

## Abstract

L'evoluzione del sistema mostra sempre più una tendenza alla frantumazione delle situazioni giuridiche soggettive legate alla responsabilità patrimoniale, tanto sul versante attivo quanto passivo. Con la proliferazione di forme di segregazione patrimoniale, e la dilatazione del concetto di concorso, deve ritenersi che ormai anche l'accertamento del passivo fallimentare debba avere ad oggetto ogni situazione soggettiva attiva, pretensiva, che abbia ad oggetto la richiesta di partecipare al concorso liquidatorio su beni del fallito, anche se il titolare non sia creditore.

REF

COMMENTO

OP-BKCEDAM

dottrina

riferimenti normativi

Cod. Civ., art. 170

Cod. civ., art. 2740

Legge fall., art. 46

Legge fall. art. 93

Legge fall., art. 110

Rivista dell'esecuzione forzata 4/2018 - Esperienza e ricerca

DANILO GALLETTI

## **Stato passivo o riparto? La “frantumazione” dell’idea di responsabilità**

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Il fondo patrimoniale nella giurisprudenza civile e concorsuale. – **3.** Il fondo patrimoniale nel fallimento. – **4.** L'accertamento fallimentare delle situazioni soggettive inerenti alla responsabilità. – **5.** Un approccio “graduale” anche alla nozione di “concorrente”?

### ***1. Premessa.***

La frantumazione di una serie di principi che il nostro sistema aveva ereditato, per comune tradizione, dall'ordinamento francese, ha posto recentemente in forte tensione alcuni istituti “classici” del diritto concorsuale.

Così il principio della unicità ed universalità del patrimonio del debitore è sempre più stretto d'assedio dall'irrompere di fenomeni giuridici che mettono in crisi la generalità di quell'asserto, ed insieme con esso anche la mai prima discussa imperatività di norme che ne costituiscono tipicamente attuazione, come ad es. il dogma della responsabilità patrimoniale del debitore, necessariamente estesa a tutti i beni che compongono il patrimonio di costui, presenti come futuri (art. 2740 c.c.)<sup>1</sup>.

Se in tempi relativamente recenti si parlava di “crisi” del principio della *par condicio creditorum*, caposaldo del concetto di concorsualità, nel diritto civile racchiuso nell'art. 2741 c.c., oggi le deroghe a tale concettualizzazione, determinate prima dall'introduzione dell'istituto delle classi, hanno reso possibili approdi ermeneutici prima quasi inconfessabili: così persino secondo la giurisprudenza pratica l'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* sarebbe oramai una procedura concorsuale<sup>2</sup>, legittimandosi così forme di concorso “diseguale” prima concepite solo in ambiti speculativi; e l'enfasi posta in sede ricostruttiva, in esito alla discutibile generalizzazione di disposizioni accattivanti ma forse non così “generali”, sul concetto di “*miglior soddisfacimento dei creditori*”, ha oramai imposto una ricostruzione per cui il pagamento intra-concordatario di crediti pregressi, a ben vedere “concorsuali”, non sarebbe vietato in sé, ma solo se esso abbia comportato un danno per i creditori concorsuali, o meglio per gli “altri” creditori concorsuali<sup>3</sup>.

Non è tanto importante allora sottolineare la esattezza o meno di tali asserti, che in realtà costituiscono solo corollari, sinora non esplicitati, di una nuova visione del diritto concorsuale, che internalizza l'idea della “frantumazione” della responsabilità patrimoniale.

L'interprete non può nascondere il proprio personale sconcerto, di fronte a tale processo evolutivo: soprattutto egli si domanda quali siano i confini “osservabili” del fenomeno, quali le nuove sistematizzazioni possibili, in attesa che una nuova tempesta cancelli forse anche tali rinnovati confini, in realtà scritti sulla sabbia.

Forte è la tentazione di lasciare ai pratici ed al “caso concreto” l'opera di sistematizzazione; ma anche in questo universo polimorfico non deve sfuggire l'essenziale ruolo sistematico svolto da un lato dal teorico, e

---

<sup>1</sup> Non si intende qua prendere posizione in ordine al problema della applicabilità dell'art. 2740 c.c. anche al concordato preventivo, su cui ci si soffermerà in altra sede.

<sup>2</sup> Cass., 18-1-2018, n. 1182; con maggior sforzo motivazionale Id., 12-4-2018, n. 9087. Analogamente avevo invero anch'io opinato nel recente passato, alla luce della ricostruita esigenza di un approccio “graduale”, e non formale, all'idea di concorsualità: v. *Noterelle sulla concorsualità poco “sistematizzata”*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2014.

<sup>3</sup> Cass., nn. 3324-7066/2016, di recente confermate da Cass., 16-5-2018, n. 11958.

dall'altro dal Giudice, gli unici in grado di dare valore alle possibili “generalizzazioni” di *rationes decidendi* che, se non adeguatamente ponderate, potrebbero comportare la definitiva rottura di qualsiasi paradigma sistematico, consegnando definitivamente il diritto concorsuale nelle sole mani degli operatori: ma se ne può e se ne deve fare a meno.

Gli è che il diritto concorsuale, anche per la tradizionale ritrosia del mondo accademico ad investire seriamente risorse intellettuali in questo contesto, cosa che accade di rado, se non in parte nei periodi di crisi sistemica e perdurante (come quello che abbiamo vissuto e che forse stiamo lentamente superando), corre sempre il rischio di divenire il “diritto dei pratici”. Ma i “pratici” non amano i sistemi, amano semmai la (propria) libertà, e tendono a sopravvalutare la (propria) capacità di identificare a priori ed in modo preconettuale ciò che è buono e ciò che è sbagliato, spesso sulla base di una (propria) gerarchia di valori in realtà disallineata da quella fatta propria dall'ordinamento giuridico; così come ad es. l'esperienza del concetto di “continuità aziendale” insegna, ove il sistema si volge ancora (v. l'art. 186-*bis* l. fall., la proposta di Direttiva UE del 2016 ed il “*Codice della crisi e dell'insolvenza*”) e primariamente alla tutela del credito, laddove il mondo delle professioni predilige da tempo apertamente la continuazione dell'impresa in esercizio, come “bene in sé”.

In mezzo si colloca la “categoria” dei Giudici, che per natura sono portati da un lato a privilegiare la giustizia del “caso concreto”, quando esso si prospetta in modo peculiare con tratti di assoluta evidenza, dall'altro invece si pongono *a priori* e per *forma mentis* (e per la “felice” ed “istituzionale” carenza di incentivi economici specifici e fuorvianti) il problema della possibile generalizzazione delle *rationes decidendi* che appunto adottano nel caso concreto. Peculiarità che li conduce ad assumere un ruolo di importanza primaria nel diritto concorsuale, già nella elaborazione degli elementi che la cui ricomposizione determina la ricostruzione del “sistema”, superiore a quello che caratterizza svariati altri segmenti del mondo del diritto.

L'impostazione cui siamo abituati vede la procedura concorsuale, o meglio il suo archetipo, il fallimento (in attesa che il furore italico concernente le etichette lo ribattezzi “liquidazione giudiziale”, pur conservando immutato l'80% e forse più delle norme), come un “mondo” ove si viene ammessi in quanto creditori, appunto “concorsuali”, cioè scaturiti da una matrice genetica affermatasi prima dell'apertura della procedura, in forza di un provvedimento del Giudice, il quale forma e dichiara esecutivo lo “stato passivo” fallimentare, applicando una cognizione speciale, caratterizzata da un rito e da norme sulla competenze specifiche (nel fallimento),

oppure accerta quel presupposto sostanziale (il credito concorsuale) con i mezzi ordinari (come nel concordato).

La “verificazione” delle credenziali del creditore concorsuale inserisce allora quest’ultimo in una vera e propria “dimensione parallela”, ove tutta una serie di effetti, tipici del mondo sostanziale degli effetti, quello “civilitico”, gli sono “inopponibili” (artt. 53 ss. l. fall.).

Senonché, varie situazioni giuridiche soggettive attive, diverse da quella appena menzionata (credito concorsuale), mettono in crisi la centralità di questa ricostruzione: all’inizio le peculiarità insite in tali fattispecie consentono di mantenerle confinate nel dominio dell’eccezione, del “*monstrum*”; ma la moltiplicazione delle ipotesi realizzabili, e la sempre maggiore creatività del Legislatore, che disegna situazioni sempre nuove e peculiari anche dal punto di vista dell’attivo (v. ad es. l’introduzione dei patrimoni destinati), costringe a mettere in discussione la stessa “generalità” del principio.

