

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Già diretta da

ITALO DE PICCOLI (1924-1940)

RENZO PROVINCIALI (1941-1981)

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000)

GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

Direzione

Girolamo Bongiorno

Concetto Costa

Massimo Di Lauro

Elena Frascaroli Santi

Bruno Inzitari

Giuseppe Terranova

Gustavo Visentini

 edicolaprofessionale.com/DFSC

REDAZIONI

MILANO: Direttore di redazione Bruno Inzitari; Filippo D'Aquino, Mariangela Ferrari, Elena Marinucci, Giovanni B. Nardecchia, Alida Paluchowski, Anna Maria Paradiso, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Maria Rita Schiera, Vincenzo Ruggiero, Elena Depetris, Lodovica de Stefano, Stefano Pellegatta, Francesco Camilletti, Isabella Salto.

TORINO: Direttore di redazione Stefano Ambrosini; Marco Aiello, Bruno Conca, Giovanna Dominici, Francesco Donato, Maurizia Giusta, Fabio Iozzo, Caterina Santinello, Carla Scribano, Enrico Stasi.

TRIESTE: Direttore di redazione Massimo Bianca; Roberto Battaglia, Enrico Bran, Sante Casonato, Enrico Guglielmucci, Diego Manente (Venezia), Linda Miotto, Gianfranco Pellizzoni, Francesco Petrucco Toffolo, Arturo Picciotto, Giovanni Sansone, Marco Speranzin (Padova).

GENOVA: Direttore di redazione Giorgio Schiano di Pepe; Andrea Basso, Alessandra Costa, Renato Delucchi, Antonino Dimundo, Marcello Pollio, Simonetta Ronco.

BOLOGNA: Direttori di redazione Elena Frascaroli Santi; Tommaso Bagnulo, Sido Bonfatti, Paolo Felice Censoni, Manuel Del Linz, Fabio Florini, Lucilla Galanti, Filippo Ghignone, Massimo Montanari, Giulio Nardo, Federico Neppi, Clemente Riva di Sanseverino, Mario Zoppellari.

FIRENZE-SIENA: Direttore di redazione Stefania Pacchi; Silvia Becucci, Eros Ceccherini, Antonio Coppola, Massimiliano Fabbrini, Angela Giomarelli.

ROMA: Direttori di redazione Umberto Apice e Giuseppe Terranova; Giuseppe Alessi, Domenico Bonaccorsi di Patti, Alfonso Castiello d'Antonio, Marina Cordopatri, Vincenzo de Sensi, Alessandro di Majo, Fabrizio di Marzio, Maura Garcea, Andrea Melucco, Giuseppe Niccolini, Stefano Nicita, Nicola Pannullo, Giuseppe Santoni, Daniele Vattermoli.

NAPOLI: Direttori di redazione Massimo di Lauro e Domenico Mazzocca; Enrico Caria, Corrado d'Ambrosio, Giacomo d'Attorre, Pietro Paolo Ferraro, Eugenio Forgillo, Nicola Graziano, Guglielmo Landolfi, Ilaria Malagrida, Armando Mussolino, Angelo Napolitano, Paolo Pannella, Andrea Penta, Rosa Pezzullo, Nicola Rocco di Torrepadula, Renato Santagata.

SALERNO: Direttore di redazione Giuseppe Fauceglia; Francesca Attanasio, Daniele D'Aiuto, Maria Maddalena Greta, Giorgio Jachia, Gianfranco Liace, Filippo Murino

BARI: Direttore Gianvito Giannelli; Rosanna Angarano; Eustachio Cardinale; Francesco Cassano; Francesco Cavone; Claudio D'Alonzo; Anna de Simone; Gabriele Dell'Atti; Antonio Dell'Osso; Barbara Francone; Valentino Lenoci; Giuseppe Rana; Emma Sabatelli; Francesca Vessia.

CAGLIARI: Direttore di redazione Francesco Cordopatri; Valentina Nonnis; Marco Piras.

MESSINA-REGGIO CALABRIA: Direttore di redazione Fabrizio Guerrera; Valeria Bisignano, Giusi Graci; Dario Latella, Filadelfio Mancuso, Giuseppe Minutoli, Giulia Rugolo.

PALERMO: Direttori di redazione Girolamo Bongiorno e Libertino Alberto Russo; Enrico Aguglia, Antonio Carratta, Antonio Coppola, Fabio Cossignani, Maurizio Di Benedetto, Livia Di Cola, Pasqualina Farina, Francesco Fradeani, Andrea Giordano, Valerio Monteleone, Michele Perrino, Federico Russo, Roberta Tiscini, Daniele Vattermoli, Salvatore Ziino.

CATANIA: Direttore di redazione Pierpaolo M. Sanfilippo; Davide Arcidiacono, Salvatore Barracca, Pietro Currò, Giuseppe Fichera, Armando Finocchiaro, Margherita Lazzara, Salvatore Leuzzi, Enrico Macri, Claudio Maggioni, Antonio Maiorana, Salvatore Nicolosi, Concetta Pappalardo, Benedetto Paternò Raddusa, Renato Sgroi Santagati, Giuseppe Spadaro, Simona Tricomi.

REDAZIONE INTERNAZIONALE

Marie-Jeanne Campana (Università di Parigi X-Nanterre), Pier Domenico De Gioia Carabellese (Edinburgo), Heribert Hirte (Università di Amburgo), Osvaldo Maffia e Pablo Heredia (Università di Buenos Aires), Miguel Pestana de Vasconcelos (Università di Porto), Angel Rojo (Università Autonoma di Madrid).

