

CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Diritto

Il privilegio a favore di SACE e Mediocredito Centrale: vecchie e nuove questioni alla luce del Decreto Liquidità

di Alberto Redeghieri Baroni 3

Due Sezioni Unite per impedire la revocatoria (successiva) contro un fallimento... ma è in arrivo il Codice della crisi

di Federico Colognato e Valeria Marocchio 11

I piani concordatari ai tempi del Coronavirus

di Nicla Corvacchiola e Amedeo Di Pretoro 23

Fallimento dell'appaltatore di opera pubblica e trattamento del credito vantato dal subappaltatore

di Maurizio Orlando 34

Azione revocatoria: inammissibile come azione costitutiva, ma ammessa come restitutoria

di Ernestina De Medio 43

Rapporti tra sovraindebitamento ed esecuzione individuale

di Domenica Capezzerà 52

Il debitore incapiente e l'opportunità di esdebitazione offerta dal nuovo Codice

di Giulio Pennisi 65

Operatività

Il curatore si assume le responsabilità sanzionatorie del fallito

di Gianfranco Antico 73

Concordato preventivo: inapplicabile il maxi periodo fiscale previsto per il fallimento

di Fabio Battaglia 83

Strumenti concorsuali per tutelare la continuità aziendale in tempi di Covid-19 tra istituti esistenti e proposte innovative

di Alessandro Solidoro 92

Il Codice della Crisi sulla scrivania

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

di Massimo Conigliaro e Nicla Corvacchiola 102

Osservatorio

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro 111

Crisi e risanamento n. 41/2020

Il privilegio a favore di SACE e Mediocredito Centrale: vecchie e nuove questioni alla luce del Decreto Liquidità

di Alberto Redeghieri Baroni – avvocato

Con diverse pronunce rese a partire dal 2019 la Corte di Cassazione ha riconosciuto la sussistenza del privilegio di cui all'[articolo 9](#), comma 5, D.Lgs. 123/1998 a favore della SACE Spa e del Mediocredito Centrale, quanto ai rispettivi crediti derivanti dalla surrogazione nel credito da restituzione originariamente spettante al finanziatore garantito.

La materia, tuttavia, non pare avere trovato una definitiva sistemazione all'interno dell'ordinamento giuridico e la recente introduzione della normativa di sostegno finanziario alle imprese colpite dalla crisi per effetto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ripropone inevitabilmente – soprattutto per SACE – alcuni dei problemi oggetto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale e fa sorgere ulteriori interrogativi.

La recente introduzione della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi per effetto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ripropone il tema della natura, privilegiata o meno, del credito vantato dalla SACE Spa - Istituto per i Servizi Assicurativi del Commercio Estero e Mediocredito Centrale che hanno prestato la garanzia a favore degli istituti di credito eroganti il finanziamento a favore delle imprese medesime, ai sensi delle previsioni del c.d. Decreto Liquidità 23/2020, recentemente convertito in L. 40/2020.

Il credito di cui ci occupiamo sorge nel momento in cui la banca finanziatrice, a fronte dell'inadempimento del soggetto finanziato, escute la garanzia prestata in suo favore dagli enti di cui sopra, con conseguente loro surrogazione nei diritti vantati della banca verso il soggetto finanziato inadempiente. Pur nella diversità di fonti normative, il meccanismo della surrogazione è sostanzialmente lo stesso per entrambe le tipologie di garanzia prestata¹.

¹ In base all'articolo 7, D.Lgs. 143/1998, "dalla data del pagamento, l'Istituto è surrogato nel rapporto assicurato o garantito nei limiti della quota per la quale è stato liquidato l'indennizzo od onorata la garanzia". Anche nel caso di garanzia prestata da Mediocredito Centrale, a seguito dell'insolvenza dell'impresa debitrice ammessa all'intervento agevolativo in discorso, il soggetto richiedente provvede ad escutere la garanzia del Fondo, e il Gestore eroga alla banca finanziatrice l'importo corrispondente alla liquidazione della perdita, acquisendo ai sensi del combinato disposto dell'articolo 1203, cod. civ. e dell'articolo 2, comma 4, D.M. 20 giugno 2005, per conto del Fondo, il diritto di rivalersi sulla impresa inadempiente.

La problematica trattata brevemente in questo scritto è se il credito derivante dalla surroga (a seguito di escussione della garanzia concessa da SACE, così come dal Mediocredito Centrale) possa essere ricondotto nell'ambito di applicazione della normativa di cui al D.Lgs. 123/1998 (*“Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese”*), quale presupposto del fatto costitutivo della relativa collocazione privilegiata.

L'[articolo 9](#), comma 5, D.Lgs. 123/1998, infatti, prevede testualmente che:

“Per le restituzioni di cui al comma 4 [Ndr: restituzione dell'intervento in conseguenza della revoca di cui al comma 3, ossia allorquando i beni acquistati con l'intervento siano alienati, ceduti o distratti nei 5 anni successivi alla concessione, o comunque disposta per azioni o fatti addebitati all'impresa beneficiaria, e della revoca di cui al comma 1, ossia per assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili] i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente Decreto Legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, a eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis, cod. civ. e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ...”.

Come è noto, la normativa disciplina una materia specifica come il sostegno pubblico alle imprese a norma dell'[articolo 4](#), comma 4, lettera e), L. 59/1997 e individua i principi che, all'interno di tale perimetro, regolano i procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive, delineando un procedimento complesso, in cui la fase di natura amministrativa di selezione dei beneficiari in vista della realizzazione di interessi pubblici è seguita da un negozio privatistico di finanziamento o di garanzia, nella cui struttura causale si inserisce la destinazione delle somme a uno specifico scopo.

È, quindi, presupposto dalla normativa in parola il completamento, a monte dell'intervento pubblico, di un procedimento complesso di natura amministrativa, destinato a regolare in maniera uniforme le modalità di accesso agli interventi di sostegno pubblico, di selezione del beneficiario, di contrattazione, determinazione dello scopo cui è destinato il sostegno e così via. In particolare, l'[articolo 3](#), D.Lgs. 123/1998 stabilisce le regole che presiedono all'istruttoria prodromica al finanziamento astrattamente “meritevole” del privilegio *de quo*, prevedendo al comma 1 che gli *“gli interventi sono attuati con procedimento automatico, valutativo o negoziale”*; i successivi articoli [4](#), [5](#) e [6](#) disciplinano rispettivamente caratteristiche, modalità attuative, limiti ed effetti della procedura di intervento automatica, valutativa e negoziale.

L'[articolo 9](#), comma 5, seconda parte, D.Lgs. 123/1998, poi prevede che i crediti assistiti dal privilegio siano riscossi mediante iscrizione a ruolo, diversamente da quanto accade per le ipotesi di garanzia, in riferimento alle quali, a fronte dell'escussione da parte del beneficiario (la banca), si determina una surrogazione da parte del garante nei diritti del creditore surrogato ai sensi dell'articolo 1203, cod. civ., dovendosi rimarcare l'ontologica differenza tra il diritto di SACE di surrogarsi nei diritti e azioni della banca finanziatrice nei confronti dell'impresa mutuataria, a seguito del pagamento delle somme dovute in forza del rapporto assicurativo, e l'iscrizione a ruolo del credito con la conseguente riscossione pubblicistica prefigurata dal D.Lgs. 123/1998.

La normativa in esame sembrerebbe segnare, quindi, ben precisi limiti formali e sostanziali che il procedimento e l'atto di erogazione del finanziamento devono rispettare al fine di tutelare l'ente pubblico e senza il quale, in effetti, esso non apparirebbe tutelato dal privilegio riconosciuto dalla norma.

Da notare che nessun richiamo vi è, nella norma istitutiva del privilegio di cui all'articolo 9, comma 5, D.Lgs. 123/1998, né in altre disposizioni del suddetto Decreto legislativo, alla specifica normativa che regola gli interventi del Mediocredito Centrale o di SACE (benché, con riferimento a SACE, le 2 normative siano pressoché coeve), né, d'altro canto, la normativa che disciplina tale ultimo ente fa in alcun modo riferimento alla prelazione di che trattasi².

Sulla base di queste e altre argomentazioni giuridiche, nonché del fondamentale principio di tassatività dei privilegi, dovendosi pertanto escludere anche l'interpretazione estensiva della norma, salvo che nel ristretto perimetro dei privilegi previsti dal codice civile³, la giurisprudenza di merito – sviluppatasi in ambito fallimentare/concorsuale e relativa soprattutto a fattispecie del fondo pmi – ha prevalentemente negato l'esistenza del privilegio a favore del credito vantato da SACE e Mediocredito Centrale⁴, seppure con qualche oscillazione negli ultimi anni, essendosi fatto strada anche un orientamento contrario e favorevole all'applicazione del privilegio alle garanzie in esame⁵.

² Il D.Lgs. 143/1998 si limita ad autorizzare la stessa SACE, tra l'altro, a rilasciare garanzie e coperture assicurative a favore delle imprese in relazione ai rischi connessi alla loro attività con l'estero e all'internazionalizzazione dell'economia (articolo 2), ma non prevede, né richiama alcun privilegio per la tutela dei crediti derivanti dalla surrogazione nei diritti del soggetto finanziatore, in caso di insolvenza o comunque inadempimento dell'impresa finanziata.

³ Cassazione n. 11930/2010, in Foro it., 2010, 2032; principio ripreso anche da Tribunale di Ancona n. 3767/2017, inedita.

⁴ Tribunale di Roma, Sezione XVII (già IX), 10 gennaio 2019, [www.iusexplorer.it](#); Tribunale di Roma Sezione IX, 2 marzo 2017, in [www.fallimentiesocietà.it](#); Tribunale di Pistoia, decreto 21 maggio 2015, [www.ilcaso.it](#); Tribunale di Milano 1° marzo 2018, est. D'Aquino, in Dir. Fall., II, 2018, 470, con nota adesiva di L. Marcinkiewicz; Tribunale di Milano 2 luglio 2014. Est. D'Aquino, Pres. Lamanna, [www.ilcaso.it](#); Tribunale di Ancona sezione I, 6 novembre 2017, n. 1733, in [www.iusexplorer.it](#); Corte d'Appello di Catania, Sezione I, n. 1487/2016, [www.iusexplorer.it](#); Tribunale di Piacenza, 14 maggio 2015, in I Contratti, 2015, pag. 700; Tribunale di Tolmezzo 27 febbraio 2013, Il Fall. 2014, 224; Tribunale di Milano 17 febbraio 2011, est. Lamanna.

⁵ Cfr. Corte d'Appello di Milano Sezione II, n. 5342/2018, [www.iusexplorer.it](#) (in riferimento al Mediocredito Centrale); Corte d'Appello di Venezia, n. 2702/2016, [www.iusexplorer.it](#) (in riferimento a SACE).

Con la conseguenza, secondo la giurisprudenza di merito, che non è a parlarsi di alcun privilegio, posto che *“la disciplina dei privilegi deve essere applicata in senso restrittivo e non può applicarsi a casi in cui il privilegio non sia espressamente richiamato dalla legge (...)”* e in mancanza altresì di *“ogni riferimento alla sussistenza del privilegio nella norma relativa alla erogazione della garanzia”* (cfr. in tal senso Tribunale di Milano 2 luglio 2014, *cit.*).

La tesi della non applicabilità del privilegio in parola ai crediti nascenti dalle garanzie prestate da SACE e da Mediocredito Centrale, tuttavia, è stata decisamente respinta dalla Suprema Corte che, chiamata per la prima volta a pronunciarsi sull'argomento specifico, a partire dal 2019 ha emesso una serie di sentenze che estendono il privilegio previsto dall'[articolo 9](#), D.Lgs. 123/1998 alle garanzie in parola. E ciò in tutti i casi in cui vi si stato anche il semplice inadempimento civilistico – pur se del tutto incolpevole – dell'impresa finanziata alle proprie obbligazioni di restituzione della provvista ricevuta, nel rapporto privatistico con la banca finanziatrice, e anche indipendentemente dalla sussistenza, a monte della fattispecie concreta, di un provvedimento di revoca dell'intervento da parte dell'ente pubblico preposto nei casi individuati dalla legge. Il riferimento è alle ormai note sentenze [n. 2664/2019](#) e [n. 2663/2019](#) (implicitamente, in motivazione) seguite dalla [Cassazione n. 17101/2019](#), [n. 30621/2019](#) ordinanza (relativa a Mediocredito Centrale), [n. 30739/2019](#), [n. 2457/2020](#) e [n. 8882/2020](#). Riteniamo, ciononostante, che la questione sia tuttora meritevole di interesse per gli operatori del diritto. Ciò non soltanto perché alcune delle affermazioni contenute nei citati arresti di legittimità si prestano obiettivamente a più di una lettura critica o comunque dubitativa⁶, ma soprattutto per la ragione che, pur dopo l'autorevole intervento della Corte regolatrice, il sistema risente di aporie e incongruenze, di cui anche la recente normativa sui finanziamenti agevolati alle imprese colpite dall'epidemia Covid-19 (L. 40/2020, di conversione del D.L. 23/2020) pare fungere da cartina al tornasole⁷.

Anzitutto, per quanto attiene al Fondo di garanzia pmi la norma di riferimento è costituita dall'articolo 8-bis, L. 33/2015.

Tale norma prevede testualmente che:

⁶ Per alcuni spunti critici, si pure da differenti prospettive e con diversi contenuti, si vedano ad esempio: R. Rordorf, *“È privilegiato il credito di regresso spettante a SACE in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?”*, in *Giustiziavivile.com*, 27 maggio 2020; S. Delle Monache, *“Garanzie rilasciate da SACE Spa e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998”*, in *Giustiziavivile.com*, 24 aprile 2020; C. Trentini, *Privilegio dei crediti di restituzione derivante da risoluzione dei finanziamenti di sostegno pubblico alle attività produttive*, in *Fall.*, 2019, pag. 606 e ss.

⁷ Ne è testimonianza, del resto, la recente e importante L. 155/2017, per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, che all'articolo 10 (Privilegi) testualmente stabiliva: *“1. Nell'esercizio della delega ..., il Governo procede al riordino e alla revisione del sistema dei privilegi, principalmente con l'obiettivo di ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale, con particolare riguardo ai privilegi retentivi ...”*.

“Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), L. 662/1996, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, a eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis, cod. civ. ...”.

Si tratta di una disposizione formulata in modo tutt'altro che ottimale e, comunque, indubbiamente di carattere eccezionale, sia per l'importanza del privilegio attribuito dalla norma (anteposto anche ai privilegi afferenti i crediti contributivi, previdenziali e fiscali) sia per l'evidente distonia che la disposizione sembrerebbe segnare con i principi generali in tema di surrogazione e natura del credito in relazione al quale essa è destinata a operare.

A ogni modo, almeno per le fattispecie rientranti nell'ambito applicativo del Fondo di garanzia L. 662/1996 e perfezionate in epoca successiva all'entrata in vigore della richiamata norma del 2015, si va affermando in dottrina e in giurisprudenza la tesi che la disposizione abbia effettivamente inteso attribuire il privilegio al credito vantato dal Mediocredito Centrale, nella ipotesi di escussione della garanzia prestata dal Fondo a seguito della mancata restituzione in tutto o in parte della somma finanziata. Va da sé che grande attenzione dovrà essere rivolta dai professionisti coinvolti nella ristrutturazione delle crisi di impresa, laddove a fronte di un debito da finanziamento bancario che nasce chirografario magari diversi anni addietro, potrà poi corrispondere in sede di trattamento dei creditori, a surroga esercitata dal Mediocredito Centrale, un debito da soddisfare al privilegio (e la previsione di idonei fondi rischi già al momento della redazione del piano e della proposta).

Benché non siano mancate in dottrina e in giurisprudenza⁸ affermazioni volte a ritenere che la disposizione in parola costituisca interpretazione autentica della già citata previsione del D.Lgs. 123/1998, ci pare invece che non se ne possa disconoscere la chiara portata innovativa⁹.

Per quanto concerne, invece, le garanzie prestate da SACE, nonostante l'apprezzabile intervento nomofilattico della Suprema Corte, permangono tuttora aspetti critici, che i più autorevoli commentatori non hanno mancato di evidenziare.

⁸ Si veda Cassazione n. 14915/2019, secondo cui la norma in parola non andrebbe considerata “*nè come una disposizione di interpretazione autentica, e dunque retroattiva, nè come disposizione innovativa*”, ma si tratterebbe “*di una disposizione ripetitiva, e confermativa, del regime già vigente*”.

⁹ In applicazione del principio per cui alla legge istitutiva di un privilegio non può essere attribuita natura interpretativa e valore retroattivo, qualora facciano difetto sia l'espressa previsione letterale nel senso dell'interpretazione autentica, sia i presupposti di incertezza applicativa che ne avrebbero giustificato l'adozione (cfr. Cassazione n. 13887/2017).

Merita anche ricordare l'autorevole orientamento espresso dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano in tema di operatività del nuovo privilegio generale per Iva di rivalsa e Cassa previdenza introdotto dalla Legge di Bilancio 2018, che riconosce il privilegio solo ai crediti sorti successivamente all'entrata in vigore di tale legge, in considerazione proprio dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla natura non retroattiva e non di interpretazione autentica delle norme istitutive di privilegio (cfr. Cassazione n. 5685/2015).

Senza alcuna pretesa di completezza – stanti i limiti del presente contributo – mi limiterò a evidenziare alcune di tali perduranti criticità.

1. L'azione che SACE esercita nei confronti del soggetto finanziato rientra nella fattispecie di surrogazione legale prevista dall'[articolo 1203](#), n. 5, cod. civ.. Quando, poi, SACE stipula con la banca (o altro soggetto finanziatore) un contratto di assicurazione del credito, con il pagamento altro non fa se non erogare l'indennità assicurativa a favore dell'assicurato, surrogandosi poi (ex [articolo 1916](#), cod. civ., che costituisce specificazione dell'articolo 1203, cod. civ.) verso il debitore e potendo quindi esercitare azioni ordinarie non diverse da quelle del creditore surrogato¹⁰. È pilastro del sistema del diritto civile che la surrogazione precluda il riconoscimento al fideiussore garante di un privilegio non riferibile anche al creditore garantito¹¹.
2. Il privilegio di cui all'[articolo 9](#), comma 5, D.Lgs. 123/1998 nasce solo a seguito di revoca amministrativa del beneficio economico (in forza del richiamo al precedente comma 4), laddove tale “revoca” ne costituisce senz'altro fatto costitutivo. Pertanto, il mero fatto che il beneficiario non sia in grado di restituire alla banca quanto ha ricevuto, con conseguente escussione della garanzia prestata da SACE, non pare sufficiente a integrare i requisiti di legge per far scattare la prelazione a favore del garante¹². La revoca in parola, inoltre, deve discendere dalle situazioni indicate dal Legislatore, che paiono chiaramente accomunate da un comportamento *ab origine* abusivo da parte del finanziato, ovvero da un uso sostanzialmente distorto o improprio delle risorse pubbliche erogate¹³.
3. L'ordinamento giuridico apparirebbe nettamente orientato, anche ai fini di preservare il principio *par condicio creditorum*, che ha una tutela di rango costituzionale, nelle sempre più frequenti crisi d'impresa, a contrastare la proliferazione di cause di prelazione che non trovino un saldo ancoraggio in specifiche disposizioni di legge.
4. Del resto, anche gli ultimi interventi legislativi in materia – precedenti, tuttavia, alla citata Legge delega per la riforma della disciplina della crisi d'impresa – dimostrano che, allorquando si è inteso

¹⁰ Così D. Galletti, “Il privilegio generale, anzi speciale, di SACE nel concordato preventivo omologato”, [www.ilfallimentarista.it](#), 2012.

¹¹ Si veda la stessa giurisprudenza della Suprema Corte (Cassazione, ordinanza n. 16870/2017) laddove, in motivazione: “è un'evidente forzatura logica assumere che, se il credito della banca non fosse *ab origine* munito di privilegio - privilegiato è solo il credito dello Stato (Cassazione n. 17111/2015) - lo possa essere divenuto a seguito del pagamento effettuato da SACE, essendo semmai vero il contrario ossia che, se il credito nasce privilegiato, il fideiussore che lo soddisfa e si surroga perciò nei diritti del creditore originario è surrogato anche nelle garanzie (Cassazione n. 1846/1967)”.

¹² Così esattamente R. Rordorf, “È privilegiato il credito di regresso spettante a SACE in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?”, *op. cit.*; nello stesso senso anche: C. Trentini, “Privilegio dei crediti di restituzione derivanti da risoluzione dei finanziamenti di sostegno pubblico alle attività produttive”, *op. loco cit.*; S. Delle Monache, “Garanzie rilasciate da SACE s.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998”, *op. loco cit.*; M. Mancini-T. Stanghellini, “L'ambito di applicazione del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998: le garanzie prestate da Sace S.p.a.”, in [www.ilcaso.it](#), 2015.

¹³ In giurisprudenza si è, dunque, esclusa la ricorrenza del privilegio ove il finanziamento venga erogato per finalità diverse da quelle proprie del testo normativo (cfr. Cassazione n. 3335/2012) o sia revocato per ragioni diverse da quelle espressamente contemplate dalla norma (cfr. Tribunale di Padova, 23 luglio 2012, in [www.ilcaso.it](#), secondo cui l'onere di provare le ragioni della revoca incombe su chi invochi il privilegio).

attribuire il rango privilegiato a determinate categorie di crediti (e, segnatamente, a quelli restitutori dell'ente pubblico per effetto della prestazione di garanzie), il Legislatore è intervenuto appositamente, con disposizione specifica e ben circoscritta (ci riferiamo all'[articolo 8-bis](#), D.L. 33/2015). Il che, però, non è avvenuto per le garanzie prestate da SACE.

5. L'esigenza di tutela dello Stato (o meglio delle sue casse, nel senso che, in ultima analisi, dovrebbero pur sempre prevalere le ragioni della finanza pubblica, rispetto ad altri valori pure meritevoli di tutela) non appare del tutto appagante, come condivisibilmente affermato in dottrina¹⁴.

Che tuttora permangano aspetti dubbi e/o critici, con particolare riguardo alle garanzie prestate da SACE – essenzialmente legati alla declinazione sul piano giuridico del principio di tassatività dei privilegi *ex articolo 2745*, cod. civ. – parrebbe confermato proprio alla stregua dell'esame della recentissima normativa per il sostegno alla liquidità delle imprese di cui al D.L. 23/2020¹⁵.

Qui il tema si ripropone: alla garanzia prestata da SACE (o meglio, al conseguente credito da surroga o regresso verso l'impresa sovvenzionata), in ragione della normativa del Decreto Liquidità, spetta il privilegio generale stabilito dall'[articolo 9](#), comma 5, D.Lgs. 123/1998?

Coloro i quali predicano la portata espansiva di tale disposizione di legge, dovrebbero forse concludere, quasi *de plano*, positivamente. Ma il dubbio, in effetti, resta per almeno 2 ragioni:

a) perché il Decreto Liquidità non richiama né il D.Lgs. 123/1998 e, per la verità, neanche l'articolo 8-bis, L. 33/2015 (di esplicito, formale riconoscimento del privilegio agli interventi di sostegno effettuati da parte del Mediocredito Centrale con la struttura della garanzia); è noto, d'altra parte, il principio di tassatività dei privilegi;

b) perché la normativa in discorso, all'[articolo 1](#), comma 2, lettera d) prevede che “*d) la garanzia, in concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito nelle perdite per mancato rimborso del finanziamento, copre l'importo del finanziamento concesso nei limiti delle seguenti quote percentuali: ...*”¹⁶.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, benché la formulazione della norma sia tutt'altro che felice, sembra difficile ipotizzare (sarebbe un ossimoro) che un creditore in tesi privilegiato (SACE) possa concorrere “pariteticamente” con un creditore chirografario per definizione (la banca finanziatrice).¹⁷

¹⁴ Cfr. in senso critico, C. Trentini, “Privilegio dei crediti di restituzione derivanti da risoluzione dei finanziamenti di sostegno pubblico alle attività produttive”, cit., pag. 622.

¹⁵ Le misure adottate dal decreto liquidità si fondano, da un lato, sull'intervento delle banche, quali prestatori di danaro e, dall'altro lato, sulla partecipazione diretta dello Stato (per il tramite, a seconda dei casi, della SACE o del Fondo di garanzie per le pmi), a mezzo di prestazione di apposita garanzia personale: per certe fattispecie, totale; per altre, parziale, a salire dal 70% dell'«importo del finanziamento».

¹⁶ La norma pare contemplare il caso della partecipazione nell'esecuzione – fallimentare o non – sui beni del debitore del credito di rivalsa del garante, che ha subito l'escussione della garanzia, e del credito residuo, e non garantito, della banca.

¹⁷ Per spiegare la disposizione, infatti, si è affacciata in dottrina l'idea che la laddove la banca si sia eventualmente procurata distinte garanzie per concedere ulteriore credito (per la misura di credito non coperto dall'intervento statale) sul ricavato di tali garanzie potrebbe concorrere, in regime di par condicio, la stessa SACE. L'effettività del rientro del garante pubblico, secondo tale interpretazione, potrebbe spostarsi “dalla struttura del privilegio legale a quella della (eventuale) garanzia convenzionale acquisita da altri” (così A. Dolmetta, “Prospettive e problemi del

Relativamente più semplice parrebbe, invece, la soluzione in merito al credito vantato dal Mediocredito Centrale, per le garanzie prestate dal Fondo centrale di garanzia pmi, ai sensi dell'[articolo 2](#), comma 100, lettera a), L. 662/1996, delle quali il Decreto Liquidità si occupa all'[articolo 13](#), lettere e) ed m).

Qui non è citata direttamente la previsione di Legge attributiva del privilegio, ma è espressamente richiamata dalle disposizioni in parola la disciplina predisposta per l'operatività del Fondo gestito dal Mediocredito Centrale, sulla base della citata L. 662/1996, la quale a sua volta si riconnette alla previsione della collocazione privilegiata ai sensi della L. 33/2015. Quindi, sotto tale profilo dovremmo ritenere che il credito restitutorio del Fondo, una volta escusso dalla banca a seguito dell'inadempimento del soggetto finanziato, sia privilegiato e ciò nei confronti del soggetto beneficiario del finanziamento assistito dalla sua garanzia (il "*beneficiario finale*") e di eventuali contro garanti del Fondo medesimo (i "*terzi prestatori di garanzie*").



PRASSI FLASH



Prassi flash è il nuovo settimanale dedicato all'approfondimento della principale prassi emanata. In maniera semplice e di immediata percezione viene esposto il principio espresso e analizzato il contesto normativo in cui si incardina. A completare la scheda l'analisi dei precedenti di prassi e giurisprudenza e i rimandi agli articoli delle riviste.

OFFERTA RISERVATA abbonati riviste
€ 40,00 + IVA 4% (anziché € 70,00 + IVA 4%)

Per usufruire dell'offerta inserire il codice coupon **PRASSI2020** nel form di acquisto on-line.
 Offerta non cumulabile con sconto Privilege ed altre iniziative in corso, valida solo per nuove attivazioni.
 Rinnovo automatico a prezzo di listino.

ACQUISTA ORA

credito pandemico coperto da garanzia", in Riv. dir. banc., 2020, I, 270 ss.). Secondo R. Rordorf, *op. loco cit.*, la disposizione non toccherebbe il regime privilegiato (o meno) del credito del finanziatore e/o di quello di regresso del garante, ma, "*impregiudicata la questione se in caso di fallimento del debitore il creditore e/o il garante godano di un qualche privilegio*", si interesserebbe soltanto di come il peso dell'insolvenza del debitore si ripartisca tra creditore e garante, regolando tra costoro l'eventuale perdita nei termini ivi indicati.

Crisi e risanamento n. 41/2020

Due Sezioni Unite per impedire la revocatoria (successiva) contro un fallimento... ma è in arrivo il Codice della crisi

di Federico Colognato – avvocato

Valeria Marocchio – dottoressa in giurisprudenza

Dopo la sentenza della Corte di Cassazione [n. 30416/2018](#), è stata nuovamente rimessa al vaglio delle stesse la questione in merito all'ammissibilità (in precedenza negata) dell'esercizio dell'azione revocatoria dopo che è stato dichiarato il fallimento del debitore, anche in vista del nuovo Codice della crisi d'impresa. La conferma dell'orientamento espresso ([sentenza n. 12476/2020](#)) offre lo spunto per una riflessione sul tema a fronte di un'interpretazione consolidata. Rimane tuttavia all'orizzonte il Codice della crisi e dell'insolvenza del quale occorrerà prima o dopo tenere conto.

Le Sezioni Unite del 2018

La nota sentenza delle Sezioni Unite n. 30416/2018¹⁸ traeva origine dalla vendita di un complesso aziendale tra 2 società (Alfa e Beta), entrambe *in bonis*, che, dopo qualche anno, giungevano entrambe a fallimento.

Il fallimento di Alfa (cedente), assumendo il prezzo essere stato vile, conveniva in revocatoria ordinaria il fallimento di Beta (cessionaria) davanti al Tribunale di Siracusa.

La Corte di prima istanza accoglieva la domanda revocatoria del fallimento Alfa, alla cui sentenza il fallimento Beta presentava appello. L'Appello di Catania, qualificando l'azione revocatoria ordinaria come azione esecutiva individuale, riteneva applicabile il divieto di cui all'[articolo 51](#), L.F., dichiarando inammissibile l'azione esercitata.

L'assuntore del concordato del fallimento di Alfa, quindi, ricorreva per Cassazione, lamentando violazione e falsa applicazione dell'articolo 51, L.F.. La prima sezione della Cassazione ravvisava, però,

¹⁸ Si veda in Fallimento, 2019, III, pag. 321 e ss. con nota di F. De Santis, "Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi", e in Giur. It., 2019, 7, 1573 nota di Quesito, Fallimento - revocatoria contro un fallimento: natura costitutiva e conseguente inammissibilità.

un contrasto nella giurisprudenza di legittimità e, in ogni caso, di particolare importanza la questione sottesa da rimetterne¹⁹ all'attenzione del Primo Presidente e, quindi, alle Sezioni Unite.

Nell'ordinanza interlocutoria, la prima sezione della Cassazione individuava una recente frattura nel consolidato orientamento di legittimità in materia.

Secondo alcune recenti sentenze²⁰, infatti, non sarebbe ammissibile l'azione revocatoria, né ordinaria né fallimentare, nei confronti di un fallimento già dichiarato al momento dell'esercizio dell'azione, atteso che la proponibilità della revocatoria contro un fallimento urterebbe contro il "*principio di cristallizzazione della massa passiva alla data di apertura del concorso*", desumibile dagli articoli [51](#) e [52](#), L.F. (posto che l'effetto giuridico favorevole all'attore si produce soltanto a seguito della sentenza che accoglie la domanda di revocatoria, per il "*carattere costitutivo*" dell'azione).

A tale orientamento, l'indirizzo costante e più risalente²¹ ritiene che l'azione, tanto ordinaria quanto fallimentare, iniziata nei confronti di una parte *in bonis* potrebbe invece essere proseguita qualora, in pendenza del giudizio, il debitore fallisca.

La Corte remittente, in particolare, auspicava che le Sezioni Unite riconoscessero fondamento al principio di diritto enunciato nell'orientamento più recente.

Le Sezioni Unite, tuttavia, escludevano l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla perseguibilità dell'azione revocatoria promossa anteriormente alla dichiarazione di fallimento del convenuto, sulla base dei seguenti principi fondamentali della materia:

- la durata del processo non può recare danno al chi ha ragione;
- l'effetto dell'accoglimento dell'azione retroagisce alla data della domanda;
- l'opponibilità della trascrizione della domanda revocatoria avvenuta anteriormente al fallimento.

¹⁹ Cassazione, ordinanza n. 1894/2018, in Fallimento, 2018, VI, pag. 705 e ss. con nota di Lo Cascio.

²⁰ Così come emergente, a parere della sezione, da: Cassazione n. 10486/2011 in Fallimento, 2011, XII, pag. 1477 e ss. (secondo la quale «Non è ammissibile un'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, nei confronti di un fallimento, stante il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso e il carattere costitutivo della predetta azione; il patrimonio del fallito è, infatti, insensibile alle pretese di soggetti che vantino titoli formati in epoca posteriore alla dichiarazione di fallimento e, dunque, poiché l'effetto giuridico favorevole all'attore in revocatoria si produce solo a seguito della sentenza di accoglimento, tale effetto non può essere invocato contro la massa dei creditori ove l'azione sia stata esperita dopo l'apertura della procedura stessa») e Cassazione, ordinanza n. 3672/2012, in Fallimento, 2013, I, pag. 122 e ss. (secondo la quale «Il combinato disposto degli articoli 24 e 52, L.F. implica che il Tribunale da cui è stato dichiarato il fallimento del debitore che ha compiuto l'atto pregiudizievole ai creditori, per il quale si prospetti un'azione di revoca ex articolo 67, L.F., resta il solo competente a decidere l'inefficacia o meno dell'atto, mentre le successive e consequenziali pronunzie di restituzione competono al Tribunale che ha dichiarato il fallimento del beneficiario del pagamento revocato, secondo le modalità stabilite per l'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi; in ogni caso, la cristallizzazione della massa passiva alla data di apertura del concorso e il carattere costitutivo dell'azione revocatoria non ne permettono l'esperimento contro un fallimento, dopo la sua pronuncia, conseguendone l'annullamento della eventuale ammissione al passivo in cui la domanda si sia trasfusa»).

²¹ Sono richiamate Cassazione n. 2746/1963 (con una Procedura attrice originaria); Cassazione n. 7583/1994; n. 7119/1998 (riguardante un'azione svolta da singolo creditore); n. 5272/2008; n. 6709/2009 (un Fallimento attore originario); n. 21810/2015 (un'azione promossa dal singolo creditore); n. 19795/2016 (ancora un Fallimento attore originario), nonché, e in modo particolare, la pronuncia delle Sezioni Unite, n. 29421/2008 (un singolo creditore nelle vesti di attore), cit.

I casi indicati come portanti un orientamento più recente, come anche indicato dal Procuratore Generale, avevano a oggetto domande diverse a quella sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e, quindi, precedenti non rilevanti per verificare l'esistenza del supposto contrasto.

Quanto alla questione concernente la natura costitutiva o dichiarativa della sentenza conclusiva dell'azione revocatoria fallimentare od ordinaria, già in forza di un risalente orientamento giurisprudenziale (successivamente costantemente ribadito, salvo isolate e minoritarie occasioni) era stata affermata la natura costitutiva della sentenza che accoglie l'azione revocatoria fallimentare ex [articolo 67](#), L.F.²².

Infatti:

«la sentenza che accoglie la domanda di revocatoria fallimentare ha natura costitutiva, in quanto modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, nei confronti della massa fallimentare, atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia determinando, conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale (articolo 2740, cod. civ.) e alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto».

Corollario di tale principio è la constatazione che:

«la situazione giuridica vantata dalla massa ed esercitata dal curatore non integra un diritto di credito (alla restituzione della somma o dei beni) esistente prima del fallimento (né nascente dall'atto della dichiarazione dello stesso) e indipendentemente dall'esercizio dell'azione giudiziale, ma rappresenta un vero e proprio diritto potestativo all'esercizio dell'azione revocatoria».

Conseguentemente, l'inammissibilità dell'azione *de qua* è conseguenza della regola della cristallizzazione della massa passiva alla data del fallimento e si potrà parlare di "diritto quesito" alla revocatoria solo se la causa sia stata promossa prima del fallimento del terzo acquirente e la relativa domanda sia stata trascritta anteriormente al fallimento di quest'ultimo²³.

Conclusivamente, i principi di diritto delle Sezioni Unite 2018 erano i seguenti:

"A) la sentenza che accoglie la domanda revocatoria, sia essa ordinaria o sia fallimentare, ..., ha natura costitutiva, in quanto modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia determinando, conseguentemente, la restituzione

²² «Già a partire dalla sentenza n. 2754/1973, questa Corte ebbe ad affermare il principio secondo cui "l'azione revocatoria fallimentare, spiegata ai sensi della L.F., articolo 67, dà luogo a una sentenza costitutiva"; principio poi ribadito dalle sentenze n. 3657/1984, n. 1001/1987 (in fattispecie di revocatoria fallimentare)», cit..

²³ Fanno presente le Sezioni Unite che la disciplina è del tutto analoga a quella esplicitata dall'articolo 72, co. 5, L.F. (in tema di azione – anch'essa costitutiva – di risoluzione per inadempimento) e non contraria con l'articolo 64, L.F. (che, in corrispondenza dei presupposti ivi elencati, prevede una forma di inefficacia degli atti automatica e discendente direttamente dalla dichiarazione di fallimento).

dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale (articolo 2740, cod. civ.) e alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto;

B) non è ammissibile un'azione revocatoria, non solo fallimentare ma neppure ordinaria, nei confronti di un fallimento, stante il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso e il carattere costitutivo delle predette azioni; il patrimonio del fallito è, infatti, insensibile alle pretese di soggetti che vantino titoli formati in epoca posteriore alla dichiarazione di fallimento e, dunque, poichè l'effetto giuridico favorevole all'attore in revocatoria si produce solo a seguito della sentenza di accoglimento, tale effetto non può essere invocato contro la massa dei creditori ove l'azione sia stata esperita dopo l'apertura della procedura stessa²⁴.

L'ordinanza interlocutoria del 2019 e la prospettiva del Codice della crisi

La questione relativa all'ammissibilità dell'azione revocatoria radicata nei confronti di una curatela fallimentare, a distanza di poco più di 8 mesi, è approdata nuovamente in Cassazione e la prima sezione ha ravvisato nuovamente l'esigenza di revisione della giurisprudenza tradizionale (e all'arresto delle Sezioni Unite n. 30416/2018, sopra esposto), anche in ragione della approvazione del Codice della crisi. L'ordinanza di rimessione, ripercorrere la giurisprudenza di legittimità, richiamando ancora i precedenti del 2011 e 2012²⁵ (neganti l'esercizio dell'azione revocatoria in generale nei confronti di un fallimento – successivamente all'inizio della procedura medesima – sempre in forza del principio di cristallizzazione del passivo e in considerazione del carattere costitutivo della predetta azione).

La Sezione ripresenta che il patrimonio del fallito diviene insensibile alle pretese di soggetti che vantino titoli formati in epoca posteriore alla dichiarazione di fallimento, ivi inclusi gli effetti propri che derivano dall'accoglimento dell'azione revocatoria (effetti che si producono soltanto a seguito del passaggio in giudicato della sentenza – costitutiva – di accoglimento).

