

Consiglio Nazionale del Notariato

ATTIVITA' NEGOZIALE DEL DEBITORE SOTTOPOSTO A PROCEDURE CONCORSUALI

di Daniela Boggiali

SOMMARIO: 1. Le limitazioni dell'attività negoziale del fallito: profili generali – 2. Casistica: il fondo patrimoniale – 3. L'acquisto del diritto di abitazione – 4. L'acquisto di eredità – 5. La vendita dei beni ereditari – 6. La partecipazione in società di persone – 7. La partecipazione in società di capitali – 8. La cessione di partecipazione in società fallita 9. Le limitazioni dell'attività negoziale del debitore in concordato preventivo: profili generali – 10. Casistica: la domanda di ammissione al concordato preventivo – 11. La morte del debitore soggetto a concordato preventivo – 12. L'esecuzione provvisoria del concordato

1. Le limitazioni dell'attività negoziale del fallito: profili generali

La disciplina delle procedure concorsuali prevede, generalmente, norme volte a limitare l'attività negoziale del debitore, al fine di evitare che lo stesso ponga in essere atti di disposizione del proprio patrimonio lesivi dell'interesse dei creditori concorsuali al soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie.

In tema di fallimento, le disposizioni che pongono limiti generali all'attività del fallito sono: l'art. 42 r.d. 16 marzo, n. 267 (l. fall.), il quale introduce la regola dello spossessamento dei beni del fallito, e l'art. 44 l. fall., che stabilisce il principio dell'inefficacia degli atti di disposizione posti in essere dal fallito.

L'art. 42 l. fall. prevede che la sentenza dichiarativa del fallimento priva, dalla sua data, il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, esclusi quelli elencati nell'art. 46 l. fall.

Sul piano patrimoniale il fallimento produce un duplice effetto: privativo a carico del fallito, che perde la capacità di disporre del proprio patrimonio, ed attributivo in favore del curatore, al quale in forza dell'art. 31 l. fall. spetta l'amministrazione del patrimonio fallimentare¹.

La perdita dell'amministrazione e della disponibilità dei beni del fallito implica, per quest'ultimo, la perdita della legittimazione a disporre, ma non anche la perdita della titolarità degli stessi. Al curatore, infatti, viene attribuita l'amministrazione dei beni, che comprende la legittimazione a disporre secondo le regole della legge

¹ ROCCO DI TORRE PADULA, *Sub art. 42*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, 691.

fallimentare, senza però che si verifichi un effetto traslativo della titolarità dei beni dal fallito al curatore. Pertanto, i beni del fallito restano intestati a quest'ultimo e gli eventuali atti di disposizione saranno posti in essere dal curatore, che agisce in nome del fallito ma nell'interesse della procedura².

L'articolo 42 l. fall. è strettamente collegato all'art. 44 l. fall., che ne rappresenta il corollario, in quanto stabilisce che gli atti compiuti dal fallito ed i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci nei confronti dei creditori.

La norma in esame sancisce la regola dell'inefficacia degli atti di disposizione posti in essere dal fallito, la quale prescinde tanto dalla idoneità degli atti in questione ad arrecare pregiudizio alla procedura fallimentare, quanto dallo stato di buona o mala fede dei contraenti³.

L'inefficacia degli atti compiuti dopo la sentenza dichiarativa del fallimento è relativa, sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo. Sul piano soggettivo, infatti, l'atto è inefficace nei confronti dei soli creditori anteriori alla dichiarazione del fallimento; sul piano oggettivo, invece, l'inefficacia colpisce i soli atti aventi ad oggetto i beni ricompresi nello spossessamento⁴.

Sono esclusi dallo spossessamento i beni elencati nell'art. 46 l. fall., il quale stabilisce che "Non sono compresi nel fallimento: 1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale; 2) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia; 3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del codice civile; 5) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge. I limiti previsti nel primo comma, n. 2, sono fissati con decreto motivato del giudice delegato che deve tener conto della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia".

Lo spossessamento dei beni del fallito e l'inefficacia degli atti di disposizione da esso posti in essere sussistono fintantoché perdura la procedura fallimentare e, in particolare, a decorrere dalla sentenza dichiarativa del fallimento e fino all'emissione del decreto di chiusura dello stesso.

² Non sarebbe possibile desumere l'esistenza di un ipotetico effetto traslativo dal fallito al curatore dal fatto che l'art. 88 l. fall. prevede, relativamente ai beni immobili, l'obbligo del curatore di notificare un estratto della sentenza alla Conservatoria dei Registri Immobiliari per consentirne la trascrizione. L'adempimento di questa pubblicità non rileva ai fini dell'opponibilità del fallimento, per la quale vale comunque la regola dettata dall'art. 16, comma 3, l. fall., che richiede l'iscrizione nel registro delle imprese (in questo senso PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 1335; SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, 353; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 335). Tale trascrizione ha lo scopo di rendere pubblico il vincolo esistente sul patrimonio del fallito, per effetto del quale la legittimazione a disporre dei beni del fallito spetta al curatore. Non si tratta, invece, di una trascrizione avente lo scopo di rendere pubblico un trasferimento di beni.

³ In tal senso la costante giurisprudenza di legittimità; per tutte, Cass. 6 settembre 1996, n. 8130, in *Fall.*, 1997, 492; Cass. 9 luglio 1994, in *Fall.*, 1995, 161.

⁴ JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, 341; DE FERRA - GUGLIEMUCCI, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Comm. L. fall. Scialoja Branca*, sub. Art. 42-50 Bologna-Roma, 1986, 47; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, 1994, 254.

La disciplina della decorrenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e dei relativi adempimenti pubblicitari è disciplinata dal nuovo comma 3 dell'art. 16 l. fall., come sostituito dall'art. 14 d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con decorrenza dal 16 luglio 2006, il quale dispone che "La sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma"⁵.

Sotto il profilo temporale, rilevano quindi due momenti: il deposito in cancelleria della sentenza e la sua iscrizione nel registro delle imprese. Sotto il profilo soggettivo, si ha una distinzione tra la generica produzione degli effetti della sentenza (che si verifica con il suo deposito in cancelleria), e l'efficacia verso "terzi", che opera al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Pertanto, nei confronti di soggetti diversi dai "terzi", quali il fallito, i creditori concorsuali e gli organi della procedura (cioè, in sostanza, le parti del procedimento), il fallimento diventa efficace con il deposito della sentenza presso la cancelleria.

Per i "terzi", ossia qualunque altro soggetto diverso dai precedenti, vale, invece, l'iscrizione della sentenza presso il registro delle imprese, e, pertanto, nei loro confronti dovrebbe trovare applicazione il principio generale sancito dall'art. 2193 c.c., in base al quale "I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza. L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta"⁶.

⁵ L'art. 17 l. fall. stabilisce quanto segue: "Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, la sentenza che dichiara il fallimento è notificata, su richiesta del cancelliere, ai sensi dell'articolo 137 del codice di procedura civile al pubblico ministero, al debitore, eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall'articolo 15, ed è comunicata per estratto, ai sensi dell'articolo 136 del codice di procedura civile, al curatore ed al richiedente il fallimento. L'estratto deve contenere il nome del debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data del deposito della sentenza. La sentenza è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta. A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente".

⁶ Si è posta la questione se la scissione temporale di efficacia contemplata in tale norma operi per tutti gli effetti della dichiarazione di fallimento, compresi quelli previsti negli artt. 42 e 44 l. fall. Tali norme si riferiscono espressamente alla "data" ed alla "dichiarazione di fallimento", mentre l'art. 16, comma 3, l. fall. individua, per la produzione degli effetti della sentenza, due istanti successivi: il deposito in cancelleria e l'iscrizione nel registro delle imprese. La regola contenuta nell'art. 16, comma 3, l. fall., può, però, essere interpretata come un criterio avente carattere generale e sistematico, suscettibile di essere applicato a tutte le altre disposizioni in materia di effetti del fallimento. Aderendo a questa interpretazione, nel caso in cui una disposizione preveda che la sentenza di fallimento debba produrre un determinato effetto, si dovrebbe ritenere che la norma si riferisca alla sentenza di fallimento 'in quanto efficace' in conformità a quanto stabilito in linea generale dall'art. 16, comma 3, l. fall. Su tali questioni, BOGGIALI, *Capacità del fallito e attività notarile*, in *Studi e materiali*, Milano, 1575 ss.

Quanto, infine, alla cessazione dei limiti all'attività negoziale del fallito, essa si verifica, ai sensi dell'art. 120 l. fall., con l'emissione del decreto di chiusura del procedimento.

Analoghi effetti si verificano, altresì, con l'omologazione del concordato fallimentare, in quanto l'art. 130 l. fall. stabilisce che quando il decreto di omologazione diventa definitivo, il tribunale dichiara chiuso il fallimento.

