L'influenza del pensiero di Franco Di Sabato sulla evoluzione della teoria giuridica dell'assuntore del concordato

di Amedeo Bassi

1. Franco Di Sabato pubblicò il libro *L'assuntore del concordato fallimentare* nel 1960, quando aveva – essendo nato il 17 agosto 1933 – ventisette anni. Il libro apparve nella collana delle Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Napoli, che annoverava, tra i suoi autori, romanisti (Franco Bonifacio, Luigi Amirante Elio Mazzacane Franco Casavola Mario Bretone Attanasio Mozzillo), pubblicisti (Giuseppe Guarino, Ugo Gargiulo, Vincenzo Sica, Giuseppe Abbamonte, Giuseppe Cuomo, Enrico Spagna Musso), internazionalisti (Francesco Capotorti, Benedetto Conforti, Luigi Ferrari Bravo), filosofi del diritto (Pietro Piovani) processualpenalisti (Carlo Massa, Antonio Pecoro Albani, Dario Santamaria), tributaristi (Gaetano Liccardo), economisti (Augusto Graziani) e canonisti (Elio Mazzacane).

Per il diritto privato la collana presentava fra i suoi titoli il *Contributo alla teoria del negozio giuridico* di Renato Scognamiglio, la *Incapacità naturale ed adempimento* di Pietro Rescigno, il *Concetto di divisibilità ed indivisibilità della obbligazione* di Raffaele Cicala, *La simulazione del negozio giuridico* di Alberto Auricchio, la *Custodia e deposito* di Ugo Maiello e il *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico* di Biagio De Giovanni.

Le monografie dei commercialisti erano rappresentate dallo *Lo sconto bancario* di Gustavo Minervini, dalla *Società personale e contitolarità di diritti* di Vittorio Vitale, dal *Il conto corrente bancario* di Federico Martorano, e dalla *Collegialità e maggioranza* di Antonio Venditti.

2. Il libro è diviso in tre capitoli. Nel primo capitolo, l'Autore tratta l'argomento della cessione delle azioni revocatorie a favore dell'assuntore; nel secondo, la liberazione del fallito; nel terzo, la natura giuridica del rapporto di assunzione. Questa struttura molto essenziale e lineare favorisce una immediata comprensione del pen-

siero di Di Sabato, e testimonia sin da allora, se ve ne fosse bisogno, la sua predilezione per ragionamenti rigorosi ma nello stesso tempo concreti e chiari.

Qualche perplessità potrebbe suscitare oggi il fatto che l'Autore collochi solo nel capitolo terzo, e cioè alla fine dell'opera – anche se questa parte finale costituisce una buona metà del libro – l'argomento della natura giuridica del rapporto di assunzione. Si potrebbe pensare che una indagine sulla natura giuridica di un istituto debba precedere la trattazione di problemi specifici; e che le conclusioni sulla natura giuridica della assunzione condizionino l'indagine sulla cessione delle revocatorie e sulla liberazione del fallito, e non viceversa. In realtà, su questo punto il pensiero di Di Sabato è più consapevole e complesso di quanto non appaia dall'indice dei capitoli. L'Autore, infatti, ritiene che la assunzione possa prescindere sia dalla cessione delle revocatorie, sia dalla cessione stessa dei beni (v. spec. p. 122 ss.); e che anche la liberazione del fallito non sia un effetto essenziale (v. p. 115 ss.). Da queste premesse egli trae la conclusione che la assunzione possa e debba essere inquadrata nella sua struttura giuridica essenziale indipendentemente dagli aspetti della cessione dei beni e indipendentemente dalla liberazione del fallito (argomenti affrontati nei primi due capitoli).

3. Nel primo capitolo che, come si è detto è dedicato alla cessione delle revocatorie, Di Sabato, fatta una digressione storica e comparatistica (p. 33 ss., 48 ss. con citazioni prevalentemente dedicate allo studio di E. Weigelin, *Der Schuldbeitritt* del 1941) affronta le seguenti questioni:

a) quale sia la *ratio* del divieto di cessione delle revocatorie al fideiussore (p. 31 ss.), e quale sia la differenza tra fideiussore ed assuntore (p. 43 ss.);

b) se sia possibile la cessione delle revocatorie senza la cessione dell'attivo (p. 58 ss.);

c) se possa esservi assunzione senza cessione dell'attivo e senza liberazione del fallito (problema la cui trattazione viene rinviata però al capitolo terzo).

