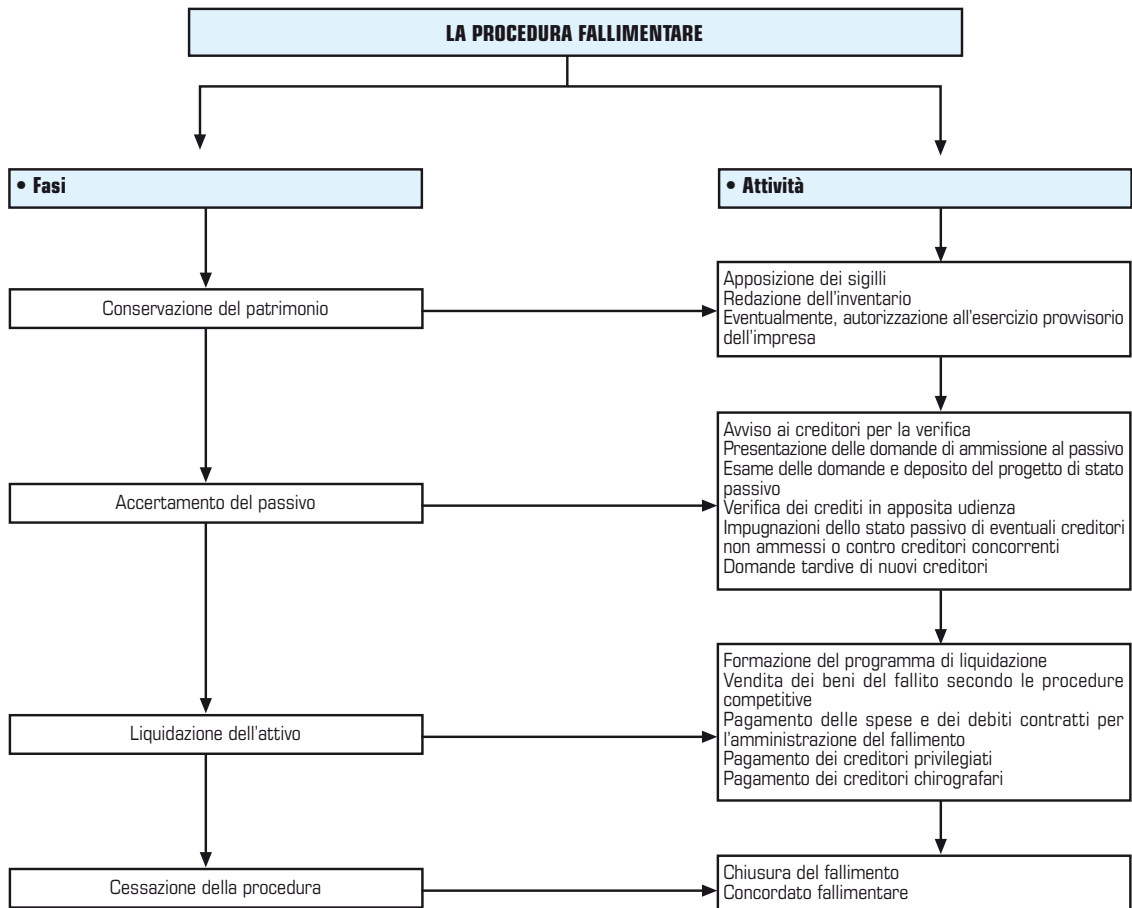




PERCORSO 6

La crisi dell'impresa



Stato di insolvenza: situazione di oggettiva impotenza non transitoria ad adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, determinata dalla mancanza di mezzi necessari per effettuare i pagamenti dovuti e dall'impossibilità di procurarsi tali mezzi altrove, mediante ricorso al credito. L'insolvenza acquista però rilevanza giuridica solo quando si manifesta all'esterno: soltanto allora può considerarsi realizzato il presupposto oggettivo richiesto dalla legge, che perciò non è l'insolvenza in quanto tale ma la *manifestazione dello stato di insolvenza*

Inadempimenti: si classificano come tali tutti gli indizi di difficoltà finanziarie dell'imprenditore quando sono reiterati e riferiti ad una pluralità di obbligazioni. Anche un solo inadempimento può assurgere a manifestazione dello stato di insolvenza ove si esteriorizzi in forma che, in modo inequivoco, dimostri l'esistenza di un patrimonio in dissesto e l'oggettiva impossibilità per il debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni

Altri fatti esteriori: la casistica è, al riguardo, illimitata, potendo lo stato di insolvenza esteriorizzarsi attraverso tutti quei fatti che, per la loro gravità, precisione e concordanza consentono quel giudizio presuntivo nel quale, generalmente, si esaurisce l'accertamento della situazione di oggettiva impotenza economica in cui l'imprenditore viene a trovarsi. La stessa legge fallimentare prevede ipotesi sintomatiche quali la fuga, l'irreperibilità o la latitanza dell'imprenditore, la chiusura dei locali, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo (art. 7). Ulteriori manifestazioni sintomatiche sono state rinvenute dalla giurisprudenza, nel suicidio o tentato suicidio dell'imprenditore, nelle truffe o appropriazioni indebite da questi consumate o, ancora, nella vendita rovinosa dei beni dell'impresa

norma

5. Stato d'insolvenza. • L'imprenditore che si trova in **stato d'insolvenza** è dichiarato fallito.
Lo stato d'insolvenza si manifesta con **inadempimenti** od **altri fatti esteriori**, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

- L'insolvenza si identifica con uno stato di impotenza funzionale e non transitoria a soddisfare le obbligazioni contratte dall'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margini di redditività tali da essere sufficienti per la copertura delle esigenze dell'impresa e fra queste, in primo luogo, l'estinzione dei debiti; nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali e senza essere costretti a ravvisare decurtazioni del patrimonio (Cassazione 28 giugno 1985, n. 3877).
- Il mancato pagamento di somme dovute all'amministrazione finanziaria per IVA ed iscritte a ruolo può considerarsi atto sintomatico di una situazione di insolvenza ai fini della dichiarazione di fallimento senza che rilevi in contrario la circostanza dell'avvenuta impugnazione del ruolo stesso, che ha natura di titolo esecutivo, salvo che il debitore dimostri che l'esecutività dell'atto impugnato è stata sospesa (Cassazione 5 dicembre 2001, n. 15407).
Il mancato adempimento di crediti sorti da prestiti usurari non è idoneo ad integrare stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5 l.fall. (Trib. Perugia, 9 febbraio 1995).

Il caso pratico

La revocatoria fallimentare

Giovanni vende il locale commerciale dove svolge la sua attività. In seguito, utilizza una parte del ricavato per pagare un credito, garantito da ipoteca sull'immobile, che Stefano vanta nei suoi confronti. Meno di un anno dopo la vendita, Giovanni viene dichiarato fallito. Il curatore fallimentare ricorre, secondo l'art. 67, comma 2, legge fallimentare, all'azione revocatoria del contratto di vendita. Tullio, che aveva acquistato il locale da Giovanni, si costituisce in giudizio sostenendo che la vendita è irrevocabile, in quanto non danneggia troppo la massa attiva fallimentare, poiché il ricavato del bene, pur se recuperato, sarebbe stato comunque attribuito a Stefano, il creditore privilegiato. Il giudice accoglierà la domanda del curatore?

