiesta al fine dell'apertura delle procedure. Non potrebbe, infatti, essere imposta o comunque avviata una procedura concorsuale se non sussistono le condizioni previste dalla legge, che la legittimino; invero, solo con l'accertato concorso delle condizioni richieste, tali procedure possono essere attivate, non essendo le stesse nella libera disponibilità degli interessati (né del debitore, né dei creditori, né dell'autorità amministrativa). Queste condizioni rappresentano i “**presupposti**” delle procedure concorsuali e sono di due tipi: soggettivo ed oggettivo.

Il **presupposto soggettivo** individua i soggetti che possono essere soggetti ad una determinata procedura. Esso risponde alla domanda: chi può essere dichiarato ammesso o sottoposto a quella determinata procedura concorsuale?

Il **presupposto oggettivo** individua la condizione fattuale che impone o consente l'apertura della procedura. Esso risponde alla domanda: quando si può essere ammessi o sottoposti a quella determinata procedura concorsuale?

L'insieme del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo consente di delimitare compiutamente il campo di applicazione di ogni procedura concorsuale, capendo quando ed in relazione a quali soggetti la procedura può

essere aperta. Ciascuna delle procedure concorsuali presenta, evidentemente, propri presupposti.

5.1. Il presupposto soggettivo

La qualità di **imprenditore commerciale non piccolo**, con esclusione degli enti pubblici, costituisce il presupposto soggettivo comune del fallimento (vedi *infra*, Sez. II, § 1), del concordato preventivo (vedi *infra*, Sez. V, § 1), degli accordi di ristrutturazione dei debiti (vedi *infra*, Sez. VI, § 1) e dell'amministrazione straordinaria, ma con una serie di qualificazioni. Per l'amministrazione straordinaria e la procedura di ristrutturazione industriale, in particolare, sono richiesti requisiti dimensionali maggiori, volti a riservare l'accesso a queste procedure solo alle imprese medio-grandi (amministrazione straordinaria) o "grandissime" (ristrutturazione industriale) (vedi *infra*, Sez. X, §§ 2 e 3).

Per la liquidazione coatta amministrativa non esiste un generale criterio di identificazione del presupposto soggettivo; sono sottoposti a tale procedura **i soggetti per i quali le leggi speciali espressamente la prevedano**; e quindi, tali potranno essere anche imprenditori non commerciali o enti pubblici che esercitino attività commerciale. Vi è da sottolineare che tali leggi speciali presentano spesso significative peculiarità, in ragione delle situazioni particolari (natura dell'ente, finalità) su cui intervengono (vedi *infra*, Sez. X, § 1).

Tutti i **debitori non soggetti, né assoggettabili alle altre procedure concorsuali** possono fare ricorso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento. Si tratta, in sintesi, di: (i) i consumatori; (ii) i professionisti e gli altri debitori civili non fallibili; (iii) gli imprenditori non commerciali; (iv) i piccoli imprenditori commerciali che non superano i limiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall.; (v) gli imprenditori commerciali non fallibili per espressa previsione legislativa (vedi *infra*, Sez. IX, § 2).

Quando la procedura concorsuale riguarda una società, operano specifiche regole che, a determinate condizioni, estendono la procedura o, comunque, gli effetti della stessa anche ai **soci illimitatamente responsabili** della società stessa, pur laddove questi non integrino il presupposto soggettivo.

Per quanto riguarda il fallimento, l'art. 147 l. fall. prevede che la sentenza che dichiara il fallimento delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III (s.n.c.), IV (s.a.s.) e VI (s.a.p.a.) del titolo V del codice civile produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili (sul fallimento delle società vedi *infra*, Sez. V). Per quanto riguarda il concordato preventivo, l'art. 184, comma 2°, l. fall., prevede che, salvo patto contrario, il concordato pre-

ventivo della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (sul concordato delle società, vedi *infra*, Sez. VI, § 15). Per quanto riguarda l'amministrazione straordinaria, la relativa disciplina prevede che gli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza della società si estendano ai soci illimitatamente responsabili, salvo che abbiano perduto la qualità di soci da oltre un anno (art. 25, d.lgs. n. 270/1999) (vedi *infra*, Sez. VII, § 2).