Sul primo argomento, Di Sabato, riprendendo gli spunti contenuti in un suo precedente scritto (*In tema di fideiussione per obbligazioni di indeterminato ammontare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, p. 227 ss.), e aderendo ad uno scritto di Salvatore Satta del 1928 (*La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, II, p. 416) che però giungeva a negare la cedibilità delle revocatorie anche all'assuntore; e alle tesi esposte dal Lordi

(*Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Napoli 1946), in contrasto con la dottrina allora dominante (R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1955, poi divenuto *Trattato* in quattro volumi) sostiene che la cessione al fideiussore (e non all'assuntore) è vietata perché si tratterebbe di una cessione a favore del fallito. Il fideiussore è un *alter ego* del fallito (p. 38 ss.), e il divieto di cessione all'assuntore altro non sarebbe che un riflesso del divieto di cessione al fallito.

L'elemento distintivo tra fideiussione e assunzione sta – per Di Sabato – nella possibilità di regresso del fideiussore (p. 55 ss.), e nella circostanza che la fideiussione si risolve in un impegno patrimoniale del terzo «destinato a risolversi nel tempo» (p. 57 ss.).

Per quanto riguarda il secondo tema, Di Sabato sostiene, per la verità con grande determinazione, che non è possibile la cessione delle revocatorie senza la cessione dell'intero attivo (p. 58 ss.), mentre sarebbe possibile la cessione dell'attivo senza la cessione delle revocatorie. Ma questo tema – nel primo capitolo – è solamente sfiorato. Solo nel capitolo terzo l'Autore svilupperà la tesi che possa esservi assunzione senza cessione dei beni e senza liberazione del fallito.

4. Nel secondo capitolo Di Sabato affronta i seguenti temi che gli appaiono giustamente tra di loro collegati (a p. 95 scrive: «*estensione della responsabilità dell'assuntore e liberazione del fallito sono due aspetti interdipendenti dello stesso problema*»):

a) se l'assuntore sia responsabile anche nei confronti dei creditori non insinuati;

b) se la assunzione comporti o meno la liberazione del fallito.

Per la prima questione, Di Sabato scinde il tema in due sottoipotesi: quella del silenzio delle parti, e quella del patto espresso con il quale l'assuntore non si obblighi verso i creditori non risultati dallo stato passivo. La tesi sostenuta dall'Autore è che l'assuntore non risponda verso i creditori non insinuati (p. 98 ss.), a meno che non vi sia un espresso obbligo in tal senso. E – rispondendo anche al quesito di cui alla lett *b*) – Di Sabato aggiunge che la assunzione è normalmente cumulativa e che alla responsabilità "limitata" dell'assuntore corrisponda la mancata liberazione del fallito. La estensione della garanzia dell'assuntore ai creditori non ammessi deve quindi essere espressamente prevista (p. 100). L'assuntore, secondo Di Sabato, non risponde nemmeno verso i creditori tardivi e verso i creditori che hanno impugnato lo stato passivo. Infine – aderendo ad una opinione espressa dall'Azzolina (*Se l'assuntore del concordato sia tenuto al pagamento dei credi-*

tori non insinuati, in *Temi*, 1951, p. 398 – il Di Sabato ipotizza che l'assuntore possa essere chiamato a pagare anche debiti non risultati dallo stato passivo, quando l'attivo a lui trasferito comprenda una azienda commerciale (p.102 s.), anche se poi, a tale proposito, aggiunge – anticipando i risultati cui perverrà la dottrina molti anni dopo – che in caso di crisi è difficile che la qualifica di azienda possa sopravvivere al fallimento.

5. Arriviamo così al capitolo terzo, che è il più difficile ed impegnativo. Di Sabato premette che le conclusioni che verranno da lui esposte sono valide, sia che si accetti del concordato la versione contrattualistica, sia che si accetti la versione processualistica (p. 117).

