

PARTE I

IL SISTEMA DI INIBITORIE  
NELL'ORDINAMENTO CONCURSUALE  
ITALIANO



## PREMESSA

### DEFINIZIONE DELL'OGGETTO DELL'INDAGINE E DEGLI OBIETTIVI PERSEGUITI

Nel momento in cui ci si proponga di offrire una ricostruzione organica del complessivo quadro delle inibitorie, o preclusioni<sup>1</sup>, che l'ordinamento italiano prevede quali conseguenze discendenti dall'ammissione, o dalla richiesta di ammissione – ovvero da altri adempimenti a tali eventi connessi<sup>2</sup> –, a una procedura concorsuale, l'impressione che immediatamente se ne ricava è quella di una disciplina fortemente frammentaria: impressione imputabile, da un lato, all'autonoma regolamentazione che a tali aspetti viene riservata nell'ambito di ciascuna delle procedure fruibili dal debitore, e, dall'altro, alla diversità delle iniziative che, all'interno di tale ambito, vengono selezionate quali specifici oggetti della decretata inibitoria, a volte, peraltro, mediante previsioni assai oscure o lacunose<sup>3</sup>. In altri termini, le differenti procedure o strumenti offerti dalla legislazione concorsuale per risolvere lo stato di dissesto in cui versi il debitore –

---

<sup>1</sup> Mediante l'utilizzo di tali espressioni, cui sovente si farà ricorso nel corso del presente lavoro, s'intende riferirsi all'insieme dei divieti che l'ordinamento concorsuale impone, in capo a creditori e soggetti terzi, nei confronti del debitore: ossia, in via di prima approssimazione – ma alla disamina dell'esatto contenuto di tali divieti sarà dedicato il presente capitolo –, il divieto di azioni esecutive o cautelari, di azioni di cognizione esperite in sede ordinaria, ovvero di acquistare nuovi diritti di prelazione. Appare opportuno precisare, peraltro, come il termine «preclusione» sia utilizzato, nella presente sede, in senso atecnico, quale sinonimo, appunto, di inibitoria: mentre gli è del tutto estranea la nozione processualistica di estinzione del potere di compiere un atto (per cui si veda, per tutti, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 414).

<sup>2</sup> Il riferimento è, fondamentalmente, all'ipotesi disciplinata dall'art. 182 *bis* l. fall. (ivi compresa la fattispecie regolata al relativo sesto comma), ove il decorso delle inibitorie è ricollegato alla pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (ovvero dell'istanza di sospensiva) nel registro delle imprese.

<sup>3</sup> Si pensi alla questione, in passato assai discussa, inerente alla possibilità di promuovere, nei confronti del debitore dichiarato fallito, azioni di cognizione dinanzi al giudice ordinario: tale tematica sarà oggetto di approfondita analisi nel corso dei paragrafi 3 e seguenti del Capitolo I. Efficace, a tal proposito, è l'espressione recentemente utilizzata da D. GALLETTI, *Il concorso nel fallimento*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, I, Milano, 2016, 1257, nota 9, ove si discorre di «asimmetrie fra artt. 51-168-182-*bis* l. fall.».

fallimento, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento<sup>4</sup> –, disciplinano, ognuna al proprio interno e con autonome previsioni, i singoli divieti operanti nei confronti di creditori e soggetti terzi: offrendo in tal modo, come sarà meglio illustrato nei prossimi capitoli, una serie di discipline tra loro non perfettamente sovrapponibili, in quanto connotate da diversità di contenuti, di termini iniziali di decorrenza, nonché di conseguenze discendenti dalla loro eventuale violazione.

Se, peraltro, tali brevi notazioni non riescono, forse, a destare particolare scalpore in chi da sempre si sia accostato pressoché esclusivamente alla realtà italiana, tutti gli inconvenienti di tale disciplina emergono non appena, com'è accaduto a chi scrive, si volga lo sguardo oltreoceano, e in particolare all'ordinamento concorsuale statunitense, dove il sistema delle inibitorie operanti a protezione del debitore richiedente l'ammissione – o destinatario della relativa richiesta –, ad una procedura concorsuale, si trova racchiuso in un'unica norma destinata a ricevere generalizzata applicazione in tutte le procedure regolamentate dalla legge fallimentare nordamericana: si tratta del c.d. *automatic stay*, capace dunque di offrire una disciplina delle inibitorie operanti in materia che non solo appare unitaria e uniforme, ma che altresì si contrassegna per la portata sostanzialmente onnicomprensiva dei divieti prescritti, sì da sottrarsi, in definitiva, alle censure di frammentarietà poc'anzi mosse nei confronti della normativa italiana<sup>5</sup>.

Per semplificare le cose, in maniera utile anche alla comprensione dei successivi sviluppi del presente lavoro, si può dire che le differenze riscontrabili tra il sistema statunitense e quello italiano siano compendiabili nel seguente schema: un'unica norma a valenza generalizzata e a contenuto oggettivo onnicomprensivo nel primo; una pluralità di norme, ciascuna operante nell'ambito di una differente procedura, e a contenuto oggettivo differenziato, nel secondo.

Numerose, come si vedrà<sup>6</sup>, sono le problematiche arrecate dalla frammentarietà della disciplina domestica, destinate a ripercuotersi principalmente sul piano pratico: si pensi, per anticiparne una, alla discussa questione inerente alla

---

<sup>4</sup>Oggetto di trattazione diretta non saranno, peraltro, le procedure di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, stante il rinvio che le relative normative effettuano, *in parte qua*, alla disciplina del fallimento (si vedano, per la liquidazione coatta amministrativa, gli artt. 200 e 201 l. fall.; per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, gli artt. 19 e 48 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, nonché l'art. 8 del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv., con modif., in l. 18 febbraio 2004, n. 39, come recentemente modificata dal d.l. 5 gennaio 2015, n. 1, conv., con modif., in l. 4 marzo 2015, n. 20).

<sup>5</sup>Alla disamina della disciplina dell'*automatic stay*, per i profili qui sommariamente tratteggiati, si procederà nel corso della Parte Seconda del presente lavoro.

<sup>6</sup>Nel corso della Parte Prima, Capitolo IV.

sorte delle protezioni maturate in capo al debitore in caso di c.d. passerella da una domanda di concordato in bianco alla richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (o viceversa), dove la diversità delle inibitorie che si ricollegano ai due istituti conduce inevitabilmente a domandarsi della loro sopravvivenza allorché si transiti da uno all'altro: ciò che pare una ragione sufficiente per interrogarsi sulla possibilità di superare tale sistema frammentario, ovvero se esso appaia un connotato insopprimibile del nostro ordinamento.

L'interrogativo che dovrà guidare questa prima parte dell'indagine, e che costituirà il momento di connessione con le altre parti del presente lavoro, è, in altri termini, la ricerca dei motivi che giustificano le attuali configurazioni dei singoli divieti presenti nell'ordinamento concorsuale domestico, nell'ottica di una successiva valutazione inerente all'ammissibilità di una modifica del sistema stesso, in un senso che possa arrecare, naturalmente, un qualche vantaggio.