5.2. Il presupposto oggettivo

Presupposto oggettivo comune ed indefettibile del fallimento, dell'amministrazione straordinaria e della ristrutturazione industriale è lo **stato di insolvenza** del debitore. La nozione di stato di insolvenza, molto discussa e controversa, si rinviene nell'art. 5, comma 2°, l. fall., in forza del quale «lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (vedi *infra*, Sez. II, § 2).

Per quanto riguarda la liquidazione coatta amministrativa, il presupposto oggettivo è, alternativamente, lo stato di insolvenza o la sussistenza di «**gravi irregolarità di gestione**».

Per il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il presupposto oggettivo è lo **stato di crisi**. Si tratta di una nozione più ampia dello stato di insolvenza, che comprende al suo interno l'insolvenza, ma che può manifestarsi anche in situazioni di difficoltà meno accentuate (vedi *infra*, Sez. V, § 1).

Per le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, il presupposto oggettivo è costituito dal **sovraindebitamento**, inteso quale «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente» (vedi *infra*, Sez. IX, § 2).

6. Gli organi delle procedure

Come si è detto, le procedure concorsuali sono caratterizzate dall'**intervento di un organo pubblico**, che ha il compito di dirigere la procedura e di svolgere le funzioni che tendono a realizzare le finalità proprie della stessa. La par-

ticolare situazione in cui si è venuta a trovare il debitore (stato di insolvenza, stato di crisi, gravi irregolarità di gestione, sovraindebitamento), in quanto investe una serie di rapporti (tra cui debiti, crediti, contratti), pregiudica la stabilità dell'impresa e del sistema nel cui ambito essa opera, o, comunque, compromette l'ordinato operare della regola della responsabilità patrimoniale, e quindi legittima questo intervento pubblico. Il tipo di organo preposto alla procedura e le funzioni allo stesso attribuite derivano dalla finalità e dalla natura della procedura stessa.

C'è da aggiungere che ogni procedura viene solitamente gestita da una pluralità di organi, i quali, se pure non possono essere considerati organizzati in forma gerarchica (cioè, con attribuzione del potere di dare ordini ad un soggetto subordinato, tenuto ad eseguirli), certamente operano in una struttura piramidale dove l'organo sovraordinato ha **potere di controllo**.

Nelle procedure giudiziarie, il **tribunale** dispone la procedura, emette i provvedimenti che la aprono o la chiudono e, salvo casi particolari, nomina gli altri organi (vedi, *infra*, Sez. II, § 4 e Sez. VII, § 7).

Altro organo, da non confondere con il tribunale, è il **giudice delegato**, che ha la funzione di seguire più direttamente la procedura, vigilando sulla stessa ed adottando una serie di provvedimenti amministrativi, di controllo o integrativi della volontà dell'organo operativo. Il giudice delegato è uno dei magistrati componenti il tribunale, a cui viene affidata, dallo stesso, questa funzione di più immediato intervento nella procedura.

Nel fallimento vi è un organo al quale è affidato l'esercizio dell'attività gestoria – sottratta all'imprenditore fallito – e cioè il **curatore**; nel **concordato preventivo**, l'imprenditore non perde il potere di gestione e di amministrazione dell'impresa, viene quindi nominato un organo solo con funzione di controllo, che è il **commissario giudiziale**. Questi organi sono soggetti non appartenenti all'ordine giudiziario, scelti sulla base di requisiti previsti dalla legge (artt. 28 e 163 l. fall.). Essi, se pure sottoposti alla vigilanza del giudice delegato, non sono legati allo stesso da un vincolo di subordinazione, tant'è che possono impugnarne i provvedimenti.

In alcune possibili forme di concordato preventivo, quale quella che preveda la cessione dei beni ai creditori, con il decreto che omologa il concordato, è prevista la nomina di uno o più **liquidatori** (art. 182 l. fall.), anche essi estranei all'ordine giudiziario, cui viene attribuita la funzione di liquidare i beni che il debitore ha messo a disposizione dei creditori, ovvero di attuare le operazioni previste nella proposta di concordato.

