

---

*Estratto*

Estratto da un prodotto  
in vendita su **ShopWKI**,  
il negozio online di  
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

---

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria  
professionale, del software, della formazione  
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,  
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



## Capitolo Primo

### INTRODUZIONE AL DIRITTO CONCORSUALE

**SOMMARIO:** **1.1.** Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza nella sua origine storica di diritto speciale applicato all'imprenditore commerciale in crisi, effetto di un accertamento giudiziale costitutivo. – **1.2.** La concorsualità. – **1.3.** La concorsualità tra legge e autonomia privata. – **1.4.** Le nuove frontiere del concorso: l'espansione soggettiva verso l'imprenditore agricolo e sotto soglia, il professionista, il debitore civile e il consumatore. – **1.5.** I riflessi del concorso sul piano sostanziale. La formazione processuale della fattispecie. – **1.6.** I riflessi del concorso sul piano processuale: la generalizzazione del modello camerale e sommario, rapporti con il giudizio di merito (Il modello camerale. Il modello sommario monitorio. L'originario processo per la dichiarazione di fallimento. Il problema di costituzionalità. L'intervento della Corte costituzionale. La giurisprudenza di legittimità. Le nuove ipotesi di incostituzionalità. Le ricadute sul processo per la dichiarazione di fallimento. Le scelte delle riforme degli anni 2006/2007 e 2019/2022). – **1.7.** Dal concorso – sanzione al concorso come disciplina speciale dell'impresa in crisi e del debitore sovraindebitato.

#### **1.1. Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza nella sua origine storica di diritto speciale applicato all'imprenditore commerciale in crisi, effetto di un accertamento giudiziale costitutivo**

Il diritto fallimentare ha regolato storicamente l'imprenditore commerciale individuale o sociale, quando versa in una situazione di crisi accertata giudizialmente, di cui è manifestazione più rilevante (ma non esclusiva, cfr. l'art. 2, lett. a) e b), cod.) l'insolvenza, ovvero l'incapacità di adempiere, con i normali mezzi, ai rapporti obbligatori di cui è parte, (art. 2, lett. b), cit.).

All'imprenditore commerciale insolvente non è applicabile il diritto sostanziale e processuale comune, egli è assoggettato ad un regime speciale, imposto all'ordinamento giuridico dalla scienza economica, la quale ha evidenziato come la continuità dell'impresa in crisi in alcuni casi (è il caso dell'impresa di medie dimensioni), o in altri la sua immediata soppressione (è il caso, invece, dell'impresa bancaria, assicurativa o di grandi dimensioni) possono essere all'origine di un grave sisma, che investe il sistema economico nella sua globalità. La crisi dell'impresa è un *virus* che si espande, conducendo altri imprenditori presto o tardi ad uno stato di insolvenza, per coinvolgere l'intero mercato. Perciò l'imprenditore commerciale insolvente è escluso dalla applicazione del

diritto comune e assoggettato al regime speciale del diritto fallimentare, oggi – con l’abbandono terminologico di “fallimento – concorsuale, processuale e sostanziale.

Ciò spiega anche l’interesse pubblico al cui presidio sono dettate le regole concorsuali, rispetto al quale si pongono come strumentali, ma non per questo irrilevanti, le situazioni individuali che animano le parti del processo.

Il diritto fallimentare, oggi della crisi dell’impresa, è quindi, il baluardo alla potenzialità infettiva dell’impresa commerciale insolvente, grazie alla introduzione di adeguate terapie che sfociano nella sua sopravvivenza, se come sviluppo applicativo risulta effettivamente sanata, ovvero nella gestione della sua inarrestabile ed inevitabile cessazione, in ogni altro caso.

Quando l’impresa, come quella bancaria o assicurativa o di grandi dimensioni, ha un ruolo al contrario insostituibile nell’economia e quindi, non può ipotizzarsi la sua cessazione, l’ordinamento preferisce soluzioni (come la cessione in blocco ad altra impresa dello stesso genere, tipiche della liquidazione coatta amministrativa e dell’amministrazione straordinaria) che ne garantiscano la continuità e quindi, in difetto di guarigione, pur postulandone una cessazione soggettiva, ne impone oggettivamente la sopravvivenza, come insieme di rapporti e situazioni soggettive che vengono trasferite in capo ad un altro soggetto.

Il diritto concorsuale è nato come statuto speciale di diritto sostanziale e processuale applicabile all’imprenditore commerciale insolvente. Ne risultano modificate le regole sulla libertà contrattuale dell’imprenditore, sui diritti e obblighi di cui è titolare, sui rapporti di cui è parte, sulle responsabilità, anche di natura penale, a cui deve rispondere e sugli strumenti processuali destinati a tutelare i diversi interessi o diritti implicati dalla crisi e assai spesso nascenti dalla crisi stessa, sia sotto il profilo cognitivo che esecutivo.

