

Marco Lamandini

**LA CONVERSIONE DEI FALLIMENTI IN
CORSO DI SOCIETÀ DI INTERMEDIAZIONE
MOBILIARE AI SENSI DELL'ART. 67,
COMMA 3° DEL D.LGS. 23 LUGLIO 1996,
N. 415**

Estratto



PROBLEMI DELLA PRATICA

LA CONVERSIONE DEI FALLIMENTI IN CORSO DI SOCIETÀ DI INTERMEDIAZIONE MOBILIARE AI SENSI DELL'ART. 67, COMMA 3° DEL D.LGS. 23 LUGLIO 1996, N. 415 (*).

L'art. 67, comma 3°, del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 — di recepimento delle direttive comunitarie 93/22/CEE e 93/6/CEE in base agli artt. 1 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 — dispone che « dalla data di entrata in vigore del presente decreto le procedure di fallimento delle SIM, per le quali non sia stata ancora dichiarata l'esecutività dello stato passivo né effettuate restituzioni, sono convertite in procedure di liquidazione coatta amministrativa disciplinate dall'art. 34 ». I commi successivi del medesimo articolo prevedono che « fermo restando l'accertamento dello stato di insolvenza già dichiarato, il tribunale, anche d'ufficio, dichiara con sentenza in camera di consiglio che la società è soggetta alla procedura di liquidazione coatta e ordina la trasmissione degli atti al Ministero del tesoro perché emani il relativo decreto e alla Banca d'Italia in relazione a quanto disposto dall'articolo 34 »; « gli organi del cessato fallimento e quelli della liquidazione coatta provvedono con urgenza al passaggio delle consegne dandone notizia con le forme di pubblicità stabilite dalla Banca d'Italia. Restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti ».

L'art. 68 fissa al 1° settembre 1996 la data di entrata in vigore del medesimo decreto.

Poiché lo stato passivo del Fallimento (...) — società di intermediazione mobiliare è stato reso esecutivo prima del 1° settembre 1996 ma a quella data non erano ancora state effettuate restituzioni, si tratta di capire se la procedura fallimentare possa continuare o vada invece convertita in liquidazione coatta, con le modalità specificate dal decreto 415/96.

Il dubbio si pone evidentemente in relazione all'espressione « ... per le quali non sia stata ancora dichiarata l'esecutività dello stato passivo né effettuate restituzioni » alla data del 1° settembre 1996. Questa espressione infatti, da un punto di vista letterale, si presta ad essere intesa in due modi diversi a seconda che si riconnetta a « né » valore di congiunzione ovvero

di disgiunzione. Nel primo caso, la conversione del fallimento non opera se alternativamente lo stato passivo è stato reso esecutivo prima del 1° settembre 1996 oppure, anche in difetto di ciò, si siano avute restituzioni prima di quella data. Nel secondo caso, la conversione opera anche se lo stato passivo sia stato reso esecutivo prima del 1° settembre 1996 ma prima di tale data non siano state comunque effettuate restituzioni.

L'analisi dei lavori preparatori indica che la norma transitoria in discorso — diretta, come si è visto, a disciplinare la conversione dei fallimenti in corso — era del tutto mancante nello schema di decreto legislativo predisposto dalla commissione governativa (v. Camera dei Deputati, *Schema di decreto legislativo sulle Eurosim*, n. 2, XIII legislatura, giugno 1996), intendendosi così garantire la sopravvivenza delle procedure già aperte fino alla loro naturale definizione. La liquidazione coatta come strumento di risoluzione della crisi era dunque disposta solo per l'avvenire; e la sua previsione dipendeva dall'assolvimento di un preciso obbligo imposto dall'art. 21, lett. l) della legge delega 52/96 che espressamente disponeva come « la disciplina della crisi dovrà essere uniforme per tutti i soggetti autorizzati all'attività di intermediazione in valori mobiliari, in particolare mediante l'assoggettamento delle imprese di investimento a... liquidazione coatta amministrativa ».

