



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

L'insolvenza nelle crisi di rete
e tempestività
dell'intervento giudiziario:
il ruolo ordinamentale del giudice

GIUSEPPE LIMITONE
Giudice Delegato presso il Tribunale di Padova

L'insolvenza nelle crisi di rete e tempestività dell'intervento giudiziario: il ruolo ordinamentale del giudice

GIUSEPPE LIMITONE

Giudice Delegato presso il Tribunale di Padova

1) L'insolvenza nelle crisi di rete

L'insolvenza nelle crisi di rete non riceve un trattamento diversificato rispetto alle imprese non in rete o ai gruppi di imprese; non vi sono infatti sostanziali differenze rispetto alla disciplina dell'insolvenza infragruppo a noi meglio nota.

Il presupposto di partenza è dato dal fatto che le imprese collegate tra loro, in rete o in gruppo, benché possano anche formare dal punto di vista economico un unico soggetto (più nel gruppo che in una rete), rimangono essenzialmente autonome sul piano giuridico, la qual cosa si riscontra in special modo quando si discute del fallimento di una società economicamente collegata ad altre.

E' infatti principio affermato quello per cui l'accertamento dello stato d'insolvenza di una società, ai fini della dichiarazione di fallimento, va effettuato con esclusivo riferimento alla sua situazione economico-finanziaria, anche quando sia inserita in un gruppo di società collegate (rete o gruppo) o controllate (gruppo), considerato che ciascun ente conserva distinta personalità giuridica ed autonoma qualità d'imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti, e che, inoltre, le speciali regole dettate per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi non sono estendibili al di fuori delle peculiari ipotesi contemplate¹.

Sembrerebbe in dissonanza con questo principio l'affermazione giurisprudenziale per la quale, in tema di revocatoria fallimentare, allorché si tratti di dimostrare la sussistenza in capo all'*accipiens* della consapevolezza dello stato di insolvenza di una società del gruppo, detta prova può essere desunta anche dalla circostanza della crisi del gruppo².

In realtà, il **principio di autonomia giuridica** delle società non rimane scalfito, quand'anche esse siano legate unitariamente dal punto di vista economico, e lo si riscontra laddove si afferma che se l'amministratore di una società di un gruppo, che sia anche amministratore di altre società dello stesso gruppo, sia andato esente da responsabilità in una di queste società da lui amministrate, non per questo la sua esen-

zione da responsabilità deve estendersi a tutte le società del gruppo in cui abbia rivestito la carica di amministratore³.

Dunque, se le società del gruppo sono autonome sotto il profilo dell'insolvenza, maggiormente lo saranno le società soltanto legate in rete.

All'interno della rete può porsi semmai un problema di **trasmissione dell'insolvenza**, che porti al fallimento dell'intera rete; ad esempio:

a) l'insolvenza di un consorzio nel consorzio di finanziamento determina la redistribuzione dei costi di restituzione del finanziamento tra tutte le società consorziate ancora "*in bonis*", che potrebbero per questo soffrirne finanziariamente, diventando a loro volta insolventi;

b) nel gruppo di imprese c.d. "a stella" (in cui una sta al centro per importanza e le altre dipendono da quella centrale, ad esempio la FIAT), le diseconomie dell'impresa radiante potrebbero riverberarsi su tutto il sistema di società dipendenti, cosicché l'eventuale insolvenza della impresa radiante, o anche solo una sua temporanea difficoltà finanziaria, può determinare la caduta o la crisi dell'intero sistema.

A questo punto, poiché l'interdipendenza economica delle imprese in rete può creare dissesti a catena (c.d. effetto domino), diventa rilevante approfondire il tema dell'intervento del giudice sul nascere della crisi, posto che un intervento tempestivo può prevenire il contagio all'intera rete dell'insolvenza.

2) La tempestività dell'intervento.

A) Quando si parla di intervento diretto a cogliere e ad esternalizzare tempestivamente i sintomi della crisi, occorre in primo luogo chiedersi a quale momento dell'attività d'impresa esso debba fare riferimento:

a) Crisi economica, intesa come la duratura incapacità del-

¹ Cfr. Cass. 16 luglio 1992 n.8656, *Fall.* 1993, 247.

² Cfr. Cass. 27 maggio 1995 n.5900, *Le Società* 1995, 1552.

³ Cfr. Cass. 21 gennaio 1999 n.521, *Corr. Giur.* 1999, 1529.

l'impresa di produrre un risultato positivo.

L'intervento del giudice sulla crisi economica non è opportuno, da un lato, perché normalmente non è in grado di leggere il dato economico aziendale con sufficiente precisione, potendo egli incorrere in quello che si chiama *mismatching* (incomprensione del fenomeno), con riferimento ai reali indicatori della crisi.

Dall'altro lato, si deve considerare che un imprenditore, la cui attività denoti una costante e progressiva caduta del risultato operativo ed industriale, causata da gravi errori nella pianificazione e da un inarrestabile declino della combinazione produttiva, pur essendo destinato alla futura cessazione dei pagamenti, sulla base degli indicatori economici descritti, tuttavia potrebbe non trovarsi mai nella condizione dell'insolvente, perché dispone di risorse personali illimitate, o della fiducia degli operatori, o del credito bancario e commerciale, o di garanzie (patrimoniali o anche finanziarie) di terzi, cosicché se si fosse intervenuti sulla crisi economica, si sarebbe arrestata un'entità produttiva che, nel caso concreto, non sarebbe divenuta insolvente.

Se ne deduce che gli indicatori economici della crisi non sono sintomi necessari anche dello stato di insolvenza, presente o futura.

b) Squilibrio patrimoniale.

Il disavanzo tra attivo e passivo, nel senso della prevalenza di quest'ultimo, non costituisce di per sé sintomo di insolvenza, e non giustifica l'intervento del giudice, poiché anche in presenza di un forte passivo, l'imprenditore può godere di credito o possono esservi debiti non ancora scaduti o prorogati nella scadenza.

c) Crisi finanziaria.