Quali siano i motivi alla base della descritta frammentarietà – se, in particolare, essa sia una conseguenza di scelte contingenti operate dal legislatore, ovvero se appaia piuttosto espressione di precise scelte sistematiche –, e se vi sia, del caso, la possibilità di superarla, sono quesiti cui, evidentemente, non è possibile rispondere *a priori*, e senza aver compiuto un'analisi di ogni singola inibitoria esistente.

Al fine di sviluppare l'interrogativo preannunciato, nel corso dei prossimi capitoli si seguirà uno schema probabilmente inedito nella nostra letteratura, ma sicuramente efficace ai preannunziati fini: si procederà, cioè, alla disamina delle singole inibitorie esistenti a protezione del debitore; ma tale disamina non verrà svolta con separato riguardo a ciascuna procedura disciplinata dall'ordinamento italiano, bensì avrà ad oggetto direttamente le singole iniziative precluse – unitamente agli altri aspetti caratterizzanti i singoli divieti –, con una valutazione che assumerà allora carattere fatalmente trasversale rispetto alle diverse procedure esistenti nel nostro ordinamento.

All'esito dei risultati raggiunti grazie a tale approccio, che appare il più idoneo a far emergere il carattere frammentario della normativa italiana, verranno poi poste in rilievo, ed esaustivamente illustrate, le criticità connesse a tale discontinuità di disciplina.

Al termine di tale indagine, sarà infine possibile trarre le dovute conclusioni, e quindi affermare se il frammentario sistema italiano delle inibitorie connesse ad una procedura concorsuale sia un insopprimibile connotato dell'ordinamento, in quanto consapevole risultato di ponderate scelte sistematiche, ovvero frutto di mere contingenze, suscettibile, come tale, di una revisione normativa tesa a realizzare un sistema più agile e funzionale. Un possibile modello di questa revisione – una volta che si sia concluso per la possibilità di mutare il sistema vigente –, potrebbe poi essere rappresentato dall'*automatic stay*, alla cui dettagliata disamina sarà dedicato la Parte Seconda del presente lavoro.

Prima di trascorrere all'analisi appena prefigurata, è opportuna un'avvertenza al lettore. I capitoli dedicati all'ordinamento concorsuale domestico, potranno apparire a prima vista quasi sbrigativi, ma è l'ampiezza che assumerà la trattazione complessiva a imporre questo approccio, ossia – e a differenza di quanto accadrà con riguardo all'istituto statunitense, che mai è stato approfonditamente studiato dalla nostra letteratura –, a fare oggetto di considerazione esclusiva i profili della disciplina che siano direttamente rilevanti e funzionali al perseguimento degli scopi preannunziati; mentre esuleranno necessariamente dalla trattazione le altre e numerose questioni che attengono agli argomenti affrontati, per le quali, evidentemente, dovrà rinviarsi alla cospicua letteratura in materia.

# CAPITOLO I

## AMBITO OGGETTIVO

### E RATIONES DELLE INIBITORIE PRESENTI NELL'ORDINAMENTO CONCURSUALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Il divieto di azioni esecutive: ambito oggettivo e fondamento giustificativo. – 1.1. Individuazione delle eccezioni al divieto di azioni esecutive e del loro fondamento giustificativo. – 2. Consuntivo dell'indagine sin qui svolta. – 3. Il divieto di azioni cautelari: ambito oggettivo e fondamento giustificativo. – 4. Consuntivo dell'indagine in tema di divieto di azioni cautelari. – 5. Improprietà e improcedibilità delle azioni di cognizione. – 5.1. Analisi del divieto nell'ambito della procedura di fallimento. Duplice direzione del divieto: A) nei confronti del debitore: il fondamento giustificativo e l'ambito oggettivo di operatività. – 5.2. (*Segue*). B) nei confronti del curatore: il fondamento giustificativo. – 5.2.1. I riflessi del principio di esclusività del rito sulle azioni a tutela di diritti diversi da quelli contemplati dall'art. 52 l. fall.– 5.2.2. Fattispecie particolari: processi litisconsortili, domanda riconvenzionale e giudizi d'appello. (In nota: giudizi arbitrali). – 5.2.3. Le eccezioni all'improprietà e all'improcedibilità discendenti dal principio di esclusività del rito di accertamento dello stato passivo. – 5.3. Le cc.dd. azioni della massa. – 6. Consuntivo dell'indagine in tema di improprietà e improcedibilità delle azioni di cognizione. – 7. Il divieto di acquisto di diritti di prelazione. – 8. Consuntivo dell'indagine in tema di divieto di acquisto di diritti di prelazione.

#### 1. *Il divieto di azioni esecutive: ambito oggettivo e fondamento giustificativo*

Per la centralità che il divieto assume nel sistema di inibitorie collegato alla pendenza di una procedura concorsuale, non si può che iniziare la presente analisi dal divieto di azioni esecutive che, almeno nel *nomen iuris*, ricorre identicamente nell'ambito del fallimento (art. 51 l. fall.), del concordato preventivo (art. 168, primo comma, l. fall.), degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis*, terzo e sesto comma, l. fall), nonché delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (artt. 10, secondo comma, lett. c) e 14 *quinquies*, secondo comma, lett. b), l. n. 3/2012); solo con riguardo alla procedura di omologazione del piano del consumatore, l'art. 12 *bis*, secondo comma, della menzionata l. n. 3/2012 utilizza la più circoscritta locuzione di «procedimenti di esecuzione forzata».

Ancorché il riferimento alla medesima categoria di azioni – ossia, quelle di natura esecutiva – possa indurre a ritenere che identico sia l'ambito delle inizia-

tive vietate in tutte le procedure richiamate, è noto come, in realtà, assai differenti siano gli ambiti di operatività che tale divieto, in ciascuna di esse, conosce, anche a cagione di certe peculiarità che solo alcune di esse presentano.

Iniziando dalla procedura di fallimento, il divieto codificato al richiamato art. 51 l. fall. dispone che «salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva [...], anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento».