In tale ipotesi, gli organi della procedura decadono dalle funzioni ad essi spettanti nell'ambito della procedura fallimentare, mantenendo però i compiti di sorveglianza e di adempimento del concordato. Ne deriva, quindi, che il debitore riacquista la piena capacità di disporre del proprio patrimonio e la facoltà di amministrarlo soltanto relativamente ai beni che non siano compresi nel piano concordatario. Rispetto, invece, ai beni compresi nel piano concordatario, gli atti di disposizione di questi ultimi competono al curatore fallimentare in conformità a quanto previsto nel programma di liquidazione. Qualora, poi, il concordato preveda la cessione dell'intero patrimonio del fallito, egli perde altresì ogni diritto su quanto sia eventualmente avanzato in seguito all'esecuzione del concordato⁷.

2. Casistica: il fondo patrimoniale

Il fondo patrimoniale è inserito nell'elenco di beni e rapporti giuridici che l'art. 46 l. fall. sottrae allo spossessamento derivante dalla dichiarazione di fallimento⁸.

Poiché l'art. 46 l. fall. prevede espressamente l'esclusione dal fallimento dei beni costituiti in fondo patrimoniale, ne deriva che il fallito conserva l'amministrazione e la disponibilità degli stessi secondo il regime proprio del fondo patrimoniale.

Trattandosi, altresì, di beni sottratti alla massa fallimentare, il compimento di atti di disposizione sugli stessi non è soggetto ad autorizzazione da parte del giudice dell'esecuzione⁹.

⁷ PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1463.

⁸ Sul carattere tassativo di tale elencazione, v. JAEGER- SACCHI, v. *Fallimento (Effetti per il fallito)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 8; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 158; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, cit., 358; COSTA, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore – Costa, Torino, 1997, 9; PACCHI, *Sub art. 46*, in *La riforma del diritto fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, 298.

⁹ L'art. 46 l. fall. nel testo *ante* riforma, prevedeva soltanto l'esclusione dal fallimento dei beni costituiti in patrimonio familiare, salvo quanto disposto dagli artt. 170 e 326 c.c. Il riferimento al "patrimonio familiare" derivava dal fatto che l'originaria legge fallimentare era anteriore alla riforma del diritto di famiglia e, pertanto, era sorta la questione se, una volta introdotto l'istituto del fondo patrimoniale, questo fosse sottratto, al pari del patrimonio familiare, agli effetti del fallimento. Sul punto si erano formati due opposti orientamenti: il primo riteneva che i beni del fondo patrimoniale dovessero essere ricompresi nella massa fallimentare, mentre il secondo affermava che il fondo patrimoniale, pur appartenendo al fallito, costituisse un patrimonio separato destinato al soddisfacimento di particolari obbligazioni (ampiamente, sui termini della questione CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, 18 e ss.). Tale secondo orientamento è stato recepito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale i beni del fondo «pur appartenendo al fallito, rappresentano un patrimonio separato, destinato al soddisfacimento di specifici scopi che prevalgono sulla funzione di garanzia per la generalità dei creditori» (Cass. 28 novembre 1990, n. 11449, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 640, con nota di PORRARI,

La conservazione in capo al fallito della facoltà di amministrare i beni del fondo patrimoniale è compatibile con la disciplina di quest'ultimo.

L'art. 168, comma 3, c.c. dispone, infatti, che l'amministrazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale è regolata dalle norme relative all'amministrazione dei beni comuni. Tra tali norme, l'art. 183 c.c. individua come cause di esclusione dall'amministrazione dei beni comuni la minore età, l'interdizione e la cattiva gestione dei beni comuni, ma non anche il fallimento di uno dei coniugi.

La mancata previsione del fallimento tra le cause di esclusione dall'amministrazione dei beni comuni dipende dal fatto che esso opera come causa di scioglimento della comunione legale, in base a quanto stabilito dall'art. 191 c.c. La comunione legale, però, non è uno dei presupposti necessari per poter costituire un fondo patrimoniale.

L'art. 171, comma 1, c.c., infatti, recita che "la destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio". Dalla semplice lettura di tale disposizione emerge che il legislatore, essendo il fondo patrimoniale una convenzione matrimoniale, abbia necessariamente ancorato le vicende estintive di quest'ultimo alla persistenza del legame matrimoniale, ma non anche al regime di comunione legale¹⁰.

Considerando che la comunione legale non è un presupposto del fondo patrimoniale, il fallimento, pur provocando la cessazione del regime di comunione legale, non determina lo scioglimento del fondo patrimoniale.

Poiché, però, l'ultimo comma dell'art. 171 c.c. stabilisce che, "se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale", vi è chi ha sostenuto che le cause di scioglimento della comunione legale, tra le quali figura anche il fallimento, determinino anche lo scioglimento del fondo patrimoniale¹¹.

Tale tesi si presta, tuttavia, ad alcune osservazioni critiche.

In primo luogo, il rinvio alle norme sullo scioglimento della comunione, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 171 c.c., varrebbe non tanto ad ampliare le cause di scioglimento previste dalla predetta norma, quanto piuttosto a rendere applicabili taluni principi sanciti con riferimento allo scioglimento della comunione, quali la regola contenuta nell'art. 194 c.c., per il quale la divisione dei beni deve essere fatta in parti uguali fra i coniugi, quella di cui all'art. 192 c.c., in tema di rimborsi e

e in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, 681, con nota di AULETTA; Cass. 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. Civ.*, 2000, 2584; nello stesso senso Cass. 22 gennaio 2010, n. 1112). Considerato che la tesi dell'esclusione del fondo patrimoniale dal fallimento è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità e che è stata successivamente confermata con l'introduzione della nuova legge fallimentare, appare possibile ritenere l'esclusione del fondo patrimoniale dalla massa fallimentare valga anche per le procedure fallimentari regolate dalla disciplina anteriore alla riforma.

¹⁰ DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996, 127; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 288.

¹¹ CIAN – CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *NSSDI*, appendice, Torino, 1982, 837 ss.; OPPO, *Responsum*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1986, 120 ss.

restituzioni, e, infine, quella prevista dall'art. 2647 c.c., in ordine alla disciplina della pubblicità¹².

In secondo luogo, si deve rilevare che, qualora il fallimento operasse come causa automatica di scioglimento del fondo patrimoniale, non avrebbe senso la disposizione contenuta nell'art. 46 l. fall., che esclude dalla massa fallimentare proprio i beni costituiti in fondo patrimoniale.

Il fallito non solo conserva la capacità di amministrare e di disporre dei beni costituenti il fondo patrimoniale, ma può anche partecipare alla costituzione di un nuovo fondo patrimoniale, qualora vengano conferiti beni non compresi del fallimento, come nel caso in cui i beni siano dell'altro coniuge o di un terzo, che eventualmente se ne riservano la proprietà.

L'art. 168, comma 1, c.c., statuisce che "la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione".

È, infatti, consentito ad entrambi i coniugi, ad uno solo di essi o al terzo di riservarsi la proprietà dei beni oggetto del fondo patrimoniale, nel qual caso l'oggetto del conferimento non è la proprietà o la titolarità del bene, bensì il suo godimento, il quale si traduce nella percezione dei frutti dei beni costituenti il fondo, che devono essere impiegati per soddisfare i bisogni della famiglia¹³.

In questo caso il fallito acquisterebbe il diritto al godimento dei beni del fondo patrimoniale con l'onere di destinarne i frutti al soddisfacimento dei beni della famiglia¹⁴.

Nonostante, poi, il comma 2 dell'art. 42 l. fall., disponga che "sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi", l'art. 46 l. fall. impedisce tale effetto acquisitivo, in quanto esclude dal fallimento i beni costituiti in fondo patrimoniale.

Non viene, altresì, in rilievo la regola dell'inefficacia degli atti del fallito di cui all'art. 44 l. fall., in quanto, come si è in precedenza rilevato, tale inefficacia ha carattere relativo, sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo.

Sul piano oggettivo, infatti, l'inefficacia colpisce i soli atti aventi ad oggetto i beni ricompresi nello spossessamento, dai quali è per l'appunto escluso il fondo patrimoniale¹⁵.

¹² AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto di famiglia*, II, diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 1997, 401, CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu - Messineo*, II, Milano, 1984, 22; MILONE, *Appunti per uno studio sul fondo patrimoniale*; in *Vita not.*, 1975, 1017.

¹³ BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 1998, 140.

¹⁴ La costituzione di una tale fattispecie (fondo patrimoniale su beni dei quali il conferente riservi a se stesso la proprietà), può essere considerata come attributiva di un diritto reale di godimento tipico, in quanto espressamente ed esattamente disciplinato nell'ordinamento giuridico, che non appare in contrasto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, che limita l'autonomia dei privati ma non il legislatore (TRAPANI, *La costituzione del fondo patrimoniale con riserva della proprietà*, in *Studi e materiali*, Milano, 2001, 1090; ID., *La costituzione del fondo patrimoniale ed il regime delle menzioni e delle allegazioni obbligatorie*, Studio C.N.N. n. 3851 del 23 aprile 2002).

Altra questione è se una persona fisica, dichiarata fallita, che abbia costituito prima del fallimento un fondo patrimoniale, possa intervenire in un atto notarile di scioglimento consensuale del fondo e se in tal caso occorra o meno un'autorizzazione del giudice delegato.