Il Legislatore del 1942 ha scelto il momento della manifestazione della crisi, con inadempimenti o altri fatti esteriori (art.5 legge fallimentare), per la rilevanza della crisi stessa, che è quindi di natura finanziaria, cosicché la tempestività dell'intervento si valuta in relazione ad un punto di equilibrio tra il potere di intervento (= non prima della manifestazione della crisi mediante gli inadempimenti e gli altri fatti esteriori), che dipende dalla conoscenza del caso e dalla competenza del giudice, e il dovere di intervento (= non oltre il rischio di allargamento della crisi), che non consente ulteriori dilazioni.

Il principio liberale di fondo è quello per cui il controllo della ricchezza non avocata ai poteri pubblici è lasciato ai privati, i quali sono liberi di impiegarla anche in modo inefficiente, finché ciò non cagioni danno ai terzi.

B) In secondo luogo, è necessario domandarsi se solo il giudice ha il potere/dovere di intervenire sulla crisi per prevenirne l'estensione, o comunque (facendo riferimento all'impresa solitaria) per limitarne gli effetti dannosi esterni, o se invece non vi siano altri soggetti che possono o (persino) debbono fare

ciò. Mi riferisco ai creditori dell'insolvente: essi possono, ben prima del giudice, conoscere i primi sintomi della crisi ed assumere un atteggiamento consequenziale.

E non solo: uno o più creditori, normalmente senza essere stati a ciò delegati da altri creditori, possono assumersi l'onere di svolgere un'attività di monitoraggio (*monitoring*) sul debitore comune, al fine di poter tempestivamente conoscere le prime avvisaglie della sua insolvenza, e quindi regolare il proprio comportamento.

Si parla, a tale proposito, di *free riding* dei creditori.

Occorre ora interrogarsi sugli *effetti* e sulla utilità generale di questa attività di monitoraggio rimessa alla libera iniziativa dei creditori: che cosa se ne farà il creditore della informazione privilegiata sul debitore da lui ottenuta prima dei concorrenti? Ipotesi di gestione dell'informazione da parte del creditore:

- La tiene per sé e non fa nulla.
- La divulga agli altri creditori, o persino al tribunale, con la conseguente possibile apertura della procedura fallimentare.
- La tiene per sé e si precostituisce, o almeno tenta di farlo, una situazione di vantaggio preferenziale sugli altri creditori da utilizzare nel probabile successivo fallimento, come un pegno di titoli, un'ipoteca, o fideiussioni di terzi⁴, e ritardi strategicamente la manifestazione esteriore dell'insolvenza e, con essa, il fallimento del debitore.

Talora si stipulano anche patti tra banche per estendere parte di una garanzia alla seconda banca arrivata (ad esempio munita di decreto ingiuntivo), in cambio della sua astensione dalla richiesta di fallimento del comune debitore.

Tale patto, benché sancito da una isolata pronuncia di merito⁵, in quanto erroneamente creduto come ripristinatorio della *par condicio creditorum*, è invece da ritenere affetto da nullità assoluta per contrasto con l'ordine pubblico economico (di cui la *par condicio* è espressione, ex artt.2740, 2741 c.c.), poiché esso ha per scopo il consolidamento delle ipoteche preferenziali, con danno per gli altri creditori, e induce il ritardo nella dichiarazione di fallimento e l'aggravamento del dissesto.

Dunque il *free riding* (monitoraggio isolato) dei creditori produce, in ultima analisi e secondo l'*id quod plerumque accidit*, disutilità collettiva e danno per gli altri creditori, riducendo la massa attiva che costituisce la garanzia patrimoniale generica di tutti i creditori (ex artt.2740, 2741 c.c.).

I ritardi strategici nella esteriorizzazione da parte dei creditori **dei risultati conoscitivi** del monitoraggio individuale (i sintomi dell'insolvenza del comune debitore) possono essere contrastati:

- incentivando ovvero obbligando il creditore informato a con-

⁴ E' vero che queste sarebbero neutrali rispetto al patrimonio del debitore, ma è evidente che favoriscono soltanto il beneficiario, che comunque si avvantaggia rispetto a chi non ce l'ha.

⁵ Trib. Ivrea 28 luglio 2000 (*F.it.* 2000, I, 3357; *Giur.it* 2002, II, 313), obliterando il fatto che la *par condicio* deve essere *omnium creditorum* e non solo *duorum creditorum*.

dividere con gli altri creditori e con il tribunale la notizia dell'insolvenza;

b) affidando il potere/dovere di intervento ad un soggetto terzo, estraneo agli interessi in gioco e perciò imparziale, che è il tribunale.

Per quanto riguarda l'**incentivo a rendere pubblica la notizia privata dell'insolvenza**, è stato delineato in dottrina⁶ un preciso dovere dell'ordinamento di apprestare gli strumenti giuridici che inducano il risultato sperato, a fini più generali di miglioramento dell'efficienza del mercato del credito e quindi dell'intero sistema economico.

Questo incentivo è, per la stessa dottrina, la revocatoria fallimentare, che agisce in realtà quale disincentivo a far propri i vantaggi della informazione privata, posto che poi dovranno essere restituiti, aggravati dai costi processuali, e dopo che sarà peggiorata la capienza del patrimonio del fallito (tanto maggiore quanto prima interviene il fallimento).

Tale concezione, per quanto sia tecnicamente plausibile, non trova riscontro pratico, in quanto gli unici creditori che non tardano strategicamente a chiedere il fallimento sono quelli che hanno saputo tardi dell'insolvenza rispetto ad altri che si sono premuniti con garanzie e/o con pagamenti, per nulla dissuasi dallo "spauracchio" della revocatoria, in quanto essi confidano che:

- 1) può decorrere il periodo sospetto;
- 2) il curatore ed il giudice delegato potranno non sapere e/o non agire;
- 3) potrà risultare indimostrata la *scientia decoctionis*.

Questa teoria, in sostanza, costruisce la *scientia decoctionis* come una **sanzione per il creditore egoista**, che però può anche farla franca, come si è detto, e la revocatoria come **disincentivo** a non subire la sanzione.