La disposizione, *in parte qua* immutata rispetto alla versione originaria del 1942 – salvo che per l'avvenuta precisazione circa l'applicabilità del divieto anche ai crediti prededucibili –, è generalmente qualificata nei termini di corollario del principio del concorso sostanziale, di cui all'art. 52, primo comma, l. fall. il quale, se deve attuarsi nel rispetto della *par condicio creditorum*, quale trasposizione in sede concorsuale dell'art. 2741 c.c., non può ammettere la possibilità per il singolo (e più sollecito) creditore di trovare autonoma soddisfazione sul patrimonio del debitore comune a discapito degli altri concorrenti<sup>1</sup>. Tale spiegazione era, peraltro, chiaramente espressa già nella Relazione al Re, ove si può leggere che «gli effetti del fallimento per i creditori, diretti a realizzare la *par condicio*, si possono raggruppare in due categorie: la prima comprende le conseguenze che il fallimento ha sull'azione dei creditori», riguardo alla quale «la legge ha cura di fissare due principii molto semplici e precisi che eliminano le incertezze e le questioni che si agitano nella pratica. Il primo è che nessuna azione

---

<sup>1</sup> Così la dottrina pressoché unanime: R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, 887; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, Padova, 1986, 346 ss. e 350; A. BRUNETTI, *Diritto concorsuale*, Padova, 1944, 83; G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 173 ss.; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in G. Ragusa Maggiore, C. Costa (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, Torino, 1997, 41 ss.; F. FERRARA JR., A. BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, 488 ss.; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 369; dopo le riforme del biennio 2006-2007, F. CUOMO ULLOA, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in G. Schiano di Pepe, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 155 ss.; A. JORIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, Padova, 2009, 359 ss.; G. FAUCEGLIA, *Gli effetti del fallimento per i creditori: profili generali*, in A. Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011, 347; V. DE SENSI, *Gli effetti del fallimento per i creditori. Profili particolari*, in A. Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011, 369; S. BONFATTI, (P.F. CENSONI), *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 127 ss.; P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 312; L. GUALANDI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 177; G. G. POLI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013, 130; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, 184; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, 2014, 141; R. ROSAPEPE, *Gli effetti nei confronti dei creditori*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2014, 55; V. ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in A. Jorio, B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, 54.

esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento (art. 51)»<sup>2</sup>. Le incertezze cui si riferisce la Relazione si risolvevano, per l'esattezza, nella «disputa se, nel caso di procedimenti ordinari già in corso alla data della dichiarazione di fallimento, i giudizi relativi [dovessero] continuare con separato svolgimento o [dovessero] essere compresi nella procedura collettiva», essendosi optato, infine, per la seconda soluzione<sup>3</sup>. L'art. 699, terzo comma, cod. comm., prevedeva, infatti, con formulazione assai ambigua, che «dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione contro il fallito riguardante i suoi beni mobili o immobili e nessun atto esecutivo sui beni stessi [potesse] promuoversi o proseguirsi, se non contro il curatore»: restando così indefinito se la possibilità di prosecuzione dell'azione esecutiva nei confronti di quest'ultimo dovesse intendersi come attuabile in sede ordinaria, ovvero quale iniziativa confluita all'interno del procedimento di fallimento. Prevalse, come detto, la seconda delle soluzioni prospettate, in una alla qualificazione della procedura quale mezzo di sostituzione, alle singole esecuzioni individuali, dell'esecuzione concorsuale, nell'ambito della quale deve trovare attuazione l'uguaglianza di trattamento fra tutti i creditori<sup>4</sup>.

Se, dunque, la *ratio* sottesa al divieto di cui all'art. 51 l. fall. è tradizionalmente individuata nella garanzia del rispetto della *par condicio creditorum* all'interno della procedura fallimentare, quale modalità di realizzazione del concorso sostanziale tra i creditori, occorre domandarsi se il principio di *par condicio* – a cui presidio, come detto, tale divieto è posto –, sia essenziale rispetto al sistema, quale connotato ineliminabile della concorsualità. È noto, infatti, come caratteristica fondante e insopprimibile del fallimento, in quanto procedura di natura concorsuale, sia, tra le altre, la sua universalità in senso soggettivo, ossia la sua idoneità a coinvolgere la totalità dei creditori del fallito, i quali potranno trovare soddisfazione delle proprie pretese solo all'interno della procedura medesima, e in concorso tra loro, secondo il disposto di cui all'art. 52, primo comma, l. fall. E se tali regole stanno a significare che ciascun creditore ha diritto di essere soddisfatto sui beni del debitore mediante una partecipazione alla distribuzione di ciò che verrà ricavato dalla loro liquidazione, scontata la concorrente partecipazione, su quel ricavato medesimo, degli altri creditori, dev'essere rilevato co-

---

<sup>2</sup> La si legga in N. PICELLA, G. POTENZA, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1942, 68.

<sup>3</sup> In questi termini la Relazione sul Progetto Ministeriale, anch'essa riprodotta da N. PICELLA, G. POTENZA, *op. cit.*, 69.

<sup>4</sup> Così, G. BONELLI, *Del fallimento*, I, *sub art. 699*, Milano, 1938, 670 ss.; U. PIPIA, *Del fallimento*, *sub art. 699*, Torino, 1932, 206 ss.; U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Bologna, 1934, 223 ss.; A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 291 ss.; A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, 123; V. ANDRIOLI, *La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, in *Foro it.*, 1934, IV, 156.

me la *par condicio creditorum*, cui il divieto in parola è direttamente preordinato, debba essere guardata alla stregua di mera modalità di realizzazione di tale concorso: è astrattamente possibile, in altri termini, e almeno su un piano puramente concettuale, che vi sia concorsualità, pur in assenza dell'operatività delle regole della *par condicio*<sup>5</sup>. Se il legislatore ha scelto di dare attuazione al concorso fallimentare nel rispetto della parità di trattamento tra i creditori – codificando così il divieto di cui all'art. 51 l. fall. –, si deve dunque a giustificazioni che vanno ravvisate altrove: si pensi, in primo luogo, all'opportunità di dar attuazione ad evidenti esigenze di giustizia ed equitative<sup>6</sup>. Ma se pensiamo, per ipotesi, a un sistema privo di un divieto come quello discusso, emerge facilmente un'altra ragione che può giustificare la sua codificazione: se, infatti, i creditori fossero liberi di agire individualmente nei confronti del fallito, e la fase di liquidazione della procedura fallimentare potesse svolgersi come fascio di singoli procedimenti esecutivi pendenti in sede ordinaria e non coordinati tra loro, la procedura avanzerebbe, con tutta evidenza, in modo estremamente disordinato, arrecando insostenibili diseconomie e aggravii agli organi della procedura, i quali, tra l'altro, non potrebbero avere alcun controllo sui modi e sui tempi di svolgimento di tali operazioni, e faticerebbero assai nella verifica che l'intero patrimonio fallimentare venga effettivamente liquidato; sicché s'impone l'opportunità pratica, efficacemente garantita dal divieto in parola, di assicurare che la fase della liquidazione del patrimonio fallimentare si svolga unitariamente, e sotto la direzione del curatore fallimentare<sup>7</sup>. In altri termini, se il legislatore ha codificato il

---

<sup>5</sup> In tal senso pure E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, 183, sulla scia di A. BONSIGNORI, *op. loc. cit.*, V. COLESANTI, *Mito e realtà della par condicio*, in *Fallimento*, 1984, 32 ss., ove, a 35, si parla di eventualità di un «concorso diseguale» ispirato, anziché a quello della *par condicio*, ad altri criteri, ad esempio quello del *prior in tempore potior in jure*, e F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 345.