Nel caso di esame ricorre un'ipotesi di atto di disposizione di un bene non ricompreso nello spossessamento, in quanto l'art. 46 l. fall. individua tra i non rientranti nello spossessamento derivante dalla dichiarazione di fallimento "i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi".

Poiché l'art. 46 l. fall. il fallito conserva l'amministrazione e la disponibilità degli stessi secondo il regime proprio del fondo patrimoniale, il compimento di atti di disposizione sugli stessi non è soggetto ad autorizzazione da parte del giudice dell'esecuzione.

Laddove si ritenga ammissibile sciogliere il fondo patrimoniale per volontà dei coniugi, in assenza di figli minori, ne deriva la possibilità per il fallito di compiere tale atto, senza che occorra l'autorizzazione del giudice delegato¹⁶.

Deve, però, segnalarsi che con lo scioglimento del vincolo derivante dal fondo patrimoniale, viene meno la ragione che giustifica l'esonero dei beni dalla massa fallimentare prevista dall'art. 46 l. fall. Ne consegue che, in seguito allo scioglimento del fondo patrimoniale, il bene potrà essere acquisito alla massa fallimentare.

La previsione contenuta nell'art. 46 l. fall., infatti, serve ad impedire che i creditori fallimentari possano aggredire gli stessi fintantoché essi siano destinati al soddisfacimento dei bisogni della famiglia mediante i vincoli previsti dagli artt. 167 e seguenti del codice civile.

Fintantoché persiste il fondo patrimoniale, l'art. 46 l. fall. consente al fallito di amministrare i beni del fondo patrimoniale e di compiere atti di disposizione nel rispetto dei requisiti prescritti nell'art. 169 c.c., il quale dispone che "se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità od utilità evidente".

Tuttavia, qualora l'atto di disposizione consista in una alienazione che fa venir meno i presupposti per l'applicazione dell'art. 46 l. fall., i creditori fallimentari possono avvalersi dell'inefficacia degli atti di disposizione del fallito prevista dall'art. 44 l. fall.¹⁷.

¹⁵ JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, 341; DE FERRA - GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Comm. L. fall. Scialoja Branca*, sub. Art. 42-50 Bologna-Roma, 1986, 47; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, 1994, 254.

¹⁶ E' questione estremamente dibattuta se sia possibile procedere allo scioglimento del vincolo derivante dal fondo patrimoniale per volontà dei coniugi costituenti. Si rinvia, a tal fine, a RUOTOLO, *Scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*, in *Studi e materiali*, Milano, 2006, 1884.

¹⁷ Tali considerazioni valgono, ad esempio, nel caso in cui l'atto di disposizione consista in un trust volto a tutelare gli interessi del figlio dei disponenti gravemente disabile. Nonostante in questa specifica

3. L'acquisto del diritto di abitazione

Il diritto di abitazione appare suscettibile di rientrare nella categoria dei diritti che non possono essere acquisiti al fallimento.

A tal fine viene in rilievo l'art. 1024 c.c., il quale stabilisce che i diritti di uso e di abitazione non si possono cedere o dare in locazione. Ne consegue, pertanto, che i beni oggetto dei diritti in esame non possono essere sottoposti a sequestro o a pignoramento, nemmeno dal proprietario creditore dell'usufruttuario o dell'*habitor*.

La natura di diritto non suscettibile di pignoramento consente di ritenere che esso rientri tra i beni esclusi dal fallimento ai sensi dell'art. 46 l. fall., in forza del quale non sono comprese nel fallimento le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

Un'eventuale espropriazione del diritto di abitazione sarebbe, infatti, lesiva della posizione del nudo proprietario, in quanto il divieto di cessione, da cui deriva l'impignorabilità, può considerarsi, da un lato, funzionale all'esigenza di evitare che il proprietario si trovi a dover condividere l'abitazione con persone a lui non gradite e, dall'altro lato, tale divieto può ritenersi volto a preservare la stessa identità sostanziale del diritto, il cui contenuto muta in relazione ai bisogni del soggetto che di volta in volta ne sia titolare¹⁸.

Tale conclusione appare, infine, condivisibile, pur in assenza di un'apposita norma di legge che stabilisca espressamente l'impignorabilità del diritto di abitazione, qualora si tenga presente che il diritto di abitazione ha un contenuto limitato al soddisfacimento dei bisogni del soggetto che ne è titolare e della sua famiglia e, pertanto, non essendo suscettibile di sfruttamento in senso economico, esso non costituisce un'utilità per i creditori concorsuali¹⁹.

Sarebbe, quindi, possibile donare il diritto di abitazione in favore di soggetto dichiarato fallito, in quanto il fallito conserva la propria capacità giuridica e d'agire e, inoltre, perché l'abitazione non rientra tra i diritti suscettibili di essere acquisiti al fallimento.

4. L'acquisto di eredità

ipotese il trust sia volto a tutelare interessi connessi ai vincoli familiari, il trust non è contemplato tra le cause di esenzione dello spossessamento dei beni del fallito di cui all'art. 46 l. fall. Non sarebbe, altresì, possibile adottare una diversa soluzione consistente nell'utilizzare il trust come strumento per l'amministrazione dei beni oggetto di fondo patrimoniale. Si deve, infatti, segnalare l'estrema problematicità di una simile evenienza, considerato che il trust implica il trasferimento dei beni dal settlor al trustee, mentre l'art. 168 c.c. stabilisce che la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione.

¹⁸ VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, II, Napoli – Torino, 1936, 932.

¹⁹ Sostiene che sia escluso dal fallimento in quanto bene personale ai sensi dall'art. 46, comma 1, n. 1 l. fall. e non, invece, in quanto bene impignorabile ai sensi dell'art. 46, comma 1, n. 5 l. fall., PACCHI, *Sub art. 46*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, 299.

E' discussa la questione se il fallito debba o meno accettare l'eredità con beneficio di inventario.

A tal fine si rende necessario individuare preliminarmente il quadro normativo di riferimento, coordinando le regole sull'accettazione dell'eredità contenute nel codice civile con le norme in materia di atti compiuti dal fallito di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

L'art. 470, comma 1, c.c. prevede che l'eredità possa essere accettata puramente e semplicemente o col beneficio d'inventario. Dal combinato disposto degli artt. 471 e ss. c.c. emerge che devono essere accettate con il beneficio d'inventario le eredità devolute a minori, minori emancipati, interdetti, inabilitati, persone giuridiche, associazioni, fondazioni ed enti non riconosciuti, ad eccezione delle società. Manca, dunque, una norma del codice civile che sancisca l'obbligo per i falliti di accettare l'eredità con beneficio di inventario.

L'art. 35 l. fall. attribuisce al curatore il potere di accettare le eredità devolute al fallito, previa autorizzazione del comitato dei creditori. Nel richiedere l'autorizzazione del comitato dei creditori, il curatore formula le proprie conclusioni anche sulla convenienza della proposta. Quando l'eredità ha un valore superiore a cinquantamila euro, il curatore ha l'obbligo di informare preventivamente il giudice delegato, salvo che gli stessi siano già stati autorizzati nel programma di liquidazione ai sensi dell'articolo 104-ter comma 8, l. fall. Si ritiene che in seguito alla dichiarazione di fallimento, la legittimazione ad accettare l'eredità compete al curatore anche per le eredità devolute anteriormente al fallimento²⁰.

Anche nella legge fallimentare manca, dunque, un riferimento alla forma dell'accettazione dell'eredità devoluta al fallito: resta, pertanto, aperta la questione se l'eredità debba o meno essere accettata con beneficio di inventario e se, qualora fosse possibile l'accettazione pura e semplice, sia consentita l'accettazione tacita. Sul punto, sia la dottrina, sia la giurisprudenza hanno espresso opinioni divergenti.

Secondo un primo orientamento, il curatore fallimentare può accettare l'eredità devoluta al fallito solamente con beneficio di inventario; non sarebbe, pertanto, consentita l'accettazione pura e semplice, né in forma espressa, né in forma tacita *per facta concludentia*²¹. Tale tesi poggia su due principi:

- 1) l'applicazione analogica degli artt. 471 e 472 c.c., che impongono l'accettazione con beneficio di inventario delle eredità devolute agli incapaci;
- 2) la necessità di tenere separato il patrimonio ereditario da quello fallimentare.

²⁰ ANDRIOLI, *Fallimento (dir. Priv.)*, Enc. Dir., Milano, 405.

²¹ Trib. Velletri 2 marzo 1992, *Riv. Not.*, 1993, 185, con nota critica di BUSANI – CAMMARATA, *L'accettazione ereditaria del fallito*; sotto il vigore del precedente codice civile, Cass. 14 dicembre 1938, n. 3218, in *Foro it.*, 659; in dottrina, aderiscono all'orientamento del giudice di merito LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1995, 145; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 114; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, 723; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1980.

Con riferimento al primo punto, è stato rilevato che l'obbligo di accettazione con beneficio di inventario di cui agli artt. 471 e 472 c.c. sussisterebbe anche nei confronti del fallito, in quanto quest'ultimo, al pari del minore, dell'emancipato, dell'inabilitato e dell'interdetto, è privo della capacità di amministrare e di disporre dei propri beni, anche futuri²².