Ma è proprio vero che la *scientia decoctionis* funziona come una sanzione e che la revocatoria fallimentare funge solo da disincentivo a profittare delle conoscenze private dell'insolvenza per avvantaggiarsi?

Se si esamina la questione dal punto di vista del creditore, non c'è dubbio che la *scientia decoctionis* è sanzionatoria e che la revocatoria fallimentare è disincentivante: la sanzione si spiega perché il creditore ha ricevuto un pagamento dal debitore o taluno (*accipiens*) ha contrattato con lui ricevendo una prestazione, benché fosse a conoscenza dell'insolvenza del suo debitore/dante causa.

Se, però, si esamina la stessa questione, cioè lo stesso atto o pagamento, dal punto di vista del debitore, il quale, trovandosi in stato di insolvenza, non doveva assolutamente compiere atti né pagamenti (riducendo l'attivo e aumentando lo squilibrio tra i creditori), ma doveva chiedere il proprio fallimento, allora il discorso cambia radicalmente, perché così il rilievo della *scientia decoctionis* si annulla ed il requisito potrebbe – auspicabilmente – essere eliminato dal processo.

Infatti: a) non è la conoscenza (del creditore) esteriorizzata ad attenuare la lesione della *par condicio*, lo è invece l'**astensione del debitore dal compiere ulteriori attività economiche di impresa**; b) **lo stato soggettivo dell'*accipiens* è irrilevante** ai fini del prodursi della lesione della *par condicio*, che rimane tale anche se l'*accipiens* è in perfetta buona fede.

Pertanto, se ne deduce che, da un lato, l'effettivo ripristino della *par condicio creditorum* non è certo garantito dal meccanismo revocatorio inteso in termini sanzionatori; questo può essere, ed è invero, solo una delle prospettive possibili.

Dall'altro lato, l'effettivo ed efficace disincentivo per i creditori verrebbe, invece, proprio e soltanto dall'eliminazione della *scientia decoctionis* dai requisiti della revoca, magari abbreviando il periodo sospetto, ed ancorandolo però al deposito dell'istanza di fallimento (invece che alla sentenza) e, per le rimesse bancarie, limitando la revoca alla differenza negativa tra l'affidamento ed il massimo scoperto, per un solo importo.

Per la verità, già nel Nord America il sistema revocatorio (*avoiding powers*) prescinde del tutto da qualsiasi elemento soggettivo conoscitivo, ed arriva a ridurre il periodo sospetto, per alcune tipologie di atti, anche fino a tre mesi.

I benefici effetti, se assimilassimo questo buon orientamento nordamericano, non tarderebbero a farsi sentire nel nostro sistema fallimentare e generale, cioè esemplificando:

- 1) trasparenza tra i creditori, diffusione di notizie, blocco delle operazioni economiche con il debitore insolvente, tempestiva (anche in proprio) istanza di fallimento (poiché tutto andrebbe *de plano* restituito alla massa fallimentare e sarebbe comunque meglio regolare subito i propri rapporti con l'ufficio giudiziario);
- 2) maggior fluidità dei rapporti tra creditori e procedura fallimentare, minor contenzioso anche giudiziale, conseguente minor durata delle procedure, perché le restituzioni sarebbero meno controverse e problematiche;
- 3) diminuzione dei costi di gestione, anche per i creditori, i quali impiegherebbero diversamente i sostenendi oneri processuali e avrebbero, da un fallimento tempestivamente dichiarato, più attivo da ripartire per tutti;
- 4) essendo più chiaro il quadro restitutorio, agevolazione delle definizioni prefallimentari e stragiudiziali e di quelle concordatarie;
- 5) maggior trasparenza complessiva nei rapporti di impresa (è forse poco?).

Va qui opportunamente sottolineato il **nesso funzionale tra la revocatoria ed il fallimento**, considerando che il buon successo della procedura concorsuale, in termini di miglior tempestiva liquidazione e distribuzione dell'attivo, molto spesso si realizza con uno strumento revocatorio realmente efficace,

⁶ GALLETTI D., *Le esternalità dell'insolvenza correlate alla struttura di rete ed il fondamento del trattamento concorsuale*, Relazione al Convegno su "Crisi e concorsualità nei distretti industriali e nelle reti d'impresa", Trento 5-6 dicembre 2003, pagg.33 s. (<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2003/1205i/home.html>).

che garantisca l'effettiva reintegrazione patrimoniale e il ripristino della *par condicio omnium creditorum*.

Tale nesso funzionale è stato riconosciuto non solo sotto il profilo dell'efficacia/efficienza della procedura, ma anche in termini strutturali dalla Corte Costituzionale (con sentenza 27 luglio 2000 n.379) ove si afferma, richiamando un'altra pronuncia della stessa Corte (la sentenza 6 aprile 1995 n.110), in collegamento con l'utilità sociale di cui all'art.41 Cost., che "*l'attuale regolazione della revocatoria fallimentare rientra comunque nel bilanciamento – non irragionevolmente operato dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità – con la utilità sociale correlata alla esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato e con la parità di trattamento tra tutti i creditori in presenza della crisi dell'impresa debitrice*", attribuendo in tal modo un indiscutibile **rilievo costituzionale** al principio della *par condicio creditorum*⁷.

Rilievo costituzionale che trova riscontro nel secondo comma dell'art.3 della Carta fondamentale, in cui si afferma essere "*compito della Repubblica rimuovere [mediante legislazione] gli ostacoli di ordine economico (...), che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono (...) l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione (...) economica (...) del Paese*": è agevole scorgere che la parità di trattamento garantita dalla legge fallimentare in esecuzione di tale impegno assunto dalla Repubblica offre maggiori possibilità di partecipare alla vita economica del Paese (mediante l'attività d'impresa) ai creditori che ottengono la restituzione di tutto quanto gli spetta in condizioni di parità con gli altri, anziché essere defraudati da altri creditori più avvantaggiati ed essere costretti, talvolta, a cessare la propria attività economica o a ridurne la portata a causa degli inadempimenti del fallito e del mancato rispetto della *par condicio omnium creditorum*.

