

ALFREDO ROCCO

AVVOCATO IN ROMA



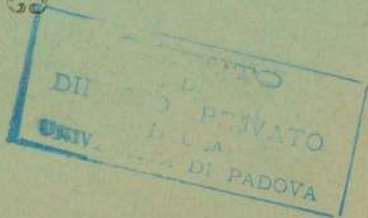
RIVISTA CRITICA DI GIURISPRUDENZA CONTROVERSA

IN MATERIA

DI

DIRITTO FALLIMENTARE

I.



ISTITUTO
DI DIRITTO PRIVATO

SALA ROCCO

7
h
1/4

Università di Padova

MODENA

SO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO

1899

—
Prezzo L. 1

ISTITUTO
DI DIRITTO PRIVATO

SALA ROCCO

17

h

1/1

Università di Padova

ALFREDO ROCCO

AVVOCATO IN ROMA

RIVISTA CRITICA DI GIURISPRUDENZA CONTROVERSA

IN MATERIA

DI

DIRITTO FALLIMENTARE

I.



MODENA

PRESSO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO

1899

Estratto dall' *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*
Nuova Serie, Vol. IV, Fasc. 2
(dell'intera collezione, Vol. LXIII, Fasc. 2)

1. — Cessazione dei pagamenti — Creditore unico — Dichiarazione di fallimento.

La Corte di Cassazione di Napoli, in una recente sentenza (19 Giugno 1899, *Giurisprudenza italiana*, 1899, 1, 636) in riforma di una precedente decisione della Corte d'Appello di Napoli (24 Novembre 1897, *Foro italiano*, 1898, 1, 57) ha stabilito che può essere dichiarato il fallimento del commerciante il quale abbia cessato di fare i suoi pagamenti, quand'anche consti che egli abbia soltanto un creditore.

La giurisprudenza prevalente, italiana e straniera, è nel senso della opinione accolta dalla Corte suprema di Napoli (v. A. Genova 20 Settembre 1883, *Diritto commerciale* 1884, 92; Cass. Napoli, 15 Dicembre 1886, *Foro*, 1887, 329; A. Roma, 18 Maggio 1889, *Dir. comm.*, 1889, 764; A. Napoli 12 Dicembre 1892, *Movimento giuridico*, 1892, 182; A. Venezia, 7 Aprile 1892, *Temi Veneta*, 1892, 369 [con nota di Errera]; Cass. Torino, 19 Aprile 1895, *Dir. comm.*, 1895, 596; A. Parigi, 24 Giugno 1884, *Dalloz*, 1884, 1, 176; A. Aix 1 Marzo 1877, *Dalloz*, 1877 II, 38 *Reichsgericht* germ., 11 Gennaio 1884, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, XI, pag. 42).

Per la teoria invece della Corte d'Appello di Napoli (sent. 24 Novembre 1897, citata) stanno: Trib. comm. di Napoli, 9 Giugno 1885, *Filangeri*, 1885, 554 (con nota contraria della *Direzione*); A. Trani, 4 Luglio 1885, *Rivista di giurisprudenza di Trani*, 1886, 94; A. Roma, 3 Luglio 1888, *Temi romana*, 1889, 393, le quali decisioni negano la possibilità di una procedura fallimentare nel caso di un creditore unico.

Le ragioni che appoggiano questa opinione negativa si possono compendiarle tutte nella considerazione che il fallimento nel suo fondamento e nella sua regolamentazione presuppone il concorso di più creditori, essendo esso appunto una procedura concorsuale, la quale, in tutta la sua organizzazione (delegazione di sorveglianza, concordato ecc.) parte del presupposto della esistenza di più creditori. Ma tutte queste ragioni si spuntano contro la riflessione che l'esistenza *apparente* di un solo creditore non toglie che, *in realtà*, i creditori possano essere, e siano normalmente in numero maggiore. I creditori soddisfatti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti: quelli soddisfatti

nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione del fallimento (art. 707, 709 cod. comm.) possono vedere annullati i pagamenti loro fatti, su domanda dell'unico creditore rimasto, e possono quindi ritornare ad essere creditori, concorrendo insieme con questi, alle attività del commerciante fallito. Ed ecco che il fallimento, tanto nel suo fondamento logico, quanto nella sua regolamentazione positiva, riprenderebbe la sua normale fisonomia. La pluralità dei creditori è certo, *in astratto*, necessaria; ma come osserva felicemente il Kohler, basta una pluralità *potenziale* perchè si dia procedura di fallimento (1). Dal punto di vista della convenienza pratica non è dubbio poi che il sistema da noi respinto farebbe sfuggire alle rigorose sanzioni del fallimento il debitore che concentrasse tutti i suoi debiti sopra una sola persona, pagando, ad esempio, i creditori minori, e lasciando insoddisfatto il più importante.

Del resto, poichè lo stato di fallimento è uno stato *obiettivo patrimoniale*, e la dichiarazione giudiziale non fa che riconoscere quello stato, non può il giudice rifiutare un tale riconoscimento, sotto pretesto che esso non potrà poi essere produttivo di pratiche conseguenze. Sarà o non sarà: questo dovrà vedersi in seguito: ma intanto il giudice non può rifiutarsi di constatare i fatti e dichiarare il diritto. Tanto più ciò, in quanto — come abbiamo veduto — soltanto la dichiarazione giudiziale può dar modo di vedere se pluralità di creditori c'è *realmente*, e se quindi è possibile una procedura fallimentare. Una posizione analoga si ha nel caso dei giudizi di espropriazione forzata, in cui per la presenza di un solo creditore istante non si potrebbe pretendere che non si nomini il giudice graduatore e non si dichiari aperto il giudizio di graduazione (art. 666 e seg.; 708 e seg. cod. proc. civ.).

