

Gli effetti personali del fallimento nella legislazione italiana e spagnola

Autore: Quarta Sergio

In: Diritto civile e commerciale

Premessa

L'obiettivo che in questa ricerca si tenta di raggiungere non è soltanto quello di analizzare gli effetti personali del debitore fallito, in una epoca di gravi vicissitudini economiche come quella che si attraversa, ma anche l'identificazione degli strumenti normativi odierni che tutelano la figura del fallito. Dallo scoppio della crisi globale nell'estate del 2008, i fallimenti si sono succeduti inevitabilmente a causa delle relazioni tra i mercati che caratterizzano l'attuale periodo di globalizzazione. In questo contesto, l'interesse ad una ricerca come quella che si sta realizzando è indubitabile, poiché attraverso essa si mettono in luce gli strumenti che proteggono il fallito nei momenti di maggiore debolezza. Il presente lavoro, tuttavia, risulterebbe incompleto se fosse limitato unicamente ad analizzare gli effetti del fallito nella legislazione italiana, per questo si è ritenuto opportuno realizzare una comparazione con quanto viene regolato da un altro ordinamento giuridico, evidenziando come uno stesso fenomeno possa essere disciplinato da due ordinamenti giuridici differenti, appartenenti ad un soggetto politico a carattere sovranazionale quale l'Unione Europea. Tra i diversi temi toccati dalla riforma può scorgersi, ad esempio, quello relativo all'incapacità del fallito, che ha visto accogliere una diversa valutazione introdotta dalla riforma, sempre più lontana dai modelli di specialità¹: non più, quindi, come accadeva in passato quando era oggetto di discriminazione. Così questa riforma è stata valutata indispensabile, in particolar modo nel nostro paese che in questi ultimi anni ha assimilato fortemente una cultura imprenditoriale. Uno degli elementi che caratterizzano la Riforma delle procedure concorsuali delineata dalla l. delega 80/2005 ed attuata con il D.lg. 5/2006 è stata senza dubbio la notevole modifica apportata alla legge del 1942, riguardante gli effetti personali del fallimento per il debitore fallito². Detta riforma «è intervenuta profondamente sulla disciplina

relativa agli effetti di natura personale in capo al debitore conseguenti alla dichiarazione di fallimento, innovandone completamente l'impianto normativo della stessa»³. Situazione analoga e parallela è andata sviluppandosi ormai da tempo nell'ordinamento spagnolo in cui, dopo la Reforma Concursal, mediante Ley 22/2003 de 9 de Julio y Ley Organica 8/2003, sono state apportate profonde modifiche alla Ley Organica del Poder Judicial del 6/1985, che hanno risolto così anche le molteplici problematiche relative alla durata dei processi concorsuali⁴.

Cenni storici sugli effetti personali del fallito nella legislazione italiana e spagnola.

Secondo la giurisprudenza spagnola, come anche quella italiana, in questa materia è stata prodotta un'importante variazione legislativa rispetto alla precedente: in quella relativa al Código de comercio español del 1885, veniva ammessa la retroattività di alcuni effetti del fallimento ad un momento anteriore rispetto alla sua dichiarazione; nella nuova legge fallimentare spagnola, conosciuta meglio con il nome di Ley concursal 22/2003, non si parla più di retroattività degli effetti, ma di produzione degli effetti dal momento dell'emanazione del decreto, da parte del giudice delegato, che dà il via alla procedura fallimentare⁵.

La discussione sulla vera portata da imputarsi alla sanzione di nullità degli atti dispositivi del fallito, si è invece concentrata sugli effetti realizzati esattamente nel periodo anteriore alla sua dichiarazione⁶: già il 2° comma dell'art. 878 affermava che tutti gli atti di dominio ed amministrazione posteriori al tempo in cui avevano retroagito gli effetti del fallimento, sarebbero stati nulli⁷. Per atti di dominio devono quindi intendersi tutti gli atti di disposizione che normalmente un proprietario può esercitare sui beni di sua proprietà, in questo caso, relativi all'attività imprenditoriale. Da un'altra corrente dottrinale minoritaria, veniva sostenuto che gli atti del fallito successivi alla dichiarazione erano affetti da un'inefficacia giuridica diversa⁸ da quella prevista per le altre vicende di nullità⁹.

Dagli inizi degli anni 90'si andò incontro ad una variazione d'orientamento, in un primo momento partendo da singoli casi isolati derivanti dalla dottrina, che ne richiamavano l'attenzione, sino ad arrivare alle reitérate sentenze del Tribunal Supremo de España¹⁰, che adottava un'interpretazione molto flessibile delle norme relative all'incapacità del fallito, secondo le quali la sanzione di nullità raggiungeva soltanto gli atti del fallito che avessero generato un pregiudizio al patrimonio dei creditori, o avessero alterato la par condicio creditorum. In questo modo, si stabilizzava il diritto vivente relativo alle invalidità degli atti del debitore; ad onor del vero nel 2003 venne approvata la Ley Concursal¹¹.

La nuova legge fallimentare, comparata con il vecchio codice di commercio spagnolo, oltre ad eliminare la inabilitazione come effetto di carattere generale per configurarla come una misura estrema ed eccezionale da adottare in una fase più avanzata della procedura, favorisce in concreto il progresso burocratico e giudiziale della procedura concorsuale, nella forma più rapida possibile¹².

Se in Spagna veniva prefigurata come conseguenza alla dichiarazione di fallimento l'inabilitazione, in Italia invece ne derivava l'interdizione¹³.

In Italia infatti, prima di giungere sino ai nostri giorni, la legislazione in materia ha fatto i conti con numerosi cambiamenti dovuti alle esigenze presentate volta per volta dalla dottrina e dalla pratica forense, il Codice di Commercio del 1882 abrogato con l'entrata in vigore del Codice Civile del 42', ha portato via con sé la vecchia locuzione di commerciante, la quale fu sostituita con quella di imprenditore¹⁴.

Il fallimento in Italia era stato pensato inizialmente con il fine di punire pesantemente il fallito, tanto da allontanarlo dalle vicende commerciali intrattenute fino a prima della dichiarazione di fallimento. Emergeva così una figura repressa del debitore fallito, dovuta alle forti limitazioni che doveva sopportare; per non parlare poi della discriminazione sociale che ne derivavano.

2.1 Regime pubblicitario nei diversi ordinamenti giuridici.

Nella cancelleria di ciascun tribunale italiano veniva tenuto un pubblico registro nel quale erano iscritti i nomi di coloro che erano stati dichiarati falliti dallo stesso tribunale, nonché di quelli dichiarati altrove, se il luogo di nascita del fallito si trovava sotto la giurisdizione del tribunale. L'iscrizione all'interno di questo registro, dipendeva semplicemente dall'apertura della procedura concorsuale nei confronti del debitore fallito¹⁵; la successiva cancellazione dipendeva da una seconda sentenza emanata dallo stesso tribunale che determinava la riabilitazione civile. Tutto ciò era disciplinato dall'ormai abrogato art. 50 della legge fallimentare italiana, dove nel suo ultimo comma venivano indicati i riferimenti normativi che regolavano la tenuta dello stesso registro¹⁶.

Indipendentemente da quali fossero state le cause che avessero generato lo stato di insolvenza del debitore, dolose o colpose, l'art. 50 l. fall. assegnava al fallito un'infamia iuris, derivante dallo status di fallito, compromettendone così l'immagine, anche se fosse stata per causa a lui non imputabile¹⁷.

Le incapacità che derivavano dall'iscrizione nel registro dei falliti, sono sinteticamente riportate: «Si trattava, anzitutto, dell'incapacità di svolgere alcune funzioni giurisdizionali o connesse alla giurisdizione (a volte direttamente previste, altre volte collegate con l'art. 8 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12), alla quale può riferirsi l'incapacità di ricoprire l'ufficio di giudice conciliatore (art. 23 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12), di giudice popolare nelle Corti d'assise (art.9 legge 10 aprile 1951 n. 287), di consigliere delle Camere di Commercio (art.4 d.lg.lgt. 21 settembre 1944 n. 315), di curatore fallimentare (art. 28 L.F.) e di commissario nelle procedure di amministrazione controllata e concordato (art. 188 e 163 L.F.), di consulente tecnico (art. 15 e 16 disp. att. C.P.C.) e l'incapacità di partecipare al concorso per uditore giudiziario (art. 124 T.U. 30 gennaio 1942 n. 12) o di essere nominato arbitro (art. 812 C.P.C.). Altre incapacità erano collegate altrove: oltre agli incarichi sopra ricordati si segnalavano l'incapacità alle funzioni di tutore e protutore (art. 350, 355 e 393c.c.), di amministrazione di società di capitali (art.2382 e 2487 c.c.) o di cooperative (art. 2516 c.c.) di sindaco (art. 2488 e 2516 c.c.) di rappresentante comune di

obbligazionisti (art. 2417 c.c.). Tra le ulteriori incapacità relative a determinate attività professionali comparivano: agente di cambio, avvocato e procuratore legale, dottore commercialista, ragioniere, perito commerciale, geometra, agrario, mediatore professionale, assicuratore, notaio, gestore di magazzini del monopolio, e così via. Va però segnalato che l'art. 2 del D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, nel prevedere la perdita dell'elettorato a carico del fallito, prescriveva che l'incapacità poteva durare fino alla chiusura della procedura fallimentare, e comunque non oltre i cinque anni dalla sentenza dichiarativa; limitazione temporale eccezionale rispetto alla previsione dell'art. 50 l. fall.»¹⁸.