Come è noto, la tesi dominante all'epoca in cui scriveva Di Sabato era – per quanto riguarda la successione nei debiti – che l'assunzione fosse riconducibile alla figura dell'accollo. Di Sabato capovolge questa prospettiva e, partendo dalla premessa che può esservi assunzione senza trasferimento dei beni, e senza liberazione del fallito, sostiene che in realtà il rapporto di assunzione è riconducibile alla delegazione. Non è il caso di ripercorrere passo passo la ricostruzione, spesso appassionata, che l'Autore, a questo proposito, propone. Potrà invece bastare osservare – anche per stabilire un interessante collegamento con la dottrina di oggi – che alla base della tesi sostenuta da Di Sabato vi era la sottolineatura della esclusività della iniziativa del fallito (che all'epoca era la unica conclusione sistematicamente corrette che potesse adottarsi). Per l'Autore, la intesa tra fallito e terzo è in un certo senso «irrilevante» (p. 135 ss.). È il fallito che, con la proposta di concordato con assunzione, si rivolge sia ai creditori sia al terzo (p. 146 ss.), ponendo con ciò in essere una ipotesi di delegazione cumulativa (p. 164), con responsabilità sussidiaria del debitore (p. 166 ss.) e con un limitato novero di eccezioni che l'assuntore può muovere ai creditori (p. 168 ss.).

6. La fortissima dottrina con la quale il giovane Di Sabato finiva per fare i conti era rappresentata, all'epoca, dagli autori che avevano scritto sotto il vigore del codice di commercio, e cioè, tra gli altri, G. Auletta, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939; A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902; A. Ramella, *Trattato del fallimento*, Milano, 1904; G. Bonelli, *Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 291 ss.; R. Montessori, *La cessione delle azioni di nullità derivanti dagli art. 707 capoverso e 709 codice del commercio dal fideiussore del fal-*

lito nel concordato, in *Giur. it.*, 1919, I, c. 1083; A. Candian, *Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 459; S. Satta, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, II, p. 416; S. Nisio, *Sulla trasmissibilità delle azioni revocatorie fallimentari*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, III, 1940, p. 257 ss.

Degli autori che avevano trattato la legge fallimentare in vigore dal 1942 in poi, troviamo citazioni oltre che di Satta e Lordi, di De Semo, *Diritto fallimentare* 1954; ovviamente di Ferrara, *Il fallimento* Milano, ed. 1959, e di Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare* in due volumi, ed. 1955 (che come si è detto diverrà il Trattato in quattro volumi); di De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano 1956; di Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino 1953, che ebbe grandi intuizioni in campo fallimentare; di Pazzaglia, *In tema di cessione delle azioni revocatorie all'assuntore del concordato*, in *Dir. fall.*, 1947, II, p. 50 ss. e così via.

Per i profili più strettamente privatistici della sua ricostruzione. Di Sabato cita Bigiavi, *La delegazione*, Padova, 1940 (libro che Gustavo Minervini ieri 21 luglio 2011 durante una conversazione con me e con il prof. Buonomo ha definito «bellissimo»), Rescigno, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958 e, successivamente, *Note sull'assuntore del concordato*, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 621 ss.; Cicala, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, IV p. 879 ss. e *Cessione del contratto*, *ibidem*, VI, p. 885.

Chi conosce il complicato mondo delle sovrastrutture e gerarchie accademiche, non può non restare colpito dalla quasi incosciente determinazione con cui il giovane ed allora credo quasi sconosciuto autore napoletano affronta, criticandole, le tesi sostenute da due Maestri affermati del diritto commerciale, quali Francesco Ferrara e, se non bastasse, Walter Bigiavi. Di Ferrara il Nostro critica – giustamente – la tesi secondo cui l'assuntore sarebbe un mandatario con il compito di liquidare l'attivo, anche se non può fare a meno di ammettere che la tesi del Ferrara fosse esatta «ma solo da un punto di vista storico»! (v. spec. p. 131). Con ancora peggiore e beata incoscienza Di Sabato osa sfidare [p. 140 ss e spec. p. 155 ss e esplicitamente p. 158 («a conclusione di questo ragionamento, sembrerebbe dunque che non possano essere seguite le considerazioni del Bigiavi in merito alla distinzione tra delegazione ed espromissione»)] il Bigiavi sul tema della delegazione, tema al quale il professore bolognese, a quanto si dice, era molto legato.