In un solo caso potrebbe — forse — dubitarsi se lo stato di fallimento desunto dal mancato pagamento dell'unico debito possa dar luogo alla procedura concorsuale: ed è quando possa *sicuramente* provarsi che il debitore nè ha, nè ha *mai* avuto altri creditori (2). Ma una prova di tal fatta come è possibile darla? In ogni modo poi, giacchè la legge ha regolato in un unico modo lo stato di fallimento, senza distinguere il caso di uno o più creditori, e poichè essa ha presunto un tale stato dalla cessazione dei pagamenti, senza distinguere se l'omissione concerna una o più creditori, non è lecito all'interprete distinguere arbitrariamente dove la legge non ha distinto. Che anzi, l'ipotesi fatta dalla legge, del fallimento dichiarato ad istanza di un solo creditore, fa supporre che essa abbia voluto ritenere possibile la procedura fallimentare anche

(1) Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, pag. 68.

(2) Ad una distinzione di tal genere ricorrono il Parodi, *Lezioni di diritto commerciale*, Genova 1857, I, pag. 157; e il Colarizi, nella *Giurispr. ital.*, 1892, IV, 350.

quando il commerciante abbia, al momento della cessazione, un solo creditore (1).

2. — *Società disciolta — Dichiarazione di fallimento — Termine.*

Il principio, oramai certo in dottrina ed in giurisprudenza, che la società in liquidazione non è una società finita, ma una società ancora esistente, con tutti gli attributi della società, ai soli scopi della liquidazione (2) porta necessariamente alla conseguenza che anche una società disciolta ed in liquidazione può essere dichiarata in fallimento. Anche su questo punto gli autori sono concordi e la giurisprudenza pure (3). Dove nasce il dubbio è invece sul *termine* entro il quale può essere dichiarato il fallimento di una società commerciale disciolta ed in liquidazione. È noto che per l'art. 690 cod. comm., può essere dichiarato il fallimento del commerciante che si sia ritirato dal commercio, ma solo entro cinque anni da tale avvenimento, e purché la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio, od anche nell'anno successivo, per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo. Può, inoltre, per lo stesso articolo 690, essere dichiarato il fallimento del com-

(1) Quella accolta nel testo è l'opinione dominante, difesa però solitamente da ragioni poco convincenti. Vedi **Vidari**, *Corso di dir. commerciale*, 4^a edizione, Milano, 1894-98; vol. VII, n° 7409; **Luciani**, *Trattato del fallimento*, Roma, 1898, n° 136; **Cuzzi**, *Commento al cod. di comm.*, n° 19; **Bedaride**, *Des faillites et banqueroutes* I, n° 58; **Delamarre et Lepoitvin**, *Traité de droit commercial*, VI, pag. 27; **Bolaffio**, *Commento al cod. di Comm.* Torino 1888, pag. 16. Anche fra gli autori tedeschi prevale il concetto che basti un solo creditore per l'apertura del concorso. Vedi l'efficace dimostrazione de **Kohler**, *Lehrbuch des Konkursrechts*, pag. 68. Alcune legislazioni hanno esplicitamente accolto la opinione contraria; così la C. O. ungherese § 87: Ved pure **Pollak**, *Das Concursrecht*, Wien, 1897, pag. 66 e seg. **Rintelen**, *Konkursrecht*, Berlin, 1890, pag. 32.

(2) Vedi **Sraffa**, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze, 1899, n° 11; **Vivante**, *Trattato di dir. comm.*, Torino, 1893-99, II, n° 688; **Giorgi**, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1889-97; VI, pag. 404; **Tartufari**, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, pag. 307; **Thaller**, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1898, n° 355; e la giurisprudenza citata da questi autori.

(3) **Sraffa**, *La liquidazione della soc. comm.* pag. 277; e il *fallimento della soc. comm.*, Firenze, 1897, pag. 85; **Pic**, *La faillite des sociétés commerciales*, Paris, 1887, pag. 32; **Thaller**, *Traité élémentaire*, n° 1483; **Kohler**, *Lehrbuch des Konkursrechts*, pag. 68 nota 2, pag. 96 e 97; **Behrend**, *Lehrbuch des Handelsrechts* Berlin, 1896, pag. 588 e 943; **Sarwey**, *Die Konkursordnung für das deutsche Reich erläutert*, 3^a ediz. Berlin, 1896, pag. 842; **Schwarz**, *Das österreichische Konkursrecht*, Wien, 1894-96; I, p. 43.

mercante morto, ma soltanto entro un anno dalla morte. Ora si domanda: la società commerciale può equipararsi ad un commerciante individuo? E può perciò porsi un termine alla sua dichiarazione di fallimento? E se lo può, quale sarà questo termine, e da qual momento dovrà farsi decorrere? In una recente sentenza la Cassazione di Torino ha deciso che le società commerciali non possono essere dichiarate fallite dopo cinque anni dal loro scioglimento (sent. 14 gennaio 1899 *Diritto commerciale*, 1899, 488). Questa stessa opinione era stata accolta dalla Corte d'Appello di Roma, nella sentenza 9 giugno 1891 (*Temi romana*, 1892, 201) mentre invece la Corte d'Appello di Catanzaro (sentenza 17 Marzo 1891, *Foro calabrese* 1891, 200) aveva deciso che il termine di cinque anni decorre dal compimento della liquidazione. Infine il Tribunale di Catania (sent. 19 Settembre 1896, *Foro italiano*, 1896, 678), il Tribunale di Bari (sent. 27 Marzo 1897, *Pisanelli* 1897, 86); la Corte d'Appello di Catania (sent. 6 Febbraio 1897, *Consulente commerciale*, 1897, 104) avevano stabilito che il fallimento sociale può dichiararsi anche scorso un anno dallo scioglimento, non potendosi lo scioglimento e la messa in liquidazione ritenere come la fine della società; ma senza pronunciarsi sulla possibilità di dichiarar il fallimento dopo cinque anni dallo scioglimento stesso.