Tale regime speciale non discende, tuttavia, *ipso iure* dal configurarsi della fattispecie di imprenditore commerciale insolvente *tout court*, bensì, per evidenti ragioni di certezza, dal suo accertamento giudiziale: per il rilievo, personale e patrimoniale, delle nuove regole speciali, l’ordinamento fissa la matrice dell’effetto in una fattispecie complessa, quella sostanziale (l’imprenditore commerciale insolvente) e quella processuale (la sentenza che accerta l’insolvenza), in quel prolifico crocevia tra diritto sostanziale e processo in cui si sostanzia la disciplina del diritto della crisi dell’impresa e dell’insolvenza.

Il procedimento per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza – un tempo per la dichiarazione di fallimento – e la sua conclusione, integrano il secondo elemento della fattispecie, produttiva, alla pari della prima, delle regole del concorso.

Al concetto di insolvenza, si è presto affiancato quello di crisi, che ha ampliato l’esperienza verso le soluzioni negoziali, peraltro – lo si deve

dire – presenti *ab initio*, nel procedimento particolare dell'amministrazione controllata, fondata sulla "*temporanea difficoltà ad adempiere*", poi confluite nel concordato che perciò presupponeva il concetto più ampio di crisi comprensiva, ma non solo, dell'insolvenza. Tale evoluzione dopo le riforme del 2006/2007.

Il concetto di crisi ha assunto una qualificazione giuridica più nitida con la riforma del 2019, assumendo autonomia rispetto alla nozione di insolvenza, ancora ad aprire la prospettiva della soluzione concordata tra imprenditore e creditori. Il concetto è stato confermato in occasione, nel 2022, dell'entrata in vigore del codice, anche con la disciplina della composizione negoziata, e non smentito dal correttivo del 2024.

## 1.2. La concorsualità

La peculiarità della fattispecie originaria, che costituisce tutt'ora il terreno eletto dal diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, ha reso necessaria l'applicazione degli istituti propriamente definiti del concorso dei creditori sul patrimonio del debitore: ciò, particolarmente, in funzione della amministrazione e liquidazione dell'azienda e delle sue singole componenti, ai fini della eliminazione dell'impresa insolvente o della sua conservazione, a seguito di adeguata terapia, se semplicemente in crisi.

Differentemente dai beni espropriati nella esecuzione singolare, a tutela del credito, ove dal lato del passivo la soddisfazione del creditore è abbandonata alla sua iniziativa ed è colpito dal pignoramento un solo bene, mobile, immobile o credito, il diritto della crisi dell'impresa è caratterizzato dal concorso – che discende dai particolari effetti della sentenza costitutiva che lo introduce – di tutti i creditori e di tutto il patrimonio dell'imprenditore, in coerenza con quella universalità di beni di cui è costituita l'azienda, in cui si sostanzia sul piano oggettivo l'impresa.

Si tratta di un fenomeno assolutamente peculiare.

Il concorso si manifesta, sotto il profilo del passivo, come concorso dei creditori tutti alla liquidazione del patrimonio del debitore o al riparto di utile che consegue dalla continuità dell'impresa, quando possibile, in attuazione della pari condizione di soddisfazione (art. 2741 c.c.): le azioni di accertamento di credito, quindi cognitive, sono perciò necessarie e attratte nella procedura concorsuale all'interno della quale i creditori possono essere soddisfatti dalla liquidazione/ripartizione collettiva e non attraverso iniziative individuali.

Il concorso, così esclusivamente inteso, rischia però di essere poco caratterizzante, essendovi nell'ordinamento istituti con analoghe caratteristiche che nulla hanno a che vedere con il diritto fallimentare o concorsuale: si pensi, ad esempio,

alla liquidazione concorsuale dell'eredità beneficiata o giacente (artt. 484 ss. c.c. e art. 531 c.c.).

Nel diritto della crisi dell'impresa la concorsualità deve, però, essere correttamente intesa anche sotto il profilo dell'attivo, per il suo particolare oggetto, destinato a ricomprendere tutto l'insieme dei rapporti e dei diritti che fanno capo all'imprenditore insolvente o in crisi, ovvero l'impresa dal punto di vista oggettivo, intesa come insieme di beni destinati dall'imprenditore all'esercizio dell'impresa (secondo la nozione positiva di "azienda" ex art. 2555 c.c.) e non solo, essendo ricompresi anche beni personali che l'imprenditore non destina all'impresa, per il solo fatto che sono nella sua titolarità.

In conclusione, il diritto della crisi dell'impresa è diritto concorsuale, sia per il coinvolgimento della *universitas* di creditori, ma anche della *universitas* di beni e diritti di cui è costituita l'azienda, ma non solo.

Il concorso dal lato attivo, come *universitas*, giustifica una amministrazione dei beni del patrimonio che tenga conto dell'insieme dei beni e rapporti che facevano capo all'imprenditore insolvente organizzati all'esercizio dell'impresa e rende necessaria una disciplina articolata della relativa fase concorsuale, con significative alterazioni al diritto dei contratti, una liquidazione che adotti forme estranee all'esecuzione atomistica dei singoli beni di cui è composta l'azienda, secondo il modello della esecuzione individuale, o addirittura un suo mancato svolgimento, quando vi sono buone ragioni per consentire la sopravvivenza dell'impresa.