In sede di Commissione finanze, chiamata a pronunciarsi in ordine al parere obbligatorio — ma non vincolante — sullo schema di provvedimento, fu suggerito dall'onorevole Pace dell'opposizione di estendere la liquidazione coatta « ... con norme di carattere transitorio, alle situazioni di crisi già in essere » invece di limitare l'istituto « ... come è nel testo attuale, ... ai casi che emergeranno dopo l'entrata in vigore delle disposizioni in esame » (*Atti della VI Commissione Permanente*, verbali del giorno 18 giugno 1996, p. 38). Il Relatore di maggioranza, on. Agostini, replicando nella seduta del 19 giugno 1996 (*Atti della VI Commissione Permanente*, verbali del giorno 19 giugno 1996, a p. 51) ebbe a sottolineare che il governo, « ... dopo aver proceduto ad una attenta e ponderata valutazione, ritiene che sia preferibile evitare i rischi di un allungamento dei tempi che nelle procedure già aperte potrebbe derivare a seguito della trasformazione (in liquidazione coatta) ».

Ciò non di meno, in sede di approvazione definitiva del decreto da parte del Consiglio dei Ministri, inaspettatamente si provvide a redigere la norma di cui all'art. 67. Una norma, a quanto pare di capire, fatta in tutta fretta e da mani forse non troppo esperte, almeno a giudicare dalla sgrammaticatura in essa contenuta (« ... per le quali non *sia stata* ancora dichiarata l'esecutività dello stato passivo né effettuate restituzioni... »).

Da un punto di vista sistematico, la norma transitoria in esame non trova esatto corrispondente, se non ci si inganna, in nessuna precedente disposizione di conversione della procedura fallimentare in procedure « speciali ».

Basti ricordare, in proposito, che il d.l. 5 giugno 1986, n. 233, poi convertito in legge 1° agosto 1986, n. 430 recante « norme urgenti sulla liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie... », all'art. 3 conteneva una disposizione di conversione « secca » (sulla quale ebbe modo di

(*) Parere reso i primi di ottobre 1996 al Curatore del Fallimento (...) e al Giudice Delegato della Sezione Fallimentare del Tribunale di Bologna.

pronunciarsi anche la Corte costituzionale con sentenza 18 gennaio 1991, n. 19 in *Foro it.*, 1993, I, 1786 con nota di P. LICCARDO, *La tutela della unicità delle procedure concorsuali amministrative: brevi riflessioni sulla conversione nella l. 430/86*. Essa, nel testo modificato dalla legge 16 gennaio 1987, n. 27, è del seguente tenore: « dalla data di entrata in vigore del presente decreto le procedure di fallimento alle quali siano già assoggettate le società di cui agli artt. 1 e 2 sono convertite in procedure di liquidazione coatta amministrativa, ferma la dichiarazione di insolvenza adottata dall'autorità giudiziaria ». All'opposto, l'art. 4 del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, poi convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95, ha disposto la conversione in amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi solo dei fallimenti dichiarati dopo l'entrata in vigore del decreto.

Il dubbio che l'anodina espressione usata dal legislatore all'art. 67 comma 3° possa significare che « esecutività dello stato passivo » e « restituzioni » costituiscano presupposti solo dal cui verificarsi congiunto prima del 1° settembre 1996 possa derivare la sopravvivenza della procedura fallimentare dipende dal fatto che, in base alla generale disciplina fallimentare, non sembrano possibili restituzioni prima del momento in cui lo stato passivo sia stato reso esecutivo (arg. ex art. 103 l. fall.). La giurisprudenza ha infatti avuto modo di precisare da tempo che « ... a mente della vigente l. fall. (che sul punto ha innovato sulla preesistente disciplina contenuta negli artt. 807 e 808 dell'abrogato cod.comm.) il procedimento per accertare la proprietà o altro diritto reale su beni posseduti dal fallito deve svolgersi preliminarmente, a pena di inammissibilità, dinanzi al giudice delegato in contestualità del procedimento per la verifica dello stato passivo ed è soggetto alle stesse forme di questo: non è quindi consentito l'esercizio separato di azioni reali direttamente in sede di contestazione ordinaria » (App. Genova, 25 maggio 1953, in *Temi gen.*, 1953, p. 280). Inoltre — come ha precisato Pret. Roma, 10 dicembre 1984, in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 168 — non sono consentite neppure restituzioni anticipate in base a provvedimenti cautelari ed urgenti, ex art. 700 c.p.c. del giudice delegato: « in ragione della natura e della funzione della procedura fallimentare diretta a regolare in un unico contesto — anche per un evidente interesse pubblico — le ragioni che i privati vantano nei confronti del patrimonio del fallito, l'azione di rivendicazione prevista dall'art. 103 l. fall. sembra assumere valore assorbente rispetto ad altre forme di rivendica e quindi determinare l'improponibilità di giudizi ordinari aventi ad oggetto la rivendicazione dei beni acquisiti al fallimento, e quindi per il noto collegamento strumentale, l'improponibilità del giudizio cautelare connesso » (analogamente, v. già Trib. Roma, 27 giugno 1963, in questa *Rivista*, 1964, II, p. 470).