Francesco Ferrara, che aveva riaffermato le sue convinzioni nella voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 479 ss. (dove troviamo la affermazione che andrebbe approfondita: il concordato è un contratto e non un accordo p. 479: che può significare oggi?; ma v., per es., già *Il fallimento* nella edizione del 1966, p. 527) accettò e condivise in buona parte, le critiche del giovane Di Sabato, riportandone analiticamente il pensiero, e rilevando che la tesi di Di Sabato era debole laddove ipotizzava anche la possibilità di una assunzione senza cessione dell'attivo. Non mi risultano invece repliche di Bigiavi, anche se lo stesso Franco mi ha riferito di avere il sospetto che forse questa incauta puntata iconoclastica, che all'epoca solo lui – e Umberto Belviso in altra sede e occasione – ebbero il coraggio di concedersi, non favorì molto la sua carriera e i suoi concorsi. Quando si diceva: libero docente, l'aggettivo non cadeva a caso.

Dei grandi privatisti partenopei, Pietro Rescigno rappresentò per Di Sabato un punto di riferimento molto importante, ed entrambi si occuparono quasi contemporaneamente dello stesso argomento. Raffaele Cicala dedicò un ampio spazio alle tesi di Di Sabato, soprattutto nei due saggi sull'accollo e sulla delegazione ed espromissione, entrambi pubblicati nei *Saggi sull'obbligazione e sue vicende* apparsi nel 1969. Il dialogo tra di Sabato e i privatisti dimostra, tra le tante cose, che la scuola commercialistica partenopea è nata come una diramazione di quella civilistica, con l'arricchimento della adozione di un metodo di indagine storicistico ed economico (A. Graziani, G. Minervini e U. Belviso, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2011, *Prefazione*, pp. V-IX).

7. Dopo la pubblicazione del libro vi fu naturalmente tutto un fiorire di studi e di sentenze sull'argomento. Per non appesantire la esposizione, vorrei solamente dedicare pochi cenni solo alle monografie che hanno toccato il tema dell'assuntore dopo quella di Franco Di Sabato.

Giuseppe Terranova nel 1976 pubblicò una monografia dal titolo *L'assuntore del concordato fallimentare.* Il libro consta di due capitoli, e, nel secondo, l'Autore affronta il tema della responsabilità dell'assuntore nei confronti dei creditori non insinuati. Il libro nasce come replica a quello di Di Sabato; ed infatti l'A. dedica amplissimo spazio alla ricostruzione e alla critica delle tesi esposte dal nostro Autore (pp. 13, 21, 25 ecc.). Per Terranova l'assunzione nasconde una operazione di scambio tra procedura e terzo (da tra fallito e terzo), e – venendo al tema della responsabilità dell'assuntore rispetto ai debiti non risultati dallo stato pas-

sivo – l'Autore aderisce alla stessa tesi sostenuta da Di Sabato, ma sulla base di un argomento fondamentalmente diverso (e di sapore prevalentemente processuale- esecutivo). Più precisamente l'A. sostiene (spec. p. 83 ss.) che il concordato è una «operazione di scambio» diretta non ad una sistemazione complessiva della esposizione debitoria del fallito, ma a chiudere la situazione processuale creata dal fallimento tramite la soddisfazione dei creditori insinuati.