Così, secondo l’orientamento tradizionale, le seguenti situazioni, non aventi ad oggetto diritti di credito concorsuale, né diritti reali in senso stretto, sarebbero sottratte all’accertamento compiuto nelle forme della verifica dello stato passivo:

- La pretesa del soggetto che sia creditore di un terzo, credito a fronte del quale il fallito abbia prestato una garanzia reale su propri beni: il fallito non è qua debitore, ma “terzo datore” di garanzia;

- La pretesa del soggetto che vanti ragioni di carattere revocatorio su beni parimenti ricompresi nell’attivo fallimentare<sup>4</sup>;

Entrambe le situazioni corrispondono a quella che nelle esecuzioni individuali attengono all’espropriazione contro il “terzo proprietario” (art. 602 c.p.c.); la casistica potrebbe essere al riguardo anche ampliata (si pensi alle azioni di risoluzione contrattuale, annullamento, etc., esercitate contro il debitore insolvente prima dell’apertura del concorso, e proseguite dopo), ma queste sono indubbiamente le due ipotesi più rilevanti e “critiche”.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale inveterato, tali posizioni non potrebbero essere accertate mediante l’istituto della verifica del passivo, non costituendo situazioni di diritto di credito, e la eventuale domanda formulata nelle forme di cui agli artt. 93 ss. l. fall. sarebbe inammissibile; il soggetto attivo dovrebbe dunque o intervenire (art. 499 c.p.c.) nella proce-

---

<sup>4</sup> Non si prenderà qua partito in ordine ai problemi della praticabilità dell’azione revocatoria contro una procedura fallimentare (v. però di recente la rimessione alle Sezioni Unite: Cass., 25-1-2018, n. 1894), e dell’eventuale applicabilità in via analogica dell’art. 72, 5° co., l. fall.; problemi sui quali in passato ci siamo già soffermati: v. *Il concorso nel fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, I, Torino, 2016, 1252 ss.

dura esecutiva fallimentare, *rectius* nel subprocedimento di riparto afferente alla distribuzione del ricavato del bene vincolato alla propria garanzia, facendovi valere la propria pretesa; oppure rivolgere un'istanza al G.D., chiedendo parimenti di essere ammesso a far proprio il ricavato, nei limiti segnati dal proprio "diritto" (v. *ex multis* Cass., nn. 11545-2429/2009; dopo la Riforma del 2006, con motivazione *tranchante*, e che non dà alcuna speranza ai peraltro forse deboli argomenti estrapolati dalla lettera delle norme riformate, cfr. Cass., 9-2-2016, n. 2540; ancor più di recente, nel solco dell'indirizzo consolidato, Id., 20 novembre 2017, n. 27504; principi analoghi vengono applicati al caso del terzo che abbia agito in revocatoria contro il fallito prima dell'apertura del concorso: v. Cass., 2-12-2011, n. 25850).

In dottrina capita assai di rado che tale assetto giurisprudenziale sia seriamente messo in discussione, sulla base della peraltro esatta osservazione per cui è la nozione stessa di concorso ad essere stata portata dal Legislatore ben oltre i confini "originari": si pensi solo all'estensione del procedimento di accertamento del passivo ai crediti prededucibili, nonché ai "diritti reali", immobiliari e non<sup>5</sup>.

In realtà, anche situazioni limitrofe "marcano" l'esigenza di prendere atto della sempre maggiore frammentazione delle situazioni giuridiche soggettive attive, della insufficienza della categoria del diritto soggettivo, assoluto come relativo, e della accresciuta rilevanza delle situazioni attive pretensive, non qualificabili come diritti.

Si pensi all'organizzazione societaria, ove l'"inserimento" al suo interno non può più essere limitato alle situazioni che configurano la titolarità "reale" sulla partecipazione, quando le facoltà sociali possono essere esercitate, in virtù di una legittimazione non "secondaria", o "derivata", da soggetti che non sono soci, ma semplicemente esercitano le più facoltà facoltà pretensive sulla quota: creditori pignoratizi, usufruttari (artt. 2352, 2471-*bis*, c.c.), ma anche attori in giudizio che abbiano ottenuto la nomina di un custode, a tutela delle più svariate situazioni soggettive attive, semplici pretese contrattuali, aspettative.

Si manifestano pertanto svariate forme di "appartenenza" all'organizzazione societaria che non hanno più alcuna natura "proprietaria".

---

<sup>5</sup> In tal senso v. LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, 257 ss. (e già in *Tutela della nuda prelazione nel fallimento del terzo proprietario o datore*, FA, 2005, 993 ss.); mi sia consentito inoltre il rinvio ai due miei scritti già indicati *supra*, ove pervenivo alle medesime conclusioni.

Se il creditore pignoratizio non è meno socio del socio stesso, c'è forse da dubitare che il “terzo” che vanta una mera pretesa sul ricavato della vendita di un attivo fallimentare sia meno “concorrente” del creditore concorsuale stesso.

Ma quante e quali norme tipiche dei creditori “fallimentari” troveranno applicazione a tali soggetti?

Forse alla rottura del paradigma del “concorso”, ed alla necessità di accedere ad un approccio “graduale” alla nozione di concorso, deve fare da contraltare un parallelo approccio parimenti “graduale” alla nozione di “partecipante al concorso”.

Sempre sul versante del passivo, d'altro canto, il dinamismo dell'attività d'impresa, le continue trasformazioni del patrimonio del debitore, rompono il paradigma “statico” della tranquilla e normale correlazione fra passività e debiti vincolati alla garanzia speciale di creditori “privilegiati”; dunque, anche se il creditore “concorsuale” ha acquisito prelazioni speciali su beni appartenuti alla titolarità del debitore, non è detto che tali beni si trovino ancora nel patrimonio del debitore al momento della apertura del “concorso”.

Il creditore che formuli domanda di ammissione, in tali ultimi casi, non può certo aspirare in quanto tale ad esercitare una pretesa sul ricavato dei beni vincolati, che al momento non sono nell'attivo liquidabile, e dunque non saranno alienati dalla procedura; egli appare nel concorso niente di più che un creditore chirografario. Ma se egli fosse ammesso al concorso con tale rango, in forza della definitività di quell'accertamento, poi nell'eventualità in cui la procedura recuperasse il bene vincolato, a seguito dell'esercizio di azioni revocatorie o comunque aventi effetti recuperatori, non potrebbe più essere “riqualificato” come privilegiato.

È giocoforza dunque per la giurisprudenza ammettere il creditore al passivo con la sua causa di prelazione, anche e persino quando le probabilità di recupero del bene appaiono praticamente nulle.

Ciò che viene verificato non è dunque un diritto soggettivo, afferente o meno al credito, avente come contenuto il ricavato dalla vendita del bene; è piuttosto accertata una situazione strumentale attiva, pretensiva, inerente alla partecipazione al riparto, con preferenza sulla distribuzione di quanto eventualmente staggito.

Il principio si stratifica per il fallimento, e viene poi esteso anche al concordato, a dispetto delleresistenze ivi incontrate.

Dopodiché il creditore, così ammesso al concorso, non verrà invece concretamente ammesso ad esercitare una reale pretesa sul ricavato di un

bene, che non è stato liquidato, e verrà dunque “graduato” nel riparto come chirografario.

Il creditore è stato “verificato” dalla procedura, ma poi non è abilitato ad esercitare tutte le facoltà che il suo “rango” astrattamente implicherebbe.

Ancora una volta è nel riparto che vengono realmente “conformate” le facoltà del soggetto che esercita una pretesa nel contesto della procedura.

L’accertamento condotto nello stato passivo viene così, in apparenza, ancora una volta profondamente svalutato: non tutti quelli che passano da quella porta sono legittimati a sedersi sul divano, ed anche taluno “entrato dalla finestra”, invece, sarebbe abilitato.

L’esito non può però realmente sorprendere: ancora una volta, nell’omologo contesto del diritto societario, si è assunto per decenni che fosse l’iscrizione nel libro soci a determinare lo “inserimento” nell’ordinamento societario, e poi è bastato che il Legislatore sopprimesse quell’istituto nelle s.r.l., perché tutti gli interpreti “retrocedessero” sul momento della iscrizione nel Registro delle Imprese, “promosso” così da mero adempimento esecutivo del trasferimento a momento perfezionativo dell’efficacia dello stesso.

Allo stesso tempo, e specularmente, sul fronte dell’attivo fallimentare, si manifestano figure di *assets* rinvenuti dal curatore nel patrimonio del debitore fallito che non possono essere destinati al soddisfacimento di tutti i creditori concorsuali.

In linea generale tutti i ricavi degli attivi realizzati dalla procedura vengono distribuiti a tutti i creditori, senza distinzioni: persino quelli recuperati mediante l’esercizio di azioni revocatorie “ordinarie” (art. 66 l. fall.), benché il pregiudizio tipico di cui all’art. 2901 c.c. debba comunque essere verificato con riferimento a creditori sorti antecedentemente all’atto dispositivo, come il diritto civile insegna.

Ma poi irrompono sulla scena i patrimoni destinati, ove i beni collocati all’interno delle partizioni create nell’ambito del patrimonio del debitore sembrano sfuggire alla liquidazione concorsuale (artt. 155 ss. l. fall.): il solo attivo facente parte del patrimonio “generale” dell’imprenditore insolvente è liquidato nelle forme tipiche della legge fallimentare, ed il ricavato è destinato al soddisfacimento dei creditori verificati nelle forme tipiche; quanto agli attivi inseriti nei patrimoni destinati, invece, la liquidazione sembra dover avvenire secondo regole “privatistiche”, avvezze alla liquidazione societaria, ed anche la distribuzione del ricavato avverrà secondo forme eterogenee rispetto a quelle fallimentari, non applicandosi le norme sulla verifica dei crediti.