Queste limitazioni venivano meno mediante la sentenza di riabilitazione¹⁹ che il giudice emanava con il fine di reintegrare il fallito nella società. L'art. 150 d.lgs. 5/2006 avendo stabilito che «le procedure di fallimento pendenti alla data del 16 luglio 2006 sono definite secondo la legge anteriore», riteneva l'ammissibilità di istanze di riabilitazione

proposte nell'ambito di procedure chiuse prima di tale data, riconoscendo una sorta di “pendenza virtuale” di questi procedimenti. Si negava, invece, la cancellazione del nominativo dal pubblico registro per eliminazione fisica dello stesso. L'art. 9 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (entrato in vigore il 1° gennaio 2008), che correggendo ed integrando il d.lgs. 5/2006, ha chiarito che con la chiusura del fallimento cessano le incapacità personali da questo derivante (art. 120 legge fall.).

L'art. 22 del medesimo provvedimento ha stabilito che le disposizioni del decreto correttivo «si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore, nonché alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore», per cui per i fallimenti aperti dopo il 16 luglio 2006 e per le procedure pendenti alla stessa data “dovrebbero” trovare applicazione rispettivamente il decreto legislativo 5/2006 nella versione originale e la legge anteriore. È stata successivamente portata chiarezza dalla Corte Costituzionale²⁰, con la dichiarazione d'illegittimità degli artt. 50 e 142 legge fall., relativi al testo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 5/2006, nella parte in cui stabiliva che le incapacità personali del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento, perduravano oltre la chiusura della procedura concorsuale²¹. Si è potuto così

dedurre che, con la chiusura del fallimento, è derivata la cessazione automatica delle incapacità, indistintamente per tutti i falliti ed indipendentemente dalla data di apertura del fallimento: tra l'altro la suddetta cessazione viene estesa a tutte le vicende non ancora concluse, alle quali si sarebbero applicati gli art. 50 e 142 l. fall., se non fossero stati dichiarati incostituzionali da parte della Corte. Inoltre dal 1° gennaio 2006 non esiste alcuna relazione con il registro dei falliti, sia perché è stato cancellato, sia perché è venuto meno l'istituto della riabilitazione ad esso collegato. In questo modo troverà applicazione il nuovo regime di incapacità ex tunc verso i falliti, precedenti quindi alla riforma²². L'abrogazione di tale registro non ha significato tout court il venir meno di qualsiasi incapacità, poiché restano in vita le limitazioni previste dal codice civile o derivanti da altre disposizioni di legge, che si applicano ugualmente al fallito, indipendentemente dall'esistenza o meno di una qualsiasi forma pubblicitaria ad efficacia costitutiva, quale era il registro dei falliti, ma riconducibile agli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento²³. I problemi di incostituzionalità che apparivano prima dell'abrogazione del registro dei falliti erano quelli relativi alla durata delle incapacità, che andavano oltre i tempi ragionevoli della procedura fallimentare, esattamente in contrasto con l'art. 111 Cost., Questi problemi erano stati tra l'altro sollevati dalla stessa Corte di Strasburgo, che reputava illegittimo anche l'art. 142 l. fall.²⁴.

Se in passato la presenza del registro dei falliti presentava forti problemi di incostituzionalità nel porre limitazioni agli imprenditori insolventi, anche per cause esterne alla loro responsabilità, con conseguenze discriminatorie nell'ambito sociale "etichettando" gli iscritti, oggi invece, con la sua abrogazione si conquista una maggior libertà e contemporaneamente si perde quella garanzia pubblicitaria che in un certo senso proteggeva il resto dei consociati. Il nostro sistema pubblicitario, può senza dubbio differenziarsi da quello spagnolo che a seguito della riforma 22/2003 ha subito qualche cambiamento. Innanzitutto, prima della riforma, si parlava di inabilitazione del fallito, il cui regime pubblicitario veniva regolato dall'art. 1.337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; una pubblicità in forma edittale del fallimento, da realizzarsi nel comune del domicilio del debitore, (definito anche dalla giurisprudenza spagnola come il luogo ove la persona, fisica o giuridica, possiede la sua residenza con le relazioni commerciali derivanti dalla sua attività), pubblicando la notizia presso l'albo delle autorità giudiziali dei rispettivi comuni appartenenti alla stessa provincia e attraverso anche la pubblicazione sui quotidiani ufficiali e nel Registro Civile, attenendosi alla normativa contenuta nell'art. 1.044, co. 5 del Código Civil. Tutto ciò in base alla discrezionale valutazione da parte del Giudice, che se riteneva opportuno, poteva modulare l'estensione pubblicitaria. Si trattava non soltanto di pubblicizzare l'evento, quanto anche di garantirne un diritto alla

prevenzione, in forma trasparente, rispetto ad eventuali problemi derivanti da relazioni che si sarebbero potute intrattenere con i terzi ignari del fallimento²⁵. Subito dopo la riforma, invece, si riscontra una evoluzione oggettiva: oggi la forma pubblicitaria si divide in due categorie, *publicidad registral* e *publicidad no registral*, regolate entrambe dalla Ley Concursal 22/2003; ai sensi dell'art 23 della L.C., la pubblicità del procedimento concorsuale, denominata "no registral", in quanto non relazionata con il Registro Civile, come accadeva invece per il regime pubblicitario passato, si concretizza attraverso mezzi telematici, informatici ed elettronici, in forma tale da garantire la sicurezza delle comunicazioni. L'estratto della sentenza concorsuale viene pubblicato con urgenza nel Bollettino Ufficiale dello Stato in forma gratuita, con le generalità del debitore fallito, e gli estremi del giudice competente, che d'ufficio, come nel vecchio regime pubblicitario, può incrementare l'intensità della pubblicizzazione. La fruibilità delle informazioni, tra l'autorità giudiziaria ed i responsabili pubblicitari, avviene in forma telematica, comprese anche quelle dirette verso il Registro Pubblico Concorsuale. Per ciò che riguarda invece la "publicidad registral", giustificata dal fatto che continua a mantenere i vecchi schemi adottati dalla precedente disciplina pubblicitaria si concreta attraverso la pubblicizzazione diretta, effettuata in forma telematica presso il Registro Civile, purché si tratti di persona fisica, trasmettendo anche i dettagli della procedura concorsuale. Mentre in tutti gli altri casi, e cioè trattandosi di persona giuridica l'iscrizione avverrà presso altro registro pubblico che sarà idoneamente scelto dal giudice delegato²⁶. Si può dunque evincere una differenza sostanziale tra i due diversi regimi pubblicitari: infatti, se nella struttura della Legge fallimentare italiana, fino a poco tempo fa, era presente il registro dei falliti, come uno degli elementi determinante gli effetti personali del fallito, in quella spagnola invece, non compare alcuna forma pubblicitaria riconducibile a questo tipo, né in passato e né tanto meno dopo la riforma.

3.1 Sentenza dichiarativa di fallimento e facoltà del debitore fallito.

La mancanza di univocità, tra le diverse correnti dottrinali, riferibili alle scelte di ciò che potrebbe essere collocato come mero effetto personale e ciò che invece potrebbe essere considerato come effetto di natura patrimoniale, è individuabile anche all'interno della cultura giuridica spagnola.

Laddove la giurisprudenza fa rientrare come effetto personale anche la facoltà del debitore fallito di disporre ed amministrare il suo patrimonio, la dottrina, diversamente, colloca questo tema in un coteo separato, riservandosi ad argomenti piuttosto delicati, legati ai diritti fondamentali civili e politici, libera circolazione, comunicazione.

Per maggiore completezza si è preferito integrare alla nostra analisi anche ciò che è considerato come effetto conseguente alla sentenza dichiarativa di fallimento, che in larga misura potrebbe avere dei caratteri di natura patrimoniale, che però secondo altre correnti dottrinali verrebbe considerata come limite alla capacità di operare. Ci riferiamo senza dubbio alle facoltà che il debitore fallito assume una volta che sia stato dichiarato il fallimento in merito all'amministrazione e la disposizione dei beni.

Proseguendo, quindi, l'indagine, si può notare la presenza di una duplice tipologia procedurale che vede protagonista il debitore secondo la legislazione spagnola: essa può avere natura, volontaria, nel caso in cui l'istanza sia pervenuta su volontà del debitore (art. 40.1 L.C.), o necessaria (art. 40.2 L.C.), nel caso in cui l'iniziativa sia pervenuta da parte di persona distinta da quella del debitore.

La regola generale afferma che nel primo caso il debitore conserverà le facoltà di amministrazione e disposizione, rimanendo però sottoposto all'intervento degli amministratori mediante una sua autorizzazione, mentre nel secondo caso verrà sospeso dall'esercizio di queste facoltà, essendo sostituito dagli amministratori concorsuali integralmente: nel primo quanto nel secondo caso, possono sussistere delle deroghe ai sensi dello stesso art. 40 comma 3 Ley Concursal, dove esplicitamente si afferma che il giudice può concordare una modifica al regime prescelto, prevedendo la sospensione delle facoltà in caso di procedimento volontario, oppure il diritto d'intervento concesso al debitore, nel caso di procedimento necessario. Non è dunque un sistema immutabile, poiché lascia ampio spazio a deroghe, dipendenti dalle necessità in corso²⁷. In entrambi i casi è previsto un accordo, in cui si evidenzino i rischi da evitare, ed i vantaggi da conseguire²⁸ (art. 40.3 L.C.), ed il rispetto delle forme pubblicitarie, anche in caso di modificazioni della procedura fallimentare, ai sensi dell'art. 40 comma 4.

Sembra quasi naturale attribuire maggiore benevolenza a chi, vivendo una situazione di insolvenza, non voglia aggravare più di tanto la sua situazione debitoria, né tantomeno menomare quella creditoria, rispetto a chi invece più o meno dolosamente cerca di nascondere la sua insolvenza peggiorando entrambe le situazioni: effetto altrettanto naturale, apparirebbe quello che riguarda la procedura concorsuale necessaria che preclude al debitore a priori le facoltà di operare sul suo patrimonio²⁹.