La necessità, invece, di tenere separato il patrimonio ereditario da quello fallimentare dipende dal fatto che nel caso di accettazione pura e semplice si verificherebbe la confusione tra il patrimonio dell'erede e quello del fallito, il quale ultimo è destinato al soddisfacimento dei creditori fallimentari per i crediti sorti anteriormente alla dichiarazione di fallimento. A tal fine si deve rilevare che l'eredità accettata dopo la dichiarazione di fallimento costituisce un complesso di beni sopravvenuti ai sensi dell'art. 42 l. fall., i quali vengono acquisiti alla massa fallimentare "dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi"²³.

L'eredità devoluta al fallito è, pertanto, un bene sopravvenuto, che può essere acquisito alla massa fallimentare soltanto se "preventivamente depurato dei debiti che ad esso afferiscono (debiti che vanno pagati per intero), in modo che i creditori concorsuali beneficino esclusivamente del *residuo netto*. Anche sotto questo rispetto l'accettazione con beneficio d'inventario s'impone, quale strumento idoneo a garantire la distinzione del passivo dall'attivo nella massa ereditaria"²⁴.

Qualora si accolga la tesi secondo la quale il curatore fallimentare può accettare l'eredità devoluta al fallito solamente con beneficio di inventario, l'accettazione pura e semplice deve considerarsi nulla, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale che riserva analoga sorte all'accettazione compiuta in violazione degli artt. 471 e 472 c.c.²⁵.

Esiste, tuttavia, un diverso orientamento, secondo il quale il curatore fallimentare può accettare le eredità devolute al fallito con o senza il beneficio di inventario e, nel caso di accettazione pura e semplice, quest'ultima può essere sia espressa, sia tacita. Tale tesi si fonda sui seguenti argomenti:

- 1) principio della libertà delle forme di manifestazione della volontà negoziale;
- 2) impossibilità di confusione del patrimonio del *de cuius* e patrimonio del fallito, anche in caso di accettazione pura e semplice;
- 3) possibilità che, in base ad apposita valutazione da parte del curatore fallimentare, l'accettazione pura e semplice sia più conveniente rispetto a quella beneficiata.

²² FORTE, *Eredità devoluta al fallito ed accettazione tacita della stessa da parte del suo curatore. Azione di simulazione assoluta di atti posti in essere dal «de cuius» del fallito e posizione di terzo del curatore e dell'erede fallito*, in *Foro Pad.*, 1964, 1407.

²³ DE FERRA, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Comm. legge fall.*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Zanichelli, Bologna – Roma, 1986, 28; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 114; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, 722; Trib. Roma 3 maggio 1985, *Dir. Fall.*, 1985, 847.

²⁴ In tal senso si esprime Trib. Velletri 2 marzo 1992, cit.

²⁵ Cass. 27 febbraio 1986, n. 1267; Cass. 9 aprile 1969, n. 1144; Cass. 19 febbraio 1962, n. 329; Cass. 27 gennaio 1962, n. 162.

Sotto il primo profilo, è stato rilevato che l'art. 470 c.c., il quale consente di accettare l'eredità puramente e semplicemente o con beneficio di inventario, costituisce un'espressione del più generale principio della libertà delle forme di manifestazione della volontà negoziale, secondo il quale la forma degli atti è libera, a meno che la legge non stabilisca l'adozione di una forma determinata ai fini della validità o dell'efficacia degli stessi²⁶.

Con riferimento al problema del conflitto tra creditori fallimentari e creditori del *de cuius*, si deve rilevare che l'applicazione dell'art. 42 l. fall. sembra di per sé idonea ad evitare la confusione del patrimonio ereditario con quello fallimentare, senza che sussista l'ulteriore necessità di accettare l'eredità con beneficio di inventario.

Per effetto dell'art. 42 l. fall., infatti, i beni ereditari pervengono al fallimento dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi, le quali consistono principalmente nel pagamento dei debiti ereditari²⁷.

Ne consegue che i debiti ereditari non sono debiti concorsuali, nel senso che non devono essere ammessi al passivo e non concorrono alla ripartizione dell'attivo risultante dalla liquidazione del patrimonio fallimentare. Essi, invece, sono debiti della massa, i quali devono essere soddisfatti in prededuzione e per intero, in quanto la procedura, in base alla disposizione contenuta nell'art. 42, comma 2, l. fall., può appropriarsi soltanto dell'utile netto derivante dall'acquisto *mortis causa*. Pertanto, a prescindere dall'accettazione con o senza beneficio di inventario, la confusione tra patrimonio ereditario e patrimonio fallimentare non si verifica mai, in quanto ciascuno di tali patrimoni resta destinato a soddisfare i propri debitori particolari²⁸.

E' stato, infine, osservato che talvolta potrebbe essere utile accettare l'eredità puramente e semplicemente, in quanto la procedura di inventario è caratterizzata da tempi più lunghi, maggiori spese e dall'esistenza di vincoli formali connessi alla richiesta di autorizzazioni per gli atti di disposizione dell'eredità beneficiata²⁹.

Pertanto, qualora si accolgano tali rilievi, si può ritenere che il curatore fallimentare possa accettare le eredità devolute al fallito con o senza il beneficio di inventario e, nel caso di accettazione pura e semplice, quest'ultima può essere sia espressa, sia tacita. In ogni caso, l'accettazione deve essere autorizzata ai sensi dell'art. 35 l. fall., e la mancanza di autorizzazione determina l'annullabilità dell'accettazione, che può essere fatta valere solo dagli organi fallimentari, nel cui esclusivo interesse è posto il predetto art. 35 l. fall.³⁰.

²⁶ MONTANARI, *Successioni mortis causa e altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 120; BUSANI – CAMMARATA, *L'accettazione ereditaria del fallito*, cit., 192.

²⁷ CANDIAN, *Esercizio del commercio in costanza del fallimento e sua disciplina giuridica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, 421; Cass. 5 aprile 1946, n. 381, in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.*, II.

²⁸ BUSANI – CAMMARATA, *L'accettazione ereditaria del fallito*, cit., 191.

²⁹ FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 298; COSTA, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Tratt. Diretto da Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, 6.

³⁰ In tal senso si è espressa Cass. 12 agosto 1963, n. 2314, in *Foro pad.*, 1964, 1408.

In conclusione, in merito alla questione se il fallito debba o meno accettare l'eredità con beneficio di inventario, esistono due orientamenti contrapposti, dai quali si evince come sia sostenibile tanto la tesi della necessaria accettazione con beneficio di inventario, quanto la tesi della facoltà di accettare l'eredità puramente e semplicemente. Si può, tuttavia, rilevare come quest'ultima tesi sia sicuramente più aderente al dettato normativo, il quale non prevede un obbligo di accettazione con beneficio di inventario e impedisce il concorso tra i creditori del fallito e quelli del *de cuius* attraverso il meccanismo di cui all'art. 42, comma 2, l. fall. Al contrario, la tesi della necessaria autorizzazione con beneficio di inventario risulta essere maggiormente prudentiale, alla luce della giurisprudenza di merito che considera nulla l'accettazione pura e semplice.

5. La vendita dei beni ereditari

In merito al regime delle autorizzazioni richieste per gli atti di vendita di beni facenti parte dell'eredità devoluta al fallito ed accettata con beneficio di inventario, si deve stabilire se trovi applicazione la disciplina degli atti di disposizione dei beni dell'eredità beneficiata (in base alla quale la vendita dei beni ereditari deve essere autorizzata dal tribunale del luogo di apertura della successione ai sensi dell'art. 747 c.p.c.), oppure quella relativa agli atti di disposizione dei beni facenti parte della massa fallimentare nell'ambito del procedimento di liquidazione della stessa (artt. 104 e ss. l. fall.).

A tal fine si deve rilevare che in base a quanto stabilito nell'art. 42, comma 2, l. fall., i beni che pervengono al fallito durante il fallimento vengono acquisiti alla massa fallimentare "dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi". Ciò significa che il curatore potrà utilizzare nella procedura di liquidazione dell'attivo di cui agli artt. 104 e ss. l. fall. i beni ereditari al netto dei debiti dell'eredità.

Occorre tenere presente che nel caso in cui l'eredità devoluta al fallito sia stata accettata con beneficio di inventario, si verificano i seguenti effetti:

1) separazione del patrimonio dell'erede da quello del defunto, caratterizzata dalla sopravvivenza dei diritti e degli obblighi dell'erede nei confronti del *de cuius* (art. 490, comma 2, n. 1, c.c.), dalla responsabilità dell'erede per i debiti ereditari nei limiti del valore dei beni allo stesso pervenuti (art. 490, comma 2, n. 2, c.c.) e dalla preferenza dei creditori del *de cuius* sul patrimonio ereditario rispetto ai creditori dell'erede (art. 490, comma 2, n. 3, c.c.);

2) apertura di un procedimento finalizzato al pagamento dei debiti ereditari nelle tre forme alternative della liquidazione individuale (artt. 495 e ss. c.c.), concorsuale (artt. 498 e ss. c.c.) e del rilascio dei beni ai creditori (artt. 507 e ss. c.c.).