REVISORI

Alberto Amatucci, Carlo Amatucci, Elisabetta Bertacchini, Aurelio Mirone Paolo Biavati, Antonio Blandini, Carlo Di Nanni, Giuseppe Ferri jr., Sabino Fortunato, Anna Genovese, Vittorio Giorgi, Alberto Jorio, Alberto Maffei Alberti, Vincenzo Meli, Marco Miccinesi, Caterina Montagnani, Massimo Montanari, Alessandro Nigro, Andrea Paciello, Ugo Patroni Griffi Carmine Punzi, Gianfranco Ricci, Marilena Rispoli, Roberto Rosapepe, Fabio Santangeli, Vittorio Santoro, Maurizio Sciuto, Guido Uberto Tedeschi, Ruggero Vigo.

Tutti i contributi pubblicati nella Rivista, sia di prima che di seconda parte, ad eccezione delle note redazionali e di quelli specificamente indicati, sono sottoposti in forma anonima ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione (peer review) da parte dei suddetti referee in base al regolamento pubblicato in questa Rivista, 2012, I, pag. 134.

DIRETTORE RESPONSABILE

Concetto Costa

I lavori non inoltrati tramite membri della direzione o redazioni locali debbono essere inviati al Prof. Concetto Costa, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, via Novaluce 69, 95030 Tremestieri Etneo (CT), Tel. e Fax 095-373241, E-mail dirfall@tiscali.it I lavori devono essere inviati via e-mail; devono essere divisi in paragrafi numerati con numeri arabi, e devono contenere un indice-sommario iniziale; le parti delle sentenze annotate da pubblicare devono essere già delimitate con gli omissis ed inserite nel file dopo le massime e prima della nota; gli Autori ed i Collaboratori devono attenersi rigorosamente ai criteri ed ai sistemi di citazione utilizzati nella Rivista. Occorre indicare l'indirizzo mail dell'Autore per l'invio delle bozze. I contributi di parte prima devono contenere anche un breve abstract in italiano ed uno in inglese; le note a sentenza, solo un abstract in italiano.

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Già diretta da
ITALO DE PICCOLI (1924-1940)
RENZO PROVINCIALI (1941-1981)
ANGELO BONSIGNORI (1982-2000)
GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

Direzione
Girolamo Bongiorno
Concetto Costa
Massimo Di Lauro
Elena Frascaroli Santi
Bruno Inzitari
Giuseppe Terranova
Gustavo Visentini

 edicolaprofessionale.com/DFSC

SOMMARIO DEL PRESENTE FASCICOLO (2/2017)

Parte Prima DOTTRINA

ARTICOLI

ALDO ANGELO DOLMETTA, <i>Ipoteca esattoriale (ex art. 77 d.p.r. n. 602/1973) e azione revocatoria</i>	299
MARCO SPERANZIN, <i>La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: profili sostanziali e concorsuali</i>	312
GIACOMO D'ATTORRE, <i>Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa</i>	329
PIETRO PAOLO FERRARO, <i>Il registro delle espropriazioni immobiliari, delle procedure d'insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi</i>	355
FILIPPO MURINO, <i>Rent to buy e procedure concorsuali</i>	382
ANDREA ZORZI, <i>L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies l. fall.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti</i>	405
MASSIMO MONTANARI, <i>Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo</i>	435
GIUSEPPE FAUCEGLIA, <i>Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici</i>	463
MICHELE PALLADINO, <i>I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti</i>	481
VINCENZO VITO CHIONNA, <i>Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche</i>	511

PROBLEMI DELLA PRATICA

ALBERTO CRIVELLI, <i>Profili applicativi delle procedure di accordo e di piano del consumatore</i>	526
--	-----

Parte Seconda
GIURISPRUDENZA

PRINCIPALI NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

FRANCESCO FIMMANÒ, <i>La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147 comma 5 l. fall.: l'invulnerabilità della persona giuridica</i>	576
LORENZO GAMBI, <i>La cd. "revocatoria semplificata", ovvero l'acquisizione al fallimento dei beni oggetto di atti a titolo gratuito tramite trascrizione ex art. 64, comma 2, legge fallim.</i>	614
GIULIA RICCI, <i>Il coordinamento tra il procedimento di revoca del concordato preventivo ed il giudizio di omologazione, e la funzione generalpreventiva degli atti in frode ai creditori. Rilievi processuali</i>	630
ENRICO BRAN, <i>La decorrenza del periodo sospetto nella revocatoria fallimentare: data del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento o sua annotazione nel registro delle imprese?</i>	651
ENRICO BRAN, <i>"Custodia attiva" dell'azienda fallita e mantenimento di contributi pubblici</i>	663

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Concordato preventivo

Giudizio di omologazione - Atti di frode - Opposizione - Ammissibilità - Trib. Milano, Sez. II, decr. 10 novembre 2016, con nota di GIULIA RICCI	627
Atti di frode - Potenzialità decettiva - Approvazione dei creditori - Irrilevanza - Trib. Milano, Sez. II, decr. 10 novembre 2016, con nota di GIULIA RICCI	627

Fallimento

Azione revocatoria - Atti a titolo gratuito - Trascrizione sentenza fallimento - Reclamo - Giudice delegato - Accertamento della gratuità - Trib. Firenze, Sez. III, 11 novembre 2016, a cura di LORENZO GAMBI	612
Azione revocatoria - <i>Dies a quo</i> di decorrenza periodo sospetto - Annotazione registro delle imprese - Trib.	