Gli stessi dispareri che abbiamo constatato nella giurisprudenza, esistono nella dottrina. Così il Carnazza (nel *Foro italiano*, 1893, 157 e seg.) distingue fra scioglimento *volontario* e scioglimento *necessario*. « La legge — dice egli — determina all'art. 141 le cause di scioglimento comuni a tutte le diverse specie di società ed all'art. 141 le cause di scioglimento particolari a talune fra le diverse specie di società. Fra queste cause di scioglimento talune, come la liberazione dei soci, la fusione, sono cause volontarie di scioglimento della società, e debbono quindi essere parificate al ritiro dal commercio del commerciante persona fisica; talune altre invece, come il decorso del tempo convenuto, la mancanza o cessazione dell'oggetto ecc., costituiscono altrettante cause necessarie di scioglimento, e debbono quindi essere parificate alla morte del commerciante persona fisica. Epperò, come del commerciante, persona fisica, non può dichiararsi il fallimento cinque anni dopo il ritiro dal commercio, così del commerciante società commerciale, persona giuridica, non può dichiararsi il fallimento cinque anni dopo lo scioglimento volontario, un anno dopo lo scioglimento necessario o la estinzione della personalità giuridica ».

Invece il Pic (*Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, Paris, 1887, pag. 33); il Behrend (*Lehrbuch des Handelsrechts* Berlin, 1896, pag. 588 e 943); il Koch (nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XII, pag. 141); il Wilmowski, (*Deutsche Reichskonkursordnung erläutert*, Berlin, 1896, pag. 485) ritengono che il fallimento della società possa essere pronunciato, fino a che esiste un patrimonio sociale, fino a tanto cioè che non sia stato ripartito l'attivo sociale. Ma avvenuta la divisione, è estinta la società, e non è più possibile il fallimento dei soci.

Lo Sraffa infine (*Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1897, pag. 84 e seg.), premesso che la società deve ritenersi esistente ed in liquida-

zione fino a che non siano definiti *tutti* i rapporti della società coi creditori sociali, e perciò anche dopo avvenuta la divisione, conclude che il fallimento della società può sempre essere pronunciato, fino a che il suo passivo non è completamente estinto.

E lo Sraffa ha, in realtà, ragioni da vendere.

Anzitutto, bisogna escludere nel modo più assoluto che alle società commerciali possa applicarsi l'art. 690 cod. comm. E ciò non perchè si neghi che « le società commerciali sono equiparate al commerciante e se ne possa perciò dichiarare il fallimento ». (Vedi Carnazza op. cit. loc. cit.). È indiscutibile che le disposizioni dettate dalla legge per il fallimento del commerciante singolo valgono, *di regola*, anche per le società commerciali. Ma per l'art. 690 vi è una impossibilità giuridica di applicarlo alle società. Non può infatti ritenersi che lo scioglimento della società corrisponda alla morte del commerciante. La società non finisce collo scioglimento: essa invece perdura come persona giuridica e come contratto per gli scopi della liquidazione (Vedi autori citati alla nota 3 pag. 354). Non si può quindi applicare alle società il capoverso dell'art. 690 e non può perciò ritenersi che il fallimento sociale sia impossibile dopo un anno dallo scioglimento. (Così giustamente decisero il Tribunale di Catania, 19 Settembre 1896: il Trib. di Bari, 26 Marzo 1897, la Corte d'App. di Catania, 6 Febbraio 1897, già citati). Ma neppure può identificarsi lo scioglimento della società col ritiro dal commercio del commerciante. Basta, per persuadersene, considerare il fondamento e la ragione della prima parte dell'art. 690 che dichiara possibile il fallimento del commerciante ritirato entro cinque anni dal ritiro dal commercio. Per l'art. 8 cod. comm. la qualità di commerciante è subordinata non solo all'esistenza della persona fisica, ma anche alla volontà di questa persona manifestata coll'esercizio abituale e professionale di atti di commercio. Cessando l'esercizio abituale e professionale di atti di commercio, cessa anche la qualità di commerciante, e, secondo il sistema del codice che restringe il fallimento ai soli commercianti (art. 683) dovrebbe venir meno il fallimento. Ma questa rigida deduzione dalle premesse legislative avrebbe condotto la pratica ad inconvenienti infiniti. I creditori avrebbero veduto il loro diritto alla procedura commerciale, equa e rigorosa, le garanzie loro concesse dalla legge contro gli atti fraudolenti del debitore, dipendere dalla volontà del debitore. Ritirandosi dal commercio, cessando cioè di fare abitualmente e professionalmente atti di commercio obbiettivi, questi avrebbe avuto un facile mezzo per allontanare da sé quella qualità di commerciante alla quale solo dovrebbe le gravi conseguenze di una procedura di fallimento. Ciò non volle il legislatore e stabilì che il fallimento dell'ex commerciante potesse dichiararsi anche entro i cinque anni dopo il ritiro dal commercio. Ma per le società commerciali la posizione è ben differente. Essa non esiste che come commerciante. Finchè esiste, esiste come commerciante. Lo scioglimento non le fa per nulla perdere la qualità di commerciante, come fa la perdere il ritiro dal commercio al commerciante individuo. Durante tutta la liquidazione la società continua ad esistere per gli scopi della liquidazione, e, benchè le sia interdetto di fare nuove operazioni, può, per la li-



quidazione ed il compimento di quelle già incominciate, essere costretta a fare una serie anche numerosa di atti di commercio. Morte e ritiro dal commercio sono perciò, per le società commerciali, termini che si equivalgono. La società si potrà dire ritirata dal commercio quando avrà compiuta la liquidazione. Se mai perciò si volesse parlare di ritiro dal commercio dovrebbe aversi riguardo al compimento della liquidazione, e non già allo scioglimento. Ma qui viene in campo quella impossibilità giuridica, di cui parliamo, di aversi *fallimento* dopo il *compimento della liquidazione*. La liquidazione — come benissimo fa rilevare lo Sraffa (Il *fallimento* ecc., pag. 84) — non può considerarsi finita fino a tanto che non siano soddisfatti *tutti i creditori*. Fino a quel momento la società esiste per gli scopi della liquidazione. Ed *esistendo, se ne potrà dichiarare il fallimento* giacchè — come dicemmo — essa non può esistere che come commerciante. E poichè nella nostra legislazione non vi è una disposizione corrispondente a quella del § 193 dell'ordinanza concursuale germanica la quale vieta la dichiarazione di fallimento della società dopo la ripartizione dell'attivo, noi dovremo concludere, contrariamente alla dottrina tedesca, che la dichiarazione di fallimento o possibile, *anche dopo la divisione*.