Contro tale assunto, non varrebbe il richiamo alla tesi tradizionale, secondo cui, se nelle more del giudizio di revoca sopraggiunge il fallimento del convenuto, il giudizio prosegue davanti allo stesso giudice quanto alla domanda di revoca, mentre le domande restitutorie conseguenti devono essere verificate nel fallimento della parte convenuta, ex articoli [52](#) e [93](#) e ss., L.F. né alla circostanza (nascente

²⁴ Così, Cassazione, sentenza n. 30416/2018, *cit.*. Da ultimo, in merito all'argomentazione posta dalla Remittente (basata sull'articolo 91, D.Lgs. 270/1999 e finalizzata a una interpretazione "di sistema"): «essa non appare pertinente poichè riguardante una procedura "speciale", ancorata a presupposti specifici ... che non consentono di invocare ragioni di coerenza normativa e sistematica in grado di giustificare l'applicazione della regola dalla stessa posta anche alla procedura fallimentare, oltre il caso dalla stessa disciplinato (che è quello del compimento di atti tra imprese facenti parte di uno stesso gruppo)».

²⁵ Si veda *supra* nota 3. Il riferimento è a Cassazione n. 10486/2011 e ordinanza n. 3672/2012.

dal principio per cui la durata del processo non deve recar danno a chi ha ragione) per la quale gli effetti restitutori, conseguenti alla revoca, retroagiscono alla data della domanda.

La Sezione, nel sostenere la preminenza del principio di cristallizzazione del passivo al momento della declaratoria di fallimento, propone di sconfessare anche l'eccezione in merito all'azionabilità del credito di regresso da parte del fideiussore (che non costituirebbe una deroga a tale principio, in quanto il fatto genetico è rinvenibile nella fattispecie negoziale – precedente quindi al fallimento stesso – cui accede l'obbligazione di garanzia) e l'eccezione in merito all'insinuazione al passivo del credito ex [articolo 70](#), comma 2, L.F. discendente dal positivo accoglimento della domanda revocatoria (che si fonderebbe non già su un fatto genetico posteriore all'apertura della procedura concorsuale, quanto piuttosto sulla reviviscenza del credito originario il cui titolo genetico sarebbe, anche in tal caso, anteriore alla dichiarazione di fallimento).

Anche le “supposte” deroghe al principio di cristallizzazione del passivo prospettate in riferimento agli istituti regolati dalla L.F., articoli [72](#), [74](#) e [80](#), trarrebbero tutte fondamento nei titoli contrattuali anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Alla luce di ciò e di quanto sopra detto parrebbe provata la natura costitutiva dell'azione revocatoria, in quanto il presupposto giuridico dell'azione revocatoria (e della successiva la pretesa restitutoria) preesisterebbe al fallimento convenuto, in quanto l'atto contro il quale l'azione esperita, originariamente valido ed efficace, solo a seguito dell'accoglimento della revocatoria diviene privo di effetti giuridici.

Infatti, per un verso, la prosecuzione dell'azione revocatoria nei confronti del fallimento (già avviata prima della dichiarazione di fallimento) è legittima perché l'azione riguarda pretese già facenti parte del passivo del convenuto e, per altro verso e per converso, nella diversa ipotesi in cui l'azione revocatoria sia intrapresa dopo la dichiarazione di fallimento della parte convenuta, il curatore dell'attrice fa valere nei confronti della curatela convenuta pretese aggiuntive e ulteriori rispetto a quelle al momento della dichiarazione di fallimento²⁶.

Da ultimo, la rimettente chiede il ripensamento dell'approdo del 2018:

«soprattutto alla luce delle novità introdotte dal “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, la cui disciplina (sebbene, qui, non direttamente applicabile ratione temporis) viene qui richiamata a fini interpretativi e ricostruttivi, perchè, da un lato, la stessa fa ora parte integrante dell'ordinamento

²⁶ Così il § 4.1.3.1 della motivazione dell'ordinanza in commento, *cit.*

positivo (nonostante la lunga vacatio legis prevista) e perchè, dall'altro, segna un'evidente incrinatura nelle argomentazioni spese dalle Sezioni Unite nel precedente arresto»²⁷.

L'[articolo 290](#), comma 3 del Codice, infatti, dispone che:

"Il curatore della procedura di liquidazione giudiziaria aperta nei confronti delle altre società del gruppo può esercitare, nei confronti delle altre società del gruppo, l'azione revocatoria prevista dall'articolo 166, degli atti compiuti dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o, nei casi di cui all'articolo 166, comma 1, lettere a) e b), nei 2 anni anteriori al deposito della domanda o nell'anno anteriore, nei casi di cui all'articolo 166, comma 1, lettere c) e d)".

Tale novella²⁸ sarebbe portatrice di un'indubbia revisione "sistematica" dell'interpretazione della giurisprudenza maggioritaria, essendo la stessa applicabile a tutte le ipotesi di revocatoria nei confronti di altre procedure di liquidazione giudiziale, anche al di là dei ristretti e angusti limiti delle azioni esercitate "infragruppo"²⁹.

La soluzione delle Sezioni Unite, poi, lascerebbe insoddisfatti sia sul piano dogmatico sia sul piano pratico, in quanto si risolverebbe in un:

« diniego della tutela assicurata dalla legge al creditore – ovvero a un intero ceto creditorio, quando ad agire in revocatoria ordinaria sia un fallimento – per un evento che colpisce un terzo e arricchisce i creditori di quest'ultimo a suo danno».

A parere della Sezione:

«sostenere che il fallimento del terzo impedisce la possibilità di agire in revocatoria contro la procedura significa creare una fattispecie di irrevocabilità sopravvenuta dell'acquisto: il fallimento "ripulisce" l'acquisto che viene a sanarsi per una vicenda propria del terzo avente causa (magari provocata proprio dal debitore, società controllante che trasferisce il cespite e fa fallire la controllata)»³⁰.

Oltre a ciò, non sarebbe vero nemmeno l'assunto – fatto proprio dal Supremo Collegio – che la sentenza d'accoglimento dell'azione revocatoria limiti la sua retroattività alla data della domanda: la revoca colpisce l'atto fin dal suo compimento (il che, peraltro, spiegherebbe la riluttanza della dottrina classica a classificare la revocatoria codicistica quale azione costitutiva, preferendo discorrere di azione e sentenza "di accertamento").

²⁷ Così il § 4.2 della motivazione dell'ordinanza in commento, *cit.*

²⁸ Per mezzo della quale deve considerarsi, per la Rimettente, superato anche l'argomento letterale della "specialità" utilizzato dalle Sezioni Unite per minimizzare il riferimento di cui al D.Lgs. 270/1999, articolo 91, alla c.d. revocatoria aggravata alle sole procedure di amministrazione straordinaria.

²⁹ Così il § 4.2.1.1 della motivazione dell'ordinanza in commento, *cit.*, si veda anche quanto indicato al § 4.2.1.2

³⁰ Così il § 4.5.1 della motivazione dell'ordinanza in commento, *cit.*

Inoltre, la Sezione osserva che:

«il momento dichiarativo della revoca è stato sempre concepito come strettamente strumentale a un'azione intrinsecamente esecutiva e che ci sia uno spunto di ragione nell'opporre alla sua praticabilità il divieto di azioni esecutive individuali. D'altronde l'articolo 2929-bis, cod. civ., sta proprio a mostrare come una revocatoria possa presentarsi in veste di azione esecutiva non mediata da alcun preventivo accertamento, un'azione che rimette la ricognizione dei suoi presupposti a un momento successivo ed eventuale»³¹.

Peraltro, il debito restitutorio del soggetto, che la revoca ha subito, è debito di valore³² (gli interessi sulla somma da restituire maturano anche prima della proposizione della domanda giudiziale, se vi è stato atto di costituzione in mora³³). Quindi, l'azione dovrebbe essere ricondotta nell'alveo delle “azioni di accertamento con effetti costitutivi” (con le quali, chi le propone non chiede l'accertamento né di un diritto di credito, né di un diritto reale o personale di godimento; chiede, piuttosto, la ricostituzione della garanzia patrimoniale del proprio debitore). Ulteriormente, le Sezioni Unite hanno precisato che nessun problema sorge nell'ipotesi in cui la domanda di revocatoria sia stata trascritta anteriormente alla trascrizione della sentenza che ha aperto la liquidazione giudiziale e, in tale ipotesi, il Tribunale originariamente adito dall'attore resta competente a decidere l'inefficacia dell'atto (ferma la competenza a pronunciarsi sulla successiva domanda di pagamento o di restituzione, del Tribunale che ha dichiarato il fallimento del terzo acquirente). Tuttavia, non tutte le domande giudiziali sono trascrivibili, laddove tutti gli atti dispositivi (a prescindere dal loro oggetto) sono astrattamente revocabili: per i crediti e beni mobili – in relazione ai quali non è prevista la trascrizione della domanda giudiziale in pubblici registri (nemmeno nel Registro Imprese) – mancherebbe allora la possibilità di rendere opponibile al fallimento dell'acquirente la domanda revocatoria, con ogni dubbio in ordine tenuta del sistema per violazione degli articoli [3](#) e [24](#), Costituzione.

Le Sezioni Unite del 2020 – La fine dell'incertezza?

Le Sezioni Unite, con [sentenza n. 12476/2018](#)³⁴, hanno confermato, nonostante la peculiarità del caso³⁵, le conclusioni alle quali erano giunte nel 2018, cogliendo tuttavia l'opportunità di chiarire alcuni aspetti del precedente, al fine di epurarlo da possibili aporie di sistema.

³¹ Così il § 4.8 della motivazione dell'ordinanza in commento, *cit.*

³² Cassazione n. 1169/1973.

³³ Cassazione n. 14896/2009.

³⁴ Il testo completo è rinvenibile presso www.italgiure.giustizia.it.

³⁵ La domanda della curatela di Gamma è avanzata in sede di rivendica fallimentare, ex articolo 103, L.F..

Con riguardo all'argomento basato sulla prossima entrata in vigore del rivoluzionari [articolo 290](#) del Codice:

«il CCII è testo in generale non applicabile – per scelta del Legislatore – alle procedure (come quella in esame) aperte anteriormente alla sua entrata in vigore (articolo 390, comma 1, CCII), e la pretesa di rinvenire in esso norme destinate a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della Legge Fallimentare potrebbe essere ammessa se (e solo se) si potesse configurare – nello specifico segmento – un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro», il che, tuttavia, non è per ciò che attiene alla questione che rileva.

Quanto all'argomento basato sull'articolo 290 del Codice (già utilizzato nella precedente ordinanza di rimessione, per dar peso al richiamo al D.Lgs. 270/1999, [articolo 91](#)³⁶), ritengono le Sezioni Unite che, oltre al fatto che nella fattispecie in esame si discorreva di revocatoria ordinaria:

«è decisivo constatare che il D.Lgs. 270/1999, articolo 91, comunque non ottiene, in base al testo, di sostenere una linea di continuità con l'articolo 290 del Codice ... La norma concretizza un aggravamento di regime della revocatoria fallimentare correlato al periodo sospetto altrimenti stabilito nella L.F., articolo 67 Essa tuttavia non puntella minimamente l'eventuale esperibilità di un'azione revocatoria contro una società del gruppo già separatamente assoggettata a procedura», ma, in verità, «neppure l'articolo 290, comma 3³⁷, racchiude una traccia dell'esperibilità dell'azione contro una società già sottoposta a procedura di liquidazione giudiziale (secondo il novellato lessico del Legislatore di questa riforma)».

Solo l'articolo 290, comma 1 del Codice potrebbe evocare in qualche modo la tesi prospettata, ma tale norma non trova alcun omologo nella normativa vigente: può, invece, affermarsi che essa sia frutto della scelta legislativa – completamente nuova e derivante da un dettame espresso dalla Legge Delega – di disciplinare in modo specifico l'insolvenza del gruppo societario in sé considerato (la quale, quindi, non può essere utilmente richiamata col fine di fondare l'esegesi di inesistenti norme anteriori).

Quanto alle critiche basate su argomenti aventi a oggetto la natura ed effetti dell'azione revocatoria³⁸ nonché su una diversa lettura del “*principio di cristallizzazione del passivo fallimentare*”, la soluzione resa dalla [sentenza n. 30416/2018](#) – che, è bene sottolineare, qualificava l'azione come costitutiva – deve essere confermata: la natura costitutiva della sentenza che accoglie la revocatoria costituisce

³⁶ Unica norma evocabile nell'attuale regime della concorsualità, ma inconferente a causa della specialità del testo normativo citato rispetto alla L.F..

³⁷ Che pure prevede, in casi complementari, un ampliamento del periodo sospetto.

³⁸ Da rimodulare come azione di tipo dichiarativo e i cui effetti dovrebbero retroagire non alla data della domanda, ma all'atto alla data del suo compimento, e da porre volta a dichiarare l'inefficacia non solo degli atti dispositivi soggetti a trascrizione ma di qualsiasi atto che comporti una *deminutio* della garanzia patrimoniale del debitore.

espressione di un insegnamento sedimentato³⁹, basato sulla considerazione che si modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente (sia privando di effetti, nei confronti della massa fallimentare, atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia consentendo la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale e alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto).

La situazione giuridica vantata dalla massa non integra, quindi, un diritto di credito (alla restituzione della somma o dei beni) preesistente e autonomo dall'esercizio dell'azione, ma rappresenta un vero e proprio diritto potestativo all'esercizio dell'azione revocatoria, al punto che rispetto a esso non è configurabile l'interruzione della prescrizione a mezzo di semplice atto di costituzione in mora (arg. *ex articolo 2943*, cod. civ., u.c.).

L'inefficacia degli atti solutori, poi, consegue solo dalla sentenza che ne accerti i presupposti; mentre l'opposta prospettazione, che farebbe risalire la retrodatazione dell'inefficacia direttamente all'atto impugnato, non ha fondamento normativo o interpretativo.

La revocatoria ordinaria, in particolare, non costituisce presidio di tutela del contratto, né rientra (come invece la risoluzione) nel novero delle fattispecie di scioglimento dal vincolo negoziale, ma ha la funzione di ricostruire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore, che si prospetti compromessa dall'atto dispositivo. Quest'ultimo non viene travolto (né si verifica alcun effetto restitutorio o recuperatorio del bene al patrimonio del debitore), ma diviene solo inefficace e solamente nei confronti del singolo creditore-attore, al fine di consentirgli di aggredire successivamente il bene con l'esercizio di una separata azione esecutiva.

Le conclusioni non mutano a seconda dell'oggetto dell'azione (un atto dispositivo di beni determinati o un pagamento): il fondamento dell'azione, come anche il suo risultato, attiene a entrambe le eventualità, senza alcuna differenziazione.

Per cui:

- a) l'inefficacia dell'atto o del pagamento – non esistendo al momento del compimento alcuna condizione viziante – non è mai originaria, ma può solo (ricorrendone le condizioni) sopravvenire;
- b) la sopravvenienza è riconducibile all'accoglimento della revocatoria, che immuta *ex post* la situazione preesistente;
- c) la tesi dell'ordinanza interlocutoria richiederebbe di spiegare l'azione revocatoria ordinaria sul piano delle limitazioni del potere del debitore di disporre dei propri beni; con il che nuovamente scontrerebbe

³⁹ Orientamento che contempla ben 3 pronunce a: Cassazione n. 5443/1996, nonché Cassazione n. 437/2000 e infine Cassazione n. 30416/2018.

un insuperabile rilievo di artificiosità, visto che non esiste nel sistema alcuna fonte normativa in grado di sancire l'esistenza, quale conseguenza del debito, di un corrispondente obbligo di astensione dal compimento di atti dispositivi⁴⁰.

Quanto alle obiezioni in merito al principio di cristallizzazione, non si è tenuto conto del fatto che l'azione revocatoria è comunque funzionale all'esercizio dell'azione esecutiva (non mediante la reintegrazione del patrimonio del debitore, ma recuperando al patrimonio solo ciò che occorre alle ragioni dei creditori-attori pregiudicati dall'atto in frode).

Per tale motivo l'azione giova al creditore che l'abbia esercitata (e, nel caso di curatela, all'intera massa dei creditori ammessi) senza vulnerare l'esistenza e l'intrinseca validità dell'atto, che resta fermo. Il terzo acquirente del bene oggetto di revocatoria diviene, pertanto, "responsabile senza debito": pur continuando a mantenere inalterato il diritto di proprietà, resta esposto – dopo la sentenza – alle ragioni esecutive del creditore del dante causa (alla stregua dell'acquirente di un bene ipotecato o dato in pegno).

Il sopravvenire del fallimento dell'acquirente non rileva per cristallizzare il passivo, ma (all'opposto) per la necessità di cristallizzare l'attivo alla data del fallimento.

L'obiezione che la sentenza che accolga la revocatoria contro il fallimento dell'acquirente sia un atto successivo a tale fallimento, deve ritenersi irrilevante qualora la domanda sia stata trascritta antecedentemente al fallimento (in forza dell'efficacia prenotativa della stessa), in quanto conseguenza dal principio per cui la durata del processo non può pregiudicare chi ha ragione.

Quando invece la domanda è successiva al fallimento dell'acquirente, l'azione revocatoria, ove accolta, finirebbe per recuperare il bene che ne costituisce oggetto alla garanzia patrimoniale del solo creditore dell'alienante (o del di lui ceto creditorio) e quindi, specularmente, finirebbe per determinarne la sottrazione al concorso dei creditori dell'acquirente, sulla base di un titolo giudiziale formatosi dopo la sentenza dichiarativa del fallimento di costui e con efficacia postuma rispetto a essa (violando così il principio di cristallizzazione della massa concorsuale).

Il che spiega, alla luce del combinato disposto degli articoli [42](#), [44](#), [45](#), [51](#) e [52](#), L.F., perché è inammissibile ipotizzare l'azione costitutiva in tal ultimo caso.

Osservano, però, le sezioni rimettenti che l'impossibilità di proporre l'azione costitutiva in tali casi dipende dalla sopravvenuta anteriorità o posteriorità della dichiarazione di fallimento del terzo acquirente (evento occasionale ed estrinseco rispetto ai creditori dell'alienante), rispetto all'esercizio

⁴⁰ § IX dei motivi della decisione in commento, *cit.*

da parte dei creditori dell'alienante (o del curatore fallimentare) dell'azione revocatoria, secondo il relativo regime pubblicitario.

Per il Supremo Collegio, però, tale tentativo di rivoluzionare l'orientamento giurisprudenziale prevalente:

«sarebbe eccessivo rispetto alle esigenze di tutela dei creditori dell'alienante, e sarebbe egualmente dissolvante se si intendesse legittimare un'illimitata ingerenza nella gestione del patrimonio del terzo fallito, attesa la concorrenza degli altrettanto rilevanti principi cui è asservito il fallimento»⁴¹.

È, piuttosto, necessario selezionare il corretto punto di equilibrio.

Oggetto della domanda di revocatoria (ordinaria o fallimentare) non è il bene in sé, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità del bene a esecuzione; ne deriva che il bene dismesso con l'atto revocando viene in considerazione, rispetto all'interesse di quei creditori, soltanto per il suo valore. Sicché, qualora non sia possibile assoggettare il bene all'esecuzione perché lo stesso è stato alienato a terzi con atto opponibile ai creditori, il naturale sostitutivo è dato dalla reintegrazione dei creditori medesimi per l'equivalente pecuniario.

Anche in tale caso, infatti, l'interesse del creditore ad agire in revocatoria resta intatto e, quindi, non costituisce domanda nuova quella formulata in sede di precisazione delle conclusioni consistente nella condanna al pagamento dell'equivalente monetario (ciò sempre per il fatto che, il *petitum* della revocatoria è rappresentato dal recupero alla garanzia patrimoniale dei creditori del valore del bene che è uscito dal patrimonio del fallito).

Sicché, ritengono le Sezioni Unite:

«il fallimento del terzo acquirente, dichiarato dopo l'atto di alienazione, vale a dire dopo l'atto di frode determinativo della lesione della garanzia patrimoniale ma prima che l'azione revocatoria sia esercitata, impedisce solo l'esercizio dell'azione costitutiva, non anche invece l'esercizio di quell'azione restitutoria per equivalente parametrata al valore del bene sottratto alla garanzia patrimoniale»: pertanto, «così come accade ove prevenuta sia la rivendita con atto già trascritto, il fallimento dell'acquirente impedisce di recuperare il bene onde esercitare su questo l'azione esecutiva, non di insinuarsi al passivo di quel fallimento per il corrispondente controvalore», concorrendo sul ricavato della liquidazione dell'attivo fallimentare nel rispetto delle regole prescritte per l'accertamento del passivo⁴².

⁴¹ § XII dei motivi della decisione in commento, *cit.*

⁴² Quindi, con la possibilità che la pretesa creditoria sia soggetta a una verifica endoconcorsuale - con possibilità ex articolo 96, L.F. di contraddittorio con gli altri creditori controinteressati - il cui accertamento esaurisce la propria rilevanza nell'ambito della procedura fallimentare medesima.

Ma in futuro?

Le Sezioni Unite hanno comunque confermato che il quadro normativo di riferimento muterà radicalmente una volta che sarà entrato (finalmente⁴³) in vigore il Codice della crisi. C'è allora da chiedersi se le stesse dovranno (forse quasi sicuramente) pronunciarsi di nuovo sulle questioni qui trattate, al fine di acquisire giurisprudenzialmente il mutamento normativo (che, come indicato, si pone come soluzione di continuità con la L.F. ora in vigore), ritenendo per i casi futuri superate *ratione temporis* le statuizioni intervenute – da ultimo – in questo biennio.



PARERI E QUESITI

Il servizio di consulenza specialistica per i professionisti



Pareri e quesiti è un servizio di consulenza in area fiscale, societaria, contabile e giuslavoristica rivolto ai professionisti e agli amministratori di condominio.

L'obiettivo è quello di supportare il professionista nello svolgimento dell'attività in base ai diversi bisogni.

Euroconference mette a disposizione il Comitato Scientifico e i migliori esperti del settore al fine di garantire un utile ausilio nella corretta interpretazione della normativa e della prassi e nell'individuazione delle soluzioni migliori per le questioni più complesse e che richiedono un'accurata attività di ricerca e studio.

[ACCEDI AL SITO](#)

⁴³ Si ricorda che, a causa dell'emergenza COVID-19, il CCII entrerà in vigore il 21 settembre 2021, così come previsto da ultimo dal D.L. 23/2020, art. 9, conv. L. 5 giugno 2020, n. 40.

I piani concordatari ai tempi del Coronavirus

di Nicla Corvacchiola, dottore commercialista docente a contratto presso l'Università Carlo Cattaneo LIUC

Amedeo Di Pretoro – dottore commercialista

La nota pandemia da Covid-19 ha prodotto i suoi effetti anche in termini concorsuali laddove l'[articolo 9](#), comma 2, D.L. 23/2020 (Decreto Liquidità) ha previsto la possibilità di un maggior termine per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato preventivo alla luce dell'emergenza sanitaria. Il maggior termine può essere concesso al debitore se la procedura era già pendente alla data del 23 febbraio 2020 e la proposta non era già stata votata negativamente dai creditori. Analizzeremo in questo intervento gli effetti che gli interventi legislativi di urgenza emanati in materia hanno prodotto sulle procedure concorsuali di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione.

Una particolare attenzione si avrà per le sentenze, già emesse sul tema, da parte dei Tribunali minori.

Premessa

Gli effetti dell'emergenza sanitaria hanno imposto al Legislatore d'urgenza⁴⁴ di emanare particolari misure nel settore della giustizia civile e concorsuale.

L'attività giudiziaria ha subito un temporaneo forte congelamento inizialmente limitata alla c.d. "zona rossa" poi estesa a tutto il territorio nazionale al diffondersi della pandemia.

Per quel che qui ci interessa in materia di concordati preventivi e accordi di ristrutturazione il Decreto Liquidità ha introdotto alcune disposizioni a effetto dilatorio espressamente dedicate alla suddette procedure prevedendo che:

- i termini di adempimento dei concordati e degli accordi di ristrutturazione omologati aventi scadenza tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 sono prorogati di 6 mesi;
- nei procedimenti di omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020 il debitore può presentare, sino all'udienza fissata per l'omologazione, istanza al Tribunale per la concessione di un termine non superiore a 90 giorni per il

⁴⁴ Attraverso i D.L. 9/2020; n.18/2020 e n. 23/2020.

deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato o di nuovo accordo di ristrutturazione, termine decorrente dalla data del Decreto con cui il Tribunale assegna il termine non prorogabile; è previsto che l'istanza sia inammissibile se presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale è già stata tenuta l'adunanza dei creditori ma non sono state raggiunte le maggioranze previste dall'[articolo 177](#), L.F.;

- il debitore che intende modificare esclusivamente i termini di adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione⁴⁵ deposita fino all'udienza fissata per l'omologa una memoria contenente l'indicazione dei nuovi termini, depositando altresì la documentazione che comprova la necessità della richiesta; il Tribunale, dopo il parere del commissario giudiziale e, riscontrata la sussistenza dei presupposti di cui agli articoli [180](#) e [182-bis](#), L.F., procede all'omologa, dando espressamente atto delle nuove scadenze;

- il debitore che ha ottenuto, a seguito di presentazione di domanda di concordato preventivo con riserva, la concessione del termine di cui all'[articolo 161](#), comma 6, L.F., che sia stata già prorogata dal Tribunale, può, prima della scadenza, presentare istanza per la concessione di un'ulteriore proroga massimo di 90 giorni, anche nei casi in cui è stato depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento; l'istanza deve specificare le motivazioni che rendono necessaria la concessione della proroga con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza sanitaria e il Tribunale, dopo il parere del Commissario giudiziale, concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basi su concreti e giustificati motivi, disponendo gli obblighi informativi periodici di cui al comma 8, articolo 161, L.F.;

- analoga istanza, per la concessione di una proroga sino a 90 giorni, può essere presentata dal debitore che ha ottenuto la concessione del termine protettivo di cui all'articolo [182-bis](#), comma 7, L.F. nel corso delle trattative finalizzate all'accordo di ristrutturazione dei debiti; il Tribunale concede la proroga previa delibazione della sussistenza di concreti e giustificati motivi e della permanenza dei presupposti per raggiungere l'accordo.

Concludendo:

1. per i concordati e gli accordi già omologati, i termini per l'adempimento sono prorogati di diritto, senza necessità di alcuna delibazione giudiziale;
2. per le procedure pendenti tra la fase di ammissione e quella dell'omologa, la richiesta di proroga per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato o di accordi di ristrutturazione è soggetta alla presentazione di una istanza ed è inammissibile solo nel caso in cui si sia già svolta

⁴⁵ Termine di differimento che non può essere superiore di 6 mesi rispetto alle scadenze originarie.

l'adunanza dei creditori, con esito negativo; se intesa a modificare unicamente i termini di adempimento deve essere accompagnata dalla documentazione che ne comprova la necessità;

3. per i concordati c.d. "in bianco", l'istanza di proroga deve fare specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza sanitaria.

Oggi, si può affermare che, esaurita la fase di sospensione, i Tribunali si trovano di fronte a un ingente mole di richieste di differimento con l'ulteriore compito di valutare i reali effetti dell'emergenza sanitaria sulla crisi delle società e la presentazione dei nuovi piani.

I rapporti informativi

I maggiori termini concessi⁴⁶ a seguito dell'emergenza sanitaria nelle procedure di concordato preventivo hanno interessato anche le scadenze fissate per i rapporti informativi previsti dall'[articolo 161](#), comma 8, L.F..

Le posizioni assunte a riguardo non sono state unanimi e ogni Tribunale ha assunto una propria posizione.

Alcuni hanno ritenuto⁴⁷ che, in una situazione di sostanziale paralisi dell'attività d'impresa⁴⁸ e di sospensione della libertà di movimento delle persone, la richiesta di informazioni si rilevarebbe da un lato sostanzialmente superflua, non essendovi nulla di rilievo da riferire, e di inutile aggravio per soggetti economici già colpiti in stato di crisi.

Diversamente alcuni hanno sostenuto che l'esclusione di tali termini dalla sospensione è da individuarsi, sotto un profilo formale, sull'affermazione della natura non processuale delle relazioni informative e in termini più concreti, sulla necessità per il giudice di non perdere ogni controllo delle imprese in un periodo molto delicato sia a livello sanitario sia economico. Le relazioni presentate nel periodo emergenziale sono sicuramente state rimodulate sia nel contenuto sia nella forma di comunicazione vista l'impossibilità per alcune imprese di operare nel periodo di "lockdown" e, soprattutto, per l'impossibilità di circolazione delle persone che non ha permesso di avvalersi di professionisti e consulenti.

Concordati preventivi e ADR già omologati

Andiamo ora ad analizzare come l'emergenza sanitaria ha inciso sull'adempimento di una proposta o di un accordo già in precedenza omologato sulla scorta di aspettative e previsioni che la crisi sanitaria e

⁴⁶ D.L. 18/2020 e ulteriormente prorogati dal D.L. 23/2020 (Decreto Liquidità).

⁴⁷ Tesi a cui ci si associa.

⁴⁸ Aggravata dall'emergenza sanitaria.

il blocco di molteplici attività economiche può aver procurato, rendendo impossibili gli adempimenti programmati verso i creditori concorsuali o, quantomeno, ottenendo un allungamento dei tempi per far fronte alle obbligazioni assunte con la proposta o l'accordo stesso.

È stato previsto che i termini di adempimento di concordati e ADR già omologati, la cui scadenza era compresa nel periodo dal 23 febbraio al 31 dicembre 2020, fruiscano di una proroga di 6 mesi⁴⁹. La scelta adottata dal Legislatore è stata quella di intervenire sulla fase esecutiva in scadenza nel periodo maggiormente interessato dalla crisi sanitaria, offrendo uno *spatium temporis* in più per poter arrivare all'adempimento completo delle obbligazioni assunte nei confronti del ceto creditorio. In primo luogo, in termini generali, va detto che tutti i concordati e gli ADR omologati e in fase esecutiva hanno subito gli effetti negativi della pandemia in termini non solo di rallentamento delle operazioni previste ma, soprattutto, di revisione al ribasso delle previsioni poste a base del piano originariamente stabilito. Non sembra quindi così peregrino ritenere che un allungamento *ope legis* dei termini di adempimento di tutte le proposte o accordi già omologati di 6 mesi sarebbe stato eccessivo, potendo ciò consentire margini di adattamento ulteriori al fine di scongiurare inadempimenti. In secondo luogo, la modifica introdotta sembra postulare la immodificabilità del piano o della proposta, quando invece la crisi potrebbe determinare non semplicemente un rallentamento nella realizzazione dei risultati previsti dall'attività esecutiva, bensì, la necessità di apportare modifiche al piano per la definitiva impossibilità di perseguirne un adempimento pedissequo. Ciò potrebbe risultare tanto più necessario a fronte di un orientamento giurisprudenziale, pressoché granitico, che ritiene che l'inadempimento utile a provocare la risoluzione del concordato preventivo, ex [articolo 186](#), L.F., prescinda del tutto dall'imputabilità o dalla colpevolezza, operando in termini per così dire obiettivi.

Procedimenti di concordato preventivo non ancora omologati

In questo caso la disciplina introdotta dal Decreto Liquidità prevede sostanzialmente 2 possibilità per i procedimenti che siano pendenti alla data del 23 febbraio 2020 e che non siano stati ancora omologati:

- da un lato il debitore può, sino all'udienza di omologazione, presentare una istanza al fine di ottenere dal Tribunale un termine non superiore a 90 giorni entro il quale presentare un nuovo piano e una nuova proposta di concordato preventivo, ovvero un nuovo accordo di ristrutturazione; laddove il nuovo piano presenti delle modifiche sostanziali rispetto a quello iniziale sarà necessaria una nuova

⁴⁹ L'articolo 9, D.L. 23/2020 ha previsto una proroga di 6 mesi dei termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione già omologati e che hanno scadenza tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021, ma non parla dei concordati fallimentari. Inoltre, l'articolo 10 dello stesso D.L. prevede che tutti i ricorsi depositati tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020 ai sensi dell'articolo 15, L.F., sono improcedibili, per cui neanche questa norma è applicabile nell'ottica della eventuale riapertura del fallimento che, appunto, non è una nuova dichiarazione di fallimento.

attestazione, secondo quanto previsto dall'[articolo 161](#), comma 3, L.F. e che, qualora la precedente proposta fosse già andata al voto, si determinerà un regresso della procedura, con la necessità di ripetere la fase delle votazioni sulla nuova proposta mai sottoposta al gradimento dei creditori. Competente a pronunciarsi sulla nuova istanza del debitore, dal tenore letterale della norma è il collegio; l'[articolo 9](#), comma 2, D.L. 23/2020 poi dispone che la decorrenza del termine operi dalla data del provvedimento (e non dalla sua comunicazione) e che lo stesso non sia ulteriormente prorogabile; infine, allo scopo di evitare contegni abusivi o dilatori, si prevede che l'istanza di assegnazione del termine sia inammissibile se nel procedimento si è già svolta l'adunanza dei creditori e non sono state raggiunte le maggioranze richieste per l'approvazione della proposta: tale affermazione, unita alla circostanza che l'udienza ex [articolo 174](#), L.F. si conclude usualmente con l'assegnazione del termine di 20 giorni di cui all'[articolo 178](#), L.F. per esprimere il voto, porta a ritenere – volendo con ciò comunque privilegiare un *favor debitoris* che la norma sottende – che i voti negativi sopravvenuti non rendano inammissibile l'istanza già depositata; in altri termini, la norma vuole scongiurare il caso in cui il debitore – avvedutosi della votazione contraria dei creditori – sfrutti l'emergenza Covid-19 per avventurarsi in modifiche del piano, ma non significa che ove l'eccezionalità della situazione rendesse necessarie dette modifiche ed egli immediatamente depositi l'istanza di richiesta del termine per procedere, un eventuale ritardo del Tribunale nel provvedere possa concorrere a rendere inammissibile l'istanza già depositata;

- può accadere, invece, che l'emergenza sanitaria non sia tale da imporre modifiche del piano o dell'accordo, ma renda necessario un differimento dei termini per l'adempimento del concordato preventivo o dell'accordo; anche in questo caso lo sbarramento temporale per il debitore è dato dall'udienza fissata per l'omologa, ma il ricorrente deve depositare una memoria illustrativa e i documenti che giustificano la necessità di modificare i termini; con la precisazione che la modifica può riguardare un differimento di massimo 6 mesi. Competente a provvedere è ancora il Tribunale, in composizione collegiale, direttamente nello stesso provvedimento con cui omologa il concordato o l'accordo. La norma afferma testualmente che nel procedimento di omologa del concordato preventivo il Tribunale acquisisce il parere del Commissario giudiziale, ma non sembra escludersi che tale facoltà possa esercitare anche in sede di omologa dell'ADR, ricorrendo ad esempio a sommarie informazioni da un professionista all'uopo nominato o, più frequentemente, sentendo quello stesso Commissario che era stato nominato, nei non pochi casi in cui il ricorso per l'omologa dell'accordo, ex [articolo 182-bis](#), L.F., abbia fatto seguito a una fase di concordato prenotativo.

Concordato in bianco o prenotativo

Il comma 4, [articolo 9](#) del Decreto Liquidità in tema di concordato prenotativo c.d. “in bianco” dà la possibilità al debitore che avesse ottenuto la concessione dei termini di cui all'[articolo 161](#), comma 6, L.F. e una successiva proroga, di poter richiedere, prima della scadenza, una ulteriore proroga eccezionale, sino a 90 giorni, persino nei casi in cui penda un ricorso per la dichiarazione di fallimento (in tal caso sterilizzando di fatto l'operatività dell'articolo 161, ultimo comma, L.F.). La concessione del termine non è un atto dovuto: il ricorrente deve infatti indicare gli elementi che rendono necessaria questa proroga ulteriore con *“specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologia Covid-19”*; a quel punto il Tribunale (ancora una volta in composizione collegiale) acquisisce il parere del Commissario giudiziale se nominato e, quindi, concede la proroga, di non più di 90 giorni, se la stessa si basa su concreti e giustificati motivi. Durante il termine così ulteriormente prorogato continuano ad applicarsi i doveri di vigilanza del Commissario, nonché gli obblighi di informativa e di necessaria autorizzazione per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione del debitore, in quanto la norma rinvia espressamente all'articolo 161, commi 7 e 8, L.F..

La disposizione in esame introduce, quindi, una proroga eccezionale e ulteriore, tale da poter motivatamente superare i termini originari e già prorogati previsti dall'articolo 161, commi 6 e 10, L.F., qualora le esigenze siano specificamente connesse a fatti derivanti dall'epidemia sanitaria. Non vi è infatti motivo per dubitare che fra i termini per il compimento di *“qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali”* di cui è eco al comma 2, [articolo 83](#), L.F. non rientri anche il termine ex articolo 161, comma 6, L.F., concesso per il deposito della proposta e del piano di concordato preventivo, ovvero dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Pertanto, l'eventuale decorso di un termine già assegnato ex articolo 161, comma 6, L.F. e non interamente spirato prima della fase emergenziale dovrà intendersi sospeso; il decorso dello stesso riprenderà a partire dal 12 maggio (alla luce della nuova norma che sta per entrare in vigore). Ci si potrebbe chiedere se tale regola valga anche nell'ipotesi in cui sia contemporaneamente pendente una istanza di fallimento. È noto, infatti, che secondo l'indirizzo maggioritario, in forza della riunione necessaria che avvince la procedura concordataria a quella prefallimentare riguardante la medesima impresa, l'urgenza della seconda (che giustifica l'inapplicabilità della sospensione feriale ex L. 742/1969) si comunicherebbe alla prima, facendo sì che al termine per il deposito della proposta di concordato “piena” non si applichi la sospensione “estiva”. Ma l'opinione maggioritaria ritiene che la sospensione dei termini “da Coronavirus” sia speciale e più stringente di quella legata al ricorrente periodo festivo, sicché deve ritenersi che anche in tal caso il termine di cui all'articolo 161, comma 6,

L.F. debba ritenersi sospeso fra il 9 marzo e l'11 maggio, salva, naturalmente, una possibile purché giustificata dichiarazione d'urgenza.

Si discute, invece, se la sospensione dei termini vada a ricomprendere pure gli obblighi informativi e di rendicontazione periodica gravanti sul debitore. Accanto a chi ha ritenuto, in presenza della sospensione feriale dei termini, che la stessa operi anche su tali adempimenti informativi, sussiste un orientamento che ritiene che tali adempimenti abbiano natura sostanziale e non processuale. Tale natura può ravvisarsi nella disposizione dell'[articolo 9](#), comma 4, Decreto Liquidità che fa comunque salva l'applicabilità di quanto previsto dall'[articolo 161](#), commi 7 e 8, L.F. e, quindi, anche i doveri informativi ivi disciplinati. Si tratterà, però, di interpretare in modo non eccessivamente formalistico la perdurante vigenza di detti oneri, considerate le limitazioni agli spostamenti che i provvedimenti in tema di emergenza sanitaria hanno previsto, ivi compresa la chiusura al pubblico, e spesso totale, di molte attività economiche o professionali sull'intero territorio nazionale che, di fatto, hanno impedito al debitore di acquisire tutta la documentazione da allegare alla relazione periodica o di compiere qualche adempimento dovuto. Si dovrà, perciò, non applicare in modo meccanicistico la regola della possibile apertura del procedimento di revoca di fronte a violazioni puramente formali, nel caso in cui si manifesti una situazione di vera emergenza incolpevole o sopravvengano dati normativi che possano favorire il debitore colpito dalla crisi originata dall'epidemia; solo in tal modo si potrà proseguire nell'attività di predisposizione di una proposta concorsuale alternativa al fallimento.