L'affermazione appena compiuta, secondo cui l'attributo della concorsualità non sarebbe inscindibilmente legato alla realizzazione della *par condicio creditorum*, può senz'altro sollevare perplessità. È allora opportuno chiarire che, ciò che si intende dire, è che su un piano puramente concettuale è possibile proporre una distinzione tra le due nozioni, dove, se la prima di esse indica la circostanza per cui la soddisfazione di un creditore avviene scontando la concorrente partecipazione degli altri creditori che concorrono sul medesimo patrimonio, ciò non pare implicare anche, e necessariamente, che ciò si verifichi rispettando il principio della parità di trattamento tra i creditori medesimi, essendo quest'ultima garanzia il frutto di una contingente scelta del legislatore; tuttavia, non si intende anche affermare che sarebbe ragionevole (o auspicabile) la codificazione di una procedura concorsuale in cui faccia difetto il rispetto della *par condicio creditorum*, in quanto l'attuazione della concorsualità nel rispetto di siffatto principio appare l'unica realizzazione equa e razionale di una procedura avente tale natura. In altri termini, e in definitiva, l'attuazione del concorso nel rispetto della *par condicio* rappresenta sì una scelta legislativa, ma anche l'unica scelta ragionevolmente percorribile.

<sup>6</sup> Per uno spunto, P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 313.

<sup>7</sup> Considera anzi prevalente tale profilo L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* (a cura di F.

divieto, in capo ai creditori, di agire con azioni esecutive individuali sui beni confluiti nel patrimonio fallimentare – divieto che di per sé non pare idoneo a costituire un tratto indefettibile della procedura di fallimento –, lo ha fatto, da un lato, allo scopo di dare attuazione al concorso fallimentare nel rispetto del principio della parità di trattamento tra i creditori, al fine di valorizzare le istanze di giustizia ed equitative di tali soggetti: sicché, se così vogliamo dire, tale divieto diviene essenziale in un sistema che scelga non soltanto di attuare il concorso sui beni del fallito, bensì di attuarlo secondo il principio della *par condicio*; e, dall'altro, in quanto mosso dall'opportunità pratica di plasmare una fase di liquidazione ordinata e unitariamente gestita dall'organo della procedura.

Se, dunque, appare chiara, e, almeno in parte, storicamente consolidata, la ragione giustificativa posta a base del divieto in commento – preordinato a realizzare la parità di trattamento tra i creditori concorsuali, nonché, nella dimensione pratica, a garantire una liquidazione del patrimonio fallimentare ordinata e unitaria –, è tempo allora di trascorrere all'esame dell'ambito oggettivo di estensione del medesimo.

Lo spettro delle iniziative creditorie colpite dalla preclusione è identificato per mezzo della locuzione «azione individuale esecutiva», con inequivoco riferimento, dunque, ai procedimenti di esecuzione forzata disciplinati al Libro III del c.p.c.; mentre la limitazione ai «beni compresi nel fallimento» vale ad escludere l'applicabilità del divieto sia nei confronti dei beni esclusi *ex lege* dall'esecuzione concorsuale (in particolare, quelli di cui all'art. 46 l. fall., oltre ai beni sopravvenuti che non vengano acquisiti alla massa), sia nei confronti dei terzi, coobbligati o fideiussori del fallito<sup>8</sup>.

La potenziale onnicomprensività di tale riferimento, come noto, non si è però tradotta in un'uniformità di interpretazione circa le singole iniziative in esso ricomprese: se la dottrina, a tal riguardo, non ha mai dubitato dell'idoneità a ricadere nell'orbita del divieto dei procedimenti di espropriazione forzata di cui al Titolo II, Libro III, c.p.c., che siano diretti sui beni confluiti nel patrimonio fallimentare, una soluzione più articolata è stata infatti offerta con riguardo

---

Padovini), Torino, 2015, 186; per uno spunto, già A. BONSIGNORI, *op. loc. cit.*; più recentemente, M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 288.

<sup>8</sup>L'identificazione dell'entità protetta con i beni compresi nel fallimento ha sollevato anche la nota problematica riguardante il fallimento del terzo datore di ipoteca. In tal caso, infatti – laddove l'ipoteca sia opponibile alla massa fallimentare –, si è in presenza di un bene, che il debitore *in bonis* aveva concesso in garanzia al creditore di un altro soggetto, destinato a confluire nella massa attiva fallimentare, ma a soddisfare le ragioni creditorie di un soggetto che non costituisce un creditore del fallito, e non può dunque partecipare al fallimento quale creditore concorsuale. La giurisprudenza (ferma l'impossibilità, per tale soggetto, di presentare domanda di ammissione al passivo), consente al creditore di soddisfare la propria pretesa attuando la vendita fallimentare del bene ipotecato nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario (artt. 602-604 c.p.c.): da ultimo, si veda Cass., 9 febbraio 2016, n. 2540, in *Fallimento*, 2016, 1217.

all'esecuzione in forma specifica<sup>9</sup> che, ancorché debba ritenersi incompatibile con lo *status* di fallito, specie in passato è stata esclusa dalla disciplina in commento<sup>10</sup>.

Una sorte analoga all'espropriazione forzata – con conseguente assoggettamento all'inibitoria di cui all'art. 51 l. fall. –, pare debba toccare all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare<sup>11</sup>, in virtù della conversione dell'oggetto della prestazione in credito pecuniario disposta dall'art. 59 l. fall.: in altri termini, se in virtù dell'apertura del fallimento tali crediti, aventi per oggetto una prestazione diversa dal denaro, si convertono in crediti pecuniari destinati a concorrere nella procedura, i principi del concorso sostanziale e della *par condicio creditorum* risorgeranno quali cause ostative a un loro soddisfacimento in via individuale.

Passando all'esperibilità dell'esecuzione per consegna o rilascio, essa risulta poi bloccata, in prima battuta, in conseguenza dell'operare del principio dell'onere della verifica endofallimentare di ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, che si voglia far valere nei confronti del fallito, posto dagli artt. 52, 93 e 103 l. fall.<sup>12</sup> e, in secondo luogo, nell'esigenza di non interferire con l'amministrazione del patrimonio fallimentare affidata al curatore, unico soggetto abilitato a dare esecuzione al provvedimento del giudice delegato che eventualmente riconosca la pretesa in discorso.

Infine – e sebbene, come noto, non si tratti di vera esecuzione<sup>13</sup> –, discussa è stata la sorte dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di

<sup>9</sup> Sul punto, si vedano le rassegne di F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 158 ss.; V. ZANICHELLI, *op. cit.*, 55; L. GUALANDI, *op. cit.*, 178; G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 348; A. JORIO, *op. ult. cit.*, 361 ss.; M. FABIANI, *op. loc. ult. cit.*; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 236; G. G. POLI, *op. cit.*, 131; E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, 185; R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 889 ss.; A. BONSIGNORI, *op. cit.*, 355 ss.; F. FERRARA JR., A. BORGIOLI, *op. cit.*, 346 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, 174; B. INZITARI, *op. cit.*, 53; A. JORIO, *Le crisi d'impresa*, cit., 371 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 281.

