

## **CONSIGLIO NAZIONALE RAGIONIERI COMMERCIALISTI**

### **Osservazioni al Maxi-Emendamento al testo proposto dal Comitato ristretto A.S.**

#### **1243 – Modifiche al regio Decreto 16 marzo 1942 , n. 267**

##### **recante disciplina del fallimento**

Il maxi emendamento al testo proposto dal Comitato ristretto Atto Senato n° 1243 ( Modifiche urgenti al R.D. 16/3/1942 n° 267 - c.d. Legge fallimentare) offre taluni spunti di riflessione, non sempre univoci: ciò soprattutto perché lo sforzo del legislatore, diretto ad adeguare una legge vetusta (quale quella fallimentare) alle mutate esigenze socio-economiche, rischia talvolta di eliminare anche quegli istituti, quelle prassi, che ancora oggi costituiscono garanzia di professionalità, di attualità e di salvaguardia di tutti i diversi interessi coinvolti nella complessa vicenda fallimentare.

In linea generale si può evidenziare che la scelta di attribuire maggiore autonomia e più ampi poteri al curatore fallimentare, se da un lato costituisce una valida scelta diretta a esaltare una natura più “manageriale” delle funzioni del curatore rispetto a quella statica di semplice ausiliario, dall’altro comporta una traumatica modifica del rapporto giudice delegato- curatore, che, ancora oggi, appare valido ed attuale per come disciplinato.

Peraltro, se da una parte la modifica di tale equilibrio produce un minor intervento del giudice delegato nell’intento di una maggiore rapidità rispetto ad un esasperato garantismo, dall’altra si corre il rischio che tale maggiore rapidità sia solo apparente, atteso che sul curatore finiscono per gravare ulteriori oneri ed incumbenti tali da snellire la procedura solo per alcuni aspetti e renderla, di contro, più farraginoso per altri.

Sempre in riferimento alla nuova configurazione dei poteri degli organi coinvolti nella procedura, suscita più di una perplessità la previsione di incisivi poteri di sorveglianza e di autorizzazione in capo al comitato dei creditori; circostanza, questa, che, se confermata, rischia di sottrarre, nel concreto, alla procedura certezza e speditezza, tenuto conto che tale organo (che opera, tradizionalmente, attraverso il silenzio-assenso) non appare idoneo a garantire quella stabilità agli atti della procedura che la stessa esige. Gli atti del comitato

dei creditori potrebbero, infatti, prestarsi ad un uso pretestuoso, finalizzato ad intenti temporeggiatori ed ostruzionistici rispetto alla procedura.

Come già osservato, il fallimento non è un affare privato dei creditori: la procedura fallimentare è piuttosto luogo di contemperamento di interessi più generali, che coinvolgono la collettività e richiedono, pertanto, una tutela pubblicistica. In tal senso questo Consiglio ha, in più occasioni, evidenziato la necessità di prevedere, con adeguati ed organici interventi riformatori, un sistema di gestione della crisi dell'impresa più razionale ed efficiente, in grado di tutelare efficacemente non solo gli interessi dei creditori, ma, più in generale, i valori che questa esprime. Tale esigenza di tutela nasce dalla constatazione che la crisi dell'impresa costituisce una realtà economica complessa, che si caratterizza non solo per il dissesto economico-finanziario dell'imprenditore fallito e dei riflessi a carico dei creditori, ma anche, e più in generale, per le conseguenze che tale dissesto produce sull'intero sistema economico in cui l'impresa, come valore produttivo, opera.

Per quanto riguarda la figura del fallito si deve osservare che, seppur condivisibile, da una parte, l'opinione che all'insolvenza non debba necessariamente conseguire la 'morte civile' dell'imprenditore, dall'altra, si deve constatare che, spesso, alla procedura fallimentare si accompagnano responsabilità penali del fallito. Alla luce di tali considerazioni appare necessario, pertanto, coordinare gli interventi di riforma in modo tale da garantire che la possibilità per il fallito - sempre ove questi non abbia agito dolosamente - di poter intraprendere nuovamente l'attività imprenditoriale si coniughi adeguatamente all'esigenza di garantire gli interessi della collettività (degli investitori, della trasparenza e correttezza del mercato, etc.), tenuto conto che gli imprenditori, sempre più frequentemente, utilizzano risorse finanziarie e fattori produttivi non propri, ma di terzi. L'esigenza, infatti, di incentivare l'imprenditorialità non può essere solo e tanto realizzata attraverso la riforma del diritto concorsuale, ma deve conseguirsi piuttosto con altro tipo di interventi (ad es. con azioni di liberalizzazione dei mercati).