L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario determina, quindi, un fenomeno di separazione patrimoniale caratterizzato dallo scopo della liquidazione dei

debiti relativi al patrimonio del *de cuius*, la quale termina soltanto in seguito all'integrale pagamento dei debiti ereditari³¹.

Pertanto, poiché per effetto dell'art. 42, comma 2, l. fall., i creditori del *de cuius* devono essere soddisfatti in prededuzione e per intero rispetto ai creditori del fallito, si può ritenere che si instauri una sovrapposizione tra la competenza del giudice della successione e quella degli organi fallimentari in merito agli atti di disposizione dei beni ereditari devoluti al fallito ed accettati con beneficio di inventario.

Poiché, infatti, la procedura fallimentare ai sensi dell'art. 42, comma 2, l. fall., si può appropriare soltanto dell'utile netto derivante dall'acquisto *mortis causa*, fintantoché i debiti ereditari non siano soddisfatti, resta in vita il procedimento di liquidazione derivante dall'accettazione con beneficio di inventario, durante il quale l'amministrazione dei beni ereditari pervenuti al fallito è finalizzata al soddisfacimento dell'interesse dei creditori ereditari. Al tempo stesso, però, l'acquisto *mortis causa* del fallito entra nella massa fallimentare al netto delle passività, al fine di essere utilizzato per il soddisfacimento dei crediti concorsuali.

Pertanto, in virtù della sovrapposizione tra interesse dei creditori del *de cuius* e interesse dei creditori concorsuali, qualora il curatore intenda alienare i predetti beni, sarà necessaria l'autorizzazione del giudice della successione ai sensi dell'art. 747 c.p.c.

Ottenuta tale autorizzazione, il curatore fallimentare può procedere alla vendita dei beni ereditari secondo le regole della procedura fallimentare: o previa autorizzazione del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 35 l. fall.; o dandone comunicazione agli altri organi fallimentari e fatta salva la possibilità che il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, sospenda le operazioni di vendita, nel caso di liquidazione ai sensi degli artt. 106 e 108 l. fall.

In seguito, invece, all'integrale pagamento dei debiti ereditari, che determina la conclusione della procedura di liquidazione dell'eredità accettata con beneficio di inventario, non sarà più necessaria l'autorizzazione del giudice delle successioni ai sensi dell'art. 747 c.p.c., e, pertanto, gli atti di disposizione dei beni ereditari sono rimessi alla competenza esclusiva degli organi della procedura fallimentare.

6. La partecipazione in società di persone

L'art. 2288 c.c., stabilito per le società semplici, ma applicabile anche alle s.n.c. ed alle s.a.s. in virtù dei rinvii contenuti negli artt. 2293 e 2315 c.c., stabilisce l'esclusione di diritto del socio che venga dichiarato fallito. La previsione dell'art. 2288 c.c. riflette l'esigenza che una società di persone non venga coinvolta nel fallimento in proprio di un socio; ne consegue, quindi, che il sopravvenuto fallimento di un socio di società di persone determina l'impossibilità per quest'ultimo di continuare a far parte della società.

³¹ NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1969, 65; JANNUZZI – LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 643.

Tale disposizione viene in rilievo anche nel caso in cui un soggetto, successivamente alla dichiarazione di fallimento, intenda partecipare alla costituzione di una società di persone: questi, infatti, si troverà, rispetto ad eventuali ulteriori iniziative imprenditoriali (partecipazione ad altre società), nella situazione di cui all'art. 2288 c.c.

E' discusso se l'art. 2288 c.c. trovi applicazione anche nei confronti dell'accomandante; a tal proposito, l'opinione prevalente ritiene che l'art. 2288 , comma 1, c.c. spieghi i propri effetti anche con riferimento anche alle società personali diverse dalla società semplice cui espressamente si riferisce, senza distinguere tra soci limitatamente responsabili e soci a responsabilità illimitata, producendosi l'esclusione in ogni caso³².

Diversa è la questione se un socio già dichiarato fallito "per estensione" di un fallimento di società di persone possa partecipare ad altra società di persone di nuova costituzione.

Sul punto, Cass. 1° luglio 2008, n. 17953 precisa, espressamente, come "il fallimento della società di persone non determina lo scioglimento del vincolo sociale. Invero l'esclusione di diritto del socio che sia dichiarato fallito, prevista dall'art. 2288 c.c. applicabile alla società di fatto in virtù del disposto dell'art. 2297 c.c. tende a preservare la società in bonis dagli effetti dell'insolvenza personale del socio e non opera, quindi, nell'ipotesi in cui il fallimento del socio sia effetto di quello della società, in forza della responsabilità illimitata del primo per le obbligazioni della seconda (Cass. 20.5.1975, n. 1991)".

³² ANGELONI, *I diritti del creditore particolare del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 105; BOLLINO, *Le cause di esclusione del socio nelle società di persone e nelle cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 387; COTTINO-SARALE-WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, III, Padova, 2004, 280; FERRARA JR.-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 296; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 95; UNGARI TRASATTI, *Note minime in tema di interpretazione teleologica dell'art. 2288 , comma 1, cod. civ.*, in *Riv. Not.*, 2005, 176 ss.. Contra, per l'accomandante, dato il minor rilievo attribuito, in questo caso, all'*intuitus personae*, SIMONETTO, *Fallimento del socio ed esclusione*, in *Riv. soc.*, 1959, 216 ss.. In giurisprudenza, per l'applicazione all'accomandante, Cass., 22 maggio 2003, n. 8091, secondo cui non sono di ostacolo all'applicazione dell'art. 2288 c.c. alla società in accomandita semplice la particolare struttura di questa né «il diverso regime di responsabilità dei soci accomandanti e di quelli accomandatari non solo perché la "minore" responsabilità degli accomandanti rispetto a questi ultimi risulta compensata dai poteri di controllo di cui gli accomandanti dispongono ma anche perché detta differenziazione di responsabilità riguarda il rapporto con i terzi (per la cd. attività di amministrazione) e non produce effetti, non essendovi alcuna traccia in proposito nella normativa fallimentare, sulle eventuali cause di fallimento del singolo socio per un'attività imprenditoriale esercitata in proprio. Inoltre, se si individua nell'art. 2288 in questione la *ratio* della tutela degli "altri" soci e della società stessa dalle incidenze negative, sul piano patrimoniale, conseguenti al fallimento del singolo socio, non si vede perché possa in proposito configurarsi la non estensione di detta norma alla società in accomandita semplice»; Trib. Udine 6 febbraio 1988, in *Società*, 1988, 819, per il quale il principio di cui all'art. 2288, 1° comma, c. c., secondo il quale il socio che sia stato dichiarato fallito è escluso di diritto, si applica anche allorché si tratti di società in accomandita semplice; App. Bologna, 13 febbraio 1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, 934; Trib. Torino, 27 maggio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 978.

In sostanza, la Cassazione chiarisce, correttamente, che il fallimento in estensione non comporta esclusione del socio; tali conclusioni valgono, però, per la sola società da cui deriva il fallimento in estensione ai sensi dell'art. 147 l. fall.³³.

Ciò significa che, ove un soggetto fallisca "per estensione" a seguito del fallimento della società, costui non per questo sarà escluso dalla società stessa. Ma questi, comunque, si troverà, rispetto ad eventuali ulteriori iniziative imprenditoriali (partecipazione ad altre società), nella situazione di cui all'art. 2288 c.c.

La previsione dell'art. 2288, infatti, riflette la esigenza che una società di persone non venga coinvolta nel fallimento in proprio di un socio; tale norma non trova, dunque, applicazione rispetto alla società fallita da cui deriva il fallimento del socio illimitatamente responsabile.

L'art. 2288 c.c., e cioè l'incompatibilità tra dichiarazione di fallimento e partecipazione in società di persone, opera invece quando il socio di società di persone, fallito in conseguenza del fallimento della sua società, intenda costituirne una nuova³⁴.

7. La partecipazione in società di capitali

In merito alla partecipazione in società di capitali, viene in rilievo l'art. 44 l. fall., il quale stabilisce che gli atti compiuti dal fallito ed i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci nei confronti dei creditori.

Pertanto la costituzione della società, con la conseguente sottoscrizione del capitale sociale e il versamento dei decimi o l'integrale liberazione del conferimento in natura posti in essere dal fallito, non sono opponibili alla procedura fallimentare in base a quanto previsto dall'art. 44 l. fall.

L'inefficacia opera automaticamente per effetto della dichiarazione di fallimento, fatta salva la necessità di ottenere un accertamento giudiziale³⁵.

Ne consegue che il curatore può chiedere la restituzione del conferimento già eseguito dal fallito. In tal caso la società subisce una perdita patrimoniale derivante dalla perdita del versamento eseguito e, eventualmente, potrebbero sussistere i presupposti per l'applicazione della disciplina del socio moroso di cui agli artt. 2344 c.c. in caso di s.p.a. e 2466 c.c. in caso di s.r.l., qualora l'organo amministrativo richieda ai propri soci, compreso quello dichiarato fallito, il versamento del conferimento ancora dovuto. Inoltre, nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo della s.r.l. preveda quale giusta causa di esclusione la perdita del conferimento iniziale per causa imputabile al conferente, potrebbe aversi l'esclusione del socio ex art. 2473-bis c.c.