Se dunque si volesse concludere che il legislatore, nell'utilizzare l'espressione « restituzioni », ha inteso richiamare la disciplina fallimentare di esse, se ne dovrebbe altresì desumere che con ciò ha inteso spingere in avanti il momento della procedura oltre il quale la stessa resta salva e non si converte: non basterebbe dunque che al 1° settembre 1996 lo stato passivo sia già stato reso esecutivo, ma occorrerebbe anche, prima di quella data, l'effettuazione di restituzioni. E l'uso del termine « effettuazione » con riguardo alle restituzioni indicherebbe a sua volta che non sarebbe suffi-

ciente che al 1° settembre 1996 sia sorta l'obbligazione giuridica di restituire, occorrendo invece che detta obbligazione restitutiva sia stata adempiuta prima di tale data.

La ratio di una siffatta impostazione (che potremmo definire di interpretazione estensiva della conversione) andrebbe ovviamente ricercata nel fatto che, nel contesto delle crisi degli intermediari finanziari, in particolare di quelli che prestano servizi di gestione, proprio la « restituzione » dei patrimoni separati andrebbe vista come il momento qualificante dell'attività degli organi pubblici chiamati a provvedere a seguito della manifestata insolvenza.

Questa conclusione tuttavia sembra molto lontana dalle intenzioni che il legislatore aveva manifestato nella fase preparatoria della legge: fase in cui — come si è visto — aveva reso evidente il proprio *favor* per la conservazione delle procedure in corso, al fine di evitare ingiustificati allungamenti delle stesse. E' noto che l'intenzione dei redattori della legge non può valere a rovesciare l'interpretazione del significato oggettivo della norma, quale esce dalla sua interpretazione letterale e sistematica. Ciò non di meno l'evidente contrasto dell'interpretazione estensiva della conversione con l'interpretazione storico-teleologica della norma consiglia un maggiore approfondimento.

D'altra parte, l'interpretazione estensiva dell'art. 67, comma 3°, a ben vedere non appare del tutto convincente neppure sotto il profilo letterale. Non si può infatti non notare come l'interpretazione che indica « esecutività dello stato passivo » e « restituzioni » come presupposti la cui ricorrenza deve essere congiunta per la sopravvivenza della procedura fallimentare finisce con il rendere del tutto superfluo il richiamo all'esecutività dello stato passivo: se le restituzioni di cui si discute sono quelle — ex art. 103 l. fall. — che possono essere effettuate solo dopo che è stata dichiarata l'esecutività dello stato passivo, il legislatore ben avrebbe potuto riferirsi, come fattispecie qualificante, alle sole « restituzioni », omettendo qualsiasi riferimento ad un adempimento necessariamente antecedente quale la dichiarazione di esecutività dello stato passivo. Anche il canone ermeneutico della c.d. interpretazione utile consiglia dunque di verificare se non vi sia spazio per un'interpretazione diversa della norma, in modo da evitare che una parte di essa non abbia sostanzialmente significato.

Questo è tanto più vero in relazione al fatto che, sempre da un punto di vista letterale, la tecnica costruttiva della norma sembra enfatizzare, come presupposto qualificante per la permanenza della procedura fallimentare, quello della esecutività dello stato passivo piuttosto che quello delle « restituzioni ». Il richiamo a queste ultime si direbbe essere stato fatto — a giudicare dalla sgrammaticatura — solo all'ultimo momento e in funzione di completamento della disciplina, proprio come se si volessero salvare anche le procedure fallimentari in cui lo stato passivo non è stato ancora reso esecutivo ma sono state effettuate restituzioni e non viceversa.