Guida alla soluzione

- Lettura degli artt. 2740, 2901- 2904 c.c.
- Lettura degli artt. 66-70 della legge fallimentare (R.D. n. 267/1942), in particolare comma 1, nn. 1 e 2, e comma 2 art. 67, con le modifiche apportate dal D.L. 35/2005 convertito nella L. 80/2005.
- Lettura della seguente sentenza:

Ai fini della revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore, poi fallito entro un anno, ai sensi dell'art. 67, comma secondo, legge fall. (nel testo originario, applicabile "ratione temporis"), l'"eventus damni" è "in re ipsa" e consiste nel fatto stesso della lesione della "par condicio creditorum", ricollegabile, per presunzione legale assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione; pertanto, grava sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche garantito, come nella specie, da ipoteca gravante sull'immobile compravenduto) non esclude la possibile lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi. (Nell'enunciare il principio in massima, la S.C. ha altresì precisato che la natura distributiva, e non indennitaria, dell'azione prevista dal comma secondo dell'art. 67 è rimasta ferma anche dopo la riforma della disciplina della revocatoria fallimentare operata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 2 si è limitato a dimezzare il "periodo sospetto", con l'introduzione di talune eccezioni alla regola, implicitamente confermate quindi della stessa). (Cassazione, Sezioni Unite, 28 marzo 2006, n. 7028)



QUIZ

- 1** Quale dei seguenti soggetti economici può essere dichiarato fallito?

 - a) l'imprenditore agricolo
 - b) il piccolo imprenditore
 - c) le società commerciali
 - d) l'ente pubblico economico

- 2** Lo stato di insolvenza consiste:

 - a) nell'impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni
 - b) nella cessazione dei pagamenti
 - c) nell'inadempimento protratto e ripetuto di più obbligazioni
 - d) nella pendenza di più procedimenti esecutivi a danno dell'imprenditore

- 3** La dichiarazione di fallimento può avvenire (segnare la risposta errata):

 - a) su ricorso di uno o più creditori
 - b) su ricorso del debitore
 - c) su richiesta del pubblico ministero
 - d) su ricorso dell'autorità governativa che esercita poteri di vigilanza sull'impresa

- 4** Il Tribunale deve ordinare la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio?

 - a) no
 - b) sì, sempre al fine di assicurare all'imprenditore l'esercizio del diritto di difesa
 - c) solo se il giudice istruttore lo ritenga assolutamente necessario
 - d) solo se i creditori ricorrenti lo ritengano opportuno

- 5** Quale dei seguenti è l'organo del fallimento deputato alla cura e conservazione del patrimonio del fallito?

 - a) il giudice delegato
 - b) il curatore
 - c) il comitato dei creditori
 - d) il tribunale fallimentare

6 Quali sono le conseguenze della dichiarazione di fallimento?

- a) priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni
- b) dichiara incapace il fallito
- c) sottrae i beni dalla proprietà del fallito per trasferirli alla massa dei creditori
- d) concede al curatore la sola amministrazione dei beni del fallito

7 Ai fini dell'applicazione della revocatoria fallimentare, quali atti, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono posti in essere in pregiudizio della massa dei creditori se non si prova il contrario?

- a) gli atti a titolo gratuito
- b) i pagamenti di debiti non scaduti
- c) i pagamenti di debiti scaduti compiuti con «mezzi anormali»
- d) gli atti costitutivi di garanzia a vantaggio dei crediti sorti contestualmente

8 Che cos'è lo stato passivo provvisorio?

- a) la situazione patrimoniale del debitore prima del fallimento
- b) una fase del procedimento di accertamento del passivo
- c) un presupposto oggettivo del fallimento
- d) un presupposto per l'applicabilità del concordato fallimentare

9 Dopo la dichiarazione di fallimento si può avere continuazione dell'attività di impresa?

- a) no, mai
- b) sì, ma solo in determinate ipotesi
- c) sì, ma solo se il fallito accetta
- d) sì, sempre

10 Ci sono differenze tra il concordato preventivo e il concordato fallimentare?

- a) no
- b) no, anche il concordato preventivo è una forma di fallimento
- c) sì, il concordato preventivo serve ad evitare il fallimento
- d) sì, solo il concordato preventivo è un concordato giudiziale e di massa

11 Quale dei seguenti non è un presupposto del concordato preventivo?

- a) lo stato di crisi
- b) la natura di imprenditore commerciale dell'istante
- c) la mancanza di condanne penali per bancarotta o delitti contro il patrimonio
- d) lo stato di insolvenza

12 Quale di questi è un presupposto oggettivo dell'abrogata amministrazione controllata?

- a) la temporanea difficoltà dell'imprenditore nell'adempiere le proprie obbligazioni
- b) lo stato di insolvenza
- c) uno stato di insolvenza reversibile
- d) un'esposizione debitoria rilevante

13 Quale delle seguenti categorie di imprese non può essere sottoposta a liquidazione coatta amministrativa?

- a) l'impresa bancaria
- b) l'impresa assicurativa
- c) l'impresa cooperativa
- d) l'impresa agricola

14 Quale dei seguenti non può essere considerato un presupposto per la liquidazione coatta amministrativa?

- a) irregolarità amministrative riscontrate
- b) stato di insolvenza
- c) mancata osservanza di disposizioni dettate nel pubblico interesse
- d) la natura commerciale dell'impresa

15 Quale dei seguenti non è organo della liquidazione coatta amministrativa?

- a) il commissario liquidatore
- b) l'autorità di vigilanza
- c) il comitato di sorveglianza
- d) il comitato dei creditori

Questioni di *diritto*

Il decreto correttivo della riforma fallimentare e i nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti: tra questioni risolte e irrisolte

1. *Introduzione*

Per favorire l'emersione anticipata della crisi d'impresa e consentirne una soluzione più rapida e vantaggiosa per il ceto creditorio, la riforma della legge fallimentare ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo istituto: l'accordo di ristrutturazione dei debiti, disciplinato dall'art. 182 bis, recentemente modificato dal d.lgs n. 169 del 2007.

La portata innovativa dell'istituto risiede nella sua configurazione di strumento idoneo a realizzare la gestione privatistica della crisi d'impresa. Già nella sua formulazione originaria l'art. 182 bis contemplava, infatti, la possibilità per l'imprenditore di raggiungere un accordo con i creditori, senza che questo fosse sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria se non in un secondo momento, una volta prestato il consenso da parte dei creditori aderenti. Peraltro, l'accordo omologato comportava l'esonero dall'azione revocatoria con la garanzia per i creditori rimasti estranei all'accordo di poter fare opposizione, ove l'accordo stesso risultasse lesivo della possibilità di regolare il soddisfacimento dei loro crediti.

La disciplina di tali accordi risultava, però, essere piuttosto scarna. In un solo articolo, infatti, venivano indicate le linee guida dell'istituto, senza che ne fossero specificati i presupposti, il contenuto e gli effetti. E dunque, da un lato, l'eccessiva essenzialità della disciplina degli accordi, dall'altro l'inadeguatezza della cultura d'impresa a coglierne le potenzialità, ne hanno sostanzialmente determinato l'insuccesso.