Nelle procedure di fallimento e di concordato preventivo vi è ancora un altro organo, il **comitato dei creditori**; cioè un organo composto di creditori.

Tale organo, mentre nel fallimento ha una funzione di controllo ed ispettiva sull'attività del curatore, nonché un'ampia funzione autorizzativa e consultiva (art. 41 l. fall.), nel concordato preventivo – ove previsto – ha una funzione più operativa, di assistenza all'attività, segnatamente, di liquidazione e di attivazione delle previsioni concordatarie sulla gestione (art. 182 l. fall.). Ad ogni modo, il comitato dei creditori, pur se appare l'interprete delle esigenze del ceto creditorio interessato alla procedura stessa, non diventa un mero organo rappresentativo degli stessi.

Nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento vi sono, oltre al tribunale ed al giudice delegato, il **liquidatore**, che viene nominato nella procedura di liquidazione ed ha compiti simili a quelli del curatore, e l'**organismo di composizione della crisi** da sovraindebitamento, che è incaricato sia dello svolgimento di attività nell'interesse del debitore, sia del compimento di attività di ausilio e collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Negli **accordi di ristrutturazione dei debiti** non vi sono organi gestori o di controllo, così che l'unico organo è il tribunale, chiamato ad omologare l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

I procedimenti amministrativi sono affidati, come detto, all'**autorità amministrativa** (vedi *infra*, Sez. VII, § 1).

La procedura di liquidazione coatta amministrativa è disposta dall'**autorità amministrativa** (Ministro) che vigila sull'impresa per la quale è prevista tale procedura. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza è, invece, dichiarata aperta dal **tribunale**, tenuto conto del parere del commissario giudiziale e del Ministro delle attività produttive (art. 30, d.lgs. n. 270/1999); successivamente, il **Ministro** nominerà gli organi della procedura e vigilerà sulla stessa (artt. 37, 38, d.lgs. cit.).

L'autorità amministrativa, disposta la procedura, nomina **uno o più commissari ed un comitato di sorveglianza**. I componenti di tali organi, in genere, sono soggetti estranei all'amministrazione che ha disposto la procedura; peraltro, se anche vi appartengono, operano come organi della procedura e non come dipendenti dell'amministrazione.

La procedura di **ristrutturazione industriale**, invece, si apre con un provvedimento del Ministro per lo Sviluppo Economico – che contestualmente nomina il commissario –, a cui seguirà la sentenza del tribunale di accertamento dello stato di insolvenza, sempre che venga riscontrata la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi.

Il **comitato di sorveglianza**, nelle procedure amministrative, ha una composizione coerente con la finalità delle procedure, di ricollocazione dell'azienda: infatti, i suoi membri sono scelti tra soggetti particolarmente esperti nel

ramo di attività esercitata dall'impresa, anche se non creditori. Quest'organo assume una funzione di controllo sull'attività dei commissari; e ciò, sia con riferimento ai singoli atti di gestione, sia in ordine alle stesse modalità di realizzazione delle finalità della procedura.

7. I rapporti tra le procedure

La pluralità di procedure impone di precisare quale sia il rapporto che intercorre tra le stesse. La materia è retta dal **principio dell'unicità**, che esclude la contemporanea pendenza a carico dello stesso debitore di due distinte procedure concorsuali.

Per effetto di ciò, i rapporti tra le procedure sono disciplinati dalle regole dell'alternativa, della successione e della conversione. **Alternativa** significa che l'una procedura esclude l'altra e che, anche quando, in astratto, un debitore può essere soggetto a più di una procedura concorsuale, l'apertura di una di esse preclude, durante tutto il suo svolgimento, che ne vengano aperte altre. **Successione** significa che, in tempi diversi, un debitore può essere soggetto a diverse procedure. **Conversione** significa che, quando non può più essere utilmente proseguita, una procedura si converte in un'altra procedura.