<sup>10</sup> S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 178 ss., il quale, dunque, ricomprende nella norma in discorso la sola espropriazione forzata; peraltro, in virtù della particolare posizione assunta dall'autore, tale inibitoria comporterebbe pure il divieto di agire in via di condanna nei confronti del fallito, essendo tale azione solo un momento «dell'unica vera azione, che è l'esecutiva».

<sup>11</sup> In giurisprudenza, Trib. Aosta, 20 febbraio 2014, in *Fallimento*, 2014, 597; in senso differente, F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 158; P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 326.

<sup>12</sup> Tra le pronunce di merito, Trib. Aosta, 20 febbraio 2014, cit. Diversa, come noto, era la soluzione offerta nel vigore dell'art. 103 l. fall., antecedentemente alle modifiche apportate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ove il menzionato onere di verifica endofallimentare era previsto esclusivamente con riguardo «alle domande di rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili possedute dal fallito»: sicché, quelle aventi ad oggetto beni immobili erano considerate esperibili in via ordinaria nei confronti del fallimento, in ossequio al disposto dell'art. 24 l. fall. (in tal senso, A. BONSIGNORI, *op. cit.*, 356; A. JORIO, *op. ult. cit.*, 371; B. INZITARI, *op. loc. cit.*).

<sup>13</sup> Per tutti, B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2016, 12 ss.

cui all'art. 2932 c.c. Qui non si intende affrontare il problema relativo alla procedibilità del relativo giudizio, ovvero dell'opponibilità alla massa della sentenza emessa all'esito dello stesso<sup>14</sup>, bensì quello inerente alla sorte dell'esecuzione dell'obbligo di consegna o rilascio accessoria a detto provvedimento. A tal riguardo, nel caso in cui sia già stata pronunciata la sentenza costitutiva, sostitutiva degli effetti del contratto non concluso, l'applicazione del principio di esclusività dell'accertamento del passivo, nelle forme di cui all'art. 103 l. fall., parrebbe escludere l'esperibilità dell'esecuzione<sup>15</sup>. Viceversa, dubbi potrebbero sorgere nel caso in cui la sentenza sia stata pronunciata dopo l'apertura della procedura, e nei confronti del curatore, non essendo scontata l'applicabilità della norma da ultimo menzionata: il problema, peraltro, parrebbe meramente virtuale, essendo difficile immaginare l'inadempimento di siffatto obbligo da parte del curatore.

Da ultimo, è opportuno ricordare come nel divieto di azioni esecutive siano generalmente ricondotti i cc.dd. rimedi in autotutela esecutiva concessi ai creditori, ossia il diritto di ritenzione *ex artt.* 2756 e 2761 c.c. e le disposizioni in materia di vendite di cose mobili di cui agli artt. 1515, 1516 e 1519 c.c. A tal proposito, l'art. 53 l. fall., riserva una disciplina di favore ai creditori titolari di pegno o privilegio c.d. possessuale: al fine di consentire la sopravvivenza, anche in sede concorsuale, della speciale disciplina civilistica posta a tutela di tali soggetti – i quali, secondo il disposto degli artt. 2756 e 2761 c.c., mantengono la propria causa di prelazione sintantoché trattengano il possesso del bene su cui essa insiste, e conservano tale diritto di ritenzione finché non ottengano integrale soddisfazione del proprio credito, salvo il diritto di procedere alla vendita del bene stesso –, la norma richiamata prevede che i medesimi possano realizzare la propria pretesa «anche durante il fallimento», previa ammissione al passivo del proprio credito con riconoscimento della particolare causa di prelazione anzidetta.

---

<sup>14</sup> Questione risolta positivamente, ossia nel senso dell'opponibilità della pronuncia di accoglimento, sulla base dell'effetto prenotativo determinato dalla trascrizione del preliminare, da Cass., sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Fallimento*, 2005, 755, seguita da Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, in *Fallimento*, 2010, 1248, con nota critica di M. MONTANARI, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*; Cass., 15 dicembre 2011, n. 27093, in *CED Cass.*, 2011; il principio, unitamente all'affermazione per cui l'esercizio del diritto di scioglimento da parte del curatore non è opponibile nei confronti dell'attore promissario acquirente a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., è stato recentemente ribadito da Cass., sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Foro it.*, 2015, 1, 3488; in *Fallimento*, 2015, 1284, con note di L. BALESTRA e I. PAGNI; in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1693, con nota di V. BATTAGLIA; in dottrina, P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 327; V. ZANICHELLI, *op. loc. cit.*; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 185 ss.

Per contro, nessun problema si pone nell'ipotesi in cui il preliminare risulti ancora pendente, trovando applicazione la disciplina di cui agli artt. 72 e 72 *bis* l. fall.

<sup>15</sup> In tal senso, F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 159.

L'analisi appena tratteggiata mostra inequivocabilmente come il novero delle iniziative che si fanno tradizionalmente riconfluire nel divieto prescritto dall'art. 51 l. fall. non risponda affatto ad una *ratio* unitaria – né, in particolare, alla *ratio* che si è individuata quale giustificazione assunta *in thesi* come fondante del divieto medesimo –, ma appaia piuttosto la conseguenza necessaria della complessiva fisionomia del processo fallimentare italiano<sup>16</sup>. In altri termini, l'unica, tra le iniziative ricomprese dal divieto in discorso, che appare effettivamente vietata quale diretta realizzazione del principio della *par condicio creditorum* – valore, come detto, costituente la *ratio* fondante della norma racchiusa nell'art. 51 l. fall. –, è l'espropriazione forzata (unitamente, per le ragioni esposte, all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare); mentre la riconduzione delle altre iniziative poc'anzi illustrate nell'alveo di tale norma non pare costituire un presidio del medesimo principio – ché, con tutta evidenza, ove una di esse venisse egualmente compiuta in corso di fallimento, nessuna violazione della parità di trattamento tra i creditori ne conseguirebbe –, bensì, piuttosto, il riflesso degli altri e differenti principi summenzionati (l'onere di verifica endofallimentare delle pretese rivolte nei confronti del fallito; la disciplina vigente in materia di contratti pendenti), e solo in virtù della loro appartenenza al *genus* delle azioni esecutive, esse vengono generalmente ricondotte all'ambito applicativo dell'art. 51 l. fall. Si assiste, in definitiva, ad una sorta di eterogeneità dei fini di quest'ultima disposizione, che, nata come presidio della *par condicio creditorum* quale modalità prescelta della realizzazione del concorso nel fallimento, si è prestata col tempo ad accogliere le più disomogenee esigenze, implicate dalla struttura della procedura fallimentare.