Alle lacune normative ha fatto seguito il tentativo normopoietico della giurisprudenza di merito, ostacolato, però, da interpretazioni troppo spesso contrastanti per fornire quei principi comuni e quella certezza del diritto necessari per accompagnare un cambiamento culturale della portata auspicata.

Per porre fine a questa situazione di emparse il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire sul punto con il decreto correttivo, il quale ha più

compiutamente disciplinato l'istituto, talvolta, facendo propri gli approdi giurisprudenziali.

Tra le questioni più incerte e discusse, risolte, sia pur in parte, dal decreto correttivo, vanno ricordate quelle relative ai presupposti dell'istituto, alla natura e agli effetti dell'istituto nei confronti dei creditori non aderenti all'accordo.

2. *I presupposti dei nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*

Nella sua formulazione originaria l'art. 182 bis individuava il soggetto legittimato alla presentazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nella semplice figura del "debitore". Seguendo un'interpretazione letterale della norma, parte della dottrina aveva ritenuto che, diversamente da quanto avviene per l'ammissione alla procedura di fallimento e di concordato preventivo, dove l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina era, ed è tuttora, ristretto all'imprenditore commerciale medio-grande, avrebbe potuto presentare l'accordo non solo l'imprenditore commerciale medio-grande, ma anche il piccolo imprenditore, l'imprenditore agricolo e l'insolvente civile. Tale interpretazione non ha trovato, tuttavia, seguito nella giurisprudenza di merito. Secondo alcuni tribunali, infatti, essendo l'accordo di ristrutturazione dei debiti un istituto che trova collocazione all'interno della legge fallimentare, lo stesso può essere applicato solo alle imprese di cui all'art. 1 legge fall. (in tal senso si veda Trib. Bari 21 novembre 2005 e Trib. Brescia 22 febbraio 2006).

L'individuazione del presupposto oggettivo degli accordi ex art. 182 bis si configurava per l'interprete, sotto la previgente disciplina, come attività resa ancora più ardua, da un lato, dall'assenza di qualsiasi indicazione nella norma di riferimento, e dall'altro dal contrasto giurisprudenziale che individuava talora il presupposto oggettivo dell'accordo di ristrutturazione nello "stato di crisi" (Trib. Bari 21 novembre 2005), come previsto dal primo comma dell'art. 160 legge fall. in relazione al con-

cordato preventivo, talora, invece, in una qualsiasi condizione di difficoltà, non meglio specificata, in ragione dell'autonomia degli accordi ex 182 bis rispetto alla procedura di concordato preventivo (Trib. Roma, 4 ottobre 2006).

L'intervento del d.lgs. n. 169 del 2007 è risultato decisivo per la soluzione delle questioni interpretative connesse al soggetto legittimato alla presentazione di tali accordi e alla situazione nella quale lo stesso deve versare.

Il primo comma del nuovo art. 182 bis, come modificato dal decreto in commento, nello stabilire, infatti, che «l'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'art. 161 legge fall., l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti», pone fine alla *querelle* sorta sotto la vigenza della precedente normativa. E così, sulla base dell'interpretazione della nuova norma deve ritenersi che possa accedere a tale soluzione concordata della crisi d'impresa, **qualsiasi imprenditore**, a prescindere dalla sua dimensione o qualità. L'ambito di applicazione della disciplina si estende, dunque, come già sostenuto in precedenza dalla dottrina, all'imprenditore agricolo e all'imprenditore che non soddisfa i requisiti dimensionali stabiliti dall'art. 1 legge fall. È preclusa, invece, la possibilità di presentare l'accordo all'insolvente civile.

Nella norma, viene altresì specificato che l'imprenditore, perché possa ritenersi legittimato alla presentazione dell'accordo, versi in uno "stato di crisi". Il legislatore ha, dunque, fatto chiarezza sul presupposto oggettivo, realizzando un'equiparazione tra la disciplina dell'accordo di ristrutturazione e quella del concordato preventivo; equiparazione dalla quale discende la possibilità che l'accordo venga presentato **anche** dall'imprenditore **in stato di insolvenza**, posto che l'ultimo comma dell'art. 160 legge fall. dichiara lo stato di crisi equivalente allo stato di insolvenza.

3. Natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti e blocco delle azioni esecutive

Sulla questione relativa alla natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, già sotto la vigenza della precedente disciplina, la giurisprudenza era pressoché concorde nell'affermare la natura privatistica degli stessi, nonché l'autonomia dell'isti-

tuto rispetto alla procedura di concordato preventivo.

Al riguardo, si segnala come il Tribunale di Milano abbia correttamente osservato che «gli accordi di ristrutturazione integrano un autonomo istituto giuridico per nulla assimilabile ad un mero concordato semplificato. Infatti l'assenza di effetti remissori per i creditori dissenzienti (o semplicemente non aderenti al piano) e la necessità che i separati accordi con i creditori portanti almeno il 60% del debito complessivo siano raggiunti dall'impresa ricorrente nella fase endo-processuale, come presupposto per l'inizio del giudizio di omologa, rendono l'istituto stesso assimilabile al "pactum de non petendo" e per la pluralità di parti, ad un **negozio di diritto privato** classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria». Per il Tribunale di Roma, cit., l'accordo di ristrutturazione dei debiti rappresenta, invece, «il trionfo dell'autonomia privata in ambito concorsuale e deve ritenersi per nulla assimilabile alla procedura di concordato preventivo» (in tal senso anche Trib. Bari, 21 novembre 2006 e Trib. Brescia, 22 febbraio 2006), con la conseguenza che, *diversamente da quanto avviene nel concordato*, non si ha alcuna interruzione delle procedure esecutive individuali intraprese, o preclusione alla proposizione di nuove azioni.

La natura privatistica dell'accordo si faceva emergere, soprattutto, dalla vincolatività dello stesso per i soli creditori che vi avessero aderito. I creditori estranei, dovendo essere pagati per intero e alle scadenze pattuite (in tal senso anche Trib.li Brescia; Salerno; Bari; cit.), avrebbero conservato, così, la piena titolarità del loro diritto soggettivo sostanziale e processuale (Trib. Milano, cit.).

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 169 del 2007 ha fatto vacillare, sia pur in parte, la ricostruzione operata dalla giurisprudenza. Con il terzo comma dell'art. 182 bis, il legislatore ha introdotto, infatti, il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, per il periodo di sessanta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese.

Se da un lato il blocco delle azioni esecutive risponde alla finalità di consentire al debitore di portare avanti le trattative con i creditori, affinché possano essere negoziate ulteriori adesioni all'accordo stesso, dall'altro, pregiudica i diritti dei cre-

ditori non aderenti, i quali subiranno, sia pur per un arco temporale limitato, una inibizione del loro diritto ad essere regolarmente soddisfatti, eventualmente attraverso l'instaurazione di azioni esecutive o cautelari.

Per vedere se la norma risulterà essere oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale, occorrerà attendere le sue prime applicazioni, anche se, in via di prima approssimazione, sembra potersi affermare che nel bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti, la stessa norma possa essere giustificata dal superiore interesse alla composizione della crisi d'impresa.