In linea di massima, le imprese soggette a **liquidazione coatta amministrativa** non sono soggette a fallimento (artt. 2 e 194 l. fall.) o ad amministrazione straordinaria. Peraltro, a tale regola vi sono **eccezioni**, come per le società cooperative, che, per espressa previsione legislativa (art. 2545 *terdecies* c.c.), possono essere soggette sia a fallimento, che a liquidazione coatta amministrativa; in questo caso opera il **criterio della prevenzione**, cioè prevale la procedura per prima disposta (se viene dichiarato prima il fallimento, prosegue tale procedura con esclusione della liquidazione coatta amministrativa; se viene disposta prima la liquidazione coatta amministrativa, prosegue tale procedura con esclusione del fallimento).

I debitori soggetti a **procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento** non possono essere soggetti, per espressa previsione legislativa, ad altre procedure concorsuali. Questo perché, come accennato, il presupposto soggettivo per la soggezione alle procedure di composizione è definito "in negativo", nel senso che possono farvi ricorso solo i debitori esclusi dalle altre procedure.

Di regola, sia gli imprenditori assoggettabili al fallimento, che quelli assog-

gettabili a liquidazione coatta amministrativa e ad amministrazione straordinaria, ricorrendone i presupposti, possono essere ammessi alla procedura di concordato preventivo (c'è, peraltro, una espressa esclusione di tale possibilità per le banche, art. 80, comma 6°, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 395). Ovviamente, l'apertura della procedura di concordato preclude la possibilità di assoggettare contemporaneamente lo stesso debitore al fallimento, alla liquidazione coatta amministrativa o all'amministrazione straordinaria (di solito, il debitore fa ricorso al concordato preventivo proprio al fine di evitare l'apertura di una procedura coattiva). Vale, ovviamente, anche il contrario, nel senso che, durante la procedura di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria, il debitore non può essere ammesso a concordato preventivo.

Nel caso in cui la procedura di concordato non vada a buon fine (perché il debitore non viene ammesso, l'ammissione viene revocata, l'omologazione viene rigettata o il concordato omologato viene risolto o annullato), il medesimo imprenditore può essere successivamente dichiarato fallito, purché ne sussistano i presupposti soggettivi ed oggettivi, e vi sia richiesta dei creditori o del pubblico ministero; se sussistono i presupposti, vi può anche essere l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, su istanza dei creditori, del pubblico ministero o anche d'ufficio. In tal caso, alla procedura di concordato preventivo **succede**, senza interruzione, una procedura diversa a carattere non volontario. La successione di procedure assume una specifica rilevanza, con riguardo a taluni profili della **procedura finale**; cioè, taluni effetti della procedura finale si fanno retroagire alla procedura inizialmente instaurata (così, ad esempio, i debiti sorti in pendenza della procedura di concordato preventivo vengono considerati, in sede di fallimento, come debiti sorti nel corso della procedura fallimentare con il relativo trattamento; oppure i termini per l'esercizio dell'esercizio delle azioni revocatorie sono computati a partire dalla prima procedura: di ciò si parlerà in seguito).

Sostanzialmente analogo a quella del concordato preventivo è il rapporto tra gli **accordi di ristrutturazione dei debiti** e le altre procedure concorsuali, potendovi essere sia una possibilità di alternativa, che di successione.

La procedura di amministrazione straordinaria, quando risulti che non possa essere utilmente proseguita o non siano completati nei termini previsti i programmi approvati, si **converte** in fallimento. Analogamente avviene per la procedura di ristrutturazione industriale. Tale principio della conversione ha la funzione: a) di consentire di tenere fermi gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento che ha disposto la procedura non più applicabile; b) di considerare legittimi gli atti compiuti durante tale procedura; c) di tenere ferme,

senza soluzione di continuità, le limitazioni che operano in ordine al potere di disposizione del debitore ed in ordine alle azioni esperibili dai creditori.

8. Caratteri comuni delle procedure concorsuali

Le classificazioni ora viste non escludono che esistano taluni principi di fondo che tendenzialmente configurano una **caratterizzazione comune** a tutte le procedure concorsuali. Va, però, segnalato che, anche a tal riguardo, possiamo ritrovare principi simili, ma applicati con tecniche differenti, ovvero privi del carattere dell'assolutezza.