Infine, in linea ancora più generale, raffrontando la nuova legge nel suo complesso con i più recenti interventi in materia concorsuale (si pensi ai casi Cirio, Parmalat e all'amministrazione straordinaria in genere), si ha l'impressione che il legislatore voglia in realtà togliere importanza all'istituto del fallimento, ampliando sempre di più l'ambito di portata dell'amministrazione straordinaria, sostituendo al controllo giurisdizionale,

certamente più incisivo, quello amministrativo;

verso tale indirizzo legislativo, che forse spiega la tendenza già rilevata di ridurre gli attuali poteri al giudice delegato esprimiamo netto dissenso.

Nelle pagine che seguono verranno segnalate talune osservazioni critiche alle modifiche più significative introdotte con il maxi-emendamento alla c.d. Miniriforma fallimentare.

### **Articolo 1**

La scelta di dettare normativamente i criteri per l'individuazione del "piccolo imprenditore" (come tale non assoggettabile a fallimento) appare positiva in luogo dell'originario prospettato rinvio ad un separato regolamento.

Suscita, peraltro, più di una perplessità il nuovo disposto del 2° comma: da un lato, l'ammissione nella categoria di 'piccolo imprenditore' delle imprese artigiane (tutte, anche quelle esercitate in forma societaria, a prescindere da volume d'affari, ammontare dello stato passivo, numero di dipendenti impiegati) è troppo drastica; e dall'altra, l'individuazione di un unico parametro, quello del capitale investito nella società (che non deve superare i 100.000 €). Non risulta di agevole individuazione (cosa si intende per capitale investito? Il capitale nominale della società? O il suo patrimonio netto? Ovvero il totale dell'attivo di bilancio?). A tale riguardo sarebbe preferibile individuare tre parametri - alternativamente valutabili - quali il volume di affari, l'ammontare del passivo e il personale dipendente.

### **Articolo 10**

Non si condivide la previsione secondo la quale l'imprenditore, che ha cessato l'attività, può essere dichiarato fallito entro due anni dalla cessazione, mentre le società entro un solo anno.

Sarebbe preferibile, invece, prevedere, qualora a cessare l'attività d'impresa fosse l'imprenditore, un termine di un anno; mentre, nel caso in cui a cessare l'attività fosse una società, sarebbe opportuno portare il termine - entro cui circoscrivere la possibilità di aprire una procedura concorsuale - a due anni.

## **Articolo 24**

Importante norma, poiché, attraverso la stessa, viene applicato a tutte le controversie di competenza esclusiva del Tribunale che ha dichiarato il fallimento (c.d. vis attractiva - art. 24 l. fall. ) il c.d. “rito societario”, introdotto con il decreto legislativo 17/1/03 n° 5.

Sarebbe, peraltro, auspicabile, a questo punto, che il legislatore intervenisse per la riforma dell'intero codice di procedura civile, al fine di uniformare i vari tipi di contenzioso “speciali” oggi presenti nel nostro ordinamento (si pensi anche al rito del lavoro).

## **Articolo 25**

Con tale articolo il giudice delegato viene spogliato di alcuni importanti poteri (come quello di nomina di consulenti, ausiliari, avvocati, in generale di coloro, la cui collaborazione è richiesta nell'interesse della procedura), che vengono trasmessi al curatore.

Come già osservato nelle riflessioni generali, la norma non sembra opportuna, posto che viene meno il preventivo controllo del giudice sulla gestione della procedura ed altresì rilevato che il sistema attuale appare efficace.

## **Articolo 28**

Non appare condivisibile la scelta del legislatore di consentire la nomina a curatore di studi professionali associati o società tra professionisti – attraverso la designazione da parte dello stesso studio associato o società della persona fisica che, al suo interno, svolge, in concreto, le funzioni relative all'incarico -, tenuto conto della rilevanza che assume, tradizionalmente, nell'attribuzione dell'incarico di curatela l'*intuitus personae*: in tal senso la norma si pone in contraddizione con quanto previsto dall'art. 32 l.f., secondo cui il curatore esercita personalmente le attribuzioni del proprio ufficio.