Il suddetto principio, pertanto, non può essere ogni volta rimesso in discussione solo per la nota proliferazione dei privilegi, che induce a ritenere la parità di trattamento un valore desueto, poiché i due aspetti (moltiplicazione dei privilegi e pari trattamento nella crisi di impresa) in termini di utilità sociale sono affatto diversi, presupponendo situazioni diverse (in quanto la crisi dell'impresa appartiene alla patologia e non alla fisiologia dei rapporti economici).

Invero, quando l'impresa è in crisi si tratta di tutelare **valori redistributivi, solidaristici e di uguaglianza**, non di stabilire semplicemente un ordine di soddisfazione nei pagamenti.

3) L'intervento giudiziale

Considerato l'insuccesso pratico a favore della generalità dei creditori del sistema informativo che sia appannaggio solo di alcuni di essi, va ora esaminato il profilo dell'intervento giudiziale, a tutela – in quanto più tempestivo possibile – del maggior numero di creditori.

Occorre, al proposito, chiedersi se si tratta solo di garantire la

tempestiva emersione della crisi a tutela della massa (o della rete), ovvero se il ruolo del giudice nel fallimento non abbia radici (e spiegazioni) ben più profonde nel nostro ordinamento giuridico.

Nelle prime camere di consiglio in materia fallimentare a cui ho partecipato, il Presidente mi ricordava, con sensibilità dettata dall'esperienza e dal buon senso, oltre che dal diritto, che "*non è giusto che a sopportare le conseguenze del dissesto siano soltanto alcuni, invece che tutti in misura proporzionale*": in questi termini si evidenziano le radici giusnaturalistiche della regola della *par condicio creditorum*. Se ad una festa (l'impresa) gli invitati (i creditori) si rivelassero improvvisamente in numero superiore ai dolci disponibili (il patrimonio del debitore), l'imprenditore dovrebbe: a) distribuire i dolci esistenti in misura proporzionale, e non lasciare che alcuni invitati prendano una fetta intera di torta ed altri rimangano senza (pagamenti o prestazioni preferenziali o non proporzionate); b) impedire che altri invitati (nuove obbligazioni) partecipino alla distribuzione.

Tutto questo, prima che al diritto, appartiene già al senso comune di giustizia.

Ora, lasciando liberi gli invitati-creditori di autodeterminarsi, ben difficilmente si potrebbe realizzare immediatamente ed in maniera spontanea quella parità di trattamento che è un portato diretto del senso di giustizia, e ciò non solo per l'inevitabile conflitto di interessi esistente tra i creditori, ma anche per ragioni oggettive, che non dipendono dalle scelte dei creditori (che possono anche essere ignari del dissesto o ritenere che la crisi sia passeggera), così come gli invitati alla festa possono continuare a mangiare i dolci, anche se non sanno che sono divenuti insufficienti per tutti.

Il **ripristino dell'uguaglianza violata** è dunque un **compito successivo** al disvelarsi del dissesto, e non può che essere **affidato ad un autorità terza ed imparziale**, che sia posta a regolare il conflitto tra i creditori e tra loro stessi ed il fallito.

L'**intervento giudiziale** è dunque essenziale per l'attuazione del diritto nella crisi di impresa.

Vanno a tale proposito esaminati, allo scopo di comprendere le ragioni più profonde della necessità della presenza attiva di un giudice nelle vicende concorsuali dell'impresa:

- A) La portata della presenza giudiziale nella procedura fallimentare.
- B) Le ragioni storico-giuridiche della presenza statutale nella persona di un giudice.
- C) Il collegamento essenziale tra revocatoria e fallimento.

A) La portata della presenza giudiziale nella procedura fallimentare.

La vigente normativa è tutta permeata della presenza dell'or-

⁷ Cfr. nello stesso senso D'AQUINO F., *Revocatoria dei pagamenti: conoscenza dello stato di insolvenza*, Relazione al Convegno su "*Il nuovo diritto fallimentare: linee di tendenza e prime riflessioni*", Monza 11-12 ottobre 2002, pag.8 (www.fallimento.ipsoa.it).

gano pubblico a tutela di interessi pubblicistici nella procedura fallimentare.

Si riportano alcuni esempi:

Gli artt. **6** (iniziativa), **7** (insolvenza rilevata in sede penale), **8** (insolvenza rilevata in sede civile), **13** (obbligo di trasmissione dell'elenco dei protesti al presidente del tribunale) e **235** (sanzione penale per omessa trasmissione elenco dei protesti), che dimostrano quanto sia oggettivamente sentita la necessità che l'insolvenza sia in ogni caso arginata e regolata in sede concorsuale e per mano pubblica.

Gli artt. **48** (invio della corrispondenza al curatore), **49** (obbligo di residenza del fallito) e **50** (incapacità civili), che evidenziano, con il loro rigore (che ha superato nel tempo il vaglio di costituzionalità), quanto sia considerato grave il dissesto a livello pubblicistico e non come un mero problema di rapporti privatistici tra il fallito ed i suoi creditori.

Gli artt. **51** (sul divieto di azioni esecutive dei singoli creditori: concorso sostanziale) e **52** (sulla necessità che ogni credito sia verificato dal giudice: concorso formale), che realizzano in pieno il concorso dei creditori, sottoponendo ogni loro pretesa al vaglio degli organi della procedura e subordinando la loro soddisfazione alle modalità concrete della liquidazione e dei riparti in sede concorsuale.

Gli artt. **64 a 67**, vale a dire l'intero sistema revocatorio fallimentare, che attua a ritroso la *par condicio*, con riferimento all'epoca presunta del sorgere dell'insolvenza.

Gli artt. **72 a 83**, che prevedono in certi casi un regime contrattuale imposto al contraente *in bonis*, quanto alla scelta di proseguire o meno il rapporto con il fallimento.

L'art. **146**, che attribuisce poteri cautelari al giudice delegato nell'autorizzare l'azione di responsabilità contro gli organi sociali, che pure ha superato il vaglio di costituzionalità.