Della Ley concursal emerge una chiara idea di salvaguardia del patrimonio sociale, con il fine di continuazione dell'attività imprenditoriale (art. 44.1 L.C.) tenendo sempre presente, che nel caso di necessità il debitore può sempre chiedere al giudice, di propria iniziativa, o anche da parte degli amministratori straordinari, che vengano modificate le condizioni procedurali, addirittura chiedendone l'interruzione dell'attività con la chiusura (art. 44.4 L.C.). L'intenzione di tutelare l'attività dell'imprenditore nella sua posizione giuridica soggettiva è strumentalmente collegata con un altro discorso di pari importanza, e cioè garantire il diritto dei creditori che, in virtù di prematura chiusura dell'attività imprenditoriale, potrebbero vedersi rischiosamente alterate le possibilità di conseguimento del loro credito (art. 43.1 L.C.).

Si spiega anche perché è proibita l'alienazione dei beni senza autorizzazione rilasciata da parte del giudice, salvo quei beni o diritti, la cui conservazione sarebbe impossibile o più costosa rispetto alla perdita che si avrebbe con la vendita non autorizzata³⁰ (art. 43.2 e 3 L.C.)

La situazione non è altrettanto favorevole per il debitore, se parliamo di legislazione italiana.

Infatti, precedentemente alla Riforma, la sentenza che dichiarativa il fallimento, produceva provvisoriamente, una pluralità di effetti dal momento del pronunciamento in Camera di Consiglio, e definitivamente dal giorno della sua pubblicazione, riferiti alle limitazioni imposte al fallito³¹; oggi invece, molti di quegli effetti negativi sono venuti meno e vengono riprodotti in maniera più contenuta per mezzo della Riforma della l. fall. che "ordina" al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori, entro tre giorni, se non è stato ancora eseguito a norma

dell'articolo 14; disposizioni efficaci dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile³². Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza presso l'ufficio del registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma³³.

Come prima conseguenza alla sentenza dichiarativa di fallimento rileva la perdita dell'amministrazione ed il relativo spossessamento dei beni, ai sensi dell'art. 42 della legge fallimentare italiana. Una valida giustificazione a questa forma di provvedimento piuttosto severo, è la tutela degli interessi dei creditori, che altrimenti vedrebbero pregiudicati i propri crediti. Va aggiunta una riflessione a tal proposito, e cioè che questa durezza, nei confronti del debitore, ha origine all'interno del codice civile del 42', esattamente all'interno dell'art. 2740 dove viene stabilito che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Uno spossessamento che non può certo essere equiparato al pignoramento per diverse ragioni, dato che per un lato vengono coinvolti i beni futuri, e per altro non si incontrano gli stessi limiti che si trovano all'interno del codice di procedura civile. Lo spossessamento che ne deriva è il risultato della sentenza dichiarativa di fallimento³⁴.

3.2 Limitazioni dei diritti fondamentali come conseguenza alla dichiarazione di fallimento.

La dichiarazione di fallimento con relativa sentenza, porta con sé senza dubbio conseguenze limitative non soltanto di carattere patrimoniale dell'imprenditore fallito, ma anche relative ai diritti fondamentali, tutelati dalla Corte europea di Strasburgo³⁵.

Per quanto riguarda la Costituzione Spagnola³⁶, i diritti civili e libertà fondamentali, sono espressamente garantiti dagli articoli 14 - 29, con la previsione che tutte le limitazioni a tali diritti dovranno essere giustificate da un interesse super partes, ossia quello della pacifica convivenza sociale³⁷.

Dette limitazioni, titolate all'art. 41 della Ley Concursal, vengono disciplinate dall'art. 1 della **Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (che ha modificato la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)** che oltre ad elencarle in modo esaustivo, ne dà una **lucida illustrazione**³⁸.

Anche la Costituzione italiana, allo stesso modo di quella spagnola, prevede che possano essere applicate delle limitazioni ai diritti fondamentali, come la libertà di circolazione oppure ancora la segretezza nella corrispondenza³⁹.

È pacifico sostenere che questi principi, pur facendo rispettare i diritti civili, richiamati poi nella riforma fallimentare, non sono da considerarsi assoluti; a maggior ragione se ci si trova nella situazione di farne rispettare degli altri che abbiano altrettanta importanza, come ad esempio quello relativo alla sicurezza sociale.

I diritti fondamentali universalmente riconosciuti, sono dunque limitati a seconda dei casi concreti, e l'analisi che verrà effettuata con rispetto ai due ordinamenti, in riferimento alle due leggi sarà quella non tanto finalizzata ad elencare le diverse situazioni che si presentano di volta in volta, bensì, quella di andare alla ricerca delle diverse prospettive che emergono in funzione delle due leggi; come cioè due nazioni hanno predisposto due leggi che hanno per oggetto la regolazione di uno stesso fine. Alla luce delle diverse interpretazioni che nascono dai due diversi testi normativi, più che dalle necessità in concreto, emerge che eventuali differenze vengono fuori in relazione alla cultura giuridica, politica o sociale di un Paese⁴⁰.

La legge fallimentare italiana in tema di diritti fondamentali, esattamente agli artt. 48 e 49⁴¹, ha subito significativi cambiamenti attraverso la riforma, e prima della sua entrata in vigore alcune correnti dottrinali ne sostenevano la piena legittimità nonostante il giudizio espresso più volte dalla Corte costituzionale in svariate sentenze non era stato affatto favorevole⁴² (sent. Corte cost. 267/2002).

Seppur in ritardo, la riforma ha consentito l'adeguamento della materia agli standard richiesti da parte delle Convenzioni internazionali, la cui mancata adozione avrebbe comportato il rischio di sanzioni imposte dal Consiglio d'Europa⁴³: si riuscì a superare in questo modo il concetto secondo cui il fallimento veniva considerato come fattispecie di reato, tale da comportare conseguenze meramente restrittive nei confronti del fallito: si può ricordare così il vecchio registro dei falliti (ex art. 50 l. fall.), che decurtava la libertà civile a tutti coloro i cui nomi comparissero al suo interno⁴⁴.

Oggi il nuovo art. 48 asserisce che il fallito persona fisica è tenuto a consegnare al curatore la propria corrispondenza di ogni genere, inclusa quella elettronica, riguardante i rapporti compresi nel fallimento. La violazione di detti obblighi comporterà la perdita del beneficio di esdebitazione, in qualità di sanzione, ai sensi dell'art. 142 n. 3 l. fall. «L'inosservanza, invece, da parte degli amministratori o liquidatori di società o enti sottoposti a procedure concorsuali non ha alcuna sostanziale conseguenza, tenuto conto che l'istituto dell'esdebitazione non trova applicazione nei confronti di costoro»⁴⁵.

Il Curatore dopo aver ricevuto tutta la documentazione da parte del debitore fallito, non dovrà limitarsi alla semplice visione di quella riferita al momento della dichiarazione di fallimento, ma dovrà analizzare anche quella più antiquata, se la causa di fallimento ha avuto origini più lontane. In base poi ad un'interpretazione estensiva, avallata dalla dottrina⁴⁶, si è ritenuto che l'art. 48 vada esteso anche agli short message, poiché costituiscono parte integrante della comunicazione riguardante la telefonia mobile.

Con la riforma il debitore fallito da soggetto responsabile diviene collaboratore del curatore.

L'intenzione del legislatore però non è sempre stata la stessa, infatti, prima della riforma del 2006, veniva regolato un comportamento più restrittivo di quello vigente. Innanzitutto era prevista la relazione tra più parti: a cominciare dal cancelliere, che comunicava, mediante raccomandata, alla direzione postale sull'esistenza della sentenza dichiarativa di fallimento che lo obbligava a deviare tutte le comunicazioni dirette al debitore fallito, presso il curatore. Questi, dopo aver fatto una selezione delle comunicazioni

ritenute interessanti ai fini procedurali, restituiva quelle di carattere personale al debitore fallito.

La giurisprudenza ha rilevato l'incostituzionalità dell'art. 48 laddove violava il diritto alla segretezza epistolare; mentre, i difensori dell'art. 48 replica[n]o, osservando che i provvedimenti del Curatore potevano essere impugnati davanti al giudice delegato ex art. 36 1. fall., «sicché proprio con tale strumento il fallito avrebbe potuto impugnare il diniego del curatore alla consegna della corrispondenza personale, vale a dire quella estranea agli interessi patrimoniali, che quest'ultimo non era legittimato a trattenere»⁴⁷.

Il curatore giustificava la sua legittimità ad ingerirsi nelle comunicazioni personali del fallito in quanto autorizzato dalla sentenza dichiarativa di fallimento, che gli attribuiva questo potere; con il fine di procedere ad una cernita delle comunicazioni a lui importanti.

La Corte Costituzionale dichiarava così la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 48 l. fall.⁴⁸.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo invece si era limitata ad osservare che la consegna al curatore della corrispondenza diretta al fallito non realizzava una violazione del diritto al rispetto della corrispondenza, tutelato dalla costituzione, a condizione però che la durata della procedura fallimentare non sia stata pregiudizievole nei riguardi del fallito relativamente ai diritti civili⁴⁹.

Oggi invece la situazione apparentemente sembra essersi invertita⁵⁰ e cioè, il fallito diviene protagonista della vicenda relativa alle comunicazioni, venendo riammesso nella posizione di soggetto destinatario dei diritti civili senza alcuna limitazione: è lui stesso ad effettuare la selezione di tutte le comunicazioni che risultino pervenute presso il suo domicilio. Questo obbligo di cui si parla, riguarda anche il rappresentante legale del debitore, qualora ne fosse assistito e per le persone giuridiche soggette a fallimento, l'obbligo

risulterebbe riferito a tutti gli amministratori o liquidatori che si presumano responsabili. Non sono previsti termini di consegna né tantomeno sanzioni correlate; non è stabilito neppure che l'autorità giudiziaria possa limitare la libertà di corrispondenza quando il fallito non abbia rispettato i termini dell'art. 48, piuttosto viene concesso un "premio" per il debitore diligente, consistente nell'esdebitazione regolata dall'art. 142⁵¹.