I rilievi appena svolti consentono, ci pare, di spiegare abbastanza agevolmente le differenze riscontrabili, quanto all'ambito oggettivo del divieto di azioni esecutive, nelle altre procedure in cui tale divieto identicamente si ripresenta.

Nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, è l'art. 168 l. fall., come ricordato, a sancire il divieto, per i creditori per titolo o causa anteriore alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese<sup>17</sup> – con esclusione, dunque, a differenza di quanto previsto dall'art. 51 l. fall., dei creditori prededucibili –, di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore: divieto che, in virtù della riforma attuata dal d.l. n. 83/2012, è stato espressamente esteso pure alle azioni cautelari.

Il fondamento giustificativo della norma, secondo un insegnamento tradizionale ma tuttora valido, viene comunemente ravvisato in una duplice *ratio*, solo

---

<sup>16</sup> Tale considerazione, peraltro, pare già adombrata da A. BONSIGNORI, *op. cit.*, 355 ss.

<sup>17</sup> Per l'estensione del divieto anche ai creditori posteriori a tale momento, in virtù dell'esigenza primaria di conservare l'integrità del patrimonio per tutta la durata della procedura, M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in A. Jorio, B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Milano, 2016, 618 ss.

in parte coincidente con quella che abbiamo visto sottendere l'analogo divieto sancito all'art. 51 l. fall.: in primo luogo, infatti, essa mira a proteggere il patrimonio del debitore dalle iniziative aggressive dei creditori, sì da assicurarne l'integrità e la devoluzione alle finalità conservativo-recuperatorie della procedura, in particolare ove si sia optato per la continuità aziendale; in secondo luogo, con vocazione comune a quella perseguita nella disciplina fallimentare, appare volta a salvaguardare la *par condicio creditorum*, sia che si tratti di concordato a carattere liquidatorio, sia in vista di un esito negativo della procedura e della successiva apertura del fallimento<sup>18</sup>.

Passando all'analisi del perimetro applicativo della norma, un primo ausilio ci è fornito dall'interpretazione prevalente della legge che, abrogando l'istituto della moratoria di cui al codice di commercio, ha introdotto il concordato preventivo nel nostro ordinamento, ossia la l. 26 marzo 1903, n. 197, il cui art. 7 prevedeva il divieto di «intraprendere o proseguire atti di esecuzione forzata». Tale disposizione, in particolare, veniva giustificata in dottrina con la finalità di mantenere l'integrità del patrimonio del debitore e l'inalterabilità dei diritti dei creditori, e, per la precisione, con la necessità di impedire «gli atti a mezzo dei quali il creditore ribelle alla legge livellatrice dei creditori chirografari, mira[va] a violarla nel proprio interesse, alterando la situazione patrimoniale esistente all'apertura del giudizio»<sup>19</sup>. Sulla scorta di tale *ratio*, come atti di esecuzione forzata vietati dalla norma erano intesi quelli relativi all'espropriazione immobiliare ovvero mobiliare<sup>20</sup>, mentre era esclusa l'esecuzione per consegna o rilascio,

---

<sup>18</sup> Così, M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, 638; P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, 64; C. CAVALLINI, *sub art. 168*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, 577; M. FABIANI, *Il concordato preventivo. Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 426 ss.; C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, 323; R. ARGENZIO, *Gli effetti del concordato preventivo per i creditori*, in S. De Matteis, N. Graziano, *Manuale del concordato preventivo*, Rimini, 2013, 629 e 631; F. FERRARA JR., A. BORGIOI, *Il fallimento*, cit., 174; F. DEL VECCHIO, *Il divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1995, 693; per un'accentuazione della prima, delle *rationes* riportate, G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 118 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015, 327; per una posizione ancora più radicale, S. ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e «divieto» di azioni esecutive*, in *Dir. fall.*, 2014, 752 ss.; e già, in precedenza, A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo. Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 229 ss.; discorrono esclusivamente di tutela della *par condicio creditorum*, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., IV, 2278; P. BOSTICCO, *sub art. 168*, in G. U. Tedeschi (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, II, 129.

<sup>19</sup> Così, testualmente, L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo e della procedura dei piccoli fallimenti*, *sub art. 7*, Torino, 1915, 46; nello stesso senso, A. RAMELLA, *Trattato del fallimento*, Milano, 1915, II, 793.

<sup>20</sup> L. BOLAFFIO, *op. cit.*, 46, nota 3.

in quanto avente ad oggetto beni non appartenenti al patrimonio del debitore, unico oggetto, quest'ultimo, della protezione assicurata dalla norma<sup>21</sup>.

Con il passaggio alla legge fallimentare del 1942, l'utilizzo della locuzione, in sé assai generica, di «azioni esecutive», ripropose la medesima questione, circa l'effettiva estensione del divieto. Sul punto, il riferimento che la norma compie al «patrimonio del debitore», anziché ai «beni compresi nel fallimento» – espressione utilizzata dal summenzionato art. 51 l. fall. – implica diverse conseguenze<sup>22</sup>.

Anzitutto, consente di escludere dall'ambito applicativo del divieto i coobbligati e i fideiussori del debitore, i soci illimitatamente responsabili della società ammessa al concordato; resta tuttavia incerta la sorte dei beni personali del debitore, non essendo riproposta l'esclusione che l'art. 46 l. fall. detta con riguardo al fallimento.

In secondo luogo, essa ha condotto al consolidamento dell'interpretazione già vigente nel precedente sistema, secondo cui, dal novero delle iniziative vietate, andrebbe esclusa sia l'esecuzione per consegna o rilascio, in quanto avente ad oggetto beni di proprietà di terzi che si trovano sì nella disponibilità del debitore, ma che non appartengono al suo patrimonio – il solo, come detto, interessato dall'art. 168 l. fall. –<sup>23</sup>, sia l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare o

---

<sup>21</sup> G. BONELLI, *Del fallimento*, III, *sub art.* 7, Milano, 1939, 483, nota 4.

<sup>22</sup> Si veda, ad esempio, la recente Trib. Milano, 19 agosto 2015, in *Fallimento*, 2015, 1218, con osservazioni critiche di G. LO CASCIO, la quale ha adottato una nozione di patrimonio del debitore estremamente lata, comprensiva non solo dei singoli beni oggetto di diritti, bensì di tutte le situazioni giuridiche attive e passive che possano far capo ad un soggetto, comprese pure le aspettative e i diritti di obbligazione: tale sentenza, senz'altro criticabile alla luce dell'ordinamento italiano, pare peraltro adottare una nozione di patrimonio devoluto alla procedura concordataria assai vicina a quella di *estate*, propria dell'ordinamento statunitense (di cui si dirà *infra*, Parte Seconda, Capitolo III, paragrafo 2).