Da notare che l'ultimo comma della nuova disposizione estende la possibilità di richiedere questa proroga urgente anche al debitore che ha ottenuto la concessione del termine di cui all'[articolo 182-bis](#), comma 7, L.F..

Orientamenti giurisprudenziali

Alcuni Tribunali di merito si sono espressi in tema di concordato preventivo e sui nuovi termini per il deposito di un nuovo piano o di una nuova proposta.

Andiamo ad analizzare le varie sentenze che qui ci interessano.

Il Tribunale di Pescara⁵⁰ considerato che l'articolo 9, comma 2, D.L. 23/2020 prevede che:

“Nei procedimenti per l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020 il debitore può presentare, sino all'udienza fissata per l'omologa, istanza al Tribunale per la concessione di un termine non superiore a 90 giorni per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato ai sensi dell'articolo 161, L.F. o di

⁵⁰ Decreto 12 maggio 2020 – Pres. Capezzeri.

un nuovo accordo di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-bis, L.F.. Il termine decorre dalla data del Decreto con cui il Tribunale assegna il termine e non è prorogabile” si è espresso in maniera favorevole all'applicazione della sospensione feriale al termine “attesa la natura eccezionale della deroga al generale principio della sospensione feriale dei termini processuali posta dall'articolo 36-bis, L.F. (principio ribadito da Cassazione n. 2706/2009 che ne ha limitato la portata ai soli termini processuali inerenti ai procedimenti di cui agli articoli 26 e 36, L.F.) e che, in ogni caso, il termine debba decorrere dalla data del presente provvedimento”.

Inoltre, il Tribunale ha ribadito il rispetto degli obblighi informativi: “nelle more del decorso del termine indicato” disponendo che ogni 30 giorni venga depositato:

“a) prospetto aggiornato (che la cancelleria dovrà provvedere a pubblicare sul Registro Imprese entro il giorno successivo al deposito) con riferimento al 30 del mese precedente, delle operazioni attive e passive effettuate e degli oneri finanziari maturati nel periodo; con specifica attestazione che i pagamenti effettuati si riferiscono esclusivamente a obbligazioni assunte dopo la presentazione della domanda; b) relazione accompagnatoria sintetica che renda conto circa l'impatto che la situazione emergenziale sta avendo sulla sua specifica attività; che evidenzi le finalità attuate con gli atti compiuti, nonché le ragioni gestorie e finanziarie che consentano di qualificare detti atti come di ordinaria amministrazione e pertinenti all'esercizio dell'impresa; che illustri lo stato di predisposizione della proposta definitiva indicando tempi e modi degli specifici adempimenti compiuti”.

Il Tribunale di Pistoia⁵¹ ha ritenuto che il termine previsto dall'[articolo 9](#), comma 2, D.L. 23/2020, per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato preventivo, può essere concesso al debitore se la procedura era già pendente alla data del 23 febbraio 2020 e la proposta originaria non sia stata già votata negativamente dai creditori; detto termine può, dunque, essere concesso prima dell'adunanza dei creditori, dopo l'adunanza dei creditori se la proposta sia stata approvata e nelle more del giudizio di omologazione così argomentando:

“... di una procedura di concordato preventivo nella quale non sia stata già registrata la votazione negativa dei creditori sulla originaria proposta e di un nuovo piano è, quindi, a disposizione del debitore allorquando il procedimento sia pendente in qualsiasi altra sua fase e, cioè, prima dell'adunanza; dopo l'adunanza ma con votazione approvativa e l'inizio del giudizio di omologazione; nelle more di quest'ultimo giudizio”.

Allorquando al debitore è concesso il termine per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta

⁵¹ Sentenza 5 maggio 2020 – Pres. Curci.

di concordato preventivo, la procedura concorsuale regredisce alla fase dell'ammissione e il medesimo debitore è, quindi, tenuto a depositare la documentazione prescritta dall'[articolo 161](#), commi 2 e 3, L.F. nonché ad assolvere agli obblighi informativi periodici stabiliti *ex novo* dal Tribunale ai sensi dell'articolo 161, comma 8, L.F. precisando che:

“nell’assolvimento degli obblighi formativi di cui sopra la proponente dovrà rendere conto non solo delle iniziative concretamente assunte ma anche della evoluzione dei fatti sopravvenuti connessi all’emergenza epidemiologica, onde consentire al commissario giudiziale di esercitare compiutamente le proprie funzioni di vigilanza”.

Lo stesso Tribunale in tema di sospensione feriale dei termini ha chiarito che il termine per il deposito di un nuovo piano o di una nuova proposta di concordato non è soggetto alla sospensione feriale dei termini processuali in ragione della natura eccezionale e intrinsecamente temporanea della misura adottata con il Decreto Liquidità.

Il Tribunale di Novara con una circolare dell'ufficio di presidenza del 14 aprile 2020 negli stessi termini del Tribunale di Pistoia precisava che: risulta incerto il momento a far data dal quale possa essere chiesto il termine *ex* [articolo 9](#), comma 2, D.L. 23/2020: potendo esso dipendere dal decreto di ammissione alla procedura (che ne sancisce la pendenza) ovvero dalla data della adunanza dei creditori tenutasi con esito favorevole (che elimina la preclusione stabilita dalla norma eccezionale). Ricorrendone i presupposti di Legge il Tribunale è obbligato a concedere il maggior termine⁵² richiesto per il deposito di una nuova proposta di concordato o un nuovo piano corredato di una nuova attestazione⁵³.

Il Tribunale di Novara ritiene ammissibile anche delle semplici modifiche oltre la data fissata per l'adunanza dei creditori e comunque fino alla data fissata per l'udienza di omologa.

La dottrina concorde sull'eccezionalità della disposizione normativa conferma l'obbligo per il Tribunale di concedere il termine *ex* articolo 9, comma 2, D.L. 23/2020 affermando l'improrogabilità dello stesso e conviene anche sulla necessità di una ulteriore fase per l'espressione di un nuovo consenso sulla nuova proposta.

In tema di obblighi informativi è intervenuto anche il Tribunale di Rimini⁵⁴ che ha precisato che i termini per l'adempimento degli obblighi informativi periodici fissati dal Tribunale, a seguito del deposito della

⁵² Termine non più prorogabile.

⁵³ In tal caso il giudice deve effettuare un nuovo giudizio di ammissibilità e deve disporre una nuova votazione dei creditori.

⁵⁴ Sentenza 9 aprile 2020 Pres. Miconi.

domanda di concordato preventivo ex [articolo 161](#), comma 6, L.F., non sono soggetti alla sospensione di cui all'[articolo 83](#), comma 2, D.L. 18/2020, non avendo detti termini natura processuale⁵⁵.

Secondo il Tribunale la sospensione riguarda, infatti, i soli termini processuali e tali non sono quelli fissati dal giudice a norma dell'articolo 161, comma 8, L.F..

Il Tribunale di Bolzano⁵⁶ in conformità al proprio orientamento che ritiene di natura sostanziale e non processuale i termini di cui all'articolo 161, comma 6, L.F., esclude la assoggettabilità alla sospensione emergenziale dei termini per il deposito delle relazioni periodiche, precisando che esse hanno lo scopo di consentire al commissario giudiziale e al Tribunale l'effettivo controllo sull'andamento della procedura concordataria e il rispetto di tutte le norme e dei principi che la regolano, anche se il loro mancato rispetto non comporterà l'inammissibilità della proposta da parte del collegio, ma dell'inadempimento si terrà conto nel corso della procedura.

Il Tribunale di Milano⁵⁷ dopo un primo provvedimento con cui riteneva che i termini informativi periodici fossero soggetti alla sospensione prevista dall'emergenza sanitaria ha poi mutato orientamento, rilevandone l'urgenza e constatando che, nella prassi, l'adempimento di tali obblighi informativi è risultato possibile anche nei momenti più difficili dell'emergenza sanitaria seppur con minore analiticità rispetto allo *standard* richiesto.

Il Tribunale ha inteso così ribadire la indispensabile necessità di evasione urgente, alle scadenze originariamente stabilite dal Tribunale, dell'obbligo di informativa periodica, con disponibilità alla concessione di termini di integrazione se le notizie dovessero apparire troppo sintetiche o lacunose.

Sul punto si erano espressi anche altri Tribunali⁵⁸ affermando la normale decorrenza di tali termini senza particolari motivazioni.

Già in precedenza la giurisprudenza di merito si era espressa, con riguardo alle informative periodiche⁵⁹, per escluderne la loro assoggettabilità alla sospensione feriale, rilevando come gli stessi non siano preordinati al compimento di attività procedimentali. Il loro rispetto rientra nelle attività ordinarie del debitore e non richiede l'assistenza di professionisti.

Il Tribunale di Prato⁶⁰ si è espresso diversamente affermando che anche gli obblighi informativi siano sospesi in considerazione del tenore letterale dell'articolo 83, comma 2, D.L. 23/2020 che, nel secondo periodo stabilisce la sospensione di tutti i termini procedurali.

⁵⁵ In conformità alle altre decisioni di merito, assunte anche sotto forma di circolari e/o linee guida.

⁵⁶ Circolare 9 aprile 2020.

⁵⁷ 19 marzo 2020.

⁵⁸ Tribunale di Siena 15 aprile 2020, Tribunale di Forlì 26 marzo 2020, Tribunale di Siracusa circolare 25 marzo 2020.

⁵⁹ Vengono redatti al fine di assicurare una continua vigilanza del Tribunale e dei creditori sull'attività d'impresa.

⁶⁰ Disposizione 14 aprile 2020.

In dottrina⁶¹ alcuni condividono la inoperatività della sospensione straordinaria per i termini di cui all'[articolo 161](#), comma 8, L.F., sia in ragione della natura non processuale dei termini per l'adempimento degli obblighi informativi sia in considerazione del fatto che l'[articolo 9](#), comma 4, D.L. 23/2020 ammettendo la proroga ulteriore per il deposito del piano e della proposta, a causa dell'emergenza sanitaria, sancisce comunque l'applicabilità dell'articolo 161, commi 7 e 8, L.F. e, quindi, anche i doveri informativi ivi disciplinati.

Resta inteso che l'obbligo informativo non deve risolversi in un pesante fardello per il debitore che comunque deve tenere conto delle difficoltà operative del periodo emergenziale e di conseguenza modulare gli obblighi informativi senza l'ossessione, di fronte a errori puramente formali dovuti a una situazione di emergenza incolpevole, di un eventuale apertura di una procedura di revoca.

Alcuni⁶² invece propendono anche per la sospensione dei termini informativi, in ragione della *ratio* e della specialità della normativa emergenziale che sospende il decorso di tutti i termini delle procedure concorsuali, siano essi processuali o sostanziali.


Euroconference
Editoria

! « **NUOVA USCITA** »
MAGGIO 2020 »

IL BILANCIO E LA DICHIARAZIONE DEI REDDITI DELLE IMPRESE IN CRISI



Il presente volume affronta, in modo approfondito e sistematico, ma con taglio operativo, le complesse problematiche contabili e fiscali che si presentano nella redazione del bilancio delle imprese in crisi e di quelle in liquidazione. L'attenzione è principalmente riservata ai soggetti che adottano i principi contabili nazionali dell'OIC, ma diversi aspetti sono affrontati anche nell'ottica dei principi contabili internazionali IAS/IFRS.

Autore: Fabio Giommoni

Prezzo € 50,00

ACQUISTA ORA

⁶¹ Il fallimento n.6/2020 pag. 865 – Wolters Kluwer.

⁶² R. Brogi, "Diritto emergenziale della crisi di impresa all'epoca del covid-19", in osservatorio - oci.org, 4-2020.

Crisi e risanamento n. 41/2020

Fallimento dell'appaltatore di opera pubblica e trattamento del credito vantato dal subappaltatore

di Maurizio Orlando – avvocato e curatore fallimentare del foro di Milano

Con la [sentenza n. 5685/2020](#) le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale inerente la qualità del credito vantato dal subappaltatore verso l'appaltatore, fallito, di opera pubblica.

La norma

Antecedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016), l'[articolo 118](#), comma 3, D.Lgs. 163/2006 (vecchio Codice degli appalti) prevedeva che:

“Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento.”

E, a partire dal 24 dicembre 2013 (in forza del D.L. 145/2013, [articolo 13](#), comma 10, lettere a) e b), convertito con modificazioni dalla L. 9/2014), al predetto comma 3 venne aggiunto il seguente periodo:

“Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a

norma dell'[articolo 93 del regolamento di cui al D.P.R. 207/2010](#), nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite”.

Detta norma - applicabile *ratione temporis* alla vicenda decisa dalla Suprema Corte con la [sentenza n. 5685/2020](#) - consentiva quindi alla stazione appaltante di inserire nel bando di gara:

- il pagamento diretto del subappaltatore in caso di crisi dell'appaltatore; o, in alternativa,
- l'obbligo dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante le fatture quietanzate relative ai pagamenti effettuati in favore del subappaltatore, pena la sospensione dei pagamenti successivi in favore dell'appaltatore.

A partire dal 19 aprile 2016, con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti del 2016 (D.Lgs. 50/2016), il Legislatore, all'[articolo 105](#), comma 13, ha stabilito che il pagamento diretto da parte della stazione appaltante al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori debba essere eseguito:

- quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Il caso

La vicenda esaminata e decisa dalla Suprema Corte con la menzionata sentenza n. 5685/2020 trae origine dal provvedimento con il quale il giudice delegato (del Tribunale di Bergamo) al Fallimento Alfa Srl ammetteva al passivo i crediti vantati dalla ricorrente Beta Spa - subappaltatrice di lavori pubblici commissionati ad Alfa Srl *in bonis* dal Consorzio Gamma - in via chirografaria, rigettando la richiesta di ammissione in prededuzione.

Beta Spa ricorreva ai sensi degli articoli [98](#) e [99](#), L.F. avverso il provvedimento di ammissione di cui sopra, deducendo che la mancata trasmissione delle fatture quietanzate alla stazione appaltante, come previsto dall'[articolo 118](#), D.Lgs. 163/2006, aveva comportato la sospensione dei pagamenti dovuti dalla stessa stazione appaltante al Fallimento Alfa; cosicché, a parere di Beta, l'ammissione in prededuzione del proprio credito avrebbe consentito non solo il pagamento in suo favore, ma, soprattutto, lo sblocco dei pagamenti da parte della stazione appaltante in favore della procedura. Di conseguenza, l'ammissione in prededuzione del credito di Beta Spa sarebbe andata a vantaggio della Massa dei Creditori del Fallimento Alfa Srl.

Il Tribunale di Bergamo rigettava l'opposizione di Beta in virtù delle seguenti considerazioni:

1. il fallimento provoca automaticamente il venire meno del vincolo negoziale, determinando, altresì, l'inapplicabilità dell'[articolo 118](#), D.Lgs. 163/2006 e, ciò, anche in considerazione del fatto che le modifiche introdotte dal D.L. 145/2013, convertito in L. 9/2014, lascerebbero intendere che il presupposto dell'articolo 118, D.Lgs. 163/2006 sia la vigenza del contratto di appalto tra la stazione appaltante e l'appaltatore;

2. in ogni caso, in merito a quanto asserito da Beta in relazione alla presunta funzionalità agli interessi della massa, l'ammissione del credito in prededuzione non comporterebbe il pagamento immediato del titolare di detto credito, stante l'obbligo, per quanto previsto dall'[articolo 111](#), L.F., di disporre il soddisfacimento dei crediti concorsuali (anche di quelli prededucibili) solo a seguito di apposito riparto ex [articolo 113](#), L.F..

Beta proponeva ricorso per cassazione, ribadendo quanto sostenuto in sede di opposizione ex articoli [98](#) e [99](#), L.F..

Il Collegio della sezione civile, rilevato un contrasto all'interno della sezione, rimetteva all'esame delle Sezioni Unite la questione riguardante le modalità di ammissione del credito vantato dal subappaltatore nei confronti dell'appaltatore fallito nel caso specifico in cui sussista, altresì, un credito residuo dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante e quest'ultima abbia opposto la condizione di esigibilità di cui all'articolo 118 del (vecchio) Codice degli Appalti del 2006; e, cioè, al fine di stabilire se il curatore, ai fini dell'incremento dell'attivo fallimentare, debba ammettere al passivo in prededuzione – e pagare – il credito vantato dal subappaltatore o se il fallimento faccia venire meno il vincolo contrattuale tra stazione appaltante e appaltatore fallito, con conseguente inopponibilità della condizione di inesigibilità prevista dal menzionato articolo 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006.

Il contrasto giurisprudenziale: Cassazione n. 3402/2012 e n. 33350/2018

L'articolo 118, comma 3, del Codice del 2006 consentiva quindi alla stazione appaltante di inserire nel bando di gara, in alternativa al pagamento diretto in favore del subappaltatore rimasto insoddisfatto, l'obbligo dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante le fatture quietanzate dei pagamenti effettuati dall'appaltatore; cosicché, in caso di mancata trasmissione delle predette fatture quietanzate, la stazione appaltante sospendeva i pagamenti in favore dell'appaltatore.

In un primo momento, a partire dalla sentenza n. 3402/2012, la giurisprudenza della Suprema Corte era propensa a riconoscere la prededuzione al credito del subappaltatore, ritenendo che fosse l'unico modo per sbloccare i pagamenti dovuti dalla stazione appaltante al Fallimento e, quindi, per incrementare l'attivo fallimentare nell'interesse dell'intera massa dei creditori.

Secondo l'orientamento del 2012, la condizione di esigibilità configurata dall'[articolo 118](#), comma 3, D.Lgs. 163/2006 manterrebbe la propria efficacia anche in caso di fallimento dell'appaltatore e sarebbe quindi opponibile alla curatela. In tale ottica, il pagamento del subappaltatore costituirebbe il passaggio necessario e ineludibile per il pagamento del credito residuo spettante all'appaltatore fallito e la prededuzione in favore del subappaltatore costituirebbe lo strumento per il soddisfacimento del credito del subappaltatore e, di riflesso, anche del credito dell'appaltatore fallito. Il meccanismo delineato dall'articolo 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 conferirebbe quindi al credito del subappaltatore quel carattere di funzionalità richiesto ai fini del riconoscimento della prededucibilità ai sensi dell'[articolo 111](#), L.F.. Nello specifico, il principio enunciato dalla sentenza in parola è il seguente:

“Ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall'articolo 111, L.F., va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo soddisfacitorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'Amministrazione fallimentare e influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio. (Nella specie, è stato ammesso in prededuzione il credito, sorto in periodo anteriore al fallimento, relativo al corrispettivo di un subappalto concluso con il gruppo della società fallita, cui le opere erano state appaltate da un ente pubblico, sussistendo il nesso di strumentalità tra il pagamento del credito del subappaltatore, da eseguire con detta preferenza e seppur a seguito di riparto, e la soddisfazione del credito della fallita, tenuto conto che il pagamento di quest'ultimo risulta sospeso, ai sensi dell'articolo 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006, da parte della stazione appaltante, e invece può essere adempiuto se consti il pagamento al predetto subappaltatore)”.

La giurisprudenza successiva della Corte si è quindi conformata a detto orientamento, precisando (con la [sentenza n. 3003/2016](#)) che il principio sopra espresso:

“non va inteso ... nel senso che un tal credito vada ammesso, sempre e comunque, in prededuzione (finendo per dar luogo a una sorta di innominato privilegio) e ciò anche se la massa dei creditori non tragga alcuna concreta soddisfazione dall'esecuzione di quel pagamento (per il minor o nullo o incerto introito che a quel punto consegua). Al contrario, l'ammissione del credito del subappaltatore al passivo fallimentare in prededuzione potrà trovare riscontro solo se e in quanto esso comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro e indubbio vantaggio conseguente al pagamento del committente – P.A., il quale

subordini il suo pagamento di una maggiore somma alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito, ai sensi del D.Lgs. 163/2006, articolo 118, comma 3”.

Ciò sino alle ordinanze [n. 15479/2017](#) e [n. 19615/2017](#) che, pur aderendo al principio sancito dalla sentenza del 2012, contengono un *obiter dictum* che, di fatto, rimette in discussione quello stesso principio:

“il riconoscimento di una particolare tutela alle imprese subappaltatrici in appalti pubblici è indiscusso, ma attiene al loro rapporto con le imprese appaltatrici, non può incidere sugli interessi degli altri creditori concorsuali nel caso di fallimento di tali imprese. Sicché non può riconoscersi la prededuzione a un credito che non ha alcun rapporto né genetico né funzionale con la procedura concorsuale”.

Le citate ordinanze hanno quindi di fatto aperto la strada alla sentenza della Suprema Corte n. 33350/2018, che si pone in netto contrasto con l'orientamento consolidatosi a partire dal 2012. Detta sentenza disconosce lo *status* di creditore “speciale” del subappaltatore, considerandolo alla stregua di tutti gli altri creditori concorsuali e, come tale, soggetto al principio della *par condicio creditorum*. Infatti, afferma la Suprema Corte con la sentenza n. 33350/2018, il credito in questione non viene qualificato come prededucibile da nessuna norma di legge, né lo si può considerare sorto in funzione della procedura concorsuale ai sensi dell'[articolo 111](#), L.F.. Inoltre:

“il meccanismo del D.Lgs. 163/2006 ex articolo 188, comma 3 ... deve ritenersi, alla luce della successiva evoluzione della normativa di settore, calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto in corso con un'impresa in bonis, in funzione dell'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera, nonché al controllo della sua corretta esecuzione, e solo indirettamente a tutela anche del subappaltatore, quale contraente “debole”, sicché detto meccanismo non ha ragion d'essere nel momento in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto di opera pubblica si scioglie”.

Tre sono essenzialmente le motivazioni poste dalla Corte a sostegno dell'orientamento sopra riportato:

1. in primo luogo, *la ratio* della norma - che consente alla stazione appaltante di sospendere il pagamento nei confronti dell'appaltatore - è costituita dall'interesse pubblico alla regolare e corretta realizzazione dell'opera pubblica e non dalla tutela del subappaltatore. Cosicché, venendo meno, a causa del fallimento dell'appaltatore, il vincolo contrattuale tra quest'ultimo e la stazione appaltante, viene meno anche la condizione di esigibilità di cui alla predetta norma, non essendo, di fatto, più necessario garantire l'esecuzione dell'appalto; ne consegue che l'ammissione in prededuzione del credito vantato dal subappaltatore (ammissione che, peraltro, non equivale al soddisfacimento,

realizzabile solo a mezzo del riparto) non costituisce la *condicio sine qua non* per l'ottenimento del pagamento dovuto dalla stazione appaltante all'appaltatore;

2. in secondo luogo, le modifiche ed integrazioni dell'[articolo 118](#) del Codice del 2006 operate dall'[articolo 13](#), comma 10, lettere a) ed b), D.L. 145/2013, convertito in L. 9/2014, confermerebbero quanto detto al punto 1, in quanto il regolare pagamento del subappaltatore costituisce condizione di esigibilità del pagamento del credito vantato dall'appaltatore nei confronti della stazione appaltante solo nel caso in cui l'appaltatore sia *in bonis* e, quindi, solo nel caso in cui il vincolo contrattuale permanga;

3. in terzo luogo, la sussistenza del nesso di funzionalità dovrebbe essere valutata *ex ante*, indipendentemente dall'eventuale vantaggio *ex post* per la massa dei creditori.

Motivazioni tuttavia che hanno suscitato le seguenti critiche da parte dei giudici sempre della Suprema Corte chiamati a esprimersi sul ricorso presentato da Beta Spa e che, per tale ragione, hanno ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni Unite:

1. lo scioglimento del vincolo contrattuale a seguito della dichiarazione di fallimento dell'appaltatore non è di per sé sufficiente a escludere la facoltà da parte della stazione appaltante di avvalersi della condizione di esigibilità;

2. l'interesse ad avvalersi della condizione di esigibilità, in realtà, permarrebbe in capo alla stazione appaltante, stante il fatto che, per quanto previsto dalle Linee guida dell'A.N.A.C., sarebbe pur sempre ravvisabile un potere discrezionale consistente nella mediazione tra interessi pubblici potenzialmente confliggenti;

3. l'argomentazione relativa al presunto venire meno dell'interesse all'esecuzione dell'opera da parte della stazione appaltante non tiene conto dell'esistenza di un interesse oggettivo consistente nella necessità di salvaguardare il subappaltatore quale rappresentante della piccola e media imprenditoria; cosicché, in mancanza della previsione contrattuale del pagamento diretto da parte della stazione appaltante, l'unico strumento a tutela del subappaltatore non potrebbe che essere il riconoscimento della prededuzione al credito da quest'ultimo vantato;

4. il fatto che l'articolo 118, comma 3-*bis* del Codice degli appalti del 2006 preveda il pagamento in favore dell'appaltatore in concordato senza fare espressa menzione dell'appaltatore fallito non è sufficiente di per sé per affermare che la condizione di esigibilità di cui al comma 3 del predetto articolo possa essere opposta solo ed esclusivamente alle società *in bonis*.

La soluzione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, chiamate quindi a dirimere il contrasto *de quo*, con la [sentenza n. 5685/2020](#) hanno di fatto aderito all'orientamento espresso dalla sentenza n. 33350/2018.

In particolare, prima di affrontare il nodo centrale della questione e con riferimento all'ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite hanno precisato e chiarito:

- per quanto riguarda l'obiezione di cui al precedente punto n. 4, che l'argomento che fa leva sul testo dell'[articolo 118](#), comma 3 *bis*, del Codice del 2006 introdotto dal D.L. 145/2013 (poi convertito con modificazioni dalla L. 9/2014) – e, quindi, sul fatto che dal testo della norma non si possa evincere che la condizione di esigibilità sia applicabile solo alle società *in bonis* – non costituisce l'unica *ratio decidendi* della sentenza n. 33350/2018, in quanto detto argomento viene utilizzato allo scopo di fornire una interpretazione in chiave sistematico-evolutiva;
- che la considerazione di cui al precedente punto 3, pur cogliendo il nesso tra “*l'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera*” e la tutela dei subappaltatori, non può giustificare deroghe al principio della *par condicio creditorum*, in quanto il subappaltatore che abbia adempiuto le proprie prestazioni nei confronti dell'appaltatore resta un creditore concorsuale come gli altri (fatte salve le cause legittime di prelazione “*che spetta (ndr unicamente) al Legislatore introdurre e disciplinare secondo l'ordine previsto dagli articoli 777, cod. civ. e ss.*”);
- che l'argomento che il riconoscimento della prededuzione sia l'unico rimedio per tutelare il subappaltatore non appare di per sé decisivo, anche in considerazione del fatto che non si tratta di una esigenza di tutela incondizionata, come dimostrato dal fatto che il pagamento diretto da parte della stazione appaltante è da considerarsi anomalo – e, quindi, revocabile ai sensi dell'[articolo 67](#), L.F. – se effettuato con denaro destinato all'imprenditore fallito ([Cassazione n. 25928/2015](#)).

Chiarito quanto sopra, le Sezioni Unite - dopo aver premesso che, attualmente (a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti nel 2016), il subappaltatore viene tutelato mediante il pagamento diretto da parte della stazione appaltante e non mediante il meccanismo della sospensione dei pagamenti all'appaltatore – individuano il fulcro della tesi sostenuta dalla sentenza n. 3402/2012 (che attribuisce natura prededucibile al credito del subappaltatore) nel potere della stazione appaltante di avvalersi della sospensione del pagamento dovuto all'appaltatore. Da quì, infatti, discenderebbero:

- la configurazione del pagamento del credito del subappaltatore come condizione di esigibilità del credito dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante; nonché
- l'attribuzione del carattere di funzionalità ex [articolo 111](#), L.F. al credito del subappaltatore. Facendo notare che la tesi contraria sostenuta dalla sentenza n. 33350/2018 ruota intorno al medesimo fulcro,

in quanto è fondata sul rilievo che la sospensione dei pagamenti in favore dell'appaltatore – in attesa delle fatture quietanzate del subappaltatore – sia applicabile solo nel caso in cui l'appaltatore sia *in bonis* e non quando l'appaltatore sia fallito.

Il ragionamento svolto dalle Sezioni Unite per aderire, di fatto, all'orientamento del 2018 parte, quindi, dalla seguente considerazione:

“se è vero peraltro che il fallimento determina lo scioglimento del contratto di appalto (cfr. L.F., articolo 81 e, per gli appalti pubblici, articolo 140, comma 1, del Codice del 2006 e articolo 110, comma 1, del Codice del 2016) qualora il curatore non dichiari di voler subentrare nel rapporto (cfr. comma 3, lettera B, del citato articolo 110), la tesi che ammette la prededuzione postula l'operatività della sospensione come oggetto di un potere unilaterale della stazione appaltante che renderebbe insindacabile la valutazione dell'interesse che ne è fondamento”.

Postulato che, sempre ad avviso delle Sezioni Unite, non è corretto, in quanto, ragionando a contrario, la prededuzione sarebbe ammissibile solo nel caso in cui in capo alla stazione appaltante fosse ravvisabile un potere assoluto (incondizionato) di sospendere i pagamenti; e, ciò, in quanto è pacifico che se detto potere non venisse esercitato o se, in ogni caso, non fosse in grado di produrre “*effetti paralizzanti*”, verrebbe a mancare la ragione stessa del riconoscimento della prededuzione (in quanto l'appaltatore potrebbe comunque ottenere il pagamento delle proprie spettanze). In altre parole, sempre secondo i giudici delle Sezioni Unite, occorre stabilire se, in caso di fallimento dell'appaltatore, la stazione appaltante detenga il potere incondizionato di cui sopra – giustificando, di fatto, il riconoscimento della prededuzione in favore del subappaltatore – o se non via sia modo per il curatore fallimentare di agire nei confronti della stazione appaltante per ottenere il pagamento di quanto dovuto al Fallimento, senza dover riconoscere alcunché al subappaltatore.

Per rispondere a quanto sopra le Sezioni Unite, preliminarmente, qualificano la sospensione del pagamento ex [articolo 118](#), comma 3, del Codice del 2006 come una eccezione di inadempimento ai sensi dell'[articolo 1460](#), cod. civ. e osservano che detta eccezione può essere proposta solo ed esclusivamente nel caso in cui il rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e l'appaltatore sia ancora in corso. Cosicché, poiché il fallimento rende il contratto di appalto inefficace *ex nunc*, a meno che il curatore non decida di subentrarvi, ne consegue che, in caso di fallimento dell'appaltatore e, quindi, di scioglimento del contratto, il curatore ha diritto di ricevere il corrispettivo delle opere già realizzate, mentre la stazione appaltante può rifiutare il pagamento delle opere non eseguite e delle opere che non siano state realizzate a regola d'arte, ma non può invocare l'eccezione di inadempimento; e ciò in quanto – come sopra sottolineato – l'eccezione di inadempimento costituisce uno strumento

accordato alla parte che intenda “salvaguardare i propri interessi, nella prospettiva delle esecuzione (e quindi della conservazione) del contratto”, ma non può trovare applicazione in caso di scioglimento del contratto (per fallimento di una delle parti o per qualsiasi altra causa). Di conseguenza, affermano le Sezioni Unite, anche ipotizzando l'opponibilità da parte della stazione appaltante – al curatore che agisca in giudizio per il pagamento di quanto spettante al fallimento – delle medesime eccezioni che avrebbe potuto opporre all'appaltatore *in bonis*, ciò comunque non fa venire meno il principio che detta eccezione non operi incondizionatamente, dovendo necessariamente assumere le vesti di una eccezione suscettibile di valutazione giudiziale. E la sindacabilità dell'eccezione in parola è in aperto contrasto con la concessione del rango prededucibile al credito del subappaltatore, posto che la concessione in parola presupporrebbe e postulerebbe una eccezione esercitabile unilateralmente e incondizionatamente.

Da qui, il rigetto da parte delle Sezioni Unite del ricorso del subappaltatore alla luce del seguente principio di diritto:

“In caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'articolo 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della “par condicio creditorum” e dell'ordine delle cause di prelazione, senza che rilevi a suo vantaggio l'istituto della prededuzione ex articolo 111, comma 2, L.F.”.

Detto principio – è bene precisare – si applica alle vicende regolate dal vecchio Codice degli appalti, posto che, come sopra anticipato, con il Codice degli appalti introdotto dal 19 aprile 2016 il Legislatore ha espressamente stabilito che il pagamento diretto da parte della stazione appaltante al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori debba essere eseguito:

- quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Azione revocatoria: inammissibile come azione costitutiva, ma ammessa come restitutoria

di Ernestina De Medio – avvocato

Ove l'azione revocatoria non sia stata dai creditori dell'alienante introdotta prima del fallimento dell'acquirente del bene che ne costituisce oggetto, essa – stante l'intangibilità dell'asse fallimentare in base a titoli formati dopo il fallimento (c.d. cristallizzazione) - non può essere esperita con la finalità di recuperare il bene alienato alla propria esclusiva garanzia patrimoniale, poiché si tratta di un'azione costitutiva che modifica ex post una situazione giuridica preesistente.

In questo caso i creditori dell'alienante (e per essi il curatore fallimentare ove l'alienante sia fallito) restano tutelati nella garanzia patrimoniale generica dalle regole del concorso, nel senso che possono insinuarsi al passivo del fallimento dell'acquirente per il valore del bene oggetto dell'atto di disposizione astrattamente revocabile, demandando al giudice delegato di quel fallimento anche la delibazione della pregiudiziale costitutiva.

Natura costitutiva della sentenza che accoglie l'azione revocatoria, l'efficacia relativa e inammissibilità nei confronti del fallimento

La sentenza che accoglie la domanda revocatoria, sia essa ordinaria o fallimentare, al di là delle differenze esistenti tra le 2 azioni e in considerazione dell'elemento soggettivo di comune accertamento da parte del giudice, ha natura costitutiva in quanto modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente, privando di effetti atti che avevano già conseguito piena efficacia e determinando la "restituzione" dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale e alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto dispositivo.

La funzione dell'azione revocatoria è infatti "unicamente" quella di ricostruire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore ma, se accolta, non comporta esattamente la restituzione del bene al patrimonio del debitore, bensì l'inefficacia dell'atto dispositivo nei suoi confronti (e solo nei confronti del creditore che ha agito in revocatoria) consentendogli di aggredire quel bene oggetto dell'atto dispositivo revocato.

La sentenza revocatoria è infatti costitutiva del potere processuale del creditore di promuovere, se munito di titolo esecutivo contro il debitore, l'espropriazione forzata del bene oggetto dell'atto dispositivo revocato e, se non titolato, di intervenire nel processo esecutivo pendente contro il terzo acquirente, in quanto titolare di un diritto di prelazione sul ricavato della vendita del bene ([articolo 499](#), comma 1, c.p.c., [articolo 2902](#), comma 2, cod. civ., [articolo 2910](#), comma 2, cod. civ.).

Tra il revocante e il terzo non sussiste, infatti, alcun rapporto di diritto sostanziale, né tale rapporto viene costituito per effetto del giudicato revocatorio.

L'attore vittorioso è creditore del debitore, non dell'avente causa di costui; la sentenza gli conferisce il potere di subastare il bene come se fosse ancora nel patrimonio del debitore, infatti il terzo acquirente continua a mantenere inalterato il diritto di proprietà sul bene, ma diviene esposto alle ragioni esecutive del creditore.

L'eventuale fallimento del terzo acquirente viene in rilievo al momento in cui deve essere cristallizzato il patrimonio del fallito alla data del fallimento: se si apre il concorso dei creditori per titoli anteriori alla sentenza (di fallimento) sul patrimonio del fallito, eventuali accadimenti successivi non possono incidere sull'asse patrimoniale assoggettato al concorso.

Il fallimento dell'acquirente impedisce, di fatto, al creditore dell'alienante, di agire in revocatoria contro la procedura, poiché l'azione produrrebbe il "recupero" del bene alla garanzia patrimoniale per il solo creditore dell'alienante in pregiudizio della garanzia collettiva dei creditori (tutti) dell'acquirente fallito: da ciò la conseguente inammissibilità della domanda di revocatoria poiché non sarebbe possibile sottrarre il bene oggetto dell'azione all'asse fallimentare cristallizzato al momento della dichiarazione di fallimento.

Ciò però originerebbe di fatto una fattispecie di *"irrevocabilità sopravvenuta dell'acquisto"*, così che il fallimento finirebbe col "ripulire" l'acquisto medesimo, sanandolo per una vicenda propria del beneficiario, e rappresenterebbe un incentivo alla frode.

Per tale ragione, l'efficacia della sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria non dovrebbe limitare la sua retroattività alla data della domanda, ma dovrebbe arrivare sino alla data del compimento dell'atto revocato, cosicché l'azione non sarebbe poi destinata a incidere sul principio di cristallizzazione della massa passiva del beneficiario, non essendo riconducibile al divieto di inizio o proseguimento delle azioni esecutive disposto dall'[articolo 51](#), L.F.

Al riguardo, le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 30416/2018 già investite della questione, rilevano tuttavia, che la natura costitutiva (e non dichiarativa) della sentenza che accoglie l'azione revocatoria costituisce espressione di un insegnamento sedimentato, logico e assolutamente

coerente, basato sulla considerazione che la sentenza modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente. Ciò avviene da un lato privando di effetti nei confronti della massa atti che avevano già conseguito piena efficacia e, dall'altro, determinando la restituzione dei beni oggetto della revocatoria alla funzione di generica garanzia patrimoniale *ex* [articolo 2740](#), cod. civ. e alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto.

Tale affermazione si basa sulla premessa che l'inefficacia dell'atto sorga solo dalla sentenza che ne accerti i presupposti. Sicché, in caso di esito vittorioso dell'azione revocatoria, la sentenza non travolge l'atto impugnato, con conseguente effetto restitutorio del bene al patrimonio del debitore, ma determina l'inefficacia dell'atto medesimo nei confronti del creditore vittorioso, così da consentirgli di aggredire il bene con l'azione esecutiva, qualora il credito rimanga insoddisfatto.

In altri termini, come sopra anticipato, la sentenza che revoca l'atto dispositivo giova solo al creditore che l'abbia esercitata (o all'intera massa, ove a esercitarla sia un fallimento), senza colpire l'esistenza e l'intrinseca validità dell'atto, che resta fermo ([articolo 2902](#), cod. civ.). L'effetto è, dunque, che il terzo acquirente, pur continuando a mantenere inalterato il diritto di proprietà sul bene, resta esposto all'azione esecutiva del creditore.