Milano, 23 gennaio 2014, con nota di ENRICO BRAN	648
Azione revocatoria - <i>Dies a quo</i> di decorrenza periodo sospetto - Data di deposito sentenza dichiarativa - Trib. Trieste, 23 ottobre 2015, con nota di ENRICO BRAN	647
Contributi pubblici - Fondi strutturali UE - Revoca contributi pubblici - Continuità aziendale - Perseguimento dei fini - Mantenimento del contributo - Trib. Trieste, 4 ottobre 2013, con nota di ENRICO BRAN ...	659
Fallimento delle società - Partecipazione di società di capitali a società di persone - Società di fatto <i>holding</i> - Fallimento - Estensione - Soci illimitatamente responsabili - Società occulta - Art. 147, comma 5, legge fallim. - Responsabilità da eterodirezione - Cass., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, con nota di FRANCESCO FIMMANÒ	571

<p>Fallimento delle società - Società di fatto - Partecipazioni di società - <i>Affectio societatis</i> - Vincolo sociale - Comune intento sociale - Prova - Prova a favore - Prova contraria - Cass., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, con nota di FRANCESCO FIMMANÒ... 571</p> <p>Fallimento delle società - Imprenditore individuale - Imprenditore occulto - Società occulta - Estensione fallimento - Applicazione estensiva - Cass., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, con nota di FRANCESCO FIMMANÒ... 571</p>	<p>tecipazione a società di persone - Società di fatto - Delibera autorizzativa - Nullità - Amministratori - Rappresentanza - Limiti ai poteri - Cass., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, con nota di FRANCESCO FIMMANÒ 571</p> <p>Società a responsabilità limitata - Partecipazione a società di persone - Società di fatto - Delibera autorizzativa - Nullità - Liquidazione - Società di fatto in liquidazione - Cass., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, con nota di FRANCESCO FIMMANÒ .. 571</p>
--	--

Società

Società a responsabilità limitata - Par-

INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE *

<p>2013</p> <p>Ottobre</p> <p>4 Trib. Trieste*, in materia di revoca dei contributi pubblici 659</p> <p>2014</p> <p>Gennaio</p> <p>23 Trib. Milano*, in tema di azione revocatoria e <i>dies a quo</i> di decorrenza periodo sospetto 648</p> <p>2015</p> <p>Ottobre</p> <p>23 Trib. Trieste*, in tema di azione</p>	<p>revocatoria e <i>dies a quo</i> di decorrenza periodo sospetto 647</p> <p>2016</p> <p>Maggio</p> <p>20 Cass., Sez. I, n. 10507*, in tema di partecipazioni di società e società occulta 571</p> <p>Novembre</p> <p>10 Trib. Milano, Sez. II, decr.*, in tema di giudizio di omologazione del concordato preventivo e atti di frode 627</p> <p>11 Trib. Firenze, Sez. III*, in tema di azione revocatoria e atti a titolo gratuito 612</p>
--	---

* Le sentenze contrassegnate con un asterisco sono corredate di nota od osservazione di autore; tutte le altre sono annotate dalla Redazione.

Errata Corrige

Per un errore di stampa, nel precedente fascicolo n. 1/2017 della *Rivista* il contributo di Roberto Battaglia, *Il problema dell'(in)applicabilità agli enti pubblici della disciplina sul sovraindebitamento: il caso degli IPAB*, pag. 277 ss., è stato pubblicato senza note a piè pagina. Ce ne scusiamo con l'autore e con i lettori.

ARTICOLI

ALDO ANGELO DOLMETTA

Consigliere di Cassazione, già Professore ordinario di Diritto privato nell'Università
Cattolica di Milano

IPOTECA ESATTORIALE (EX ART. 77 D.P.R. N. 602/1973) E AZIONE REVOCATORIA

Abstract: Negli ultimi anni la questione della revocabilità fallimentare della ipoteca esattoriale è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale. A partire dal 2012 la Corte di Cassazione è intervenuta con nutrita serie di pronunce, decisamente orientate nel senso di esonerare questa figura dalla detta azione. Lo scritto esamina criticamente i vari argomenti portati a supporto di questo orientamento, per concludere, in ciò basandosi soprattutto sulle caratteristiche del sistema normativo vigente della revocatoria fallimentare, per l'assoggettamento dell'ipoteca esattoriale alla disciplina revocatoria di cui all'art. 67, comma 1, n. 4., legge fallim.

SOMMARIO: 1. Richiamo alla figura dell'ipoteca esattoriale. - 2. La questione della revocabilità dell'ipoteca esattoriale nel diritto vivente. - 3. Inettitudine del punto della "causa/qualità" del credito esattoriale a risolvere la questione della revocabilità. - 4. Irrilevanza del punto (in sé, peraltro, piuttosto discutibile) per cui quella esattoriale è figura ipotecaria "autonoma". - 5. La distesa apertura del vigente sistema revocatorio, versione fallimentare. Revocabilità dell'ipoteca legale. - 6. Revocabilità dell'ipoteca esattoriale secondo il regime dell'art. 67, comma 1, n. 4, legge fallim.