4. *L'omologa dell'accordo e i poteri del giudice*

La disciplina dell'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è rimasta, per lo più, invariata a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 169 del 2007. È rimasta invariata la documentazione che l'imprenditore deve presentare unitamente all'accordo, (e dunque, la documentazione che accompagna anche la proposta di concordato preventivo), così come è rimasta invariata la percentuale di creditori che devono aderire all'accordo stesso affinché possa essere omologato (e dunque, i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti).

Nessun intervento risolutivo si rinviene, inoltre, nel decreto correttivo in merito ai poteri valutativi del giudice in sede di omologa dell'accordo.

Sotto la vigenza della disciplina originaria dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, secondo il Tribunale di Milano (cit.) «il Collegio avrebbe dovuto valutare il merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole piano di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo». Per il Tribunale di Bari (cit.), invece, il tribunale si sarebbe dovuto limitare a «valutare e valutare la sussistenza dei presupposti, delle condizioni procedurali di accesso innanzi elencate dal 1° comma (particolarmente della dichiarazione e documentazione di cui all'art. 161 l. fall.), ed il raggiungimento della percentuale del sessanta per cento dei crediti rispetto al passivo complessivamente vantato dal debitore, il tutto come desumibile dalla relazione dell'esperto» (in tal senso anche Trib. Salerno, 2 giugno 2005), senza che possa esserci spazio alcuno, dunque, per un giudizio di merito e per un giudizio sull'attuabilità dell'accordo.

[...]

dal sito www.dircomm.it



Rispondi alle seguenti *domande*

- 1 • Cosa sono gli accordi di ristrutturazione, inseriti nel nostro ordinamento dal D.L. 35/2005?

.....
.....
.....

- 2 • Qual è, in seguito all'intervento del decreto correttivo, il presupposto soggettivo e quale il presupposto oggettivo degli accordi di ristrutturazione?

.....
.....
.....

- 3 • Relativamente alla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione, con quale disposizione del D.Lgs. 169/2007 il legislatore ha fatto vacillare la ricostruzione operata dalla giurisprudenza? È possibile il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore?

.....
.....
.....

Punti di vista La natura giuridica del concordato fallimentare

Il concordato fallimentare è una forma particolare di chiusura del fallimento con la quale si realizza la soddisfazione paritaria dei creditori senza ricorrere alla fase della liquidazione dell'attivo.

Si discute, in dottrina, sulla natura giuridica del concordato e due sono i principali indirizzi:

- le **teorie contrattuali**, che lo ritengono un *negozio giuridico* costituito dalla proposta del fallito e dall'accettazione dei creditori;
- le **teorie processuali**, che danno rilevanza alla *sentenza di omologazione* e configurano la proposta del fallito e l'adesione dei creditori come una semplice domanda rivolta al Tribunale per ottenere il provvedimento di omologazione: unico atto capace di costituire gli effetti propri dell'istituto.

In realtà, bisogna considerare che il concordato è una **fattispecie a formazione progressiva**, composta di tre atti distinti: *proposta, accettazione, omologazione*.

Alla configurazione negoziale, infatti, si oppone, da un lato, il fatto che il concordato, con l'omologazione, *diviene obbligatorio anche per i creditori che non l'hanno accettato* e, dall'altro, il fatto che in realtà esso può aversi anche senza una espressa dichiarazione dei creditori, in quanto, come visto, il silenzio è considerato accettazione.

D'altra parte non può negarsi che proposta ed accettazione (anche se implicita) sono indubbiamente presupposti necessari del concordato, pur se gli effetti nascono soltanto in seguito alla omologazione.

Più aderente alla realtà appare, dunque, la teoria che considera il concordato una «*fattispecie processuale complessa*».

La tua opinione

Dopo aver letto le diverse posizioni assunte sull'argomento, esprimi la tua opinione, individuando la tesi secondo te più convincente e illustrando le motivazioni alla base della tua scelta

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

RASSEGNA STAMPA

Fallimenti, curatore più garantito

Più difficile per i curatori fallimentari rimanere a bocca asciutta. Infatti quando l'erario anticipa le spese della procedura concorsuale, perché i beni compresi nel fallimento non sono sufficienti, deve anticipare anche gli onorari del curatore fallimentare.

È quanto stabilito dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n.174 depositata ieri, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 146, comma 3, del d.p.r. n. 115 del 2002 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) nella parte in cui non prevede che sono spese anticipate dell'erario le spese ed onorari al curatore.

Il problema da risolvere era stabilire cosa fare nel caso in cui nell'attivo fallimentare non vi fosse denaro sufficiente per pagare il curatore della procedura. Se cioè lo Stato che, a norma dell'articolo 146, anticipa, in caso di mancanza di fondi, tali somme per tutti gli altri professionisti (per esempio gli stimatori, i consulenti contabili e fiscali, i notai, gli avvocati) che intervengono al fallimento, fosse obbligato a farlo anche per il curatore. Per il sì propendeva il giudice del tribunale di Palermo che, con un'ordinanza del 31 maggio 2005, ha rimesso la questione di fronte alla Corte costituzionale. Infatti la mancanza di una previsione specifica nell'articolo 146 creava un'immotivata disparità di trattamento fra curatore e altri professionisti.

Infatti mentre questa linea interpretativa restrittiva era valida per l'articolo 91 della legge fallimentare, che sanciva un generico intervento dello Stato per le spese connesse agli atti giudiziari, in caso di insufficienza di beni, non lo era più dopo l'intervento del testo unico sulle spese di giustizia (d.p.r. n. 115 del 2002) con il quale è stato radicalmente modificato il panorama normativo in materia. Tanto è vero che la nuova disposizione prevede «l'anticipazione a carico dell'erario delle spese e degli onorari degli ausiliari del giudice».

Ed è proprio sul concetto di ausiliare del giudice che il giudice delle leggi, ritenendo la questione fondata, ha puntato il dito. «Il curatore», si legge nelle motivazioni, «è organo della procedura fallimentare,

con il potere di reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato, e ad esso va riconosciuta la qualifica di ausiliare della giustizia e non anche quello di ausiliare del giudice. Infatti malgrado il curatore sia nominato dal giudice e con lui collabori, egli è un organo normale e necessario del procedimento fallimentare, mancando al suo incarico quella temporaneità ed occasionalità che sono proprie dell'incarico conferito all'ausiliare del giudice».

Quindi, la Corte, data la diversa natura del curatore rispetto agli ausiliari del giudice in senso stretto, ha deciso di superare la vecchia e restrittiva interpretazione dell'articolo 91.

In presenza di un sistema che prevede, per il carattere pubblicistico del procedimento concorsuale, l'anticipazione da parte dello Stato delle spese e degli onorari ad ausiliari del magistrato e di una norma (articolo 39 della legge fallimentare) che enuncia il diritto del curatore al compenso per l'attività svolta, è manifestamente irragionevole che l'esclusione riguardi, ormai, il solo curatore.

La volontarietà dell'incarico, inoltre, e la non assimilabilità della sua posizione a quella di un lavoratore non escludono il suo diritto al compenso: il curatore è un ausiliare di giustizia e come tale va retribuito.