Occorre piuttosto disciplinare la possibilità, al bisogno, che il curatore si avvalga, con specifici incarichi appositamente autorizzati, di strutture organizzate per l'espletamento di funzioni di particolare complessità, dotate di molteplici competenze.

Assai criticabile, inoltre, la scelta di poter nominare all'ufficio di curatela anche “*coloro che abbiano comprovate capacità di gestione imprenditoriale*”; la deviazione circa

la possibilità di scelta del curatore al di fuori degli ordini professionali attualmente all'uopo deputati appare pericolosa, poiché non garantisce i requisiti di professionalità presenti nel sistema attuale. L'ufficio di curatela, infatti, implica la necessaria sussistenza nel soggetto che assume l'incarico di curatore di requisiti legali, commercialistici e ragionieristici tali da consentire lo svolgimento di attività spesso complesse.

Appare quindi preferibile l'eventuale nomina di un esperto, ove necessaria, per determinate finalità di procedura, come insegna la prassi vigente. Quanto poi all'individuazione dei professionisti cui limitare la norma, si suggerisce di mantenere l'attuale terminologia di *"avvocati, ragionieri e dottori commercialisti"*, stante sul punto lo sviluppo normativo in atto che non consente, allo stato, di fare riferimento a determinate figure professionali ancora normativamente in corso di definizione.

Ancora con tale articolo si modifica l'intervento del giudice delegato sul curatore per quanto attiene all'amministrazione del patrimonio fallimentare: infatti alla "direzione" viene sostituita la "sorveglianza" da parte dell'organo giudiziario, il che, come già segnalato, comporta una, peraltro non chiara, modifica dei rapporti tra i due organi, che invece appare ancora oggi conforme alle esigenze di procedura.

Non comprensibile la scelta di eliminare la forma "scritta" per l'autorizzazione da parte del giudice delegato al curatore per stare in giudizio, anche per le possibili eccezioni delle controparti processuali.

### **Articolo 33**

Sulle relazioni periodiche del curatore sembra, invece, inopportuno l'intervento del comitato dei creditori: piuttosto che aumentare il numero degli adempimenti a carico del curatore (formazione di copie di relazioni ed estratti conto, trasmissione ai componenti del comitato dei creditori), sarebbe più semplice facultizzare il comitato dei creditori a prendere visione del fascicolo fallimentare e a presentare le osservazioni che ritiene di sottoporre all'attenzione del giudice delegato.

Inoltre, cosa deve intendersi per conto patrimoniale, che, nella nuova versione dell'art. 33, il curatore deve allegare al rapporto riepilogativo delle attività svolte?

Vuole forse intendersi un prospetto – stile patrimoniale – con:

- all'attivo i denari in cassa, le immobilizzazioni non ancora realizzate (valutate al valore di inventario o di possibile realizzo?), i crediti (affidati o meno ad un legale) ancora da incassare (da valutare come?), le eventuali rimanenze di merci e materiali ancora da realizzare (da valutare come?);
- al passivo le somme accertate in sede di verifica e le somme eventuali da ammettere (valutate come?) per opposizioni, tardive, ricorsi tributari e quant'altro.

La norma dispone quindi un nuovo gravoso onere a carico del curatore, che si troverà, oltre a dover predisporre ogni sei mesi il conto patrimoniale, a dover operare delle valutazioni, che, come tali, potranno nel prosieguo essere disattese dai fatti; e allora cosa accadrà al curatore che ha valutato un immobile per 100 e verrà venduto per 50 – o al curatore che ha valutato 50 e la vendita avverrà per 100?

Non si comprende poi a cosa serva la trasmissione telematica del rapporto riepilogativo all'ufficio del registro delle imprese, con le complicazioni connesse allo strumento informatico che deve essere consentito al curatore, ma non imposto, stante la fase ancora sperimentale delle procedure di questo tipo.

Occorre piuttosto prevedere che il curatore, nelle relazioni periodiche, dia contezza della progressiva realizzazione del piano di liquidazione ed evidenzi, in ogni caso, il danno creato dal dissesto, distinguendolo dal deterioramento successivo eventualmente determinato dal protrarsi della procedura.

Può, infine, ritenersi utile chiedere al curatore di allegare un rendiconto aggiornato delle uscite e delle entrate.