Ecco le basi del diritto speciale, dovute a quella componente peculiare del patrimonio costituito dall'azienda, dello speciale regime, in funzione di un esito che quando è liquidatorio non può non tenere conto della universalità dei beni e quando non è liquidatorio deve tendere alla conservazione della stessa universalità. Questo spiega, il ben diverso rilievo della fase di amministrazione e gestione del patrimonio nel diritto della crisi dell'impresa in senso lato, abbia esso base legale (liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, amministrazione dell'impresa nel codice antimafia) o base volontaria (concordati e accordi di ristrutturazione dei debiti) e quindi, della sua irriducibilità ad una semplice esecuzione (come suol dirsi, ad un'esecuzione collettiva<sup>1</sup>). È certamente esecuzione, ma è anche amministrazione, donde la sua duplice natura processuale e sostanziale.

---

<sup>1</sup> È il caso di ricordare un Maestro della scienza processual-civilistica, studioso del diritto fallimentare, con le sue *Istituzioni* e poi con il *Diritto fallimentare*, SATTI, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, V: "folla di problemi che l'accoglimento dell'idea di esecuzione collettiva suscita nella disciplina del fallimento: basti pensare al titolo esecutivo, di cui si cerca in cento modi di ritrovare l'indispensabile presenza nel fallimento, alla sentenza dichiarativa, all'amministrazione fallimentare, alle stesse

La concorsualità ha dopo la riforma un ulteriore riflesso, quello della esdebitazione, costituito dall'effetto novativo che si produce su tutti i rapporti creditorî, discendente nelle procedure *ex lege*, nonostante quanto effettivamente ripartito ai creditori, a seguito della liquidazione dell'attivo, non soddisfi l'adempimento pieno, e verificato il comportamento tenuto nel corso del procedimento dall'imprenditore-debitore. Viene impedita ogni ulteriore azione esecutiva in pregiudizio dell'imprenditore commerciale, mentre nelle procedure su base consensuale, per quanto proposto dall'imprenditore e accettato dai creditori, si assiste ad un effetto pienamente novativo sul piano del diritto sostanziale. In entrambi i casi, l'imprenditore è nella sostanza liberato per quanto non è riuscito ad adempiere, in un caso sul piano processuale, nell'altro sul piano sostanziale. Nel regime previgente, l'esdebitazione conseguiva esclusivamente dagli effetti del concordato tra imprenditore e creditori, come effetto novativo del provvedimento di omologa, ma non dal fallimento in senso stretto (oggi liquidazione giudiziale).

Il concorso arriva a modificare la disciplina, offrendone una *ratio* diversificata, delle azioni a tutela dei diritti, come l'azione revocatoria, destinata ad inficiare gli atti di disposizione dell'imprenditore prima della sentenza che dichiara aperta la sua liquidazione giudiziale, non perché incidono sulla garanzia patrimoniale, pregiudicandola secondo il diritto comune (art. 2901 c.c.), ma perché alterano il concorso, tanto che il pagamento, pur essendo adempimento obbligatorio, è revocabile e coloro che subiscono gli effetti restitutori dall'accoglimento della revocatoria vengono trattati coerentemente come creditori concorrenti (in deroga al diverso trattamento dell'azione revocatoria ordinaria, art. 2902 c.c.). Anche questo un segno del concorso.

Ma ve ne sono molti altri, qui si sono indicati i più rilevanti.

### 1.3. La concorsualità tra legge e autonomia privata

Il diritto concorsuale dell'imprenditore commerciale non può essere caratterizzato dal richiamo alla sola liquidazione giudiziale, che con il codice della crisi prende il luogo del fallimento in senso stretto e alla disciplina relativa.

Si tratta di una *fictio* terminologica, perché sul piano giuridico la liquidazione giudiziale è fallimento in senso stretto, volendo il legislatore eliminare il senso dispregiativo del termine nel linguaggio comune.

Oltre alla liquidazione, tuttavia, l'impresa in crisi per insolvenza può essere assoggettata ad altri istituti speciali regolati dalla legge, come, per le maggiori

---

*revocatorie. Per capire il fallimento io mi sono convinto che bisogna percorrere altre strade, risalire ai fondamenti economico-sociali dell'istituto, all'organizzazione della società in cui esso si inserisce: in una parola bisogna prendere le mosse dal concetto di impresa".*

implicazioni di diritto pubblico dell'impresa, la liquidazione coatta amministrativa, al cui interno è regolata la dichiarazione incidentale di insolvenza dalla quale può discendere l'applicazione piena delle regole della liquidazione giudiziale, e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, sino all'amministrazione speciale a seguito di sequestro e confisca in particolari contesti criminali (secondo la regolamentazione del codice antimafia).