In proposito a nulla è valse l'opinione contraria dell'avvocatura secondo cui nel nostro ordinamento sono contemplati incarichi gratuiti e «ciò consente di escludere la violazione di norme costituzionali, tanto più in relazione a un incarico liberamente accettato, di per sé non gratuito, comportante solo un'alea di mancato realizzo nel compenso, e riguardo al quale la sola prospettiva di qualificazione e di affinamento professionale costituisce circostanza tale da impedire che il conferimento dell'incarico in procedure forse incapienti debba sistematicamente scontrarsi con il rifiuto del professionista».

D. ALBERICI, *Italia Oggi*,
29 aprile 2006

Il fallimento dell'imprenditore agricolo: i «limitati» privilegi dell'agricoltore

(Commento alla sentenza del Tribunale di Mantova, 4 dicembre 2003, che ha dichiarato il fallimento dell'impresa agricola la quale abbia effettuato transazioni tali da far considerare tale operatore un imprenditore commerciale)

[...]

La sentenza in commento consolida un orientamento già assunto dalla Corte di Cassazione sotto la vigenza del vecchio art. 2135 c.c., e offre l'opportunità per effettuare una breve analisi dell'attuale disciplina.

Ai sensi dell'art. 2135 c.c., come modificato del d.lgs. 228/2001, è imprenditore agricolo chi esercita l'attività

di coltivazione del fondo, di selvicoltura, di allevamento di animali nonché attività connesse a queste.

Le attività di cui sopra, secondo la nuova norma codicistica, per essere considerate agricole non necessitano di un collegamento con il fondo, il bosco o le acque purché queste stesse attività siano dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico, o di un fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale.

La legge del 2001 ha sostanzialmente soppiantato l'orientamento prevalente in vigore sotto la vigenza del vecchio art. 2135 c.c., il quale interpretava i termini di coltivazione del fondo, selvicoltura ed allevamento del bestiame secondo un preciso collegamento tra l'attività agricola e la terra per cui qualunque attività per essere considerata agricola doveva comunque essere collegata allo sfruttamento del fondo. Alla luce di tale interpretazione si riteneva che il termine «bestiame» si riferisse solo a quegli animali tradizionalmente allevati nel fondo, per cui bastava che detto allevamento non costituisse una forma di sfruttamento della terra, per avere la «degradazione» dell'impresa agricola in impresa commerciale.

La nuova formulazione dell'art. 2135 c.c., ancorando la nozione di attività agricola al criterio del ciclo biologico, animale o vegetale ha determinato il superamento dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente prima dell'attuale riforma.

Infatti secondo la nuova disciplina, due appaiono gli elementi costitutivi della nozione giuridica dell'attività agricola:

1. il ciclo biologico, inteso come il complesso di attività dirette al mantenimento o all'evoluzione di una specie vegetale o animale;
2. l'utilizzo del fondo, quale strumento effettivo o solamente potenziale, per l'esercizio di attività.

Il nuovo testo della norma ha comportato, pertanto, una esplicita estensione della disciplina dell'impresa agricola a quelle attività particolari quali l'apicoltura, l'allevamento di maiali per l'ingrasso, prima ricondotte all'impresa agricola solo in via interpretativa.

Anche l'agrarietà, prima incerta, di determinate coltivazioni in serre o capannoni, o di quelle fuori terra di ortaggi o frutta, aeroponiche o idroponiche, della coltivazione al chiuso di funghi o della floricoltura effettuata mediante l'utilizzo di serre coperte o scoperte, riscaldate o no, è ora pacificamente affermata.

Stesso discorso per le attività cc.dd. connesse, le quali risultano dilatate ad opera del nuovo terzo comma dell'art. 2135 c.c. in base al quale non si richiede più che le predette attività siano esercitate «nell'esercizio normale dell'agricoltura» ma è sufficiente che i prodotti oggetto di tali attività provengano prevalentemente dall'attività di coltivazione del fondo, del bosco o di allevamento, rispetto a quelli acquisiti dai terzi.

La novella legislativa se da un lato ha risolto alcuni contrasti giurisprudenziali ha dall'altro fatto riemergere critiche mai sopite. Si è infatti affermato che l'impatto appli-

cativo della riforma, ad opera del d.lgs 228/2001, — che ha dettato una (ingiustificata) legislazione di privilegio per l'impresa agricola, normativa peraltro estesa a molte altre attività prima escluse sotto la vigenza del vecchio art. 2135 c.c. — potrebbe riservare qualche sorpresa, «nel senso che qualche tribunale potrebbe disattendere motivatamente certi *inquadramenti agricoli* operati dal legislatore e potrebbe far fallire alcuni imprenditori dichiarati agricoli *iussu principis*, ma mille miglia lontani dai campi e boschi».

Infatti se (giustamente) si è voluto adeguare la normazione alla mutata realtà dell'agricoltura estendendo lo statuto dell'impresa commerciale all'attività agricola «non si capisce allora perché non si sia andati fino in fondo e si sia, invece, ancora privilegiato... l'imprenditore agricolo... sottraendolo alle procedure concorsuali, quando niente giustifica più questa soluzione normativa».

Critica questa già avanzata nel 1962, quando il Grazianni invitava il legislatore ad estendere anche all'attività agricola la disciplina del fallimento, «data la sempre più complessa e progredita organizzazione con il conseguente ricorso al credito e la frequente distinzione tra proprietà del fondo e titolarità dell'impresa».

Tale quadro normativo, tuttavia, non ha impedito ai giudici, ai fini dell'applicabilità della disciplina fallimentare, di qualificare commerciali le imprese agricole, anche alla luce del nuovo art. 2135 c.c.

Ed è in tale contesto che, da ultimo, si colloca la sentenza del tribunale di Mantova.

Infatti se la sussistenza degli elementi oggettivi caratterizzano l'impresa come «agricola», escludendone la fallibilità, il compimento di affari e transazioni commerciali fanno rientrare questa stessa impresa nel novero delle imprese commerciali di cui all'art. 2082 c.c. soggette, in quanto tali, alle procedure concorsuali.

Infatti, ai sensi dell'art. 2082 c.c., qualunque sia l'attività espletata (artigiana o agricola) è definito «commerciale» l'imprenditore che professionalmente esercita un'attività economica (e aggiungerei non necessariamente esclusiva e preminente).

A tal fine la giurisprudenza ha attribuito la qualifica di imprenditore commerciale anche a chi ha compiuto un unico affare, complesso e articolato tale da richiedere una serie di atti inconcepibili senza un minimo di organizzazione. In questo senso ha deciso anche il Tribunale di Mantova, Sez. II, sentenza del 4-12-2003, il quale ha dichiarato il fallimento dell'impresa agricola, che nell'espletamento della sua specifica attività di allevamento di bestiame, ha effettuato transazioni commerciali tali da far considerare detto operatore economico come imprenditore commerciale.

Una pronuncia che a ben vedere non si discosta dall'orientamento in vigore prima della nuova formulazione dell'art. 2135 c.c., quanto meno dal punto di vista dell'elemento soggettivo dell'attività esercitata.