D'altra parte, da un punto di vista sistematico, l'effettuazione di « restituzioni » anticipate prima del definitivo accertamento dello stato passivo non costituisce prospettiva priva di significato nel contesto specifico della crisi degli intermediari finanziari così come essa è disciplinata dal te-

sto unico in materia bancaria richiamato, per l'avvenire, anche per le SIM dal decreto 415/96. L'art. 91 del testo unico, al quarto comma, dispone infatti che « i commissari, sentito il comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono eseguire riparti e restituzioni parziali sia a favore di tutti gli aventi diritto sia a favore di talune categorie di essi, anche prima che siano realizzate tutte le attività e accertate tutte le passività ». Questa norma fa invero nascere il sospetto — peraltro ovviamente non utilizzabile ai fini dell'interpretazione del diritto oggettivo — che l'inserimento dell'espressione « né effettuate restituzioni » possa essere stata fatta, nella fretta, pensando più a quanto avviene nel contesto delle procedure per la crisi degli intermediari creditizi che a quanto dispone la legge fallimentare.

Tutti questi rilievi critici all'interpretazione estensiva dell'art. 67, comma 3°, e cioè all'applicazione allargata della conversione dei fallimenti in corso, sarebbero destinati a restare lettera morta se alla *pars destruens* non si riuscisse a far seguire una *pars construens* capace di identificare le ragioni di un'interpretazione restrittiva. Per fare ciò è indispensabile dimostrare che le « restituzioni » cui fa riferimento l'art. 67 possono avvenire anche prima della dichiarazione di esecutorietà dello stato passivo.

A tal fine giova rammentare che, già prima della nuova legge, il riferimento alle « restituzioni » era presente all'art. 13, comma 5°, della legge 2 gennaio 1991, n. 1, nella parte in cui — coerentemente con il principio di separatezza patrimoniale di cui all'art. 8, comma 2° della legge — si disponeva che « ... con il provvedimento di cancellazione il Ministro del tesoro nomina un commissario preposto alla tutela e alla restituzione dei patrimoni di proprietà dei clienti della società » nonché si precisava che « l'incarico del commissario ha termine con la restituzione dei beni disponibili ai clienti della società ».

Ebbene, in base a questa, invero laconica disciplina, vi sono ragioni per ritenere che « restituzioni » potessero a ben vedere aversi anche prima alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo e che proprio a queste « restituzioni » anticipate, e non a quelle successive *ex art. 103 l. fall.* il legislatore del 1996 ha inteso riferirsi con l'art. 67, comma 3°.

E' vero, infatti, che per effetto del principio di « affiancamento » dell'organo ministeriale alla procedura fallimentare (previsto dal comma 5° dell'art. 15 là dove si specifica che « ... il commissario si affianca agli organi delle procedure concorsuali, ove disposte »), se alla nomina del commissario seguiva la dichiarazione di fallimento della SIM, si è per lo più (e correttamente) ritenuto che spettasse agli organi fallimentari e non al commissario provvedere alle restituzioni; e questi vi provvedevano secondo le usuali norme e procedure in materia fallimentare (applicando alla restituzione dei patrimoni separati l'art. 103 l. fall.).

Non si può tuttavia dimenticare che non è mancata qualche voce dottrinale che ha sostenuto che, anche a seguito di fallimento, il commissario continuava ad essere investito di compiti di liquidazione, proprio nella forma della restituzione agli aventi diritto dei patrimoni dati in gestione alla SIM. Ma anche a prescindere da ciò, si deve rammentare come la legge SIM avesse espressamente previsto che in certi casi la nomina del commis-

sario non si collegasse ad alcuna procedura fallimentare: l'art. 13, comma 5°, prevedeva la nomina del commissario restitutore in ogni caso di cancellazione della SIM dall'albo. Tale cancellazione, se conseguiva di diritto all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, poteva derivare anche dall'accertamento di irregolarità e violazioni che comportassero pericoli per la stabilità dei mercati e per la tutela del pubblico risparmio; dipendeva cioè da eventi suscettibili di restare estranei alla cognizione del giudice fallimentare.

Ebbene, in tutti questi casi in cui il commissario restitutore veniva nominato senza che ancora ricorresse la dichiarazione dello stato d'insolvenza, egli provvedeva — per legge — alle « restituzioni ». Nulla impediva tuttavia che, quand'anche il commissario avesse già effettuato « restituzioni », il Tribunale dichiarasse il fallimento (ne è riprova ad esempio l'istanza di fallimento di una SIM proposta dal PM a seguito della constatazione che i titoli restituiti dal commissario restitutore erano di nessun valore, istanza peraltro respinta da Trib. Milano, 5 dicembre 1995, in *Fallimento*, 1996, p. 689). In questi casi, la procedura fallimentare avrebbe poi seguito il suo corso, anche quanto alle restituzioni *ex art. 103 l. fall.*; in essa, comunque, vi sarebbero state « restituzioni » precedenti la dichiarazione di esecutività dello stato passivo.