### **Articolo 34**

Si deve osservare che, a seguito della riformulazione dell'articolo in commento e della contestuale soppressione della previsione indicata al n. 5 *bis* dell'art. 16 L.F., non risulta più chiaro chi designa la banca per i depositi delle somme riscosse dal curatore.

### **Articolo 35**

Rivoluzionato nel contenuto è il nuovo art. 35, disciplinante l'integrazione dei poteri del curatore. Infatti, tutti gli atti ivi indicati, che oggi il curatore può compiere solo previa

autorizzazione del giudice delegato o del tribunale, con la nuova norma dovranno essere autorizzati solamente dal comitato dei creditori e, solo qualora eccedenti il valore di euro cinquantamila (rivalutabile ogni cinque anni con decreto del Ministero della giustizia) ne dovrà essere informato (semplicemente informato) il giudice delegato. Per la prima volta, dunque, il comitato dei creditori diventa organo deliberante (l'autorizzazione *de qua* non può essere equiparata al parere vincolante negativo sull'esercizio provvisorio oggi previsto dall'art. 90 l. fall.) e l'intervento del giudice delegato è previsto solo in via alternativa, in caso di inattività del comitato.

A tal proposito la nuova previsione non appare condivisibile: la maggiore speditezza procedurale che ne deriverebbe, infatti, non appare adeguatamente compensata dalla garanzia di certezza e di stabilità che l'intervento del giudice, in ogni caso, assicura alla procedura: in tal senso il comitato dei creditori, organo tradizionalmente investito di poteri consultivi, non appare idoneo, e sufficientemente motivato, a garantire tale certezza.

#### **Articolo 41**

Il Comitato dei creditori viene sostanzialmente equiparato al Comitato di sorveglianza della liquidazione coatta amministrativa.

Viste le perplessità espresse sulla modifica del rapporto giudice delegato-curatore, si esprimono pari dubbi sul ruolo attribuito a tale organo, che diventa l'effettivo organo di controllo, "vigilando ed autorizzando" gli atti del curatore.

Particolari difficoltà sorgeranno quindi nella nomina dei componenti, sia poiché gli stessi dovranno essere parte attiva e motivata nella procedura sia poiché ai medesimi si applicherà l'art. 2407 cod. civ. in tema di responsabilità del Collegio sindacale (anche se, è da rilevare che si tratta di responsabilità in solido con il curatore, per cui non sussiste se non sussiste quella del curatore).

#### **Articolo 48**

In riforma dell'art. 48 l. fall., si prevede che la posta (anche quella elettronica) non venga più trasmessa direttamente al curatore, ma il fallito ha l'obbligo di consegnarla al

medesimo; l'inosservanza comporta l'impossibilità per l'imprenditore di usufruire del beneficio della esdebitazione.

La norma appare criticabile, posto che la corrispondenza costituisce spesso una delle fonti primarie di conoscenza per l'ufficio di curatela (si pensi ai rapporti bancari) e il fallito, con molta probabilità, potrà sottrarre al controllo del curatore quella più significativa ai fini concorsuali.

### **Articoli 64 e segg.**

#### *Revocatoria*

La nuova disciplina sembra introdurre non tanto un calmiere all'uso indiscriminato dell'azione, quanto un orientamento diametralmente opposto e in alcuni casi neanche chiaro e lineare: si pensi all'esclusione della revocatoria delle "rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca". Questa disposizione formulata tecnicamente alla stregua delle proposizioni di una legge - delega abbisognando chiaramente di ulteriori specificazioni, è palesemente ambigua, prestandosi ad interpretazioni arbitrarie e soggettive. Sul punto, appare sufficiente e opportuna la prescrizione di carattere generale, inserita nell'ultimo comma dell'art. 70, che limita l'effetto della revocatoria alla differenza "*tra l'ammontare massimo raggiunto ..., nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza, e l'ammontare residuo...*".

Risulta, invece, adeguata la previsione di un termine di decadenza quinquennale per proporre l'azione, decorrente dalla data del compimento dell'atto che si intende impugnare.

### **Articolo 84**

Nuovi poteri direttivi anche in virtù del novellato **art. 84**, che attribuisce direttamente al curatore il potere di apporre i sigilli e richiedere l'intervento della forza pubblica; criticabile la scelta di potersi avvalere dell'assistenza di un notaio, atteso che il curatore è, nell'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale ed altresì poiché tale scelta finirebbe per gravare la massa di inutili costi.