In realtà l'*an* ed il *quantum* dell'applicazione alla liquidazione dei patrimoni destinati delle norme della legge fallimentare è estremamente dubbia, a causa del vuoto "anomico" che caratterizza tali aspetti.

Ma ciò che conta è che le proiezioni concorsuali della universalità e generalità del patrimonio del debitore fallito appaiono ormai per sempre incrinata.

## **2. Il fondo patrimoniale nella giurisprudenza civile e concorsuale.**

La moltiplicazione dei casi di "segregazione patrimoniale", con la destinazione di *assets* a fini specifici, e la parallela espressa sottrazione degli stessi alle azioni esecutive esercitabili dai creditori "generali", mettono però in crisi il concetto di "concorso" anche sotto il profilo dell'attivo.

Il fondo patrimoniale (artt. 167 ss. c.c.), la cartolarizzazione dei crediti (l. n. 130/1999), il *trust* (convenzione Aja 1985), i patrimoni destinati (l'elenco potrebbe proseguire), sono tutti accomunati dalla previsione normativa espressa per cui i beni "segregati" sono "vocati" ad una destinazione specifica, e sugli stessi non sono ammesse azioni esecutive per fini differenti da quelli previsti dalla legge speciale.

Il debitore non cessa di essere titolare di tali beni, né si può immaginare l'insorgere di una soggettivizzazione di tali forme di responsabilità "speciale"; e ciò pur dovendosi distinguere i casi in cui singoli beni siano assoggettati a tale speciale vocazione, da quelli in cui siano create vere e proprie "partizioni" all'interno del patrimonio generale del debitore.

Ciononostante il conflitto di interessi fra creditori "generali" e creditori "particolari", le cui ragioni ossia siano connesse alla "vocazione", viene quasi sempre risolto in maniera spesso assai drastica in favore di questi ultimi, i quali non debbono subire il concorso dei primi sui beni segregati (pur potendo talvolta far valere le proprie ragioni anche sugli altri beni del debitore, non parimenti "destinati").

Ciò risulta in fondo abbastanza agevolmente applicabile fino a che il debitore risulta *in bonis*: qualora un creditore "generale" infatti tenti l'espropriazione di un bene "segregato", sarà possibile per il debitore l'opposizione all'esecuzione (art. 615 c.p.c.), e chissà, forse anche l'opposizione "del terzo" (art. 619 c.p.c.) per i creditori "particolari", benché la pretesa di questi non abbia a rigore natura "proprietaria" o comunque reale.

Ma quando si apre il concorso, e la pretesa esecutiva individuale del creditore si "converte" in pretesa concorsuale, le modalità attuative di quel-

la “vocazione” possono entrare facilmente in urto con l’architettura della procedura concorsuale.

Non è detto che il concorso debba impedire comunque la realizzazione delle finalità cui è indirizzata quella “vocazione”: così il fallimento non necessariamente comporta la liquidazione del patrimonio destinato, che potrebbe proseguire la sua funzione in capo a terzi, che se ne rendano cessionari (art. 155 l. fall.); però se il patrimonio destinato non risulta cedibile, oppure se comunque è incapiente, la liquidazione diviene inevitabile (art. 156 l. fall.), peraltro secondo forme non tipiche della liquidazione concorsuale; e solo l’eventuale residuo post liquidazione è appreso all’attivo fallimentare.

Lo stesso accade in fondo per i diritti dei clienti di s.i.m. e banche, i quali abbiano affidato i propri risparmi affinché questi ultimi venissero investiti e/o “gestiti”; se il gestore viene sottoposto a procedura concorsuale, e non è possibile la cessione in blocco ad altro intermediario, il patrimonio separato in questione verrà liquidato, con restituzione dei titoli ai clienti, se ancora individuabili, oppure con attribuzione in proporzione del ricavato del disinvestimento (art. 91 t.u. banc., 22 t.u. fin.).

Ma quando la finalità della segregazione è specificamente e precipuamente la preservazione dei beni dalle aggressioni esecutive dei creditori “generali”, come appunto nel fondo patrimoniale, la convivenza pacifica fra concorsuale e particolare non può essere realizzata in alcun modo: uno dei due interessi deve essere sacrificato.

La giurisprudenza fallimentare ha nettamente scelto, sino ad ora, di far prevalere l’interesse dei creditori “particolari”: infatti l’orientamento in auge anche presso il Suprema Corte vuole che i beni oggetto di fondo patrimoniale siano semplicemente esclusi dal fallimento, ossia dal concorso, in forza del n. 3 dell’art. 46 l. fall.<sup>6</sup>.

La Curatela dunque non potrebbe apprendere il bene oggetto del fondo, né inventariarlo, salvo l’esperimento dell’azione revocatoria, fallimentare od ordinaria, il cui esercizio è peraltro agevolato dalla riconosciuta natura “gratuita” dell’atto erettivo.

L’*asset* dunque, escluso dal fallimento, potrebbe divenire oggetto delle azioni esecutive dei creditori “particolari”<sup>7</sup>. E sarebbe quasi paradossale

---

<sup>6</sup> In tal senso v. Cass., 28-11-1990, n. 11449; Id., 20-6-2000, n. 8379; Id., 22-1-2010, n. 1112 (vedila in particolare in *CorG*, 2011, 96, con nota di GALLUZZO); Id., 18-10-2011, n. 21494.

<sup>7</sup> Con una evidente distonia, peraltro, forse non rilevata dalla letteratura: qualora i beni conferiti nel fondo risultassero comunque incapienti, rispetto alle ragioni dei creditori particolari, il debitore potrebbe non avere interesse ad opporsi alle iniziative esecutive dei creditori “generali”.

che sullo stesso potessero esercitare pretese esecutive anche i creditori “generalisti”, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali che si esporranno subito: ciò equivarrebbe ad una ingiustificata “rinuncia al concorso” su tali beni; rinuncia non giustificata nemmeno dai fini di quella segregazione patrimoniale, e dunque senz’altro da respingersi.

Si vede bene, dunque, come il regime dei beni conferiti in fondo risulti così sostanzialmente equiparato a quelli dei diritti estromessi dalla massa attiva in forza di rinuncia alla inventariazione, o di “disinventariazione”, ai sensi dell’art. 104-ter l. fall.

Espropriazione che avrebbe comunque come destinatario il debitore fallito, che rimarrebbe legittimato ad amministrare, oltre a restarne titolare, i beni in questione.

Eppure la differenza fra le due situazioni appare evidente: i beni “deregolati” ai sensi dell’art. 104-ter l. fall. sono quelli che la massa non ha interesse a liquidare; quanto ai beni conferiti nel fondo, invece, tale situazione non è normalmente riscontrabile.

La soluzione consistente nella esclusione di tali *assets* dall’attivo fallimentare poi rischia di risultare quantomeno sovrabbondante, quando non addirittura di ostacolo, addirittura per la loro stessa speciale “vocazione”.

Come si è già accennato, infatti, se non sussistono creditori del fallito diversi da quelli “particolari”, non vi è motivo di ritenere che la liquidazione fallimentare possa essere di ostacolo alla funzione legale della segregazione.

Anzi, la liquidazione “concorsuale” corrisponde alla forma di impiego dei beni nell’interesse dei creditori più efficiente, che evita le storture della concorrenza “disordinata” fra azioni esecutive di più pretendenti (la c.d. *race*), coordinando le forme di realizzo in modo unitario ed ordinato.

E qualora in particolare i beni segregati nel fondo siano anche complessivamente di valore incapiante rispetto alla sommatoria delle pretese dei creditori “particolari”, la liquidazione “concorsuale” degli stessi corrisponderebbe in realtà all’interesse di questi ultimi, ben lungi dall’ostacolarne il conseguimento.

L’evoluzione del sistema comunque è giunta a minare quella ricostruzione addirittura dalle fondamenta, cioè già nel loro ambito sostanziale e “civiltistico”: la giurisprudenza infatti, preso atto di come raramente l’erezione in fondo corrisponda ad una finalità che non sia semplicemente quella, poco commendevole, di sottrarre *assets* alle aggressioni dei creditori, ha di fatto adottato sempre più di frequente orientamenti assai riduttivi rispetto alle ragioni della “vocazione”.

Attraverso un sapiente uso della tecnica di distribuzione dell'onere della prova, infatti, la giurisprudenza civile ha sostanzialmente reso inoperativa la segregazione patrimoniale, rendendo di fatto "eccezionale" la sua idoneità ad ostacolare l'azione esecutiva del creditore non "qualificato".

L'art. 170 c.c. stabilisce come è noto che l'azione esecutiva sui beni conferiti nel fondo è impedita per quei debiti che il creditore "conosceva" essere stati contratti per "scopi estranei ai bisogni della famiglia".