Tutto ciò — lo si comprende agevolmente — porta ad escludere che possano esservi termini per la dichiarazione di fallimento della società. Poichè la società vive fino al compimento della liquidazione, cioè fino al soddisfacimento di tutti i creditori, compiuta la liquidazione sarà materialmente impossibile il fallimento, per mancanza di creditori.

3. — *Moratoria — Accordo amichevole — Obbligatorietà pei dissenzienti.*

È nota la importante questione, circa la obbligatorietà pei dissenzienti dell'accordo amichevole stipulato, giusta l'art. 825 cod. comm. dal debitore morato colla maggioranza dei creditori rappresentanti i tre quarti del passivo. La opinione, già assai diffusa in giurisprudenza, la quale ritiene completamente obbligatorio per la minoranza l'accordo concluso colla maggioranza è stata di recente rafforzata da una decisione del Tribunale di Milano (18 Aprile 1899, *Diritto commerciale* 1899, 559). Nello stesso senso vedansi: Trib. Torino, 14 Aprile 1891, *Foro it.* 1894, 691; A. Torino, 24 Luglio 1891, *Ann. crit. di giur. commerciale*, IX, 373; C. Torino, 29 Luglio 1892, *Monitore Tribunali* 1894, 774; A. Roma, 2 Agosto 1894, *Foro it.* 1894, 1018; T. Forlì 28 Ottobre 1895, *Dir. comm.*, 1895, 839; A. Genova, 22 Novembre 1895, *Foro it.* 1896, 322; C. Torino, 10 Dicembre 1896, *Dir. comm.*, 1897, 447; C. Roma, 19 Febbraio 1897, *Dir. comm.*, 1897, 321; A. Roma 29 Agosto 1897, *Dir. comm.*, 1898, 115; De Vecchi, nella *Legge* 1891, 1, 792; Guariglia, *Il concordato*, Napoli, 1892, pag. 330; Cuzzi, *Commento*, VII, n.° 801, E. Scialoja, nel *Foro it.*, 1894, 667; Vidari, nel *Dir. comm.*, 1897, 345; Marghieri, nella *Rass. giur.* di Bari, 1898, 1 e s., Salvia, nella *Rass. giur.*, 1898, p. 31 e seg. Per la non obbligatorietà invece si sono pronunciati, nel solo caso dell'accordo-riduzione: A. Genova 14 Novembre 1895, *Dir. comm.*, 1895, 825; A. Roma, 20 Maggio 1895, *Foro it.*, 1895, 1054; Cass. Roma, 14 Gennaio 1896, *Dir. comm.*, 1896, 414; C. Roma, 28 Luglio 1895, *Dir. comm.*, 1896, 887; Passa, nella

Legge, 1894, II, 68; in modo assoluto; A. Bologna, 18 Maggio 1896, *Giur. it.*, 1896, II, 336; A. Napoli, 29 Aprile 1898, *Foro it.*, 1898, 997; C. Napoli 9 Agosto 1898, *Dir. comm.*, 1898, 978; Vitalevi, *La moratoria*, Torino, 1884, p. 168; Mortara, nella *Giur. it.*, 1894, IV, 670; Sraffa, nel *Mon. Trib.* 1894, 670; Masè Dari, *Del fallimento nel Commento* di Torino, pag. 165; Ascoli, *La moratoria*, Milano, 1896, pag. 350; Zignoni, nel *Foro it.*, 1896, 338; Manara, nel *Mon. Tribunali*, 1896, 1022; Rocco, nella *Corte Suprema*, 1897, II, pag. 70.

Ora a me pare che la opinione, la quale ritiene l'accordo non obbligatorio pei dissenzienti, lungi dall'essere efficacemente combattuta, abbia, invece, specie per l'adesione autorevole ed incondizionata della Cassazione di Napoli, acquistato nuova forza e nuovo valore. Essa infatti non solo provvede efficacemente agli interessi del ceto creditorio che la pratica ci addimostra, specie nella moratoria, così privo di efficaci garanzie, ma risponde completamente allo spirito ed alla lettera dell'art. 825 cod. comm.

Questo articolo dichiara:

« Se, durante la moratoria, abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, le relazioni ulteriori fra questi e il debitore si regolano secondo la convenzione.

» L'accordo può anche validamente stipularsi con la sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purchè i creditori assenzienti assumano, insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, ed, ove occorra, l'integrale pagamento dei loro crediti ».

La maggior difficoltà che si affaccia all'interprete di questa disposizione di legge dipende dal doversi limitare alla interpretazione letterale e logica, senza il sussidio di alcun precedente remoto o vicino. È stato — è vero — recentemente dal Marghieri appunto, e dal Salvia (1) sostenuto che nelle discussioni tenute in seno della Commissione compilatrice del Progetto possa trovarsi quel tanto che è necessario per affermare che la obbligatorietà dell'accordo anche per la minoranza dissenziente era nella mente di coloro che prepararono la nostra legislazione commerciale. E, a prova di questa affermazione, si allegano le parole seguenti, pronunziate dal Mancini: « E siccome anche nei casi di moratoria, devesi agevolare l'accordo amichevole fra creditore e debitore come il miglior mezzo per regolare ogni difficoltà, la legge deve prevedere il doppio caso, che l'accordo possa ottenersi coll'adesione di tutti i creditori, o che le pretese di uno o più creditori oppositori minaccino di rendere vano un accordo consentito da una forte maggioranza... Ma qualora non tutti i creditori siano assenzienti all'accordo, una maggioranza non potrebbe regolarmente costituirsi, senza una previa regolare liquidazione dei crediti. Se per ciò si richiedessero tutte le condizioni che sono stabilite in materia di fallimento, la possibilità di

(1) **Marghieri**, nella *Rass. giur.* di Bari, 1898, I, e seg.; **Salvia**, *L'accordo amichevole durante la moratoria*, nella *Rass. giur.*, 1898, p. 32 e 35.



mettere in essere un accordo sarebbe resa assai problematica. Perciò la Commissione reputa che, mentre si concede al voto di una maggioranza di creditori che rappresenti almeno due terze parti del passivo, la facoltà di mettere in essere l'accordo, qualora gli assenzienti assumano insieme col debitore, le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, ed eventualmente, il pagamento integrale dei loro crediti, sia conveniente di non definire il modo, col quale, a seconda dei casi, l'esistenza della maggioranza potrà essere constatata ».