Vincenzo Di Cataldo pubblica la monografia *Il concordato fallimentare con assunzione* – che è l'opera più ampia esistente sino ad oggi sull'argomento – anch'egli nel 1976. Non è possibile dare conto adeguato del pensiero di Di Cataldo in questa sede. Sostanzialmente l'Autore, dopo una ampia premessa di carattere storico, affronta il tema della cessione delle revocatorie vista nella prospettiva della distinzione assuntore – fideiussore. È interessante, in questa parte del libro, in modo particolare – per gli sviluppi successivi del tema – l'accenno alla possibilità di cessione anche delle azioni diverse dalla revocatoria (p. 63 ss.); e la ipotesi della cessione delle revocatorie al fideiussore – negata dalla legge – come «premio del rischio» (pp. 105-109) per il garante. L'Autore (p. 129 ss.), criticando la tesi di Di Sabato che afferma che la fattispecie cumulativa non sarebbe espressamente prevista dalla legge, ritiene che esistano due ipotesi giuridicamente distinte di assunzione (liberatoria e cumulativa), e collega a questa distinzione la soluzione del problema della responsabilità "illimitata" dell'assuntore. In conformità a quanto anticipato da Di Sabato, l'A. afferma poi che al momento del concordato normalmente non esiste più una azienda ma un complesso di beni (p. 191). Critica la tesi di Di Sabato sulla natura delegatoria della assunzione (p. 215 ss.), e afferma che l'effetto traslativo è collegato alla sentenza di omologazione (pp. 246 249 ss.), manifestando anzi perplessità (p. 261) sulle tecniche e prassi di «trasferimento differito» dell'attivo.

In un libro del 1980 dal titolo *L' assuntore e la cessione delle revocatorie* Luigi Devoto si occupa di due questioni specifiche: quella del momento in cui l'attivo si trasferisce all'assuntore, e quella del contenuto e significato della cessione delle revocatorie. Sul primo problema Devoto aderisce alla tesi che colloca l'effetto traslativo al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione (p. 11); tesi che di fatto favorisce la possibilità di inadempimenti dell'assuntore, ma che è coerente con la premessa che i beni ceduti costituiscono normalmente la provvista per l'adempimento da parte dell'assuntore. Sul secondo problema, Devoto aderisce alla tesi che configura la cessione delle revocatorie come vendita anti-

cipata (p. 37 ss.), o forma eccezionale o speciale di vendita per l'incertezza dei presupposti della vendita (p. 40 ss.) con una limitazione delle eccezioni del terzo, il quale non potrebbe, per es. obiettare che i beni trasferiti consentono l'adempimento del concordato (p. 53 ss.). Devoto non dà però spazio alla ricostruzione di Di Sabato della assunzione come delegazione (p. 51).

8. Anche Di Sabato ebbe modo di tornare sul tema in scritti successivi

Nel 1962, ancora assistente e libero docente pubblicò una nota alla sentenza della Cassazione, 26 ottobre 1961, n. 2405, in *Dir. fall.*, 1962 II, p. 329, dal titolo *La revoca della proposta di concordato fallimentare*, nella quale, affrontando il tema della revocabilità della proposta, che la Cassazione basava sulla distinzione tra contratto e procedimento l'A. ne cerca una possibile soluzione, nella direzione della irrevocabilità, sulla base dello schema giuridico della delegazione.

In altra nota, apparsa in *Foro pad.*, 1967, I, p. 681 a commento di Cassazione, 17 giugno 1966, n. 1555, *In tema di convenzioni collaterali tra fallito ed assuntore del concordato*, Di Sabato si occupa dei limiti di validità dei patti paraconcordatari.

Nell'articolo, *L'insolvenza come causa di risoluzione del concordato*, apparso in *Riv. dir. impr.*, 1996, p. 499 ss., l'A. si occupa principalmente di problemi di consecuzione delle procedure.

Infine, nell'articolo *Tipicità legale e tipicità sociale nell'assunzione del concordato*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 453, l'Autore, partendo da un caso deciso da Tribunale di Napoli, 13 dicembre 1993, in *Dir fall.*, 1995, II, p. 682, esamina il quesito se possa definirsi atipica la assunzione di concordato senza il trasferimento dell'attivo a favore del terzo, e coglie l'occasione per riesaminare la tesi, esposta nella monografia del 1960,quella secondo cui data la preminenza della iniziativa del fallito, l'assunzione sarebbe riconducibile allo schema della delegazione.