La identificazione di taluni **caratteri significativi** (e selettivi rispetto ad ogni altro tipo di procedura) consente di riconoscere le procedure concorsuali. In presenza di una procedura speciale di sistemazione della crisi di una impresa – o, più in generale, di un debitore –, può essere necessario accertare se si sia o no in presenza di una procedura concorsuale (il che accade sovente massimamente per le procedure amministrative). Così, al fine di verificare, proprio per le procedure amministrative, la possibilità di applicare in via suppletiva i principi dettati dalla legge fallimentare per la liquidazione coatta amministrativa, o al fine di verificare i limiti di applicazione di convenzioni internazionali in materia di competenza giurisdizionale e di esecuzione di provvedimenti in materia civile e commerciale (per esempio, sono esclusi dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles «i fallimenti, concordati e altre figure affini» [art. 1, comma 2°, n. 2, l. 21 giugno 1971, n. 804], ponendo quindi la necessità di identificare quali procedure possano essere comprese tra quelle affini al fallimento ed ai concordati).

8.1. La globalità

Prima caratteristica comune delle procedure concorsuali è il **principio della globalità**, in forza del quale la procedura concorsuale coinvolge tendenzialmente l'intero patrimonio del debitore e tutti i rapporti che allo stesso fanno capo (salvo quelli di natura personalissima e quelli che gli organi della procedura, laddove consentito, decidano volontariamente di non acquisire).

Le procedure concorsuali non si riducono in alcun caso a **mera esecuzione forzata** su singoli beni, in quanto, per loro essenza, coinvolgono unitariamente un complesso patrimoniale, che, salvo eccezioni, coinvolge l'intero patrimonio del debitore.

Al riguardo, è stato posto il problema se le procedure concorsuali abbiano come **elemento soggettivo di riferimento** l'impresa o l'imprenditore (il tema non riguarda, ovviamente, le procedure di composizione delle crisi, ove la qualità di imprenditore non costituisce presupposto soggettivo). Se si ritiene che le procedure concorsuali riguardino l'impresa, ne deriva che esse coinvolgano i soli rapporti che fanno capo all'impresa (o addirittura a una delle imprese) dell'imprenditore, lasciando fuori i rapporti ed i beni *extra-aziendali* (o di altra impresa gestita dallo stesso imprenditore). Se, invece, si afferma che le procedure concorsuali riguardino l'imprenditore, allora esse coinvolgeranno l'intero suo patrimonio e tutti i rapporti che allo stesso facciano capo (salvo taluni di natura personalissima), esistenti al momento in cui la procedura concorsuale viene disposta (con possibilità di integrazioni, sia operando la revocatoria di atti compiuti prima dell'avvento della procedura, sia acquisendo beni sopravvenuti nel corso della procedura). Prevale ormai, ed in modo condivisibile, la tesi per cui (salvo quanto si dirà *infra*) l'elemento soggettivo di riferimento sia rappresentato dall'imprenditore.

Questo dato della **globalità** si ha nel fallimento, nella liquidazione coatta amministrativa con accertamento dello stato di insolvenza e nella amministrazione straordinaria: cioè tutte le volte in cui la procedura si applichi ad un imprenditore in accertato **stato di insolvenza**.

Tale principio della globalità viene **mitigato**, pur in presenza dell'insolvenza, nella procedura di **concordato preventivo**. Nel caso in cui lo stato di insolvenza venga superato con l'omologazione del concordato, si crea un patrimonio separato (costituito dalla somma messa a disposizione dei creditori o dai beni loro destinati o ceduti, art. 160 l. fall.) senza possibilità per la massa dei creditori – stante l'efficacia liberatoria per il debitore che abbia adempiuto nei limiti delle obbligazioni concordatarie, e salvo l'ipotesi del concordato con continuità – di godere di eventuali beni sopravvenuti o della revocatoria fallimentare. L'omologazione del concordato preventivo dà luogo, infatti, alla formazione di due patrimoni separati: un patrimonio vincolato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso (nonché dei crediti legalmente sorti durante la procedura), ma insensibile alle pretese dei creditori successivi all'omologazione; un secondo patrimonio destinato esclusivamente ai creditori successivi ed ai creditori aventi pretesa non opponibile al concordato.