Vi sono poi le procedure fondate sull'autonomia privata, ovvero sull'accordo tra l'imprenditore e i creditori, come il concordato e gli accordi di ristrutturazione dei crediti e dopo le modifiche al codice con il d.lgs. n. 83 del 2022 e il d.lgs. n. 136 del 2024, numerose altre figure di natura *latu sensu* negoziale. Il rilievo, dopo le riforme dell'ultimo ventennio, offerto alle procedure fondate sul consenso e sull'autonomia privata, rispetto a quelle disciplinate esclusivamente sulla legge, rende sul piano metodologico necessario ripensare al modo tradizionale con il quale viene esposto il diritto della crisi dell'impresa.

L'autonomia privata può giungere, seppure con limiti di tempo, e alcune cautele nella evoluzione della normativa, attraverso l'istituto delle misure di protezione, ad anticipare l'effetto concorsuale del divieto di azioni esecutive e cautelari dei creditori e quanto alla concorrenza con l'azione diretta all'apertura della liquidazione giudiziale (art. 8 cod.), a imporre, previa riunione se avviata in procedimento separato, la sospensione sino a quando il piano di risanamento concordatario e l'accordo di ristrutturazione siano rifiutati dal sistema, perché non ammessi e omologati, con effetto al contrario di improcedibilità se ammessi e omologati (art. 7 cod.), salvo gli effetti futuri di un'azione di risoluzione dell'accordo tra imprenditore e creditori, per inadempimento.

Di conseguenza, la trattazione del diritto concorsuale rende necessario scomporre la disciplina in due parti: le procedure *ex lege*, perché interamente regolate dalla legge, e – per il rilievo dovuto in particolare alla riforma degli anni 2006 e 2007 in continuità con l'ultima edizione del codice del 2022 e correttivi – le procedure volontarie, in un generale ridimensionamento della regolamentazione per legge, in favore di una disciplina adottata sulla base di atti dell'autonomia dei privati, che è la prospettiva auspicata dall'ordinamento.

Il metodo non muta nonostante, come sarà possibile evidenziare a tempo debito, la riforma del 2019, con il codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, nella sua prima edizione, abbia tentato una soluzione di continuità alla linea della riforma del decennio che precedeva, con una sostanziale abrogazione “di fatto” della specie negoziale più in uso, quella del concordato liquidatorio, e controlli più incisivi nel concordato con continuità dell'impresa. Il sistema rischiava così di condurre ad un nostalgico ritorno alla prevalenza del regime pubblicistico, che aveva contraddistinto la legge del 1942, dove la soluzione negoziale era l'eccezione. Un modello, sempre latente, anche in alcuni significativi sviluppi della

giurisprudenza, come la c.d. teoria del concordato senza causa, quando l'offerta, pure accettata dai creditori, appariva irrisoria.

Nell'edizione del 2022 del codice, modificato con il d.lgs. n. 83 di quell'anno, il legislatore torna sui suoi passi e offre una nuova serie di soluzioni negoziali agli sviluppi della composizione negoziale (art. 23 cod.), sotto la guida dell'esperto, quando emerge il rischio di crisi o di insolvenza (sul tema ritorneremo nel capitolo dedicato, cap. 3).

Tuttavia si deve anche dire che l'influenza delle scienze economiche rende impossibile una collocazione della materia nel solo ambito del diritto privato. La legge economica ha chiarito la grave portata infettiva della malattia da cui è affetto l'imprenditore insolvente, talmente vasta da contaminare il mercato, e ha, quindi, ispirato una regolamentazione giuridica che non può non risentire di interessi pubblici, volte a seconda dei casi alla eliminazione dell'impresa oppure alla sua conservazione, ma solo quando l'insolvenza sia effettivamente reversibile, e ad assecondare la necessità di proteggere i diritti dei creditori o dei terzi contraenti contro atti fraudolenti dell'imprenditore.

Il tutto si cala in un regime, anche del processo, in cui il principio dispositivo, ovvero il dominio della parte sulle allegazioni e prove, è fortemente attenuato, solo che si pensi agli effetti dell'insolvenza sugli atti di gestione, sui creditori, sugli atti pregiudizievoli e sui rapporti ineseguiti e, dal lato del processo, all'accentuazione dei poteri di iniziativa del giudice, particolarmente nella fase di accertamento della fattispecie che origina l'intero svolgimento concorsuale.

Una visione esclusivamente pubblicistica della materia sarebbe tuttavia fuorviante<sup>2</sup>. Tale interpretazione è suffragata dalla riforma del ventennio che precede che, con l'abrogazione dell'iniziativa officiosa, ha esaltato la centralità dell'iniziativa di parte.

Il fenomeno, invero, era già evidente nel regime previgente. Si pensi, ad esempio, tra i casi di chiusura del fallimento contemplati dall'art. 118, n. 1, l.fall., la mancanza di domande di insinuazione al passivo fallimentare dei creditori: ciò che già giustificava *a posteriori* una finale legittimazione esclusiva dei creditori all'impulso della procedura, e, oggi, all'esito concordatario sulla base di un'iniziativa che non è più soltanto dell'imprenditore, ma anche dei creditori o addirittura di terzi (cfr. l'art. 124 l.fall., oggi art. 90 cod.).