Prima della entrata in vigore della riforma, la tesi di Di Sabato venne presa in considerazione anche, tra gli altri dal Monsignori, il quale, nel volume del *Commentario Scialoja e Branca-Legge fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Bologna-Roma, 1977, *sub* art. 124, negò che alla base della assunzione potesse esservi una delegazione (ma analoghe critiche l'A. rivolse alla tesi dell'assunzione come accollo), essendo «sprovvisto di rilevanza giuridica un qualunque ordine impartito all'assuntore, ordine che il fallito non sarebbe neppure in grado di formulare, stante la sua ben nota incapacità». Bonsignori, criticando, come era suo co-

stume, tutte le altrui interpretazioni, ammise – se non ho male inteso il suo pensiero – la possibilità sia di una cessione traslativa sia di una cessione come mandato a liquidare (p. 189), e affermò anche che, in caso di mancata liberazione del fallito, la responsabilità di quest 'ultimo sarebbe stata solidale con quella dell'assuntore (p. 194). Il tema dell'assuntore venne poi ampiamente trattato da A. Jorio, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, p. 722 ss.

9. Oggi la riforma del diritto fallimentare ha rimescolato le carte, ma buona parte delle convinzioni di Di Sabato sono sopravvissute al vaglio critico di dottrina e giurisprudenza e in parte sono state anche accolte dalla legge. Ciò vale, per es. per la possibilità di limitazione della responsabilità dell'assuntore: viene oggi infatti espressamente concessa la possibilità di limitazione "degli impegni *assunti* ai soli creditori ammessi e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione", con la persistente responsabilità – in tal caso – del fallito (art. 124 l. fall.). Di Sabato nel suo libro ripeteva continuamente che la sua l'indagine era circoscritta all'esame di due sole norme collocate all'interno della disciplina del concordato fallimentare: l'art. 124, comma 2 e 3 e l'art. 137 ult. comma.

Quello che ha completamente sconvolto gli scenari è il fatto che il concordato fallimentare oggi può essere proposto anche dai creditori o dal terzo. Ciò erode gli spazi concessi precedentemente alla figura dell'assuntore, e mina alla radice la tesi della assunzione come delegazione. Permangono però i riferimenti al "garante" del concordato (art. 125, comma 1, art. 135, comma 1, 137, comma 1 e 3, art. 140 l. fall.). L'assuntore però compare nella disciplina del concordato preventivo (art. 160, comma 1, lett. *b*).

Inoltre, alla cessione delle revocatorie subentra la cessione "delle azioni di pertinenza della massa" (sulla quale v. F. De Santis, *La cessione delle azioni di massa*, in *Fall.*, 2009, p. 1121; G. Trisorio Liuzzi, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, *ivi*, p. 774; G. Tarzia, *La cessione delle revocatorie prima e dopo la riforma*, ivi, 2008, p. 861; M. Perrino, *Cessioni " individuali" e "in blocco" dei diritti controversi come modalità di liquidazione concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 51; L. Panzani, *Circolazione dei crediti cessione delle revocatorie e concordato fallimentare*, *ivi*, I, p. 29). Un altro aspetto emerso dopo la riforma, ma ignoto alla esperienza giuridica precedente, è quello del conflitto di interessi tra i crediti (sul quale v. G. D'attorre, *Il conflitto di interessi fra creditori nel concordato*, in *Giur. comm*, 2010, p. 392 ss.).

La domanda è innanzitutto se oggi sia possibile un concordato con assunzione in termini tradizionali, con un assuntore diverso dal proponente (sul tema v. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 270; L. Stanghellini, in *Il nuovo diritto fallimentare*, dir. da A. Jorio e coord. da M. Fabiani, t. 2, Bologna, 2007, p. 1959; A. Jorio, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, t. II, Torino, 2010, p. 1695; D. Vattermoli, in A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 277; F. Guerrera, in Aa.Vv., *Diritto fallimentare-Manuale breve*, Milano, 2008, p. 137; S. Ambrosini, in Aa. Vv., *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm*. dir. da G. Cottino, XI, Padova, 2009, p. 710 ss.; P.F. Censoni, in S. Bonfatti e P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 369; E. Frascaroli Santi, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, II, Torino, 2009, p. 1377; S. Pacchi, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Milano, 2009, vol. 2, p. 1394: «*il riconoscimento della legittimazione al terzo ha fatto perdere di significato a qualifiche come quella di assuntore e garante*»; M Fabiani, in *Il nuovo diritto fallimentare*, dir. da A. Jorio e coord. da M. Fabiani, II, Bologna, 2010; E. Bertacchini, in *La riforma della legge fallimentare* dir. da M. Sandulli e V. Santoro, t. II, Torino, 2006, p. 779; A. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 492; A.M. Perrino, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano e E. Forgillo, Torino, 2008, p. 1035; S. Scarafoni, in *Le procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa, II, Padova, 2011, p. 1101; G.P. Villani, in *Il Diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Padova, 2007, p. 497; P. Pajardi e A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 688 ss; A. La Malfa, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, IV, Milano, 2011, p. 37; G. Jachia, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di L. Panzani e S. Bonfatti, Milano, 2008, p. 602; G. Schiavon, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, Milano, 2006, p. 215; G.B. Nardecchia, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 194 ss.