Certamente, invece, colpisce solo l'impresa (e quindi solo i rapporti che alla stessa facciano capo) la procedura di **liquidazione coatta amministrativa, ove manchi l'accertamento dello stato di insolvenza**: soluzione concettualmente giustificata dalla funzione che abbiamo visto essere propria di tale pro-

cedura, cioè l'eliminazione dell'impresa con ricollocazione dell'azienda.

Il principio della globalità comporta che siano compresi nella procedura – con le articolazioni e le limitazioni ora viste – tutti i beni ed i rapporti esistenti al momento in cui viene disposta la procedura, senza che in tal momento gli stessi siano stati identificati. Tale globalità, da una parte comporta che tutti i beni che risulteranno appartenere al debitore nel corso della procedura saranno acquisiti alla stessa (salvo espressa esclusione decisa dagli organi della procedura), dall'altra che i creditori – salvo eccezioni talvolta previste da leggi speciali – non possano agire individualmente su tali beni per soddisfare i propri crediti.

8.2. La concorsualità

Le procedure concorsuali sono predisposte in funzione della **naturale presenza di una pluralità di rapporti**, ed in particolare di crediti, da estinguere. Salvo che per la liquidazione coatta amministrativa disposta per gravi irregolarità, dove – almeno al momento del provvedimento – non si ha riguardo alla situazione finanziaria ed alla situazione patrimoniale, per le altre procedure tali profili costituiscono, con varie graduazioni, il presupposto oggettivo che le giustifica. Presupposto oggettivo che individua una situazione nella quale vi è il concreto rischio che non tutti i creditori possano essere completamente soddisfatti.

Da ciò, la necessità che il patrimonio del debitore sottoposto alla procedura venga sottratto alla sua libera disponibilità (in linea di massima) e, soprattutto, alle azioni di esecuzione forzata di singoli creditori, rimanendo oggetto della destinazione che risulti più coerente con le finalità della procedura stessa, nell'interesse di tutti i creditori.

Le procedure concorsuali coinvolgono, quindi, l'intera massa dei creditori del debitore esistenti al momento dell'apertura della procedura, che vengono sottoposti alle regole proprie della specifica procedura concorsuale.

In tal modo, si attua il **principio di concorsualità**, in forza del quale tutti i creditori debbono essere soddisfatti in concorso tra loro, cioè in base ad un piano di riparto nel quale gli stessi sono compresi ed ordinati in successione, in conformità dei criteri innanzi detti. Ciò significa, quale ulteriore espressione del principio di concorsualità, che i creditori non possono essere soddisfatti fuori dal concorso, mediante un'azione esecutiva individuale.

E si badi, tale principio ha una forza significativa, che opera anche quando un qualche creditore – in ragione di speciale disposizione di legge – possa procedere sui beni pur compresi nella procedura concorsuale attraverso una esecu-

zione forzata autonoma; infatti, quando la legge consente ciò, l'organo della procedura deve assicurare che il creditore acquisisca il ricavato della vendita proprio nel rispetto delle regole della *par condicio* operanti nella procedura.

L'organizzazione della procedura con struttura concorsuale, proprio in presenza di un patrimonio destinato a dissolversi con la procedura stessa (o comunque funzionale al soddisfacimento di tutti i creditori), attua anche il noto principio della *par condicio creditorum*. Tale espressione sta ad indicare il principio su cui si fonda la tecnica di soddisfacimento delle ragioni dei creditori. Gli organi delle procedure devono fare in modo che i creditori siano soddisfatti non nell'ordine nel quale avanzano la richiesta di pagamento, bensì secondo un principio di proporzionalità dell'ammontare del proprio credito rispetto all'ammontare complessivo dei crediti.