1. Richiamo alla figura dell'ipoteca esattoriale.

Per la migliore chiarezza dell'esposizione, prima di ogni altra cosa conviene richiamare, in brevissima sintesi e naturalmente solo per quanto può risultare di concreto interesse per la medesima, i tratti caratteristici dell'ipoteca prevista dall'art. 77, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 nel testo attualmente vigente (secondo lo schema di base che è stato introdotto dal D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46).

Si tratta, dunque, di un'ipoteca per debiti (propri e) scaduti, che può intervenire decorsi 60 giorni dalla notifica della cartella di pagamento e pure compiuta debita notifica al debitore dell'effettivo intendimento dell'esattore (: ovvero del c.d. agente della riscossione) di procedere all'iscrizione ipotecaria (sempre che le somme dovute non vengano pagate entro i successivi 30 giorni). Il titolo del credito, di cui all'assistenza ipotecaria,

può essere di origine tributaria oppure no, condizione di base essendo solo la riscossione del credito medesimo mediante il ruolo.

Secondo quanto già si è per implicito anticipato, l'iscrizione non avviene d'ufficio, ma suppone una positiva iniziativa dell'esattore di utilizzo del potere commessogli dalla legge, come per l'appunto rivolta al conseguimento dell'iscrizione. La richiesta d'iscrizione, per altro verso, passa diretta alle mani del conservatore, senza alcun passaggio, o presupposto (se si preferisce), di tipo più o meno giudiziale (cfr., per quest'ultimo riguardo, le disposizioni degli artt. 2819 e 2820 cod. civ.). Si tratta di ipoteca, inoltre, che può essere iscritta su tutti i beni del debitore.

È ancora da aggiungere che – a differenza di quanto accaduto in altre ipotesi di ipoteca di tratto genericamente “amministrativo” ⁽¹⁾ – nell'occasione in esame il legislatore si è astenuto da ogni qualificazione e giudizio relativi alla “tipologia” e “natura” dell'ipoteca medesima.

2. La questione della revocabilità dell'ipoteca esattoriale nel diritto vivente.

Grosso modo a cavallo del 2010 si è venuta ad accendere – nel concreto contesto delle procedure concorsuali che stavano allora svolgendosi – la questione dell'applicabilità o meno dell'istituto della revocatoria fallimentare ⁽²⁾ alla fattispecie della richiamata ipoteca esattoriale: il punto

⁽¹⁾ Così come faceva la L. 7 gennaio 1929, n. 4, il cui art. 26 definiva come “legale” l'ipoteca ivi prevista.

Per la corretta indicazione di tenere del tutto distinta l'ipoteca di cui a tale legge (come pure nella versione riscritta dall'art. 29, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472) v., tra gli altri, DE GIORGI, *Assoggettabilità dell'ipoteca fiscale alla revocatoria fallimentare: la Cassazione sceglie una via “alternativa”*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 252, nota 6. Da ricordare in proposito che l'ipoteca esattoriale, intesa in senso “moderno”, nasce con il D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, che ha “completamente riscritto” la disposizione dell'art. 77 (cfr. LA MALFA, *La Corte di Cassazione individua una nuova categoria di ipoteca e ribadisce l'irrevocabilità di quella esattoriale*, in *Fallimento*, 2014, p. 901).

⁽²⁾ Non risulta per nulla esplorato, invece, il tema dell'eventuale revocatoria ordinaria dell'ipoteca esattoriale: né nel contesto cui si fa riferimento nel testo (come solo in parte si manifesta cosa agevole da spiegare, vista la sussistenza dell'art. 66 legge fallim.), né altrove.

Taluni degli argomenti addotti per escludere la revocabilità fallimentare dell'ipoteca esattoriale potrebbero, peraltro, risultare senz'altro utilizzabili anche per negare la revoca ordinaria di questa. È bene sin d'ora riscontrare, allora, che – secondo gli approdi cui perviene lo svolgimento del presente lavoro (e affidando al complesso del medesimo la dimostrazione dell'assunto qui di seguito esposto) – l'ipoteca esattoriale è, nel sistema vigente, figura di garanzia non destinata a esclusioni o restrizioni particolari in materia di revocatoria: sì che l'assoggettabilità di questa (anche) alla pauliana mi pare sicura, in ragione del suo essere prestazione di garanzia non contestuale *ex art.* 2901, comma 2, cod. civ.

Per un ulteriore cenno in materia v. *infra*, nota 16 e testo corrispondente.

preso in diretta e immediata considerazione è stato, in particolare, quello rappresentato dalla disposizione dell'art. 67, comma 1, n. 4, legge fallim. La vicenda – è opportuno segnalare – è andata subito a svilupparsi per numeri “grossi”: a segno, da un lato, della spessa frequenza in cui questa fattispecie tipo si produce nei fatti della pratica; d'altro, che il relativo *milieu* operativo vi ha comunque connesso uno spessore problematico forte, nella specifica dinamica composta dall'esclusione dallo stato passivo e dall'opposizione avanti al tribunale.

Alle iniziative dei curatori l'orientamento maggioritario ha dato riscontro di tratto positivo e sciolto dunque l'alternativa nel senso dell'assoggettamento a revoca della detta ipoteca. In tale prospettiva, per supportare la scelta è stata soprattutto valorizzata l'idea di parallelismo rinvenibile tra i passi costitutivi dell'ipoteca esattoriale e quelli propri dell'ipoteca giudiziale, per l'appunto espressamente considerata dalla norma dell'art. 67, comma 1, n. 4. Pure si è aggiunto che la provenienza del credito dalla Pubblica Amministrazione non è circostanza idonea, in quanto tale, a produrre diversità⁽³⁾.