Prima dell'emanazione del D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, correttivo del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 che metteva in atto la riforma fallimentare, precisamente nel "periodo transitorio", sorgevano alcuni problemi di diversa natura in riferimento al contenuto dell'art. 48 l. fall.: la Corte Costituzionale, in questo periodo, adita per esprimersi nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 48 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa)⁵² dichiarò la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

Oggi quindi, non viene disciplinato nessun obbligo in capo agli amministratori, liquidatori di persona giuridica o rappresentanti dell'ente soggetto a procedura fallimentare, poiché questo nuovo comma stabilisce a priori che la corrispondenza diretta al fallito che non sia persona fisica, deve essere consegnata direttamente al curatore. Questa genericità data dalla nuova norma, porta ad un margine più ampio di interpretazione, rispetto a quella precedente. In un certo senso, viene ripristinata la chiarezza dell'originaria norma del 42' che senza dubbio designa il Curatore come destinatario diretto delle comunicazioni del dichiarato fallito: con l'unica differenza, che questa volta si tratta di "persona non fisica". In questo modo viene tutelato il diritto alla segretezza epistolare per le persone fisiche, a tutti gli effetti, indipendentemente dal fatto che siano falliti o meno, poiché è un diritto costituzionalmente garantito⁵³.

In definitiva, lo status di fallito essendo una situazione eccezionale, rispetto agli standard di comunità sociale tutelati dalla Costituzioni a base democratica e dalla Corte europea di Strasburgo, con la riforma viene considerato quasi un soggetto "comune", come se sul suo capo non incombesse alcuna singolarità:

questo induce a pensare ad una indistinta tutela della classe imprenditoriale, buona o cattiva che sia⁵⁴.

Per ciò concerne invece la legge fallimentare spagnola, è previsto che eventuali limitazioni debbano essere decise da parte del giudice, con relativa motivazione, in ragione della misura cautelare adottata, considerata come idonea. L'emanazione di una misura cautelare, dovrà calcolarsi in base al tempo necessario per il quale risulterebbe utile, e non oltre, per evitare inutili giustizialismi, cercando così di raggiungere il risultato perseguito, senza pregiudizio alcuno nei confronti del debitore: nulla toglie che il giudice possa, in un secondo momento, decidere di prorogare dette misure per un ulteriore tempo: nel caso in cui si trattasse di fallimento di una persona giuridica, le misure previste per la persona fisica, potranno applicarsi per via analogica anche a tutti od alcuni degli amministratori o liquidatori ritenuti responsabili (art. 1, co. 2° L.O.)⁵⁵.

La sentenza dichiarativa di fallimento, può incidere su tre diritti fondamentali del fallito: primo tra questi risulta essere l'intervento nelle comunicazioni del debitore, dove viene garantito il segreto dei contenuti che siano al di fuori degli interessi del procedimento.

La Costituzione spagnola, esattamente al 3° comma dell'art. 18, oltre a garantirne la segretezza, dà una chiara indicazione dei tipi di comunicazione che vengono limitati nei casi previsti dalla legge: e cioè, postale, telegrafica e telefonica⁵⁶. Nulla, però, viene specificato in merito alla comunicazione elettronica, la quale, per questioni di principio verrebbe ugualmente ricompresa tra i tipi previsti dalla legge: in ogni caso dovranno rispettarsi i principi contenuti nell'art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1° comma: potrà il giudice accordare la detenzione della corrispondenza privata, postale e telegrafica che il fallito inviasse o ricevesse, al fine di ottenere indizi relativi a fatti od atti utili alla causa,⁵⁷ ovviamente con la presenza del convenuto (art. 584 L.E.C.)⁵⁸. Altro diritto limitato per ragioni cautelari, disciplinato dal 1° comma dell'art. 41 punto 2, è quello di circolazione, attraverso l'obbligo di residenza, con la trasformazione in arresti domiciliari o carcerari se ne derivasse una violazione a tale obbligo, per il tempo indispensabile al fine di assicurare il risultato del processo⁵⁹.

Nella stessa sentenza, il tribunale considera che la limitazione del diritto alla libertà di circolazione del fallito, consistente nel divieto di allontanarsi dal luogo di residenza, abbia l'obiettivo di garantire il mantenimento dei contatti col debitore, per facilitare lo sviluppo del procedimento: ciò risponde ad un fine legittimo nel senso indicato dall'art. 2 del Protocollo n° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales col fine di proteggere i diritti dei terzi che sono i creditori. Le misure restrittive adottate devono essere adeguate all'obiettivo che si pretende raggiungere (l'ottenimento delle informazioni rilevanti per il processo fallimentare), garantendo il dovere di collaborazione del debitore⁶⁰. L'eccezionalità della restrizione della libertà al debitore, o addirittura la sua privazione, deve essere proporzionata alla libertà stessa che viene decurtata, in modo tale da evitare una irragionevole applicazione di questa disposizione.

Se si trattasse di fallimento di persona giuridica, le misure previste in precedenza, potranno applicarsi verso tutti o alcuni degli amministratori o liquidatori; sia nei confronti di chi abbia ricoperto la carica di amministratore al momento della sollecitazione di fallimento, come anche chi abbia amministrato nei due anni anteriori alla dichiarazione stessa (co. 2 art. 1° L.O.). In tal senso emerge un chiaro riferimento ad una situazione di colpevolezza, che ha portato all'insolvenza della società, quindi al suo fallimento (art. 48.3 L.C.)⁶¹.

L'ultimo dei diritti fondamentali, che può soffrire di una giustificata limitazione, è l'entrata nel domicilio del debitore; ai sensi del 3° comma dell'art 1° de la Ley Organica 8/2003, questo dovrà basarsi, in tutti i casi, nell'esistenza di indizi relazionali e presenza di documenti di interesse rilevante, validi per la procedura fallimentare, e che non fossero stati portati in giudizio (co. 5 art. 1 L.O.).

Nel complesso, si tratta di limitazioni che hanno la finalità di assicurare che il debitore, persona fisica, stia a disposizione del tribunale che si occupa della procedura fallimentare; possiedono carattere eccezionale, e possono essere adottate soltanto quando ne risulti la loro indispensabilità e l'eventuale proroga delle misure, di cui si è illustrato precedentemente, può essere imposta soltanto previa udienza e disposizione da parte del pubblico ministero, che ne pondererà la sua idoneità, stabilendone anche la durata: durante il tempo di vigenza della misura, il giudice può di sua iniziativa, senza la consultazione con il pm attenuare

l'intensità della misura. Per alcune diverse correnti di pensiero, è ritenuto che debbano applicarsi le stesse regole derivanti dal processo civile o penale, previa udienza del convenuto, dipendendo sempre dalla gravità dei reati compiuti⁶².

In questa fase potrebbe apparire evidente, per ciò che riguarda la struttura normativa nel disciplinare gli argomenti analizzati sino ad ora, la mancanza di convergenza tra i diversi ordinamenti.

Ciò rileva perfino nella prosecuzione dell'analisi di ulteriori disposizioni normative, che consentono di concludere il discorso sui diritti fondamentali; si nota infatti che se la Ley concursal, rimanda ad un'altra legge la regolazione di questi diritti, disciplinati in un solo articolo (art.1 Ley Organica **8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal**), la legge fallimentare italiana al contrario, si avvale dell'art. 49 senza compiere alcun rinvio.

3.3.1 Obblighi del fallito secondo la legislazione italiana.

Come in precedenza era stato accennato, gli obblighi che il fallito ha verso la giustizia, si completano attraverso la lettura dell'art. 49 l. fall., laddove la nuova formulazione, ha rovesciato il suo vecchio funzionamento, mantenendosi conforme al principio contenuto nella legge delega che ne ha dato attuazione. In questo modo è stato abrogato il potere del giudice delegato, di poter disporre coattivamente l'accompagnamento del fallito, in caso di violazione della precedente formulazione dell'art. 49 che prevedeva l'obbligo di presentarsi se convocato⁶³.

La formulazione del vecchio art. 49, comprimeva fortemente uno dei diritti fondamentali del cittadino, limitati secondo la stessa Carta costituzionale soltanto in funzione di interessi d'equivalente importanza e

cioè per motivi di sicurezza o sanità.⁶⁴ Nonostante ciò, la stessa Corte ha promosso un giudizio di legittimità costituzionale⁶⁵: una corrente dottrinale opposta però, ne difendeva fini e contenuti, trovando una giustificazione nel combinato disposto degli artt. 13 e 16 Cost.⁶⁶.

Oggi invece la nuova norma garantisce un ampio margine di libertà che precedentemente non si aveva: infatti, considerando sullo stesso livello, persona fisica, amministratori e liquidatori di società fallita e richiamando implicitamente il secondo comma dell'art. 48, si è potuto stabilire, in base ad un'estensione dell'interpretazione dell'art. 48 che siano questi, responsabili dell'amministrazione ordinaria o straordinaria, ad essere obbligati ad informare il Giudice delegato in caso di cambiamento definitivo di residenza o domicilio del debitore fallito. Ovviamente, il mancato rispetto di quanto appena esposto, comporta la perdita del beneficio di esdebitazione per il fallito persona fisica, e sotto il profilo penale le conseguenze previste dall'art. 220 l. fall⁶⁷.

Un'altra novità riguarderebbe il dovere di collaborazione richiestogli, attenuato significativamente poiché è consentita la possibilità di presentarsi alle autorità attraverso interposta persona, quale il mandatario, non più per legittimo impedimento, ma per un semplice giustificato motivo. Dovere di collaborazione che si concreta nel semplice scambio di informazioni o chiarimenti, come recita appunto il secondo comma dell'art. 49 "Se occorrono informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura, i soggetti di cui al primo comma devono presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori".