---

<sup>2</sup> Ancora SATTI, *op. cit.*, VIII: "Il fallimento ... è suscettibile ... di una varia organizzazione, a seconda che prevalga nella considerazione del legislatore l'interesse pubblico o il pur immanente interesse privato .. Esprimo il convincimento che una regolamentazione su basi privatistiche potrebbe porre al riparo a molti mali che si lamentano .. io credo che l'indirizzo privatistico sia da preferire, ed è augurabile che a una meditata preparazione della riforma in questo senso si svolga lo sforzo degli studiosi".

È da sottolineare, soprattutto, il diverso rilievo dei creditori, non solo nell'iniziativa, ma all'interno dell'organizzazione concorsuale in occasione della amministrazione e della liquidazione, nell'organo che li rappresenta, il comitato dei creditori, il cui ruolo è stato profondamente ridisegnato e a cui corrisponde un diverso e più ridimensionato rilievo dell'organo pubblico giurisdizionale, a cui sono attribuiti compiti esclusivamente di tutela dei diritti e non più di amministrazione, anche indiretta.

Il radicamento del diritto della crisi dell'impresa nel diritto privato, è oggi facilmente percepibile nel diverso rilievo della volontà delle parti e, quindi, dell'autonomia nella risoluzione della crisi o insolvenza, non soltanto, per l'espansione del ventaglio di procedure concordatarie a cui si può ricorrere e per la minore severità dei presupposti del concordato preventivo, quanto per il carattere solo formale e di legittimità sostanziale del sindacato di omologazione giudiziale, ben lontano dal controllo di opportunità e di merito che contraddistingueva l'impostazione pubblicistica della Legge del 1942 (cfr. la versione dell'art. 180 l.fall., oggi art. 118 cod., con la previgente dell'art. 181 l.fall.) e quindi la libertà di determinazione dei contenuti della proposta e dell'accettazione delle parti private come fonte di regolamentazione del concorso.

Il fenomeno, lo si deve dire subito, è solo parzialmente frenato dalla successiva riforma del codice, nella edizione del 2019, dove il controllo del tribunale sia in sede di ammissione del concordato, come di omologa, passa dalla attuazione giuridica alla "fattibilità economica" dell'accordo (cfr. la formulazione degli artt. 47 e 48 cod. nell'edizione del 2019).

Il profilo interpretativo posto dalla prima edizione del codice è definitivamente risolto nella edizione del 2022, poi effettivamente entrata in vigore, dove il parametro di valutazione in sede di omologa trasmigra correttamente nell'art. 112, comma 1°, cod. e viene definito come "*fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi fissati*".

Vi è da aggiungere che il correttivo del 2024 non riserva solo un ruolo privilegiato alla soluzione negoziale concordata, riducendo lo spazio del controllo giurisdizionale, ma anche alla volontà dell'imprenditore, la quale pur non incontrando il consenso dei creditori, se offre un soluzione plausibile alla crisi, migliore di quella che può realizzarsi con la liquidazione giudiziale, può far prevalere il proprio piano (in tal caso il controllo del Tribunale diventa controllo di merito e di opportunità, è l'ipotesi del *cram down* fiscale, art. 88 cod., oggi esteso al concordato semplificato quale esito del fallimento della composizione negoziata, artt. 25-*sexies* ss. cod.).

Sotto questo profilo, vi è da aggiungere, che l'espansione dell'autonomia e delle sue regole, condotta alle estreme conseguenze, giunge al punto di derogare alla stessa *par condicio*, potendo l'imprenditore, come il terzo o il creditore

proponente nel concordato incidentale, attraverso la riclassificazione dei creditori, proporre un diverso trattamento dei creditori chirografari, favorendo, ad esempio, i creditori strategici, sino al punto di scalfire il principio della piena soddisfazione dei creditori privilegiati, che con soluzione empirica condivisibile, non possono certo sperare di ottenere più di quanto valga il valore di mercato del bene su cui grava la loro prelazione. Vengono così sacrificati sull'altare della continuità dell'impresa, o della sua liquidazione, fondata sul consenso, principi un tempo sistematici e di ordine pubblico, come la *par condicio creditorum*.

Con questo la concorsualità, ovvero il coinvolgimento di tutti i creditori, resta da sfondo a questi particolari effetti all'autonomia privata, semplicemente perché la *par condicio* non è l'unica regola del concorso.

Ugualmente, alcuni atti di disposizione dell'imprenditore resistono agli effetti dell'azione revocatoria, benché per loro natura incidano sulla *par condicio* (cfr. le ipotesi di cui all'art. 67, comma 3°, l.fall., oggi 166, comma 3°, cod.).

#### **1.4. Le nuove frontiere del concorso: l'espansione soggettiva verso l'imprenditore agricolo e sotto soglia, il professionista, il debitore civile e il consumatore**

La concorsualità, nell'accezione di un coinvolgimento – ai fini della attuazione della garanzia patrimoniale nel rapporto obbligatorio – di tutto il patrimonio del debitore universalmente inteso e di tutto il ceto creditorio, a seguito di alcuni recenti interventi legislativi, spinge il diritto della crisi dell'impresa ben oltre il suo alveo storico originario, per esondare verso altre terre e appropriarsene.