In tal senso la Cassazione precisava che quando l'allevamento di bestiame si traduce nel suo acquisto con

l'intendimento di rivenderlo non si pone in essere un'impresa agricola, ma commerciale. Il Tribunale di Mantova, in applicazione del nuovo art. 2135, rimasto comunque aderente all'interpretazione sistematica dell'art. 1 legge fallimentare e dell'art. 2082 c.c., ha escluso che l'operatore economico in questione potesse considerarsi imprenditore agricolo in considerazione del fatto che lo stesso aveva compravenduto bovini senza attendere ad alcuna fase del ciclo biologico, non disponendo neppure delle stalle per il ricovero dei capi di bestiame.

Pertanto, anche alla luce del nuovo orientamento, che di fatto ha esteso a molte attività, prima escluse, il regime giuridico previsto per le aziende agricole, l'imprenditore agricolo che effettua operazioni commerciali è soggetto come qualsiasi imprenditore commerciale al rischio del fallimento, con tutte le conseguenze civili e penali.

M. GIULIANO, dal sito
www.altalex.com

Accordi fra i coniugi e revocatoria fallimentare

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 8516 del 12-4-2006, ha ritenuto che gli accordi patrimoniali fra i coniugi, stabiliti in sede di separazione consensuale omologata con decreto del Tribunale, possono essere oggetto di revocatoria fallimentare ai sensi del combinato disposto degli artt. 67, I co e 69 L. Fall. (R.D. 267/1942).

Sul punto, la Corte precisa che «l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione personale consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sugli stessi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria fallimentare (ai sensi degli artt. 67, primo comma e 69 L. Fall.)».

A detta della Consulta deve ritenersi che, in via generale, in sede di separazione personale sono valide le clausole con cui si trasferisce la proprietà di beni immobili o si costituiscono diritti reali minori sugli stessi.

Proprio sulla base di tali clausole, quindi, la S.C. precisa che «l'accordo di separazione costituisce un atto di natura essenzialmente negoziale, precisamente un negozio giuridico bilaterale a carattere non contrattuale (in quanto privo del carattere di patrimonialità), nei confronti del quale il provvedimento di omologazione assume efficacia sospensiva. Questi accordi, frutto della libera autodeterminazione dei coniugi, sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c.».

In base al combinato disposto degli artt. 67, I co. e 69

L. Fall., la Consulta puntualizza che gli atti posti in essere dai coniugi in stato di separazione personale, «nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale, sono revocati se il coniuge non prova che ignorava lo stato di insolvenza del coniuge fallito». Ed ancora, secondo la Corte, non potrebbe «ravvisarsi una preclusione all'esperimento dell'azione revocatoria nemmeno nella circostanza che il trasferimento immobiliare o la costituzione di un diritto reale minore siano stati pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli: obbligo di fonte legale, rientrante, come tale, nel c.d. contenuto necessario dell'accordo di separazione personale».

Infine, i giudici precisano come, di recente, l'art. 67 della L. Fall. è stato modificato a seguito del D.L. n. 35/2005 convertito in L. n. 80/2005, che ha disposto la riduzione a metà dei termini necessari per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare. Ne consegue che, in base all'orientamento su citato, l'azione revocatoria esperita nei confronti di accordi patrimoniali fra coniugi contenuti nel decreto di omologazione oggi, per essere tempestiva, dovrà proporsi non più entro 2 anni dalla dichiarazione di fallimento, bensì entro un anno dalla sentenza dichiarativa dello stesso.

[...]

dal sito www.iureconsult.com

Riforma fallimentare: le modifiche alla disciplina dell'istruttoria prefallimentare alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione

Con il Decreto Legislativo 12 settembre 2007, n. 169 si è avuto un nuovo e significativo intervento correttivo apportato al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 che regola la disciplina del fallimento, pur essendo passato solamente un anno dalle importanti modifiche ed integrazioni introdotte dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. In particolare, con la modifica all'art. 1 R.D. 267/1942

da parte dell'art. 1 D.Lgs. 169/2007, si è determinato un ampliamento delle imprese soggette a fallimento ed a concordato preventivo, essendo scomparso ogni riferimento alla figura dei piccoli imprenditori.

Non sono, quindi, soggetti a fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività di tipo commerciale, ivi compresi i piccoli imprenditori, a condizione che:

- nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, dimostrino non solo di aver avuto un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 300.000, ma di aver, altresì, realizzato ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 200.000; nonché
- avere un ammontare di debiti, ancorché non scaduti, non superiore ad Euro 500.000.

La definizione legale di insolvenza

Il comma 1 dell'articolo 5 della legge fallimentare individua il presupposto oggettivo del fallimento nello stato di insolvenza, che viene definito nel comma 2 come incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Al riguardo, la giurisprudenza ha ormai adottato una definizione tratlizia di insolvenza, per la quale essa consiste nell'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie all'attività (ex multis: Cass. 13 marzo 2001, n. 115; Cass. 20 giugno 2000, n. 8374).

Non è insolvente l'imprenditore che, quand'anche incapace di soddisfare le proprie obbligazioni con mezzi propri, goda di credito.

Il venir meno del credito si verifica allorché il debitore non è in grado di reperire il denaro necessario all'adempimento per il tramite di finanziamenti, in particolar modo bancari, o di ottenere dilazioni di pagamento da parte dei creditori.

La valutazione dello stato di insolvenza deve comunque essere effettuata con riferimento al momento della decisione; ed il relativo apprezzamento costituisce una questione di fatto che, se adeguatamente motivata, non è censurabile in cassazione.

Procedimento per la dichiarazione di fallimento

L'art. 15 l. fall., in passato norma particolarmente stringata, prevedeva che "Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento, può ordinare la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio e sentirlo anche in confronto dei creditori istanti", rimettendo alla discrezionalità del tribunale l'instaurazione di un contraddittorio pieno con il debitore. Trattandosi dell'unica norma dettata per la fase che precede la dichiarazione di fallimento, si era resa necessaria la sua integrazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza con riferimento alle norme del codice di procedura civile.

Era poi intervenuta la Corte Costituzionale a dichiarare la illegittimità della norma nella parte in cui non prevedeva l'obbligo (e non la mera facoltà) del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura del procedimento camerale,

che resta comunque improntato ai principi di celerità e concentrazione.

Con la riforma il legislatore delegato ha regolato analiticamente la fase istruttoria prefallimentare, recependo, nella sostanza, le diverse prassi che si erano affermate grazie all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza durante la vigenza della precedente normativa.

"Con l'articolo in esame è stata espressamente e compiutamente regolamentata la fase dell'istruttoria prefallimentare, salvaguardando i principi del contraddittorio tra le parti, della paritaria difesa, del diritto alla prova e della speditezza del procedimento", avverte la relazione illustrativa al D.Lgs n. 6/2005. Con l'ultimo decreto correttivo la norma è stata solo ritoccata, al "fine di emendarla di alcune improprietà", secondo la nuova relazione, ma, in realtà, alcune modifiche sono sostanziali.

In primis, l'art. 15 cit. così come modificato dall'art. 2 c. 4, D.Lgs. 169/2007, ha rafforzato l'attività istruttoria esercitabile dal Tribunale, in quanto non è più sufficiente che l'imprenditore depositi una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata per il compiuto espletamento degli accertamenti di rito.