Ora, in queste parole del Mancini, così come nell'art. 825 in questione, non v'è nulla, assolutamente nulla che possa equivalere ad un obbligo imposto alla minoranza di seguire la legge della maggioranza. Tanto nei lavori preparatori che nel testo legislativo si dice che l'accordo può essere stipulato tanto dalla unanimità che dalla maggioranza dei creditori, si fissa questa maggioranza, ma nient'altro. Ora, nell'assoluto silenzio del legislatore, è lecito all'interprete, per una ragione di vaga analogia col concordato, imporre ad una parte, sia pure minima di creditori, la volontà della maggior parte? Può l'interprete, quando la legge tace, stabilire una restrizione così grave alla libertà del privato? Quando la legge ha voluto una simile restrizione lo ha detto esplicitamente (art. 678 cod. civ.; 163, 495, 840 cod. di comm.): ma da alcune norme sparse ed eccezionali, non è lecito inferire, come pure è stato fatto, e da scrittori autorevoli, *essere regola universale che le minoranze debbono assoggettarsi al voto delle maggioranze*. Nè, del resto, l'analogia col concordato può reggere. Nel concordato, almeno, vi è la certezza che la maggioranza è realmente maggioranza, giacchè i crediti di ognuno sono stati accertati: e con tutto ciò il legislatore ha sentito il bisogno di intervenire con una esplicita disposizione: nella moratoria la maggioranza può essere anche fittizia, e nella legge non c'è nulla che la costituisca una posizione privilegiata.

Ho detto che nell'art. 825 non c'è nulla che equivalga a quello che l'art. 840 dispone, quanto al concordato. Sbaglio. I miei contraddittori hanno trovato nell'avverbio *validamente* con cui incomincia il 1° capoverso dell'articolo, la sanzione esplicita dell'obbligo per la minoranza di seguire la legge della maggioranza. Questa conseguenza i miei contraddittori ricavano dal testo della legge in due modi: uno *positivo* e l'altro *negativo*. *Positivamente* essi dicono: che, essendo, al principio dell'articolo, stabilito che, una volta concluso l'accordo colla totalità dei creditori, le relazioni ulteriori col debitore si regolano secondo la convenzione, ne deriva per logica conseguenza che allo stesso modo debba intendersi il capoverso dello stesso articolo: deve intendersi perciò nel senso che lo stesso accordo concluso colla totalità dei creditori può stipularsi, con uguale validità, colla sola maggioranza dei creditori, cioè avendo, come quello, l'effetto di far disciplinare dalla convenzione, le ulteriori relazioni fra creditori e debitore. Ciò che è consentito a tutti, è consentito del pari ai tre quarti (1). E, d'altro canto, un argomento *negativo* essi traggono dalla consi-

(1) Salvia, pag. 36 e 37; Marghieri, op. cit. loc. cit.



derazione che a nulla servirebbe l'accordo ove non vincolasse anche la minoranza, e sarebbe stato inutile che la legge se ne fosse occupata. Ma rispondiamo agevolmente che appoggiarsi all'avverbio *validamente* per interpretare l'articolo è un grave errore di metodo, in quanto che la questione nel caso nostro consiste appunto nel vedere quale è il significato da darsi a quella troppo vaga espressione legislativa. Né — del resto — la spiegazione data dal Salvia consiste in altro che in una diversa posizione della questione. Egli dice infatti, che, come nel caso della 1^a parte dell'art. 825, cioè nel caso dell'accordo stipulato colla totalità dei creditori, così anche nel caso della seconda parte del medesimo articolo, cioè nel caso dell'accordo stipulato colla sola maggioranza, sempre sta che *le relazioni ulteriori tra debitore e creditore debbono essere regolati, non più dalle norme dettate dalla legge per la moratoria, ma dalla convenzione.* E benissimo! Ma ciò vuol dire forse che la minoranza debba stare alla volontà della maggioranza? Mai più. Ciò vuol dire puramente e semplicemente che, per dato e fatto dell'accordo concluso colla maggioranza dei creditori, così come per l'accordo concluso colla totalità, *cessa lo stato di moratoria*, e il debitore ritorna come si trovava prima di essa, rimosso completamente qualsiasi pericolo di fallimento. Questa stessa considerazione ci spiega inoltre come non sia vero che a nulla varrebbe, nel nostro sistema, l'accordo amichevole, e che l'unico modo per dargli un significato ed un valore è quello di renderlo obbligatorio anche per la minoranza. Non si deve dimenticare che la moratoria non è uno stato normale per il commerciante: essa non è che una mera sospensione del fallimento dichiarato o virtuale. Dalla moratoria il debitore non rientra nella libera amministrazione dei suoi beni che in due soli casi: o che riesca, durante il tempo in cui essa dura, ad estinguere tutti i suoi debiti, o che, invece, si accordi coi suoi creditori. Ove nè l'una, nè l'altra cosa accada, il morato esce dalla moratoria per entrare o rientrare nel fallimento. Inoltre, durante la moratoria il debitore si trova in uno stato di semi-incapacità: egli ha facoltà di liquidare il suo attivo e di estinguere il passivo, ma col concorso della commissione dei creditori e sotto la direzione del giudice delegato: le norme speciali della liquidazione e le autorizzazioni a fare gli atti strettamente necessari alla liquidazione devono essere date dal tribunale, sentita la commissione liquidatrice (art. 823): inoltre se egli non adempie gli obblighi che gli vennero imposti rispetto alla amministrazione ed alla liquidazione del suo patrimonio, può essere rievocata, anche d'ufficio, la moratoria, continuandosi il fallimento (art. 826). Ora di uscire da questo stato anormale e pericolosissimo il debitore deve avere il più grande interesse e per lui la cessazione di un tale stato costituisce un beneficio incalcolabile. E questo beneficio ha voluto appunto la legge concedergli coll'art. 825. Tanto se l'accordo è concluso colla totalità dei creditori, quanto se è concluso solo colla maggioranza costituente almeno i tre quarti del passivo, il codice di commercio gli concede di far regolare dalla convenzione, anziché dagli articoli 823, 824, 826, i suoi rapporti coi creditori, o, in altri termini, gli concede di far cessare la moratoria, e la procedura di liquidazione