Pertanto, ad avviso delle Sezioni Unite, la sopravvenienza del fallimento dell'acquirente non rileva tanto per cristallizzare il passivo, ovvero per l'irrelevanza, dopo la dichiarazione di fallimento, di modifiche attinenti alle pretese creditorie o ai rapporti obbligatori del patrimonio dell'acquirente; rileva invece, e sicuramente, per la necessità di cristallizzare l'asse fallimentare alla data del fallimento. Per contro, il positivo esercizio di un'azione revocatoria finirebbe col sottrarre il bene che ne è oggetto alla garanzia dei creditori dell'acquirente, sulla base di un atto (la sentenza) successivo a detto fallimento, i cui effetti retroagiscono alla data della domanda.

Effetti di tal genere sono dunque postulabili, nei casi previsti dalla legge, solo dinanzi a domande trascritte prima della sentenza dichiarativa.

Al contrario, quando la domanda è successiva al fallimento dell'acquirente, rileva unicamente il fatto che l'azione revocatoria, ove accolta, finirebbe per recuperare il bene che ne costituisce oggetto alla garanzia patrimoniale dei soli creditori dell'alienante e quindi, specularmente, per determinare la sottrazione del bene medesimo alla garanzia collettiva dei creditori dell'acquirente, il tutto sulla base di un titolo in tutto e per tutto successivo alla sentenza dichiarativa del fallimento di quest'ultimo.

Quanto precede si porrebbe in netto contrasto con il complesso di regole desumibili dagli articoli [42](#) e ss., L.F. e spiega perché è inammissibile ipotizzare l'azione costitutiva in casi simili.

Se la *ratio* dell'[articolo 45](#), L.F. è quella di preservare l'integrità del patrimonio fallimentare, ne risulta, a contrario, che se il bene oggetto dell'atto fraudolento non viene acquisito alla massa o, comunque, non deve essere liquidato in sede concorsuale cessa l'indicata ragione di protezione. Ne segue che la sentenza revocatoria è opponibile al fallimento:

a) sempre, se la domanda sia stata trascritta prima del fallimento;

b) se trascritta successivamente, soltanto quando:

- il bene sia stato escluso dal programma di liquidazione e quindi dalla massa fallimentare, venendo restituito alla disponibilità del fallito, sì da poter formare oggetto delle azioni esecutive e cautelari dei creditori ([articolo 104-ter](#), comma 8, L.F.);
- oppure il fallimento venga revocato (in accoglimento del reclamo ex [articolo 18](#), L.F.) o
- chiuso senza che il bene fraudolentemente alienato al fallito sia stato liquidato, ricorrendo una delle ipotesi contemplate dall'[articolo 118](#), comma 1, n. 1 e 2, L.F. (assenza di domande di ammissione al passivo ovvero sufficienza dell'attivo già liquidato a soddisfare integralmente i creditori concorsuali).

La tesi espressa dalla Cassazione SS.UU. con la sentenza n. 30416/2018 è stata quindi quella dell'inammissibilità dell'esperimento dell'azione revocatoria nei confronti del fallimento in virtù e in favore del principio della cristallizzazione della massa passiva.

L'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione

Tale orientamento è stato revisionato e messo in discussione dall'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile della Corte che si è richiamata al disposto dell'[articolo 290](#), comma 3 del Codice della crisi d'impresa che, ha, in prospettiva futura, previsto la possibilità per il curatore della procedura di liquidazione giudiziaria, aperta nei confronti di una società appartenente ad un gruppo, di esercitare, nei confronti delle altre società del gruppo, l'azione revocatoria prevista dall'[articolo 166](#) del Codice degli atti compiuti dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale (o, nei casi di cui all'articolo 166, comma 1, lettere a) e b) nei 2 anni anteriori al deposito della domanda o, nei casi di cui all'articolo 166, comma 1, lettere c) e d) nell'anno anteriore); ciò in quanto anche detto comma 3 non prospettava minimamente l'eventuale esperibilità di un'azione revocatoria contro una società del gruppo già separatamente assoggettata a procedura e che solo l'articolo 290, comma 1 del Codice avrebbe potuto dirsi in qualche modo evocabile per una distinta tesi.

Ben vero in questa prospettiva si era già espressa la sentenza n. 30416/2018 visto che il richiamo all'[articolo 290](#) del Codice era già stato fatto dall'ordinanza interlocutoria n. 1894/2018 in allora posta al fondo della remissione.

Tale ultima ordinanza, nel caso concernente una azione revocatoria ordinaria dell'atto di cessione di azienda in favore di una società – successivamente dichiarata fallita –, avviata dal curatore del cedente dopo l'apertura del concorso del cessionario, dispose la trasmissione degli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, segnalando l'esistenza di un contrasto sull'ammissibilità o meno dell'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, nei confronti di un fallimento e valutando, comunque, la questione come di massima di particolare importanza ex [articolo 374](#), comma 2, c.p.c..

Chiamate allora a pronunciarsi per la prima volta sul quesito dell'ammissibilità della revocatoria tra fallimenti, le Sezioni Unite (Cassazione n. 30416/2018), anzitutto, chiarirono che non si rinveniva alcun contrasto tra le decisioni delle sezioni semplici, atteso che le pronunce indicate dall'ordinanza interlocutoria, come espressive di un difforme orientamento rispetto a quello più recente (rappresentato dalle citate Cassazione n. 10486/2011 e n. 3672/2012), avevano deciso su quesiti estranei a quello in esame.

Difettavano dunque i presupposti di un intervento di ricomposizione dell'ipotizzato (ma, in realtà, inesistente) contrasto di giurisprudenza; trattandosi però di questione sottoposta come «*di massima di particolare importanza*», le Sezioni Unite affrontarono i tre principali argomenti prescelti dall'ordinanza interlocutoria, così riassunti:

- a) la ritenuta efficacia retroattiva dell'azione revocatoria, corroborata dalla circostanza che il debito restitutorio è un debito di valore e che gli interessi sulla somma da restituire decorrono dalla data di costituzione in mora, con la conseguente incidenza di tali regole sul c.d. principio di cristallizzazione della massa passiva;
- b) l'affermazione che l'azione revocatoria, «*secondo una convincente opinione, emersa in dottrina*», costituirebbe una «*azione di accertamento con effetti costitutivi*» diretta a ricostituire la garanzia patrimoniale del debitore che, quindi, non incontrerebbe il divieto dell'[articolo 51](#), L.F., che impone di realizzare il credito con le forme e nell'osservanza del rito fallimentare;
- c) la rilevanza, sul piano sistematico, dell'[articolo 91](#), D.Lgs. 270/1999, che disciplina la c.d. revocatoria aggravata infragruppo.

Orbene, a parere delle Sezioni Unite del 2018, tutti gli argomenti compendiatamente sub a) e b) non risultavano persuasivi e richiamando il principio già in precedenza cristallizzato dalla SS.U.U del 1996 secondo cui:

«la sentenza che accoglie la domanda revocatoria fallimentare ha natura costitutiva, in quanto modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, nei confronti della massa fallimentare, atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia determinando, conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale (articolo 2740, cod. civ.) e alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto; con la conseguenza che la situazione giuridica vantata dalla massa ed esercitata dal curatore non integra un diritto di credito (alla restituzione della somma o dei beni) esistente prima del fallimento (né nascente all'atto della dichiarazione dello stesso) e indipendentemente dall'esercizio dell'azione giudiziale, ma rappresenta un vero e proprio diritto potestativo all'esercizio dell'azione revocatoria, rispetto al quale non è configurabile l'interruzione della prescrizione a mezzo di semplice atto di costituzione in mora (articolo 2943, ultimo comma, cod. civ.)»

hanno potuto affermare come «*pacifico e stabilizzato*», l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in ordine alla natura costitutiva della sentenza in esame.

Dalla natura costitutiva della sentenza che accoglie la domanda revocatoria, poi, consegue che, poiché gli effetti tipici della stessa sono quelli della creazione di una situazione giuridica nuova, l'inammissibilità dell'azione de qua appare saldamente fondata sulla regola della c.d. "cristallizzazione" della massa passiva alla data del fallimento.

È infatti proprio la regola della cristallizzazione della massa passiva, secondo le Sezioni Unite del '18, che impedisce di invocare nei confronti del fallimento una pretesa giuridica che si produce soltanto a seguito della sentenza di accoglimento della domanda. L'effetto dell'inefficacia dell'atto revocando, che è propriamente il centro della pronuncia di accoglimento dell'azione revocatoria, si costituisce esclusivamente con la pronuncia giudiziale di revoca, sicché si può parlare di "diritto quesito" alla revoca solo se la causa sia stata promossa prima del fallimento e se la domanda sia stata trascritta anteriormente al fallimento del terzo che subisce l'azione revocatoria ordinaria.

Alla luce dei ragionamenti sopra esposti, il principio di diritto che conclusivamente intese esprimere Cassazione n. 30416/2018 appare netto:

«È inammissibile l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, esperita nei confronti di un fallimento, trattandosi di un'azione costitutiva che modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente e operando il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso in funzione di tutela della massa dei creditori».

Le Sezioni Unite del 2020

Cambia la prospettiva ed il bene dismesso con l'atto revocando viene in considerazione, rispetto all'interesse dei creditori dell'alienante, per il suo valore.

Nel caso in cui l'azione costitutiva non sia stata introdotta dai creditori dell'alienante prima del fallimento dell'acquirente del bene che ne costituisce l'oggetto, essa non può essere esperita con la finalità di recuperare il bene alienato alla propria esclusiva garanzia patrimoniale, stante l'intangibilità dell'asse fallimentare in base a titoli formati dopo il fallimento (c.d. cristallizzazione), poiché si tratta di un'azione costitutiva che modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente.

I creditori dell'alienante e per essi il curatore fallimentare, quando esso sia fallito, restano in questo caso tutelati nella garanzia patrimoniale generica dalle regole del concorso, nel senso che possono insinuarsi al passivo del fallimento dell'acquirente per il valore del bene oggetto dell'atto di disposizione astrattamente revocabile, demandando al giudice delegato di quel fallimento anche la delibazione della pregiudiziale costitutiva.

Sono questi i principi sanciti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella [sentenza n. 12476/2020](#) sulla questione dell'ammissibilità di azioni revocatorie (fallimentari e ordinarie) tra fallimenti.

Oggetto della domanda di revocatoria (ordinaria o fallimentare) non è il bene in sé, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità del bene a esecuzione.

In altre parole, nel sistema della legge fallimentare l'apertura della procedura apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito "*per titolo anteriore alla sentenza*"; ora, se la domanda revocatoria è successiva al fallimento dell'acquirente, ove potesse essere accolta, essa finirebbe per recuperare il bene che ne costituisce oggetto alla garanzia patrimoniale del solo creditore dell'alienante e quindi, specularmente, per determinare la sottrazione del bene medesimo alla garanzia collettiva dei creditori dell'acquirente, sulla base di un titolo giudiziale formatosi dopo la sentenza dichiarativa del fallimento di costui: tutto ciò, chiaramente, non è consentito dall'ordinamento, perché contrasta col complesso di regole desumibili dagli articoli [42](#), [44](#), [45](#), [51](#) e [52](#), L.F..

E allora, secondo la pronuncia in esame, occorre partire da un elemento che può dirsi pacifico nella giurisprudenza della S.C.: oggetto della domanda di revocatoria (sia essa ordinaria che fallimentare) non è il bene in sé, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità del bene a esecuzione (tra le tante, [Cassazione n. 26425/2017](#)).

Dunque, il bene dismesso con l'atto revocando viene in considerazione, rispetto all'interesse di quei creditori, soltanto per il suo valore; ciò consente agevolmente di affermare che il fallimento

dell'*accipiens*, dichiarato dopo l'atto di alienazione, impedisce solo l'esercizio dell'azione costitutiva, «non anche di quella restitutoria per equivalente, parametrata al valore del bene sottratto alla garanzia patrimoniale».

Il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze sin qui delineate viene rinvenuto nel fatto che, come è pacifico, l'oggetto della domanda revocatoria non è il recupero del bene ceduto in sé, ma la reintegrazione della garanzia patrimoniale e, quindi, il recupero del corrispondente valore nel patrimonio del disponente. Ciò consente di affermare che il fallimento del terzo acquirente, precedente all'azione costitutiva revocatoria, rende certamente l'azione suddetta inammissibile, poiché non è consentito incidere sul patrimonio del fallimento recuperando il bene alla sola garanzia patrimoniale del creditore dell'alienante, ovvero, in altri termini, poiché non è consentito sottrarre quel bene all'asse fallimentare cristallizzato al momento della declaratoria di fallimento. Tuttavia, il fallimento dell'acquirente impedisce di recuperare il bene per esercitare l'azione esecutiva su di esso, ma non di insinuarsi al passivo di quel fallimento per il corrispondente controvalore.

Ne discende, secondo le Sezioni Unite del 2020, che, in maniera non dissimile da quanto accade quando il bene sottratto ai creditori sia stato già ceduto a un terzo sub acquirente (purché con atto già trascritto), il fallimento dell'acquirente impedisce al creditore di recuperare il bene onde esercitare su questo l'azione esecutiva, ma non certo di insinuarsi al passivo di quel fallimento per il corrispondente controvalore.

Così argomentando, finalmente, le Sezioni Unite sono giunte alla conclusione che l'azione revocatoria di un atto di trasferimento di un bene in favore dell'*accipiens* poi fallito deve ritenersi ammissibile, alla sola condizione che essa venga esercitata non mediante una ordinaria azione costitutiva tesa alla declaratoria di inefficacia dell'atto di cessione del bene venduto onde recuperarlo in vista della sua liquidazione forzata, bensì con una «domanda restitutoria per equivalente», che stante l'indefettibilità del procedimento di insinuazione al passivo dovrà manifestarsi nella forme della domanda ex [articolo 93](#), L.F.; e sempre che naturalmente il creditore del cedente (ovvero, in caso di fallimento di quest'ultimo, il curatore che ne rappresenta la massa) chieda al giudice delegato del fallimento del cessionario «la delibazione della pregiudiziale costitutiva».

Pertanto, le Sezioni Unite precisano che il Fallimento dell'alienante non potrà esercitare l'azione revocatoria nei confronti del beneficiario fallito, ma potrà certamente concorrere sul ricavato del bene in sede di liquidazione concorsuale, insinuandosi al passivo per il corrispondente importo. Nel farlo, sarà soggetto alle regole prescritte in materia di accertamento del passivo, alla sola condizione che il fatto lesivo della garanzia patrimoniale dell'alienante sia anteriore alla sentenza di fallimento.

In conclusione, nella fattispecie in esame i giudici di legittimità a Sezioni Unite hanno confermato i principi esposti con la sentenza n. 30416/2018, che però si era fermata di fronte all'ostacolo ritenuto insormontabile della natura costitutiva dell'azione, e con la [sentenza n. 12476/2020](#) che qui si commenta, sono andati oltre ed hanno individuato, sollecitati dalla seconda ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile, nell'insinuazione al passivo per il controvalore del bene trasferito, la chiave giuridica che consente di aprire la porta alla massa dei creditori del cedente che invocano la tutela delle loro ragioni.

Si è dunque giunti al giusto bilanciamento con gli interessi dell'altra massa, quella dei creditori dell'*accipiens*.

MB MASTER[®] BREVE 365
22^a edizione

Master Breve 365

Offerta SUMMER BOOKING valida fino al 25 settembre 2020

€ 795,00 + IVA anziché € 960,00 + IVA	PRIVILEGE PLATINUM	PRIVILEGE GOLD	PRIVILEGE BLU
€ 705,00 + IVA	€ 735,00 + IVA	€ 755,00 + IVA	

Prodotto in abbonamento

AGEVOLAZIONE PAGAMENTO DILAZIONATO

Rate mensili senza interessi tramite RID.
Il numero di rate dipende dalla data di invio del modulo di attivazione del RID.

SCOPRI DI PIÙ

Rapporti tra sovraindebitamento ed esecuzione individuale

di Domenica Capezzerà – magistrato – giudice delegato presso il Tribunale di Pescara

Analisi degli effetti processuali degli istituti del sovraindebitamento sulle procedure esecutive individuali, senza trascurare le novità previste nel Codice della crisi e dell'insolvenza alla luce dell'incompatibilità ontologica tra tutela esecutiva e i principi fondamentali delle procedure concorsuali.

La L. 3/2012, come noto, regola il complesso rapporto esistente tra l'azione esecutiva individuale e le procedure di composizione negoziale riservate al debitore civile a seconda che si tratti di una proposta di accordo di composizione, di piano del consumatore ovvero di procedura di liquidazione del patrimonio.

Va tuttavia evidenziata una premessa di fondo.

Nel nostro ordinamento, sussiste una incompatibilità ontologica tra la tutela esecutiva individuale e i principi fondamentali delle procedure concorsuali.

In effetti, in caso di dichiarazione di fallimento del debitore, tale principio è sancito sia dall'[articolo 51](#), L.F. che dispone il divieto di iniziare o proseguire azioni individuali, esecutive o cautelari, sui beni che compongono la massa attiva, sia dal concorso «formale», di cui al comma 2, [articolo 52](#), L.F., in forza del quale l'accertamento di ogni credito o di altro diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, nei confronti del fallito, deve essere compiuto nel rispetto delle norme del capo quinto della legge propria del fallimento; sia dal concorso «sostanziale» di cui all'[articolo 2741](#), comma 1, cod. civ. che garantisce a tutti i creditori “*eguale diritto ad essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione*”.

Per completezza, va segnalato che tale divieto non è assoluto ma patisce 2 evidenti eccezioni poste dal comma 1, [articolo 41](#), Tub che permette al creditore fondiario di esercitare l'azione esecutiva in pendenza della procedura fallimentare, e dall'[articolo 53](#), L.F. che consente ai creditori muniti di pegno o assistiti dal diritto di ritenzione privilegiata (ex articoli [2756](#) e [2761](#), cod. civ. relativi ai crediti per le prestazioni e per le spese sostenute per la conservazione o per il miglioramento dei beni mobili e ai crediti del depositario, del sequestratario, del mandatario e del vettore, fintanto che il bene si trovi

presso costoro) di realizzare i rispettivi crediti anche dopo la dichiarazione di fallimento, purché ammessi al passivo. La finalità delle norme è quella di impedire ai creditori (che abbiano intrapreso azioni esecutive) di acquisire posizioni di vantaggio, con conseguente violazione non solo del principio della *par condicio*, ma anche degli articoli [3](#) e [24](#), Costituzione.

Il divieto di iniziare o di continuare azioni esecutive però, oltre a impedire che taluni creditori possano acquisire posizioni di vantaggio, persegue anche il diverso scopo di assicurare agli organi fallimentari il pieno esercizio dei poteri di amministrazione e disposizione di tutto il patrimonio del debitore e, quindi, da una parte consente di disporre (eventualmente) l'esercizio provvisorio o l'affitto dell'azienda, dall'altra permette la proposizione di domande di concordato fallimentare.

I medesimi principi valgono, sia pure con alcuni adattamenti, nelle procedure di composizione negoziale della crisi; la disciplina, tuttavia, non è omogenea ma diversamente modulata in base alla tipologia di procedura richiesta dal debitore, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di un istituto (concordato preventivo o accordi di ristrutturazione) regolato dalla L.F. ovvero (accordo, piano del consumatore, procedura di liquidazione) dalla L. 3/2012 e successive modifiche, in materia di sovraindebitamento.

Di recente è come noto intervenuto il nuovo Codice della crisi delle imprese e dell'insolvenza che ha ribadito vecchi e consolidati principi e, al contempo, apportato modifiche di rilievo agli istituti oggetto del presente lavoro, anche nell'ottica di contrastare l'uso distorto o abusivo delle procedure concorsuali ai danni dei creditori⁶³.

Preliminarmente va segnalato l'unico elemento comune a tutte le procedure e cioè quello secondo cui il deposito del ricorso non interferisce con le singole azioni esecutive individuali, posto che la sospensione costituisce un effetto esclusivo del decreto di apertura.

La scelta del Legislatore di sospendere le esecuzioni pendenti solo in seguito all'emanazione di tale provvedimento, riduce senz'altro il rischio che il debitore abusi dei nuovi istituti, posto che la domanda priva dei presupposti o dei requisiti di cui agli articoli [7](#), [8](#) e [9](#) non interferisce con le azioni esecutive individuali.

La sospensione, quanto alla disciplina della procedura di accordo, disposta a norma dell'[articolo 10](#), comma 2, lettera c), L. 3/2012 presenta, sulla falsariga dell'[articolo 168](#), L.F., i seguenti caratteri:

⁶³ Si è trattato di un lungo e complesso percorso originato dalla L. 155/2017, in buona parte dettata dalla Commissione di riforma, presieduta da R. Rordorf, istituita con Decreto del Ministro della giustizia del 28 gennaio 2015. In data 1° febbraio 2017 la Camera dei deputati ha approvato il disegno di L. 3671-bis-A, che ha delegato al Governo la riforma della disciplina delle crisi d'impresa e dell'insolvenza; l'approvazione del Senato è avvenuta in data 11 ottobre 2017. In data 10 gennaio 2019 il CdM ha approvato il c.d. Schema di decreto legislativo recante il Codice della crisi dell'impresa in attuazione della L. delega. Successivamente, il 14 febbraio 2019, è stato pubblicato in G.U., il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017, che ha recepito, pressoché integralmente, il precedente Schema.

- essa è automatica, perché il giudice della procedura non ha discrezionalità, né presuppone un'esplicita richiesta del debitore;
- è temporanea, perché protegge il debitore fino al momento in cui il decreto di omologa diventa definitivo;
- è relativa perché coinvolge le azioni esecutive pendenti, anche quelle intraprese dal fondiario e i sequestri conservativi di cui all'[articolo 671](#), c.p.c., e non ancora iniziate;
- preclude, altresì, ai creditori di acquisire diritti di prelazione.

Deve infatti e, riguardo all'ultima caratteristica esaminata, essere precisato che sussistono dei casi, normativamente previsti, di esenzione dal divieto di azioni esecutive.

In primo luogo, la sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili di cui all'[articolo 545](#), c.p.c. (crediti alimentari, etc.); insensibili alla detta cautela sono, inoltre, tutte le azioni cautelari che non hanno una funzione latamente esecutiva (si veda ad esempio il sequestro giudiziario) e le azioni esecutive promosse per i crediti sorti in corso di procedura, stante l'espressa limitazione ai «*creditori aventi titolo o causa anteriore*». In difetto di espressa previsione normativa sembra doversi ritenere, inoltre, che l'aggettivo anteriore si riferisca alla data di deposito del ricorso, che rappresenta una domanda giudiziale a tutti gli effetti, e non invece a quella del deposito in cancelleria del decreto di ammissione da parte del giudice.

È poi doveroso precisare che la disciplina prevista dal richiamato [articolo 10](#), L. 3/2012 va integrata con il successivo [articolo 12](#), comma 3, L. 3/2012 laddove stabilisce che l'accordo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 10, comma 2; e che i creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano.

Il divieto di azioni esecutive nella disciplina del piano del consumatore

Il regime delle misure c.d. protettive nell'impianto normativo dettato in tema di piano del consumatore segue, come anticipato, criteri parzialmente differenti da quelli poc'anzi illustrati per l'accordo di composizione. Nella procedura intrapresa dal consumatore, il giudice può limitare, secondo la propria discrezionalità, la sospensione alle sole esecuzioni idonee a pregiudicare la fattibilità del piano del consumatore; pertanto occorre che tali esecuzioni vengano espressamente individuate nel decreto di apertura della procedura concorsuale.

In questa fattispecie, l'effetto sospensivo non ha carattere generale, né esso appare automaticamente comminato dal decreto di apertura (come invece accade per la procedura d'accordo), anche perché in

questa ipotesi difettano quelle esigenze di conservazione dell'unità produttiva, esigenze esclusive dei debitori non consumatori.

E infatti nel caso di piano del consumatore l'effetto protettivo può presentare un contenuto oggettivo minore rispetto all'accordo, perché: è individuato volta per volta; non interferisce con i procedimenti esecutivi non ancora intrapresi, né con quelli per sequestro conservativo; presuppone un'esplicita istanza del debitore che deve indicare le esecuzioni pendenti che compromettono la fattibilità del piano.

La discrezionalità del giudice della procedura concorsuale impone, inoltre, il vaglio positivo sia sul *periculum in mora*, sia sul *fumus boni iuris*, e consente di riconoscere a tale decisione natura cautelare. È compito del giudice motivare nel senso che quella determinata esecuzione costituisce un concreto impedimento all'attuazione del piano. La motivazione sulla sussistenza del *fumus* si ritiene, invece, implicitamente contenuta nella parte del provvedimento sulla fattibilità e sulla sussistenza delle altre condizioni di ammissibilità; in altre parole è contenuta nella parte del provvedimento che valuta la relazione particolareggiata e la completezza della documentazione, anche in relazione all'assenza di atti in frode. Il divieto riguarda, inoltre, un lasso di tempo molto breve, che ha come termine finale il momento della convocazione dei creditori, e non invece, come nel procedimento di accordo, la conseguita definitività del decreto di omologa.

Dopo l'omologazione, l'[articolo 12](#), comma 3, L. 3/2012 prevede che i creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano, affermando implicitamente che gli effetti protettivi si estendano anche ai beni eventualmente conferiti da terzi, ex [articolo 8](#), comma 2, L. 3/2012.

Quanto alle esecuzioni instaurate successivamente alla pronuncia dell'apertura, il giudice conserva la medesima discrezionalità che l'[articolo 12-bis](#), comma 2, L. 3/2012, gli riconosce per quei procedimenti già pendenti; salvo ribadire che egli provvede con apposito decreto, solo se investito da un'esplicita istanza del debitore. Se l'istanza di sospensione è respinta, il debitore può reclamare al collegio il provvedimento negativo, nel rispetto della normativa sui procedimenti in camera di consiglio. Analogo potere va riconosciuto al creditore che può reclamare al collegio la sospensione di un'espropriazione inidonea a pregiudicare la fattibilità del piano.

Per quanto concerne i creditori con titolo o causa posteriore, il divieto posto dagli articoli 12, comma 3, e [12-ter](#), comma 2, L. 3/2012, riguarda esclusivamente «i beni oggetto del piano» (il vincolo su tali cespiti a favore dei creditori anteriori è reso palese, ove si tratti di beni immobili o mobili registrati, dalla trascrizione del decreto di fissazione dell'udienza). Sono quindi liberamente aggredibili i beni estranei

al piano o all'accordo e pertanto: tutti i beni già esistenti nel patrimonio del debitore di cui non sia prevista la liquidazione; i beni e i crediti futuri, ove non ne sia prevista la cessione nel piano.

Resta da segnalare che, in entrambe le procedure qui esaminate (piano e accordo), il divieto di azioni esecutive non interferisce con le altre misure cautelari (eccezion fatta per l'[articolo 671](#), c.p.c. e ss. nei termini di cui si è detto); né con i giudizi di cognizione o con le azioni esecutive e cautelari sui beni di terzi (si veda ad esempio, i fideiussori o i terzi datori di ipoteca), né, infine con i provvedimenti di nuova opera e di danno temuto o con le azioni possessorie, perché non direttamente funzionali all'esecuzione sul patrimonio del debitore, anche se presentano – nella fase sommaria – natura latamente cautelare. La sospensione riguarda, inoltre, le sole azioni esecutive individuali; pertanto non incide sull'istanza di fallimento, come lascia chiaramente intendere l'[articolo 12](#), comma 5, L. 3/2012 che il sopravvenuto accertamento giudiziale dell'insolvenza risolve l'accordo.

Il divieto di azioni esecutive individuali nella procedura di liquidazione

Discorso in parte diverso va fatto per la procedura di liquidazione e per l'[articolo 14-quinquies](#), comma 2, lettera b), L. 3/2012 in forza del quale dal decreto di apertura «*sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo*», non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate (o proseguite) azioni cautelari o esecutive, né essere acquistati diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. Con riferimento ai creditori con causa o titolo posteriore al momento dell'esecuzione della pubblicità di cui all'articolo 14-quinquies, comma 2, lettere c) e d), è stabilito dall'[articolo 14-duodecies](#), L. 3/2012 che questi soggetti non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto di liquidazione⁶⁴.

Premesso che la *ratio* della previsione è chiaramente quella di impedire ai creditori concorrenti di occupare posizioni di vantaggio, in attuazione del principio della *par condicio creditorum*, si deve prendere atto che l'articolo 14-quinquies, comma 2, lettera b), L. 3/2012 contiene un refuso. In effetti, l'inciso «*sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo*» doppia inutilmente l'[articolo 10](#), comma 2, lettera c), L. 3/2012. E infatti, nella procedura di liquidazione il provvedimento di omologazione non è contemplato e tale inciso deve, conseguentemente, essere stralciato. Il dato normativo va allora interpretato come se adottasse l'espressione «*dal momento dell'apertura della procedura*» e il divieto di azioni esecutive individuali permane per tutta la durata della procedura, a

⁶⁴ Per espressa previsione degli articoli 14-ter e 14-undecies, L. 3/20120 costituisce oggetto della liquidazione l'intero patrimonio del debitore, comprensivo di tutti i beni sopravvenuti nei 4 anni successivi al deposito della domanda, che rappresenta la durata minima della procedura e, dunque, anche i redditi conseguiti in tale lasso di tempo, a eccezione di quanto stabilito dall'articolo 14-ter, comma 6, L. 3/2012.

prescindere dalla erronea indicazione normativa contenuta nell'[articolo 14-quinquies](#), comma 2, lettera b), L. 3/2012.

Quanto alla struttura del divieto, una prima affinità di quest'ultima disposizione con l'[articolo 51](#), L.F. si può subito individuare nel fatto che, in entrambi i casi, il divieto opera in forza della pronuncia del provvedimento di apertura. Si aggiunga che, in forza dell'ultima parte del comma 2, [articolo 14-novies](#), L.F., se alla data di apertura della procedura di liquidazione, sono pendenti procedure esecutive il liquidatore può subentrarvi in luogo del creditore procedente⁶⁵: il meccanismo è lo stesso adottato dall'[articolo 107](#), comma 6, L.F. per la prosecuzione (o l'improcedibilità) delle esecuzioni pendenti su istanza del curatore fallimentare⁶⁶.

Occorre però segnalare che anche nella liquidazione del patrimonio, il divieto di azioni esecutive e cautelari presenta dei punti di contatto con l'[articolo 168](#), L.F., in tema di concordato preventivo; e infatti, per un verso, il comma 2, articolo 14-novies, L.F. fa riferimento all'impossibilità per i creditori, di acquisire diritti di prelazione e, per altro verso, non ammette deroghe di sorta, discostandosi dalla disciplina di cui all'articolo 51, L.F.. A quest'ultimo riguardo, va escluso che il creditore fondiario conservi nella procedura di liquidazione il potere di iniziare o proseguire azioni esecutive. Innanzitutto perché la L. 3/2012. non contiene alcuna eccezione in tal senso, né rinvii di sorta alla disciplina di cui all'articolo 51, L.F.; in secondo luogo perché il comma 2, [articolo 41](#), Tub, nel prevedere che l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dopo la dichiarazione di fallimento, sembra riferirsi esclusivamente a questa procedura.

⁶⁵ Analoga facoltà non è prevista per l'accordo e per il piano del consumatore: l'articolo 13 dispone, infatti, che se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento, il giudice, su proposta dell'organismo di composizione della crisi, nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate.

⁶⁶ Nel regime adottato dal Legislatore del 1942 la sostituzione del curatore al creditore procedente operava di diritto, senza necessità di un intervento da parte del curatore o un provvedimento specifico da parte del giudice dell'esecuzione; pertanto la disposizione dell'articolo 51, L.F. avrebbe determinato inderogabilmente la perdita, in capo al creditore istante, del potere di dare impulso alla procedura e il correlativo acquisto di tale potere in capo al curatore. Nel regime attuale, in forza della formulazione letterale dell'articolo 107, comma 6, L.F., l'improcedibilità opererebbe invece solo a seguito del deposito di apposita istanza del curatore, istanza per la quale non è necessaria l'assistenza di un legale, occorrendo soltanto informare il giudice dell'esecuzione di un evento che determina *ipso iure* l'arresto dell'esecuzione. Qualora non sia stato nominato un custode diverso dal debitore, anche la custodia dei beni pignorati si trasferisce in capo al curatore, ex articoli 42, L.F. e 559, c.p.c., indipendentemente dalla sua scelta circa la prosecuzione dell'esecuzione, individuale o concorsuale, sui beni pignorati (Cassazione n. 10599/2009). A tutela del concorso, restano fermi gli effetti conservativi del pignoramento originario a favore dell'intera massa dei creditori – e non solo del creditore procedente – anche nell'ipotesi in cui il curatore decida di non proseguire nell'esecuzione individuale (così Cassazione n. 25802/2015). Unica eccezione è costituita dall'ipotesi in cui sia eventualmente sopravvenuta una causa di inefficacia del pignoramento stesso, la quale, benché non dichiarata dal giudice dell'esecuzione opera *ex tunc* e automaticamente (così Cassazione n. 24442/2010, resa in un'ipotesi di mancato deposito della documentazione ex articolo 567, c.p.c.). In alternativa, l'ufficio fallimentare può reputare conveniente appropriarsi dei risultati dell'attività processuale già svolta, anche in considerazione della fase avanzata cui sia già pervenuta la procedura individuale o delle caratteristiche del bene (ubicazione, titolarità in capo al fallito solo di una quota del diritto pignorato).

Gli effetti del provvedimento di apertura

Il divieto di azioni esecutive presuppone sempre che la proposta di accordo, il piano del consumatore o la domanda di liquidazione siano già stati elaborati e depositati. Non solo. Poiché l'inibitoria esecutiva è contenuta nel decreto di apertura si presuppone che il giudice della procedura concorsuale abbia già positivamente vagliato i requisiti di legge e la completezza della domanda; nessun arresto dell'esecuzione singolare può derivare dal deposito dell'istanza del debitore volta a ottenere la nomina dell'organismo di composizione della crisi o comunque prima del provvedimento di apertura. Né l'intenzione di proporre un accordo di composizione della crisi o un piano del consumatore integra un grave motivo che giustifichi ai sensi dell'[articolo 624](#), c.p.c. la sospensione dell'esecuzione forzata promossa dal creditore. Ciò in quanto solo il giudice della procedura concorsuale può con la pronuncia del decreto di apertura disporre la sospensione delle procedure esecutive pendenti.

Il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità (temporanea) solo dopo aver preso atto del provvedimento di apertura della procedura di accordo, di piano del consumatore (specificando in quest'ultimo caso qual è l'esecuzione interessata dalla sospensione che ostacola la fattibilità del piano) o di liquidazione.

Anche in tutte queste fattispecie il giudice adotta un provvedimento di sospensione necessaria *ex* [articolo 623](#), c.p.c., che presenta carattere meramente ricognitivo e riveste la forma dell'ordinanza, in quanto presuppone la convocazione delle parti, per consentire ai creditori di dedurre circostanze impeditive alla sospensione come quando l'esecuzione tende a recuperare crediti impignorabili o crediti posteriori su beni che non sono oggetto dell'accordo o del piano.

Come avviene per l'improcedibilità determinata dalla domanda di concordato preventivo, il giudice dell'esecuzione non può ordinare la cancellazione della trascrizione del pignoramento: la sospensione opera per un lasso di tempo circoscritto, senza interferire con l'efficacia degli atti anteriori e il regime processuale coincide, quindi, con quello di cui all'[articolo 626](#), c.p.c..

Sicché, al giudice dell'esecuzione è preclusa la pronuncia dell'ordinanza di autorizzazione a vendita o assegnazione, ma gli atti esecutivi in precedenza compiuti, come il pignoramento o l'aggiudicazione, rimangono validi ed efficaci.

Di contro se l'aggiudicazione è ormai intervenuta, la sospensione non interferisce con il termine per il versamento del saldo prezzo stabilito nell'ordinanza di autorizzazione a vendere e il subprocedimento di vendita è, dunque, destinato a proseguire: il giudice, una volta riscontrato il tempestivo versamento del saldo del prezzo da parte dell'aggiudicatario, è tenuto da un lato a emettere il decreto di trasferimento *ex* [articolo 586](#), c.p.c.; dall'altro, qualora l'accordo o il piano del consumatore siano stati

omologati, l'importo saldato dall'aggiudicatario (unitamente alle cauzioni già confiscate e ai frutti del bene) va accantonato e versato al liquidatore per consentire l'adempimento della proposta ovvero, nella procedura di liquidazione del patrimonio, deve essere consegnato al liquidatore per l'esecuzione del programma ex [articolo 14-novies](#), L. 3/2012.

Laddove, invece, il saldo non risulti eseguito nei termini e con le modalità stabilite dall'ordinanza di vendita, il giudice dell'esecuzione deve pronunciare la decadenza dell'aggiudicatario ex [articolo 587](#), c.p.c., con la conseguenza che:

- la somma versata dall'aggiudicatario inadempiente rimane accantonata a favore della procedura concorsuale; e
- al giudice dell'esecuzione è preclusa disporre una nuova vendita ai sensi dell'articolo 587, comma 2, c.p.c.. Gli obblighi di custodia permangono, in ogni caso, e in particolare, il dovere del custode - precedentemente nominato dal giudice dell'esecuzione - di continuare a riscuotere gli eventuali canoni di locazione, quali frutti civili cui si estende il pignoramento ex [articolo 2912](#), cod. civ..

Una volta sospesa l'esecuzione possono verificarsi 2 diverse situazioni.

La prima. Il bene pignorato viene venduto in esecuzione dell'accordo, del piano o del programma di liquidazione. In questo caso la cancellazione del pignoramento è ordinata dal giudice della procedura concorsuale, con un decreto purgativo dei vincoli pregressi, sulla falsariga di quanto prevede l'[articolo 108](#), comma 2, L.F. ovvero dell'[articolo 182](#), comma 5, L.F. ([articolo 13](#), comma 3, L. 3/2012 per accordo e piano; [articolo 14-novies](#), comma 3, L. 3/2012 per liquidazione). Laddove invece il liquidatore abbia deciso di subentrare nell'esecuzione individuale, ai sensi dell'[articolo 14-novies](#), comma 2, L. 3/2021 la vendita prosegue con le regole del c.p.c. e quindi con l'emissione del decreto di trasferimento ex [articolo 586](#), c.p.c.. Solo una volta che il bene sottoposto a pignoramento è stato venduto, l'esecuzione può definitivamente arrestarsi con un provvedimento di estinzione atipica; a un tempo, il giudice dell'esecuzione liquida gli ausiliari per l'attività svolta, ponendo il pagamento a carico del creditore procedente, a titolo di anticipazione ai sensi dell'[articolo 8](#), D.P.R. 115/2002, per consentirgli il recupero delle somme in sede concorsuale.