Ad ogni modo, la nuova residenza deve essere quella risultante dai pubblici registri, e non quella anagrafica. Circostanza che induce a interpretare l'assenza di violazione nel caso in cui la modifica di residenza o domicilio sia soltanto temporanea o circostanziale⁶⁸.

3.3.2 Diritto agli alimenti a favore del fallito e della sua famiglia, in particolare la casa del fallito.

La riforma italiana, in tema di alimenti, non ha toccato la ratio contenuta nell'art. 47 della l. fall. per gli aspetti che qui rilevano; il primo comma, concede in effetti, nel caso di necessità per il fallito e per la sua famiglia, un sussidio economico, su ordinanza del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori ed il curatore, ove nominato: questo deve essere un sussidio a titolo di alimenti per lui e per la sua famiglia, venendo così esclusa qualsiasi forma d'aiuto esterno⁶⁹.

In questo modo, il principio della generale indisponibilità dei beni del fallito, conseguente alla dichiarazione di fallimento, soffre due eccezioni: la prima di queste, è indubbiamente relazionata allo stato di necessità, al quale la legge non può fare a meno di dare la giusta importanza: si tratta cioè di un presupposto oggettivo, ricollegabile al fatto che sia precluso lo svolgimento di qualsiasi altra attività. In tal caso il sussidio consisterebbe in un prelievo dall'attivo, generalmente periodico, gravante sulla massa⁷⁰.

Proseguendo la lettura dell'art. 47, esattamente al 2° comma, viene introdotto un concetto anch'esso strettamente legato alle necessità del fallito e della sua famiglia, si parla cioè di una seconda deroga al principio d'indisponibilità dei beni soggetti alla procedura. In merito emergono due teorie dottrinali contrapposte nella sua interpretazione: la prima, asserisce che la casa del fallito non possa essere venduta, se non dopo la liquidazione della massa attiva, garantendo il diritto di abitazione. La seconda teoria invece interpreta il secondo comma in un altro senso: poiché il diritto di abitazione è garantito indipendentemente dal tempo in cui sia effettuata la vendita, non importa che questa sia stata fatta prima o dopo la liquidazione della massa attiva. Di conseguenza, la vendita può essere fatta in ogni tempo. Con ciò si aggiunge inoltre, che laddove la casa presenti dimensioni spropositate al semplice uso necessario, nulla toglie che il curatore possa sottrarre la disponibilità abitativa di quella parte eccedente le necessità⁷¹.

Problema che invece non si pone secondo la Ley concursal, in quanto tra le righe dell'art. 47 non si fa riferimento alcuno alla casa del fallito.

Prendendo in considerazione il fatto che il debitore fallito non possa realizzare atti di disposizione, salvo quelli relativi all'attività imprenditoriale, e che soltanto ha diritto di gestire il suo patrimonio, trattandosi di procedura concorsuale volontaria, dovrà fare i conti con le utilità economiche sufficienti al mantenimento suo e della sua famiglia. Le persone rispetto alle quali il debitore fallito è obbligato al mantenimento (componenti familiari), potranno ricevere una quota alimentare decurtata dalla massa attiva solo nel caso in cui le altre persone giuridicamente obbligate (altri debitori del fallito o suoi parenti) non possano adempiere: in questo caso si suppone che non esistano debitori del fallito oppure esistendo versino in uno stato socio - economico eguale, se non anche peggiore che li terrebbe sollevati da qualsiasi obbligo economico.

La quota, viene decisa dal giudice delegato su istanza del fallito se il fallimento è di natura necessaria, ed in questo caso il giudice, con istanza del fallito o della stessa amministrazione concorsuale può decidere la modifica della stessa, che gli sia stata precedentemente assegnata: diversamente, e cioè in caso di procedura fallimentare volontaria, la quota sarà decisa da parte dell'amministrazione concorsuale⁷².

Ai sensi dell'art. 142 Codice civile, per diritto a ricevere alimenti si intende, tutto ciò che è indispensabile alla conduzione di una vita dignitosa, facendo fronte a tutte le necessità familiari: più precisamente, educazione e istruzione dei minori e formazione anche dei figli maggiorenni nel caso in cui non abbiano iniziato ancora un'attività lavorativa relazionata alla formazione; spese per il parto, assistenza medica di ogni genere, purché necessaria⁷³.

Il diritto agli alimenti, ha però un limite che coincide con l'inizio della fase di liquidazione, cioè la fase in cui si procederà al riparto dei crediti o dei beni, qualora si procedesse ad assegnazione, sempre e comunque al fine di soddisfare i creditori (art. 47 1° co.).

Se avrà luogo l'apertura della fase di liquidazione, si produrranno gli effetti conseguenti, stabiliti all'interno dell'art. 145.2 Ley concursal, consistenti nell'estinzione del diritto agli alimenti con carico sulla massa attiva. Questa limitazione va intesa in senso ampio, cioè ricomprendendo non soltanto la massa attiva del fallito durante la fase di liquidazione, quanto anche quella di qualsiasi altro soggetto che sia tenuto legalmente a versare una quota al debitore del fallito⁷⁴.

Dopo una breve comparazione dei rispettivi artt. 47, si possono trarre alcune conclusioni limitatamente alle differenze che ne emergono: se per la legge italiana, non sembrano comparire limiti all'erogazione della quota alimentare, anche durante la fase di liquidazione, in quella spagnola, le cose sembrano stare diversamente, poiché come visto in precedenza il limite sussistente coincide con la data di inizio della fase di liquidazione.

Altro punto fondamentale di non poca importanza è la casa del fallito; tema regolato dal secondo comma dell'art. 47 della legge fallimentare italiana, considerandosi pertanto come un aspetto speciale della vicenda fallimentare: la legge spagnola, poiché non menziona tale aspetto rischia così di far distrarre⁷⁵ la casa del fallito anche prima dell'inizio della fase di liquidazione.

In definitiva, anche se all'apparenza sembrerebbe concesso maggiore spazio dalla legge spagnola, in realtà una interpretazione restrittiva della normativa porterebbe invece alla perdita di benefici che vengono almeno garantiti dalla legge italiana.

Conclusioni

In Italia «le modifiche introdotte sono espressioni del definitivo superamento da parte del legislatore del

2006 della qualificazione del fallimento come fattispecie di reato, tale da comportare conseguenze afflittive in capo al fallito»⁷⁶; infatti già a partire dalla legge delega, coerentemente con una concezione non più sanzionatoria ed afflittiva del fallimento, l'art. 1, 6° comma, n. 4, prescrive di modificare la disciplina delle conseguenze personali del fallimento, eliminando le sanzioni personali limitatamente alle sole esigenze della procedura»⁷⁷. Anche in Spagna, rispetto agli orientamenti anteriori che facevano parte di una indiscussa corrente dottrinale, più propensa a giustificare il fallimento con le relative limitazioni di disposizione e di amministrazione, non tanto come una situazione finalizzata alla protezione dei creditori del fallito, ma come una conseguenza sanzionatoria per la persona fallita⁷⁸, vedono con questa riforma il "quasi capovolgere della situazione"⁷⁹.

Laddove nel Diritto italiano sono state riformate norme di notevole intensità, ricevendo un impulso politico più limitato, in quello spagnolo invece, con la Riforma del 2003, la situazione è stata di gran lunga più incisiva⁸⁰.

Un dubbio di tipo strutturale, non meno importante, sorge in relazione al fatto che dottrina e giurisprudenza non hanno, costantemente, un'intesa univoca nell'identificazione degli effetti personali: considerando la stretta relazione che intercorre tra questi e gli effetti patrimoniali, sono state poste sotto esame anche alcune norme che disciplinano gli effetti a contenuto patrimoniale, però secondo una prospettiva di natura personale. Già la vecchia normativa fallimentare, «dedicava il capo terzo del titolo secondo agli effetti del fallimento, distinguendoli poi secondo che siano relativi al fallito (artt. 42-50), ai creditori (artt. 51-63), agli atti pregiudizievoli ai creditori (artt. 64-71), e infine ai rapporti giuridici preesistenti (artt. 72-83)»⁸¹. Si tratta, di una quadripartizione empirica, elaborata da parte della dottrina, del tutto approssimativa, poiché non possono apporsi confini certi; sicuramente però, alcuni effetti personali, riconducibili all'esercizio dei diritti civili, dipendevano dall'iscrizione nel registro dei falliti, ex art. 50 l. fall. oramai abrogato con la Riforma.

Questo registro veniva considerato come una vera e propria "lista nera" dei falliti a cui corrispondevano fortissime limitazioni non soltanto di carattere civile, ma anche di carattere sociale, come per esempio le

discriminazioni che si generavano.

I cambi che in questa materia vengono proposti dal nuovo testo sono la risposta alla reiterata domanda fatta dalla giurisprudenza e dalla dottrina processualista commerciale che, ogni qual volta ci sia stata occasione, ha messo in evidenza i gravi difetti della normativa anteriore e lo sfasamento esistente tra queste norme e la realtà giuridica che pretendono regolare, si pensi ad esempio che il debitore fallito non poteva svolgere talune attività che non presentavano alcuna relazione con gli interessi sottesi alla procedura concorsuale. Anche il diritto spagnolo presentava molti difetti ai quali si è provveduto apportate delle correzioni; oltre ai problemi di natura giurisprudenziale, che hanno condotto ad una modifica contenutistica della legge, sono stati adoperati miglioramenti anche in funzione di altri obiettivi, come per esempio quello di unificare in un solo testo, quelle norme sparse che regolavano le situazioni di crisi economica mettendo fine al caos normativo preesistente⁸², e dall'altro lato di adattare il suo contenuto alla realtà sociale ed economica attuale, permettendo al diritto fallimentare spagnolo di abbandonare totalmente i vecchi schemi appartenenti al secolo passato, con il fine di un rinnovo strutturale e contenutistico⁸³.