Speculare, per certi versi, è stata l'argomentazione adottata a proprio sostegno dall'orientamento minoritario (ma non per questo meno vivace) ed esonerativo. L'ipoteca esattoriale – si è detto – va ricondotta al quadro dell'ipoteca legale, ritenuta figura senz'altro immune da ogni possibile spazio revocatorio; comunque (e, per dire, a prescindere), la legge fallim. nell'art. 67 si occupa testualmente solo dell'ipoteca volontaria e di quella giudiziale, con le quali quella esattoriale non coltiva rapporti. E ancora si è rilevato come debba essere dato adeguato rilievo e colore, d'altra parte, pure alla qualità pubblicistica del creditore, che la legge ha stabilito di assistere con l'ipoteca esattoriale, e al complessivo sistema di speciale protezione di tale creditore che è stata forgiata dalla normativa vigente⁽⁴⁾.

La questione è così giunta – tra le sponde appena riassunte – all'esame della Corte di cassazione. Che ha senz'altro accolto la soluzione esonerativa. Più precisamente: nel marzo del 2012 la Corte ha prodotto una ondata di sentenze (se ne contano sette, salvo omissioni) di contenuto

⁽³⁾ Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 20 luglio 2011, in *Riv. giur. trib.*, 2012, p. 769; Trib. Ravenna, 9 dicembre 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Rimini, 18 luglio 2011, *ivi*; Trib. Lodi, 29 aprile 2011; Trib. Ancona, 4 gennaio 2012; Trib. Milano, 9 maggio 2011; Trib. Milano, 2 febbraio 2012, in *Fallimento*, 2012, p. 646; Trib. Monza, 9 giugno 2010. In *IlCaso.it*.

⁽⁴⁾ Così, tra gli altri, Trib. Udine, 30 settembre 2011, in *Fallimento*, 2012, p. 644; Trib. Pavia, 12 ottobre 2011, *IlCaso.it*; Trib. Genova, 2 novembre 2010; Trib. Verona, 6 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 743.

pressoché identico, stessi presidente ed estensore, e di univoco segno⁽⁵⁾. Altre pronunce, in tutto simili, sono seguite a maggio e giugno del medesimo anno; e poi ancora altre nel correre del 2012. E così via: sino a formare, in definitiva, un orientamento senz'altro consolidato, pur nel suo essere ancora molto “giovane”.

Il tutto per il complessivo di una quindicina almeno di provvedimenti allo stato editi⁽⁶⁾. Com'è del resto naturale – vista, se non altro, la compressione temporale che li connota –, gli stessi dispongono di una motivazione ripetitiva: di sostanza stereotipa, si potrebbe forse anche dire⁽⁷⁾. Che non in tutto, per la verità, si raccorda e collega con quella assunta a propria ragione dall'orientamento nel merito minoritario.

Il profilo dato dalla “causa/qualità” del credito dell'esattore – e della speciale protezione normativa che lo assiste – è stato ripreso e puntualizzato (ovvero contestualizzato) nell'ambito della disciplina sulla riscossione delle imposte dirette, di cui al D.Lgs. n. 602/1973: trattasi – sottolineano le pronunce – di “disciplina di favore a vantaggio del creditore che il legislatore, in ragione della qualità del creditore, ha nella specie inteso attuare”.

Di stacco maggiore si manifesta il profilo relativo alla lettura strutturale della fattispecie costitutiva dell'ipoteca esattoriale, perché il passaggio svolto dalla Corte si colloca “a monte” rispetto al ragionare precedentemente proposto dall'orientamento esonerativo. L'ipoteca esattoriale, dunque, è ritenuta essere non riconducibile all'ipoteca convenzionale, non a quella giudiziale, e neanche a quella legale; la stessa viene a integrare una figura “autonoma” (: “non vi è ragione per negarne una propria autonomia”, scrivono le decisioni)⁽⁸⁾; e da ciò viene fatto discendere *de plano* la conclusione dell'esclusione della revocabilità della stessa, posto che la norma dell'art. 67, comma 1, n. 4 si interessa della “revocabilità delle sole ipoteche giudiziali e volontarie”.

⁽⁵⁾ Cass., 1° marzo 2012, n. 3232; Cass., 5 marzo 2012, n. 3397; Cass., 5 marzo 2012, n. 3398; Cass., 5 marzo 2012, n. 3399; Cass., 5 marzo 2012, n. 3400; Cass., 5 marzo 2012, n. 3401; tutte pres. Fioretti, est. Piccininni.

⁽⁶⁾ Cass., 18 maggio 2012, n. 7911; Cass. 7 giugno 2012, n. 9250; Cass., 6 novembre 2012, n. 19141; Cass., 5 marzo 2013, n. 5358; Cass., 3 aprile 2014, n. 7858; Cass., 28 maggio 2015, n. 12651; Cass., 28 maggio 2015, n. 12652; Cass., 7 marzo 2016, n. 4464; Cass., 27 giugno 2016, n. 17045.

⁽⁷⁾ Talvolta, peraltro, risulta omessa la parte relativa alla protezione pubblicitica del credito esattoriale (cfr. subito *infra* nel testo).