La riforma, a questo proposito, apre un ventaglio di possibili interpretazioni: quella di ritenere assuntore del concordato qualunque proponente, anche il fallito, con la conseguente cancellazione della figura, perlomeno nel concordato fallimentare; quella di ritenere che permanga la possibilità di una assunzione, ma solo

con ruolo ancillare rispetto alla proposta del fallito, e quella di ritenere anche possibile la proposta del terzo, con assunzione da parte di altro terzo: per es. una società di nuova costituzione (L. STANGHELLINI, *o.c.*, p. 1959).

10. Nell'opera di Di Sabato è accuratamente evitata ogni valutazione in termini etici della figura dell'assuntore. L'indagine non si abbandona mai a riflessioni non strettamente giuridiche, anche se l'Autore, anche per la sua grande esperienza di avvocato, aveva la giusta sensibilità ed esperienza per esprimere giudizi anche di questo tipo. Eppure da tempo circolavano giudizi negativi sulla funzione dell'assuntore. Provinciali, ancora nel suo *Trattato di diritto fallimentare*, III Milano, 1974 p. 1832 tuona: «il legislatore del 1942… ha legittimato in questa figura dell'"assuntore" – vero appaltatore del concordato – la corruttela dei redemptores litium che già vivevano in margine ai fallimenti, imbastendo i concordati e speculandovi sopra, a danno dei creditori e del fallito»; Bonsignori parla di «male infamante»; e lo stesso Ferrara (voce *Concordato fallimentare*, cit., p. 462) ammette: «l'operazione ha carattere speculativo».

Oggi, nel dibattito sulla etica degli affari, l'assuntore rischia di vedere aggravata la sua posizione, moralmente discutibile, di speculatore senza scrupoli sia nei confronti del fallito, sia nei confronti di creditori, sia infine, attraverso il perverso e diabolico meccanismo della cessione delle azioni della massa, nei confronti dei terzi convenuti nei giudizi.

Ma la possibilità di riscatto – se ve ne fosse bisogno – c'è; e sta nelle riflessioni della dottrina post riforma che osserva e sottolinea giustamente che l'assuntore oggi può o deve farsi carico della ristrutturazione e prosecuzione della attività di impresa. Il tema, trascurato nella letteratura ante riforma, è stato toccato inevitabilmente da tutti coloro che si sono cimentati con il nuovo concordato fallimentare. Tra questi Autori merita però una menzione particolare Massimo Fabiani il quale, soprattutto nel libro *Contratto e processo nel concordato fallimentare* del 2009, ha riesaminato tutte le problematiche sin qui viste a proposito dell'assuntore, anche quelle sulla cessione delle revocatorie, nella ottica della assunzione come subingresso dell'impresa, e ristrutturazione della stessa (pp. 449-474), ponendo, alla fine dei conti, la necessità di una giusta riflessione sull'alternativa che oggi si pone tra la ipotesi di assunzione «edulcorata» ma comunque diversa da quella «speculativa pura» (la prospettiva dell'assuntore che si faccia carico della sopravvivenza dell'impresa: p. 474), e la prospettiva tra-

dizionale dell'assuntore che lucra ai danni dei creditori del fallito e dei terzi. Questo, e cioè la ricostruzione e la rivalutazione di una assunzione di «salvataggio» dell'impresa, che implica anche una ricognizione del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e soprattutto nella amministrazione straordinaria (F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa n amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 328 ss.) per concludere, mi pare sia lo sviluppo più interessante che possiamo attenderci, in un futuro prossimo, del pensiero del nostro non dimenticato amico e maestro.