La seconda. L'accordo o il piano non vengono omologati oppure, ove omologati, cessano di produrre effetti per il verificarsi delle situazioni patologiche previste dagli articoli [11](#), [12](#), comma 4 e [14-bis](#), L. 3/2012 (vale a dire: mancato pagamento di quanto dovuto alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; compimento di atti in frode; risoluzione dell'accordo; mancato pagamento dei crediti impignorabili e dei crediti per i quali è consentita solo la dilazione). Ebbene, in questi casi il creditore procedente (o altro intervenuto munito di titolo esecutivo)

è legittimato alla riassunzione del processo a norma dell'[articolo 627](#), c.p.c.. Laddove il giudice non abbia fissato un termine per la riassunzione, essa deve comunque essere effettuata, a norma dell'articolo 627, c.p.c., entro 6 mesi dal passaggio in giudicato del decreto con cui il Tribunale ha dichiarato la cessazione degli effetti.

Rimane fermo che la dichiarazione di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano non pregiudica i diritti nel frattempo acquistati dai terzi in buona fede ([articolo 14-bis](#), comma 5, L. 3/2012): qualora il bene pignorato sia già stato aggiudicato a un terzo nell'ambito della procedura concorsuale, l'esecuzione individuale dovrebbe comunque arrestarsi a causa del sopravvenuto venir meno dell'oggetto del pignoramento.

Per le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (ristrutturazione dei debiti del consumatore e concordato minore) sono previste misure protettive (rispettivamente agli articoli [70](#) e [78](#) del Codice) disciplinate in maniera specifica, anche in relazione al procedimento. In linea generale va detto che le innovazioni apportate dal Codice della crisi alle misure protettive sono meno rilevanti rispetto al nuovo regime disegnato per il concordato preventivo: il Legislatore ha, difatti, confermato per l'imprenditore agricolo o sotto soglia, professionista e consumatore l'assetto della legge sul sovraindebitamento già illustrata. Analogamente a quanto previsto oggi per la procedura di accordo dall'[articolo 10](#), comma 2, lettera c), L. 3/2012, il decreto di apertura dispone, fino all'intervenuta definitività del decreto di omologazione del concordato minore (tale è la nuova denominazione assunta dall'accordo di composizione della crisi), il divieto a pena di nullità, d'iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, sequestri conservativi e di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore da parte dei creditori anteriori. A differenza del regime attuale dove l'inibitoria costituisce un effetto automatico del decreto di apertura, l'articolo 78, comma 2, lettera d), del Codice prescrive però un'apposita istanza del debitore, escludendo espressamente l'attivazione ipso iure del meccanismo di protezione, destinato così ad operare in un momento successivo. In definitiva, l'inibitoria delle azioni esecutive è sottoposta a 2 condizioni:

1. l'istanza del debitore;
2. l'apertura della procedura che presuppone, a sua volta, che la proposta abbia superato il vaglio preliminare di ammissibilità.

Alla luce di tali rilievi va precisato come le misure protettive non costituiscano affatto un elemento necessario del decreto di apertura della procedura di concordato minore.

Vi è inoltre differenza tra la disciplina delle misure protettive nel concordato c.d. minore dove le misure protettive sono un effetto esclusivo del decreto di apertura e quella propria del concordato preventivo

e della domanda di omologa degli accordi di ristrutturazione, procedure in cui il debitore può beneficiare delle misure protettive ex articoli [54](#) e [55](#) del Codice sin dalla pubblicazione della domanda di cui all'[articolo 40](#) del Codice nel Registro Imprese, sempre che ne abbia fatto apposita istanza. Si aggiunga che mentre gli articoli 54 e 55 del Codice si riferiscono genericamente alle c.d. misure protettive, l'[articolo 78](#), comma 2, lettera d) del Codice ne elenca espressamente il contenuto posto che:

«non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, né disposti sequestri conservativi, né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore».

Il decreto che non disponga l'inibitoria delle azioni esecutive è reclamabile al collegio.

Quanto alla durata delle misure protettive si prevede che il giudice, in caso di rigetto dell'omologazione, pronunci un decreto motivato contenente l'inefficacia delle misure protettive eventualmente accordate ([articolo 80](#), comma 5 del Codice). È appena il caso di precisare che anche ove difetti una esplicita statuizione del giudice, le suddette misure rimangono comunque caducate: si tratta di un effetto automatico del rigetto che non è subordinato ad alcuna ulteriore circostanza o valutazione da parte del giudice; la statuizione sulla caducazione delle misure protettive accordate ha, dunque, carattere meramente dichiarativo. Ciò non toglie che le misure protettive perdono efficacia *ex nunc*, pertanto gli atti esecutivi compiuti in violazione dei divieti debbono, anche in questo caso, essere rinnovati.

Resta da dire che nel regime attuale la sospensione, per espressa disposizione normativa, non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili di cui all'[articolo 545](#), c.p.c.. Nessun riferimento a tale tipologia di creditori si rinviene nel Codice della crisi; con ogni probabilità la scelta del Legislatore è una diretta conseguenza del fatto che, a differenza dell'[articolo 12-bis](#), comma 3, L. 3/2012, (in forza del quale il contenuto del piano prevede il pagamento integrale dei crediti impignorabili, che sono essenzialmente quelli alimentari), la libertà di contenuto del piano non è limitata dalla previsione in parola. Resta fermo che i crediti suddetti rimangono privilegiati e quindi la relativa causa di prelazione deve essere rispettata.

Le misure protettive nella procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore e nella liquidazione controllata

Per la c.d. procedura di «ristrutturazione dei debiti del consumatore» - procedura che corrisponde all'attuale piano del consumatore - l'[articolo 70](#), comma 4 del Codice, ripropone la disciplina dell'[articolo 12-bis](#), comma 2, L. 3/2012.

Il giudice può limitare, secondo la propria discrezionalità, la sospensione alle sole esecuzioni pendenti (nulla si dice sui procedimenti per sequestro conservativo) idonee a pregiudicare la fattibilità del piano; esecuzioni singolari che, come per l'attuale piano del consumatore, vanno espressamente individuate nel decreto di apertura della procedura.

Rispetto all'attuale regime la seconda parte del comma 4, [articolo 70](#) del Codice prevede però una novità: il giudice, sempre su istanza del debitore, può altresì disporre:

«il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del consumatore, nonché le altre misure idonee a conservare l'integrità del patrimonio fino alla conclusione del procedimento».

In questo modo, il Legislatore attribuisce al giudice un potere più ampio di quello attuale, diretto anche a inibire – fino all'omologa – l'inizio di azioni esecutive e addirittura di quelle cautelari.

Nella procedura di ristrutturazione, l'effetto sospensivo non è, dunque, generale, né automaticamente comminato dal decreto di apertura.

Quanto agli effetti sul processo esecutivo, va detto che all'adozione dell'inibitoria di cui all'articolo 70, comma 4, de Codice consegue la sospensione del processo esecutivo, disposta dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'[articolo 623](#), c.p.c.; nessuna interferenza è invece prevista per i procedimenti cautelari già pendenti. Di contro, laddove il giudice delegato, per conservare l'integrità del patrimonio, abbia espressamente disposto l'inibizione delle azioni esecutive e cautelari, i pignoramenti e le istanze di sequestro effettuati dopo l'apertura della procedura sono *ex se* inefficaci⁶⁷. Si è detto che l'ultima parte del comma 4, articolo 70 del Codice consente al giudice di disporre altre misure idonee a conservare l'integrità del patrimonio: in altre parole il giudice può vietare la costituzione di ipoteche e pegni⁶⁸.

Sulla falsariga di quanto previsto per l'attuale piano del consumatore, anche nella nuova ristrutturazione dei debiti, la discrezionalità riconosciuta al giudice impone, inoltre, il vaglio positivo sia sul *periculum* in mora, sia sul *fumus boni iuris*, stante la natura latamente cautelare di tale decisione. Quanto alla sussistenza del *periculum*, deve individuarsi nel fatto che quella determinata esecuzione impedisce in concreto l'attuazione del piano. La motivazione sulla sussistenza del *fumus* si ritiene, invece, implicitamente contenuta nella parte del provvedimento sulla fattibilità e sulle altre condizioni di ammissibilità; vale a dire che è implicitamente contenuta nella valutazione della relazione

⁶⁷ Con la precisazione che l'eventuale vizio del pignoramento può essere dedotto dal debitore per mezzo dell'opposizione ex articolo 615, c.p.c. e che il sequestro conservativo – se concesso – è idoneo all'esercizio dell'azione esecutiva ove venisse emessa la sentenza di merito, senza però precludere la conversione in pignoramento:

⁶⁸ In riferimento, invece, ai privilegi che originano *ex lege*, tale inibitoria non può operare in quanto si tratta di qualità del credito indipendenti dall'iniziativa dei creditori.

particolareggiata e della completezza della documentazione, anche in relazione all'assenza di atti in frode.

Rispetto all'attuale disciplina, dove le misure protettive hanno un lasso di tempo molto breve (il termine finale coincide con il momento della convocazione dei creditori), nel nuovo comma 4 il patrimonio del consumatore può essere preservato dalle iniziative dei singoli creditori fino, come anticipato, alla conclusione del procedimento e cioè fino alla conseguita definitività del decreto di omologa. Le misure protettive sono peraltro destinate a essere revocate, su istanza dei creditori o anche d'ufficio, laddove siano posti in essere, nel corso della procedura, atti in frode. Analoga soluzione si impone per gli atti in frode anteriori commessi dal debitore anteriormente ex [articolo 72](#), del Codice; ciò sul presupposto che il giudice avrebbe dovuto negare la sussistenza dei requisiti per l'omologa e, pertanto, le misure protettive accordate andrebbero comunque revocate ai sensi del comma 2, [articolo 70](#) del Codice.

Quanto alla procedura di liquidazione del sovraindebitato che, nel nuovo Codice assume la denominazione di liquidazione controllata, c'è da segnalare che l'[articolo 270](#), comma 5 del Codice rinvia espressamente alla disciplina propria della liquidazione giudiziale e, in particolare, agli articoli [150](#) e ss., dove si prevede, sulla falsariga dell'[articolo 51](#), L.F. che:

«salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura».

Si aggiunga che il comma 2, [articolo 275](#) del Codice dispone che nella liquidazione controllata «Si applicano le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale».

Tale sistema di rinvii e richiami impone di riassumere i principi fondamentali - limitatamente alla indagine qui condotta - della liquidazione controllata nei seguenti punti fondamentali.

In primo luogo, come nella disciplina attuale - stabilita dall'[articolo 14-quinquies](#), comma 2, lettera b), L. 3/2012 e dall'articolo 51, L.F. - l'*automatic stay* opera in forza della pronuncia del provvedimento di apertura.

Inoltre, come nella disciplina attuale (in forza dell'ultima parte del comma 2, [articolo 14-novies](#), L. 3/2012 e dell'[articolo 107](#), comma 6, L.F. confluito inalterato nell'[articolo 216](#), comma 10 del Codice), se alla data di apertura della procedura di liquidazione sono pendenti procedure esecutive il liquidatore può subentrarvi in luogo del creditore procedente: il meccanismo è lo stesso adottato per la prosecuzione (o l'improcedibilità) delle esecuzioni pendenti su istanza del curatore fallimentare che si è visto precedentemente.

Da ultimo, il rinvio esplicito operato dal comma 5, [articolo 270](#) all'[articolo 150](#) del Codice attribuisce al creditore fondiario il potere di iniziare o proseguire le azioni esecutive, in sintonia con quanto accade nella liquidazione giudiziale: è questa a parere di chi scrive la novità più rilevante apportata dal Legislatore alla procedura di liquidazione che nel regime attuale non contempla - come visto sopra - alcun privilegio processuale a favore del creditore fondiario.



Euroconference
Editoria


“ (
NUOVA USCITA
MAGGIO 2020
) »



GUIDA OPERATIVA PER LO STUDIO E IL CONTRASTO DEI NUOVI MECCANISMI DI FRODE FISCALE TRANSNAZIONALE

Autori: Marco Bargagli, Alberta Gavasso, Fernando Micia, Marco Thione e Lucio Vaccaro

Prezzi di listino	Versione cartacea	Versione e-book
	€ 20,00	€ 17,00 + IVA 4%

ACQUISTA ORA

Crisi e risanamento n. 41/2020

Il debitore incapiente e l'opportunità di esdebitazione offerta dal nuovo Codice

di Giulio Pennisi – dottore commercialista

L'[articolo 283](#) del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 14/2019) introduce un nuovo istituto che disciplina la esdebitazione del debitore incapiente, consentendo alla persona fisica meritevole che non è in grado di offrire alcuna utilità ai propri creditori, la possibilità di liberarsi da tutti i debiti contratti. La norma, per le sue peculiarità, rappresenta un unicum nell'ambito delle procedure concorsuali e potrà essere applicata solo alle istanze che saranno depositate in Tribunale dopo l'entrata in vigore della riforma, attualmente prevista il 1° settembre 2021.

L'esdebitazione della persona fisica incapiente: limiti soggettivi e oggettivi

Fra le tante novità che saranno introdotte dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, particolare rilievo merita l'istituto della esdebitazione del debitore "incapiente", descritto all'articolo 283. La norma consentirà alle persone fisiche meritevoli, per una sola volta nella vita, la possibilità di richiedere al giudice l'emissione di un decreto che dichiara inesigibili i crediti derivanti dalle obbligazioni contratte, anche se non residuali alla completa esecuzione di una procedura concorsuale. Sul piano sostanziale, l'istituto deriva dall'omologa previsione della vigente norma fallimentare (Capo IX, Titolo II, articoli [142-144](#), L.F.) che consente la liberazione per il debitore, delle eventuali obbligazioni rimaste insoddisfatte alla chiusura del fallimento mediante l'istanza che va presentata entro un anno dalla chiusura della procedura e in presenza di specifiche condizioni fra cui la parziale soddisfazione dei creditori concorsuali. Come è noto, a tenore dell'[articolo 120](#), comma 3 del Codice una volta chiuso il fallimento, "i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi": a seguito del decreto di chiusura, dunque, il fallito resta debitore verso i creditori non soddisfatti, sia che questi abbiano ottenuto l'ammissione al passivo, sia che siano rimasti estranei al fallimento, non insinuando i loro crediti. È pertanto palese che, nella norma attuale, la cessazione della procedura concorsuale non produce alcuna automatica "cancellazione" dei debiti rimasti insoddisfatti. Di contro, i creditori, potranno far valere i loro diritti residui, operando in assenza di *par conditio* e intraprendendo le azioni esecutive individuali sospese per effetto della procedura. L'esdebitazione, quindi, è allo stato attuale, un beneficio riservato al solo "fallito persona fisica", e

consiste nella “*liberazione dai debiti residui*”. Nella riforma si è inteso ampliare la portata dell’istituto anche alla luce degli interventi della giurisprudenza di merito e di legittimità, tanto da configurarlo come uno strumento pressoché automatico e appannaggio del debitore che ha subito una procedura liquidatoria onde consentirgli il reinserimento nella vita socio economica, noto come la ripartenza, il *fresh start* mutuato dal diritto anglo americano: il fine del meccanismo, infatti, è quello di considerare la procedura liquidatoria o di composizione della crisi, un momento patologico della vita dell’impresa (o del consumatore nel caso del sovraindebitamento) che, per gli effetti, subirà la liquidazione di tutti i beni componenti l’azienda nonché dell’intero patrimonio personale del debitore persona fisica. Il debitore, subiti gli effetti sfavorevoli, avrà sempre la possibilità giuridica di superare la procedura che, una volta conclusa e in presenza di requisiti soggettivi e oggettivi non legati a una minima soddisfazione del ceto creditorio, gli consentirà di poter ripartire con gli eventuali e residui beni non attratti alla liquidazione e con la facoltà di avere nuovi rapporti giuridici sostanziali. Tale è l’ottica della esdebitazione che trova causa nella procedura concorsuale, ma, nel contempo, rappresenta l’effetto alla conclusione della stessa.

L’esdebitazione dell’incapiente di cui ci si occupa, invece, non riposa sulla conclusione di una pregressa procedura concorsuale, bensì vive di vita propria garantendo ai debitori meritevoli, il beneficio automatico del *fresh start* in assenza della conclusione di una delle procedure di composizione della crisi e/o concorsuali. Potrà ottenere il beneficio della esdebitazione, il debitore persona fisica meritevole, che “*non sia in grado di offrire alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura, può accedere alla esdebitazione solo per una volta, fatto salvo l’obbligo di pagamento del debito entro 4 anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al 10%*” ([articolo 283](#), comma 1 del Codice) esclusi i finanziamenti in qualsiasi forma erogati. In altri termini, l’effetto esdebitativo è riconosciuto come un beneficio direttamente collegato a un debitore che non può garantire – e non potrà farlo in futuro in un lasso di tempo individuato – alcun bene o reddito tale da soddisfare in misura seppur minima i propri creditori, rendendo inefficace, se non inutile, l’apertura di una qualsiasi procedura liquidatoria.

L’accesso sarà quindi consentito al debitore persona fisica senza alcun riferimento ulteriore allo *status* del richiedente. L’incapienza derivante dallo stato oggettivo di crisi economico finanziaria che impedisce una minima soddisfazione delle obbligazioni contratte, non si riferisce a ulteriori requisiti soggettivi del debitore e alle motivazioni per cui le obbligazioni residue furono sottoscritte. Ragion per cui, l’esdebitazione dell’incapiente potrà essere richiesta da tutte le persone fisiche senza alcuna distinzione fra consumatori, imprenditori o soci illimitatamente responsabili. Nel silenzio della norma

che non richiama alcun ulteriore requisito, ma soprattutto nella misura in cui l'istituto, come ribadito, non necessita della preventiva esecuzione di una procedura concorsuale, si può concludere che esso si rivolgerà a tutti i debitori persone fisiche, qualunque sia la qualificazione socio economica in cui hanno assunto le obbligazioni insoddisfatte, purché essi si trovino nella condizione oggettiva di non poter offrire alcuna utilità e di poter essere definiti meritevoli. Resteranno pertanto escluse le società e/o tutti gli altri enti collettivi cui l'esdebitazione della riforma potrà essere eventualmente pronunciata solo a seguito della conclusione di una delle procedure di composizione o di liquidazione previste. L'approccio sottolinea la natura eccezionale dello strumento che è quindi destinato a tutte le persone fisiche descritte all'[articolo 2](#), comma 1, lettera c) del Codice.

La quantificazione di tali utilità sarà riservata all'organismo di composizione della crisi che accompagnerà il debitore nella procedura. Sarà infatti l'organismo a indicare al giudice e ai creditori, la rilevanza delle utilità prodotte dal debitore su base annua ([articolo 283](#), comma 2 del Codice), calcolate quale *surplus* differenziale fra il reddito prodotto dal debitore e quanto occorre alla sua produzione e al mantenimento proprio e della sua famiglia. In buona sostanza, la riforma richiama la formulazione del *quantum* da offrire ai creditori nell'ipotesi di accordo del debitore o del piano del consumatore della L. 3/2012, quale requisito fondante, in quei casi, la fattibilità della ristrutturazione del debito. Ma v'è una differenza sostanziale nel caso di cui ci si occupa: mentre nella riforma sopravvive l'assunto che perché un piano sia fattibile esso deve consentire al debitore di assicurare una somma ai propri creditori tenendo conto delle spese minime di sostentamento del nucleo familiare – liquidate in forza di una valutazione empirica effettuata dall'OCC -, nella richiesta di esdebitazione dell'incapiente, la rilevanza dell'utilità potenziale da offrire ai creditori, è dedotta con uno specifico calcolo. Il comma 2, articolo 283 del Codice stabilisce che siffatta valutazione deve essere effettuata al netto delle spese di produzione del reddito e per quanto occorrente al mantenimento proprio e del nucleo familiare del debitore, calcolando tale ultimo valore per l'importo pari:

“all'assegno sociale aumentato della metà moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE” (introdotto con D.P.C.M. 159/2013).

L'organismo, al fine di obliterare immediatamente l'istanza che non poggia sul requisito oggettivo, dovrà dapprima verificare che non vi siano beni tali da poter garantire la soddisfazione dei creditori in misura almeno pari al 10% e né che ve ne saranno nel periodo dei 4 anni successivi attraverso il *cash flow* dei redditi attesi al netto delle spese a sostenersi per produrli e per quanto necessario alla “sopravvivenza”

del nucleo familiare così calcolata⁶⁹. I requisiti di accesso sono pertanto di natura estremamente chiara e definita: il richiedente è sempre una persona fisica che possiede utilità (*id est* redditi) tali da non consentire una minima e precisa soddisfazione dei creditori al netto della quota “indisponibile” calcolata come descritto al comma 2, [articolo 283](#) del Codice.

Tali limiti ben si attagliano con l'ulteriore requisito di accesso: la meritevolezza del debitore incapiente. La norma è stringata e lascia ampio spazio alla interpretazione del concetto (*l'incipit* della rubrica è “*il debitore persona fisica meritevole*”) che non trova ulteriore riferimento nel *corpus* della riforma. Per analogia, un primo riferimento potrebbe essere quello dell'[articolo 69](#), comma 1 del Codice nella misura in cui si limita l'accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore al debitore che abbia cagionato la propria situazione di sovraindebitamento con “*colpa grave, malafede o frode*”. Non potrà mai essere considerato meritevole l'incapiente che abbia agito con la consapevolezza (profilo psicologico) di sottoscrivere obbligazioni ben sapendo di non essere in grado di poterle adempiere ovvero, in caso di malafede, aver compiuto deliberatamente atti tesi a frodare le ragioni dei creditori. Di converso, però, il rapporto fra il debitore e il creditore che ha concesso il finanziamento, deve essere oggetto di ulteriore valutazione. L'OCC (articolo 283, comma 5 del Codice), nella relazione di cui si dirà a breve e che va allegata all'istanza, dovrà evidenziare se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento di cui v'è obbligazione residua insoddisfatta, abbia tenuto o meno conto del merito creditizio del debitore, sulla base del suo reddito disponibile e dedotto l'importo necessario al sostentamento suo e del nucleo familiare come calcolato al comma 2. Siffatto riferimento ha portata eccezionale: sarà l'organismo che esprimerà il giudizio circa il comportamento dell'operatore

⁶⁹ Un esempio numerico può agevolare l'applicazione operativa del calcolo nel caso di un debitore che non possiede beni da offrire ai creditori eccezion fatta per il reddito prodotto. La scala di equivalenza ISEE del D.P.C.M. 159/2013 è la seguente:

Numero componenti	Parametro	
1	1,00	Maggiorazione di 0,35 per ogni ulteriore componente;
2	1,57	Maggiorazione dello 0,5 per ogni componente con disabilità media, grave o non autosufficiente;
3	2,04	Maggiorazione di 0,2 in caso di presenza nel nucleo di tre figli, 0,35 in caso di 4 figli, 0,5 in caso di almeno 5 figli;
4	2,46	Maggiorazione di 0,2 per nuclei familiari con figli minori, elevata a 0,3 in presenza di almeno un figlio di età inferiore a 3 anni compiuti, in cui entrambi i genitori o l'unico presente abbiano svolto attività di lavoro o di impresa per almeno 6 mesi nell'anno di riferimento dei redditi dichiarati. La maggiorazione si applica anche in caso di nuclei familiari composti esclusivamente da genitore solo non lavoratore e da figli minorenni. Ai soli fini della maggiorazione, fa parte del nucleo familiare anche il genitore non convivente, non coniugato con l'altro genitore, che abbia riconosciuto i figli, a meno che non ricorrano casi specifici;
5	2,85	Per la determinazione del parametro della scala di equivalenza, il componente del nucleo, che sia beneficiario di prestazioni sociosanitarie residenziali a ciclo continuativo o si trovi in convivenza anagrafica e non sia considerato nucleo familiare a se stante, incrementa la scala di equivalenza, calcolata in sua assenza, di un valore pari a 1.

Nell'ipotesi, il debitore vive in una famiglia monoreddito (per almeno 6 mesi) composta dai 2 genitori e 2 figli minori di età superiore ai 3 anni, di cui uno con disabilità media. Il valore dell'assegno sociale è attualmente pari a 460 euro che, applicato l'incremento del 50%, produce un valore di base di 690 euro. Tale importo va moltiplicato per l'indicatore della scala di equivalenza ISEE (nel caso descritto 3,16): pertanto il valore minimo garantito (euro 690,00 x 3,16 = 2.180,40 per 12 mensilità) sarà pari a 26.164,80 euro. L'importo così calcolato rappresenta la quota indisponibile per il potenziale soddisfacimento dei creditori: il debitore è incapiente ai sensi del comma 1, articolo 283 del Codice, laddove le ulteriori eccedenze rispetto all'importo di 26.164,80 euro, prodotte nei 4 anni successivi, non consentiranno, in ogni caso, la soddisfazione dei creditori in misura pari almeno al 10% delle obbligazioni rimaste insoddisfatte al momento della domanda.

professionale-finanziatore ex [articolo 124-bis](#), Tub teso a una valutazione di merito che poggia sulla correlazione fra la condotta del debitore e quella del creditore sulla scia dell'indirizzo giurisprudenziale finora formatosi con riferimento al piano del consumatore ex L. 3/2012. Laddove il finanziatore (*id est* creditore) abbia adottato una condotta tesa a una non corretta e carente informazione tale da aver influenzato la incolpevole scelta del cliente (*id est* debitore), non si potrà assumere in capo al debitore una condotta colposa che abbia determinato la situazione di dissesto valutata dall'OCC. È pertanto evidente che il principio della meritevolezza non potrà più essere declinato solo ed esclusivamente quale applicazione di comportamenti del debitore diligenti e consapevoli nell'assunzione delle obbligazioni (sostenibili), ma si amplia fino a ritenere sempre meritevole il debitore che, al momento della sottoscrizione della obbligazione, ancorché non avesse la prospettiva concreta di poter "onorare" il prestito, lo abbia sottoscritto in forza della carente informazione pervenuta dall'erogatore il finanziamento: ciò in quanto la verifica richiesta nel comma 5, [articolo 283](#) del Codice ha per oggetto, non già il comportamento del debitore, ma quello tenuto dal creditore nella valutazione del merito creditizio. Tant'è che, nella fattispecie, il comportamento assunto dal finanziatore non implica immediate conseguenze sul piano delle sanzioni a suo carico in tema di risarcimento del danno, bensì una forma di responsabilità circa l'inadempimento o l'incapienza del debitore conseguente alla costituzione del rapporto obbligatorio⁷⁰.

La procedura e gli atti dell'OCC

A tali conclusioni si giunge anche mediante l'analisi della documentazione che il testo richiede sia, a pena di inammissibilità, allegata a corredo dell'istanza. La procedura, che nella fase stragiudiziale ha certamente il suo avvio nel conferimento dell'incarico all'organismo competente, inizia con la domanda che il debitore, per il tramite dell'OCC, deve depositare presso il Tribunale competente (in merito si segnala che non v'è riferimento esplicito all'[articolo 27](#) del Codice in tema di competenza e domicilio del debitore, ma è pacifico che, nel silenzio del testo, essa sia quella ivi descritta) unitamente alla seguente documentazione:

- a) l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute;
- b) l'elenco degli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi 5 anni;
- c) la copia delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni;

⁷⁰ Si ricorda che l'attuale formulazione dell'articolo 69 comma 2 del Codice, prevede che, laddove l'OCC rilevi che il creditore abbia colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis, Tub, questi "non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore".

d) l'indicazione degli stipendi, delle pensioni, dei salari e di tutte le altre entrate del debitore e del suo nucleo familiare.

L'organismo, inoltre, deve allegare alla domanda una propria relazione (particolareggiata o attestativa?) che, frutto dell'attività di indagine e di verifica della documentazione offerta dal debitore, descriva in modo esaustivo e analitico:

- a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni;
- b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte;
- c) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori;
- d) la valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda.

A ben vedere, tanto i documenti che il debitore deve allegare alla domanda, che lo schema della relazione dell'OCC, sono pressappoco i medesimi richiamati in tema di procedura di omologa della istanza di ristrutturazione del piano del consumatore ex [articolo 68](#), comma 2 del Codice. Le uniche differenze si evidenziano nella assenza dell'obbligo di indicare i presunti costi della procedura (che, nel caso specifico sono ridotti alla metà) e, di converso, nell'obbligo di indicare gli eventuali atti posti in essere dal debitore e impugnati dai creditori, sottolineando la necessità per il giudice di conoscere subito eventuali pregiudizi arrecati al ceto creditorio che di fatto impedirebbero la concessione del beneficio quali potenziali atti in frode. L'organismo deve quindi rendere esplicita la situazione del debitore incapiente e relazionare circa la diligenza spiegata nel contrarre le obbligazioni e i fatti che hanno comportato la impossibilità sopravvenuta di poterle adempiere. In conclusione, l'approccio della novella guarda con maggiore *favor* al debitore tanto da mitigare e integrare il concetto di diligenza già enucleato nella L. 3/20212. La previsione normativa pone al centro della concessione del beneficio, la relazione che l'OCC rilascia al richiedente e dalla quale deve essere desunta l'assenza di atti del debitore posti in essere al fine di frodare le ragioni dei creditori, l'aver colposamente ricorso al credito con la consapevolezza di non poter adempiere alle obbligazioni assunte fino ad aver assunto una condotta dolosa e consapevole di tale incapacità ([articolo 283](#), comma 3 del Codice).

L'attività del giudice e il decreto di omologa: le tutele per i creditori

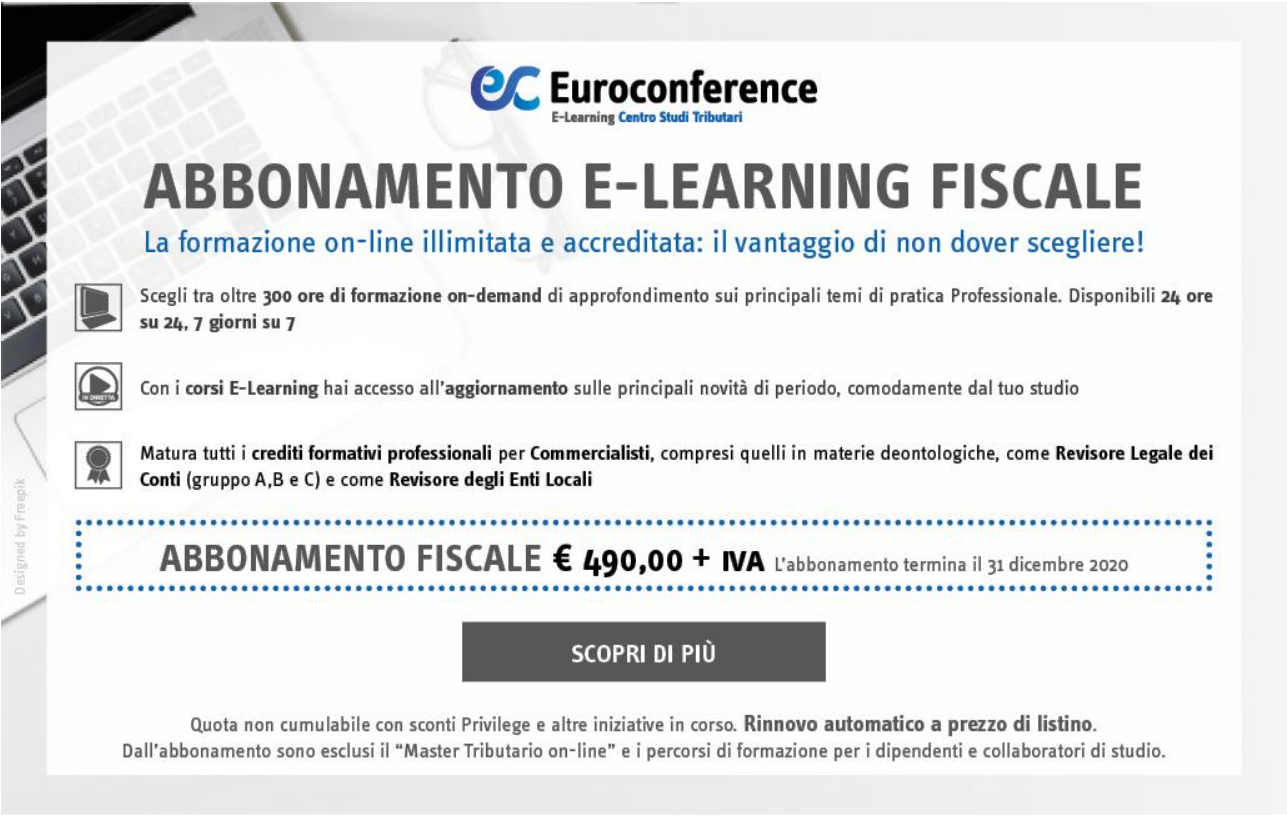
La procedura indicata nell'articolo in commento, non pone particolari dubbi interpretativi: sarà il giudice che, quale organo monocratico del Tribunale (sul punto interviene chiaro il comma 8, ultimo periodo, ove chiarisce che la decisione definitiva sia reclamabile in Corte d'Appello ex [articolo 50](#) del Codice)

vagliata la documentazione allegata alla domanda, e sulla base di una decisione che escluda l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento, con proprio decreto, rilascerà il provvedimento (provvisorio) di esdebitazione. Nel medesimo decreto saranno indicate anche le modalità e il termine entro il quale il debitore deve presentare, a pena di revoca del beneficio e ove positiva, la dichiarazione annuale relativa alle sopravvenienze rilevanti ai sensi dei commi 1 e 2. Il decreto di esdebitazione è quindi immediatamente efficace, ma, attesa la necessità di effettuare una valutazione a posteriori delle utilità sopravvenute e verificate mediante il calcolo già descritto nei 4 anni successivi al suo deposito, parrebbe sempre revocabile laddove muti la situazione del debitore incapiente tanto da obliterare il requisito di accesso e consentire ai creditori una soddisfazione superiore al 10%. La verifica sarà effettuata dall'OCC che, in ossequio alla disposizione del giudice, dovrà vigilare sulla tempestività del deposito della dichiarazione annuale fornita dal debitore circa le sopravvenienze rilevanti e, se il giudice ne facesse richiesta, compiere le verifiche necessarie per accertare l'esistenza di esse. Si tratta quindi di un atto a effetto immediato ma la cui completa efficacia è senz'altro subordinata alla decorrenza del termine quadriennale e al rispetto delle disposizioni di legge opportunamente integrate o ribadite dal giudice nel decreto di concessione.

Ma in tema di efficacia del decreto v'è di più.

La procedura detta infine specifiche disposizioni tese a consentire una partecipazione attiva dei creditori nella fase giudiziale. Si è già detto che non esiste specifica disposizione che rimandi alle attività dell'OCC nella fase di incarico e di predisposizione della domanda e dei suoi allegati, lasciando facoltà agli organismi di autoregolamentare le fasi di lavoro come già avviene nell'ambito della L. 3/2012 e del D.M. attuativo 202/2014. Pertanto, in tale momento, l'OCC effettuerà tutte le verifiche per giungere al giudizio di valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda cui è obbligato ai sensi della lettera d), comma 4, [articolo 283](#) del Codice. Ed è altrettanto condivisibile che la verifica possa essere attuata mediante riscontro con la consultazione delle banche dati e con i medesimi creditori cui chiedere conferma e certezza della obbligazione spiegata in atti. Ma è soprattutto nella fase di concessione del beneficio che i creditori potranno far valere ragioni e diritti che non siano stati, eventualmente, oggetto di valutazione: allorquando il decreto di concessione del beneficio sarà notificato al debitore e ai creditori, questi ultimi, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione, potranno proporre opposizione cui seguirà, decorsi ulteriori 30 giorni dall'ultima comunicazione di dissenso, il contraddittorio tra i creditori oppositori e il debitore nelle modalità che il giudice riterrà più opportune. Solo dopo tale fase, il decreto potrà essere confermato o revocato e quindi eventualmente opposto con reclamo in Corte d'Appello. Come per le altre procedure




della riforma, va ribadito la celerità cui il Legislatore auspica siano attuate le procedure di composizione ivi inclusa quella eccezionale della esdebitazione dell'incapiente: il decreto notificato al debitore e i creditori (sul punto il comma 8 non specifica a cura di chi, lasciando al giudice la facoltà di ritenere quali siano le modalità per la notifica al debitore e ai creditori) è da ritenersi provvisoriamente efficace in quanto condizionato, nella pienezza dei suoi effetti ad almeno 3 condizioni. La prima è che si superi la fase di eventuale contestazione che il creditore può proporre nel termine indicato; la seconda che l'atto non sia reclamato dal creditore (e quindi eventualmente accolto) in Corte d'Appello a norma dell'[articolo 50](#) del Codice e che nei 4 anni successivi al deposito del decreto, l'esdebitazione non sia revocata in ragione della mancata dichiarazione annuale del debitore che attesti la mancata sopravvenienza di utilità rilevanti ai sensi dei commi 1 e 2, [articolo 283](#) del Codice.



Euroconference
E-Learning Centro Studi Tributari

ABBONAMENTO E-LEARNING FISCALE

La formazione on-line illimitata e accreditata: il vantaggio di non dover scegliere!

-  Scegli tra oltre **300 ore di formazione on-demand** di approfondimento sui principali temi di pratica Professionale. Disponibili **24 ore su 24, 7 giorni su 7**
-  Con i corsi E-Learning hai accesso all'**aggiornamento** sulle principali novità di periodo, comodamente dal tuo studio
-  Matura tutti i **crediti formativi professionali** per **Commercialisti**, compresi quelli in materie deontologiche, come **Revisore Legale dei Conti** (gruppo A,B e C) e come **Revisore degli Enti Locali**

ABBONAMENTO FISCALE € 490,00 + IVA L'abbonamento termina il 31 dicembre 2020

SCOPRI DI PIÙ

Quota non cumulabile con sconti Privilege e altre iniziative in corso. **Rinnovo automatico a prezzo di listino.**
Dall'abbonamento sono esclusi il "Master Tributario on-line" e i percorsi di formazione per i dipendenti e collaboratori di studio.

Crisi e risanamento n. 41/2020

Il curatore si assume le responsabilità sanzionatorie del fallito

di Gianfranco Antico – pubblicista

In tema di sanzioni pecuniarie, qualora il contribuente sia stato dichiarato fallito, l'avvenuta irrogazione della sanzione per il mancato pagamento di un debito d'imposta sorto in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento esclude la rilevanza dell'elemento soggettivo della violazione e dell'impossibilità per il curatore di effettuare pagamenti a favore di singoli creditori in lesione della "par condicio creditorum", trovando la sanzione il suo presupposto in una violazione commessa quando l'imprenditore era ancora "in bonis". Sono queste le conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione nell'[ordinanza n. 8709/2020](#), che sostanzialmente non si discosta dalle precedenti pronunce, che a vario modo hanno fissato i perimetri della questione. Contestualizziamo la problematica, così da esaminare le ulteriori questioni connesse che investono il versante dei crediti e la responsabilità penale.