In questo senso, sono state molte le speranze di perfezionamento riposte nella nuova legge fallimentare, Ley concursal 22/2003, che è riuscita a mutare notevolmente il diritto fallimentare, commisurandolo a quello appartenente agli altri paesi che lo circondano. I principi ispiratori della riforma legislativa spagnola sono quelli di unità legale, disciplina ed ordine strutturale che si materializzano in un'unica legge, mediante il raggruppamento delle norme applicabili alla procedura. In questo modo vengono superate le diverse soluzioni prospettate dai previgenti organi fallimentari per superare il momento di maggiore difficoltà e di gestione dell'impresa.

Uno degli aspetti più caratterizzanti delle nuove norme è la flessibilità, che riguarda tutta la procedura concorsuale permettendo, nei limiti del possibile, un certo adattamento alle situazioni più gravi, una caratteristica apprezzabile sia sotto l'aspetto procedurale sia sotto l'aspetto concernente gli effetti⁸⁴.

Bibliografia

S. Ambrosini, G. Cavalli e A. Jorio, *Fallimento*, Padova, 2009.

I. Arroyo Martinez, R. B. Rodríguez - Cano, E. Gimbernart Ordeig, J. Leguina Villa e J. Martín Queralt, *Ley Concursal. Con normativa de desarrollo*, Madrid, 2009.

J. R. Berecibar Mutiozabal, D. Fernández De Retana Gorostizagoiza e I. Prior García, *Comentarios a la nueva ley concursal*, 2004.

A. Bonsignori, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 9, Padova, 1986.

R. Cabanas Trejo, *Efectos de la declaración de concurso sobre la persona jurídica: pronunciamientos jurisprudenciales*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, vol. 10, 2009, 347-359.

M. A. Catarozzo e F. Cesare, *Diritto*, Milano, 2000.

P. Celentano e E. Forgillo, *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, 2008.

I. Contreras de la Rosa, *Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado*, in G. J. Jiménez Sánchez (a cura di), *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, 1833-1842.

V. L. Cuneo e M. Fabiani, *Le procedure concorsuali: natura, effetti, svolgimento*, vol. I, Milano, 2002.

R. De Angel Yaguez, *En torno al polémico artículo 878 del Código de comercio: ¿se consolida un cambio de orientación - es de suponer que definitivo - en una jurisprudencia llamada a extinguirse?*, in *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 13, 2008.

A. Desdentado Bonete, E. Desdentado Daroca, I. García-Perrote Escartín, G. Moliner Tamborero, M. L. Segoviano Astaburuaga e B. Rios Salmerón, *Las fases de la reforma concursal*, in I. García-Perrote Escartín (a cura di), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Valladolid, 2004.

A. Díaz Moreno, *La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición*, in G. J. Jiménez Sánchez (a cura di), *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, 1843-1883.

M. Fabiani e G. B. Nardecchia, *Formulario commentato della legge fallimentare*, Milano, 2007.

J. M. Fernández Seijo, *La reforma concursal*, Madrid, 2006.

L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, vol. 319, Roma-Bari, 2001.

E. Gallego Sánchez, *Efectos de declaración del concurso: efectos sobre el concursado*, in J. Hernández Martí (a cura di), *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004, 179-205.

P. Genoviva, *Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito*, in L. Panzani e G. Fauceglia (a

cura di), Fallimento e altre procedure concorsuali, vol. 1, Torino, 2009,

L. Ghia, L' esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici, Milano, 2008.

L. Gómez Amigo, La limitación de los derechos fundamentales del concursado, in Anuario de Derecho Concursal, vol. 7, 2006, 177-203.

R. Illescas, La persona física concursada: sistemáticas y normas particulares comunes, in G. J. Jiménez Sánchez (a cura di), Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, vol. III, Valladolid, 2005.

F. Iozzo, La corrispondenza del fallito, in A. Jorio e M. Fabiani (a cura di), Il nuovo diritto fallimentare, vol. 1, Bologna, 2007.

M. Linacero de la Fuente, Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Madrid, 2005.

A. J. Martín Muñoz e R. Casero Barrón, La reforma de la legislación concursal: estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio, Madrid, 2004.

A. Martínez Flórez, La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor, in Anuario de Derecho Concursal, vol. 6, 2005, 65-127.

G. B. Nardecchia, La nuova legge fallimentare al vaglio della Corte costituzionale, in Il Fallimento e le

altre procedure concorsuali, vol. 2, 2008, 154.

S. Pacchi, Gli effetti del fallimento per il fallito, in E. Bertacchini ed altri (a cura di), Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2007, 131-154.

P. Pajardi e L. Bonacina, Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito, Milano, 1995.

F. Pastore, Gli effetti del fallimento in generale, in F. Pastore (a cura di), Effetti del fallimento: fallito, creditori, rapporti giuridici preesistenti, Milano, 1994, 3-5.

G. Pellegrino, Gli effetti del fallimento sul fallito: breve commento alle novità introdotte dalla riforma, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali: Rivista di dottrina e giurisprudenza, vol. LXXXIII, n° 6, 2008, 699-749.

F. Persano, Il contrasto fra convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e legge interna ad essa precedente alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 39/2008, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali: Rivista di dottrina e giurisprudenza, vol. LXXXIV, n° 2, 2009, 145-167.

D. Posca, Riforma fallimentare al via. Dopo sessantaquattro anni, il 16 gennaio 2006 è stato pubblicato in G.U. il decreto legislativo n. 5 di riforma della legge fallimentare, in vigore dal 16 luglio 2006.,

J. A. Ramírez, F. Clavé e J. M. Caminals, La quiebra: derecho concursal español, vol. II, Barcelona, 1998.

L. M. Rodríguez e J. M. Alegre Avila, Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, vol. I, Salamanca, 1993.

Á. Rojo Fernández Río, La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español (Un apunte de derecho comparado desde una perspectiva española), in Anuario de Derecho Concursal, vol. 10, 2007, 315-341.

M. M. Sánchez Álvarez, Comentarios a la ley concursal, in L. Fernández de la Gándara e M. M. Sánchez Álvarez (a cura di), Efectos personales del concurso, Madrid, 2004, 181-198.

C. Vázquez Iruzubieta, Comentarios a la Ley concursal: Ley 22/2003 de 9 de julio, Madrid, 2003.

G. Zuddas, Le incapacità personali del fallito nella riforma del diritto fallimentare, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali: Rivista di dottrina e giurisprudenza, vol. LXXXIII, n° 6, 2008, 540-550.

Sergio Quarta

¹ D. POSCA, Riforma fallimentare al via. Dopo sessantaquattro anni, il 16 gennaio 2006 è stato pubblicato in G.U. il decreto legislativo n. 5 di riforma della legge fallimentare, in vigore dal 16 luglio 2006. Questa riforma fallimentare, nonostante sia stata fortemente voluta, è stata poi giudicata, da molti giuristi e

commentatori, nel suo complesso, come una opera deludente. Una delle principali accuse rivolte a questa riforma è, in primo luogo, quella di essere stata realizzata con la finalità di tutelare la classe imprenditoriale ed inoltre di essere stata concepita ad uso e consumo degli istituti di credito e delle grandi imprese, oltre al fatto che, sotto il profilo strettamente processuale, non è affatto certa la tanto auspicata riduzione dei tempi. In tutti i modi emerge una forte impronta politica degli autori della riforma, che hanno tutelato gli interessi della categoria cui rappresentano, piuttosto che effettuare un'equa riforma.

2^o P. GENOVIVA, Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito, in L. PANZANI e G. FAUCEGLIA (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. 1, Torino, 2009, 478-480.

3^o G. PELLEGRINO, Gli effetti del fallimento sul fallito: breve commento alle novità introdotte dalla riforma, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: Rivista di dottrina e giurisprudenza*, vol. LXXXIII, n^o 6, 2008, 738.

4^o Á. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español (Un apunte de derecho comparado desde una perspectiva española), in *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 10, 2007, 317. Secondo l'opinione di Ángel Rojo, al giurista italiano risulterebbe di grande aiuto, arricchendo la sua visione legislativa, effettuare questa comparazione tra la figura del fallito italiano e quella del fallito in spagna, ugualmente condizionata dalla propria cultura politico legislativa, con i suoi pregi e difetti.

5^o J. M. FERNÁNDEZ SEIJO, La reforma concursal, Madrid, 2006, 116-117. L'art. 878 del Código de comercio español, oltre a garantire l'inabilitazione del fallito su tutti gli atti di disposizione, afferma che gli effetti della stessa inabilitazione retroagiscono al momento in cui si siano prodotti tutti quegli effetti dovuti all'insolvenza e che hanno portato al fallimento l'imprenditore: come conseguenza si ha la nullità di tutti gli atti dispositivi che rientrano in quest'arco temporale dopo la dichiarazione di fallimento.

6^o A. DÍAZ MORENO, La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, in G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (a cura di), Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, 1847.

7^o Código de comercio, art. 878 Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.

8^o Secondo la descrizione fatta da J. DELGADO ECHEVERRIA, nell'articolo "Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La S. 12 marzo 1993 y la jurisprudencia del último decenio", Aranzadi Civil, 1993, III, pag. 2501 afferma: l'impressione che rileva con l'avvicinarsi dell'inabilitazione, di cui parla il Código de Comercio relativamente al tema di incapacità del fallito, è quella che deriva dagli atti posti in essere dal soggetto incapace, e cioè l'annullabilità (cit. in M. LINACERO DE LA FUENTE, Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Madrid, 2005, 28.)

9^o DÍAZ MORENO, La ineficacia de los actos, cit., 1846.