Tutte le norme che prevedono la dichiarazione di ufficio del fallimento nel corso di procedure alternative: artt. **162, 163, 173, 186** (concordato preventivo); l'art. **188**, che richiama l'art. **173**, gli artt. **189, 192, 193** (amministrazione controllata); l'art. **196**, in base al quale la dichiarazione di fallimento previene la liquidazione coatta amministrativa per le società cooperative.

Le norme penali della legge fallimentare, che tutelano indirettamente l'integrità del patrimonio, e dunque il valore della paritetica soddisfazione dei creditori, come gli artt. **216 n.1, 216 n. 2, 217, 218, 220 e 236-237** (per il concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa).

Il respiro pubblicistico è peraltro presente in molte altre norme (artt. **10 e 12, 23 e 25 n. 2 e n. 6, 30, 35, 84 e 85, 91, 92 ss, 104 ss, 228, 229, 232, 233**) e riguarda propriamente tutto l'impianto della legge fallimentare.

Ecco perché, oltre alle specifiche motivazioni espresse nel caso concreto (riferite all'art. 111 Cost.), la Corte Costituzionale ha dovuto ritenere costituzionalmente legittima l'iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento⁸: l'iniziativa d'ufficio è il necessario corollario di tutto il sistema fallimentare, senza la quale esso verrebbe gravemente vulnerato nei suoi

fondamenti.

Questo sta solo a significare, senza voler negare e neppure contrastare la giusta evoluzione in atto nella sensibilità economica e giuridica relativa alle vicende della crisi dell'impresa, che ogni ipotesi di riforma della legge fallimentare non può non tenere conto della rilevante tipologia di interessi in gioco e della imprescindibilità della presenza di un **organo pubblico imparziale** nella gestione delle fasi propriamente destinate a realizzare la *par condicio creditorum* (che è valore costituzionale), quali sono, più specificamente, la verifica del passivo, la liquidazione dell'attivo e la ripartizione dell'attivo.

Occorre ad esempio chiedersi che sorte avrebbe la revocatoria dei pagamenti e delle garanzie in un regime privato della liquidazione del patrimonio dell'insolvente.

La risposta la dà l'art. 5 n. 4 lett. b del **testo c.d. alternativo** al progetto di riforma della legge fallimentare elaborato dalla Commissione incaricata dal Ministro della Giustizia, in cui, nel prevedere (alla lettera a) "la possibile formazione di un piano di regolazione dell'insolvenza alternativo alla liquidazione endoconcorsuale, da parte del debitore, di un gruppo di creditori ovvero di terzi interessati, avente ad oggetto gli interventi per la conservazione anche parziale dell'impresa, gli atti di liquidazione, il trattamento dei creditori e le garanzie;", prevede (alla lettera b) che il piano sia approvato dai creditori, "*disciplinando il trattamento da riservare ai creditori privilegiati.*", dunque lasciando ad intendere che le garanzie, ove presenti (ed anche se formatesi in spregio alla *par condicio*, magari nell'imminenza dell'apertura della procedura) non saranno oggetto di revocatoria, e tanto meno potrebbero esserlo ove fossero gli stessi creditori a gestire l'attuazione del piano (naturalmente quelli che hanno approvato il piano, cioè i più forti in termini economici), e sotto l'egida del tribunale, che "*...può sospendere la liquidazione, anche in parte, se dalla prosecuzione risulta compromessa l'attuazione del piano*".

Dunque, se la privatizzazione della procedura di regolazione dell'insolvenza fosse totale, con il giudice rimasto a vigilare solo sulle procedure, e i creditori gestori della liquidazione, questi non punterebbero certo contro di sé l'arma dell'azione revocatoria.

Se, invece, la privatizzazione (intesa come depubblicizzazione) fosse riferita (invece che alla gestione della procedura) soltanto agli istituti nevralgici, quale è appunto l'azione revocatoria, quest'ultima ne risulterebbe depotenziata, e con essa gli interessi pubblici sottostanti.

Si veda, a questo proposito, l'art. 10 lett. e dello stesso testo c.d. alternativo, in cui la revoca degli atti e dei pagamenti è subordinata a tali e talmente equivoche condizioni, da essere di fatto svuotata di pratica efficacia, una vera e propria "arma spuntata", poiché si richiede che:

⁸ Corte Cost. 15 luglio 2003 n. 240.

a) gli atti e i pagamenti risalgano a non oltre **sei mesi** anteriori all'apertura della procedura (compreso il tempo dell'istruttoria, che non di rado supera i sei mesi), quando le crisi covano spesso per tempi ben superiori ai sei mesi;

b) che abbiano arrecato **effettivo pregiudizio** al patrimonio del debitore: resta all'interprete di accertare l'effettività (come?) del pregiudizio, senza alcun parametro certo in tal senso; comunque, va osservato che, se l'imprenditore è insolvente, il pregiudizio è sempre *in re ipsa*; infine, l'azione revocatoria non tutela il patrimonio del debitore, ma la *par condicio* tra i creditori (è noto infatti che anche la vendita di un bene ad un prezzo congruo è revocabile perché trasforma in denaro un bene altrimenti oggetto di più agevole esecuzione forzata);

c) la revoca è ammessa solo ove gli atti e i pagamenti abbiano determinato una **ingiustificata alterazione** della parità di trattamento dei creditori: ancora una volta rimane all'interprete di accertare un requisito senza alcun parametro certo; comunque si introduce un criterio che è invece coesistente alla crisi di insolvenza, vale a dire che quando l'imprenditore è insolvente la ingiustificata alterazione della *par condicio* è *in re ipsa*, attesa l'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare tutti i creditori; come può mai esserci una **alterazione** della *par condicio* **giustificata**? a tanto risultato contraddittorio si giunge (ritengo involontariamente) nell'intento di tutelare ad ogni costo il ceto creditorio forte, prova ulteriore che non è pensabile l'eliminazione dell'organo pubblico dalle procedure concorsuali, se non si vuole far sì che del fallito, del suo patrimonio, e dei creditori più deboli avvenga ciò che giova solo ad alcuni tra i creditori;

d) sarebbero escluse comunque dalla revoca le operazioni di semplice **interposizione nel pagamento** in cui il creditore opera come intermediario tra il soggetto insolvente ed il suo debitore, vale a dire i **mandati all'incasso**, che costituiscono il **normale** modo con cui la banca rientra del suo credito verso l'imprenditore (che le cede il suo pacchetto di crediti ad estinzione – *pro solvendo* – dei propri debiti): verrebbe così eliminata la più importante voce di revocatoria dei pagamenti, atteso che il mandato all'incasso è molto diffuso nei rapporti tra l'imprenditore e la banca, e si tratta sempre di pagamento anomalo, con inversione dell'onere della prova sulla *scientia decoctionis*.