Questo principio di proporzionalità nel soddisfacimento dei crediti va, però, coordinato con la regola secondo cui i creditori vanno soddisfatti secondo un ordine di distribuzione, basato sulla natura del proprio credito. Pertanto, vanno soddisfatti, in successione, prima i crediti sorti nella procedura (**crediti in prededuzione**), poi i crediti per titolo anteriore all'apertura della procedura, che vantano diritti di prelazione (ipoteca, pegno, privilegi) nei limiti del valore dei beni su cui tali diritti insistono (**crediti privilegiati**), e poi in maniera proporzionale gli altri crediti riconosciuti tali nella procedura (**i creditori chirografari**). Se si tiene presente che accanto alle prelazioni fondate su ipoteca e pegno vi è la prelazione fondata su innumerevoli privilegi (previsti tanto dal codice civile, quanto da leggi speciali *ex art. 2745 c.c.*), ci si può rendere conto come i creditori non garantiti (chirografari) certamente versino in una situazione piuttosto precaria.

Oggi il principio della *par condicio* può subire una ulteriore limitazione. Infatti, talune procedure, quali il concordato fallimentare nel fallimento, il concordato preventivo, la ristrutturazione industriale, prevedono la possibilità, all'interno delle categorie di crediti prededucibili, privilegiati e chirografari, di suddividere a loro volta i creditori per **classi**, da soddisfare in maniera differenziata.

In conclusione, può dirsi che la *par condicio* risulta essere in realtà una affermazione di principio, che in concreto non produce una finale effettiva parità di trattamento dei creditori.

8.3. La officiosità

Ulteriore carattere comune è quello della **officiosità**. Ciò non significa che la procedura debba necessariamente essere instaurata – anche se ciò può ac-

cadere – su iniziativa di un organo pubblico, ma significa che la procedura viene disposta con provvedimento di organo pubblico (giudiziale o amministrativo) e che poi viene condotta e gestita a cura dello stesso. Questo è un dato significativamente dissonante con i principi che regolano il processo esecutivo ordinario, dove l'avvio e lo svolgimento del procedimento sono affidati all'iniziativa del creditore, la cui assenza o carenza di impulso producono l'estinzione della procedura stessa.

Occorre, peraltro, precisare che ciò non significa che anche nelle procedure concorsuali – se pure in forme diverse – i creditori non si debbano attivare per far valere il proprio diritto (ad esempio, nel fallimento, proponendo la domanda di ammissione al passivo); ma la inerzia porterà al non riconoscimento del loro diritto, non alla estinzione del procedimento (salvo, per il fallimento, la assoluta assenza di creditori partecipanti alla procedura, art. 118, comma 1°, n. 1, l. fall.).

Vi è da aggiungere che questo principio di officiosità si estrinseca con una diversa ingerenza dell'organo pubblico nella procedura, a seconda del tipo: dalla sottrazione all'imprenditore della legittimazione a disporre dei beni acquisiti alla procedura (per esempio art. 42 l. fall.), alla sola vigilanza sulla sua attività (per esempio, art. 167 l. fall.), alla mera decisione sull'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.).

8.4. La stabilità

Le procedure concorsuali presentano ancora un ulteriore carattere, per quanto attiene gli effetti: il soddisfacimento del creditore avvenuto attraverso la procedura concorsuale ha un dato di **stabilità**, che manca in assenza della stessa.

Per comprendere l'importanza di questo principio, occorre ricordare che taluni rapporti giuridici posti in essere quando si sia manifestato lo stato di insolvenza dell'imprenditore restano segnati da una sorta di provvisorietà; nel senso che, nel caso venga dichiarato il fallimento o giudizialmente accertato lo stato di insolvenza, potranno essere aggrediti con l'**azione revocatoria** (art. 64 ss. l. fall.), la quale rende inopponibile alla massa dei creditori (e quindi alla procedura) gli atti posti in essere dal debitore. Invece, i rapporti regolati dalla procedura concorsuale (per esempio, i pagamenti eseguiti a favore dei creditori nell'ambito della procedura) acquistano un **carattere di definitività** e di non aggredibilità. Quindi, i soggetti che intendono evitare di restare esposti alla revocatoria, con il pericolo che i contratti stipulati, le garanzie conseguite, i

pagamenti ricevuti possano essere dichiarati non opponibili ai creditori, possono avere interesse a che sia instaurata una procedura concorsuale.