10^o Sentencia de Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil nº 330/2007, de 28 de Marzo 2007. In questa sentenza viene dichiarata la nullità dell'ipoteca, disposta dal debitore dopo la sentenza di fallimento, poiché gli interessi sottesi incidavano su quelli economici della procedura fallimentare. "Recurso de Casación. Quiebra. Nulidad de escritura constitución de hipoteca. Se recurre la sentencia que desestima

el pedido realizado por la depositaria de la quiebra de la entidad de declaración de la nulidad absoluta de la escritura de constitución de hipoteca. Tal nulidad, si se examina a fondo la jurisprudencia, resulta que tampoco afecta por igual a todos los actos, pues vienen excluyéndose aquellos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos. No puede concebirse esta nulidad ni como originaria, pues el acto del quebrado nació correctamente, y no ha podido solicitarse la nulidad hasta la declaración de quiebra y la determinación del tiempo de retroacción, ni cabe tampoco calificarla como estructural, pues no proviene de un defecto en origen, sino que se trata de las consecuencias posteriores de un negocio estructuralmente regular. Así concebida, este tipo de ineficacia no habría de proyectarse sobre actos que no significaran un perjuicio para la masa. Se desestima el recurso".

11^o R. DE ANGEL YAGUEZ, En torno al polémico artículo 878 del Código de comercio: ¿se consolida un cambio de orientación - es de suponer que definitivo - en una jurisprudencia llamada a extinguirse?, in Anuario de Derecho Concursal, vol. 13, 2008, 7-56.

12[□] I. CONTRERAS DE LA ROSA, Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, in G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (a cura di), Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, 1836.

13[□] L. GHIA, L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici, Milano, 2008, 3-10. Oggi, secondo quando disciplinato dal codice civile italiano ai sensi dell'art. 414 è definito interdetto il maggiore di età, il minore emancipato [ed il minore non emancipato nell'ultimo anno della sua minore età avendo effetto dal giorno in cui il minore raggiunge l'età maggiore (416 c.c.)], i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione; istanza promossa dalle persone indicate negli articoli 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero, ma dichiarata mediante sentenza dall'autorità giudiziaria (art. 418 c.c.).

14[□] M. A. CATAROZZO e F. CESARE, Diritto, Milano, 2000, 126-127.

15[□] F. Pastore, Gli effetti del fallimento in generale, in F. Pastore (a cura di), Effetti del fallimento: fallito, creditori, rapporti giuridici preesistenti, Milano, 1994, 36.

16[□] R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 50 abrogato a seguito di riforma fallimentare d.lgs. 9 gennaio 2006, n.

5, comma 4° Le norme per la tenuta del registro saranno emanate con decreto del Ministro per la grazia e giustizia. Fino all'istituzione del registro dei falliti le iscrizioni previste dal presente articolo sono eseguite nell'albo dei falliti attualmente esistente.

17[□] V. L. Cuneo e M. Fabiani, *Le procedure concorsuali: natura, effetti, svolgimento*, vol. I, Milano, 2002, 573.

18[□] Pastore, *Effetti del fallimento*, cit., 38.

19[□] G. Zuddas, *Le incapacità personali del fallito nella riforma del diritto fallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: Rivista di dottrina e giurisprudenza*, vol. LXXXIII, n° 6, 2008, 544. Era opinione diffusa che l'abrogazione immediata del pubblico registro dei falliti non avrebbe privato di ogni effetto il provvedimento di riabilitazione civile del fallito (che determinava l'estinzione del reato di bancarotta semplice, faceva venir meno il divieto di iscrizione nel registro delle imprese dei soggetti dichiarati falliti, ecc.). Si trattava, infatti, non di norme che sancivano genericamente delle incapacità del fallito - i cui effetti pregiudizievoli dovrebbero perciò ritenersi cessati con la sola chiusura della procedura - ma di previsioni che continuavano a richiedere espressamente la riabilitazione civile per il conseguimento di un beneficio che non poteva ritenersi automaticamente acquisito per il solo effetto dell'abrogazione dell'art. 50 legge fallimentare. In sostanza, negare l'ammissibilità della riabilitazione avrebbe determinato un effettivo e ingiustificato peggioramento della posizione giuridica del fallito. Come, si è visto, il legislatore aveva previsto l'efficacia immediata (e cioè il 16 gennaio 2006) per l'entrata in vigore della norma che cancella il pubblico registro dei falliti, ma «non anche di quella, ad essa complementare, che elimina l'istituto della riabilitazione, con un disallineamento di difficile comprensione».

20[□] Sent. Corte cost. n. 39/2008, nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, promosso dal Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia Romagna, sezione di Parma, sul ricorso proposto da B. R. contro la Provincia di Reggio Emilia ed altra, con ordinanza del 20 febbraio 2007, iscritta al n. 426 del registro ordinanze 2007 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 23, prima serie speciale, dell'anno 2007, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale.

21[□] Zuddas, Le incapacità personali del fallito, cit., 550-555.

22[□] Zuddas, Le incapacità personali del fallito, cit., 550.

23[□] Pellegrino, Gli effetti del fallimento sul fallito, cit., 749-750

24[□] F. Persano, Il contrasto fra convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e legge interna ad essa precedente alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 39/2008, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: Rivista di dottrina e giurisprudenza*, vol. LXXXIV, n° 2, 2009, 145-146.

25[□] J. A. Ramírez ed altri, *La quiebra: derecho concursal español*, vol. II, Barcelona, 1998, 842.

26[□] LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE), n° 164, de 10 de julio de 2003.

27[□] Díaz Moreno, *La ineficacia de los actos*, cit., 1844-1845.

28[□] I. Arroyo Martínez ed altri, *Ley Concursal. Con normativa de desarrollo*, Madrid, 2009, 65.

29[□] A. J. Martín Muñoz e R. Casero Barrón, *La reforma de la legislación concursal: estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Madrid, 2004, 96.

30[□] M. M. Sánchez Álvarez, Comentarios a la ley concursal, in L. Fernández de la Gándara e M. M. Sánchez Álvarez (a cura di), Efectos personales del concurso, Madrid, 2004, 188-192.

31[□] Cuneo e Fabiani, Le procedure concorsuali, cit., 285.

32[□] Art. 133 C.P.C., Pubblicazione e comunicazione della sentenza.

La sentenza e' resa pubblica mediante deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata. Il cancelliere dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma, ed entro cinque giorni, mediante biglietto contenente il dispositivo, ne dà notizia alle parti che si sono costituite. L'avviso di cui al secondo comma può essere effettuato a mezzo telefax o a mezzo di posta elettronica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi. A tal fine il difensore indica nel primo scritto difensivo utile il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere l'avviso.

33[□] R. D. 16 marzo 1942, n. 267 coordinato ed aggiornato con le modifiche introdotte dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal D.lgs. 12 Settembre 2007, n. 169, art. 17. Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, la sentenza che dichiara il fallimento è notificata, su richiesta del cancelliere, ai sensi dell'art. 137 del codice di procedura civile al debitore, eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall'art. 15, ed è comunicata per estratto, ai sensi dell'art. 136 del codice di

procedura civile, al pubblico ministero, al curatore ed al richiedente il fallimento. L'estratto deve contenere il nome del debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data del deposito della sentenza. La sentenza è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta. A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente.

34[□] N. Rocco Di Torrepadula, Gli effetti del fallimento per il fallito, in A. Jorio e M. Fabiani (a cura di), Il nuovo diritto fallimentare, vol. 1, Bologna, 2007, 691.

35[□] L. Ferrajoli, Diritti fondamentali: un dibattito teorico, vol. 319, Roma - Bari, 2001, 26-33. prima di accennare quali siano state le modifiche apportate con le riforme del diritto fallimentare nei diversi ordinamenti, si cercherà di spiegare cosa si intende per Diritti Civili Fondamentali, Universalmente riconosciuti, con una breve premessa: contenuti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione, e presenti nelle costituzioni degli ordinamenti a base democratica, possono definirsi come «tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire e che sono, perciò, indisponibili e inalienabili [...] il cui fondamento giuridico dei diritti fondamentali si identifica con il principio giuspositivistico di legalità»[□].

36[□] I diritti fondamentali e le libertà pubbliche vengono riconosciuti da parte della costituzione, oltre ad essere componenti strutturali di ogni ordinamento giuridico a base democratica. Questi diritti e libertà rappresentano attuazione della persona, in principio immune ad ogni ingerenza esterna, ma considerata

lecita soltanto in caso di esercizio legittimo del potere giudiziario. Si prevede, infatti la possibilità di limitare il diritto alla libertà personale nei casi e nelle forme stabilite dalla legge (art. 17.1 C.E.).

37[□] L. Gómez Amigo, La limitación de los derechos fundamentales del concursado, in *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 7, 2006, 202. Il Tribunal Constitucional ha stabilito che i diritti fondamentali non sono illimitati, ma che possono cedere davanti agli stessi limiti che impone espressamente la Costituzione al fine di proteggere altri diritti che abbiano altrettanta importanza, quindi adoperando un ragionevole bilanciamento degli interessi. Ciò lo si evince attraverso la sentenza, segnalata da parte della dottrina, emanata dallo stesso Tribunal Constitucional 207/1996 del 16 dicembre che riassumeva con caratteri generali, i presupposti di legittimità delle misure restrittive dei diritti civili e politici. Gli interessi ai quali deve ponderarsi un bilanciamento sono tra i più vari, come ad esempio il principio di legalità, ove la limitazione dei diritti fondamentali deve essere esplicita e non generica in base ad una legge che ne regoli l'attuazione: è necessaria cioè l'esistenza di un fine costituzionalmente legittimo, attuato attraverso una legge che incardini i principi costituzionali. Il principio di proporzionalità, introdotto nell'ordinamento grazie alla Corte europea dei diritti dell'uomo, (intesi originariamente come divieto all'arbitraria applicazione della legge), in modo che la limitazione del diritto fondamentale che ne comporta, risulti equilibrata con il rispetto alla soddisfazione del bene perseguito, prendendo in considerazione tutte le circostanze occorrenti al caso concreto. La misura cautelare, in sostanza dovrà scompaginarsi su un giudizio di idoneità o adeguatezza al fine di realizzare l'interesse costituzionalmente protetto: conformemente anche al giudizio di necessità, ove la misura deve apparire come imprescindibile. L'esigenza di una risoluzione giudiziale espressamente motivata, di carattere speciale, come previsto da costituzione, deve essere autorizzata dagli organi giurisdizionali[□].