unitaria incominciata. Che se poi il fallimento fu dichiarato, l'art. 825 all'ultimo capoverso, gli concede altresì che sia dichiarato chiuso il fallimento.

Ecco dunque che cade l'argomentazione del Marghieri, il quale, nota come in caso di moratoria *anteriore* al fallimento, verrebbe, nella opinione da lui combattuta, a mancare di qualsiasi serio significato l'art. 825, perché, tolta l'applicazione dell'ultimo capoverso dell'articolo medesimo, non si saprebbe quale valore attribuire all'art. 825. Tanto nella moratoria anteriore che in quella posteriore al fallimento, l'accordo concluso anche coi $\frac{3}{4}$ avrebbe sempre questo importante, anzi importantissimo effetto: *quello cioè di far cessare lo stato di moratoria*, evitando il fallimento. Ma per ottenere questo scopo non bastava la semplice dichiarazione legislativa: *che le relazioni ulteriori del debitore coi creditori si regolano mediante la convenzione*. Essa bastava bensì nel caso in cui l'accordo fosse stipulato colla totalità dei creditori. Ma se l'accordo fosse stipulato coi soli $\frac{3}{4}$, il quarto dissenziente, avrebbe potuto, all'indomani dell'accordo, domandare di nuovo il fallimento del debitore. A questo inconveniente ha ovviato il legislatore prescrivendo appunto che gli assenzienti debbano assumersi le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti, e, ove occorra, l'integrale pagamento dei loro crediti. È giusto infatti che, in luogo delle garanzie di una liquidazione giudiziale, siano offerte ai dissenzienti altre opportune garanzie. Ma ciò riguarda la interpretazione della seconda parte del capoverso 1° dell'art. 825: e di essa diremo in seguito. Qui ho voluto restringermi a provare 1° che l'accordo, anche, prescindendo dalla sua obbligatorietà pei dissenzienti, ha sempre un significato importante, tanto nel caso di moratoria anteriore, che posteriore al fallimento; 2° che l'effetto dell'accordo (e con ciò resta spiegato l'avverbio *validamente*) consiste nel far regolare della convenzione, le relazioni tra il morato ed i suoi creditori, invece che dalle disposizioni della legge sulla moratoria, ed, eventualmente, sul fallimento.

Ma non soltanto a me pare che nell'art. 825 non vi sia nulla che obblighi la minoranza a seguire la legge della maggioranza, non potendosi ciò desumere dai principi generali, e neppure sia in modo positivo che in modo negativo dall'avverbio *validamente* che non basta affatto a sanzionare tale obbligatorietà e si spiega altrimenti in modo affatto logico e naturale. Io credo, inoltre, che nell'art. 825 *vi sia quel tanto, che basta a far ritenere l'accordo non obblitorio per la minoranza*. Ciò io desumo: a) dal secondo capoverso dell'articolo; b) dalla seconda parte del primo capoverso.

a) Il secondo capoverso dice che, tanto nel caso di accordo concluso colla totalità dei creditori, quando nel caso di accordo concluso coi tre quarti, alle condizioni stabilite dal 1° capoverso dell'articolo, se già vi fu dichiarazione di fallimento, l'accordo deve essere omologato dal tribunale e produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento.

Ora, in questo capoverso, è detto esplicitamente quale è l'effetto comune tanto alla prima che alla seconda specie d'accordo: ed è quello, quando l'uno e l'altro siano omologati dal tribunale, di produrre gli effetti del concordato *quanto alla chiusura del fallimento*. Ma — si noti bene — quanto alla chiusura

del fallimento soltanto, e non perciò, anche, quanto all'obbligatorietà per la minoranza. Il Salvia oppone (pag. 37 e 42 nota 1) che la legge all'ultimo cap. dell'art. 825 si occupa solo della chiusura del fallimento perchè del *valore dell'accordo* si era già occupato nella 1^a e nella 2^a parte dell'articolo stabilendo che l'accordo concluso colla totalità fa regolare *dalla convenzione* i rapporti tra morato e creditori, ugualmente all'accordo concluso colla maggioranza. Ma il Salvia non si accorge che ben diversa è la posizione nel caso di accordo colla totalità, e nel caso di accordo colla maggioranza. Nel caso di accordo colla totalità, la legge aveva a sufficienza provveduto a determinare i rapporti tra creditori e debitore, dicendo che essi si regolano *colla convenzione*, anziché colle norme della moratoria o del fallimento. Nel caso invece dell'accordo colla maggioranza, se pure la legge avesse voluto intendere, colla frase « *l'accordo può anche validamente stipularsi* » che le relazioni tra debitore e creditori debbono regolarsi *secondo la convenzione*, come nella 1^a parte dell'articolo: se pure avesse integralmente trascritto la frase: « *l'accordo colla maggioranza fa regolare le relazioni tra debitore e creditori secondo la convenzione* ». non avrebbe detto nulla, *perchè sta di fatto che una convenzione vi sarebbe bensì tra debitore e maggioranza, ma non tra debitore e minoranza*, non potendosi dare contratto senza consenso. Ecco dunque che per la minoranza, sarebbero restate intatte le norme della moratoria e del fallimento, sarebbe in altri termini continuato lo stato di moratoria o di fallimento. Il che vuol dire che, data anche la interpretazione del Salvia, il 1^o capoverso dell'art. 825 *non si sarebbe affatto occupato del valore dell'accordo* (come del resto abbiamo già in altro modo dimostrato). E perciò sta benissimo l'interpretazione *a contrario*, così evidente, desunta dal 2^o capoverso dell'articolo.