### **Articolo 87**

Parimenti criticabile è la presenza del notaio durante l'inventario in alternativa a quella del cancelliere. Superflua la previsione contenuta nella stessa norma circa la direttiva da parte del giudice delegato al curatore di procedere "immediatamente" a redigere l'inventario, quando al primo comma dello stesso articolo è previsto l'obbligo per il curatore medesimo di "fare l'inventario nel più breve termine possibile".

### **Articolo 90**

La miniriforma punta ad innovare l'istituto dell'esercizio provvisorio secondo una nuova disciplina che si caratterizza per una impostazione in positivo del presupposto per la continuazione della impresa. L'**art. 90 L. F.** infatti prevede che il Tribunale dopo la dichiarazione di fallimento può autorizzare la continuazione temporanea della impresa "se ciò appaia conveniente nell'interesse dei creditori".

L'istituto non sarebbe più inteso ad evitare un danno grave ed irreparabile ma ad incrementare le possibilità di soddisfacimento dei creditori. Questo aspetto comporterà probabilmente una più intensa ed approfondita valutazione in merito alla entità dei crediti prededucibili che l'esercizio provvisorio genera.

Peraltro la previsione normativa contempla esclusivamente la tutela dell'interesse del solo ceto creditorio, quando è notoria la pluralità delle categorie coinvolte nella vicenda fallimentare.

La continuazione temporanea dell'esercizio di impresa non può infatti essere considerata esclusivamente nell'interesse, sia pur meritevole di tutela, dei soli creditori, dovendo tener conto anche della salvaguardia dei livelli occupazionali dei lavoratori dipendenti, come del resto la giurisprudenza ha avuto più volte modo di sottolineare a partire dagli anni settanta in poi; lo stesso legislatore ha ribadito la priorità di tale obiettivo con taluni specifici interventi (si pensi a tal riguardo alla L. 223/91 in tema di C.I.G.S.).

Appare quindi, più corretto inserire l'istituto dell'esercizio provvisorio nell'ottica di conservazione dei valori aziendali in senso assoluto, non già nel diverso obiettivo di non

“svendere” subito nella previsione comunque di una migliore vendita in futuro nell’interesse dei creditori, i quali certamente privilegiano la liquidazione alla conservazione. L’ordine di tali due finalità deve essere invertito, nel senso che, anche a tutela della non eliminazione dal mercato di aziende ancora potenzialmente valide, la conservazione deve prevalere sulla liquidazione.

### **Articoli 92 e segg.**

#### *Accertamento del passivo*

Tutto l’impianto della fase di verifica dei crediti suscita molte perplessità. Queste traggono origine sia dall’uso di enunciati normativi talvolta ambigui, sia dalla impostazione del relativo procedimento che rischia di pregiudicare la posizione dei creditori.

In primo luogo, preme sottolineare come sia inopportuno prevedere all’art. 26, in riferimento al giudizio di opposizione allo stato passivo, che il Curatore debba costituirsi a pena di decadenza almeno dieci giorni prima della udienza fissata e che invece non vi sia alcun onere di costituzione in capo al creditore opponente. In sostanza, sembra che un affrettato inserimento nel processo di opposizione allo stato passivo delle modalità tecniche di instaurazione del contraddittorio nel processo del lavoro abbia determinato un meccanismo processuale un po’ nebuloso.

Al contrario, sembrerebbe più lineare prevedere l’onere di costituzione a pena di decadenza in capo al creditore opponente, che è il solo che può decadere dalla impugnazione avverso la sua esclusione o ammissione con riserva.

Inoltre, non si comprende la previsione secondo la quale i creditori che intendano intervenire debbano costituirsi dieci giorni prima della udienza. Ci si chiede infatti come possono i creditori conoscere la data dell’udienza visto che questa è fissata con decreto dal Tribunale e non è prevista alcuna pubblicità *erga omnes* della stessa.

Una seconda osservazione deve essere svolta in riferimento alla dichiarazione non tempestiva di credito. In particolare, rileva considerare che, a norma dell’art. 21, le domande di ammissione al passivo che pervengono oltre il termine perentorio fissato dal Tribunale sono considerate tardive ai sensi e per gli effetti degli artt. 101 e 103 I.fall. Il

disegno di legge quindi intende come tardive le domande non pervenute tempestivamente: se ne deve dedurre che la presentazione di una domanda tardiva non richiede l'assistenza di un difensore (la cui presenza sarà però necessaria per l'eventuale impugnazione della decisione di rigetto del g. d.). Non guasterebbe, a nostro avviso, una più chiara puntualizzazione di tale impianto, ad evitare possibili interpretazioni aberranti.