Tale effetto preclusivo è dunque subordinato, già in senso oggettivo, alla verifica della estraneità dei debiti alle esigenze familiari.

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, consapevole che la norma è in astratto idonea a creare un *vulnus* alla effettività della tutela del diritto di credito ed un limite al principio generale di cui all'art. 2740 c.c., è però ormai consolidata nel ritenere che i bisogni della famiglia vadano intesi in senso non restrittivo, ma ampio (*ex multis*, Cass., 24-2-2015, n. 3738; Id., 19-2-2013, n. 4011; Id., 7-2-2009, n. 15862; Id., 31-5-2006, n. 12998; Id., 18-7-2003, n. 11230; in dottrina cfr. riassuntivamente D'ELIA, *I bisogni della famiglia e il fondo patrimonio nella esecuzione immobiliare*, in *www.ilcaso.it*, 2-5-2016).

È stato quindi osservato che il criterio identificativo dei debiti per i quali può avere luogo l'esecuzione sui beni del fondo vada ricercato non già nella natura dell'obbligazione ma nella concreta relazione tra il fatto generatore di essa ed i bisogni della famiglia, potendovi rientrare ogni sorta di credito, se volto al pieno mantenimento ed allo sviluppo della famiglia, ed escludendosi solo quei crediti sorti per esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi.

Sulla scorta dell'inerenza ai bisogni della famiglia *lato sensu* interpretati, sono state così ritenute rientranti in tali bisogni, a titolo meramente esemplificativo:

– debiti di natura tributaria sorti per l'esercizio dell'attività imprenditoriale ma finalizzati al soddisfacimento dei bisogni familiari ed al potenziamento della capacità lavorativa di uno dei conferenti (Cass., 24-2-2015, n. 3738, cit.);

– debiti contratti in genere nell'esercizio di attività di impresa (Cass., 23-11-2015, n. 23876);

– oneri condominiali e spese processuali sopportate dal condominio per riscuotere gli oneri condominiali relativi ad un immobile facente parte del fondo patrimoniale (Cass., 31-10-2014, n. 23163);

– debiti per abusivo godimento di immobile da parte dei coniugi per uso abitativo (Cass., 26-8-2014, n. 18248).

Una parte (peraltro minoritaria) della giurisprudenza ritiene addirittura che per i crediti derivanti da fatto illecito sia sempre possibile agire *in executivis*, non potendo trovare applicazione *in radice* il disposto di cui all'art. 170 c.p.c. (Cfr. T. Lodi, ord., 14-1-12016; cfr. anche T. Lecce, 24-8-2012, *GM*, 2013, 4, 786, con nota di FANTICINI); trattandosi di crediti "involontari", infatti, lo stato soggettivo del titolare rispetto alle esigenze della famiglia sarebbe radicalmente improponibile.

Secondo il parimenti consolidato orientamento giurisprudenziale l'onere della prova circa la sussistenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 170 c.c. grava comunque su chi intenda avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale (da ultimo v. Cass., 29-1-2016, n. 1652; cfr. anche Cass., 19-2-2013, n. 4011, cit.; Id., 30-5-2007, n. 12730).

Alla luce di tale orientamento le obbligazioni sorte nel corso di un'attività professionale con molta difficoltà possono ritenersi non inerenti ai bisogni della famiglia, in considerazione del fatto che i relativi compensi sarebbero stati destinati proprio per soddisfare detti bisogni.

Come è stato bene osservato dalla Suprema Corte, infatti, "non potranno essere sottratti all'azione esecutiva dei creditori i beni costituiti per bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione del tenore di vita familiare, così da ricomprendere anche i debiti derivanti dall'attività professionale o di impresa di uno dei coniugi qualora il fatto generatore dell'obbligazione sia stato il soddisfacimento di tali bisogni, da intendersi nel senso ampio" (Cass., 24-2-2015, n. 3738, cit.).

L'opponente dunque dovrebbe dimostrare che i proventi della sua attività professionale costituivano in realtà una voce che non era destinata ad alimentare in alcun modo il bilancio familiare, bensì solo finalità di tipo esclusivamente economico, di diversa natura, e non finalizzate, nemmeno indirettamente, all'interesse "familiare" (cfr. T. Milano, 7-1-2015, n. 3769; T. Lecce, 24-8-2012, cit.; T. Varese, 15-12-2010).

In sostanza, ed in sintesi, è l'attività complessivamente esercitata dal soggetto, nel cui alveo sorgono i singoli debiti, che definisce la intraneità o meno ai bisogni della famiglia, e non già le singole obbligazioni contratte, le quali non possono essere analizzate atomisticamente, a tal fine, ma solo nella loro relazione e scaturigine comune.

Si vede bene come il terreno di elezione di tali prassi applicative sia quello delle responsabilità dei membri del collegio sindacale *ex* art. 146 l. fall. e dei revisori legali dei conti, la cui "professionalità" è presupposto dello stesso sorgere del debito.

Solo eventualmente più complesso è l'utilizzo di tali canoni esegetici quanto alla responsabilità degli amministratori, sempre ai sensi dell'art. 146 l. fall.: se il socio che controlla una singola società fallita, e ne è amministratore unico, difficilmente può sostenere che i profitti che stimava di ricavare da tale attività non fossero anche solo potenzialmente indirizzati alla famiglia, e così pure i debiti sorti nell'esercizio "disfunzionale" della stessa; più complicato può e forse deve essere il ragionamento là dove il soggetto risulti amministratore di molteplici società, talvolta non in forza di una relazione "proprietaria" con la stessa, perché allora il nesso fra le singole obbligazioni e l'attività complessiva può trascolorare, presentare maggiore varietà di forma, e così aggravare gli oneri probatori in capo al creditore, rendendo meno forti le "presunzioni" di cui sopra, da corroborare con indici più strutturati e più complessi estrapolati dall'analisi concreta del singolo rapporto.

Ma anche in tale direzione la ricchezza di tale indirizzo giurisprudenziale, specie se calato all'interno del contesto tipicamente "familiare" del capitalismo italiano, può esporre potenzialità applicative notevoli.

Si pensi alla fattispecie, nient'affatto infrequente, del "gruppo familiare" composto da più persone fisiche che detengano congiuntamente le partecipazioni di controllo in più società, ed esercitino congiuntamente l'attività di cui all'art. 2497 c.c., o come società *holding* di fatto e/o "occulta" (nel qual caso l'attività di direzione e coordinamento viene ad acquisire rilevanza metaindividuale), oppure come semplice somma dell'agire di concerto fra di loro di più soggetti, qualificabili come "*holders*" delle stesse società<sup>8</sup>.

D'altro canto l'applicabilità dell'art. 2497, 1° co., alle persone fisiche, è un dato oramai consolidato per la giurisprudenza<sup>9</sup>; e così pure quanto al possibile esercizio "congiunto" dell'attività di direzione e coordinamento<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Attività non limitata al mero esercizio dei poteri inerenti la qualità di socio, bensì animata "*dall'intento di far operare le singole società eterodirette come strumenti strategici per un interesse sovradimensionato*" (cfr. Cass., 25-7-2016, n. 15346, in motivazione); cfr. anche Cass., 6-3-2017, n. 5520; Id., 7-7-2017, n. 16846.

<sup>9</sup> E ciò anche al fine di evitare le conseguenze di una disparità di trattamento normativa che altrimenti non troverebbe alcuna valida giustificazione, così da legittimare l'intervento costituzionale, ed in chiave preventiva l'esegesi appunto "costituzionalmente orientata": A. Venezia, 12-3-2013, *Poles*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); T. Milano, 20-12-2013, *Sai-Fondiararia, Soc.*, 2014, 560, decisione adottata in sede cautelare poi confermata da T. Milano, 20-3-2014.

<sup>10</sup> La giurisprudenza e la dottrina affermano del resto ormai con risolutezza (e fondatamente) la possibilità che l'esercizio della direzione e coordinamento sia congiunto, in forza della stipula di patti parasociali (possibile peraltro anche in forma orale o per *facta concludentia*: A. Milano, 28-2-2003, *GI*, 2003, I, 1875), o comunque dell'esercizio di fatto del relativo potere. D'altro canto, si è bene osservato in letteratura come il sostrato dell'attività di di-

Ed è pure normale che in questi casi gli stessi membri del gruppo familiare assumano altresì cariche amministrative nelle società eterodirette, di diritto o di fatto.

La responsabilità delle stesse persone fisiche *ex art. 2497 c.c.*, anche se del caso per aver preso parte all'attività dannosa ai sensi del 2° co. della stessa norma, può dunque prestarsi all'applicazione dello schema ricostruttivo giurisprudenziale sopra riportato: infatti l'inerenza delle azioni poste in essere dalle persone, anche come amministratori delle società eterodirette, al soddisfacimento di bisogni familiari, compatibili con quelli per cui è stato eretto il fondo, diviene meno facilmente oppugnabile.

Ancora una volta il contesto complessivo unitario dell'attività, dal punto di vista funzionale, aiuta ad instaurare una connessione logica fra il debito contratto dalla persona, anche "involontariamente", ed il fine familiare.