b) La seconda parte del 1^o capoverso dell'art. 825 stabilisce la condizione, alla quale l'accordo concluso colla maggioranza che rappresenti i tre quarti del passivo, può essere omologato dal tribunale e produrre le conseguenze di legge. Questa condizione è che gli assenzienti « *si assumano le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'integrale pagamento dei loro crediti* ». Richiamo l'attenzione del lettore sopra la parola *lite*, usata dalla legge, che non si può supporre sia stata ivi posta a caso o per sbaglio. So che alcuni la giustificano assai prestamente, parlando di *inesattezza di linguaggio* e di *cattiva redazione della disposizione legislativa* (v. p. es.: E. Scialoja nel *Foro it.*, 1894 fasc. 12, pag. 12 dell'estratto). Ma noi intendiamo diversamente l'ufficio dell'interprete: e perciò riteniamo che giustamente il legislatore abbia parlato di liti, *in quanto che egli ha voluto riferirsi a ragioni dei creditori d'indole litigiosa*, cioè contestate dal debitore (v. art. 1546 e 1547 cod. civ.). Ciò posto il pensiero legislativo si determina ancor più, quando si pensi che siamo in materia di moratoria, e che perciò parlandosi di *creditori*, non s'intende parlare solo di creditori i cui crediti siano stati accertati nella loro sussistenza e nel loro ammontare. Tutti o parte di questi crediti possono essere contestati. Ora poi crediti, anche contestati, sui quali sia intervenuto l'accordo, non v'è più questione a farsi. Ma se la legge ha accennato a *liti dei dissenzienti*, ciò vuol



dire evidentemente che i loro crediti non sono compresi nell'accordo stipulato colla maggioranza, perchè possono dar luogo a liti. Non può chiamarsi litigioso un credito compreso, anche per forza di legge, in un accordo. La lite — lo dice, sebbene ad altro proposito, l'art. 1547 cod. civ. — presuppone un *diritto contestato*. Questo è il senso che la legge dà a quella espressione: e perciò le liti di cui parla l'art. 825 non possono essere che quelle a cui darà luogo l'accertamento dei crediti dei dissenzienti, il quale dovrà farsi nelle forme del procedimento ordinario, giacchè la procedura fallimentare è venuta meno per l'accordo.

Tutto ciò spiega benissimo il significato della 2^a parte del 1^o capoverso dell'art. 825. Il legislatore si è preoccupato del caso in cui qualcuno o anche tutti i creditori dissenzienti richiedessero il pagamento dei loro crediti, dopo eseguito l'accordo colla maggioranza. Egli ha voluto evitare che una tale richiesta potesse provocare nuovamente il fallimento: ed ha deciso che, nel caso di esito favorevole per dissenzienti, di liti intentate per l'accertamento dei loro crediti, essi dovranno subire le conseguenze di queste liti, cioè dovranno, *nel caso che il restante patrimonio del debitore non sia sufficiente a soddisfare i dissenzienti, prelevare dalle somme riscosse quello che è necessario per completare il pagamento*. E, *ove occorra*, nel caso cioè in cui non resti nulla, dopo eseguito l'accordo colla maggioranza, del patrimonio del debitore, dovrà la maggioranza stessa pagare essa, *sempre sulle somme riscosse*, la minoranza dissenziente. Dico, *sempre sulle somme riscosse*, perchè non è supponibile, trattandosi di moratoria, per accordare la quale la legge prescrive che l'attivo sia superiore al passivo (art. 819), che la somma riscossa dalla maggioranza, unita al residuo attivo del debitore, *non sia sufficiente a pagare un quarto dei creditori*.

Perchè poi la legge abbia parlato solo delle *conseguenze delle liti*, cioè del pagamento di crediti litigiosi, si comprende, giacchè trattandosi di crediti riconosciuti, liquidi ed esigibili, essi, *normalmente almeno*, saranno fatti valere sul patrimonio del debitore subito dopo cessato lo stato di moratoria, e quindi prima che, eseguitosi l'accordo colla maggioranza, possa essere distolta anche una piccola parte dell'attivo del debitore. Ed, essendo integro l'attivo, la legge non suppone neppure che esso non basti a pagare *un quarto* dei crediti.

4. — *Fallimento di società in nome collettivo — Socio receduto — Fallimento del socio.*

La questione, se il fallimento della società in nome collettivo importa anche il fallimento del socio uscito dalla società, è stata di recente decisa dal tribunale di Palermo (28 Aprile 1899, *Foro italiano* 1899, 1002) a proposito di una specie davvero singolarissima. Dichiarato il fallimento di una società in nome collettivo, un socio della stessa, receduto con atto regolarmente pubblicato anteriormente alla dichiarazione di fallimento della società, venne dichiarato individualmente fallito, per non aver adempiuto agli obblighi che gli incombevano come responsabile delle operazioni sociali anteriori al recesso (art. 96 e 188 cod. comm.). Ma egli si oppose alla sentenza dichiarativa del suo fallimento individuale sostenendo che — come socio della società — egli doveva essere, a norma dell'art. 847 cod. comm., dichiarato in fallimento per il solo fatto del