³³ Sulla cui portata, FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento al socio*, in *Giur. comm.* 2009, 429 ss.

³⁴ Nello stesso senso, Cass., 20 maggio 1975, n. 1991.

³⁵ DE FERRA - L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Comm. L. fall. Scialoja Branca*, Sub art. 42-50, Bologna-Roma, 1986, 47.

E' discutibile, invece, se il curatore fallimentare possa rinunciare a far valere l'inefficacia dell'eventuale sottoscrizione di partecipazioni in società di capitali da parte del fallito, argomentando ex art. 42, commi 2 e 3, l. fall.

Tali disposizioni stabiliscono che sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi. Tuttavia il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi.

Ciò implicherebbe la possibilità che un atto negoziale successivo al fallimento, al netto delle passività, risulti utile per la massa fallimentare e che, pertanto, il curatore decida di fare propri gli effetti di tale atto, rinunciando ad avvalersi dell'inefficacia dello stesso³⁶.

Qualora ciò si ritenga ammissibile, il curatore potrebbe valutare positivamente l'atto posto in essere dal fallito, decidendo di acquisire alla massa fallimentare la quota di partecipazione nella società di capitali.

A tal fine occorre tenere presente che nonostante il diritto di acquisire i beni sopravvenuti sorga automaticamente in capo al curatore fallimentare, l'esercizio di tale diritto è rimesso alla valutazione degli organi della procedura e si realizza attraverso l'emanazione di un provvedimento ad *hoc*, quale il decreto di acquisizione³⁷.

Qualora venga decisa l'acquisizione alla massa fallimentare della quota della società costituita dopo il fallimento, l'esercizio dei diritti sociali compete al curatore, in considerazione del fatto che per effetto del fallimento al curatore spetta l'amministrazione del patrimonio fallimentare ai sensi dell'art. 31 l. fall.³⁸

Poiché, inoltre, il conferimento già eseguito e quello eventualmente ancora dovuto rappresentano delle "passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi", l'onere gravante sull'acquisto sopravvenuto diventa un debito della massa, il quale deve essere soddisfatto in prededuzione e per intero. Pertanto, la società potrà richiedere alla curatela il conferimento necessario a liberare la quota di partecipazione³⁹.

³⁶ La questione della possibilità per il curatore di rinunciare all'inefficacia degli atti di disposizione compiuti dal fallito, facendo così rientrare nel fallimento i beni successivamente acquistati dal fallito risulta dibattuta in dottrina. Per tutti, v., con ampi riferimenti, ROCCO DI TORRE PADULA, Sub art. 44, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, 721, il quale, dando conto di entrambe le tesi, rileva l'esigenza di non sottovalutare l'importanza della facoltà per la procedura di valutare le eventuali conseguenze economicamente favorevoli di un atto acquisitivo posto in essere dal fallito.

³⁷ In tal senso ROCCO DI TORRE PADULA, Sub art. 42, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 702, ove ulteriori precisazioni sui termini della questione.

³⁸ ROCCO DI TORRE PADULA, Sub art. 42, cit., 691.

³⁹ MINERVINI, *Il fallito imprenditore commerciale: regime dei beni sopravvenuti e ammissibilità di un nuovo fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 302; JAEGER – SACCHI, v. "Fallimento", in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 4; CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 646.

8. La cessione di partecipazione in società di capitali fallita

Il fallimento di una società di capitali non sembra impedire la cessione di una partecipazione nella stessa società dichiarata fallita.

La dichiarazione di fallimento produce sul fallito gli effetti disciplinati dagli articoli 42 e seguenti l. fall., i quali, sul piano patrimoniale, consistono nella perdita della capacità di disporre del proprio patrimonio e nella conseguente inopponibilità al fallimento degli atti di disposizione successivi alla sentenza di fallimento.

In caso di società, quest'ultima perde, quindi, la legittimazione a disporre del patrimonio sociale, la quale viene attribuita al curatore fallimentare cui compete l'amministrazione del patrimonio del fallito in forza dell'art. 31 l. fall.

Tali effetti si producono anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali, secondo quanto stabilito dagli artt. 147 e 148 l. fall., i quali dispongono che il fallimento della società produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

Rispetto, invece, ai soci limitatamente responsabili, l'art. 150 l. fall. prevede la possibilità per il giudice delegato di ingiungere "ai soci a responsabilità limitata e ai precedenti titolari delle quote o delle azioni di eseguire i versamenti ancora dovuti, quantunque non sia scaduto il termine stabilito per il pagamento".

Tale norma costituisce un'applicazione del principio secondo il quale il socio a responsabilità limitata risponde delle obbligazioni sociali nei limiti del conferimento. Si ritiene che, in deroga agli artt. 2356, comma 2, e 2472, comma 2, c.c., la richiesta dei versamenti ancora dovuti possa essere indirizzata anche all'alienante senza necessità di avere preventivamente ed infruttuosamente richiesto il pagamento all'acquirente. Resta ferma, invece, la possibilità per l'alienante di eccepire la decorrenza del termine di tre anni dall'iscrizione del trasferimento nel libro soci. Si ritiene, inoltre, che il socio non possa eccepire in compensazione ex art. 56 l. fall. il credito avente ad oggetto il diritto alla liquidazione della partecipazione sociale⁴⁰.

Il fallimento della società di capitali non determina, quindi, il fallimento dei soci che, non subendo lo spossessamento dei beni, né l'applicazione della regola dell'inefficacia degli atti compiuti dal fallito, conservano intatta la titolarità della partecipazione sociale e la legittimazione a disporre della stessa, compresa la facoltà di cedere a terzi la quota.

Tuttavia, trattandosi di società fallita, l'acquirente può essere tenuto ad eseguire i versamenti ancora dovuti, nonostante non sia ancora scaduto il termine, secondo quanto previsto dall'art. 150 l. fall.

⁴⁰ BLANDINO, Sub art. 150 l. fall., in *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 1378; IRRERA, Sub art. 150, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, 2196.

9. Le limitazioni dell'attività negoziale del debitore in concordato preventivo: profili generali

Il concordato preventivo è un istituto avente la funzione di prevenire la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore insolvente e, pertanto, costituisce una soluzione alternativa al fallimento. Si tratta di una soluzione giudiziale della crisi dell'impresa, in quanto di tale procedura è investita l'autorità giudiziaria, che svolge un controllo di legalità sostanziale sull'intero procedimento la cui convenienza, sul piano economico, è invece oggetto di valutazione da parte dei creditori.

Anche il debitore sottoposto a concordato preventivo subisce limiti alla propria attività negoziale, i quali, tuttavia, divergono da quelli derivanti dal fallimento.

L'art. 167, comma 1, l. fall., infatti, dispone che "durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale".

Non si verifica, quindi, lo spossessamento dei beni del debitore, né si prevede l'inefficacia degli atti da lui posti in essere, mancando norme analoghe agli artt. 42 e 44 l. fall.

Assume, tuttavia rilevanza l'individuazione delle fasi in cui si articola il procedimento di concordato preventivo, in quanto l'art. 167, comma, 2, l. fall. stabilisce che "i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fidejussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato".

Tale norma, che richiede l'autorizzazione del giudice per gli atti di straordinaria amministrazione, riguarda il debitore che è stato ammesso al concordato preventivo ed è in attesa dell'omologazione dello stesso.

Il procedimento si articola, infatti, nelle seguenti fasi: l'impulso viene dato dall'istanza di ammissione, contenente la proposta di concordato e l'indicazione del piano economico di risoluzione della crisi dell'impresa. Tale domanda è immediatamente sottoposta ad un controllo di ammissibilità da parte del tribunale in merito alla sussistenza dei presupposti per l'accesso alla procedura. Qualora il giudice reputi la sussistenza di tali presupposti, dispone con decreto l'ammissione alla procedura. In seguito al decreto di ammissione, la proposta di concordato viene sottoposta all'approvazione dei creditori e, in caso di esito positivo, al controllo di legalità da parte dell'autorità giudiziaria che, verificata la regolarità dell'accordo, emette il decreto di omologa del concordato rendendolo così esecutivo.

Nella fase che va dal decreto di ammissione di cui all'art. 163 l. fall. fino all'omologazione del concordato preventivo, il compimento degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione compete, pertanto, all'imprenditore, ferma restando la necessità dell'autorizzazione giudiziale per il compimento di quelli elencati nell'art. 167, comma 2, l. fall.

Con l'omologazione del concordato, il contenuto del programma concordatario diventa esecutivo ed obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato.