L'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8709/2020

La questione approdata a Piazza Cavour – e oggetto dell'ordinanza n. 8709/2020 – trae origine dall'impugnazione da parte di un curatore fallimentare di un avviso di accertamento per Irpeg, Irap e Iva, emesso dall'Agenzia delle entrate, per l'anno d'imposta 1999, deducendone l'illegittimità per carenza di prove e di motivazione.

La CTP di Campobasso accoglieva il ricorso, ritenendo privo di motivazione l'avviso di accertamento che richiama per *relationem* il pvc della G. di F..

L'appello proposto dall'Agenzia delle entrate veniva parzialmente respinto dalla CTR del Molise che riconosceva la legittimità dell'avviso di accertamento, ritenendo che il contribuente non avesse fornito alcuna prova dell'inerenza dei costi contestati; epurava tuttavia l'atto impositivo dalla parte riguardante le sanzioni che riteneva non potessero gravare sul curatore del fallimento il quale, nella sua qualità di terzo subentrante nell'amministrazione del patrimonio dell'impresa per l'esercizio dei poteri conferitigli dalla legge, non poteva rispondere delle azioni e delle omissioni, dolose o colpose, riferibili all'imprenditore fallito.

Avverso tale decisione, l'Agenzia delle entrate ha proposto ricorso per cassazione, censurando la sentenza impugnata, ritenendo che contrariamente a quanto affermato dalla CTR non vi è ragione per

distinguere il debito del fallito per le sanzioni tributarie da tutti gli altri debiti maturati prima del fallimento, a nulla rilevando che l'irrogazione delle sanzioni sopravvenga in pendenza della procedura concorsuale.

La doglianza dell'Agenzia ha trovato il conforto dei massimi giudici.

Invero, per la Corte, priva di qualsiasi pregio si appalesa la tesi della CTR secondo cui:

“alla società fallita non potrebbe ascriversi alcuna responsabilità per violazioni commesse dal fallito in bonis che ormai ricadrebbero sul curatore fallimentare privo di qualsiasi responsabilità per le violazioni stesse”.

I giudici di Piazza Cavour richiamano e fanno proprio un precedente per cassare la sentenza della CTR: la sentenza n. 25606/2006, secondo cui:

“in tema di sanzioni pecuniarie per violazioni delle leggi tributarie, qualora il contribuente sia stato dichiarato fallito, l'avvenuta irrogazione della sanzione per il mancato pagamento di un debito d'imposta sorto in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento esclude la rilevanza di qualsiasi considerazione attinente all'elemento soggettivo della violazione e all'impossibilità per il curatore di effettuare pagamenti a favore di singoli creditori in lesione della "par condicio creditorum", trovando la sanzione il suo presupposto in una violazione commessa quando l'imprenditore era ancora "in bonis", e fermo restando che la soddisfazione del relativo credito deve aver luogo secondo le regole del concorso (cfr. anche: sentenza n. 21078/2011)”.

Infatti:

“quanto dovuto dall'imprenditore a titolo di sanzione per le violazioni tributarie a lui ascrivibili impone al curatore gli stessi obblighi di qualsiasi altro debito dell'impresa, senza alcun riferimento al suo personale elemento soggettivo, che quindi non ha rilievo”.

Scrivono i giudici:

“il curatore del fallimento non è rappresentante, né successore del fallito, ma semplice terzo subentrante nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore fallito per l'esercizio dei poteri conferitigli dalla legge; ma tale qualità non determina alcuna successione personale, né alcuna estinzione del debito dell'imprenditore per le violazioni da lui commesse”.

I precedenti giurisprudenziali

La pronuncia dalla quale abbiamo preso le mosse richiama e fa proprio il principio già espresso dagli Ermellini con la sentenza n. 25606/2006, con cui si è pronunciata in materia di sanzioni irrogate al

contribuente fallito. Nel caso di specie, la controversia traeva origine da un avviso di irrogazione sanzioni, emesso a carico di una Snc a causa dell'omesso versamento dell'Iva per un determinato periodo d'imposta. Nei primi 2 gradi di merito venivano accolte le doglianze della curatela fallimentare che facevano leva sulla lesione della *par condicio creditorum* e sulla impossibilità di effettuare il versamento delle imposte, considerata l'insolvenza della società nel periodo d'imposta (oggetto del contendere) precedente a quello in cui veniva dichiarato il fallimento. La sentenza della CTR veniva impugnata dall'Amministrazione finanziaria, riproponendo, di fatto, quanto sostenuto nei gradi di merito: i giudici tributari potevano soltanto statuire in merito alla debenza delle sanzioni irrogate, e non in ordine alla insinuazione al passivo fallimentare e alla eventuale lesione della *par condicio creditorum*. Per la Corte, le censure svolte sul merito della pretesa tributaria meritano accoglimento, poiché il debito relativo alle sanzioni era sorto prima della dichiarazione di fallimento.

“Non viene, quindi, in considerazione, alcun problema circa l'esistenza dell'elemento soggettivo o l'impossibilità ad adempiere individualmente a obbligazioni, conseguenti al fallimento, essendosi verificata la violazione che costituiva il presupposto della sanzione quando l'impresa era in bonis. È ovvio che, una volta stabilita nella competente sede giurisdizionale l'esistenza del debito sulle sanzioni tributarie, la soddisfazione dello stesso dovrà avvenire secondo le regole del concorso.”

Principio successivamente confermato con la pronuncia n. 21078/2011, che non ha accolto il motivo addotto dal ricorrente, secondo cui alla curatela non potrebbe ascriversi alcuna responsabilità per violazioni commesse dal fallito *in bonis*, confermando il principio affermato nella sentenza della Cassazione n. 25606/2006.

Particolarmente interessante è la decisione della Corte di Cassazione [n. 23322/2018](#), che nel confermare – nel caso di fallimento del contribuente cui sia stata anteriormente irrogata una sanzione per violazioni di norme tributarie – la soddisfazione del relativo credito secondo le regole del concorso, si sofferma sulle ragioni:

“l'obbligazione nascente dalla sanzione tributaria, sebbene ascrivibile al genus delle obbligazioni di diritto pubblico essendo l'Amministrazione finanziaria controparte contrattuale, sottostà all'applicazione delle norme di diritto civile. Dunque, in quanto la sanzione tributaria costituisce un credito, tale credito sarà sottoposto alla disciplina civilistica sia che si verta nella fase fisiologia del rapporto obbligatorio - e un esplicito richiamo in tal senso è rinvenibile all'articolo 2752, cod. civ. che assegna privilegio generale sui mobili del debitore ai crediti dello Stato per le imposte e le sanzioni - sia che si verta nell'ambito di una procedura concorsuale, dovendo l'Amministrazione finanziaria soddisfarsi secondo le regole del concorso, nei modi stabiliti dalla legge. Al fallimento non è applicabile

analogicamente il principio dell'intrasmissibilità della sanzione agli eredi, di cui all'articolo 8, D.Lgs. 472/1997, in primo luogo, dovendosi ritenere tassativa tale ipotesi d'intrasmissibilità e, in secondo luogo, non ricorrendo i presupposti della trasmissione in quanto il fallimento non equivale alla morte dell'imprenditore bensì costituisce una procedura concorsuale liquidatoria a carattere universale volta al soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore il quale non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (articolo 5, L.F.), senza che si verifichi alcun fenomeno successorio. Inoltre, la stessa giurisprudenza di questa Corte ha rilevato che con la dichiarazione di fallimento il contribuente non viene privato della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario (Cassazione n. 3427/2002) anche nel corso della procedura concorsuale. Accanto a queste argomentazioni di ordine sistematico, vi è anche l'esigenza della certezza dell'adempimento del contribuente, non potendo trasformarsi il fallimento in un modo per sfuggire al pagamento delle sanzioni amministrative, in danno all'erario. Non può, infine, trovare accoglimento l'altra soluzione proposta la quale, ponendo l'accento sull'esigenza di evitare, anche sul piano fattuale, la traslazione dell'obbligazione sanzionatoria su soggetti diversi dall'autore dell'illecito e in specie sugli altri creditori concorrenti, opta per il differimento dell'esigibilità del credito sanzionatorio al momento in cui, eventualmente, il soggetto fallito tornerà in bonis. In tal modo, infatti, si avrebbe una illegittima postergazione dei crediti derivanti da sanzioni in contrasto con l'articolo 2572, cod. civ. il quale fissa una disciplina imperativa in ordine al privilegio in materia tributaria, del tutto uniforme tanto per le imposte quanto per le sanzioni. Deve, infine, essere disattesa l'eccezione d'illegittimità costituzionale fondata sulla violazione dell'articolo 27, Costituzione, sia per le ragioni già esposte, nel provvedimento impugnato, in tema di non applicabilità, alla fattispecie dedotta nel presente giudizio, del regime dell'intrasmissibilità agli eredi del credito relativo alle sanzioni tributarie, sia in relazione al fatto che con il fallimento non si determina una soluzione di continuità in ordine all'applicazione dell'articolo 2740, cod. civ., essendo il fallito, tenuto a rispondere con l'intero suo patrimonio disponibile e realizzabile, secondo le regole legali della graduazione dei crediti, delle passività accumulate di qualsiasi natura. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato”.

Ancora di recente, con la [sentenza n. 9440/2019](#), la Corte di Cassazione ha affermato che l'apertura di una procedura di concordato preventivo non è ostativa né all'accertamento di crediti tributari pregressi mediante iscrizione a ruolo ed emissione della cartella, né all'irrogazione di sanzioni pecuniarie e accessori, maturati fino a tale momento, poiché, per un verso, l'accertamento del credito da parte dell'Amministrazione finanziaria è condizione per la partecipazione della stessa alla procedura concorsuale e, per un altro, le sanzioni pecuniarie danno luogo ad un credito del Fisco per il fatto stesso

che si sia verificata la violazione della legge tributaria, senza che assuma rilevanza l'assoggettamento dell'impresa ad una procedura concorsuale. Né la Corte ha ritenuto in termini il precedente richiamato da parte ricorrente (Cassazione n. 24071/2006), il quale riguarda il diverso caso delle sanzioni erroneamente imputate a una impresa dichiarata insolvente (nella specie, in amministrazione straordinaria), per debiti scaduti in epoca successiva alla dichiarazione di insolvenza.

Come rilevato in dottrina¹ - a commento della sentenza della [Cassazione n. 23322/2018](#):

“Del resto, che lo spossamento fallimentare non dia origine a una vicenda traslativa o successoria del patrimonio del debitore è altresì comprovato dal fatto che tutti gli adempimenti fiscali, di natura sostanziale o formale, connessi alla liquidazione concorsuale dell'impresa individuale o sociale fallita, per norma di legge, debbono essere posti in essere dal curatore fallimentare utilizzando la stessa partita Iva e lo stesso codice fiscale del debitore, il quale -come esattamente sottolineato dai giudici di legittimità- mantiene il suo status di soggetto passivo del rapporto tributario anche nel corso della procedura concorsuale”. Inoltre, “Anche le argomentazioni svolte dalla Suprema Corte per respingere la tesi sostenuta dalla curatela circa la postergazione, rispetto agli altri creditori, del credito per sanzioni tributarie appaiono, a chi scrive, meritevoli di approvazione. E infatti, nel nostro ordinamento giuridico non vi è alcuna norma di legge che preveda l'esclusione del credito in questione dal concorso sul patrimonio del debitore fallito, differendone l'eventuale soddisfazione al momento del suo ritorno in bonis. Anzi, tutt'al contrario, è proprio l'articolo 24, comma 1, D.Lgs. 472 cit. che, dichiarando applicabili alla riscossione delle sanzioni le disposizioni che disciplinano la riscossione dei tributi cui la violazione si riferisce (e, dunque, per quanto qui interessa, anche quelle relative alle procedure concorsuali contenute nel Capo IV, Titolo II, D.P.R. 602/1973), pone a carico dell'Amministrazione finanziaria l'obbligo di insinuare al passivo del fallimento del debitore il credito per sanzioni a cui l'articolo 2752 accorda il medesimo privilegio generale sui beni mobili del debitore che assiste il tributo”².

¹ S. Stasi, “Le sanzioni tributarie pregresse nel concorso fallimentare”, in Il fallimento, n. 5/2019, pag. 637.

² Lo stesso autore rileva che il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto dal D.Lgs. 14/2019, agli articoli 24 e 25 prevede un serie di misure premiali volte a incentivare l'imprenditore che utilizza tempestivamente le misure di allerta, “come da attestazione a tale scopo rilasciata dal presidente dell'OCRI ai sensi del comma 2, articolo 24. In particolare, sul piano fiscale, il comma 1, articolo 25 del Codice prevede che all'imprenditore che abbia presentato all'OCRI istanza tempestiva a norma dell'articolo 24 e che ne abbia seguito in buona fede le indicazioni, ovvero abbia proposto tempestivamente ai sensi del medesimo articolo domanda di accesso a una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza di cui al nuovo codice che non sia stata in seguito dichiarata inammissibile, siano riconosciuti i seguenti benefici: a) riduzione alla misura legale degli interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa, per la durata della procedura di composizione assistita della crisi; b) riduzione della misura minima delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di cui all'art. 19, comma 1, del Codice, o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza; c) le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi sono ridotti della metà nella eventuale procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza successivamente aperta. Il che peraltro conferma che pure nel sistema riformato le obbligazioni pecuniarie nascenti dalla violazione di norme tributarie, poste in essere dal debitore in bonis, hanno titolo per partecipare al concorso sul patrimonio vincolato al soddisfacimento dei creditori in base all'ordine di preferenza fissato dagli articoli 2778-2780, cod. civ.”.

Le questioni connesse

Contestualizzata la problematica, esaminiamo le ulteriori questioni connesse che investono il versante dei crediti e la responsabilità penale.

I crediti

La problematica sopra rilevata ci porta a ricordare che la stessa Corte di Cassazione, con la [sentenza n. 22646/2019](#) – intervenuta a seguito dell'impugnazione da parte del Fallimento del provvedimento di diniego di rimborso di un credito Iva formatosi in epoca precedente la dichiarazione di fallimento e chiesto a rimborso successivamente – ha riconosciuto che l'accertamento in materia di Iva, ove riguardi crediti i cui presupposti si siano verificati anteriormente alla dichiarazione di fallimento del contribuente o nel periodo d'imposta in cui detta dichiarazione è intervenuta, debba essere notificato non solo al curatore ma anche al contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario, rimanendo esposto ai riflessi, anche sanzionatori, derivanti dalla definitività dell'atto impositivo³. Inoltre, gli Ermellini non ritengono sussistente una ipotesi di:

“litisconsorzio necessario tra curatore del fallimento e fallito, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria contesti l'esistenza di un credito del fallimento”. Infatti, “il litisconsorzio tra curatore e imprenditore dichiarato fallito, che abilita anche il fallito a impugnare l'atto impositivo⁴.... è, tuttavia, fondato sulla potenziale emersione di passività ulteriori rispetto a quelle già accertate o accertande in sede di formazione dello stato passivo; nel qual caso l'imprenditore fallito (come anche il legale rappresentante della società dichiarata fallita) ha un interesse personale e diretto a evitare che venga aggravata la propria posizione, per effetto della emersione di ulteriori passività (peraltro, come nella specie, nei confronti di creditori istituzionali)”.

Diversamente, laddove si tratti di questioni attinenti a crediti tributari vantati dal fallito, nessun interesse vi può essere per il fallito a interloquire con l'Amministrazione finanziaria.

“Il credito viene, difatti, acquisito all'attivo dal curatore del fallimento il quale, per quanto disposto dall'articolo 43, L.F., ha la legittimazione esclusiva nei rapporti patrimoniali del fallito compresi nel fallimento. L'imprenditore dichiarato fallito ha, invero, interesse all'accesso agli atti del fascicolo

³ Cassazione n. 11618/2017; n. 15748/2016; n. 9434/2014; n. 21074/2011; n. 6476/2007; n. 5671/2006; n. 4235/2006; n. 3427/2002; n. 14987/2000; n. 7561/1995.

⁴ Cassazione n. 6937/2002

fallimentare ex articolo 90, L.F., ma non ha una legittimazione generale a interloquire sulle modalità della liquidazione dell'attivo fallimentare, eseguita nell'interesse della massa dei creditori”⁵.

L'insussistenza del litisconsorzio necessario tra curatore del fallimento e fallito, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria contesti l'esistenza di un credito del fallimento vale anche nell'ipotesi in cui il credito sia vantato dal fallito, e:

“questa legittimazione esclusiva sussiste a dispetto del fatto che il curatore non possa essere equiparato, quanto ai debiti tributari, a un successore del contribuente dichiarato fallito, nulla sapendo (e nulla dovendo sapere, stante il disposto della L.F., articolo 28, comma 2) delle operazioni compiute dal contribuente e delle cause che hanno prodotto le medesime”.

Di conseguenza, l'alterità del curatore del fallimento rispetto alla posizione tributaria del contribuente comporta – analogamente a quanto prevede l'[articolo 43](#), L.F. – la traslazione esclusiva a favore del curatore del fallimento della posizione Iva attiva già facente capo al fallito, senza alcun contraddittorio con il fallito medesimo.

La responsabilità penale

Come è noto, ai fini reddituali, l'[articolo 10](#), D.P.R. 600/1973 prescrive che il curatore fallimentare deve presentare la dichiarazione dei redditi dell'impresa fallita, concernente lo spazio temporale compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data della sentenza dichiarativa del fallimento, entro 4 mesi dalla nomina. La dichiarazione relativa al risultato finale delle operazioni di liquidazione deve essere presentata entro 4 mesi dalla chiusura della liquidazione stessa o dal deposito del bilancio finale, se prescritto.

Ai fini Iva, l'[articolo 74-bis](#), D.P.R. 633/1972 prevede specifiche disposizioni in merito agli obblighi del curatore fallimentare e del commissario liquidatore in caso di liquidazione coatta amministrativa.

Per le operazioni effettuate anteriormente alla dichiarazione di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa, gli obblighi di fatturazione e registrazione, sempreché i relativi termini non siano ancora scaduti, devono essere adempiuti dal curatore o dal commissario liquidatore entro 4 mesi dalla nomina. Per le operazioni effettuate successivamente all'apertura del fallimento o all'inizio della liquidazione coatta amministrativa gli adempimenti previsti dalla normativa Iva, anche se è stato disposto l'esercizio provvisorio, devono essere eseguiti dal curatore o dal commissario liquidatore. Le fatture devono essere

⁵ È, stato, del resto, affermato il principio secondo cui la legittimazione attiva alla presentazione di un'istanza di rimborso avverso una liquidazione di imposta relativa all'atto di registrazione del piano di riparto dell'attivo di una società fallita spetta, in via esclusiva, al curatore del fallimento, e non anche ai singoli creditori (Cassazione n. 12775/2001).

emesse entro 30 giorni dal momento di effettuazione delle operazioni e le liquidazioni periodiche di cui agli articoli 27 e 33 devono essere eseguite solo se nel mese o trimestre siano state registrate operazioni imponibili. Inquadrate la questione occorre adesso verificare se gli obblighi tributari propri del curatore comportano la possibilità di *addossargli* la responsabilità penal-tributaria⁶.

Da una parte va registrato un certo orientamento⁷ che esclude in capo al curatore una responsabilità penale, sulla base della constatazione che l'[articolo 1](#), comma 1, lettera c), D.Lgs. 74/2000⁸, non li annovera esplicitamente fra i possibili soggetti attivi dei reati tributari, dall'altra parte⁹ chi, invece, ritiene configurabile la responsabilità penale, pur se in caso di comportamento colposo del soggetto consistente nella sua inerzia nel richiedere l'autorizzazione al giudice per il prelievo delle somme da versare ovvero nell'omesso versamento dell'imposta una volta ottenuta l'autorizzazione; ovvero altri ancora ritengono configurabile la responsabilità, atteso gli obblighi dichiarativi in capo allo stesso curatore. Sul punto, con la sentenza n. 44283/2013 la Corte di Cassazione, non ha escluso la configurabilità del reato di cui all'[articolo 10-ter](#), D.Lgs. 74/2000, nell'ipotesi di concordato preventivo, con particolare riferimento al debito Iva scaduto e da versare:

“in quanto il debitore, pur nella strettoia della propria condizione finanziaria e patrimoniale (propria, quantomeno, della situazione di crisi), ha di fronte a sé una pluralità di soluzioni, a partire dalla transazione fiscale sino al piano che, indicando la prioritaria soddisfazione del debito Iva (peraltro

⁶ Ricordiamo che il comma 1, articolo 39, D.L. 124/2019, convertito con modificazioni in L. 157/2019, ha inasprito le pene per i reati tributari e abbassato alcune soglie di punibilità, modificando così diverse fattispecie penali previste dal D.Lgs. 74/2000. Sinteticamente il quadro generale sanzionatorio dei delitti penali, *post* conversione del D.L. 124/2019, è il seguente: dichiarazione fraudolenta mediante fatture per operazioni inesistenti (reclusione da 4 anni a 8 anni; da 18 mesi a 6 anni se l'importo delle fatture non è superiore a 100.000 euro); dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (reclusione da 3 anni a 8 anni); dichiarazione infedele, con reclusione da 2 anni a 4 anni e 6 mesi (il D.L. 124/2019, come modificato in sede di conversione in L. 157/2019, inoltre, ha abbassato le soglie di punibilità del reato intervenendo tanto sul valore dell'imposta evasa - da 150.000 a 100.000 euro - quanto su quello degli elementi attivi sottratti a imposizione - da 3 a 2 milioni di euro - e modificato la disposizione che esclude la punibilità quando le valutazioni differiscono in misura inferiore al 10% da quelle corrette - comma 1-ter. Diversamente dal testo del Decreto-Legge, che abrogava questa disposizione, il testo definitivo conserva l'esclusione di punibilità ma solo quando le valutazioni complessivamente considerate - e non singolarmente considerate - differiscono da quelle corrette in misura inferiore al 10%. Non è comunque consentita la confisca allargata); omessa dichiarazione (reclusione da 2 anni a 5 anni); emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (reclusione da 4 anni a 8 anni (da 18 mesi a 6 anni se l'importo delle fatture non è superiore a 100.000 euro); occultamento o distruzione di documenti contabili (reclusione da 3 anni a 7 anni). Il D.L. 124/2019, come modificato in sede di conversione in L. 157/2019, ha introdotto ancora, nell'ambito del D.Lgs. 74/2000, l'articolo 12-ter: la c.d. confisca allargata. Il nuovo articolo 12-ter prevede, in caso di condanna (o patteggiamento della pena) per alcuni delitti in materia di imposte sui redditi e Iva, l'applicazione della c.d. confisca allargata di cui all'articolo 240-bis, c.p. e dunque la possibilità di confiscare denaro, beni o altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito. L'articolo 12-ter, infatti, precisa che si applica l'articolo 240-bis, c.p. solo in caso di condanna (o patteggiamento di pena) per i seguenti delitti e in presenza di specifici presupposti: dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (articolo 2, D.Lgs. 74/2000), quando l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a 200.000 euro; dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (articolo 3, D.Lgs. 74/2000), quando l'imposta evasa è superiore a 100.000 euro; emissione di fatture per operazioni inesistenti (articolo 8, D.Lgs. 74/2000) quando l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture è superiore a 200.000 euro; sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (articolo 11, D.Lgs. 74/2000) quando l'ammontare delle imposte, delle sanzioni e interessi è superiore a 100.000 euro (comma 1) ovvero quando l'ammontare degli elementi attivi o passivi fittizi è superiore all'ammontare effettivo di oltre 200.000 euro (comma 2).

⁷ La problematica, nel suo complesso, è stata pregevolmente esaminata da F. Brighenti, *“La non responsabilità penaltributaria del curatore fallimentare”*, in Rassegna Tributaria, n. 7/8/1990, pag.493.

⁸ Per “dichiarazioni” si intendono anche le dichiarazioni presentate in qualità di amministratore, liquidatore o rappresentante di società, enti o persone fisiche o di sostituto d'imposta, nei casi previsti dalla legge

⁹ Cfr. F. Dami, *“La responsabilità del curatore fallimentare”*, in AA.VV. (a cura di G. Tabet), *“La riforma delle sanzioni amministrative tributarie”*.

avente rango privilegiato), rispetto a tutti gli altri (e beninteso con le risorse idonee al pagamento anche di tutti gli altri crediti aventi grado poziore rispetto al credito Iva - come i professionisti nominati dal Tribunale, etc. - onde l'irrelevanza e l'infondatezza di ogni richiamo al principio della par condicio dei creditori), ove presentato tempestivamente in vista delle scadenze (e quindi, previa ammissione del relativo concordato), raggiunga anche l'approvazione dei creditori e la conseguente omologazione del Tribunale, fatti giuridici idonei a consentire la successiva esecuzione dei pagamenti senza falcidie"....

“esso è reato omissivo istantaneo, che si perfeziona alla scadenza del termine entro cui doveva essere effettuato il pagamento, essendo del tutto irrilevante il fatto che la società tenuta all'adempimento del debito tributario, e per essa il suo legale rappresentante, sia stata ammessa alla procedura del concordato preventivo in data precedente, non avendo la stessa ottenuto alcuna dilazione di pagamento, a seguito di una espressa richiesta di accesso alla procedura di transazione fiscale avanzata con l'istanza di concordato preventivo”.

A nostro avviso, fermo restando che il problema vero è l'assenza o meno di responsabilità, che spetterà al giudice valutare, si può parlare di responsabilità *oggettiva* dell'organo della procedura, dal momento che il curatore deve versare all'Erario l'Iva riscossa, trattandosi di un tributo di pertinenza dell'Erario, e di conseguenza gli Uffici, constatato l'omesso versamento penalmente rilevante, dovranno procedere all'inoltro della comunicazione di reato nei suoi confronti¹⁰. Tant'è che la Corte di Cassazione – sentenza n. 12268/2013 – ha ritenuto responsabile di omesso versamento dell'Iva anche l'amministratore decaduto dalla carica prima della scadenza del termine. Osserva la Corte che:

“le somme incassate a titolo di Iva sono destinate a essere versate all'Erario e non sono nella libera disponibilità del contribuente che dovrebbe, invece, accantonarle se non provvede al versamento periodico mensile o trimestrale e da tale incombenza non può ritenersi estraneo, in caso di successione tra amministratori di una società, colui che la rappresentava nel periodo antecedente alla scadenza del termine per il versamento, poiché la sua condotta potrebbe aver fornito un contributo causale alla commissione del fatto, creando materialmente i presupposti per il successivo omesso versamento. Nella fattispecie, risulta accertato in fatto, come indicato in sentenza, che l'imputato era stato amministratore della società fino al 28 settembre 2009, data in cui era subentrato il liquidatore, il quale aveva provveduto a presentare la dichiarazione Iva alla scadenza del 30 settembre 2009, senza poi

¹⁰ Merita di essere ricordata in questa sede la [risoluzione n. 161/E/2009](#), che nell'occuparsi di uno specifico quesito relativo all'amministrazione straordinaria *ex lege* Marzano, richiamando il contenuto della risoluzione 3 ottobre 1985 prot. 383065 dell'allora Ministero delle Finanze - Tasse e imposte indirette sugli affari - ha affermato che in questa ipotesi si applicano, ove compatibili, le disposizioni previste per le altre procedure concorsuali (in particolare le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa), e pertanto, *“con riguardo ai debiti di imposta (ad esempio per ritenute o per Iva) maturati successivamente alla data di ammissione della società alla procedura di A.S., saranno i Commissari straordinari a rispondere, sia dal punto di vista amministrativo che penale, dell'eventuale omesso pagamento”.*

provvedere al versamento. Entrambi i soggetti erano soci della società e il liquidatore anche membro del CDA. Tali circostanze devono essere opportunamente valutate ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale per l'omesso versamento, che non può basarsi sul mero dato formale della legale rappresentanza della società, ma deve riguardare anche la condotta concretamente posta in essere dai singoli soggetti coinvolti nell'amministrazione e la sua rilevanza nel caso specifico, valutandone la effettiva incidenza".

Diversamente, secondo la terza sezione penale della Corte di Cassazione – [sentenza n. 17727/2018](#) – non risponde del reato di cui all'[articolo 10-ter](#), D.Lgs. 74/2000, chi assume la carica di liquidatore di una società di responsabilità per omessi pagamenti dovuti all'insufficienza di risorse che spesso caratterizza la fase liquidatoria e rispetto ai quali nessuno specifico motivo di rimprovero può essergli mosso¹¹.



ec Euroconference
Editoria

VISION PRO

Vision Pro, la rivista dedicata al professionista e allo sviluppo dello studio professionale, senza dimenticare gli aspetti tecnologici della professione. Le varie rubriche sono studiate per supportare il professionista in tutte le possibili aree di sviluppo e miglioramento professionale e soprattutto per essere fruite da qualsiasi tipologia di professionista. Via mail viene inviato il link di accesso diretto alla rivista in area riservata. È possibile optare anche per il formato cartaceo.

OFFERTA RISERVATA abbonati riviste
€ 90,00 + IVA 4%
È previsto il rinnovo automatico

ACQUISTA ORA

¹¹ Nella sentenza viene richiamato – a discolpa – l'articolo 36, D.P.R. 602/1973, che disciplina l'azione di responsabilità nei confronti del liquidatore di una società, nel caso in cui questi abbia esaurito le disponibilità della liquidazione senza provvedere al pagamento del credito tributario, a condizione che il debito tributario della società sia certo ed esigibile e che vi sia certezza legale che i medesimi crediti non siano stati soddisfatti con le attività della liquidazione medesima. La norma viene presa a prestito da parte della Cassazione ai fini del reato di omesso versamento dell'Iva, atteso che il principio di cui essa è espressione risponde all'esigenza di non gravare – chi assuma la carica di liquidatore – di una responsabilità per omessi pagamenti dovuti all'insufficienza di risorse, non imputabili alla propria gestione.

Crisi e risanamento n. 41/2020

Concordato preventivo: inapplicabile il maxi periodo fiscale previsto per il fallimento

di Fabio Battaglia - dottore commercialista

Quanto previsto dall'[articolo 183](#), Tuir, comma 1, con riferimento al fallimento e alla liquidazione coatta amministrativa, non si applica alla procedura di concordato preventivo. Il principio, affermato di recente dalla Corte di Cassazione, comporta che l'imprenditore continua ad assolvere gli obblighi tributari secondo la regolamentazione ordinaria e non dovrà considerare quale unico periodo di imposta quello compreso tra il periodo di apertura della procedura e il momento della chiusura della stessa. Ne consegue che le ritenute in acconto operate a termini del D.P.R. 600/1973, [articolo 26](#), comma 2, possono essere scomputate nel periodo di imposta nel quale i redditi si sono prodotti.

Questo principio offre lo spunto per un approfondimento di alcune questioni particolari che riguardano la tassazione nel concordato preventivo, al fine di valutare compiutamente le insidie fiscali nella costruzione dei piani di risanamento.

Il principio generale fissato nell'[articolo 7](#), Tuir è quello per cui l'imposta è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma, salvo quanto stabilito nel comma 3, [articolo 8](#) e nel secondo periodo del comma 3, [articolo 12](#) (le eccezioni si riferiscono al riporto a nuovo di perdite di impresa e di detrazioni per carichi di famiglia).

Tale principio generale soffre 2 eccezioni.

In sede di liquidazione ordinaria, l'[articolo 182](#), Tuir prevede che il periodo che va dall'inizio dell'esercizio all'inizio della liquidazione sia un autonomo periodo di imposta e del pari lo sia quello che va dall'inizio alla fine della liquidazione, salvo che devono per ogni esercizio essere svolte liquidazioni provvisorie dell'imposta che divengono definitive solo se la liquidazione si protrae per oltre 5 esercizi.

Il successivo articolo 183, Tuir, stabilisce che in caso di fallimento e liquidazione coatta amministrativa, il periodo che va dall'apertura della procedura alla sua chiusura sia un unico periodo di imposta, fermo restando il periodo d'imposta costituito dalla frazione di anno che va dall'inizio dell'esercizio all'apertura della procedura.

In realtà le *ratio* delle citate discipline non sono sovrapponibili.

Con riferimento alla liquidazione lo scopo di individuare nel periodo di liquidazione un unico periodo di imposta, risiede nella necessità di evitare che discrasie temporali tra il realizzo dell'attivo e le perdite (in esercizi diversi) non utilizzabili in compensazione con imponibili precedenti a seguito della chiusura dell'impresa, comportino un carico fiscale che penalizzi la massa dei creditori.

La particolare disciplina del fallimento e della liquidazione coatta, invece, trova fondamento nello spossessamento che dette procedure determinano in capo all'imprenditore e all'affidamento degli obblighi tributari in capo al nominato organo della procedura (curatore fallimentare e commissario liquidatore).

L'assenza di questa circostanza nel concordato preventivo è il motivo principale della decisione assunta dalla Cassazione con la [sentenza n. 10108/2020](#); il caso nasce dalla richiesta di rimborso effettuata da una società cessionaria di un credito Irpef riveniente da ritenuta su interessi attivi operata ai sensi dell'[articolo 26](#), comma 2, D.P.R. 600/1973 respinta dall'Agenzia dell'entrate sul presupposto che si deve applicare anche alla procedura concorsuale di concordato preventivo l'[articolo 183](#), Tuir, con la conseguenza che il momento in cui diviene certa la posta patrimoniale del «*residuo attivo*», idonea a determinare il reddito eventualmente prodottosi durante la procedura, è il momento conclusivo della procedura concorsuale.

L'interpretazione della Agenzia delle entrate era stata accolta sia dalla Commissione Tributaria di Lecce, che dalla CTR della Puglia.

La società cessionaria ha proposto ricorso in Cassazione, insistendo sulla circostanza che il detto credito per ritenuta subìta, essendo stato ricompreso in una dichiarazione (presentata nel caso di specie anno d'imposta 2005) che non è stata oggetto di rettifica, debba essere rimborsato, non potendosi applicare al concordato preventivo la disciplina di cui all'articolo 183, Tuir dettata per il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa.

Si ricorda che, in base all'[articolo 79](#), Tuir, tale credito per ritenuta si scomputa nel periodo di imposta nel quale i redditi cui afferiscono concorrono a formare il reddito complessivo ancorché non siano stati percepiti e assoggettati alla ritenuta.

La pronuncia della Corte di Cassazione

La Cassazione ha accolto il ricorso, cassando la sentenza impugnata con rinvio alla CTR della Puglia, Sezione Staccata di Lecce, in diversa composizione.

Le motivazioni addotte nella decisione sono le seguenti.

La prima è quella già sopra citata e cioè che nel concordato preventivo si ha una forma di spossessamento attenuato che non fa venire meno in capo all'imprenditore o all'amministratore della società gli obblighi tributari.

La seconda e conseguente motivazione è che non può ritenersi che il Legislatore abbia implicitamente sentito la necessità di imporre per il concordato preventivo una frattura nella successione degli esercizi di imposta, non essendovi un diverso soggetto obbligato fiscalmente in luogo dell'imprenditore insolvente, visto che gli obblighi dichiarativi nel fallimento ricadono sul curatore, mentre rimangono in capo all'imprenditore nel concordato preventivo.

Oltre a questo, va rilevato come il Legislatore non ha previsto per il concordato preventivo un particolare regime di tassazione, diverso da quello ordinario, come invece ha fatto per il fallimento.

Infatti, ai sensi dell'[articolo 183](#), comma 2, Tuir, l'imponibile è dato dalla differenza tra il residuo attivo e il patrimonio netto dell'impresa o della società all'inizio del procedimento.

Una metodologia che si fonda su valori patrimoniali e non su flussi economici.

Nel concordato preventivo, in modo inequivoco, il Legislatore tiene ferma la modalità ordinaria di determinazione dell'imponibile fiscale, salvo introdurre alcune deroghe relative alle modalità di tassazione dei redditi che attengono all'esclusione dal reddito delle plusvalenze realizzate con la vendita dei beni e delle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione concordataria dei debiti verso i creditori (articoli [86](#) e [88](#), Tuir).

In conclusione, in nessun caso può ricavarsi il principio secondo cui nel sistema delle imposte sui redditi le vicende di natura liquidatoria siano di per sé presupposto per una deroga rispetto ai criteri ordinari di applicazione del tributo, ove il procedimento di concordato venga attuato in conformità di una proposta di cessione dei beni ai creditori.

Da questi motivi scaturisce il principio enunciato nella sentenza:

«l'articolo 183, comma 1, Tuir, previsto in tema di tassazione del reddito delle procedure di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa e che prevede che il reddito tassabile sia quello compreso tra il periodo di apertura della procedura e il momento della chiusura della stessa, non si applica alla procedura di concordato preventivo, per la quale l'imprenditore continua ad assolvere gli obblighi tributari senza una specifica regolamentazione. Ne consegue che le ritenute in acconto operate a termini dell'articolo 26, comma 2, D.P.R. 600/1973, possono essere scomputate nel periodo di imposta nel quale i redditi si sono prodotti».

L'analisi della sentenza offre lo spunto per alcune considerazioni in merito alle 2 norme contenute negli articoli 86 e 88, Tuir.

L'[articolo 86](#), al comma 5, Tuir prevede che:

“La cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento”.

La norma era già stata introdotta antecedentemente alla Riforma della Legge Fallimentare ed era contenuta nella vecchia versione del Tuir nell'articolo 54.

Come noto, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5/2006, era contemplato solamente il concordato preventivo con garanzia e quello con cessione dei beni ai creditori. Entrambi avevano una natura liquidatoria.

La formulazione non felice della norma aveva dato luogo a contrasti interpretativi in ordine all'effettivo ambito di applicazione della stessa.

Tale contrasto era stato risolto dalla Cassazione a partire della sentenza n. 5112/1996 con la quale si stabiliva che è pacifico, in primo luogo, che la disposizione vada intesa come riferita alle cessioni a terzi atteso che *«malgrado le ambiguità della sua formulazione, essa riguarda (non la cessione dei beni ai creditori, ma) il trasferimento a terzi dei beni ceduti»* (Cassazione n. 5112/1996; n. 22168/2006 e n. 11701/2007).