Si tratta di lidi che sciolgono l'apparentemente indissolubile nesso originario con l'impresa commerciale medio – grande, per estenderne il dominio all'impresa in genere (e mi riferisco, in particolar modo, all'imprenditore agricolo e all'imprenditore commerciale sotto la soglia dell'art. 2, lett. d), cod., v. *infra* cap. 2), sino, addirittura, al debitore civile non imprenditore, per giungere alla categoria particolare del consumatore.

La concorsualità, destinata a soppiantare l'esecuzione singolare, che ha dato spesso risultati frammentari ed infruttuosi (pure essa oggetto di rilevanti interventi di riforma negli ultimi anni), produce l'emersione di nuove fattispecie, che rientrano a pieno titolo nell'ambito del diritto concorsuale, anche su un piano scientifico.

Il fenomeno, invero, emerge già con la prima grande riforma della legge fallimentare, dovuta alle novelle del 2006 e 2007, quando viene introdotta una procedura, con caratteri concorsuali invero più sfumati (essendo coinvolti nell'accordo solo i creditori che vi hanno effettivamente aderito), nell'art. 182-*bis* l.fall., sulla ristrutturazione dei debiti per accordo, una sorta di concordato di rito abbreviato.

La disposizione, ma avremo modo di tornarci nella sede propria (cap. 16), individua soggettivamente il beneficiario della procedura nell'imprenditore *tout court* e non nell'imprenditore commerciale. D'altra parte, vi è anche da dire che l'art. 1 l.fall., norma che costituiva il nesso sul piano del diritto positivo tra norme concorsuali e imprenditore commerciale medio – grande, non richiamava l'art. 182-*bis* l.fall.

Eppure, la giurisprudenza ha stentato di cogliere la novità, da noi evidenziata isolatamente in occasione di un primo commento<sup>3</sup>, e ha reso necessario l'intervento del legislatore che, con l'art. 23, comma 43°, d.l. n. 6 luglio 2011 n. 98, ha esteso l'ambito di applicabilità della norma all'imprenditore agricolo.

Si trattava di una prima importante breccia al muro, un tempo invalicabile, del concorso sulle fondamenta dell'impresa commerciale sopra la soglia.

Le imprese sottosoglia, i debitori civili e il consumatore erano in balia dell'azione esecutiva casuale e disordinata del singolo, non avendo, sul piano del diritto sostanziale, dimostrato successo l'istituto della cessione dei beni ai creditori *ex art.* 1977 c.c.

Neppure il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che ha introdotto il c.d. codice del consumo, aveva avuto la sensibilità di estendere il concorso alla figura particolare del consumatore.

Si deve, soprattutto, alla L. n. 27 gennaio 2012 n. 3 e, in particolare, all'intervento correttivo del successivo d.l. n. 179/2012, poi convertito nella L. 17 dicembre 2012 n. 221, la piccola rivoluzione copernicana.

La prima normativa introdusse, invero, a beneficio di questi debitori – fra i quali potevano annoverarsi l'imprenditore commerciale sotto soglia e l'imprenditore agricolo (il quale, perciò, aveva una evidente alternativa nell'istituto di cui all'art. 182-*bis* l.fall.) e ovviamente, il debitore civile (essendo rimasto problematico ogni riferimento al consumatore) – un accordo che molto assomigliava all'accordo di ristrutturazione dei debiti, sempre dell'art. 182-*bis* cit., anche se nel diverso contesto normativo, l'accordo veniva procedimentalizzato e si prevedeva l'intervento di appositi organismi autorizzati all'assistenza del debitore.

Fu un insuccesso, perché la concorsualità era ancora attenuata e poco presente, laddove coinvolti erano solo i creditori che avevano aderito contrattualmente alla proposta del debitore e il debitore restava comunque in balia delle iniziative esecutive e cautelari dei creditori dissenzienti, destinate assai spesso a minare alle basi il piano accettato dalla maggioranza dei creditori, con la loro pretesa di un pagamento integrale (eguale insuccesso e per le stesse ragioni visse il parallelo e analogo accordo di ristrutturazione del citato art. 182-*bis*).

---

<sup>3</sup> Cfr., se vuoi, CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 275.

Il secondo intervento legislativo di pochi mesi successivi, fece definitivamente penetrare il concorso in fattispecie che ne erano escluse, diversificandolo attraverso procedure concorsuali regolate dalla legge o dal consenso, assimilabili per analogia alle procedure principali dell'imprenditore commerciale fallibile.

Accanto agli accordi, su base evidentemente consensuale in analogia al concordato, furono introdotti e disciplinati istituti di concorso *ex lege*, che prescindevano dalla volontà delle parti, come il piano del consumatore e la liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato.

Gli stessi accordi provocavano una falciatura che coinvolgeva anche i creditori dissenzienti e originava un "ombrello" protettivo alle iniziative esecutive e cautelari dei creditori: il concorso nelle sue peculiarità essenziali.