Diviene a questo punto necessario verificare se davvero l'asserto ancora dominante nella giurisprudenza concorsuale, circa la esclusione dal fallimento dei beni conferiti in fondo, possa giustificarsi, nonostante le conclusioni cui è ormai pervenuta con convinzione la giurisprudenza civile.

### ***3. Il fondo patrimoniale nel fallimento.***

Una parte della letteratura, e della giurisprudenza di merito, ha ritenuto di poter risolvere il problema esposto nel paragrafo precedente attraverso la formazione di masse patrimoniali separate, pur nel contesto della stessa procedura fallimentare<sup>11</sup>; in tal modo i beni dovrebbero essere liquidati al fine di soddisfare esclusivamente i bisogni cui sono specificamente "voca-

---

reazione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.* poggia sulla legittimazione all'esercizio del relativo potere, anche in carenza delle condizioni che giustificano il controllo societario "solitario" *ex art. 2359 c.c.*, situazione quest'ultima che fa soltanto presumere la sussistenza della direzione, e non la esaurisce: Cfr. per tutti MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, *RS*, 2007, 317 ss.; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.; brevi considerazioni di sistema*, *GCo*, 2004, I, 983 ss.; v. anche CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *RS*, 2007, 1 ss. L'attività di direzione e coordinamento è infatti un fenomeno di fatto, che consiste appunto nell'esercizio di una situazione di potere. Sul piano giurisprudenziale, tale acquisizione, circa l'esercizio in forma congiunta, è ormai operata senza incertezze da importanti provvedimenti: V. T. Milano, 20-12-2013, *Fondiarìa-SAI*, cit.: "non pare dubbio che l'attività di direzione e coordinamento possa essere esercitata da più soggetti (società, enti, persone fisiche) congiuntamente; e v. anche in termini il provvedimento cautelare reso da T. Bologna, 31-10-2011, *Fall.to Fincar*."

<sup>11</sup> CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu – Mes-sineo, VI, 1, Milano, 1979, 199; AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 1992, 326 ss.; T. Catania, 31-5-1986, in *GCo*, 187, II, 627; così anche la decisione del Tribunale di Potenza da cui scaturisce la pronunzia della Suprema Corte del 1990.

ti”; le opinioni poi si dividono in ordine alla ritenuta necessità di procedere all’inventariazione solo se siano stati verificati crediti “particolari”, oppure in ogni caso.

Va sottolineato che le acquisizioni della giurisprudenza civile, sopra sintetizzate, sembrano privare da un lato non poco di rilevanza il problema della distinzione fra creditori “generalisti” e “particolari”, in forza anche del rigore imposto nella ripartizione dell’onere della prova; ma dall’altro non consentono di escludere *ictu oculi* che l’accertamento di tale peculiarità “qualità” del credito sia comunque rilevante.

La soluzione circa le masse separate tuttavia non appare convincente: essa presuppone infatti un’architettura istituzionale che la procedura fallimentare di diritto italiano non sembra conoscere, in forza di una scelta consapevole del Legislatore: non sono certo sconosciute situazioni ove gli attivi risultano segmentati a seconda della loro titolarità, pur risultando connessa la loro liquidazione, a causa della insistenza su tutti di creditori “generalisti”, laddove i creditori “particolari” possono soddisfarsi solo su alcuni di essi; il riferimento è al fallimento delle società di persone, ove notoriamente il Legislatore ha scelto di non dar vita ad un’unica procedura con masse separate, come invece avrebbe ben potuto, ma ha invece scisso le procedure, coordinandone lo svolgimento (art. 147 l. fall.).

Con i patrimoni destinati delle società per azioni poi (artt. 2447-*bis* ss. c.c.) il Legislatore pure non ha ritenuto di istituire masse separate nel contesto di un’unitaria procedura di fallimento, ma ha voluto regolamentare la liquidazione dei beni conferiti nella partizione in modo extraconcorsuale (artt. 155 s. l. fall.).

La Legge Fallimentare d’altro canto parla di “masse” solo con riferimento rispettivamente al complesso dei beni immobili e mobili, al fine di individuare modalità contabili di documentazione e di ricostruzione dei ricavati della liquidazione delle due “masse” (“massa liquida attiva immobiliare” e “massa liquida attiva mobiliare”), con l’art. 111-*ter* l. fall.

La formazione di “masse separate” non sembra allora poter acquisire rilievo normativo, almeno nel senso che le attribuisce la letteratura citata.

Resta il fatto che l’evoluzione del sistema, già riscontrata, rende ormai del tutto insoddisfacente la ricostruzione dominante che ancora il Suprema Corte, così come la letteratura di tipo trattatistico e “generale”, sembrano voler propugnare.

D’altro canto, anche la lettera dell’art. 46, n. 3, l. fall., sembra molto meno univoca di quanto la Suprema Corte sembri ritenere; e questo anche se la Riforma del 2005 – 2006 avrebbe certo potuto prestare una soluzione esplicita al problema.

Ma come spesso capita, l'apparente solidità di una formulazione letterale, quando diviene carente di aggancio ad un sostrato funzionale sistematico altrettanto "solido", ed al contempo il sistema si evolve in modo dinamico, modificando un assetto di "principi" che prima si credeva incontestabile, può sgretolarsi con sorprendente rapidità.

E così, il fatto che la norma escluda dal fallimento i beni conferiti in fondo, "salvo quanto è disposto dall'art. 170 c.c.", può allora agevolmente prestarsi ad individuare i casi in cui i beni in questione non possono e non debbono essere acquisiti al fallimento perché è da escludersi che vi siano creditori "particolari", ossia con ragioni "inerenti ai bisogni della famiglia"; soltanto in tale ultimo caso, con scelta invero discutibile, il Legislatore ha ritenuto di sottrarre i beni al concorso fallimentare, lasciando l'amministrazione dei beni al fallito, il quale potrà impiegarli per la realizzazione dei fini tipici del fondo; gli eventuali debiti contratti saranno inopponibili alla massa, ai sensi dell'art. 44 l. fall., e potranno soddisfarsi sui beni conferiti in fondo con gli strumenti ordinari.

In sostanza il Legislatore ha considerato soltanto eventuale la situazione in cui l'amministrazione dei beni del fondo da parte del fallito abbia creato passività riferibili agli stessi, ed ha legittimato la prosecuzione della gestione degli stessi, da parte del fallito, a condizione che non vi siano creditori da soddisfare.

In questi termini, la norma è destinata a ricevere un'applicazione invero residuale, in armonia tuttavia con l'evoluzione del diritto "vivente" già esposta.

In quanto non acquisibili, gli *assets* in oggetto si ritroverebbero dunque in una situazione assai prossima a quella dei beni non assoggettati ad inventariazione ai sensi dell'art. 104-ter l. fall., con la differenza per cui il curatore non necessita di alcuna autorizzazione, ai fini della rinuncia alla loro liquidazione: è sufficiente la loro ricomprensione nella categoria; ove l'andamento dello stato passivo, e le eventuali domande di insinuazione "tardive", dovessero portare alla luce l'esistenza di creditori "rilevanti", l'acquisizione alla massa diverrà automaticamente doverosa, con le conseguenze di cui all'art. 87 l. fall.

A questo punto però si ripropone un problema, cui la letteratura più favorevole alla possibilità per la curatela di gestire i beni conferiti in fondo aveva già cercato di fornire una soluzione: i creditori del fallito le cui ragioni siano inerenti ai bisogni per cui è stato eretto il fondo, per partecipare al concorso anche su tali beni, *rectius* ai ricavi della relativa liquidazione, debbono essere ammessi in tale veste allo stato passivo?

La risposta positiva impulsivamente sembrerebbe imporsi: l'art. 93 l. fall., testo riformato, riprendendo una tradizione giurisprudenziale consolidata prima della Riforma, richiede che i beni su cui si rivendica una prelazione "speciale" siano descritti, e comunque l'indicazione del "titolo di prelazione"; la conseguenza dell'eventuale omissione è l'accertamento della natura chirografario del credito.

In realtà la eterogeneità della situazione giuridica soggettiva che qualifica il nostro creditore "particolare" del fallito rispetto alle cause di "prelazione" note risulta abbastanza evidente: con la prelazione il creditore acquisisce un titolo preferenziale sul ricavato nella liquidazione del bene; gli altri creditori, non portatori della stessa preferenza, concorrono nella medesima liquidazione, ma sono postergati nel riparto; nel caso del fondo invece il creditore può concorrere sul ricavato (se è riconosciuto "come particolare"), oppure no. Si tratta di segregazione patrimoniale, non di prelazione.

I creditori "del fondo" (*rectius* portatori di ragioni compatibili con i bisogni della famiglia) hanno azione esecutiva tanto sui beni "vocati" quanto sugli altri, e dunque la loro pretesa può convertirsi nel diritto a partecipare al concorso, ed al ricavato, per gli uni e per gli altri; i creditori solo "generali" (ossia, portatori di ragioni non assimilabili a quelle di cui sopra), invece, non hanno alcuna azione su tali *assets*.