⁽⁸⁾ In dottrina si è parlato, nel commentare l'orientamento della Cassazione, della ipoteca esattoriale come di una “quarta forma”, o di una “quarta categoria”, o anche di un “*quartum genus*” di ipoteca.

Detto questo, per completare il quadro proposto in materia dal diritto vivente prima di transitare alla disamina critica della materia, resta ancora da rilevare come la dottrina abbia svolto – nel quadro del dibattito aperto sul fronte del diritto vivente – un ruolo decisamente marginale, se non proprio defilato. Con riferimento al punto qui specificamente in interesse si contano, in effetti, pochi e radi interventi, seppur non manchino in realtà notazioni e spunti utili. D'altro canto, spesso si tratta di scritti di occasione, talora di semplice commento, quando non meramente attestativi dell'indirizzo fatto proprio dalla Corte di cassazione⁽⁹⁾.

3. Inettitudine del punto della “causa/qualità” del credito esattoriale a risolvere la questione della revocabilità.

Nel muovere la ricerca della soluzione da dare al problema dell'eventuale revocabilità dell'ipoteca esattoriale, sembra opportuno occuparsi subito del tema relativo alla “causa/qualità” del credito dell'esattore, che questa assiste, e della peculiare protezione che la normativa vigente viene ad assicurare al medesimo.

In effetti, l'orientamento esonerativo affida forza e spessore al relativo argomento, come si è visto appena sopra. Non pare, tuttavia, che questo mostri di possedere peso decisivo al riguardo. A me pare, anzi, che lo stesso lasci le cose esattamente come stavano prima.

La constatazione che la riscossione mediante ruolo sia “disciplina di favore a vantaggio del creditore” dettata dal “legislatore, in ragione della qualità” del medesimo, invero, non indica sin dove si spinga effettivamente l'evocata protezione: tanto meno vale ad assicurare – o anche solo a far intendere, per vero – la sussistenza di una protezione totalizzante (come

⁽⁹⁾ Cfr. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AA.VV., *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di DIDONE, Milano, 2016, p. 607; BERTACCHINI, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di JORIO, Milano, 2016, p. 1420 s., nota 126; DE GIORGI, *op. cit.* (che tenderebbe verso la revocabilità); LA MALFA, *op. cit.* (per l'esonero); PICIOCCHI, *Le diverse ragioni che portano a non escludere l'ipoteca fiscale dalla revocatoria fallimentare*, in *Riv. giur. trib.*, 2012, p. 770 ss. (per la revocabilità); NOUVION, *L'“ipoteca esattoriale” tra interventi normativi e nomofilattici*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, p. 835 ss.; AGNESE, *L'ipoteca fiscale tra interpretazione creativa e politica del diritto*, in *IlCaso.it*; ID., *Revocabilità delle garanzia reali in sede fallimentare e ipoteca fiscale*, in *ilFallimento.it*; GALLIO e TERRIN, *Esclusa la revocatoria fallimentare sulla ipoteca esattoriale: ma i problemi sono tutti risolti?*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 1791 ss.; SOTTOCASA e BRIGNOLO GORLA, *Sulla revocabilità ex art. 67 della legge fallimentare dell'ipoteca di cui all'art. 77 del d.p.r. n. 602/1973*, in *Fisco*, 2012, p. 517 ss.; CERRATO, *I rapporti tra l'ipoteca esattoriale e l'azione revocatoria fallimentare*, in questa *Rivista*, 2012, II, p. 611 ss. (per l'esonero).

senz'altro sarebbe quella pretesa dall'orientamento esonerativo). L'utilizzo dell'argomento in questione viene, in altri termini, a integrare una petizione di principio: il problema, in definitiva, viene "scambiato" con la sua soluzione⁽¹⁰⁾.

Più ancora, del resto, il detto argomento viene a stonare là dove passa a segnare – a fondamento di un generale *favor fiscali* – la norma dell'art. 89 sempre del D.P.R. n. 602/1973; questa dispone un'espressa, formale esenzione fallimentare per i "pagamenti di imposte scadute": il confronto con il testo dell'art. 77 – che invece è del tutto neutro al riguardo – non può non fare rimarcare la differenza⁽¹¹⁾. E più ancora mostra la corda dove riconosce che il regime che il "legislatore ha voluto assicurare all'Amministrazione finanziaria" è, oltre che "derogatorio", pure "eccezionale".

Ora, non sarebbe certo corretto trarre dalla norma dell'art. 89 la positiva soluzione dell'applicazione della revocatoria all'ipoteca esattoriale: ché la debolezza intrinseca dell'argomento *a contrario* non ha davvero bisogno di essere qui segnalata. È sicuro però che – a prescindere dal resto – un indizio tale norma lo dà contro la sussistenza di un microsistema separato, del tutto astratto (= slegato) dalla regolamentazione generale della revocatoria, e in quanto tale dominante. Il che mostra pure evidente, a me pare, come – nel complesso dell'argomento esonerativo in questione – al fondo di tutto vi sia un'assenza, tanto grande quanto inesplicabile: come rappresentata dal vigente sistema normativo della revocatoria, versione fallimentare (e sul punto, va da sé, il discorso non potrà non tornare).

4. *Irrelevanza del punto (in sé, peraltro, piuttosto discutibile) per cui quella esattoriale è figura ipotecaria "autonoma"*.