38[□] E. Gallego Sánchez, Efectos de declaración del concurso: efectos sobre el concursado, in J. Hernández Martí (a cura di), *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004, 197.

39[□] Costituzione della Repubblica Italiana. Parte prima: Diritti e doveri dei cittadini. Titolo I, Rapporti civili, art. 15 e 16, La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge; ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.

40[□] C. Vázquez Iruzubieta, Comentarios a la Ley concursal: Ley 22/2003 de 9 de julio, Madrid, 2003, 434.

41[□] P. Pajardi e L. Bonacina, Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito, Milano, 1995, 517, «La norma dell'art. 49 non ha neppure indirettamente lo scopo di limitare un diritto di libertà; essa ha funzione strumentale in relazione ai fini assegnati ai procedimenti concorsuali e impone al fallito limitazioni analoghe a quelle previste in quei processi concernenti lo stato delle persone, nei quali la persona è contemporaneamente soggetto del processo e mezzo necessario perché possa conseguire i propri fini».

42[□] S. Pacchi, Gli effetti del fallimento per il fallito, in E. Bertacchini ed altri (a cura di), Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2007, 131.

43[□] Pacchi, Gli effetti del fallimento, cit., 148.

44[□] Pellegrino, Gli effetti del fallimento sul fallito, cit., 738-739.

45[□] F. Iozzo, La corrispondenza del fallito, in A. Jorio e M. Fabiani (a cura di), Il nuovo diritto fallimentare, vol. 1, Bologna, 2007, 753.

46[□] Iozzo, La corrispondenza, 153.

47[□] Iozzo, La corrispondenza, cit., 751.

48[□] Ordinanza

393/2007, “Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale mediante l’impugnazione dell’art. 48 del R. D. 16/03/1942, n. 267, come sostituito dall’art. 45 del d.lgs. 09/01/2006, n. 5”, promosso con ordinanza del 27 giugno 2006 dal Tribunale ordinario di Brescia che ha sollevato questione incidentale di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione nella parte in cui tale disposizione non prevede più che la corrispondenza diretta al fallito debba essere consegnata direttamente al curatore del fallimento; la Corte costituzionale dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità

costituzionale dell'art. 48 del R. D. 16 marzo 1942, n. 267 così come modificato dall'art. 45 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Brescia con l'ordinanza in epigrafe, per i motivi esposti in ordinanza.

49[□] Iozzo, La corrispondenza, cit., 751.

50[□] Posca, Riforma fallimentare, cit., 2.

51[□] Pacchi, Gli effetti del fallimento, cit., 150.

52[□] G. B. Nardecchia, La nuova legge fallimentare al vaglio della Corte costituzionale, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. 2, 2008, 149-151. Depositato in data 17.3.2006 presso il Tribunale di Brescia, il quale aveva aperto una questione di legittimità costituzionale lamentata da parte di un Curatore fallimentare che sosteneva di aver diritto a ricevere tutte le comunicazioni inerenti una società fallita (imprenditore collettivo), vantando quindi una curatela diretta, e chiedeva dunque al Tribunale di Brescia, che venisse ordinato alle Poste Italiane s.p.a. il trasferimento di dette comunicazioni. A sostegno di tale pretesa, il curatore, sosteneva l'incostituzionalità dell'art. 48 rispetto agli artt. 3, 24 e 111 Cost. La Corte, dal canto suo, con ordinanza datata 23 novembre 2007 n. 393, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale conformandosi con la massima espressa dal Tribunale di Brescia che affermava il rispetto dell'art. 48 l.f., nella formulazione vigente, imponendo alla società Poste Italiane Spa di continuare a recapitare agli amministratori della società fallita la

corrispondenza recante quale destinatario la società stessa⁵³. Ciò è emerso in virtù del contenuto dell'art. 48, come dicevamo dopo la riforma, ma prima della correzione definitiva apportata dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pubb. in Gazz. Uff. n. 241 del 16 ottobre 2007, con effetto dal 1 gennaio 2008. L'aggiunta di un secondo comma, ha finalmente messo a tacere tutta questa incertezza che si era generata nel periodo di transitorio tra la riforma messa in atto con d. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed il successivo correttivo precedentemente menzionato. Il nuovo secondo comma così aggiunto, recita: La corrispondenza diretta al fallito che non sia persona fisica è consegnata al curatore. Le modifiche 1° e 2° comma, si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data del 1 gennaio 2008, nonché alle procedure concorsuali e di concordato aperte successivamente (art. 22 d.lgs. cit.).

53⁵³ Pellegrino, Gli effetti del fallimento sul fallito, cit., 742-743.

54⁵⁴ Posca, Riforma fallimentare, cit., 4-5.

55⁵⁵ Gallego Sánchez, Efectos de declaración del concurso, cit., 197.

56⁵⁶ **Constitución Española**, art. 18.3 Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

57[□] Berecibar Mutiozabal ed altri, Comentarios, cit., 82-83.

58[□] Gómez Amigo, La limitación de los derechos, cit., 202.

59[□] Sent. Tribunale Europeo dei Diritti Umani, 17 luglio 2003

60[□] Gómez Amigo, La limitación de los derechos, cit., 180-185.

61[□] Sánchez Álvarez, Comentarios, cit., 185.

62[□] Gómez Amigo, La limitación de los derechos, cit., 201.

63[□] M. Fabiani e G. B. Nardecchia, Formulario commentato della legge fallimentare, Milano, 2007, 408. Cioè quello secondo cui le limitazioni della libertà di residenza devono essere connesse alle sole esigenze della procedura.

64[□] Cost. italiana, artt. 13 e 16 La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà...Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.

65[□] Sent. n. 20 Corte cost. R.D. 16 marzo 1942, n. 267, relative al giudizio di legittimità costituzionale, relativamente agli artt. 13 e 16 Cost.

66[□] P. Celentano e E. Forgillo, Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme, Torino, 2008, 442-443.

67[□] Celentano e Forgillo, Fallimento e concordati, cit., 443. Art. 220 Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito. È punito con la reclusione da sei a diciotto mesi il fallito, il quale, fuori dei casi preveduti all'art. 216, nell'elenco nominativo dei suoi creditori denuncia creditori inesistenti od omette di dichiarare l'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario, ovvero non osserva gli obblighi imposti dagli artt. 16, nn. 3 e 49. Se il fatto è avvenuto per colpa, si applica la reclusione fino ad

un anno.

68[□] Fabiani e Nardecchia, *Formulario commentato*, cit., 409.

69[□] Genoviva, *Gli effetti patrimoniali*, cit., 465.

70[□] S. Ambrosini ed altri, *Fallimento*, Padova, 2009, 350.

71[□] Ambrosini ed altri, *Fallimento*, cit., 352-353.

72[□] Vázquez Iruzubieta, *Comentarios a la Ley concursal*, cit., 452-454.

73[□] Berecibar Mutiozábal ed altri, *Comentarios*, cit., 80-90.

74[□] R. Illescas, La persona física concursada: sistemáticas y normas particulares comunes, in G. J. Jiménez Sánchez (a cura di), Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, vol. III, Valladolid, 2005, 2000-2003.

75[□] R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Art. 47, comma2, Alimenti al fallito e alla famiglia. La casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione delle attività.

76[□] PELLEGRINO, Gli effetti del fallimento sul fallito, cit., 739.

77[□] GENOVIVA, Gli effetti patrimoniali, cit., 470.

78[□] A. MARTÍNEZ FLÓREZ, La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor, in Anuario de Derecho Concursal, vol. 6, 2005, 82-84.

79[□] POSCA, Riforma fallimentare, cit., 1. Ribaltamento di prospettiva solo apparente. Secondo giuristi più

critici (F. Alleva) , si potrebbe anche pensare che il legislatore a parole abbia voluto dichiarare la superiorità della sezione preventiva sul fallimento di impresa, per “accontentare” i tecnici ed i commentatori che richiedevano a gran voce tale ribaltamento di prospettiva processuale, ma che nella pratica la disciplina liquidatoria dell’impresa insolvente rivesta ancora una importanza di gran lunga superiore rispetto alla prima.

80[□] ROJO FERNÁNDEZ RÍO, La reforma del derecho concursal italiano, cit., 317.

81[□] A. BONSIGNORI, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. 9, Padova, 1986, 290.

82[□] L. M. RODRÍGUEZ e J. M. ALEGRE AVILA, Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, vol. I, Salamanca, 1993, 136. Prima della riforma attuata dal legislatore spagnolo, vigeva la visione codicistica risalente all’antico Código de comercio del 1829, il quale inquadrava il fallito come una persona inabilitata, i cui atti posti in essere risultavano nulli. Tutte le altre vicende economiche che ruotavano attorno a lui (quiebra, suspensión de pagos, quita y espera, ecc..) erano regolate da altre leggi, come ad esempio Código civil, Ley de enjuiciamiento criminal 1881, Ley de Suspensión de Pagos 1922, ecc..

83[□] A. DESDENTADO BONETE ed altri, Las fases de la reforma concursal, in I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (a cura di), La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social, Valladolid, 2004,

412.

84[□] R. CABANAS TREJO, Efectos de la declaración de concurso sobre la persona jurídica: pronunciamientos jurisprudenciales, in Revista de derecho concursal y paraconcursal, vol. 10, 2009, 348.

<https://www.diritto.it/gli-effetti-personali-del-fallimento-nella-legislazione-italiana-e-spagnola/>