Dunque non può esservi alcun rapporto antergazione – postergazione fra creditori generali e particolari del fondo, non ponendosi un problema di "grado".

Da un punto di vista rigorosamente pragmatico, poi, l'affermazione per cui la facoltà di soddisfarsi (anche) sui beni costituiti in fondo presuppone l'accertamento nella sede di cui agli artt. 92 ss. l. fall. apparirebbe assai difficile da gestire, per i creditori concorsuali: essi sono assoggettati ad un regime temporale oggi assai "accelerato", ai fini di ottenere l'accertamento delle proprie ragioni, e potrebbero non sapere nemmeno dell'esistenza del fondo patrimoniale, che non rientra nel fuoco delle comunicazioni di cui all'art. 92 l. fall.

Inoltre l'accertamento dei requisiti oggettivi e soprattutto soggettivi che condizionano nel diritto civile la legittimazione del creditore a soddisfarsi sui beni del fondo richiede (almeno in astratto) valutazioni anche di fatto assai complesse, che potrebbe essere arduo gestire nell'economia dell'accertamento del passivo fallimentare.

Sul piano generale, comunque, non è certo agevole esercitare con efficacia l'*actio finium regundorum* fra situazioni oggetto dell'accertamento del passivo e circostanze da accertarsi in sede di riparto (art. 110 l. fall.).

Nemmeno la soluzione ermeneutica “eclettica”, per cui le situazioni in oggetto potrebbero essere oggetto di accertamento alternativamente in sede di stato passivo, oppure di riparto, può convincere: l’oggetto e la struttura dei due giudizi è incontestabilmente differente; e se il giudizio di verifica è “istituzionalmente” deputato all’accertamento di diritti soggettivi, i provvedimenti adottati dal G.D. e dal Tribunale in sede di riparto sono soggetti a ricorso per Cassazione solo eventualmente, ove essi abbiano concretamente inciso posizioni qualificabili come diritti soggettivi.

In entrambi i casi si fa applicazione di un rito “camerale”, ma nel caso di cui agli artt. 98 ss. si tratta di un procedimento “modificato”, al fine di conseguire l’accertamento di diritti soggettivi, con cognizione piena, laddove i reclami di cui agli artt. 26 ss. – 110 l. fall. manifestano un contenuto della cognizione intrinsecamente ed estremamente “sommario”.

#### ***4. L’accertamento fallimentare delle situazioni soggettive inerenti alla responsabilità.***

Come si diceva poc’anzi, “regolare i confini” fra stato passivo e riparto è tutt’altro che facile: da un lato permane l’idea, in gran parte da ritenersi ormai preconcezionale, per cui nello stato passivo si accerterebbero i crediti, laddove il riparto avrebbe attinenza al mero aspetto esecutivo del credito ammesso.

Dall’altro anche nel procedimento di riparto (art. 110 l. fall.) è data a tutti i creditori ammessi<sup>12</sup> la possibilità di partecipare al contraddittorio, eventualmente facendo valere il proprio punto di vista oppositivo, nel contesto di un procedimento camerale “cameralizzato”. Dunque la distanza fra i due modelli di cognizione, quanto allo spettro delle garanzie offerte ai creditori, non è più così ampia.

Anche se non vi è dubbio che le garanzie assicurate dal procedimento di cui all’art. 99 l. fall., caratterizzato secondo l’opinione dominante da una cognizione piena, benché veicolata da un processo camerale, siano comunque superiori a quelle tipiche dei reclami endofallimentari (art. 26 l. fall.).

Ciononostante, sembrano davvero ostinati coloro che non percepiscono come la stessa Riforma abbia consapevolmente esteso il campo applicativo del modello processuale deputato all’accertamento del passivo, reso ormai unitario per domande tempestive o tardive; allargato anche all’accertamento delle prededuzioni, nonché alle posizioni connotate per la

---

<sup>12</sup> E forse anche ai titolari di ragioni non ancor accertate? Cfr. l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Prima Sezione della Suprema Corte, 13-4-2018, n. 9250, FA, 2018, 829.

“realità”, persino immobiliare (ove peraltro è difficile non collocare istintivamente anche l’ipoteca di colui a fronte del quale il fallito sia “terzo” datore di garanzia).

Eppure, soltanto isolatamente<sup>13</sup> la dottrina sembra aver percepito tale innovazione, che estende la stessa nozione di concorso, prima ancora di quella di situazione da accertare.

Tuttavia è ormai difficile negare che le forme di realizzazione della garanzia patrimoniale, a causa anche della crisi sinora dilagante, e della scarsità degli attivi disponibili a fronte degli investimenti effettuati nel sistema, si sono moltiplicate ben al di là di quelle tradizionalmente note; sicché sono ormai ampiamente diffuse situazioni soggettive strumentali, di natura pretensiva in ordine a beni facenti parte del patrimonio del debitore, situazioni che vanno ben al di là del credito e anche del diritto soggettivo.

Chi è titolare di tali situazioni è spesso portatore di pretese “esclusive” a godere di vantaggi ed utilità patrimoniali ricompresi, anche solo potenzialmente, in tale patrimonio. La realizzazione di tali pretese, a fronte delle quali spesso il soggetto passivo si trova in una situazione di soggezione, di *pati*, non può che sottrarre reciprocamente utilità patrimoniali ai creditori, nonché agli altri portatori di ragioni omogenee.

La titolarità di tali situazioni giuridiche pone chi le detiene in una posizione di *concorso* con gli altri, creditori *in primis*, non diversamente da quella che connota i creditori nei loro rapporti reciproci. L’estrazione dei vantaggi patrimoniali ricercati, che rientrano nel “fuoco” di tali pretese, comporta infatti una minore possibilità per gli altri di realizzare integralmente il proprio interesse.

Concorso, non necessariamente conflitto. Ma in termini a ben vedere non dissimili da quelli “tradizionali”, al di là degli apriorismi.

La legittimazione a partecipare al concorso tuttavia deve pur sempre essere “accertata”, e le forme per vedere accertata tale legittimazione sono quelle di cui all’art. 93 l. fall.

Ciò dev’essere anche là dove il titolare dell’aspettativa a partecipare al concorso non sia creditore del fallito, ma soltanto titolare di una pretesa a soddisfarsi su beni o diritti ricompresi nell’attivo fallimentare.

Non è questa la sede per accertare se vi sia una nozione di “responsabilità” autonoma rispetto a quella del debito<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. LAMANNA, *Commento agli artt. 51 e 52*, in *Commentario Cavallini*, Torino, 2010, 991 ss., 1019 ss.

<sup>14</sup> Si tratterebbe di una qualità che afferisce pur sempre all’obbligazione, e dunque alla sostanza, non al processo, non diversamente da quanto si ritiene, da parte della migliore dottrina: cfr. infatti autorevolmente RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*

Ciononostante la posizione del soggetto, creditore di terzi, che sia titolare di un diritto di ipoteca sul bene del fallito corrisponde sicuramente ad una situazione giuridica soggettiva, pretensiva, che la procedura può accertare con le forme di cui agli artt. 93 ss. l. fall., così “riconoscendo” o meno al titolare la legittimazione a partecipare al concorso, sia pur in forme differenti da quelle tradizionali, proprie del creditore, ma non sconosciute al sistema.

Differire l'accertamento di tale legittimazione alla successiva fase di riparto, oppure addirittura immaginare una forma “atipica” di intervento del soggetto nell'esecuzione fallimentare, a somiglianza delle procedure esecutive singolari, costituisce solo un modo per eludere il problema, abbassando il grado di tutela sia per il titolare, sia per gli altri “concorrenti”; quella domanda di intervento nell'esecuzione fallimentare va rivolta al giudice delegato, ma nelle forme di cui agli artt. 93 ss. l. fall.