B) Le ragioni storico-giuridiche della presenza statutale in persona di un giudice nelle procedure concorsuali.

Considerata la facilità con cui ogni volta che è possibile viene rimodellata ad uso di pochi la *par condicio creditorum*, è opportuno chiarire la sua reale portata facendo riferimento alle origini storiche degli istituti concorsuali.

La prima procedura esecutiva nota è la "*manus iniectio*", riportata nelle XII tavole, che poteva anche concludersi con la spartizione del cadavere del debitore ("*partis secanto*"), nel caso in cui vi fossero più creditori, che potevano seppellirne le parti nel proprio fondo a scopo augurale.

La "*Lex Poetelia Papiria*" del 326 a.C. vietò di avvincere in

ceppi tramite "*nexum*" gli obbligati e comunque ogni debitore insolvente.

Il pretore, sul finire della età repubblicana, affiancò all'esecuzione personale l'esecuzione sul patrimonio del debitore: con la "*missio in bona*" il magistrato immetteva l'attore nel possesso dei beni del convenuto, a scopo di vigilanza e di garanzia, cui seguiva un pubblico avviso ed eventualmente l'intervento di altri creditori, nonché la nomina di un "*curator*"; se dopo trenta giorni l'insolvenza persisteva, il debitore era considerato infame e veniva dichiarato fallito ("*decoctor*"); seguiva la "*bonorum venditio*" (vendita in blocco e all'incanto di tutti i beni dell'insolvente), sulla base di un programma concordato ("*lex bonorum vendendorum*"), effettuata da parte di un "*magister bonorum*" eletto dall'assemblea dei creditori, che era convocata dal pretore.

L'esecuzione sul patrimonio permase con quella personale fino all'età classica, per poi prenderne il posto.

L'azione revocatoria (c.d. Pauliana) nacque dalla fusione di due rimedi pretori: la "*restituito in integrum propter fraudem*" e l'"*interdictum fraudatorium*", il primo concorsuale ed il secondo individuale: l'azione unica si fondava su "*eventus damni*", "*consilium fraudis*", "*scientia fraudis*".

Nell'Età dei Comuni si posero le basi per il moderno trattamento dell'insolvenza, che condurrà poi all'istituto giuridico del fallimento, come è tuttora vigente in Italia.

E' proprio nei Comuni, infatti, che gli Statuti prevedevano la **presenza di un organo pubblico** a tutela delle ragioni del debitore contro l'arbitrio e la forza privata dei creditori, fino a giungere ad accentrare la realizzazione del diritto di credito nelle mani dell'autorità pubblica.

Ad esempio, era vietato il pignoramento privato dei beni, che era affidato invece al magistrato dapprima come forma di esecuzione anticipata e, successivamente, come misura assicurativa, che non mirava più alla realizzazione del credito, bensì a conservarne la garanzia.

Nel secolo XIII l'esecuzione era tutta nelle mani dell'autorità pubblica.

Diverse erano le conseguenze dell'inosservanza del giudicato da parte del debitore: il *bando*, il *carcere*, la *multa*, il *confino*, l'*inhibitio curiae* (l'esclusione dal palazzo comunale e, con essa, della facoltà di presentare istanze all'autorità), il *guasto* della casa del debitore, e persino la *scomunica*, nelle cause ecclesiastiche.

Con questi mezzi veniva esercitata una forte pressione sul debitore, che era perciò indotto a pagare il debito *ex iudicato* o, in alternativa, a consegnare i suoi beni in luogo dell'adempimento, mediante una *datio in solutum*, che diventava spesso lo scopo normale del processo esecutivo.

Il debitore doveva perciò giurare, impegnandosi a consegnare tutti i suoi beni: "*Omnia sua bona, quaecumque habeat, consignare teneatur*".

Era però possibile che il debitore, per non prestare il giuramento, o rendendosi inadempiente allo stesso, si desse alla latitanza in un vicino Comune, cosicché era proprio la pubblica autorità che provvedeva alla *datio in solutum* in luogo del debitore assente, perché fuggitivo.

Conseguentemente, la *datio in solutum per iudicem* divenne un **mezzo esecutivo generale su tutti i beni del debitore**, con affermazione del forte carattere di ufficiosità della procedura, che si ravvisa nelle parole: “*il magistrato non solo dà di piglio al patrimonio del debitore, ma lo distribuisce egli stesso fra i creditori*”⁹, che bene esprimono la funzione statutale esecutiva.

E' nel Costituto di Siena del 1262 la norma che impone al magistrato, con riferimento ai beni del debitore, il dovere di distribuirli tra tutti i creditori: “*et ea partiri inter creditores, secundum iura et constituta*” (Cap. LXXIII).

Da questa **esecuzione generale sul patrimonio del debitore fuggitivo** nacque nel tempo l'istituto del **fallimento**, come **procedura esecutiva generale e concorsuale** sotto la direzione di organi pubblici: ad esempio, a Venezia i *Sopraconsoli*; a Genova il *magistrato dei rotti*; e spesso i *Consoli della mercanzia* o il *Podestà* stesso.

Ampi poteri ufficiosi caratterizzavano l'opera del giudice del fallimento: egli poteva sia aprire d'ufficio il procedimento, sia porre mano ai beni del fallito d'ufficio; sempre d'ufficio, ricercava i creditori, accertava i crediti e li ammetteva al concorso. Sia la vendita che l'attribuzione dei beni del fallito ai creditori avvenivano per mano pubblica.