Il Tribunale può ora disporre anche il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, fatta salva la possibilità di richiedere all'imprenditore ulteriori informazioni aventi carattere di urgenza.

È stata, inoltre, innalzata la soglia per la dichiarazione di fallimento, a cui non si può far luogo se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore ad Euro 30.000.

Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, è, poi, strutturato secondo le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

La nuova formulazione dell'art. 15 prevede che il presidente del collegio, ovvero il giudice relatore, convochi, con decreto in calce al ricorso, il debitore e i creditori istanti.

Il quarto comma della norma disciplina compiutamente il contenuto del decreto di convocazione prevedendo che esso contenga l'indicazione che il procedimento è volto alla dichiarazione di fallimento, al fine di richiamare l'attenzione del debitore sull'importanza del procedimento stesso.

Al riguardo, giova sottolineare che già prima delle due riforme succedutesi negli ultimi due anni, la Suprema Corte aveva chiarito che nell'iter procedimentale camerale e sommario che precede la dichiarazione di fallimento, il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa del debitore restano assicurati quando questi sia informato dell'iniziativa in corso e della sua strumentalità alla dichiarazione di fallimento.

Inoltre, il decreto deve fissare al debitore un termine, non inferiore a sette giorni prima dell'udienza, per il deposito di una memoria difensiva e per la produzione di documenti e di eventuali relazioni tecniche. In ogni ca-

so, il debitore deve depositare, oltre ad una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. È questa una significativa innovazione del decreto correttivo, che ben si concilia con l'onere della prova imposto al debitore dall'art. 1 come riformato dal detto decreto. Nel senso che la mancata osservanza di quest'onere di produzione asseconda le conclusioni della prima norma della legge fallimentare, conducendo alla dichiarazione di fallimento.

Oltre al principio generale proprio dei procedimenti in camera di consiglio, che prevede la possibilità per il tribunale di assumere informazioni, il permanente carattere inquisitorio del procedimento trova conferma nel sesto comma dell'art. 15 cit., secondo il quale il giudice "provvede, senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio".

Quindi, rimane il potere istruttorio ufficio, che consentirà al tribunale o al giudice dallo stesso delegato di assumere tutte le informazioni e di acquisire tutti i documenti che riterrà necessari.

Con significativa innovazione, il legislatore ha, poi, disposto che, nel corso della fase prefallimentare, al fine di evitare che i tempi connessi all'istruttoria possano tradursi in pregiudizio per il patrimonio del debitore, con conseguente lesione delle ragioni dei creditori, il tribunale possa emettere "provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio del debitore o dell'impresa oggetto del provvedimento".

Si tratterà, presumibilmente, di sequestri conservativi, che opportunamente trascritti, renderanno impermeabili ai singoli creditori beni immobili o mobili registrati del debitore o compresi nell'azienda. Ovvero, di pronunce inibitorie al compimento di pagamenti o di atti di disposizione del patrimonio pronunziate a carico del debitore.

L'art. 2, c. 7, D.Lgs. 169/2007 ha, poi, apportato alcune integrazioni all'art. 18 R.D. 267/1942 avente ad oggetto la procedura di appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento nei cui confronti può essere proposto "reclamo" mediante ricorso contenente:

- l'indicazione della Corte di appello competente;
- le generalità dell'impugnante e l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede la Corte di appello;
- l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione con le relative conclusioni;
- l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Nei 5 giorni successivi al deposito del ricorso, il presidente designa il relatore, fissando con decreto l'udienza di comparazione entro 60 giorni dal deposito della domanda. Il ricorso ed il decreto di fissazione di udienza sono notificati a cura del reclamante al curatore ed alle altre parti entro 10 giorni dalla comunicazione del decreto. Tra la data di notificazione del decreto e quella

dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a 30 giorni, mentre i resistenti devono costituirsi almeno 10 giorni prima dell'udienza mediante deposito di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e diritto, l'indicazione dei mezzi di prova e la produzione dei documenti.

La sentenza che revoca il fallimento va notificata al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento ed al debitore, mentre la sentenza di rigetto è notificata al solo reclamante, contro la quale il debitore può proporre ricorso per cassazione entro 30 giorni dalla notificazione.

L'art. 2, c. 10, lett. b), D.Lgs. 169/2007 ha invece modificato i termini per la proposizione del reclamo contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento ex art. 22 R.D. 267/1942, nei cui confronti il creditore ricorrente od il pubblico ministero possono proporre reclamo alla Corte di appello entro 30 giorni dalla comunicazione del decreto motivato.

La disciplina transitoria

Il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, all'art. 153 stabilisce che "il decreto entra in vigore dopo sei mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale" (cioè il 16/7/2006).

L'art. 150, poi, contiene apposita regolazione della disciplina transitoria, stabilendo che: "I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare, depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore".

La Relazione Ministeriale riferita a questa norma ha motivato la scelta del legislatore come volta a "evitare che un concorso di discipline diverse, susseguentisi nel tempo, possa determinare difficoltà e nuocere al corretto svolgimento della procedura, alle ragioni dei creditori e alle esigenze di conservazione e recupero delle componenti attive dell'impresa".

Con riguardo alle istanze di fallimento depositate prima dell'entrata in vigore della riforma è stata, quindi, generalmente ritenuta applicabile la legge anteriore, cioè quella espressamente prevista come atto a regolare quei ricorsi, che devono, appunto, essere "definiti" – quanto a presupposti e iter dell'istruttoria prefallimentare – secondo la previgente disciplina.

È invece controversa nella giurisprudenza di merito la tematica della normativa da applicare alle procedure sorte dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina in conseguenza di ricorsi presentati prima del 16 luglio 2006.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, l'applicazione della legge previgente ad una procedura fallimentare non ancora aperta il 16 luglio 2006 solo perché era pendente il ricorso di fallimento risulterebbe difforme dalla lettera dell'art. 150 D. Lgs. n. 5/2006: tale indirizzo interpretativo ritiene che i fallimenti dichiarati in accoglimento di ricorsi anteriori all'entrata in vigore

della novella dovranno essere disciplinati dalla nuova normativa.

In tale caso, quindi, la dichiarazione di fallimento – in quanto atto che decide il ricorso – potrà essere pronunciata, all'esito del procedimento prefallimentare svoltosi conformemente alle prescrizioni del previgente art. 15 l.f. e sempre che ricorrano i presupposti previsti dagli artt. 1 e 5 della l.f. previgente, ma la relativa sentenza – in quanto atto di apertura della procedura di fallimento – dovrà contenere le indicazioni prescritte dall'attuale art. 16 l.f. e sarà soggetta al regime pubblicitario previsto dall'art. 17 l.f. vigente.

Questo orientamento contrappone dunque i ricorsi (per dichiarazione di fallimento) alle procedure (di fallimento), separando così la fase prefallimentare – pendente dal deposito del ricorso di fallimento fino all'emissione di un provvedimento giurisdizionale di rigetto o di accoglimento – dalla fase concorsuale – pendente dal deposito di tale provvedimento giurisdizionale fino alla dichiarazione di chiusura della procedura.