fallimento della società, e sottoposto alla stessa ed unica procedura istituita a riguardo della società e dei soci non receduti. L'interesse che aveva il socio receduto ad ottenere che il fallimento della società coinvolgesse anche il proprio, consisteva nel minor dispendio che avrebbe cagionato una procedura unica, con unico curatore, a confronto di una doppia procedura, con due curatori distinti. Ciononostante il tribunale, riconfermando una giurisprudenza oramai costante (v. nello stesso senso, l'A. Casale, 29 Gennaio 1887, *Consulente commerciale*, 1887, 198; l'A. Roma, 16 Ottobre 1890, *Diritto commerciale* 1891, 130; l'A. Milano, 8 Aprile 1893, *Foro italiano*, 1893, 965) respinse l'opposizione del socio receduto e dichiarò che il fallimento della società in nome collettivo ed in accomandita non produce per ciò solo il fallimento del socio responsabile senza limitazione, quand'anche ciò potrebbe essergli di vantaggio. E a mio parere, giudicò benissimo. La regola dell'art. 847 cod. comm. per cui il fallimento della società in nome collettivo ed in accomandita produce il fallimento dei soci responsabili senza limitazione, trova il suo fondamento in ciò, che, rispondendo ogni socio responsabile illimitatamente per *tutte* le obbligazioni della società, l'attivo di questa deve intendersi formato non solo dal patrimonio sociale, ma, inoltre, dal patrimonio particolare di ciascuno dei soci illimitatamente responsabili. E perciò non v'ha — per la legge — *stato di fallimento* per la società, senza esservi *stato di fallimento* anche per ognuno dei soci responsabili in solido e senza limitazione (1). Ma il socio receduto non risponde di *tutte* le obbligazioni della società, egli risponde soltanto delle obbligazioni dipendenti dalle operazioni in corso al momento del recesso (2). Manca qui dunque uno dei presupposti essenziali della norma legislativa per cui il fallimento della società implica necessariamente quello dei soci responsabili senza limitazione. Qui sarebbe assolutamente inesatto affermare che l'attivo sociale si può considerare formato anche dal patrimonio particolare del socio receduto, giacchè questo garantisce solo *una parte* delle obbligazioni sociali. Siamo dunque completamente fuori della ipotesi contemplata nell'art. 847: questo si riferisce ai soci che rispondono illimitatamente ed in solido di *tutte* le obbligazioni della società, mentre nel caso nostro il socio receduto risponde bensì illimitatamente ed in solido, ma solo di *alcune* obbligazioni della società. Il che è ben differente.

(1) Vedi *Atti della Commissione del 1869*, III, n. 936; **Renouard**, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruxelles 1853, n. 534; **Sraffa**, *Il fallim. delle soc. comm.* pag. 134.

(2) Art. 188 cod. comm. *Atti della Commissione*, III, n. 706; **Vivante**, *Trattato*, II, n. 672; **Behrend**, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pag. 588, nota 16.

ISTITUTO
DI
DIRITTO PRIVATO
DELLA
UNIVERSITA DI PADOVA

15
Mm 1000

INGRESSO 10386

INVENTARIO POLO 9 P 25

BUONO REC 7591

PATTI D' ASSOCIAZIONE ALLA

RIVISTA BIBLIOGRAFICA


DELL'

ARCHIVIO GIURIDICO « FILIPPO SERAFINI »

La *Rivista bibliografica dell' Archivio giuridico « Filippo Serafini »* è un estratto della parte destinata alla Bibliografia nell'*Archivio giuridico*. Esce a fascicoli bimestrali in minutissimi caratteri e forma ogni anno un volume di circa pag. 240 corredato da un *Indice alfabetico delle materie*.

L'associazione è annuale al prezzo di Lire 6 anticipate (Fr. 9 per l'Estero). Ogni fascicolo separato costa Lire 1. 50 (Fr. 2 per l'Estero).

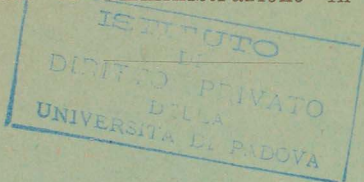
Le associazioni si ricevono presso la *Amministrazione dell' Archivio giuridico* in **Modena** 17, Corso Canalgrande).

 Tous les ouvrages de Droit public et privé, d' Economie politique, de Science financière, de Philosophie du droit, de Sociologie, d' Histoire du droit, d' Antiquités grecques et romaines déposés à la *Direction de l' Archivio giuridico* à **Modena** (Italie) seront l'objet d'un compte-rendu ou d'annonces. Les ouvrages scientifiques dont **deux** exemplaires auront été déposés seront **certainement** l'objet d'un *compte-rendu* analytique et critique. L'un des deux exemplaires sera par la Direction donné a M. l'Auteur du *compte-rendu*.

ARCHIVIO GIURIDICO « FILIPPO SERAFINI »

DIRETTO DAL PROF. ENRICO SERAFINI

~~Direzione ed Amministrazione~~ in MODENA



PATTI D' ASSOCIAZIONE ALL' ARCHIVIO GIURIDICO:

- 1) L' *Archivio giuridico « Filippo Serafini »* esce a fascicoli bimestrali di circa 200 pagine in modo da formare due volumi ogni anno.
- 2) Ogni volume è corredato di un copioso *Indice alfabetico delle materie* oltre all' *Indice sommario* di ogni puntata.
- 3) L'associazione è **annuale** al prezzo di Lire 20 *anticipate* (Fr. 24 per l' Unione postale). — Ogni fascicolo separato costa Lire 5 per l' Unione postale Fr. 6).
- 4) L'associazione non disdetta entro il mese di Novembre si intende rinnovata per l'anno successivo.
- 5) Lettere, pieghi e denari si inviano al Prof. **Enrico Serafini** in **Modena**. Il prezzo di associazione può essere spedito anche alla *Tipografia Alfonso Garagnani e Figli* in **Bologna**.

Università degli Studi di Padova
Biblioteche del Polo giuridico



POL090053497

S. T. E. M. - MUCCHI

Lire 1500