Si reputavano di proprietà del fallito i beni che facevano parte del suo patrimonio durante il periodo immediatamente precedente la dichiarazione di fallimento, e in tal modo si cominciò a trovare negli Statuti comunali il riferimento al **periodo sospetto**, che oggi caratterizza la revocatoria: esso però era considerato più come un *effetto retroattivo dato allo spossessamento fallimentare* che come un'azione di nullità o di risarcimento¹⁰. A fronte delle numerose e specifiche norme dirette alla reintegrazione del patrimonio del fallito, minor tutela era invece concessa ai terzi i cui beni erano trovati nella massa fallimentare.

Da queste brevi note storiche, si evince come concorsualità e *par condicio*, in presenza di una pluralità di creditori dell'insolvente, divengano sinonimi, affermandosi in tal modo il ruolo della *par condicio* come lo scopo ultimo della procedura concorsuale.

Il Legislatore fallimentare del 1942 ha sancito modernamente la regola-principio della *par condicio creditorum*, affidandone l'attuazione ad un organo pubblico, nel solco della tradizione anteriore.

Nella legge fallimentare del 1942 si assiste alla trasformazione della *par condicio* da semplice criterio redistributivo a valore fondamentale, con il supporto della Costituzione repubblicana e del principio di uguaglianza.

Storicamente la *par condicio* si è dunque andata affermando come fulcro della procedura concorsuale, e costituisce il motivo visibile della presenza del giudice nel fallimento.

La *par condicio creditorum* non è solo la parità di trattamento in sede di riparto, come era negli Statuti comunali¹¹, ma diventa soprattutto il ripristino dell'uguaglianza che è stata violata prima del fallimento, cioè proporzione nel soffrire le conseguenze del dissesto del comune debitore, e trova le sue radici più profonde nel principio di uguaglianza e nel principio di solidarietà, che sono fondamentali valori etici sia del diritto costituzionale che del diritto naturale.

La regola paritaria proporzionale costituisce infatti un'applicazione specifica del principio di uguaglianza, di diritto e di fatto, che è principio fortemente costituzionalizzato e che va considerato alla base delle regole generali dello stesso diritto naturale, tanto che essa non solo non è di per sé di così poco rilievo come vorrebbe farsi credere oggi, ma non può neppure essere espunta dall'ordinamento giuridico, se quest'ultimo non vuole “*tradire la sua identità, la sua razionalità, la sua validità, perfino la sua credibilità*”¹².

Proprio quando un bene non basta per tutti “*si pone una immediata automatica <<naturalistica>> applicazione del principio di uguaglianza*”¹³ e il problema si ripropone, né più né meno, nei rapporti tra il patrimonio dell'unico debitore e tutti i suoi creditori.

“*Quando si deve fare un sacrificio collettivo e questo semplicemente si prospetta con realismo ed anzi addirittura viene presunto, tutti devono essere uguali di fronte al sacrificio*”¹⁴, e “*..non è solo l'uguaglianza che pilota la situazione, ma è anche la solidarietà. Tutti i soggetti coinvolti da una situazione deficitaria devono essere tra loro solidali, evitando che qualcuno riceva di più e altri iniquamente di meno, solo per una diversa posizione di potere o di ingiustificato privilegio o semplicemente di tempestività talvolta maliziosa nell'arrivare prima, saltando la fila*”¹⁵.

Uguaglianza e solidarietà sono infatti principi etici fondamentali, non solo principi giuridici, ed è oggi quanto mai opportuno rivalutare l'essenziale imprescindibilità della “*regola aurea della par condicio creditorum*”¹⁶ riguardo ai principi di cui è espressione.

L'**uguaglianza** si trova non solo e non tanto nel riferimento all'art. 3 comma 1 Costituzione sull'uguaglianza formale, quanto nel senso sotteso dall'art. 3 comma 2 Costituzione, dell'uguaglianza sostanziale, al fine di consentire a tutti i creditori, anche ai più deboli o meno accorti, di partecipare all'organizza-

⁹ E' una plastica espressione di ROCCO A., *Il Fallimento*, Torino 1917, 195 s.

¹⁰ cfr. ROCCO A., cit., 210 e n.1.

¹¹ ROCCO A., cit., 196.

¹² cfr. PAJARDI P., *Radici e ideologie del fallimento*, Milano 2002, 36.

¹³ PAJARDI P., cit., 36.

¹⁴ PAJARDI P., cit., 37.

¹⁵ PAJARDI P., cit., 37.

¹⁶ Sono parole di PAJARDI P., cit., 39.

zione economica e sociale del Paese, in quanto riscuotano le loro giuste spettanze, e a tempo debito, e così possano continuare ad intraprendere ed operare nel sistema economico.

La **solidarietà** si esprime nel principio per cui è ingiusto che alcuni ricevano di più ed altri di meno solo per effetto di situazioni particolari di vantaggio.

Uguaglianza e solidarietà sono principi etici fondamentali fatti propri dall'ordinamento generale e valorizzati al massimo nel sistema del diritto fallimentare.

Il ruolo del giudice si giustifica così sul piano sostanziale, a tutela di questi valori etici, ma non è diverso anche sul piano processuale.

La legge 10 luglio 1930 n.395, l'antecedente dell'attuale legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942 n.267), già aveva consacrato il principio secondo il quale l'amministrazione fallimentare è una amministrazione di pubblico interesse affidata al giudice delegato come organo dello Stato, con l'ausilio del curatore. Idea interamente recepita nel testo del 1942, che ha definitivamente sancito la *pubblicizzazione* del fallimento (anche detta *giurisdizionalizzazione* del fallimento).

La progressiva accentuazione dei profili di tutela dei diritti di difesa dei soggetti coinvolti e del pieno contraddittorio (a favore del debitore e dei creditori) ha fatto sì che il fallimento possa oggi definirsi un vero e proprio **strumento della giurisdizione**, cioè un processo, per mezzo del quale trovano attuazione i diritti sostanziali.

Se il fallimento è processo, non può che essere condotto da un giudice, organo imparziale della giurisdizione, garante, sia nel metodo che nei contenuti, della legittimità dell'esecuzione concorsuale¹⁷.