Da ciò deriva che le **soluzioni c.d. stragiudiziali** della crisi dell'imprenditore, attraverso intese di natura strettamente privatistica tra il debitore ed i creditori, in tanto potranno sortire gli effetti prefigurati, in quanto realmente il debitore superi lo stato di crisi ed adempia le obbligazioni assunte. Nel caso, invece, attraverso questo strumento non si raggiunga tale risultato, e si abbia la dichiarazione di fallimento, o per il mancato adempimento o per la sopravvenienza di nuovi creditori, tutto quanto convenuto o adempiuto manifesta l'instabilità che lo caratterizza, stante la potenziale soggezione alla revocatoria.

A ciò è da aggiungere che potrebbero in tal caso anche configurarsi ipotesi di reato, a carico del fallito o degli amministratori della società fallita, quali la bancarotta semplice, per non aver richiesto il debitore tempestivamente la dichiarazione del proprio fallimento (art. 217, comma 1°, n. 4, l. fall.) o la bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3°, l. fall.), con il concorso in tali reati dei creditori che hanno partecipato all'accordo. Proprio al fine di limitare tali effetti, il legislatore ha previsto che taluni accordi stragiudiziali possano avere una "protezione" (vedi *infra*, Sez. VI).

Bibliografia essenziale

Trattati e manuali pubblicati prima della riforma della legge fallimentare:

ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XVI, 1967; AZZOLINA U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 1961; BONGIORNI A., *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, IX, Cedam, Padova, 1986; FERRARA F., BORGIOI A., *Il fallimento*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1995; JORIO A., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2000; MAZZOCCA D., *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene, Napoli, 1980; PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, I-IV, 1974; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1994.; RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, Giuffrè, Milano, 1992; SATTA S., *Diritto fallimentare*, 3ª ed aggiornata ed ampliata da R. Vaccarella e F.P. Luiso, Cedam, Padova, 1996.

Trattati, commentari e manuali pubblicati dopo della riforma della legge fallimentare:

AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2008; APICE U. (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, I-III, Giappichelli, Torino, 2011; BASSI A., *Lezioni di diritto fallimentare*, Il Mulino, Bologna, 2009; BOCCHIOLA M., PAJARDI P., PALUCHOWSKI A. (a cura di), *Codice del fallimento*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2013; BONFATTI S., CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2011; BONFATTI S., CENSONI P.F., *Lineamenti di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2013; BUONOCORE V., BASSI A. (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2010; CAIAFA A. (a cura di), *Le procedure concorsuali*, coordinato da S. De Matteis e S. Scarafoni, Cedam, Padova, 2011; CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet Giuridica, Torino, 2016; CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Egea, Milano, 2010; CELENTANO P., FORGILLO E. (a cura di), *Fallimento e concordati*, Utet, Torino, 2008; FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011; FAUCEGLIA G., PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009; FAUCEGLIA G., ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, Bologna, 2010; FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2016; GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2010; GIORGI V., *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Piccin, Padova, 2012; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2015; JORIO A. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2006; JORIO A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Collana fondata da W. Bigiavi, Utet Giuridica, Torino, 2016; JORIO A., FABIANI M. (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2010; JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2014; LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Ipsoa, Milano, 2013; MAFFEI ALBERTI A. (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6ª ed., Cedam, Padova, 2013; NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXV, Giappichelli, Torino, 2012; NIGRO A., SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2006; A. NIGRO, SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Giappichelli, Torino, 2010; NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 2014; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2008; SANDULLI M., *La crisi dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2009; SANDULLI M., D'ATTORRE G. (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2016; STANGHELLINI L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2007; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006; VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014.

Profili storici:

MIGLIORINO F., *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1999; SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Cedam, Padova, 1964; SANTARELLI U., *Disposizioni generali*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO e G. SANTINI, Artt. 1-22, Bologna-Roma, 1974, 1 ss.