Le cessioni che assumono rilievo, peraltro, sono solo quelle *«effettuate in esecuzione della proposta di concordato»* (si veda ampiamente sempre Cassazione n. 5112/1996 in motivazione). La *ratio* della norma va individuata nella volontà del Legislatore di favorire l'adesione alla procedura concordataria, evitando la nascita di un debito d'imposta che, sebbene successivo alla procedura stessa, avrebbe dovuto gravare sulla medesima (e dunque, pregiudicare le ragioni dei creditori), nonché, sotto altro versante, nell'esigenza di impedire che, in capo a un soggetto che ha subito lo “spossessamento” dell'intero patrimonio, possa sorgere un'obbligazione relativa alle imposte reddituali, al cui pagamento quel soggetto non potrebbe adempiere, non disponendo di alcun mezzo per effetto del predetto spossessamento.

Chiarito questo aspetto, con la riforma e l'introduzione del concordato in continuità, ci si è posti il problema dell'applicabilità allo stesso della norma.

Il Legislatore, nonostante la vetustà del testo, non ha mai inteso intervenire a modificare e chiarirne la portata, per cui in dottrina si erano avute opposte interpretazioni. Una che attenendosi al tenore letterale riteneva applicabile la norma al solo concordato liquidatorio e l'altra invece che, in virtù del *favor legis* attribuito al concordato in continuità, riteneva che in via analogica potesse estendersi la norma anche a questa fattispecie.

Non constano in materia sentenze significative.

La posizione dell'Amministrazione finanziaria

Va rilevato come di recente, a seguito di interpello, l'Agenzia delle entrate si è pronunciata sul punto. Con [risposta a quesito n. 462/2019](#), l'Agenzia delle entrate ha ritenuto che la norma di cui al comma 5, [articolo 86](#), Tuir non sia applicabile al concordato in continuità e che, quindi, debba attribuirsi rilevanza fiscale alle plusvalenze o alle minusvalenze che dovessero emergere dalla vendita di attività non strategiche rispetto alla continuità, così come previsto dall'[articolo 186-bis](#), comma 1, L.F.: *“Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”*.

Questa interpretazione, in presenza di rilevanti plusvalenze, può rendere assai più difficoltosa l'esecuzione di un concordato in continuità, ma non può sottacersi che, in alcuni casi, specie se in presenza di cessioni di immobili, può determinare il realizzo di minusvalenze che si tradurranno in perdite fiscali da utilizzare in futuro per neutralizzare la tassazione di redditi realizzati mediante lo svolgimento dell'attività.

Come noto, prima della introduzione del comma 6, [articolo 160](#), L.F. (D.L. n. 83/2015), il quale prevede che: *“In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*, non sempre era chiaro se ci si trovasse di fronte a un concordato in continuità o liquidatorio, di talché era ammessa la tipologia del concordato misto.

Le novità del Codice della crisi

La novella del Codice della crisi, ha definitivamente introdotto, all'[articolo 84](#), una *summa divisio* tra concordato in continuità e liquidatorio, introducendo i criteri per definire il concordato liquidatorio.

Tale scelta è il frutto degli approdi giurisprudenziali intervenuti vigente l'attuale normativa che già avevano accolto, al fine dell'individuazione della natura del concordato preventivo, in vista dell'applicabilità o meno del limite minimo di soddisfacimento dei creditori al 20%, il principio della prevalenza dei flussi derivanti dalla continuità rispetto a quelli derivanti del realizzo dei beni non strategici.

Considerato che possono sorgere ancora oggi contestazioni in merito, si ritiene che laddove siano stati omologati concordati ritenuti di natura mista, ove sia stato nominato un liquidatore giudiziale per gestire la parte liquidatoria del concordato, pur in continuità aziendale, debba trovare applicazione, ai

beni ceduti e previsti come non strategici nel piano di concordato e come tali affidati alla gestione del liquidatore giudiziale, la norma contenuta nell'[articolo 86](#), comma 5, Tuir.

Le sopravvenienze attive

Veniamo, invece, alla seconda norma dettata in tema di concordati e cioè quella relativa alle sopravvenienze attive di cui all'[articolo 88](#), comma 4-ter, Tuir.

La norma è sempre esistita nel Tuir (vecchio articolo 55) fin dalla sua prima formulazione e prevedeva la irrilevanza fiscale delle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo.

La norma ha subito nel tempo svariate modifiche, soprattutto dopo la riforma della Legge Fallimentare del 2006. In particolare nel 2012 la norma è stata estesa agli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ai sensi dell'[articolo 182-bis](#), L.F., e ai piani attestati ai sensi dell'[articolo 67](#), comma 3, lettera d), L.F., pubblicati nel Registro Imprese, con la condizione, però, che la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'[articolo 84](#) (vecchia formulazione del comma 4 dell'articolo 88 in vigore fino al 6 ottobre 2015).

Solo con il D.Lgs. 147/2015, l'articolo 8 viene definitivamente modificato secondo l'attuale formulazione (salvo il riferimento all'ACE introdotto successivamente con la L. 232/2016, articolo 1, [comma 549](#), lettera b), introducendo il comma 4-ter, che così recita (l'articolo viene sistematizzando visivamente onde evidenziarne i dettagli):

“4-ter. Non si considerano, altresì, sopravvenienze attive le riduzioni dei debiti dell'impresa:

- in sede di concordato fallimentare*
- o preventivo liquidatorio*
- o di procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni,*
- o per effetto della partecipazione delle perdite da parte dell'associato in partecipazione.*

In caso di

- concordato di risanamento,*
- di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, L.F.,*
- ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), L.F., pubblicato nel Registro Imprese,*
- o di procedure estere a queste equivalenti,*

la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84,

- senza considerare il limite dell'80%,

- la deduzione di periodo e l'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, D.L. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla L. 214/2011,

- e gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati di cui al comma 4, articolo 96 del presente testo unico.

Ai fini del presente comma rilevano anche le perdite trasferite al consolidato nazionale di cui all'articolo 117 e non ancora utilizzate. Le disposizioni del presente comma si applicano anche per le operazioni di cui al comma 4-bis”.

Come si vede, conformemente a quanto sopra visto in merito alla distinzione tra concordati liquidatori e in continuità, il Legislatore ha inteso introdurre anche con riferimento al trattamento delle sopravvenienze attive una netta distinzione, estendendo a tutte le ipotesi di continuità le limitazioni riferentesi al preventivo utilizzo delle perdite fiscali del periodo e pregresse.

La finalità della norma, risponde a una duplice logica¹:

1. evitare che il debito fiscale vanifichi la riduzione dei debiti;
2. impedire che l'impresa destinata a proseguire l'attività possa duplicare, in danno dell'Erario, il beneficio della non imponibilità, potendo continuare a utilizzare, a compensazione dei redditi futuri, le perdite di cui all'[articolo 84](#), Tuir e le altre posizioni soggettive richiamate dall'[articolo 88](#), comma 4-ter, secondo periodo, Tuir.

Questioni aperte

La norma lascia indubbiamente aperte varie questioni.

Cosa si intende per “concordato di risanamento”, considerato che è nozione non contemplata dalla Legge Fallimentare?

Posto che lo scopo della norma è evitare che con la prosecuzione dell'attività si possa realizzare una duplicazione del beneficio, mediante lo sfruttamento delle perdite pregresse, e le altre posizioni di cui

¹ Si vedano per ulteriori approfondimenti nei quali l'Agenzia ha dato risposta alle questioni che sono di seguito analizzate:
 - Mef risposta del 21 settembre 2018 all'interrogazione parlamentare 5/00047
<http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2018/09/20/leg.18.bol0061.data20180920.com06.pdf>,
 - Agenzia delle entrate (risposta n. 85/2018)
 - Agenzia delle entrate risposta n. 120/2018

all'[articolo 88](#), comma 4-ter, secondo periodo, Tuir ciò che rileva è il ritorno in *bonis* dell'impresa e la continuazione di qualsivoglia attività.

In questo quadro, un concordato che comporti una continuità indiretta, attraverso un terzo soggetto, ma preveda l'estinzione della società originaria, rientra nella previsione del primo periodo della norma, mentre un concordato con continuazione di attività, anche se diversa (ad esempio mera gestione immobiliare), che renda suscettibile lo sfruttamento delle citate posizioni, deve essere ritenuto di "risanamento".

Altra questione aperta è in quale forma si deve realizzare l'utilizzo delle perdite, la deduzione e l'eccedenza di Ace, gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati di cui al comma 4, [articolo 96](#), Tuir?

Avendo visto che la *ratio* è impedire un utilizzo futuro delle dette posizioni, si devono primariamente utilizzare le stesse, onde evitarne il riporto in futuro, fino a concorrenza delle sopravvenienze attive realizzate e solo l'eventuale eccedenza sarà da ritenersi non imponibile.

Dal punto di vista operativo in dichiarazione si potrà operare in modi diversi, ma a ciò deve portare il risultato finale.

In ultimo va posta attenzione alla nozione di sopravvenienza attiva, così come definita dall'articolo 88, Tuir:

"1. Si considerano sopravvenienze attive:

- i ricavi o altri proventi conseguiti a fronte di spese, perdite od oneri dedotti o di passività iscritte in bilancio in precedenti esercizi;*
- e i ricavi o altri proventi conseguiti per ammontare superiore a quello che ha concorso a formare il reddito in precedenti esercizi;*
- nonché la sopravvenuta insussistenza di spese, perdite od oneri dedotti o di passività iscritte in bilancio in precedenti esercizi".*

Risulta evidente che la nozione fiscale di sopravvenienza attiva non coincide con quella civilistico-contabile.

Vi sono varie ipotesi di sopravvenienze attive contabili che non sono imponibili fiscalmente e, quindi, non devono andare a deconto delle perdite pregresse e delle altre citate posizioni (Ace e interessi passivi non dedotti).

In primo luogo, le sopravvenienze che non derivano da spese, perdite od oneri dedotti in precedenti esercizi.

Rispondono a tale fattispecie i debiti bancari derivanti da mutui, salvo che non siano stati capitalizzati interessi contenuti in rate non pagate e come tali capitalizzate tra i debiti.

Sono tali anche i debiti bancari rivenienti da conti correnti bancari, salvo che, in questo caso, il debito contiene necessariamente anche interessi maturati.

Le quote di capitale non sono sicuramente sopravvenienze attive a fini fiscali, poiché la loro contropartita in dare è sempre patrimoniale.

La questione si fa complessa per gli interessi passivi se non dedotti a seguito del meccanismo del R.O.L.. In tal caso la sopravvenienza attiva derivante dall'annullamento del debito relativo agli interessi capitalizzati non dedotti non sarà rilevante a fini fiscali, ma l'eccedenza di interessi passivi pregressi non dedotti dovrà essere utilizzata a deconto della sopravvenienza attiva fiscalmente rilevante.

Il calcolo non è semplice, né agevole con riferimento al saldo passivo del conto corrente, che in teoria, laddove il contratto di conto corrente sia sufficientemente vetusto, potrebbe essere costituito interamente da interessi passivi.

Come noto la questione relativa alla nozione di competenze pagate, con riferimento ai conti correnti, non è di facile individuazione, in quanto la giurisprudenza (Cassazione n. 24418/2010) ha elaborato, con riferimento alla prescrizione, un metodo piuttosto complesso di calcolo collegato alle rimesse ed alla loro natura solutoria o meno a seconda se fuori o entro fido.

Non può essere questa la sede per affrontare il tema.

Si ritiene che la questione debba essere risolta di volta in volta con sano pragmatismo.

Tendenzialmente se i saldi passivi non sono alti ed il conto sufficientemente vetusto, tali saldi dovranno considerarsi sopravvenienza attiva rilevante fiscalmente.

Vi è poi l'ipotesi di saldi passivi falcidiati che all'origine hanno quale contropartita costi, ma questi sono indeducibili fiscalmente.

Il caso tipico è costituito dai debiti fiscali, compresi sanzioni ed interessi moratori.

In tutti questi casi in cui si è di fronte a sopravvenienze passive contabili fiscalmente non rilevanti, si dovrà operare individuando in primo luogo l'entità della ripresa fiscale in diminuzione corrispondente e solo successivamente imputare alle perdite fiscali le sopravvenienze passive rilevanti fiscalmente.

Nei concordati in continuità tali valutazioni a monte sono assai importanti per comprendere le implicazioni fiscali della continuità stessa e a questa variabile l'attestatore dovrà porre particolare attenzione, onde evitare sorprese poco piacevoli.

Non vi è dubbio che la complessità della normativa fiscale, infatti, può nascondere molteplici insidie sulla costruzione di un piano.

Crisi e risanamento n. 41/2020

Strumenti concorsuali per tutelare la continuità aziendale in tempi di Covid-19 tra istituti esistenti e proposte innovative

di Alessandro Solidoro - dottore commercialista e revisore legale

La legislazione d'emergenza è stata emanata come una sorta di moratoria temporale per evitare "i fallimenti da Covid-19". L'attenzione degli studiosi al tema del "moral hazard", la proposta di strumenti "soft touch", la idoneità degli istituti esistenti a fronteggiare l'emergenza grazie al ricorso alle "best practice" professionali costituiscono l'occasione per una riflessione sistemica sul contenimento dei rischi in vista dell'entrata in vigore del Codice. Peraltro, ove si abbandoni una lettura "para-divinatoria" dell'attestazione di fattibilità, la tecnica professionale suggerisce metodologie adeguate per la formulazione di stime in contesti di particolare stress come quello attuale; se così non fosse, nessuna impresa potrebbe in questo periodo redigere un budget attendibile.

Premessa

Si è assistito negli ultimi mesi a un dibattito dottrinale assai serrato avente a oggetto gli effetti della emergenza Covid-19 sulla attuale disciplina delle procedure concorsuali.

Molti interventi si sono rivolti ad analizzare i molteplici interventi normativi contenuti dai decreti "Liquidità" (D.L. 23/2020 convertito in L. 40/2020) e "Rilancio" (D.L. 34/2020, convertito in L. 77/2020) volti a regolare aspetti endo – procedurali e finanche l'impossibilità di accedere a singoli istituti, quali principalmente¹:

Articolo	Tipologia procedimenti	Misura	Durata
articolo 9, D.L. Liquidità	Concordati preventivi, accordi di ristrutturazione, accordi di composizione della crisi e piani del consumatore omologati aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020	Proroga dei termini fissati per l'adempimento	6 mesi

¹ "Le disposizioni in materia di società, enti e giustizia". Fondazione Nazionale Commercialisti, terzo aggiornamento, 7 agosto 2020

	Procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020	Possibilità di richiedere la concessione di un termine per predisposizione di una nuova proposta di concordato o di un nuovo accordo di ristrutturazione	90 giorni
	Procedimenti di omologazione di concordati preventivi pendenti alla data del 23 febbraio 2020 e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020	Possibilità di richiedere un differimento, dei termini di adempimento originari	6 mesi
	Concordati in bianco e accordi di ristrutturazione	Possibilità di proroga di <i>automatic stay</i> ex articoli 161 , comma 6, e 182-bis , comma 7, L.F., se siano in scadenza le proroghe già assegnate	90 giorni
articolo 9 , comma 5-bis , D.L. Liquidità	Concordati in bianco e accordi di ristrutturazione	Possibilità di rinunciare alla procedura entro i termini assegnati dal giudice, depositando, per la pubblicazione presso il Registro Imprese, un piano di risanamento ex articolo 67 , comma 3, lettere d), L.F.	Entro il 31 dicembre 2020
articolo 9 , comma 5-ter , D.L. Liquidità	Concordati in bianco	Anche pendente il procedimento di fallimento dell'imprenditore che ha depositato la domanda prenotativa, i termini restano inalterati	Entro il 31 dicembre 2020
articolo 52-bis , D.L. Rilancio	Piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione, concordati in continuità	Attestazione in caso di rinegoziazione dei finanziamenti agevolati concessi a valere sul fondo rotativo e dei finanziamenti bancari associati	
articolo 26 , comma 2-bis , D.L. Rilancio	Imprese in concordato con continuità che si trovano in situazione di regolarità contributiva e fiscale	Benefici di cui all'art. 26	Concordati già omologati al 18 luglio 2020
articolo 10 , D.L. Liquidità	Dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza	Improcedibilità delle dichiarazioni di fallimento presentate ex articoli 15 e 195 , L.F. e delle dichiarazioni di insolvenza ex articolo 3, D.Lgs. 270/1999 Eccezioni: - ricorsi presentati in proprio quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia di Covid-19;	Dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020

		<ul style="list-style-type: none"> - istanza di fallimento da chiunque formulata ex articoli 162, comma 2, 173, commi 2 e 3, e 180, comma 7, L.F.; - ricorsi presentati dal P.M. con richiesta di emissione dei provvedimenti cautelari o conservativi ex articolo 15, comma 8, L.F. o quando la richiesta è presentata ex articolo 7, comma 1, L.F.. <p>In caso di successivo fallimento dichiarato entro il 30 settembre 2020, il periodo di blocco non verrà computato ex articoli 10, 64, 65, 67, commi 1 e 2, 69-bis e 147, L.F.</p>	
articolo 51 , D.L. Rilancio	Procedure di amministrazione straordinaria ex “Legge Marzano”	Proroga dei termini dei programmi autorizzati e con scadenza successiva alla data del 23 febbraio 2020	6 mesi

Proposta in ordine a nuovi istituti concorsuali finalizzati al superamento dell'emergenza Covid-19

Altra parte del dibattito si è invece orientata a valutare se la particolare situazione di crisi sistemica dell'attività economica possa essere ultimamente affrontata dagli istituti giuridici di gestione della crisi o dell'insolvenza attualmente esistenti, ovvero necessiti l'adozione, meglio l'introduzione, di nuovi istituti, con caratteristiche diverse da quelle attualmente previste dai piani attestati di risanamento ex [articolo 67](#), L.F. o degli accordi di ristrutturazione ex [articolo 182-bis](#), L.F. o dei concordati preventivi in continuità o liquidatori previsti dagli articoli [160](#) e ss. L.F..

Ancora prima di entrare nel merito di questa discussione, non può non essere rilevata la scelta del Legislatore di differire l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Codice) alla data del 1° settembre 2021 ([articolo 5](#), D.L. 23/2020 convertito con modificazioni dalla L. 40/2020). Con tale decisione il Legislatore ha inteso recepire l'istanza da più parti formulata di garantire, in un periodo di straordinaria emergenza, la certezza del diritto, come chiarito, in modo generalmente condivisibile dalla relativa relazione tecnica².

² “La proroga proposta al 1° settembre 2021, nascendo dall'emergenza sanitaria Covid-19 che sta interessando l'intero territorio nazionale, realizza integralmente la finalità della certezza del diritto, in quanto in questo particolare momento di crisi del sistema produttivo economico, potrebbe non

Quindi la risposta certa fornita dal Legislatore è stata che il nuovo *set* normativo la cui entrata in vigore originaria era stata prevista nell'agosto 2020, è divenuto temporaneamente inopportuno, preferendosi mantenere l'insieme di strumenti già esistenti piuttosto che attivare, in particolare, tutto il sistema delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, con conseguente intervento dell'OCRI (Organismo di composizione della Crisi d'Impresa) che rappresenta il vero elemento innovativo del Codice.

Tuttavia, la scelta del Legislatore di procedere con "l'usato sicuro" degli strumenti preesistenti al Codice appare nella sua razionalità insufficiente.

Stabilire quali istituti sono inopportuni nel nuovo contesto emergenziale non significa affermare assiomaticamente che quelli esistenti sono invece perfettamente idonei.

Il primo segnale di attenzione alla eccezionalità dell'emergenza nei suoi riflessi concorsuali è venuto a livello europeo con il *"Ceril Executive Statement 2020 – 1 on Covid 19 and insolvency legislation"*³ redatto dal prof. S. Madaus e dal prof. B. Wessels.

Si è trattato sostanzialmente di un appello al Legislatore europeo e di tutti i Paesi europei di assumere azioni immediate per adattare la legislazione concorsuale all'emergenza, onde evitare fallimenti altrimenti evitabili.

Il documento ha indicato 2 interventi immediati:

1. la sospensione del dovere di richiedere una procedura concorsuale basata sul sovraindebitamento;
2. il dare risposta al fabbisogno di liquidità dell'attività economica.

Sono stati poi sollecitati ulteriori interventi su misura riguardanti:

- la finanza interinale;
- la sospensione del dovere di attivare una procedura dovuta allo stato di illiquidità;
- il congelamento per le piccole attività, intesa come sospensione delle attività e rinnovo delle scadenze contrattuali relative ai pagamenti;
- il supporto e sostegno al sostentamento degli imprenditori e dei loro dipendenti attraverso aiuti/garanzie statali.

essere garantita la piena applicazione della riforma della disciplina della gestione della crisi e dell'insolvenza, la cui filosofia consiste nel salvataggio di quante possibili imprese e della loro continuità, adottando lo strumento liquidatorio (quello che ancora oggi è definito fallimento) come extrema ratio, cui ricorrere in assenza di concrete alternative. Si prevede di prorogare la data di entrata in vigore di un anno della riforma proprio per permettere, da un lato a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo prassi già consolidate senza dubbi interpretativi e procedurali, dall'altra per consentire alla fase più acuta dell'epidemia di dileguarsi, facendo tornare pian piano alla normalità l'intero sistema economico."

L'intervento normativo in esame ha natura procedurale, in quanto consente di continuare ad applicare pienamente senza dubbi interpretativi la disciplina in materia fallimentare (R.D. 267/1942), rinunciando all'applicazione dei principi incardinati nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.

³ www.cerileu.com.

Non è questa la sede per riepilogare quanta parte di queste indicazioni è stata recepita dal Legislatore nazionale nella sua produzione *post Covid*, mentre è interessante ripercorrere quali sono state le proposte di adattamento degli Istituti più articolatamente avanzate dagli operatori o studiosi del settore.

Prima però di affrontare questo tema è opportuno sottolineare come ogni riflessione di tipo innovativo sul *set* degli strumenti idonei ad affrontare l'emergenza non può non tenere adeguatamente conto del rischio del “*moral hazard*” del debitore.

È risultato immediatamente evidente come, cogliendo l'occasione di una legislazione di emergenza legata alla pandemia, o anche, più semplicemente, confidando in una disattenzione da parte dei diversi *stakeholders* e organi di controllo delle diverse procedure di ristrutturazione dei passivi aziendali, taluni imprenditori potessero essere indotti a esercitare il c.d. *moral hazard*, inteso come opportunismo *post* contrattuale, che esalta l'interesse del debitore a spese della controparte ceto creditorio, confidando nella impossibilità di quest'ultimo di verificare compiutamente i dati e le informazioni fornitigli.

Il concreto manifestarsi di tale atteggiamento comporta, in via generale, l'imporre, con l'utilizzo formalmente corretto delle procedure esistenti, un sacrificio ai creditori in termini di scadenze di pagamento e di stralcio delle proprie pretese, in misura superiore a quella necessaria per ottenere il riequilibrio economico, finanziario e patrimoniale del debitore⁴.

Dall'altro lato molti studiosi si sono posti, altrettanto correttamente, il tema di come far beneficiare imprese precedentemente sane, entrate in crisi per effetto della pandemia, di un regime di sospensione delle azioni esecutive e cautelari, non pregiudicando la continuità aziendale, ma senza proporre ai creditori un piano di ristrutturazione nell'ambito delle diverse procedure previste dalla Legge Fallimentare. Ciò nella consapevolezza che la redazione di detto piano in molti casi sarebbe afflitta da assoluta aleatorietà, stante le condizioni di totale incertezza sullo scenario macroeconomico di riferimento, sull'andamento di singoli settori produttivi, sulla stessa sopravvivenza di interi mercati⁵.

In sostanza, i due *mostri* fra i quali incanalare la rotta del risanamento aziendale *post-covid* senza rischiare di essere risucchiati o dilaniati da Scilla e Cariddi sono da un lato l'abuso degli istituti esistenti a danno dei creditori, e dall'altro la loro eccessiva formalizzazione sia in termini di procedura e controlli

⁴ *Ex pluribus* R. Ranalli, “Le carenze in parte normative e in parte culturali degli strumenti di composizione della crisi in tempi di Covid”. www.ilcaso.it.

⁵ L. Panzani, G. Corno “Proposta di Legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza, tramite l'istituzione della procedura di amministrazione vigilata”. www.ilcaso.it, F. Benassi “Brevi spunti per una agile procedura di sostegno alle imprese in crisi da corona virus”, www.ilcaso.it e, con caratteristiche parzialmente diverse con riferimento ai meccanismi di vigilanza D. Galletti “Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra” www.ilfallimetarista.it e G. Limitone “L'accompagnamento fuori dalla crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19” www.ilcaso.it.

sia in tema di concreta formulabilità dei piani delle necessarie attestazioni in tema di fattibilità economica degli stessi.

Volendo leggere la questione in termini economici, gli ostacoli da superare sono invece da un lato l'estensione di blocchi generalizzati dei pagamenti, con conseguente immobilizzazione del capitale circolante delle imprese con nefandi effetti sui fabbisogni di liquidità delle stesse e, dall'altro, impedire iniziative esecutive (individuali o collettive) per un periodo breve o medio.

Un brillante tentativo di sintesi di questa procedura “*soft touch*” è quello proposto da Massimo Fabiani che sul presupposto che:

“si debba evitare di portare le imprese in difficoltà da lockdown necessariamente all'interno di un canale concorsualizzante” propone “uno snello micro procedimento che impedisce ai creditori iniziative esecutive per un breve periodo, ma al quale non corrisponde affatto il divieto di pagamento da parte del debitore e ciò allo scopo di non paralizzare il circuito del credito finanziario e commerciale”⁶.

Si tratta di una sostanziale automoratoria, con effetto di 3-6 mesi e attivata attraverso una dichiarazione da iscrivere al registro delle imprese, sottoposta eventualmente e a posteriori al controllo del giudice, a seguito di eventuali opposizioni dei creditori.

Il ruolo delle attestazioni dell'esperto nelle procedure di ristrutturazione quale chiave per una soluzione conservativa delle procedure esistenti

Nel contesto tratteggiato nei paragrafi che precedono è evidente una sfiducia generalizzata degli operatori nella idoneità, in un momento di crisi pandemica, delle procedure in continuità e in particolare del concordato preventivo in continuità:

- a tutelare i creditori dall'abuso dei debitori;
- a poter essere utilizzate in condizioni di eccessiva incertezza per la non esperibilità di una attestazione di fattibilità;
- a consentire il pagamento dei creditori pregressi, bloccando così la naturale dinamicità del capitale circolante.

In realtà, con riferimento a ciascuna delle 3 citate debolezze esiste nell'impianto normativo un presidio di tutela rappresentato dalla specifica attestazione dell'esperto.

Vediamo in dettaglio dove e come soccorrono le citate attestazioni:

⁶ M. Fabiani “*Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza Covid-19*”, Il Fallimento, IPSOA 5/2020 pag. 589.

a) per il concordato in continuità, il miglior soddisfacimento dei creditori, rispetto alle alternative concretamente praticabili, ricavabili dalla prosecuzione dell'attività di impresa è attestato ai sensi dell'[articolo 186-bis](#), L.F. da un professionista di cui all'[articolo 161](#), L.F..

È vero che il miglior soddisfacimento dei creditori non è concetto coincidente con la convenienza della proposta e che non necessariamente la proposta offre il massimo soddisfacimento dei creditori. È tuttavia altrettanto vero che i motivi degli scostamenti positivi in termini di soddisfacimento, sono generalmente dovuti alla liberazione di accantonamenti a fondi rischi, ovvero ad andamenti gestori particolarmente positivi della continuità sia diretta che indiretta. I primi peraltro vanno immediatamente a incrementare le misure del soddisfacimento dei creditori e i secondi che vengono affrontati dalla miglior pratica professionale attraverso la partecipazione dei creditori al maggior valore dell'azienda, grazie a meccanismi di partecipazione all'*equity* o più frequentemente di *earn out*;

b) la fattibilità del piano concordatario unitamente alla veridicità dei dati, è attestata da un professionista ex articolo 161, L.F.. Non è opinione di chi scrive che l'emergenza Covid renda impossibile in termini generali l'attestazione di fattibilità. Questo sarebbe vero solo se sussistesse in capo all'attestatore l'obbligo di prevedere l'accadimento futuro che effettivamente si realizzerà, quindi adempiendo tale stima a una sorta di obbligazione di risultato. In realtà il compito dell'attestatore è rendere la previsione che risulta corretta sotto il profilo metodologico al momento in cui viene redatta e, quindi, essendo corretta è quella che professionalmente è definita come fattibile.

Tale considerazione non va intesa come relativizzazione della prognosi di fattibilità, ma come necessità di avere a riferimento nella elaborazione delle stime i paradigmi dettati dalle *best practice* professionali, nel caso concreto rappresentate dai "*Principi di attestazione dei piani di risanamento*" approvati dal Cndcec il 3 settembre 2014 e oggi sottoposti a lavori di aggiornamento in corso.

Questo modo di considerare l'attestazione consente di definire corretta la stima di fattibilità non solo che si realizza, ma anche quella che non si è realizzata se, quando è stata formulata, il processo di acquisizione delle informazioni, di analisi delle stesse e di elaborazione è stato fatto in modo professionalmente adeguato.

Se si condivide questa valutazione risulta evidente che nella emergenza pandemica vadano adottate particolari cautele legate alle specifiche incertezze del momento.

A puro titolo esemplificativo si tratta di considerare:

- la qualità delle fonti di previsione della domanda, privilegiando le più specialistiche di settore, le più autorevoli, le più recenti;
- eventuali limitazioni della capacità produttiva legate alle prescrizioni sanitarie;

- la congruità delle assunzioni sottostanti la previsione temporale di cessazione dei fenomeni di straordinarietà che affliggono la gestione;
- la possibilità di scenari alternativi e il loro grado di probabilità;
- l'utilizzo di *stress test* particolarmente severi.

In sintesi, ove si abbandoni una lettura “para-divinatoria” della attestazione di fattibilità, la tecnica professionale suggerisce metodologie adeguate per la formulazione di stime in contesti di particolare *stress* come quello attuale. Dall'altro canto, se così non fosse e si uscisse dall'ambito concorsuale, nessuna impresa potrebbe in questo periodo redigere un budget attendibile, cosa che evidentemente non è;

a) da ultimo, il pagamento dei debiti pregressi per prestazioni di beni o di servizi è autorizzabile da parte del Tribunale se un professionista attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori. Con tale attestazione viene scongiurato il blocco assoluto dei pagamenti dei debiti pregressi, ancorché limitando gli stessi a beneficiari strategici per l'impresa debitrice. Circostanza questa che resterebbe immutata anche nelle ipotesi formulate di nuove procedure “alternative più leggere” sopra sommariamente citate. In sintesi, la presunta inadeguatezza del concordato preventivo in continuità, ove esistesse non ha nulla a che vedere con l'emergenza Covid-19.

La circostanza che la continuità aziendale sia un valore da tutelare è certificata dalla introduzione dell'[articolo 186-bis](#), L.F. e dalla conseguente ripermimetrazione dell'[articolo 2740](#), cod. civ. in materia di limitazione di responsabilità del debitore.

Altrettanto consolidato è il fatto che, complice l'assenza di una percentuale minima di soddisfacimento per i creditori, il riequilibrio economico, finanziario e patrimoniale avviene anche grazie a un severo stralcio del debito.

Quindi “*quid novi*” nell'economia *post* Covid-19 rispetto alla situazione precedente? Forse che i diritti dei creditori in periodi normali meritino attenzione inferiore a quella da esercitare durante la crisi pandemica?

Personalmente non ho tale certezza.

Altri strumenti attualmente esistenti di prevenzione del *moral hazard*

Nella brevità della esposizione sopra riportata si è visto come non solo i rischi di *moral hazard*, ma anche i presunti limiti del concordato con continuità non siano figli della situazione emergenziale, ma siano

una “finta sorpresa” derivante da una interpretazione non condivisibile del significato degli strumenti attualmente disponibili e in particolare della portata delle attestazioni degli esperti.

E come le attestazioni sono, pur con difficoltà, anche oggi producibili - consentendo l'accesso alla procedura, la valutazione di miglior soddisfacimento e il pagamento di creditori pregressi se strategici - anche il *moral hazard* ha, nell'ordinamento vigente, i suoi strumenti di temperamento. Si faccia riferimento ad esempio alla possibilità di proposte concordatarie concorrenti di cui all'[articolo 163](#), comma 4, L.F., presentabili da creditori portatori di oltre il 10% dei debiti della fallita.

Nelle intenzioni del Legislatore i creditori sono stati dotati di uno strumento volto a sottrarsi alla definitività della proposta del debitore e idoneo a consentire il proprio miglior soddisfacimento.

Nella stessa direzione va l'[articolo 163-bis](#), L.F. che dispone per il Tribunale l'obbligo di promuovere un procedimento competitivo ove il piano preveda il trasferimento a titolo oneroso dell'azienda, di uno o più rami d'azienda o di specifici beni.

Anche questo strumento è evidentemente volto a colmare l'esistenza delle asimmetrie informative tra debitore e i suoi aventi causa da un lato e creditori e terzi potenzialmente interessati ai beni dall'altro. Ora è vero che le proposte concorrenti non si siano affermate nel sistema delle procedure e non hanno portato ai risultati attesi, come molto correttamente evidenziato da taluni⁷, ma è altrettanto vero che si stenta a vedere questo come un portato del Covid-19, ovvero come un fenomeno che la pandemia pone più gravemente sul tavolo degli operatori.

Conclusioni

Sulla scorta dell'analisi proposta, la tragica esperienza sociale ed economica che stiamo vivendo, nel limitato ambito delle procedure concorsuali che mirano a salvaguardare la continuità aziendale, trova all'interno dell'attuale ordinamento gli strumenti adeguati a fronteggiarla con un'efficacia comparabile a quella che i medesimi strumenti hanno dimostrato di avere anteriormente alla crisi.

I rischi di *moral hazard* e l'incertezza degli scenari economici che ci attendono sono affrontabili, con particolare cautela, utilizzando gli strumenti di bilanciamento già previsti e, da un altro punto di vista, con le cautele tecnico – metodologiche che la *best practice* professionale è in grado di definire.

Questo non significa che non si apra l'occasione per una nuova riflessione sulla effettiva efficacia degli istituti della composizione del debito e sul perché tale efficacia, in particolari ambiti, non si sia concretamente realizzata.

⁷ R. Ranalli, *op. cit.*

Anche cogliendo l'opportunità del rinvio dell'entrata in vigore a settembre 2021 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, le riflessioni che hanno animato con grande professionalità il dibattito sulla legislazione concorsuale dell'emergenza realizzata o auspicata, meritano di trovare adeguata collocazione in un dibattito sistematico che le compendi, piuttosto che in ulteriori interventi d'urgenza che ne accentuino unicamente la eterogeneità rispetto al corpo normativo vigente o atteso dalla riforma.


Euroconference
Centro Studi Tributari

Master di specializzazione

Master di 4 giornate intere

LA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA DOPO L'INTRODUZIONE DEL NUOVO CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

L'emanazione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza delle Imprese D. Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 costituisce un momento di profonda discontinuità rispetto al passato. I punti oggetto di cambiamento sono assai numerosi, di significativo impatto ma anche di difficile attuazione operativa, rendendo critici i conseguenti criteri di applicazione pratica delle nuove norme, alcune delle quali, come i meccanismi di allerta, coinvolgono l'intero sistema delle imprese. Il Master viene disegnato con l'intento di ripercorrere l'intero processo di gestione della crisi sulla base dei nuovi strumenti (quali la composizione assistita della crisi presso l'OCRI) e della revisione di quelli esistenti con maggiore focalizzazione sui soggetti "fallibili". Il programma è redatto sulla base dell'attuale Codice che potrà però essere oggetto di ulteriori modifiche previste dalla apposita delega al Governo contenuta nella L. 20/19.



SPECIALISTICA WEB - Partecipa *on-line* ai nostri corsi

Ottimizza i tempi della Tua formazione interagendo in tempo reale con l'evento in aula

Si segnala che, nel caso di iscrizione alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

ACCEDI AL SITO

Crisi e risanamento n. 41/2020

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Nicla Corvacchiola – dottore commercialista, docente a contratto LIUC Castellanza

In questo numero andremo ad analizzare la Sezione II, Titolo IV del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza riguardante la ristrutturazione dei debiti del consumatore ponendo attenzione alla procedura di particolare favore nei confronti delle persone fisiche intese esse anche come socie delle società appartenenti a uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e V del Libro V, cod. civ., di cui rispondono in ossequio al principio della responsabilità illimitata che permette di sottrarsi al giudizio e all'approvazione dei creditori e di sottoporsi unicamente alla valutazione del giudice. L'analisi prosegue con l'approfondimento della procedura di "concordato minore", denominazione che va a sostituire – nella procedura di sovraindebitamento – quella di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Procedura di ristrutturazione dei debiti

Il piano di ristrutturazione dei debiti, disciplinato dall'[articolo 67](#) del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, è la procedura di composizione della crisi riservata al consumatore⁹⁰, inteso come persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana e professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società appartenenti a uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e V, Titolo V, Libro quinto, cod. civ., per debiti estranei a quelli sociali, di cui esso risponde in ossequio al principio della responsabilità illimitata.

È una procedura di particolare favore in quanto consente al debitore di sottrarsi al giudizio e all'approvazione dei creditori, che può essere influenzata anche da motivi che originano da rapporti di natura personale e che non riguardano la convenienza in sé della proposta, e di sottrarsi unicamente alla valutazione, in linea di principio maggiormente obiettiva, del giudice.

La procedura disciplinata dall'articolo 67 del Codice è l'unica, oltre alla liquidazione del patrimonio, riservata al consumatore in quanto predisposta appositamente per risolvere l'indebitamento derivante dai debiti estranei a quelli sociali. La novità introdotta del nuovo Codice riguarda la previsione secondo la quale è equiparato al consumatore anche il socio illimitatamente responsabile di una delle società

⁹⁰ Articolo 2, comma 1, lettera e) del Codice.

appartenenti a uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e V, Titolo V, Libro V, cod. civ., anche se quest'ultima non è assoggettata a nessuna procedura concorsuale.

La domanda deve contenere, oltre al piano, l'elenco dei dati sulla consistenza del patrimonio, l'indicazione degli atti di straordinaria amministrazione, e quindi sostanzialmente di disposizione del patrimonio, compiuti negli ultimi 5 anni, coerentemente con il termine di prescrizione stabilito dal codice civile per la revocatoria ordinaria, la dichiarazione dei redditi degli ultimi 3 anni, nonché, al fine di valutare la disponibilità economica effettivamente utilizzabile per il pagamento dei debiti, l'indicazione delle entrate del debitore da attività lavorativa o da altra fonte, con la precisazione di quanto occorre per il mantenimento della famiglia.

Rilevante è la disposizione, attuativa di uno specifico principio di delega, che consente di prevedere, con il piano, anche la falcidia o la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del Tfr o della pensione nonché di quelli derivanti da operazioni di prestito su pegno, con conseguente liberazione di risorse a vantaggio di tutti i creditori e possibilità di soddisfare i crediti derivanti dagli stessi nell'ambito complessiva sistemazione dei debiti.