A questa impostazione può essere contrapposta quella fatta propria da altre pronunce, secondo cui la procedura fallimentare va intesa come un *unicum* che inizia con l'istanza di fallimento, con la conseguenza che tutto il procedimento, pur apertosi dopo il 16 luglio 2006, sarebbe regolato dalla vecchia normativa: ciò in quanto il citato articolo 150 D.Lgs. n. 5/2006 attribuirebbe al ricorso pendente la funzione di anticipare l'effetto, ai fini della fissazione delle norme applicabili, della dichiarazione di fallimento.

Sulla questione si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione che con la pronuncia del 05/03/2009, n.

5294 ha affermato che le procedure fallimentari apertesì dopo il 16 luglio 2006 debbono ritenersi regolate dalla nuova normativa, anche se rese in esito ad istanze di fallimento depositate anteriormente all'entrata in vigore della nuova legge fallimentare, “derivando la pendenza del fallimento dalla sentenza dichiarativa”.

La Suprema Corte ha, quindi, valorizzato la scansione esistente fra l'istanza di fallimento, quale atto estraneo alla procedura concorsuale, e il procedimento concorsuale liquidatorio che si apre con la sentenza dichiarativa di fallimento, sottolineando come la normativa applicabile alla procedura non possa essere individuata sulla base del momento di presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento.

Per la Cassazione, infatti, sono proprio le disposizioni transitorie dettate dal legislatore della riforma (artt. 150 e 153 D. Lgs. n. 5/2006) a distinguere l'istanza di fallimento dalla procedura che si apre con la sentenza dichiarativa, che costituisce sostanzialmente lo “spartiacque” per l'applicabilità della vecchia o della nuova normativa fallimentare: normativa che espressamente esclude la riferibilità alla procedura fallimentare – qualificata come attività di sviluppo degli atti diretti al soddisfacimento dei creditori – della fase diretta all'accertamento della fallibilità del debitore. Proprio l'impossibilità di qualificare tali due momenti come un *unicum* processuale consente di ritenere disciplinate da due differenti normative la procedura per la dichiarazione di fallimento e la procedura concorsuale vera e propria.

dal sito www.filodiritto.com

Cartelle esattoriali notificate al curatore del fallimento per conto di Enti di previdenza: un caso di merito

Non infrequente, per il caso di fallimento di un'impresa, è la notifica per conto di un Ente previdenziale (es. Inps o Inail) di una cartella esattoriale di pagamento emessa in base ad accertamento ispettivo al curatore del Fallimento, procedimento, quest'ultimo, analogo a quello seguito per una società in bonis.

Con tale atto l'Ente impositore mostra di pretendere il pagamento del dovuto – e ciò fino a pronuncia del Giudice che stabilisca l'illegittimità di una tal predetta cartella –, mediante una manovra d'aggiramento del procedimento d'insinuazione al passivo fallimentare, aspirando a non essere soddisfatto con la cd. “moneta fallimentare”.

Trattasi di materia sulla quale si segnala una copiosa giurisprudenza, specie di merito, tra cui degna di nota, Tribunale di Torre Annunziata, sez. lav., sentenza 2570/2007 del 27 luglio 2007, che qui si trascrive nei suoi tratti salienti:

“... I crediti portati dalle cartelle esattoriali notificate dal concessionario della riscossione devono essere previamente insinuati al passivo, accertati dal giudice delegato e quindi pagati in cd. moneta fallimentare a seguito di riparto. L'accertamento si atteggia diversamente se si tratti di crediti tributari ovvero di crediti di altra natura. Nel primo caso il giudice delegato non ha alcun potere concreto di accertamento nel merito del credito, demandato alla giurisdizione del giudice tributario, con la conseguenza che il curatore avrà l'onere d'impugnare la cartella davanti alla commissione tributaria. Nel secondo caso il giudice delegato non solo ha giurisdizione per accertare il credito insinuato, ma è altresì l'unico giudice ordinario competente ad effettuare quell'accertamento (cfr. Tribunale di Palermo, 16 giugno 2006)”.

Ed ancora, prosegue la sentenza in argomento:

“...l'opposizione dev'essere accolta e va disposto l'annullamento della cartella ... infatti per giurisprudenza costante per 'azioni derivanti dal fallimento' dell'art. 24 legge fallimentare devono intendersi quelle che comunque incidono sul patrimonio del fallito compreso gli accertamenti che costituiscono premesse di una pretesa nei confronti della massa, anche quando siano diretti a porre in essere il presupposto di una successiva sentenza di condanna. Ne consegue che rientrano nella competenza inderogabile del foro fallimentare la richiesta di compensazione volta all'accertamento di un maggior credito nei confronti del fallito da insinuare al passivo, le azioni revocatorie fallimentari ed ordinarie, le azioni intese a far valere diritti verso il fallito, le azioni di annullamento seguite da domande di restituzioni e quelle volte ad accertare la simulazione”.....

Conclude la sentenza: “Sussistendo la ‘vis attractiva’

della sezione fallimentare resta assorbita ogni altra questione”.

In conclusione, nel caso di specie, il Tribunale ha disatteso le richieste dell'Istituto previdenziale della previdenza sociale, che pretendeva di effettuare – lo si ripete – un by – pass delle sue pretese ragioni di credito rispetto a quelle degli altri creditori, pena la violazione della tanto auspicata “par condicio creditorum”, costituente il motivo ispiratore di una procedura concorsuale.

A ritenerla diversamente rispetto al Tribunale nella sentenza appena citata, in sostanza il credito pretesamente vantato dall'Inps, che è un creditore chirografario al pari di tutti gli altri, verrebbe preferito rispetto ai crediti vantati da questi ultimi, pena la violazione del citato principio della parità concorsuale.

dal sito www.iusreporter.it

Spunti *interdisciplinari*

Lo stato d'insolvenza e le procedure concorsuali

È possibile che accada, purtroppo, di trovarsi nella situazione di non poter far fronte al pagamento dei propri debiti. Questa situazione è chiamata stato di insolvenza.

Naturalmente se ciò accade ad un debitore comune (che non svolge un'attività di impresa), le conseguenze sono limitate; discorso più complesso, che poi è quello preso in considerazione dall'ordinamento giuridico, invece nel caso in cui vi sia una crisi dell'imprenditore commerciale, il quale, data la sua attività, ha generalmente un gran numero di creditori.

La legge, tenuto conto che i creditori devono subire le conseguenze della crisi economica del loro debitore in identica misura, ha previsto una procedura giudiziale che sottopone ad esecuzione l'intero patrimonio dell'impresa, per assicurare quella che i latini chiamavano *par condicio creditorum*, cioè appunto un trattamento paritario di tutti i rapporti che fanno capo all'imprenditore.

Questa forma particolare di esecuzione collettiva, con la quale i beni del fallito vengono convertiti in danaro per soddisfare i suoi creditori, è detta procedura esecutiva concorsuale.

Le diverse tipologie di procedure concorsuali sono: il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. L'amministrazione controllata, invece, è stata abrogata dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

Esercitazione:

Traduci, con l'aiuto degli insegnanti di lingua straniera, il brano appena letto. Inoltre, specifica per linee generali le caratteristiche delle singole procedure concorsuali.