Per quanto riguarda ancora la disciplina delle insinuazioni tardive, va osservato che queste sono ammesse dall'art. 29 nonostante la previsione della perentorietà del termine per le insinuazioni tempestive, e comunque non oltre l'anno dalla esecutività dello stato passivo. La nuova impostazione è caratterizzata da un procedimento eccessivamente complesso.

Infine, va segnalata la imprecisa formulazione del 3° c. dell'art. 101 laddove si prevede che la dichiarazione tardiva è ammessa anche successivamente al termine di un anno dalla chiusura dello stato passivo qualora il creditore alleggi "*prova della inventariazione di beni successivamente alla scadenza del termine stesso e comunque fino a che non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo.*" Ora, il fatto che siano inventariati nuovi beni implica che non siano esaurite le ripartizioni dell'attivo e che sia mutato l'orizzonte delle prospettive per i creditori: e ciò spiega certamente perché si voglia rimettere in termini i creditori che non hanno utilizzato l'anno a loro disposizione per insinuarsi. Ma quale sarà il nuovo termine a disposizione dei creditori non insinuati? Non si rischia di fare intendere che l'inventariazione di un bene successivamente alla scadenza del termine lascia aperta indefinitamente nel tempo ( o fino all'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo ) la possibilità di insinuarsi? E non ne risulterebbe un premio ingiustificato per i creditori più temporeggiatori?

### **Articolo 96**

Assolutamente abnorme, infelice e pericolosa la previsione contenuta nell'ultimo comma del novellato art. 96 l.f.; si attribuisce infatti ad una maggioranza dei creditori ammessi (peraltro non in via definitiva) la facoltà di chiedere al Giudice Delegato, nel corso dell'adunanza, la sostituzione del curatore, indicando anche un nuovo nominativo.

La scelta che si inquadra nel disegno di un maggior potenziamento del comitato dei creditori e di una più generalizzata privatizzazione dell'insolvenza, è davvero preoccupante.

Una tale facoltà potrebbe legittimare facili complotti a danno del curatore diligente e, nello stesso tempo, potrebbe essere usato come arma di ricatto nelle mani della maggioranza. Insomma, il rischio di una tale innovazione è che con essa si introdurrà nell'ordinamento la figura di un curatore non terzo, non imparziale, non ausiliario di giustizia, mentre agli operatori non dispiace affatto che l'insolvenza venga regolamentata e gestita da soggetti assolutamente terzi.

### **Articoli 104 – 108**

#### *Liquidazione dell'attivo*

La previsione di un "programma di liquidazione" deve essere astrattamente accolta con favore, atteso che con tale istituto si portano a conoscenza di ogni interessato le linee guida di vendita, che devono essere autorizzate dal Giudice Delegato, previa approvazione del Comitato dei creditori, demandandosi poi al Curatore le modalità attuative relative ad ogni singola vendita; con il programma, quindi, si realizza la finalità di una preventiva informazione in ordine ai beni da liquidare, nonché ai tempi e alle prospettive di vendita.

Le nuove disposizioni dell'art. 104 l.f. devono essere peraltro analizzate congiuntamente ai successivi articoli, che regolano vendite di singoli beni e che in massima parte recepiscono prassi già esistenti, quali la vendita in un unico contesto di più attività o dell'azienda o di rami di essa.

Senonchè l'intera disciplina delle vendite in sede fallimentare rischia ancora una volta di alterare il naturale e proficuo svolgimento del rapporto tra giudice delegato e curatore, assegnando al primo un ruolo marginale, attribuendo al secondo poteri "manageriali" piuttosto che strettamente professionali, inserendo in tale contesto un ruolo primario al comitato dei creditori, sulla cui efficienza già si sono espresse perplessità.

E' appena il caso evidenziare che, in forza dell'art. 105 bis l.f., il curatore può procedere, tra l'altro, previa approvazione del solo comitato dei creditori, alla cessione

ovvero al conferimento in una o più società, “anche di nuova costituzione”, di beni, crediti, rapporti contrattuali o complessi aziendali.

Una breve chiosa in tema di affitto di azienda.