D'altro canto il Legislatore ha voluto con la Riforma che lo stato passivo si definisca con rapidità, anche attraverso l'imposizione di un breve termine di decadenza, ed instaurando una cognizione ampiamente camera-

---

*it. diretto da Vassalli, XIV, 1, Torino, 1956, 8 ss.; MONTELEONE, Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore, RDCo, 1993, I, 318 ss. Né l'affermazione dell'appartenenza della responsabilità al diritto sostanziale presuppone necessariamente che vi corrisponda un diritto soggettivo autonomo del creditore e/o obblighi del debitore, più ampio essendo il catalogo delle situazioni giuridiche soggettive, e potendo d'altro canto ben risolversi la fattispecie in una serie di facoltà o di aspettative ricomprese nel contenuto del diritto di credito; d'altro canto il diritto vivente dimostra che ad ogni obbligazione, di qualunque contenuto (anche quelle pecuniarie, non aventi ad oggetto un dare, ma l'acquisizione di un potere d'acquisto relativo ad un valore monetario), corrisponde una situazione giuridica di soggezione del patrimonio del debitore ad un valore monetario (cfr. ancora MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 331 ss.), la quale diventa rilevante qualora siano attivati alcuni strumenti conservativi: si pensi solo all'art. 2905, 2° co., c.c., che consente esplicitamente di utilizzare il sequestro conservativo a tutela di un'azione revocatoria che avrà come risultato tipico non già una condanna pecuniaria, ma solo la reintegrazione del creditore nella legittimazione ad espropriare un determinato bene; il modello descrittivo più semplice per questa situazione fa riferimento all'obbligazione risarcitoria che nascerà dall'inadempimento; in realtà l'obbligazione risarcitoria risulta determinata anche da quel valore (cui si sommano il danno emergente ed il lucro cessante), e quindi lo presuppone, senza assorbirlo; quando si concede la cautela a garanzia dell'adempimento di un'obbligazione ad es. di fare non si previene solo l'inadempimento dell'obbligazione risarcitoria eventuale, ma si tutela preventivamente la stessa obbligazione di contenuto non pecuniario, del quale il creditore resta libero di chiedere la condanna all'adempimento, anche da eseguirsi in forma specifica. Il punto di emersione di questa ricostruzione è costituito inoltre dall'art. 59 l. fall., ove quel valore attribuisce al creditore precisamente la misura del suo concorso, senza che si realizzi, per effetto del fallimento, alcuna conversione dell'obbligazione in risarcimento; certo è che alla chiusura del fallimento il creditore potrebbe pretendere la differenza fra quanto ricevuto ed il valore integrale della prestazione che non ha ottenuto (art. 120, 2° co., l. fall.); ma potrebbe anche, a mio avviso, pretendere ancora la prestazione, se questa è ancora possibile, restituendo quanto ricevuto in sede concorsuale (argg. ex artt. 1192, 1° co., e soprattutto 1320 c.c.).*

lizzata, con pochi gradi giudizio; questo alla luce dell'interesse di tutti a sapere con certezza in tempi relativamente rapidi chi siano i soggetti "concorrenti".

Quanto al terzo datore di ipoteca o pegno, la strada sembra spianata per il fatto che il G.D. potrebbe accertare un "diritto reale", rientrandosi nella formulazione letterale dell'art. 103 l. fall.

Così pure, si è ritenuto in dottrina che la legge, quando parla di domande proposte da "creditori", non debba necessariamente essere interpretata nel senso che si riferisca a creditori "del fallito".

Ma in realtà pare che anche l'esegesi letterale costituisca una soluzione palliativa, asistemica, che rischia anche di produrre conseguenze ingiustificatamente selettive rispetto a quei casi che non possono comunque rientrare nei sintagmi normativi, pur se "estesi" al massimo delle loro proprietà semantiche.

Il titolare della pretesa non chiede di separare un bene dal concorso, né di accertare il proprio credito verso un terzo (che del resto non partecipa e non può partecipare in alcun modo al giudizio); chiede piuttosto che si accerti il suo buon diritto a partecipare al concorso, dunque mediante le attività di liquidazione rimesse in via esclusiva agli organi della procedura, estraendo in tal modo da determinati beni utilità patrimoniali, in modo diverso dai creditori, ma non *ontologicamente* differente.

Lo stesso è a dirsi per le situazioni ove il terzo abbia azionato un giudizio revocatorio, che abbia ad oggetto beni facenti parte dell'attivo fallimentare, ed abbia reso opponibile alla massa tale sua pretesa; secondo un modulo processuale che non a caso appare molto simile a quello dell'art. 72, 5° co., l. fall., anche se la pretesa non si fonda su un'azione risolutoria, ma su un'altra pretesa strumentale ad una pronunzia costitutiva. E sarà dunque proprio la "tecnica" che il Legislatore ha disegnato per la risoluzione, all'art. 72, 5° co., l. fall., a fornire la "guida".

La giurisprudenza tuttavia, come è noto, è ancora su posizioni fortemente divergenti da quelle qua proposte<sup>15</sup>.

D'altro canto anche lo stesso rapporto fra pretesa creditoria e cause di prelazione, nelle domande di ammissione a stato passivo e nel successivo procedimento di riparto, e stando alla giurisprudenza dedicata al tema, è oggetto di notevoli complicazioni.

---

<sup>15</sup> La bozza del "Codice della crisi e dell'insolvenza", predisposta in attuazione della l. n. 155/2017, prevede ora che la (sola) situazione del titolare di pegno od ipoteca su beni compresi nell'attivo della procedura vada accertata con le forme dell'accertamento del passivo, come pretesa alla "partecipazione al riparto" (art. 206); nulla si dice però sulle altre situazioni soggettive di cui abbiamo qua trattato.

La giurisprudenza è arrivata ad affermare che l'esistenza dei beni su cui insiste la prelazione rivendicata dall'istante non dovrebbe essere oggetto di dimostrazione al momento di instaurare la domanda di ammissione, ma soltanto in fase di riparto, quando la sua pretesa esecutiva diverrebbe "attuale" (Cass., S.U., 20-12-2001, n. 16060); varie le argomentazioni addotte, anche se mi pare che campeggi su tutti l'argomento "sostanziale" per cui, se il creditore venisse ammesso al chirografo, e poi la curatela recuperasse il bene, non vi sarebbe modo di modificare l'ammissione già perfezionata, munendola del privilegio richiesto<sup>16</sup>.

La pronunzia del 2001 aveva ad oggetto un privilegio speciale, e sottolinea come la prelazione sia in questi casi legata alla "causa del credito", ossia alla sua matrice genetica, laddove per le altre prelazioni speciali quali pegno od ipoteca il credito non deve avere una particolare causa.

Ma l'interpretazione è stata estesa anche a pegno ed ipoteca.

Soprattutto negli ultimi anni, applicando ancora le norme antecedenti la Riforma del 2006, ed a fronte di un orientamento in precedenza tendenzialmente assai rigoroso, la stessa giurisprudenza ha reputato inoltre che il bene su cui insiste la prelazione non debba necessariamente essere nemmeno indicato con esattezza nella domanda (cfr. Cass., 13-7-2017, n. 17329, quanto all'ipoteca; Cass., 21-6-2012, n. 10387, quanto al privilegio speciale di cui all'art. 2764 c.c.).

Le motivazioni si ricollegano sempre alla decisione delle Sezioni Unite del 2001, anche se dovrebbe risultare evidente che altro è discorrere di requisiti della domanda, e di esatta individuazione del bene, ed altro affermare che il bene possa essere acquisito alla massa successivamente.

Si fa presto poi a richiamare l'art. 510 c.p.c., in tema di esecuzioni singolari, per sostenere che tutte queste problematiche attengono "ad impedimenti di fatto all'esercizio del privilegio": ma nelle esecuzioni singolari l'accertamento del passivo come condizione per partecipare alla procedura non esiste.

Inoltre si tratta di interpretazioni palesemente superate dal nuovo testo dell'art. 93 l. fall., che impone la "descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita" (ed infatti v. Cass., 7-6-2016, n. 11656, che prende atto della nuova formulazione, applicando il diritto vigente).

In realtà il rapporto fra credito ed oggetto della prelazione, e più in generale fra il credito e gli elementi del patrimonio del debitore su cui insiste

---

<sup>16</sup> Nel diritto concorsuale non sono sconosciuti, per la verità, casi in cui si è proceduto alla modifica di stati passivi ormai definitivi per effetto di sopravvenienze (v. ad es. i privilegi fiscali); si tratta tuttavia di soluzioni pragmatiche, probabilmente da non estendere troppo.

la pretesa esecutiva del creditore, è fondamentale, ed è proprio lì il nodo del problema.

Vi sono prelazioni che insistono su beni che devono essere sussistere nel momento in cui il concorso viene aperto, altrimenti esse non esistono: e si pensi all'ipoteca od al pegno, od anche ai c.d. privilegi "possessuali", quelli tipici cui fa riferimento l'art. 53 l. fall. (mandatario, spedizioniere); ancora si pensi ai beni mobili che debbono essere presenti nell'immobile locato (art. 2764 c.c.); vi sono poi prelazioni che insistono su beni che debbono esistere, ed essere presenti nel patrimonio del fallito, solo al momento del riparto: è il caso dei privilegi generali, che insistono su una massa mobiliare che fa parte di un patrimonio che si trasforma per effetto degli atti della curatela durante la procedura; per questo la legge impone che si tenga una contabilità analitica delle vicende che riguardano appunto la massa mobiliare (art. 111-ter l. fall.), così da poter sempre ricostruire, anche per differenza, quale sia la massa mobiliare liquida destinabile a tali prelazioni.

In alcuni casi il concorso fra prelazioni speciali e generali risulta assai complesso: la legge a volte risolve espressamente il problema, instaurando un regime di prevalenza della prelazione speciale su quella generale o viceversa (artt. 44 – 46 t.u. banc.); in altri si precisa che le prelazioni generali trovano collocazione sussidiaria sul ricavato della vendita degli immobili (art. 2776 c.c.), con preferenza sui chirografari.