<sup>23</sup> A tal riguardo, in realtà, costituisce oggetto di discussione la sorte dell'azione esecutiva per rilascio esercitata dal locatore nei confronti del debitore-locatario, una volta che il contratto sia stato risolto per inadempimento di quest'ultimo: sul punto, infatti, si è affermato che, seppure il bene locato non faccia parte del patrimonio del debitore – essendo, appunto, di proprietà del terzo locatore –, il contratto di locazione sia compreso in tale entità e, in quanto tale, debba beneficiare della relativa protezione, con conseguente preclusione dell'azione per rilascio (in giurisprudenza, si veda, di nuovo, Trib. Milano, 19 agosto 2015, cit., che ha incluso nella nozione di patrimonio protetto dal divieto in esame la posizione contrattuale assunta dal debitore in un contratto di *leasing*; in dottrina, si veda il recente contributo di M. SPADARO, *Concordato preventivo e azioni esecutive post omologazione*, in *Fallimento*, 2017, 68 ss.). In realtà, quello prospettato pare potersi definire in termini di falso problema. Laddove l'azione di risoluzione per inadempimento sia esperita (e accolta) in corso di procedura, infatti, il credito alla restituzione del bene in capo al locatore integrerebbe un credito posteriore alla procedura, e in quanto tale – almeno secondo l'interpretazione che si è accolta – in ogni caso sottratto al vigore del divieto di azioni esecutive di cui all'art. 168 l. fall. Ipotizzando, invece, che tale credito sia anteriore alla procedura, e il locatore pretenda di portarlo ad esecuzione mediante l'azione per rilascio in corso di procedura, l'inibitoria di

di non fare nella misura in cui non incida direttamente su detto patrimonio<sup>24</sup>. Per quanto poi concerne l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto *ex art. 2932 c.c.*, la codificazione dell'art. 169 *bis* l. fall. vale a risolvere ogni problema per l'ipotesi in cui il contratto preliminare risulti ancora pendente<sup>25</sup>; nel caso in cui, viceversa, la sentenza costitutiva sia già stata pronunciata pare doversi trasporre l'insegnamento recentemente avanzato dalle Sezioni Unite della Cassazione – che, dettato con riguardo all'art. 45 l. fall., pare applicabile anche in ambito concordatario, in virtù del rinvio racchiuso nel successivo art. 169 –, circa l'opponibilità alla massa della pronuncia di accoglimento della domanda, sulla base dell'effetto prenotativo determinato dalla trascrizione del preliminare<sup>26</sup>.

Anche con riguardo al concordato, poi, al novero delle azioni esecutive vietate devono essere ricondotti anche i rimedi di autotutela esecutiva già visti in materia fallimentare.

In definitiva, con riguardo alla normativa concordataria può essere apprezzata una indubbia armonizzazione del precetto alla *ratio* che lo caratterizza, esprimendosi in una piena coincidenza tra il suo perimetro applicativo e l'obiettivo che la norma medesima intende realizzare: e ciò, a differenza di quanto avviene nella procedura di fallimento, dove l'ambito oggettivo di operatività del divieto di cui all'art. 51 l. fall., non appare diretta realizzazione del principio di *par condicio creditorum*, bensì, piuttosto, il riflesso di differenti principi – in particolare, l'onere di verifica endofallimentare delle pretese rivolte nei confronti del fallito –, e solo la loro appartenenza al *genus* delle azioni esecutive ne giustifica la riconduzione all'ambito applicativo dell'art. 51 l. fall. Come noto, i principi da ultimo richiamati non vigono in materia concordataria, essendo

---

tale azione, fondata sull'appartenenza del contratto di locazione al patrimonio del debitore, non pare davvero sostenibile, in quanto tale contratto, evidentemente, oramai non esiste più, e, con esso, viene a cessare in capo al debitore la posizione contrattuale che si vorrebbe, pel tramite dell'inibitoria, tutelare: in argomento, si veda pure M. MONTANARI, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 438 ss.

<sup>24</sup> G.B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 121 ss.; P. BOSTICCO, *op. cit.*, 130; F. FERRARA JR., A. BORGIOI, *op. cit.*, 176; A. BONSIGNORI, *op. ult. cit.*, 229; F. DEL VECCHIO, *op. cit.*, 693 e 695; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., 643 ss.; L. JEANTET, *Gli effetti della domanda e dell'ammissione*, in R. Amatore, L. Jeantet, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2016, 80; C. TRENTINI, *op. cit.*, 324 e 329; *contra*, M. FABIANI, *op. ult. cit.*, 430 ss.

<sup>25</sup> Né la natura costitutiva dell'azione si frappone alla sua proponibilità/procedibilità, motivo, questo, addotto dalla dottrina tradizionale per giustificare l'ammissibilità dell'iniziativa: C. CAVALLINI, *op. cit.*, 586; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 306; L. JEANTET, *op. loc. cit.*; Cass., 1° marzo 2002, n. 3022, in *Fallimento*, 2002, 734; in senso contrario, F. FERRARA JR., A. BORGIOI, *op. loc. cit.*; P. BOSTICCO, *op. cit.*, 133.

<sup>26</sup> G. LO CASCIO, *op. cit.*, 332 ss.; M. FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, 765 ss.

propri e peculiari del solo fallimento: ecco, allora, che neppure si procede a ricondurre le relative iniziative all'ambito applicativo dell'art. 168 l. fall.

Discorso assai simile può essere svolto con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti, introdotti nel nostro ordinamento mediante l'inserimento di un nuovo art. 182 *bis* l. fall., per opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80.

Per quanto di interesse alla presente indagine, dev'essere ricordato come la versione originaria della norma non contenesse alcuna previsione protettiva a vantaggio del debitore, destinato dunque a rimanere esposto alle iniziative aggressive dei creditori nella fase delle trattative e sino all'omologazione dell'accordo<sup>27</sup>.

A tale lacuna, da molti denunciata quale causa dello scarso successo riscosso dall'istituto<sup>28</sup>, ha posto rimedio, in un primo momento, il correttivo del 2007, che ha aggiunto al corpo dell'art. 182 *bis* un nuovo terzo comma, recante il divieto per i creditori anteriori alla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore: divieto, questo, destinato a protrarsi per sessanta giorni decorrenti dalla pubblicazione anzidetta. Tale intervento, peraltro, ha rappresentato un rimedio soltanto parziale, in quanto i divieti prescritti erano destinati ad essere innescati in un momento in cui il debitore aveva già confezionato l'accordo di ristrutturazione, lasciando dunque scoperta l'intera e delicata fase delle trattative con il ceto creditorio<sup>29</sup>.

La *ratio* della neointrodotta inibitoria è stata identificata nella necessità di evitare che il patrimonio del debitore, nella misura in cui risulti funzionale all'attuazione dell'accordo, possa essere distratto dalla destinazione che gli è sta-

---

<sup>27</sup> S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, 32 ss.; A. COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in S. Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 300 ss.; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Fauceglia, L. Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 3, Torino, 2009, 1820.