Nel piano del consumatore si prescindeva addirittura da un accordo con i creditori, i cui effetti, ancora una volta coinvolgenti dal lato passivo tutti i creditori anteriori a cui erano vietate azioni individuali, avevano matrice nell'omologa del tribunale, che oltre ad una verifica di concreta attuabilità del piano, valutava la meritevolezza del debitore ai suoi benefici.

Infine, viene introdotta una vera e propria liquidazione *ex lege*, per i debitori civili, disciplinata con richiamo a tutti i principali istituti concorsuali, come la nomina di un organo gestorio e liquidatorio, la introduzione di un vero e proprio procedimento di accertamento del passivo, lo svolgimento della liquidazione su un piano generale e razionale, il divieto di azioni individuali e infine la vera e propria esdebitazione.

Si consolidava positivamente l'espansione delle regole proprie del concorso, sia in procedure fondate sull'accordo, sia in procedure fondate sulla legge, verso domini assolutamente nuovi, quali l'imprenditore non soggetto a fallimento, agricolo o sottosoglia, il debitore civile e il consumatore.

La legislazione speciale trova piena continuità nel codice, innovando il *nomen* e la disciplina delle procedure del recente passato: la ristrutturazione dei debiti del consumatore (artt. 67 ss., cod.), il concordato minore (artt. 74 ss., cod.), la liquidazione controllata (artt. 268 ss., cod.), ma offrendo un pieno inserimento delle procedure codificate nell'ambito del concorso.

### **1.5. I riflessi del concorso sul piano sostanziale. La formazione processuale della fattispecie**

Sul piano sostanziale, non è riscontrabile semplicemente una specialità dei contenuti della regola (es. lo spopolamento materiale e giuridico dell'imprenditore con i limiti alla disponibilità del suo patrimonio; le limitazioni ad alcune sue libertà; la deroga al rapporto obbligatorio che ha fonte nel contratto; l'inefficacia degli atti di estinzione dell'obbligazione o di disposizione del patrimonio, quando alterano la *par condicio*), ma anche della fattispecie che la origina.

Le forme giuridiche attraverso le quali ha svolgimento l'amministrazione concorsuale dell'impresa in crisi e, quando è inevitabile, la sua liquidazione, sono accentuatamente processuali.

La categoria del processo è assolutamente dominante, tanto che la disciplina è comunemente denominata diritto delle “*procedure concorsuali*”, con evidente riferimento ai processi in esso regolati.

L'ordinamento nel regolare l'impresa in crisi privilegia – anche quando pone una regola di diritto sostanziale – quella particolare forma giuridica di formazione della fattispecie che è il procedimento, che si perfeziona attraverso un atto finale, matrice degli effetti giuridici regolati, preceduto da una sequenza di atti l'uno presupposto dell'altro al perfezionamento dei quali tutte le parti interessate hanno il diritto di interloquire, ovvero di contraddire, suggerendo soluzioni di merito che influenzino i contenuti e quindi gli effetti dell'atto terminale.

Un procedimento, dunque, aperto al principio del contraddittorio (per questa ragione, si deve intendere “*processo*” vero e proprio).

Fattispecie tutte tipiche (in deroga ai principi di autonomia, dai quali viene escluso l'imprenditore) i cui elementi si formano all'interno di un processo.

Questo a valere – si badi bene – non solo innanzi ad una controversia sui diritti – in tal caso la scelta processuale è imposta dal diritto comune e dalle garanzie del giusto processo (art. 111 Cost.) – ma anche quando non vi è controversia sui diritti, ma semplicemente, amministrazione o liquidazione dell'impresa.

La accentuata remora imposta dal diritto speciale all'autonomia privata dell'imprenditore rende necessario, affinché un atto volontario produca i suoi effetti, che formi progressivamente i suoi contenuti, acquisendo gli elementi della fattispecie dal concatenarsi di atti espressione di un contraddittorio (*ex ante*: l'autorizzazione del Comitato dei creditori o del giudice delegato o del Tribunale, il parere del Comitato, ecc. oppure *ex post*: i reclami a legittimazione diffusa).

Basti pensare, solo a titolo di mera esemplificazione, alle regole con le quali il curatore si determina a subentrare nei rapporti contrattuali ineseguiti o a dare origine a rapporti giuridici nuovi oppure alle regole che presiedono all'adempimento dei crediti mediante liquidazione e riparto oppure alle regole attraverso le quali viene, quando ciò è possibile, esercitata provvisoriamente l'impresa e affittata l'azienda.

Tutta la amministrazione e la liquidazione si svolge, invero, processualmente, ovvero con il contraddittorio delle parti, assicurato *ex ante* e *ex post*, mediante lo strumento del reclamo regolato negli artt. 124, 133 e 141 cod.

Il contraddittorio non è, infatti, prerogativa del solo processo contenzioso, che ha ad oggetto diritti controversi, ma anche del processo esecutivo oppure

liquidatorio o, nel nostro caso della amministrazione dell'impresa, una volta che l'imprenditore veda impedita o diminuita la sua autonomia.