Teoricamente il creditore chirografario è titolare di una pretesa priva di cause di prelazione; il che è vero, ma descriverlo in tal modo forse non aiuta a comprendere il problema, né a trovare una soluzione.

Se è apparentemente facile immaginare un creditore chirografario "senza prelazioni", diventa forse meno agevole concepire in tal modo lo *status* del creditore oggetto di postergazione legale (art. 2467 c.c.), che può soddisfarsi solo su ciò che residua dopo il soddisfacimento del chirografario.

Il creditore chirografario è, forse più correttamente, titolare di una pretesa satisfattiva che si esercita su tutti i beni non oggetto di ulteriori preferenze legali, ossia di pretese di altri soggetti che abbiano diritto ad esservi preferiti.

E anche questo costituisce oggetto di una semplificazione: si può affermare a cuor leggero ciò quando nel patrimonio del debitore non vi siano partizioni, che rendano certi beni, concepiti non individualmente, ma come parti di un patrimonio "separato", destinati al soddisfacimento di altri creditori, pur essi "chirografari".

È il caso ad es. dei patrimoni destinati di s.p.a. (artt. 2447-*bis* ss. c.c.), ove i rapporti fra i creditori chirografari delle singole partizioni sono "oriz-

zontali”, anche se è chiaro che sui beni di una massa solo i creditori “specifici” di questa possono concorrere, con qualche eccezione fissata espressamente dalla Legge (si pensi ai creditori “involontari”).

I titolari di prelazioni speciali, che insistono su beni specifici, che debbono esistere al momento dell’apertura del concorso<sup>17</sup>, debbono a mio avviso farsi verificare *ab origine*, ed identificare in modo preciso sempre i beni in questione; se poi gli stessi non siano nella disponibilità della curatela, ciò non infirmerà la loro prelazione, che potrà comunque esplicitarsi nel concorso, se gli *assets* saranno recuperati alla massa.

Diversa dev’essere la conclusione ove si tratti di prelazioni intrinsecamente “*per relationem*”, come per i privilegi generali: basterà la verifica della “qualità” intrinseca del credito, e poi si vedrà solo in sede di riparto su quali diritti in concreto quella prelazione avesse titolo per esplicitarsi.

Fin qua siamo apparentemente nel dominio del (quasi) ovvio.

Ma il discorso può essere allargato alle situazioni non “creditorie”: ad es. il titolare di ipoteca su beni del fallito non debitore dovrà pure svolgere domanda di ammissione, chiedendo verificarsi (esclusivamente) la sua pretesa su quei beni, anche se questi ultimi non siano stati (ancora) acquisiti alla massa.

Così pure i titolari di pretese revocatorie (*et similia*) rese opponibili prima dell’apertura del concorso.

Lo stesso dovrebbe accadere probabilmente per i patrimoni destinati di s.p.a., se non fosse che il Legislatore ha disegnato con gli artt. 155 ss. 1. fall. uno specifico apparato liquidatorio, ove l’accertamento del passivo (secondo la lettura dominante) attiene ai soli creditori del patrimonio generale, gli unici che si possano definire in senso stretto “concorsuali” e “concorrenti”; per gli altri invece la liquidazione avverrà secondo canoni extra-concorsuali, prossimi a quelli del diritto societario.

Ed infine lo stesso potrà dirsi per i creditori, comunque “chirografari”, i quali possano aspirare a soddisfarsi sui beni conferiti in fondo patrimoniale, siccome inerenti ai bisogni della famiglia, oppure non inerenti, ma in condizioni tali che quella destinazione non possa essergli opposta (v. *supra*)<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Oppure che debbano ancora venire ad esistenza, ma che siano già individuabili in forza di atti opponibili alla massa: si pensi ai crediti “futuri”, ma non meramente “eventuali”, che siano stati ceduti dal fallito prima del concorso.

<sup>18</sup> In realtà, come si è già visto, difficilmente la questione si porrà davvero in modo specifico per ciascun creditore, stando ai pilastri concettuali su cui si basa la giurisprudenza sull’art. 170 c.c.: se sono integrati i presupposti tipici sopra evidenziati, ragionevolmente il bene potrà essere liquidato ed il ricavato ripartito per tutti i creditori concorrenti.

Il creditore in questione sarà stato previamente ammesso allo stato passivo senza alcuna specificazione, come portatore di ragioni “chirografarie”: in tal modo sarà stata verificata la sua pretesa al soddisfacimento su tutti i beni del debitore, non già “vocati” ad altra prevalente destinazione.

Sarà dunque in fase di riparto che la curatela analizzerà le situazioni di ciascun creditore concorrente, collocandolo o meno nel riparto, a seconda dell’esito del “*test*” fondato sull’applicazione dell’art. 170 c.c.

La “qualità” del credito, accertata nello stato passivo, resterà invariata: come per il privilegio generale, sarà la procedura ad individuare in concreto su quali beni possa esplicarsi in concreto la pretesa del creditore verificato.

Il contraddittorio con i terzi portatori di ragioni concorrenti, in ipotesi controinteressati a tale collocamento, sarà invece assicurato dal meccanismo di cui agli artt. 36 – 110 l. fall.

Un notevole allargamento dello spettro applicativo dei rimedi processuali in questione d’altro canto si è già registrato con la (poco avveduta) modifica dell’art. 113 l. fall., e della disciplina degli accantonamenti, che ha aumentato la frequenza, ed il tasso “qualitativo” dei reclami in oggetto.

Il tutto senza alcuna necessità di creare “masse separate”.

Lo stesso si verificherà, a ben vedere, per tutti i casi di segregazione patrimoniale opponibile alla massa, ove i creditori ammessi ad es. “al chirografo” non potranno in sede di riparto partecipare alla distribuzione dei beni vincolati alla specifica destinazione.

Infine, dovranno essere ammessi con tale “qualità” anche i creditori postergati ai sensi dell’art. 2467 c.c.; diversamente, essi potrebbero vantare sulla massa attiva mobiliare le stesse “pretese” dei chirografari, senza che la curatela gli potesse eccepire una “preferenza” di questi ultimi nel soddisfacimento sugli stessi beni.

In tal modo si crede di aver dimostrato che la procedura fallimentare può “amministrare” in modo efficace ed efficiente anche situazioni giuridiche complesse, in parte eterogenee rispetto a quelle tradizionali, senza la necessità di sconvolgerne gli assetti e l’architettura procedimentali.

##### ***5. Un approccio “graduale” anche alla nozione di “concorrente”?***

Il riconoscimento della possibilità che soggetti non creditori possano “partecipare al concorso” porta alla luce un altro problema, tipico di queste situazioni, ove una “classica” fonte di legittimazione sia oggetto di un processo di “frammentazione”: quanti e quali istituti del diritto concorsuale saranno applicabili a tali soggetti?

Taluni di questi problemi sono già stati indagati, ad es. per la figura del fallito terzo datore di garanzia, a proposito della contestata applicabilità di talune norme sui creditori: ad es. gli artt. 61 ss. l. fall.<sup>19</sup>.

Sicuramente essi potranno usufruire di tutte le facoltà concesse ai creditori nei procedimenti di riparto (art. 110 l. fall.); ma in fondo questo non costituisce un gran problema, atteso che i meccanismi di controllo giurisdizionali tipici fanno già perno sui rimedi “endoconcorsuali” (artt. 26 – 36 l. fall.), i quali concedono una legittimazione “diffusa”, condizionata alla sola prova della titolarità di un “interesse” specifico.

Diversamente sembrerebbe di dover concludere per il concordato fallimentare, ove unici legittimati al voto sono i creditori; e questo si giustifica probabilmente perché il concordato costituisce una soluzione di composizione della crisi del debitore (che conduce alla chiusura del fallimento) che è proposta ai soli creditori, i quali sono tutti, sia pur in diversa misura, chirografari o privilegiati degradati, titolari di una pretesa sulla massa “residua” al netto del soddisfacimento di tutte le “preferenze” di cui si parlava sopra.

Ma potrà il titolare di pretesa su bene del fallito scaturita da dazione di ipoteca impugnare l’ammissione di creditore che vanta un’iscrizione ipotecaria di rango posteriore rispetto alla sua? L’art. 98 l. fall. sembrerebbe legittimare solo i creditori (e coloro che adducano ragioni di “separazione”), ma non credo sia realistico pensare che una simile conclusione possa superare il vaglio di costituzionalità; un tenue appiglio sembra fornito dalla stessa lettera della legge, che parla di “altro concorrente”, in modo disgiunto da “creditore”.

Ritengo che la soluzione non possa che essere rinvenuta in termini generali, ma soltanto caso per caso, a seconda della specifica funzione della indagata facoltà concessa dalla legge fallimentare, e della specifica natura della pretesa di cui è portatore il soggetto.

Con un approccio dunque, si vede, “graduale”, così come ormai graduale è l’unico approccio credibile al concetto di “concorso” (20).

---

<sup>19</sup> Cfr. sul punto ad es. PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, *passim*.

<sup>20</sup> E si v. ancora, se si crede, il mio *Noterelle sulla concorsualità poco “sistematizzata”*, cit.