Sul punto, è opportuno peraltro ricordare come la bozza presentata nel 2005 dalla c.d. Commissione Giuliano prevedesse che con il ricorso *ex art.* 182 *bis* l. fall. il debitore, ricorrendo determinate condizioni, potesse chiedere al tribunale la protezione del proprio patrimonio dalle azioni esecutive e cautelari, per un periodo non superiore a sessanta giorni.

<sup>28</sup> In tal senso, S. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, 33 ss.; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, 10 ss.; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in M. Fabiani, A. Guiotto (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 129 ss.

<sup>29</sup> Per tale osservazione, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, 168; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 79 ss.; G.B. NARDECCHIA, *sub art.* 182-bis, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, 827.

ta impresa<sup>30</sup>. In altri termini, se l'imprenditore si propone di superare la propria situazione di crisi mediante la devoluzione di determinati beni al soddisfacimento dei propri creditori, nei modi e termini dettati dall'accordo, è evidentemente indispensabile che, di tali beni, sia assicurata l'intangibilità sino al momento in cui l'accordo venga omologato.

Ciò spiega, da un lato, come i creditori interessati dal divieto siano tutti quelli anteriori alla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, a prescindere, cioè, dalla circostanza che vi abbiano aderito o meno<sup>31</sup>; dall'altro, come la locuzione «patrimonio del debitore», identificante l'oggetto della protezione in esame, se è idonea a escludere i beni, appartenenti a terzi, a qualsiasi titolo detenuti dal debitore, debba peraltro intendersi riferita alla sola parte, di detto patrimonio, che il debitore scelga di mettere a disposizione dei propri creditori per l'esecuzione dell'accordo<sup>32</sup>; con una sensibile differenza, dunque, rispetto al connotato di c.d. universalità oggettiva che abbiamo visto caratterizzare sia fallimento sia concordato preventivo, anche in virtù di ciò qualificate come procedure concorsuali.

L'identificazione dell'oggetto della protezione in esame nel patrimonio del debitore, ci consente poi di individuare, anche con riguardo a tale strumento, le azioni esecutive che risultano effettivamente precluse: da tale perimetro andrà esclusa, di nuovo, l'esecuzione per consegna o rilascio, in quanto avente ad oggetto beni di proprietà di terzi che si trovano sì nella disponibilità del debitore, ma che non appartengono, appunto, al suo patrimonio, di talché il riferimento, ancora una volta, sarà essenzialmente alle azioni di espropriazione<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 90; P. VALENSISE, *op. cit.*, 276; M. FABIANI, «Competizione» fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, in *Fallimento*, 2010, 208; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016, 364.

<sup>31</sup> P. VALENSISE, *op. cit.*, 277; M. MONTANARI, *op. ult. cit.*, 149; G.B. NARDECCHIA, *op. loc. ult. cit.*; C. D'AMBROSIO, *op. cit.*, 1821; C. TRENTINI, *op. ult. cit.*, 367; F. ROLFI, *Il deposito dell'accordo e la c.d. "protezione anticipata"*, in F. Rolfi, E. Staunovo Polacco, R. Ranalli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2017, 103.

<sup>32</sup> M. MONTANARI, *op. ult. cit.*, 148; G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, 90 ss.; C. D'AMBROSIO, *op. loc. cit.*; *contra*, per il coinvolgimento dell'intero patrimonio del debitore istante – e coerentemente con la professata natura concorsuale degli strumenti in esame –, P. VALENSISE, *op. loc. cit.*; F. ROLFI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>33</sup> G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, 90; C. D'AMBROSIO, *op. loc. cit.*; C. TRENTINI, *op. ult. cit.*, 366; in senso differente parrebbe orientato P. VALENSISE, *op. cit.*, 277 ss.; in senso chiaramente contrario, F. ROLFI, *op. ult. cit.*, 106; I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Fallimento*, 2014, 1083; R. ROSAPEPE, *La tutela cautelare nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in F. Fimmanò (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, Milano, 2012, 206; con riguardo all'esecuzione per consegna o rilascio, si veda, peraltro, l'articolata posizione di M. MONTANARI, *op. ult. cit.*, 152.

Da ultimo, è tempo di verificare l'estensione del divieto di azioni esecutive con riguardo alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

L'ingresso, nel nostro ordinamento, di tali strumenti ha significato, come noto, accordare la possibilità di accedere a procedure concorsuali o altri strumenti di composizione collettiva del proprio dissesto, a chi in precedenza ne era escluso.

Nonostante il ritardo con cui il nostro legislatore ha scelto di intervenire, il percorso che ha condotto alla codificazione di tali procedure è stato piuttosto travagliato.

Una prima versione dello strumento è infatti apparsa per mano del d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, che coniò una procedura ibrida, di natura non concorsuale, rivolta a imprenditori non fallibili, debitore civile e consumatore<sup>34</sup>. Per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, l'art. 5, terzo comma, di tale d.l., prevedeva che il giudice adito, all'udienza fissata a seguito della presentazione della proposta di accordo, verificata l'assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, disponesse a carico dei creditori aventi titolo o causa anteriore – e con esclusione dei titolari di crediti impignorabili –, il divieto, a pena di nullità, per non oltre centoventi giorni, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, di disporre sequestri conservativi e di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore istante<sup>35</sup>. A tal riguardo, peraltro, parte della dottrina ha impropriamente parlato di *automatic stay*, in considerazione del fatto che le inibitorie menzionate venissero concesse dal giudice senza necessità di apposita richiesta da parte del debitore, e senza possibilità di valutare, discrezionalmente, se concederle o meno<sup>36</sup>.

L'*iter* parlamentare di conversione di tale provvedimento, peraltro, è stato piuttosto faticoso: nelle more di tale processo, anzitutto, è entrata in vigore la l. 27 gennaio 2012, n. 3, con la quale il neointrodotta istituto, mediante una disciplina in larga parte sovrapponibile a quella contenuta nel d.l. n. 212/2011, è divenuto legge dello Stato, omessa tuttavia, in tale versione – e a differenza di quanto previsto in sede di decretazione d'urgenza – qualsivoglia disposizione specificamente rivolta al consumatore; ed in virtù di ciò, il disegno di legge di conversione del d.l. anzidetto, licenziato dal Senato, avrebbe poi dovuto prov-

---

<sup>34</sup> Su tale prima versione dello strumento, M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. 212/2011)*, in *www.judicium.it*, 2 ss. e 5 ss.; A. GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 22 ss.

<sup>35</sup> Effetti che, a norma dell'art. 7, terzo comma, erano destinati a rinnovarsi per un periodo non superiore a un anno in caso di omologazione dell'accordo: A. GUIOTTO, *op. cit.*, 28; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, 9 ss.

<sup>36</sup> In tal senso, A. GUIOTTO, *op. cit.*, 26.

Sulla correttezza di tale assimilazione, si avrà peraltro modo di tornare nella Parte Terza del presente lavoro, Capitolo I, paragrafo 3.