Pertanto, si può ritenere che se da un lato in seguito all'omologa le previsioni contenute nella proposta di concordato preventivo divengono vincolanti e, pertanto, sia il debitore, sia i creditori sono tenuti ad eseguire gli atti in esso stabiliti, dall'altro lato vengono altresì meno gli effetti connessi all'ammissione al concordato preventivo di cui agli artt. 167-169 l. fall., compresi i limiti al compimento degli atti di disposizione del proprio patrimonio da parte del debitore⁴¹.

Qualora, poi, il concordato consista nella cessione di beni, viene in rilievo l'art. 182 l. fall., il quale dispone quanto segue:

“Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

Si applicano ai liquidatori gli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 in quanto compatibili.

Si applicano al comitato dei creditori gli articoli 40 e 41 in quanto compatibili. Alla sostituzione dei membri del comitato provvede in ogni caso il tribunale.

Le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco devono essere autorizzate dal comitato dei creditori.

Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili”.

In base a tale disposizione, ai liquidatori si applicano gli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l. fall. in quanto compatibili.

Tali norme disciplinano i requisiti per la nomina, l'accettazione, la revoca, la responsabilità, il compenso e l'obbligo di rendiconto del curatore fallimentare.

Non si ha, invece un rinvio né all'art. 31 l. fall., che attribuisce al curatore l'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore e il compimento di tutte le operazioni previste nella procedura, né all'art. 35 l. fall., il quale prevede che gli atti di straordinaria amministrazione debbano essere compiuti dal curatore previa autorizzazione del comitato dei creditori.

La mancata attribuzione, ai liquidatori nominati nel decreto di omologazione del concordato preventivo, del potere di amministrare il patrimonio del debitore e di compiere gli atti di disposizione dello stesso dipende dal fatto che – come si è in precedenza rilevato - nel procedimento concordatario manca lo spossessamento dei

⁴¹ Trib Roma, 10 marzo 1961, in *Dir. fall.*, 1961, II, p. 369; GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 167, rileva che «con l'omologazione, in particolare: cessano gli effetti tipici della “ammissione” al concordato preventivo (artt. 167-169), l'imprenditore riacquista la piena disponibilità del suo patrimonio e i creditori riprendono il libero esercizio dei loro diritti (ovviamente nel rispetto delle previsioni vincolanti del concordato)».

beni dell'imprenditore il quale, invece, è una conseguenza della dichiarazione di fallimento.

Poiché, tuttavia, la funzione dei liquidatori consiste per l'appunto nel compimento degli atti necessari ad assolvere l'incarico di realizzare il valore dei beni indicati nel decreto di omologa del concordato, deve ritenersi che essi siano legittimati al compimento degli atti di cessione previsti nel concordato stesso.

Sotto tale profilo appare, quindi, decisivo, il contenuto del provvedimento del tribunale, posto che questo, oltre alla nomina del o dei liquidatori e del comitato dei creditori, determina le altre modalità della liquidazione (anche tali modalità possono, altresì, essere modificate o integrate con decreto successivo in ogni momento): spetta quindi al Tribunale di stabilire il contenuto, l'ampiezza, i limiti e i modi di esercizio dei poteri del liquidatore

Questi, a differenza del curatore e del commissario giudiziale, non è qualificato dalla legge come «pubblico ufficiale», e piuttosto ricopre un ufficio di diritto privato essendo a lui affidati interessi privati, del debitore e dei creditori concordatari (al pari del tutore dell'interdetto o del minore, del curatore dell'inabilitato, del curatore dell'eredità giacente, ecc.)⁴².

In particolare, al liquidatore viene attribuita la natura di «mandatario dei creditori, o del debitore per il tramite del tribunale e nell'interesse dei creditori»⁴³ e, pertanto, pur trattandosi di un ufficio di diritto privato, la nomina giudiziale appare di per sé idonea e sufficiente a legittimare il liquidatore al compimento degli atti di cessione dei beni.

L'attribuzione al liquidatore della legittimazione alla cessione dei beni comporta che, riguardo al compimento di tali atti, i negozi posti in essere dal liquidatore hanno efficacia immediata nel patrimonio del debitore, come se fossero stati da lui compiuti. In generale, in mancanza di diverse disposizioni dettate dal tribunale (nella sentenza di omologazione o in provvedimenti successivi), il liquidatore è investito di tutti i poteri necessari per la liquidazione dei beni ceduti e la ripartizione del ricavato ai creditori. Egli, pertanto, può compiere anche atti di straordinaria amministrazione e di alienazione dei beni ceduti senza bisogno dell'autorizzazione del giudice delegato, purché ovviamente si tratti di atti rientranti nel programma di liquidazione⁴⁴.

La legittimazione del liquidatore al compimento degli atti inerenti i beni ceduti con il concordato non esclude, però, la conservazione in capo al debitore della titolarità dei beni stessi.

Come ha, infatti, rilevato la giurisprudenza «La procedura di concordato preventivo mediante la cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il

⁴² In tal senso, in dottrina, MACCHIA, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, 310; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1997, 695; NORELLI, *Appunti sulla esecuzione del concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1999, I, 582.

⁴³ MARANO, *Sub art. 182 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 2529.

⁴⁴ Cass. 18 dicembre 1978, n. 6042, in *Fall.*, 1979, 300.

debitore cedente conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio, soprattutto dopo che sia intervenuta la sentenza di omologazione»⁴⁵.

Poiché il provvedimento del tribunale, determina, oltre alla nomina del o dei liquidatori e del comitato dei creditori, le altre modalità della liquidazione, è possibile che il tribunale, nel provvedimento di nomina del liquidatore, con il quale viene conferito a quest'ultimo l'incarico di gestire la liquidazione dei beni, autorizzi espressamente il debitore al compimento dell'atto predisposto dal liquidatore stesso.

Appare, inoltre, opportuno precisare che anche qualora il debitore fosse legittimato al compimento dell'atto di cessione, la gestione della liquidazione spetterebbe pur sempre al liquidatore: a quest'ultimo, infatti, compete il procedimento di individuazione dei termini e delle modalità della vendita nel caso concreto, nel rispetto delle eventuali istruzioni impartite dal tribunale.

Qualora, invece, nel provvedimento di nomina nulla venga detto circa i poteri del liquidatore, appare sufficiente l'intervento in atto del solo liquidatore nominato in sede di omologa, debitamente autorizzato dal comitato dei creditori ai sensi dell'art. 182, comma 4 l. fall.

Si deve, infine, segnalare che il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, il quale si applica ai procedimenti introdotti dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione⁴⁶, ha introdotto un nuovo comma 7 dell'art. 161 l. fall., il quale stabilisce quanto segue: "Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111".

Tale norma introduce l'obbligo di richiedere l'autorizzazione per il compimento di atti di straordinaria amministrazione durante il periodo successivo alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo – che ai sensi del nuovo comma 5 dell'art. 161 l. fall. è soggetta a pubblicità nel registro delle imprese - ed anteriore all'emanazione del decreto di ammissione della procedura.

Le altre novità introdotte dal d.l. 83/2012 non sembrano incidere sul regime dei limiti all'attività negoziale posta in essere dal debitore sottoposto a concordato preventivo. Il provvedimento normativo in esame introduce, infatti, una serie di disposizioni volte a garantire la continuità aziendale dell'impresa in crisi.

Tra queste, si segnala il nuovo art. 182–*quinquies* l.fall., il quale prevede la possibilità che il debitore venga autorizzato a contrarre finanziamenti e a concedere pegni ed ipoteche a garanzia degli stessi.

Nel caso in cui l'imprenditore in crisi sia una società, il nuovo art. 182–*sexies* l. fall. introduce una deroga alla disciplina della riduzione obbligatoria del capitale sociale

⁴⁵ Cass. 13 aprile 2005, n. 7661.

⁴⁶ L. 7 agosto 2012, n. 134, pubblicata in G.U. 11 agosto 2012, n. 187, entrata in vigore il 12 agosto 2012.

e dello scioglimento, disponendo che “dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile”.

10. Casistica: la domanda di ammissione al concordato preventivo

L'art. 161 l. fall. prevede che la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo sia proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale.

Se si tratta di società, la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 l. fall., norma che disciplina la proposta di concordato fallimentare da parte di società fallite.

La lettera b) del comma 2 dell'art. 152 l. fall. stabilisce che nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, la proposta e le condizioni del concordato sono deliberate dagli amministratori.

I commi secondo e terzo dell'art. 161 l. fall. prevedono che, insieme al ricorso, siano presentati specifici documenti, nonché la relazione di un professionista (di cui all'art. 28 l. fall.) che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

La decisione o la deliberazione deve risultare da verbale redatto da notaio, soggetto a deposito e ad iscrizione ex art. 2436 cod. civ.⁴⁷.

Nel caso di società in liquidazione, poiché, a norma dell'art. 2487-bis, c.c., avvenuta l'iscrizione della nomina dei liquidatori gli amministratori sono ormai cessati dalla carica, la competenza a deliberare proposta e condizioni del concordato sono, in tale fase, di competenza dell'organo della liquidazione⁴⁸.