Dopo decenni di applicazione pratica dell’istituto codicistico del contratto di affitto di azienda nell’ambito del fallimento in luogo del rischioso esercizio provvisorio, il legislatore lo prevede espressamente nella stessa legge fallimentare, peraltro ricordando in tale percorso la legge 223/91, segnatamente l’art. 3, che in tema di C.I.G.S. attribuisce all’affittuario dell’azienda dal fallimento il diritto di prelazione al momento della vendita.

In questa sede si ritiene opportuno segnalare il potenziale conflitto tra tale norma e il nuovo art. 105 bis l.f., ove è previsto che il contratto di affitto di azienda “può prevedere la prelazione” in favore dell’affittuario.

*Quid iuris* nell’ipotesi in cui il contratto nulla preveda in tal senso?

Sarà ancora applicabile la prelazione ex art.3 l. 223/91, ovvero tale norma deve intendersi tacitamente abrogata?

### **Articolo 110**

Discutibili le modifiche apportate alla disciplina, quale risultante dall’attuale assetto giurisprudenziale, del piano di riparto e delle impugnazioni dei creditori. Segnatamente, appare piuttosto defatigatoria la scelta di attribuire al creditore solo l’obbligo dell’opposizione al riparto secondo le regole di cui al nuovo art. 98 in tema di opposizioni allo stato passivo, eliminando così la facoltà della semplice “osservazione”, che attualmente consente al Giudice Delegato di accogliere immediatamente i rilievi ritenuti *ictu oculi* fondati e di apportare le variazioni richieste.

### **Articolo 117**

Norma, che, come è formulata, sembra assolutamente inutile e utopistica, in quanto non è immaginabile che un creditore sia disposto ad accettare in luogo di denaro contante

crediti di imposta per i quali non sia stato ancora eseguito il rimborso (con l'effetto che quel creditore dovrà rassegnarsi ad aspettare ancora mesi, o anni, prima di ottenere la stessa somma che già gli spetterebbe in base al riparto), a meno che non si voglia dire – ma non sembra che ciò possa ricavarsi dalla formulazione della norma – che l'assegnazione dei crediti d'imposta prescinde da un riparto. Ad esempio, ai creditori potrebbe essere offerta la possibilità di vedersi assegnare crediti di imposta, da utilizzare immediatamente in compensazione con i debiti erariali. Ma come potrebbe salvarsi da un sospetto di incostituzionalità una tale disposizione ove la previsione potesse prescindere da un piano di riparto?

Significativa ed importante la modifica apportata al terzo comma in tema di distribuzione di somme in favore dei creditori irreperibili; infatti, la norma prevede che gli importi depositati presso l'istituto di credito nominato ai sensi dell'art. 16, decorso il termine di cinque anni, vengano attribuite in via definitiva, ove non rivendicate dagli aventi diritto, al Ministero dell'Economia, mentre nell'attuale disciplina finiscono nelle casse delle banche depositarie: opportuni quindi l'avviso che il curatore deve fare al Ministero stesso circa il deposito e l'obbligo per le banche di comunicare di volta in volta se durante il quinquennio taluno dei creditori precedentemente irreperibili abbia riscosso le somme. Sarebbe peraltro opportuno che le somme non rivendicate dagli aventi diritto, anziché inviarle al Ministero dell'Economia, venissero fatte affluire sull'apposito conto corrente istituito presso il Ministero della Giustizia, unitamente a quelle di cui all'art. 146 *bis* del D.P.R. 30.5.2002, n. 115, previsto dalla stessa Miniriforma (art. 61 *bis*), da utilizzare, tra l'altro, per il pagamento delle spese e del compenso liquidati ai curatori dei fallimenti chiusi per mancanza di attivo.

### **Articolo 118**

L'inserimento di un ulteriore comma all'art. 118 l.fall. aventi ad oggetto l'ipotesi di insufficienza di attivo accertata con la relazione ex art. 33 l. fall. è in sé positivo, ma viene formulata in modo assai discutibile: "...il curatore è esonerato dal compiere i successivi adempimenti. Ove si tratti di società il curatore ne chiede la cancellazione dal registro delle imprese".

Sarebbe molto più efficace e chiaro aggiungere al primo comma dell'art. 118 una quinta ipotesi di chiusura del fallimento.