La definizione dell'ipoteca esattoriale in termini di categoria autonoma – e la ricostruzione dalla Cassazione portata al riguardo – offrono il fianco, per la verità, a più prospettive di lettura critica.

⁽¹⁰⁾ Più commentatori dell'orientamento della Cassazione discorrono – a proposito dell'argomento della "causa/qualità" del credito – di presenza di un fenomeno di "precomprensione". Non è forse fuor di luogo, allora, ricordare che precomprensione e petizione di principio sono due cose tra loro diverse e, più ancora, disomogenee. Se la petizione designa un vizio logico del ragionamento, la precomprensione indica invece il possibile strutturarsi del pensiero, in cui al proporsi di un'intuizione (per sua natura, priva di supporti dimostrativi) segue poi il lavoro di ricerca delle pezze dimostrative: e quindi, in sostanza, di verifica della effettiva ragionevolezza dell'intuizione avuta.

⁽¹¹⁾ Come sottolineano pure SOTTOCASA-BRIGNOLO GORLA, *op. cit.*, p. 525.

Il profilo d'approccio attiene, propriamente, al *label* di “ipoteca autonoma” che la Suprema Corte attacca all'esattoriale. In sé è evidente che la fattispecie costitutiva di questa figura non si identifica né con quella della ipoteca legale, né con quella della ipoteca giudiziale (per non parlare della fattispecie dell'ipoteca volontaria), ma è differente e tagliata *ad hoc*. Così come accade in genere, del resto, per le ipoteche di tratto e impronta amministrativa che il nostro sistema ha conosciuto e ancora conosce⁽¹²⁾.

Ma da qui a predicare – come fa la Corte – che la regolamentazione dell'esattoriale è staccata, è del tutto autonoma, da quelle dedicate alle figure “classiche” di ipoteca assai ce ne corre. Parlare di fattispecie autonoma ha – di per sé stesso – rilievo solo descrittivo; non anche implicativo. E dunque anche qui: la correttezza della constatazione in fattispecie può porre – certo non vale a risolvere – il problema. Lo spostamento operato dalla Corte – inosservata, l'”autonomia” transita dalla fattispecie alla disciplina – non può, per conseguenza, che risultare indebita: tanto è lungo il passo, quanto lo stesso viene qui a rimanere indimostrato.

D'altra parte e passando così ad altro ordine di rilievi, la stessa possibilità di elevare al rango di qualificazione – di “etichetta utile” e non di sola descrizione, quindi – la constatata autonomia (di fattispecie) dell'ipoteca esattoriale a me pare sia eventualità in sé stessa discutibile. Nell'argomentare delle sentenze in discorso il punto, per la verità, non incontra ostacoli: nel senso che l'eventualità in quanto tale di una disciplina autonoma – “quarta”, cioè, rispetto a quella delle figure classiche d'ipoteca – per l'esattoriale viene assunta come del tutto scontata. Non è detto, tuttavia, che le cose stiano esattamente così.

Il riferimento va, in specie, alla norma dell'art. 2808, comma 3, cod. civ. Norma a cui la dottrina civilistica ha, se non mi inganno, assegnato peso scarsissimo – se non proprio nullo – fermandosi alla sua più facile, immediata e piana, lettura. La ha assunta, cioè, come mero enunciato riassuntivo dell'esistente; e quindi come formula priva di una reale portata precettiva (o poco più)⁽¹³⁾; senza porsi, per tutto il resto, problemi ulte-

(12) Cfr., così, l'ipoteca di cui all'art. 22, D.Lgs. 18 dicembre 1999, n. 472 (che ha sostituito quella di cui alla L. n. 4/1929, pur senza essere denominata come “legale”). Ma v. pure, tra le altre, l'ipoteca istituita dall'art. 84, D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797 a presidio dei crediti previdenziali dell'INPS (oggi non più esistente in termini autonomi).

(13) Sintomatico in proposito il passo di FRAGALI, *Ipoteca*, in *Enc. dir. (dir. priv.)*, XXII, Milano, 1972, p. 755, qui di seguito trascritto. “Il titolo ipotecario suole qualificarsi “volontario”, “legale”, “giudiziario” a seconda delle modalità della sua nascita: nel primo caso il bene rimarrebbe vincolato per disposizione privata (atto di concessione), nel secondo caso per volontà della legge, nel terzo caso per atto di potere giudiziario. Questa classificazione

riori⁽¹⁴⁾. Tuttavia, questa interpretazione di nullificazione non risulta condivisibile, dovendosi pure tenere conto, da un lato, della regola di buon senso per cui il principio di conservazione delle norme viene a valere anche per quelle manifestate dall'eteronomia codicistica; dall'altro, che il fenomeno delle ipoteche di origine amministrativa era conosciuto anche al tempo dell'emanazione del codice civile 1942⁽¹⁵⁾. Del resto, il tenore della disposizione in discorso ben si presta a essere intesa come espressiva di una regola di chiusura del sistema: nel senso appunto di non ammettere discipline "autonome" diverse da quelle esplicitamente scritte per specifiche versioni di ipoteca, per ogni lacuna e integrazione rinviando invece al regime di una delle tre figure classiche, da individuare e scegliere secondo la regola della prossimità.