Stando così le cose, pur nell'obiettivo difficoltà della materia, sembrerebbe ben possibile interpretare l'art. 67 comma 3° del d.lgs. 415/96 nel senso che i due presupposti della « esecutorietà dello stato passivo » e dell'effettuazione delle « restituzioni » sono stati pensati e posti come alternativi tra loro: le « restituzioni » cui la norma fa riferimento non sarebbero quelle *ex art. 103 l. fall.*, necessariamente successive alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo, bensì quelle anticipate, effettuate prima della dichiarazione di fallimento (poi sopravvenuta) dal commissario restitutore. Questa interpretazione restrittiva della conversione non presenterebbe così i difetti che mostra invece l'interpretazione estensiva, sotto il profilo sia teleologico sia letterale. Essa inoltre sembrerebbe porsi in linea con le intenzioni manifestate dal legislatore nel corso dei lavori preparatori, giacché eviterebbe conversioni dalle quali discenderebbero ingiustificati ritardi alle procedure. La norma avrebbe dunque il significato di lasciare impregiudicate quelle procedure nelle quali si siano già compiuti atti qualificati del procedimento o perché già si è portata a compimento la complessa fase di accertamento del passivo o perché, anche in difetto di ciò, comunque si sono già fatte fuoriuscire dalla SIM somme o titoli in precedenza nella sua disponibilità, così di fatto anticipando l'inizio dell'esecuzione della procedura (fallimentare, sopravvenuta a « restituzioni » anticipate avvenute). In questi casi il legislatore avrebbe considerato antieconomica e intempestiva l'eventuale conversione, riservando la stessa solo a quelle procedure che, per quanto in corso, ancora si trovassero ad uno stadio di non significativa attuazione.

Per completezza, concludo queste mie note con un rilievo di ordine costituzionale. La norma transitoria in esame, come si è visto, è stata scritta in sede di approvazione definitiva del provvedimento, dopo che lo schema di decreto legislativo era stato sottoposto al parere obbligatorio del Parla-

mento senza contenere alcuna norma transitoria di conversione delle procedure fallimentari in corso e dopo che la Commissione competente, pur avendo discusso circa l'opportunità di introdurre un regime transitorio, a quanto consta non aveva formalmente formulato rilievi sul punto in sede di parere. L'introduzione di quella norma da parte del Governo in ultima lettura ha così determinato, di fatto, un salto di competenze rispetto al potere di controllo che la legge riconosce al Parlamento (v. infatti l'art. 1, comma 4° della legge delega 52/96 che prevede espressamente come « Gli schemi di decreti legislativi recanti attuazione delle direttive comprese nell'elenco di cui all'allegato B — tra cui la 6/93/CEE e la 22/93/CEE — a seguito della deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri sono trasmessi... alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica perché su essi sia espresso, entro 40 giorni dalla data di trasmissione, il parere delle Commissioni competenti per materia. Decorso tale termine i decreti sono adottati »): ciò che, a ben vedere, può giustificare un sospetto di illegittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 76 cost. giacché risulta violato un limite all'esercizio della funzione legislativa delegata. Infatti si può legittimamente ritenere che a seguito del parere delle competenti commissioni parlamentari residui al Governo soltanto il potere di introdurre le modifiche al testo sottoposto alle Commissioni che siano diretta conseguenza dei rilievi formulati dalle medesime in sede di parere; ogni ulteriore modifica diversa da queste ultime difetterebbe, invece, del necessario controllo parlamentare. La rimessione della questione alla Corte costituzionale, se pur non è auspicabile perché allungherebbe ovviamente i tempi della procedura, potrebbe quantomeno servire per indurre il Governo a ritornare sulla questione, anche a norma dell'art. 1, comma 5° della legge delega 52/96 che dispone come « ... entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge il Governo può emanare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, con la procedura indicata nei commi 3° e 4° ».

MARCO LAMANDINI