⁴⁷ Prima della riforma, era invero controversa la necessità dell'omologazione della delibera. La giurisprudenza prevalente, fondando il proprio convincimento sulla tassatività degli atti societari soggetti ad omologazione, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, era di parere negativo (Trib. Roma, 21 giugno 1979, in Vita not., 1979, 682; Trib. Torino, 31 gennaio 1984, ivi, 1984, 1606; Trib. Udine, 23 marzo 1984, in Foro it., 1985, I, 2745; Trib. Udine, 29 giugno 1993, in Dir. fall., 1993, II, 1110). Si registrava, comunque, anche qualche rara pronuncia in senso favorevole (Trib. Roma, 26 marzo 1998, in Società, 1998, 1192). Attualmente il dato normativo è esplicito nel richiedere la documentazione notarile della decisione di proporre la domanda di ammissione al concordato preventivo.

⁴⁸ PAOLINI – RUOTOLO, *Concordato preventivo di s.r.l. in liquidazione*, in *Studi e materiali*, 2010, 927. La giurisprudenza, prima della riforma del diritto societario, ha affermato, con riguardo al fallimento di una società per azioni posta in liquidazione, che è inammissibile la proposta di concordato fallimentare presentata dall'amministratore, in quanto la legittimazione a sottoporre tale proposta spetta ai

Poiché l'art. 2405 c.c. prevede l'assistenza dei sindaci tanto alle assemblee dei soci, quanto alle adunanze del consiglio d'amministrazione e del comitato esecutivo, è necessaria altresì la loro partecipazione.

Tuttavia, l'art. 152 l. fall., nel prevedere la competenza degli amministratori, non richiede la redazione di documenti o il rilascio di pareri da parte del collegio sindacale. I commi secondo e terzo dell'art. 161 l. fall., infatti, stabiliscono che, insieme al ricorso, siano presentati: una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Si potrebbe, quindi, ipotizzare che, anche in mancanza del collegio sindacale, il notaio non possa rifiutarsi di ricevere ed iscrivere la relativa delibera, in quanto risultano rispettate le condizioni richieste dalla legge relativamente alla delibera stessa⁴⁹.

Quanto al contenuto della domanda, il dato normativo consente di ritenere che oggetto di approvazione debba essere la domanda, e che quindi la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l. fall. debba essere semplicemente allegata al ricorso.

Si noti, al riguardo, come sino ad oggi la giurisprudenza sul punto si sia mostrata assai poco rigorosa, consentendo al ricorrente, in caso di difetto di allegazione di taluno dei documenti, di regolarizzare la domanda ex art. 182 c.p.c., prima di dichiarare inammissibile il ricorso⁵⁰.

11. La morte del debitore soggetto a concordato preventivo

La disciplina del concordato preventivo non regola il caso di morte sopravvenuta dell'imprenditore in concordato. Sembra, tuttavia, possibile ipotizzare l'applicazione analogica della norma dettata in tema di fallimento, l'art. 12 r.d. 16

liquidatori, titolari in via esclusiva della rappresentanza della società in liquidazione (art. 2452 e 2278, 2° comma, c.c.) e che, in relazione alla proposta di concordato – la quale, secondo l'art. 124 legge fall., deve essere presentata dal «fallito» - non è prevista l'iniziativa di altri soggetti al di fuori del fallito o dei suoi rappresentanti (Cass. 8 giugno 1995, n. 6485, in *Fall.*, 1995, 1214).

⁴⁹ MAGLIULO – TASSINARI, *Il funzionamento dell'assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, Milano, 2008, 132, rilevano come l'obbligo per i sindaci di assistere alle riunioni assembleari e del consiglio d'amministrazione è preso in considerazione dall'art. 2405 c.c. come motivo di decadenza in caso di assenza ingiustificata del sindaco e non, invece, come requisito di validità della riunione. Occorre, tuttavia, segnalare che in di mancanza dell'organo di controllo derivante da revoca o dimissioni alle quali non abbia fatto seguito un rinnovo della carica, potrebbe sussistere una situazione di impossibilità di nominare un nuovo collegio sindacale, che potrebbe dare luogo ad una causa di scioglimento della società. In questo caso, gli amministratori si assumerebbero il rischio di proseguire l'attività sociale in violazione del loro dovere di prendere atto dell'impossibilità di funzionamento della società per mancanza di uno degli organi richiesti dalla legge.

⁵⁰ Sul punto GALLETI, sub art. 161, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, 2326.

marzo 1942, n. 267 (l.fall.), il quale prevede che, in caso di morte dell'imprenditore, successiva alla dichiarazione di fallimento, la relativa procedura prosegue nei confronti degli eredi anche se hanno accettato con beneficio d'inventario. Qualora manchino gli eredi, il comma 3 del medesimo articolo dispone che la procedura debba proseguire nei confronti del curatore dell'eredità giacente, se nominato, o dell'amministratore dell'eredità devoluta sotto condizione sospensiva.

In materia fallimentare, la morte del debitore non costituisce, dunque, una causa di interruzione del procedimento ai sensi dell'art. 300 c.p.c., il quale dispone che, in caso di morte della parte già costituita, il processo si interrompe finché gli eredi non si costituiscono volontariamente per proseguirlo, o finché la controparte non lo riassuma nei loro confronti.

La *ratio* di tale disciplina risiede negli interessi di carattere pubblicistico alla regolare prosecuzione del procedimento concorsuale, i quali non dovrebbero essere esposti al rischio di estinzione della procedura per omessa o tardiva riassunzione del processo interrotto⁵¹.

Le ragioni alla base della regola della prosecuzione del procedimento nei confronti degli eredi possono essere riscontrate anche nel concordato preventivo, il quale consiste in una soluzione giudiziale della crisi dell'impresa alternativa al fallimento. Il fatto che il concordato preventivo, al pari del fallimento, abbia lo scopo di realizzare il pagamento concorsuale dei creditori dell'imprenditore in crisi, consente di ricorrere alla disciplina fallimentare per colmare le lacune di quella concordataria in tema di morte del debitore⁵².

Qualora si ritenga applicabile al concordato preventivo l'art. 12 l. fall., deve ritenersi che il procedimento prosegua nei confronti degli eredi o, se nominati, del curatore fallimentare o dell'amministratore dell'eredità sotto condizione sospensiva⁵³.

12. L'esecuzione provvisoria del concordato

L'omologazione del concordato determina la chiusura dello stesso: l'art. 181 l. fall. dispone, infatti, che la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180.

Il concordato omologato è provvisoriamente esecutivo, ex art. 180, comma 5, l. fall., ed è pertanto possibile dare ad esso immediata attuazione. Tuttavia, contro il decreto del tribunale può essere proposto reclamo alla corte d'appello, che pronuncia in camera di consiglio (art. 183 l. fall.).

In seguito al rigetto delle impugnazioni eventualmente proposte ai sensi dell'art. 183 l. fall., si verifica il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione

⁵¹ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 430; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1967, 85; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 28.

⁵² PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 431; MONTANARI, *Successioni mortis causa e altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 163.

⁵³ MONTANARI, *Successioni mortis causa e altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 163).

del concordato preventivo, che determina l'esaurimento della procedura di concordato, alla quale fa seguito l'apertura di una fase meramente esecutiva ove il commissario giudiziale svolge funzioni di sorveglianza e di stimolo dell'intervento del tribunale esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge⁵⁴.

Per tali ragioni, nonostante non sia vietato dare immediata attuazione al concordato preventivo, potrebbe risultare opportuno attendere l'inoppugnabilità del decreto di omologazione, attendendo l'esito dei reclami ex art. 183 l. fall., soprattutto nel caso in cui il programma concordatario preveda l'attuazione di operazioni straordinarie che producano effetti irreversibili, quali ad esempio, in caso di società, le operazioni straordinarie di trasformazione, fusione e scissione⁵⁵.

Gli atti esecutivi di un concordato omologato, ma ancora soggetto a reclamo, infatti, pur essendo validi ed efficaci potrebbero di fatto risultare inutili qualora dovessero essere accolti gli eventuali reclami proposti ex art. 183 l. fall., vanificando così l'accordo raggiunto nel programma concordatario.

Ciò non esclude, tuttavia, la possibilità per il notaio di ricevere gli atti di esecuzione di un concordato preventivo omologato ma ancora soggetto a reclamo⁵⁶.

La validità ed efficacia di tali atti è, del resto, desumibile dall'art. 67, comma 3, lett. e), secondo cui gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato omologato non sono neppure soggetti all'azione revocatoria.

Resta ferma la possibilità per le parti di valutare l'opportunità di una immediata esecuzione del concordato stesso, in relazione al rischio, da valutare nel caso concreto, dell'eventuale accoglimento dei reclami ex art. 183 l. fall.

⁵⁴ In tal senso si è espressa Cass. 4 novembre 2011, n. 22913.

⁵⁵ In tal senso, GUERRERA – MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Studi e materiali*, Milano, 2007, 1014.

⁵⁶ E' stata, quindi, ammessa la possibilità di ricevere una scissione di società condizionata all'omologazione del concordato preventivo non ancora esecutivo (BOGGIALI – PAOLINI, *Scissione proporzionale condizionata all'omologazione del concordato preventivo*, in *CNN Notizie* del 21 giugno 2012).