C) Il collegamento essenziale tra revocatoria e fallimento.

Con queste premesse sostanziali (uguaglianza, solidarietà), la revocatoria emerge come **istituto intrinsecamente connaturato alla funzione della procedura concorsuale**, anche definita "*a creature of bankruptcy law*"¹⁸, ed è la cartina di tornasole dell'equilibrio economico imposto ai privati nel momento della crisi di un'impresa.

Il Legislatore, tutelando la *par condicio* per mezzo della revocatoria, vuole evitare che tutte, o la maggior parte, delle conseguenze del dissesto ricadano solo su alcuni soggetti (i più sprovveduti = funzione redistributiva) e vuole garantire una tutela anche al più piccolo ed al più debole dei creditori (uguaglianza, solidarietà): ne discende un **sistema economico più equilibrato**, in cui tutti hanno la possibilità non solo di emergere, ma anche di continuare ad operare, senza essere schiacciati o assorbiti dai soggetti economicamente più forti (l'art.3 comma 2 Costituzione rimane perciò il riferimento imprescindibile).

dibile).

Il ripristino dell'uguaglianza e della solidarietà violate dai creditori/aventi causa del fallito costituisce lo scopo pubblicistico della revocatoria, la cui attuazione è necessariamente rimessa ad un organo pubblico.

Il collegamento tra la **revocatoria** e la **tempestività dell'intervento** sulla crisi si pone in questi termini: laddove il controllo esterno sulla crisi non può fisiologicamente essere così tempestivo da prevenire, o da arginare, la crisi stessa sfociata in insolvenza, perché non è previsto dalla legge un vero monitoraggio sulle cause economiche dell'insolvenza (e lo squilibrio si produce fisiologicamente), allora l'organo giudiziario deve intervenire quando la crisi è già di insolvenza in atto (puramente finanziaria), utilizzando il meccanismo revocatorio per rimediare al tardivo intervento sulla crisi, poiché con esso se ne riequilibrano gli effetti perversi (pagamenti e garanzie preferenziali).

Sinteticamente, il **ruolo del giudice** nel fallimento è di:

a) **garante del tempestivo intervento sulla crisi finanziaria** (inadempimenti o altri fatti esteriori), ove - al contrario - ai creditori (ad alcuni di loro) il tempestivo intervento può risultare poco gradito, perché in contrasto con i loro specifici interessi individuali;

b) **garante dell'integrale ripristino della parità violata**, attraverso la revocatoria fallimentare, a tutela di valori ben più fondanti che non il diritto di credito come tale.

Concludendo, si assiste in tutti i settori a un fenomeno di progressiva privatizzazione di valori collettivi (istituti giuridici) a tutela, si dice "a maggior tutela", di interessi di rilevanza individuale.

Occorre dunque porsi una prima seria domanda: è sempre vero che i singoli ottengono maggior tutela attraverso la privatizzazione di un istituto giuridico (= valore collettivo).

E' vero che la "ritirata" dello Stato da alcuni settori, ove sinora si è sentito il bisogno della sua presenza, può giovare ai privati nel senso di consentire loro una migliore e più diretta tutela dei propri interessi, ma è anche vero che, sovente, questo giova **solo ad alcuni** soggetti privati, che vedono così rafforzata la loro già forte posizione nei confronti di altri soggetti più deboli (come i lavoratori, gli artigiani, altri creditori, etc.).

Alcuni esempi:

1) a chi giova l'**eliminazione del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. per le srl**? Viene meno il controllo pubblico sulla corretta e trasparente gestione: né esiste più un diritto corrispondente dei creditori, e neppure della collettività per le srl; davvero questo va nel senso del rafforzamento dei diritti individuali (forse dei soci della srl)?

2) a chi giova l'**eliminazione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali** della nuova srl verso gli amministratori; giova davvero a tutti i privati? O non danneggia invece i soggetti più deboli (i creditori) del rapporto obbligatorio fondato

¹⁷ cfr. PAJARDI P., cit., 92-96.

¹⁸ Da T. JACKSON, *Avoiding powers in bankruptcy*, in *Stanford l. rev.* 1984, 725 ss.

sulla responsabilità?

3) non sono nuovi i tentativi di **eliminare la revocatoria dei pagamenti normali** dal diritto fallimentare (così nel progetto di riforma della precedente legislatura) o comunque di ridurla ai minimi termini (come avviene nell'attuale progetto di riforma c.d. alternativo); se così fosse, questo gioverebbe davvero a tutti i creditori? In realtà, ogni ridimensionamento dell'azione revocatoria coincide con un **depotenziamento del significato etico** della procedura concorsuale fallimentare, ed implica un grave **affievolimento dei valori** di uguaglianza e di solidarietà, sui quali si fondano la società civile e lo stato moderno di diritto.

Si comprende dunque come la grande aspettativa del sistema bancario dalla riforma del diritto fallimentare sia quella di ridurre il fallimento ad una "*quaestio inter privatos*", facendosi attribuire dalla legge la funzione liquidatoria del patrimonio

del fallito, con sensibile riduzione della presenza pubblica, essendo circoscritto il ruolo del giudice a quello di garante della procedura sul piano formale; e con grande ridimensionamento dell'azione revocatoria, come è consequenziale.

Uguaglianza e solidarietà sono valori assoluti e insopprimibili, la cui tutela non può (non deve) essere affidata al caso o ad iniziative private, sia individuali che collettive, tanto più se a gestirle siano soggetti controinteressati.

E, infatti, giustamente la loro tutela viene oggi affidata ad un giudice, che, con il suo ruolo ordinamentale, garantisce l'esplicazione dei valori collettivi, al di fuori (e al di sopra) delle logiche lobbistiche più o meno accentuate.

Occorre infine porsi un'ulteriore domanda: fino a che punto è consentito portare la privatizzazione dei valori essenziali ed insopprimibili di una collettività, senza rischiare di compromettere la stessa validità del patto giuridico di convivenza etico-sociale?

PAGINA
IPSOA