Il comma 4, [articolo 67](#) del Codice contiene una previsione, comune ad altri istituti, relativa a trattamento dei crediti privilegiati o con garanzia reale, che possono essere destinatari di una previsione di soddisfacimento anche non integrale solo se inferiore al valore realizzabile nell'alternativa ipotesi di liquidazione, tenuto conto del valore di mercato come attestato dall'OCC.

Il successivo comma 5, consente il rimborso, alle date pattuite, delle rate a scadere del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore se, alla data del deposito della domanda, questi ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito scaduto.

L'articolo 11 del decreto correttivo⁹¹ ha chiarito che il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, può prevedere non solo il soddisfacimento parziale, e dunque il pagamento di un importo ridotto rispetto al dovuto, ma anche differenziato dei crediti.

Il procedimento si svolge dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, diversamente da quanto previsto per altre procedure di regolazione della crisi dall'[articolo 40](#), comma 1 del Codice.

⁹¹ Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n.155".

Presentazione della domanda e attività dell'OCC

L'[articolo 68](#) del Codice disciplina l'avvio del procedimento che necessita dell'intervento dell'organismo di composizione della crisi costituito presso il Tribunale competente e quindi quello nel cui circondario ha la residenza il debitore.

Il decreto correttivo⁹² ha chiarito che nel caso in cui nel circondario del Tribunale competente non vi sia un OCC, nella scelta del professionista cui affidare le funzioni del suddetto organismo devono essere preferiti gli iscritti nell'Albo dei gestori della crisi di cui al decreto del Ministero della Giustizia n. 202/2014.

Spetta infatti all'organismo la presentazione della domanda di ristrutturazione del debito in esito all'incarico ricevuto dal debitore e all'individuazione concordata della scelta maggiormente opportuna. La presentazione della domanda comporta una valutazione della condotta del debitore e del presumibile sviluppo della procedura; a tal fine, l'OCC deve indicare gli elementi utili a valutare la meritevolezza⁹³, l'affidabilità dei dati sui quali il piano è fondato⁹⁴, i tempi e i costi della procedura.

Ai fini della valutazione del piano da parte del giudice, sotto il profilo del trattamento di determinati creditori, è anche previsto, in conformità con la Legge delega, che l'OCC debba indicare se il finanziatore abbia valutato, nell'accordare il finanziamento, il merito creditizio del finanziato, tenuto conto del suo reddito e dell'incidenza sullo stesso delle spese necessarie a mantenere un dignitoso tenore di vita, quantificando tale importo in misura pari all'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al D.P.C.M. 159/2013, in modo da tenere conto dell'incidenza del carico familiare.

L'OCC, entro 7 giorni dal conferimento dell'incarico da parte del debitore, deve darne notizia all'Agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti in base all'ultimo domicilio fiscale del debitore. La disposizione è volta a consentire agli uffici di comunicare la situazione debitoria all'OCC, in modo che ne possa tenere conto nella redazione della relazione e nella predisposizione della proposta.

Il deposito della domanda, analogamente alle altre procedure, sospende, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali o legali fino alla chiusura della liquidazione, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegio, salvo quanto previsto dagli articoli [2749](#), [2788](#) e [2855](#) commi 2 e 3, cod. civ..

⁹² Articolo 11 "schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019", recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n.155".

⁹³ Intesa come indicazione delle cause dell'indebitamento ed esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte.

⁹⁴ Si tratta di verificare l'attendibilità della documentazione.

Condizione oggettive ostative

L'[articolo 69](#) del nuovo Codice si occupa della meritevolezza del debitore di accedere alla procedura.

Il particolare regime di favore accordato al consumatore trova il suo contrappeso nella necessaria ricorrenza del requisito della meritevolezza, che deve qualificare la sua condotta; quest'ultima deve connotarsi per l'assenza di colpa in relazione alla situazione di sovraindebitamento nella quale il debitore si è venuto a trovare.

Ne consegue che non solo sono ostative all'accesso alla procedura l'aver già ottenuto l'esdebitazione nei 5 anni precedenti o comunque per 2 volte, circostanze di per sé indicative di condotta imprudente, ma anche l'aver determinato con colpa grave il sovraindebitamento e quindi, ad esempio, aver assunto obbligazioni sproporzionate alla capacità di adempimento oppure aver omesso di svolgere una possibile attività lavorativa idonea all'adempimento degli obblighi assunti.

A maggior ragione, sono ostative le condotte improntate alla frode dei creditori e comunque in malafede che come previsto dall'articolo 282, cod. civ. impediscono l'esdebitazione di diritto in caso di liquidazione controllata.

Il comma 2, articolo 69 del Codice contiene una previsione innovativa che commina sanzioni processuali al creditore che ha colpevolmente determinato o aggravato la situazione di sovraindebitamento anche omettendo, quale finanziatore, di verificare adeguatamente il merito creditizio del finanziato; tale creditore, infatti, non può proporre opposizione in sede di omologazione né reclamo avverso l'omologazione né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore.

Tale ultima disposizione è stata modificata dall'articolo 11 del decreto correttivo che ha eliminato la previsione secondo la quale il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'[articolo 124-bis](#), Tub, non può far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore. Si tratta di sanzioni irragionevoli, soprattutto considerato che l'ammissibilità costituisce oggetto di una verifica che l'autorità giudiziaria deve svolgere d'ufficio.

Omologazione del piano

L'[articolo 70](#) del Codice disciplina l'omologazione del piano che non necessita della preventiva approvazione da parte dei creditori, così come avviene anche in altre procedure⁹⁵ con finalità ulteriori

⁹⁵ Si pensi al concordato nell'amministrazione straordinaria di cui al D.Lgs. 270/1999.

rispetto alla sola tutela dei creditori, che in questo caso consistono nella volontà di fronteggiare un rilevante problema sociale, acuito dalla crisi economica successiva al 2008 che ha reso evidente l'urgenza di istituire strumenti diretti a consentire la liberazione dei debiti civili.

La disposizione prescrive che, superato il vaglio dell'ammissibilità, il piano e la proposta siano resi noti mediante pubblicazione del decreto del giudice che una volta comunicato ai creditori, potrà essere oggetto di osservazione da parte di quest'ultimi.

Con lo stesso decreto, su istanza del debitore, il giudice può accordare le misure protettive dirette a porre il patrimonio del debitore al riparo dalle iniziative individuali dei creditori, tali da pregiudicare l'attuazione del piano.

Sul punto, l'articolo 11 del decreto correttivo al fine di evitare incertezze interpretative, ha precisato che tra le misure che il giudice può adottare per conservare l'integrità del patrimonio vi può essere anche il divieto di compiere atti di straordinaria amministrazione, se non preventivamente autorizzati. Spetterà dunque al giudice, tenuto conto della composizione qualitativa e quantitativa del patrimonio del debitore, dell'ammontare e del rango dei crediti che devono essere soddisfatti e delle previsioni del piano, valutare, di volta in volta, quali atti dispositivi il debitore può compiere in autonomia.

In caso di atti in frode, tali misure possono essere revocate, anche d'ufficio, previa instaurazione del contraddittorio.

L'OCC può proporre modifiche al piano, alla luce delle osservazioni ricevute dai creditori, riferendone al giudice che, se ritiene ammissibile e fattibile il piano, lo omologa con sentenza.

Se un creditore o un terzo contesta la convenienza della proposta, il giudice procede comunque all'omologazione nel caso in cui ritenga che la proposta consenta un soddisfacimento per il creditore in misura non inferiore a quello che questi potrebbe conseguire con la liquidazione controllata.

Qualora la valutazione sia negativa, il giudice pronuncia decreto di rigetto, impugnabile, e revoca le misure protettive.

Se vi è istanza del debitore o, in casi di inadempimento o frode, di un creditore o del pubblico ministero, il Tribunale provvede con sentenza all'apertura della liquidazione controllata.

Esecuzione del piano

L'[articolo 71](#) del nuovo Codice che disciplina l'esecuzione del piano è stato riformulato integralmente dall'art.11 del decreto correttivo⁹⁶.

⁹⁶ Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155"

Il principio generale sancito dal comma 1, [articolo 71](#) del Codice è quello che all'esecuzione del piano provvede il debitore sotto il controllo e la vigilanza dell'OCC.

Spetta all'organismo anche la risoluzione di eventuali difficoltà sorte nella fase attuativa, eventualmente ricorrendo al giudice laddove ciò sia necessario.

La vigilanza del giudice è assicurata attraverso le relazioni che l'OCC deve semestralmente depositare. Il decreto correttivo allo scopo di garantire trasparenza all'attività liquidatoria e dunque che da essa consegua il miglior risultato possibile, al comma 1 ha previsto che le vendite e le cessioni abbiano luogo tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime condivise con l'organismo ed assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Terminata l'esecuzione il comma 2 prevede che l'OCC, sentito il debitore, presenta il rendiconto; se il rendiconto è approvato, il giudice liquida il compenso, e ne autorizza il pagamento.

Il compenso deve essere pattuito tra l'OCC e il debitore.

Diversamente, il giudice individua gli atti necessari per l'esatto adempimento del piano omologato e il termine entro il quale detti atti devono essere posti in essere. Scaduto inutilmente tale termine l'omologazione è revocata. La norma inoltre precisa che nella liquidazione del compenso il giudice tiene conto della diligenza dimostrata, fino ad escludere il diritto al compenso se non approva il rendiconto⁹⁷. Il decreto correttivo è intervenuto anche sui commi successivi al primo dell'articolo 71 del Codice recuperando il disposto dell'[articolo 13](#), commi 3 e 4, L. 3/2012, al fine sia di attribuire effetto purgativo alle vendite, consentendo la cancellazione dei vincoli esistenti sui beni liquidati in esecuzione del piano, sia garantire che, in mancanza di spossessamento, i creditori concorrenti non siano pregiudicati da atti o pagamenti posti in essere dal debitore in violazione del piano. È stato infine riformulato l'originario comma 4 (ora comma 6), che aveva giustamente suscitato incertezze interpretative, poiché sembrava irragionevolmente escludere il diritto dell'OCC al compenso anche in casi in cui la mancata attuazione del piano è dovuta a cause indipendenti dalla condotta dell'organismo e comunque estranee alla sua sfera di controllo.

Revoca dell'omologazione

L'[articolo 72](#) del Codice disciplina i casi di revoca della sentenza di omologazione diversi da quello conseguente alla mancata approvazione del rendiconto.

⁹⁷ Il termine rendiconto, che di regola è un atto di chi è chiamato a svolgere un'attività gestoria, è stato eliminato dal decreto correttivo e sostituito da una relazione finale dell'esecuzione del piano.

Alla revoca il giudice procede su istanza del pubblico ministero, di un creditore o di qualunque interessato, ma anche d'ufficio, sentito il debitore, in tutti i casi di frode e falsità, nonché in tutti i casi in cui il piano divenga inattuabile e non sia possibile modificarlo in modo da consentirne l'attuazione. L'OCC è tenuto a segnalare al giudice le circostanze che possono comportare la revoca dell'omologazione.

L'istanza o l'iniziativa di ufficio devono intervenire entro 6 mesi dall'approvazione del rendiconto.

Il comma 5, modificato dal decreto correttivo, prevede che il giudice decide con sentenza dopo aver sentito gli interessati, anche solo mediante assegnazione di termini per lo scambio di memorie scritte o anche in caso di rigetto dell'istanza di revoca dell'omologazione, considerato che la decisione è reclamabile ai sensi dell'[articolo 51](#) e che la Corte d'Appello decide a propria volta sul reclamo con sentenza.

L'ultimo comma dell'[articolo 72](#) del Codice precisa che la revoca dell'omologazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede.

Conversione in procedura liquidatoria

L'[articolo 73](#) del Codice dispone che nei casi di revoca dell'omologazione il giudice possa disporre la conversione della procedura in liquidazione controllata se lo richiede il debitore oppure, ma solo se la revoca consegue in atti in frode o inadempimento, se vi sia istanza di un creditore o del pubblico ministero.

Il giudice, quando dispone la conversione, deve concedere al debitore un termine per integrare la documentazione e provvedere alla nomina del giudice delegato o del liquidatore.

Proposta di concordato minore

L'[articolo 74](#) del Codice inserito nella sezione III rubricata "Concordato minore" dispone che tutti i debitori rientranti nella definizione di cui all'[articolo 2](#), comma 1, lettera c) del Codice⁹⁸, con esclusione del consumatore, per il quale è previsto in via esclusiva l'accesso al piano di ristrutturazione dei debiti come alternativa alla liquidazione controllata, possono avere accesso ad una procedura di composizione concordata della crisi o dell'insolvenza denominata concordato minore, che si pone in linea di

⁹⁸ Si tratta "... del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start up, innovative di cui al D.L. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla L. 221/2012, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza".

sostanziale continuità con l'accordo disciplinato dagli articoli [10](#) e ss., L. 3/2012, sulla composizione della crisi da sovraindebitamento.

Non diversamente da quanto previsto per il concordato preventivo e in ossequio a quanto disposto dall'[articolo 9](#), comma 1, lettera b), L. 155/2017, la norma privilegia le proposte di concordato che poggino sulla prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, sicché costituisce requisito di ammissibilità del concordato liquidatorio l'apporto di apprezzabili risorse esterne, che consentano un grado di soddisfacimento dei creditori maggiore di quello assicurato dall'impiego del patrimonio esistente. Diversamente da quanto previsto per il concordato preventivo e in considerazione della maggiore semplicità della procedura e della tipologia di dei debitori che possono farvi ricorso, non si è ritenuto, in questo caso, di quantificare l'incidenza dell'apporto esterno sulla misura del soddisfacimento dei creditori, lasciando tale valutazione al prudente apprezzamento del giudice.

Il comma 3, [articolo 74](#) del Codice dispone che la proposta può prevedere il soddisfacimento dei debiti, anche parziale, in qualsiasi forma, e quindi non necessariamente in denaro, seppur con modalità che consentano di rispettare l'ordine delle cause di prelazione, e la suddivisione dei creditori in classi, con i dovuti adattamenti resi necessari dalla maggiore semplicità e snellezza del procedimento, che non conosce l'istituto delle proposte concorrenti. Il decreto correttivo è intervenuto prevedendo l'obbligatorietà delle classi per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi. Si tratta di una modifica diretta a colmare la lacuna della disciplina introdotta dal codice della crisi e dell'insolvenza sul modello del concordato maggiore di cui all'[articolo 85](#) del Codice, sia pure attribuendo rilievo al solo caso in cui i creditori siano titolari di garanzie esterne. Ciò in considerazione della tendenziale minore portata della situazione di crisi o di insolvenza che danno origine alla procedura, così da mantenere fermo l'obiettivo di riservare alla regolazione di queste crisi "minori" strumenti più semplici e snelli. Gli obiettivi del Legislatore sono quelli di rendere effettivo il diritto dei creditori a valutare la convenienza della proposta disponendo di informazioni adeguate e di garantire la trasparenza del meccanismo di formazione della maggioranza. In tale modo, viene data attuazione alla prescrizione dell'articolo 9, § 4, Direttiva UE 2019/1023, ai sensi della quale gli stati membri provvedono affinché le parti interessate siano trattate in classi distinte che rispecchiano una sufficiente comunanza di interessi e che

"come minimo, i creditori che vantano crediti garantiti e non garantiti sono trattati in classi distinte ai fini dell'adozione del piano di ristrutturazione".

Per concludere è possibile affermare che le affinità tra concordato minore e concordato preventivo giustificano il rinvio alle disposizioni che disciplinano tale secondo istituto, in quanto compatibili.

Documentazione e trattamento dei crediti privilegiati

Alla domanda di concordato minore deve essere allegata la documentazione, diversa in rapporto alla qualifica del debitore, così come sopra definito al paragrafo precedente, necessaria per ricostruirne la situazione economica e finanziaria, che, in ogni caso, deve indicare l'entità e la qualità dei debiti e l'identità dei creditori, gli atti di straordinaria amministrazione e comunque di disposizione del patrimonio posti in essere negli ultimi cinque anni, le entrate del debitore e della famiglia e la somma occorrente al mantenimento della stessa.

Come in altre tipologie di concordato, la proposta può prevedere il pagamento parziale dei crediti privilegiati, purché in misura non inferiore a quanto il creditore otterrebbe in caso di liquidazione, tenuto conto del valore di mercato dei beni su cui grava il privilegio come attestato dall'OCC.

L'ultimo comma dell'[articolo 75](#) del Codice, in maniera del tutto innovativa, prevede che quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, è possibile considerare il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante sui beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. In tal caso, l'OCC attesta che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata al valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. La disposizione è volta ad allineare la disciplina del concordato minore alla disciplina del concordato preventivo di cui all'[articolo 100](#) del Codice, trattandosi in entrambi i casi di procedure concorsuali.

Crisi e risanamento n. 41/2020

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, pubblicista, direttore scientifico Crisi e Risanamento

Omesso versamento ritenute certificate: la domanda di ammissione al concordato non esclude la punibilità

Corte di Cassazione n. 13092/2019

Ai fini della configurabilità del reato di omesso versamento delle ritenute certificate, di cui all'[articolo 10-bis](#), D.Lgs. 74/2000, la proposizione di una domanda di concordato, la sua ammissione e l'omologazione non impediscono il pagamento del debito tributario sorto in epoca anteriore, ma scadente dopo la presentazione della domanda medesima. La causa di giustificazione dell'[articolo 51](#), c.p. può essere, infatti, invocata soltanto laddove l'imputato sia destinatario di un "ordine legittimo" del Tribunale civile con cui si impone il divieto di pagamento dei crediti anteriori alla proposta di concordato. In sede di accertamento del reato, occorre verificare l'effettivo mancato adempimento della pretesa fiscale. Di conseguenza, in tale situazione risulta del tutto irrilevante se il contribuente abbia avanzato la domanda di concordato preventivo o ne abbia ottenuto l'ammissione e l'omologazione in riferimento ai debiti tributari sorti in epoca antecedente e scaduti prima della proposizione della domanda medesima. In particolare i giudici ritengono che la pendenza della procedura concorsuale del concordato preventivo, non integra la causa di esclusione di punibilità di cui all'articolo 51, c.p.. Tale conclusione poggia sull'elemento strutturale della richiamata procedura che, a differenza delle altre, non priva l'imprenditore in crisi dell'amministrazione dei beni e, come tale gli consente il compimento di alcuni atti gestori, fra cui il pagamento dei debiti.

Bancarotta fraudolenta e pagamenti preferenziali con scopo di salvataggio

[Corte di Cassazione n. 18528/2020](#)

L'elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta preferenziale, è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale e detta finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia dell'attività sociale o imprenditoriale e il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile.

In tema di bancarotta preferenziale, qualora il fallito provveda al pagamento di crediti privilegiati, ai fini della configurabilità del reato, è necessario il concorso di altri crediti con privilegio, di grado prevalente o eguale, rimasti insoddisfatti per effetto del pagamento e non già di qualsiasi altro credito ([sentenza n. 54502/2018](#) relativa all'immediato rimborso di un finanziamento a favore di una socia, in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza che aveva affermato la sussistenza della lesione della *par condicio creditorum*, trattandosi di operazione vietata dall'[articolo 2467](#), cod. civ.). Inoltre, quanto all'elemento soggettivo del reato, si rileva che questo è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale. Ne consegue che detta finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale e il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile.

Istruttoria prefallimentare: il presidente può d'ufficio disporre l'abbreviazione del termine per la comparizione del debitore

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 8611/2020](#)

Nell'ambito del procedimento prefallimentare, la valutazione della ricorrenza delle particolari ragioni d'urgenza, che giustificano l'abbreviazione del termine per la comparizione del debitore, compete solo al presidente del Tribunale (ovvero al presidente di sezione tabellarmente designato per l'adozione di tali provvedimenti) il quale può disporla anche d'ufficio, per la particolare natura dell'istruttoria prefallimentare, non riducibile a un processo tra parti contrapposte, in quanto idonea a dar luogo (nel caso di accoglimento della domanda) a un accertamento costitutivo valevole "*erga omnes*"; tuttavia, la facoltà di abbreviare i termini per la comparizione del debitore è delegabile al giudice incaricato dell'esame del ricorso di fallimento dal presidente del Tribunale, come previsto dal combinato disposto dei commi 3 e 5, [articolo 15](#), L.F. (che, nel comma 5 facendo riferimento al precedente comma 3, implicitamente lo richiama e attribuisce tale possibilità di delega).

Fallimento e rapporti processuali: disinteresse della curatela e legittimazione eccezionale del fallito

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 9482/2020](#)

La dichiarazione di fallimento, pur non sottraendo al fallito la titolarità dei rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, comporta la perdita della capacità di stare in giudizio nelle relative

controversie, spettando la legittimazione processuale esclusivamente al curatore; a questa regola, enunciata dall'[articolo 43](#), L.F., fanno eccezione soltanto l'ipotesi in cui il fallito agisca per la tutela di diritti strettamente personali e quella in cui, pur trattandosi di rapporti patrimoniali, l'Amministrazione fallimentare sia rimasta inerte, manifestando un totale disinteresse o indifferenza nei confronti del giudizio, situazione che non si verifica ove l'inerzia degli organi fallimentari costituisca, ad esempio, il risultato di una ponderata valutazione negativa. In particolare, l'assoluto disinteresse della curatela, come condizione negativa perché possa riconoscersi al fallito la legittimazione supplementare ed eccezionale, esige una rigorosa e specifica allegazione e un accertamento preliminare, altrimenti generandosi una incontrollabile serie di giudizi a catena e una confusione di ruoli (o peggio l'uso strumentale di tale possibilità, per finalità estranee al corretto e imparziale svolgimento della procedura), il cui onere di allegazione specifico, sostenuto con rigore probatorio, spetta a colui che affermi i fatti di disinteresse e chiedi di surrogarsi alla curatela.

Liquidazione coatta amministrativa e processo di legittimità

[Corte di Cassazione, sentenza n. 9461/2020](#)

Nelle procedure concorsuali opera il principio secondo il quale tutti i crediti vantati nei confronti dell'imprenditore insolvente devono essere accertati secondo le norme che ne disciplinano il concorso, sicché la domanda formulata da chi si afferma creditore in sede di cognizione ordinaria, se proposta prima dell'inizio della liquidazione coatta amministrativa, diviene improcedibile e tale improcedibilità sussiste anche se la procedura concorsuale sia stata aperta, dopo una pronuncia di condanna nei confronti dell'impresa insolvente, nel corso del giudizio in Cassazione. (Nella specie la Suprema Corte ha dichiarato improcedibile la domanda di risarcimento del danno proposta dal cliente di un istituto di credito sottoposto a liquidazione coatta amministrativa soltanto nel corso del giudizio di legittimità, dopo che la banca ancora "*in bonis*" era rimasta soccombente all'esito di un giudizio di condanna in appello).

Dichiarazione di fallimento: valida la notifica pur se la pec è inutilizzata da tempo

Corte d'Appello Catania n. 850/2020

La pec costituisce l'indirizzo pubblico informatico, che deve essere attivo e rinnovato nel tempo e la cui responsabilità, sia nella fase di iscrizione sia successivamente, grava sul legale rappresentante della società, non avendo al riguardo alcun compito di verifica l'ufficio camerale. Ne consegue la validità della notificazione degli atti della procedura prefallimentare, eseguiti all'indirizzo pec risultante dal

Registro Imprese a nulla rilevando l'inutilizzazione della stessa da tempo da parte del debitore fallendo (nella specie, una Srl). Si configura un principio di responsabilità a carico dell'imprenditore, in relazione alla sussistenza di un indirizzo pec (siccome risultante dal Registro Imprese o dal Registro Ini-pec) che sia sempre attivo e funzionante, dal momento che, nel sistema normativo attuale, è *"di chiara evidenza come la pec costituisca l'indirizzo pubblico informatico, che deve esser attivo e rinnovato nel tempo, la cui responsabilità sia nella fase di iscrizione che successivamente, grava sul legale rappresentante della società, non avendo a riguardo alcun compito di verifica l'ufficio camerale"* (vedi [Cassazione n. 3112/2017](#) che, in applicazione del principio esposto, ha cassato la sentenza con la quale la Corte d'Appello aveva revocato il fallimento sul presupposto che il ricorso ed il decreto di comparizione erano stati notificati a un indirizzo pec che, pur risultando dal certificato camerale della società debitrice, apparteneva, in realtà, ad altra società). Del tutto irrilevante, pertanto, si appalesa la deduzione afferente la non utilizzazione, da parte della reclamante, della pec e, per contro, pienamente valida la notificazione degli atti della procedura prefallimentare, avvenuti all'indirizzo pec risultante dal Registro Imprese.

La domanda giudiziale proposta da un imprenditore in concordato preventivo non necessita della autorizzazione

[Corte di Cassazione, sentenza n. 10080/2020](#)

La domanda giudiziale proposta da un imprenditore che abbia presentato istanza di ammissione al concordato preventivo non necessita, ai fini della sua ammissibilità, della autorizzazione previa del Tribunale ai sensi dell'[articolo 161](#), comma 7, L.F., in quanto la mancanza di tale autorizzazione, necessaria ai fini del compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, produce conseguenze esclusivamente sul piano dei rapporti sostanziali (a partire dalla non prededucibilità dei crediti di terzi che da tali atti derivino), ma non spiega alcun effetto sul piano processuale.

Dichiarazione di fallimento: in caso di rinnovazione della notificazione, l'onere grava sul ricorrente

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 10511/2020](#)

In materia di notificazione del ricorso per dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'[articolo 15](#), L.F., una volta che la notificazione a cura della cancelleria all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore sia risultata impossibile o non abbia avuto esito positivo, l'onere della notificazione ricade definitivamente sul ricorrente, sicché, ove sia stata disposta la rinnovazione della notificazione da questi

eseguita, essa è effettuata a cura del ricorrente medesimo, senza che debba essere preceduta da un nuovo tentativo di notificazione a cura della cancelleria all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore.

L'attestazione del professionista deve assolvere alla funzione di fornire elementi di valutazione per i creditori

[Corte di Cassazione, sentenza n. 11882/2020](#)

In sede di ammissione il Tribunale deve verificare che l'attestazione del professionista presenti gli elementi necessari a far sì che detta relazione - aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - assolva alla funzione di fornire elementi di valutazione per i creditori. Va precisato che, relativamente alla fase di ammissione, spetta, in buona sostanza, al tribunale di controllare la corretta formulazione della proposta, presupposto indispensabile al fine della garanzia della corretta formazione del consenso dei creditori. E, in tale ambito, come può ricavarsi dal disposto della L.F., [articolo 162](#), comma 2, che impone al Tribunale di dichiarare l'inammissibilità della proposta qualora non ricorrano i presupposti di cui alla L.F., [articolo 160](#), commi 1 e 2, e [articolo 161](#) (in essi compresi dunque anche quelli concernenti la veridicità dei dati indicati e la fattibilità del piano) è conferito al giudice il compito di esaminare criticamente la relazione del professionista che accompagna il piano indicato dall'imprenditore, verificando che l'attestazione di veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano medesimo non solo trovi puntuale riscontro nella documentazione allegata, ma sia sorretta da argomentazioni logiche, idonee a dar conto della congruità delle conclusioni assunte rispetto ai profili di fatto oggetto di esame.

In realtà, ciò che maggiormente rileva è che l'articolo 162, comma 1, L.F., nello stabilire che il Tribunale "può" (e non "deve") concedere il termine in questione, attribuisce al giudice un potere di natura discrezionale, il cui mancato esercizio – come già sopra precisato – non necessita di motivazione e non è censurabile in sede di legittimità.

In tema di concordato preventivo, il controllo del Tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della L.F., articoli 162 e [163](#), ha per oggetto principalmente la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, con la conseguenza che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal Legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi

di valutazione per i creditori (così, Cassazione, sentenza n. 3586/2011). Nè a uno scopo diverso assolve l'eventuale termine concesso al debitore dal Tribunale, L.F., ex [articolo 162](#), comma 1, al fine della integrazione del piano e della produzione di nuovi documenti, essendo tale possibilità diretta a soddisfarne maggiormente la completezza informativa al fine di assicurare il consenso informato dei creditori (così, sempre Cassazione, n. 3586/2011, *cit. supra*).

Autorizzazione a stare in giudizio per il fallimento concessa nel corso del giudizio

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 12252/2020](#)

La mancanza di autorizzazione del giudice delegato al curatore perché intraprenda un giudizio, concernendo un'attività svolta nell'esclusivo interesse del fallimento procedente, è suscettibile di sanatoria con effetto "*ex tunc*", anche mediante successiva autorizzazione nel corso del processo, purché l'inefficacia degli atti non sia stata nel frattempo già accertata e sanzionata dal giudice.

Ribadita la fallibilità delle società partecipate dagli enti pubblici, irrilevante ogni indagine sulla natura "in house" o meno

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 13160/2020](#)

Contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, una società di capitali che, come nel caso di specie, sia in tutto o in parte partecipata da enti pubblici, è sempre assoggettabile a fallimento ai sensi della L.F., [articolo 1](#), comma 1. La posizione dell'ente pubblico all'interno della società è infatti unicamente quella di socio in base al capitale conferito, senza che gli sia consentito di influire sul funzionamento della società avvalendosi di poteri pubblicistici; nè la natura privatistica della società è incisa dall'eventualità del c.d. "controllo analogo", mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sulla stessa, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica che, tuttavia, non incide affatto sulla distinzione sul piano giuridico-formale, tra P.A. ed ente privato societario, che è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante ([Cassazione n. 5346/2019](#)). Come questa Corte ha già avuto occasione di evidenziare, la L.F., articolo 1, esclude dall'area della concorsualità unicamente gli enti pubblici, non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del codice civile, nonché quelle sul fallimento, concordato preventivo ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, onde non hanno fondamento le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui alla L. 70/1975, [articolo 4](#), che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo

([Cassazione n. 3196/2017](#)). Anche di recente il Legislatore ha confermato la volontà di ritenere applicabile alle società a partecipazione pubblica la disciplina codicistica e segnatamente l'[articolo 2221](#), cod. civ., che detta la regola generale della fallibilità di tutti gli imprenditori che esercitano attività commerciale. E invero il D.L. 95/2012, [articolo 4](#), comma 13, convertito dalla L. 135/2012, ha stabilito che *"le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali"* e successivamente la medesima disposizione è stata ribadita dal D.Lgs. 175/2016, [articolo 1](#), comma 3 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica), prevedendo espressamente all'[articolo 14](#), come novellato dal D.Lgs. 100/2017, che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al D.Lgs. 270/199 e al D.L. 347/2003, convertito con modificazioni dalla L. 39/2004. In tema di fallibilità, è dunque ormai del tutto irrilevante ogni indagine in ordine alla natura *"in house"* o meno della società che sia in mano pubblica, poiché la scelta del Legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico mediante lo strumento privatistico - comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con essi entrano in rapporto anche avuto riguardo al necessario rispetto delle regole della concorrenza, che impongono parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e modalità ([Cassazione n. 22209/2013](#) e n. 3196/2017).

Nessuna compensazione tra credito iva chiesto a rimborso e debiti tributari successivamente iscritti a ruolo

CTR Bari, sentenza n. 1319/2020

Va ribadito che con il provvedimento in questione l'ufficio non contesta in alcun modo la sussistenza del credito vantato dalla Società, ma oppone il "temporaneo diniego" esclusivamente a motivo di un debito non ancora onorato per l'importo portato dalla richiamata cartella di pagamento, relativo all'anno d'imposta 2004, successivamente notificata. Peraltro, solo tale prospettazione risulta oggetto dell'atto di costituzione dell'Agenzia nel giudizio di primo grado per cui le ulteriori eccezioni dedotte in appello, afferenti una pretesa omessa prova dei fatti costitutivi del credito, devono ritenersi, [ex articolo 57](#), comma 2, D.Lgs. 546/1992, inammissibili in quanto nuove. Nel merito, l'impugnata statuizione è corretta perché nella fattispecie viene in rilievo la data di dichiarazione di fallimento,

intervenuta il 27 luglio 2005, in uno con la richiesta di rimborso operata con il modello Iva VR/2007 presentata il 24 luglio 2007, ovvero in data antecedente la notifica della cartella di pagamento come detto intervenuta il 28 aprile 2008. Sotto tale profilo, il curatore nel corso della procedura fallimentare era tenuto ad inserire nello stato attivo il credito vantato e ad azionare l'*iter* per ottenere il relativo rimborso, finalizzato a sostanziare la massa fallimentare a tutela di tutti i creditori della fallita società. Nel mentre, la cartella di pagamento, per il cui importo l'ufficio ha opposto il diniego, è stata, come pacificamente ammesso, notificata successivamente alla dichiarazione di fallimento con la conseguenza della necessità del non comprovato inserimento dello stesso nel passivo fallimentare. Ne consegue che, diversamente da quanto sostenuto, è illegittima la pretesa di compensazione perché l'importo vantato costituisce un credito della massa la cui estinzione, nei termini reclamati dall'Ufficio, finirebbe per pregiudicare i creditori concorsuali per violazione del principio della *par condicio creditorum*; né per inciso, per quanto irrilevante, risulta comprovato in giudizio che il credito vantato dalla procedura fallimentare consegua, secondo la prospettazione dell'appellante Agenzia delle entrate, a un effetto di trascinamento dall'attività del fallito.

Conto corrente bancario, ripetizione di indebito e distinzione dei versamenti solutori da quelli ripristinatori

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 14958/2020](#)

Secondo Cassazione n. 24418/2010, se il correntista, nel corso del rapporto, abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. E questo accadrà ove si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'affidamento: non così in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.

In base ai principi richiamati, è necessario dunque distinguere i versamenti solutori da quelli ripristinatori della provvista: giacché solo i primi possono considerarsi pagamenti nel quadro della fattispecie di cui all'[articolo 2033](#), cod. civ.; con la conseguenza che la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito decorre, per tali versamenti, dal momento in cui le singole rimesse abbiano avuto luogo. I versamenti ripristinatori, invece - come precisato dalle Sezioni Unite - non soddisfano il

creditore ma ampliano (o ripristinano) la facoltà d'indebitamento del correntista: sicché, con riferimento ad essi, di pagamento potrà parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia percepito dal correntista il saldo finale, in cui siano compresi interessi non dovuti: per essi, quindi, la prescrizione decorre dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Il che è quanto dire che ai fini della prescrizione assumerà rilievo anche la rimessa (solutoria) con cui il correntista ripiana l'esposizione debitoria maturata in ragione del rapporto di affidamento oramai cessato.

Erra, del resto, la Corte di merito, allorquando reputa che non potesse avere ingresso nel giudizio un accertamento della decorrenza della prescrizione basata sulla distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie: e ciò in quanto era la stessa proposizione dell'eccezione di prescrizione a imporre di prendere in esame tale profilo. Sul punto non poteva farsi questione di una novità della questione (nella sentenza si parla, impropriamente, di novità della domanda): infatti, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare ([Cassazione n. 15895/2019](#)). Da quanto sopra discende che la Corte di merito avrebbe dovuto verificare il prodursi o meno della prescrizione avendo riguardo alla data in cui hanno avuto luogo le singole rimesse solutorie, escludendo che la prescrizione si fosse prodotta con riferimento alle rimesse ripristinatorie, e considerando, nondimeno, i versamenti posti in atto, a seguito della cessazione dell'affidamento, per l'estinzione del saldo di chiusura del conto.

Concordato preventivo: no alla proroga del termine per il deposito del piano in mancanza di prova della sua utilità

Tribunale Catania, 16 luglio 2020

Compete al Tribunale la valutazione se concedere, ai sensi dell'[articolo 9](#), comma 4, D.L. 23/2020, la proroga del termine di cui all'[articolo 161](#), comma 6, L.F. per il deposito del piano concordatario quando:

a) a cagione dell'emergenza Covid-19 non sia stato possibile compiere alcuna delle attività originariamente previste volte alla predisposizione della proposta e del piano laddove la proroga del termine si rende necessaria per il loro compimento;

b) a cagione del Covid-19 siano mutati gli assunti del piano il quale non sia più attuabile secondo l'originaria impostazione e si renda quindi necessario adottare una diversa strategia per il risanamento dell'impresa ovvero per la sua liquidazione;

c) l'imprenditore fornisca elementi che consentano di ritenere che - nonostante l'incertezza che caratterizza il contesto economico e l'impossibilità di effettuare previsioni - la concessione della proroga consenta di superare le difficoltà che gli hanno precluso di predisporre il piano nel termine già prorogato.

Nel caso di specie, il Tribunale ha respinto l'istanza, ritenendo che non sia stati indicati i "concreti e giustificati motivi" richiesti dalla citata disposizione per accordare la proroga richiesta.

Campagna abbonamenti 2019/2020
Euroconference Pass
La soluzione per le tue esigenze di formazione fiscale e tributaria

				
Risparmi più del 60%	Maturi crediti formativi in aula e on-line	Portale on-line per accedere al materiale didattico	Aggiorni costantemente le tue competenze normative	Argomenti di aggiornamento e approfondimento

Scegli subito l'abbonamento per te

Euroconference NEWS

L'INFORMAZIONE QUOTIDIANA DA PROFESSIONISTA A PROFESSIONISTA

Il quotidiano telematico di Euroconference
diretto da **Sergio Pellegrino** e **Giovanni Valcarenghi**

**NOTIZIE E APPROFONDIMENTI
PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA**

Iscriviti alla mailing list e
rimani informato su tutte le news
www.ecnews.it



EDITORE E PROPRIETARIO

Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE

Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO

Massimo Conigliaro - dottore commercialista e revisore
legale in Siracusa, pubblicista

COMITATO SCIENTIFICO

Fabio Battaglia - dottore commercialista in Arezzo, Studio
Galeotti Flori Firenze

Domenica Capezzeri - giudice delegato Tribunale di Pescara
Ernestina De Medio - avvocato in Chieti

Nicla Corvacchiola - dottore commercialista in Pescara

Lorenzo Salvatore - Notaio in Verona

Alessandro Solidoro - dottore commercialista, professore a
contratto Università Bicocca di Milano

Roberta Zorloni - presidente Associazione Concorsualisti
Milano

REDAZIONE

Milena Martini e Chiara Ridolfi

Registrazione del Tribunale di Verona n.1995 del 5 settembre
2013

Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049

ISSN 2499-1015

SERVIZIO CLIENTI

Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
circulari@euroconference.it

SITO INTERNET

Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata,
accessibile tramite le proprie credenziali dal link:

http://www.euroconference.it/area_riservata_login.

In caso di smarrimento delle password è possibile utilizzare la
funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella
pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE

Bimestrale

Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2020

Euro 180 Iva esclusa

Per i contenuti di "Crisi e risanamento" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.

Tutti i contenuti presenti sul nostro sito web e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.