## **1.6. I riflessi del concorso sul piano processuale: la generalizzazione del modello camerale e sommario, rapporti con il giudizio di merito (Il modello camerale. Il modello sommario monitorio. L'originario processo per la dichiarazione di fallimento. Il problema di costituzionalità. L'intervento della Corte costituzionale. La giurisprudenza di legittimità. Le nuove ipotesi di incostituzionalità. Le ricadute sul processo per la dichiarazione di fallimento. Le scelte delle riforme degli anni 2006/2007 e 2019/2022)**

### *Il modello camerale*

La specialità non si coglie solo nella processualizzazione del diritto sostanziale, poiché si manifesta, come si è accennato, per i suoi riflessi più strettamente processuali, *in primis* nella generalizzata adozione delle forme camerali della volontaria giurisdizione, anche per la tutela dei diritti, fenomeno che raggiunge, seppure con peculiarità che andranno sottolineate, l'apice dopo le riforme del 2006/2007 e 2019/2022.

La ragione è da cogliere ancora nelle peculiarità della materia, pervasa di interessi generali e non solo singolari, particolarmente nell'impostazione pubblicistica di cui respira l'impianto originario della legge, secondo il modello, prediletto durante il ventennio, della eliminazione dell'impresa insolvente, assecondato da un processo poco regolato e fortemente abbandonato alla discrezionalità del giudice, all'interno del quale questi potesse esercitare poteri e prerogative senza i limiti imposti da un processo dispositivo.

All'impostazione pubblicistica si aggiungeva poi – per l'esigenza economica della veloce soppressione dell'impresa minore e il collocamento di quella di grandi dimensioni – un'insopprimibile necessità di urgenza della tutela, strutturalmente connaturata anche alla tutela di merito.

Infine, deve dirsi di un inquadramento generale della materia prediletto all'epoca, non in termini giurisdizionali, secondo l'impostazione odierna, bensì amministrativi, trattandosi di amministrare l'interesse generale alla liquidazione e eliminazione dell'impresa insolvente.

Il modello a cui ha, pertanto, attinto il legislatore del 1942, sulla suggestione di tali *rationes*, è quello camerale, nel quale il merito è per definizione esaurito nella struttura sommaria della cognizione e dove la mancanza di regole consente un'espansione pressoché illimitata dei poteri dell'ufficio.

Già l'*incipit* nel laconico originario testo dell'art. 15 della l.fall., con la previsione dell'audizione solo eventuale dell'imprenditore in camera di consiglio, agli effetti della dichiarazione di fallimento, ne costituisce il modello più evidente<sup>4</sup>.

A tale soluzione rinviava anche la disciplina previgente dei reclami e di numerosi incidenti di cognizione nel corso della liquidazione fallimentare.

Tuttavia, una volta radicato nell'ambiente concorsuale, lo stesso rito camerale ha subito inevitabili modifiche di rilievo, particolarmente dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, con le sue garanzie processuali a cui attraverso prassi applicative si è adattato sotto la "scure" della Corte costituzionali e gli orientamenti del giudice di legittimità<sup>5</sup>.

Tale aspetto può essere apprezzato particolarmente dopo le riforme, al punto – pur adottando nominalisticamente ancora il modello camerale – da generare tensioni rispetto al modello generale degli artt. 737 ss. c.p.c., costringendo l'interprete a fuoriuscire dalla stessa categoria suggerita dal legislatore.

### *Il modello sommario monitorio*

La specialità si era poi espressa, nella legge del 1942, anche attraverso un modello alternativo, egualmente in grado di offrire una tutela anticipatoria, quale è quello sommario – monitorio.

Sulla tipica struttura della fase a cognizione sommaria, che si conclude con un provvedimento idoneo al giudicato, a cui può seguire una fase a cognizione piena introdotta mediante opposizione (il modello del decreto ingiuntivo non poteva non essere più evidente), era forgiato l'accertamento del passivo.

Già il legislatore del 1942, in un "ambiente" ancora privo di una Costituzione rigida e delle sue garanzie, aveva schiuso le porte della cognizione piena ordinaria alla tutela dei diritti, con il pieno dispiegamento delle garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio, poiché nello speciale procedimento dovevano essere conosciuti diritti di credito e diritti reali (mobiliari) e non semplicemente amministrati interessi.

Quel modello, nel dilagare del rinvio al processo camerale che contraddistingue la riforma a partire dagli anni 2006/2007, è stato oggi abbandonato, anche se aveva dato buona prova di sé, sensibilizzando l'opponente sulla serietà di una cognizione di merito mediante opposizione, che conducesse a risultati diversi rispetto a quelli del provvedimento sommario.

---

<sup>4</sup> Sul passaggio dal procedimento al processo, il classico studio di Picardi, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 209 ss.

<sup>5</sup> In dottrina, Lanfranchi, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, *passim* e la raccolta di scritti del medesimo Autore, *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano, 1988, 3 ss.

---

*Estratto*

# Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

---

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