Inoltre con modalità piuttosto equivoca si dispone che, solo in questo caso (quello cioè di cui al nuovo comma), il curatore chiede la cancellazione dal registro delle imprese. Permane lo stato confusionale e di disordine di cui ai numeri 3 e 4 dello stesso articolo, peraltro anche con riferimento all'impresa individuale e non alla sola società.

### **Articolo 119**

Si introduce un nuovo adempimento (inutile e dannoso) a carico del curatore, che, chiuso il fallimento, dovrà comunicare (con lettera raccomandata o con altra procedura telematica) la chiusura a tutti i creditori ammessi al passivo.

Si consideri che: a) in ogni fallimento i creditori sono avvisati del rendiconto e, nei fallimenti con attivo, ricevono la comunicazione del deposito del riparto finale, per cui sono sempre informati dell'approssimarsi della chiusura del fallimento; b) nei fallimenti senza attivo le spese relative ricadrebbero ingiustamente sul curatore.

### **Articoli 124 e segg.**

Viene in parte disciplinato l'istituto del concordato fallimentare: è infatti previsto il concordato per classi, alternativo rispetto a quello tradizionale.

In questa nuova forma di concordato va osservato che la suddivisione dei creditori per classi deve tener conto sia della loro natura giuridica, sia degli interessi economici omogenei, al fine di ridurre eventuali margini di arbitrio nella previsione delle classi e del trattamento differenziato tra le stesse. La proposta può essere presentata anche prima del decreto di esecutività dello stato passivo, di cui è all'art. 97 l.f., purché il curatore, sulla base dei dati contabili e delle altre notizie disponibili, sia in grado di predisporre un elenco dei creditori da sottoporre al Giudice Delegato.

La domanda può essere inoltrata anche da un terzo; in tal caso il ricorso può prevedere, oltre alla cessione dei beni acquisiti alla massa, anche il trasferimento delle

azioni giudiziarie di pertinenza del fallimento, purché autorizzata dal Giudice Delegato.

Il concordato viene approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

La scelta di considerare ininfluente sul calcolo della maggioranza la variazione dei creditori ammessi o dell'ammontare dei singoli crediti, successiva alla scadenza del termine fissato dal Giudice Delegato per la votazione, scaturente da una sentenza, dovrebbe tuttavia far salva la possibilità che, in sede di omologazione, il tribunale possa tener conto del voto contrario nei casi più eclatanti, anche per evitare macchinazioni di tipo fraudolento.

#### **Articolo 142**

Viene ribadita, come già nell'originario testo, l'abrogazione dell'istituto della riabilitazione, posto che viene abolito il pubblico registro dei falliti ed altresì poiché gli effetti della dichiarazione di fallimento cessano automaticamente con la chiusura della procedura.

Peraltro, con il novellato articolo 142 l.f., viene introdotto l'istituto della "esdebitazione", in virtù del quale, ove ricorrano i presupposti specificamente indicati nella norma, il debitore persona fisica è ammesso all'intera liberazione dai debiti residui non soddisfatti nel corso della procedura, fatti salvi, ovviamente, i diritti che il creditore può vantare nei confronti di terzi (coobligati, fideiussori, ecc.).

Dubbi sull'esclusione dallo stesso beneficio in favore dell'impresa collettiva, con conseguente probabilità di ricorso alla corte costituzionale. La norma è condivisibile solo nell'ipotesi in cui la chiusura del fallimento escluda la sopravvivenza della società.

#### **Articolo 161**

In tema di concordato preventivo, criticabile e poco chiara la scelta della "relazione" da parte di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali quali risultanti dal "piano e dalla documentazione di cui ai commi precedenti".

Infatti, a prescindere dal fatto che la dizione "piano" non emerge mai nei commi

precedenti del riformato art. 161 l.f., non si coglie quale valore possa avere la suddetta relazione, la quale non può certo assurgere a valore di certificazione assoluta, valida *juris et de jure*, né può esimere o alleggerire in qualche modo gli organi della procedura dall'effettuare il controllo sui presupposti di ammissibilità.

### **Articolo 182 bis**

Si introduce con un nuovo art. 182 *bis* la possibilità di presentare, unitamente alla proposta di concordato preventivo un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulati con il creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti: tutto ciò agli effetti dell'esclusione dell'azione revocatoria di cui alla lettera E del novellato art. 67.

La norma appare poco chiara e farraginoso, non cogliendosi appieno le finalità della stessa; inoltre si presta ad essere strumentalizzata per accordi fraudolenti.