Comunque sia di ciò, sembra chiaro – svolgendo adesso un lato ulteriore della lettura critica – che un eventuale giudizio di "autonomia" disciplinare non chiude di per sé nessun profilo applicativo. Non lo chiude, per quanto qui in specie interessa, per le materie rispetto alle quali una disciplina "autonoma" non risulti essere stata scritta. L'eventualità di un ricorso all'analogia (o a quella dell'interpretazione estensiva, qui non cambia nulla) non può certo essere esclusa *a priori*. Secondo quanto invece avvenuto, a me pare, nell'ipotesi delle sentenze che si stanno discutendo.

Non sembra allora inopportuno – già a questo stadio dell'esposizione – fermare una piccola chiosa ulteriore, come per l'appunto attinente in via diretta al piano della disciplina da applicare all'ipoteca esattoriale. Annotano dunque le dette sentenze: "la richiesta di iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 77 non è sorretta da provvedimento giudiziale ma, piuttosto, da provvedimento amministrativo"; per desumerne che "tale diversità è sufficiente per far ritenere che a torto sia stata ritenuta revocabile l'ipoteca in

non dà posto a un titolo che si formi per usucapione, perché l'usucapione è modo di acquisto della proprietà e dei diritti reali di godimento [su immobili] (art. 1158); ma va integrata con le ipotesi di titoli ipotecari "amministrativi", che talora legittimano di per sé l'ipoteca, altre volte sono presupposto di una autorizzazione giudiziaria a iscrivere ipoteca" (in realtà, l'inidoneità del fatto di usucapione a produrre ipoteca dipende dal fatto che manca una norma che al requisito del possesso continuato sostituisca quello del permanere dell'iscrizione per un dato periodo di tempo).

(14) Per la verità, con lo svolgimento fatto dalla Cassazione per l'ipoteca esattoriale, la norma dell'art. 2808 risulta cambiare un poco il suo significato, scendendo a semplice enunciato riassuntivo di uno dei possibili esistenti ipotecari. Come dunque se l'articolo recitasse: "l'ipoteca è legale, giudiziale o volontaria ... oppure altra ancora".

(15) Il riferimento va ancora una volta all'ipoteca prevista dalla L. n. 4/1929 e lì definita come "legale" (ma è noto – si può qui pure osservare – che, di per sé, le definizioni legislative non vincolano).

questione”. Oscura rimane, in verità, la ragione per cui l’addizione di un transito giudiziale (secondo quanto appunto avviene nell’ipoteca che in tal modo è denominata) dovrebbe condurre a una revocabilità altrimenti assente.

In altri termini, per chiarire sino in fondo il passaggio svolto: quella esattoriale non è un’ipoteca *caput sui*, neanche sotto l’aspetto disciplinare; in ogni caso, le caratteristiche dei suoi profili strutturali sicuramente non valgono a portarla fuori *a priori* dall’arco di quanto è revocabile.

5. La distesa apertura del vigente sistema revocatorio, versione fallimentare. Revocabilità dell’ipoteca legale.

Anche per il profilo appena visto, in definitiva, l’orientamento esonerativo appare caratterizzarsi per l’assenza di considerazione del vigente sistema della revocatoria, nella sua versione fallimentare. Che per contro costituisce, a me pare, il riferimento di base della questione (lo sfondo, per così dire), che qui interessa. E difatti, quand’anche si intendesse ritenere (ma solo per amore di ipotesi) l’ipoteca esattoriale come una figura a sé stante, incomunicabile con le altre fattispecie costitutive d’ipoteca, non per questo la positiva soluzione della sua revocabilità fallimentare (e, per la verità, anche di quella ordinaria)⁽¹⁶⁾ sarebbe destinata a mutare.

Comunque decisivo si manifesta, al riguardo, il disposto dell’art. 67, comma 2, legge fallim., là dove dichiara di assoggettare a revoca tutti gli “atti costitutivi di un diritto di prelazione”⁽¹⁷⁾. In effetti, il carattere generale – di vocazione per sé onnicomprensiva – di questa espressione normativa non può essere revocato in dubbio. È noto, d’altro canto, come la stessa giurisprudenza della Suprema Corte, nel suo confrontarsi con tale espressione, venga correttamente a sottoporre a revocatoria anche la cessione di credito in garanzia, pur se questa, dando vita a una garanzia

⁽¹⁶⁾ In ragione del fatto (se non altro) che, ai sensi dell’art. 2901, comma 2, cod. civ. sono soggette alla pauliana tutte le prestazioni di garanzia non contestuali al credito, che viene così coperto.

⁽¹⁷⁾ L’aggiunta “per debiti contestualmente creati “va letta, naturalmente, alla luce di tutte le frasi normative che compongono l’art. 67.

Intendo dire altresì, e più specificamente, che – ove mai l’ipoteca esattoriale fosse da ricondurre al paradigma dell’ipoteca legale (il che, peraltro, non sembra propriamente essere: v. *infra*) – il configurarsi della stessa come prelazione per debiti scaduti non potrebbe di certo rappresentarsi come ragione di esonero dalla revoca della stessa. Secondo la logica assunta come propria dall’attuale regolamentazione della revocatoria, invero, la non contestualità del fatto di garanzia rispetto al sorgere del credito è fattore di appesantimento disciplinare, non di alleggerimento ovvero di sottrazione.

dominicale, non produce un diritto di prelazione (bensì qualcosa di più forte e pregnante) (18).

Né varrebbe obiettare che, nella realtà delle cose, la legge contempla ormai un numero di esenzioni tale da porre l'interrogativo se non sia da invertire, in proposito, il rapporto tra regola ed eccezione. Al di là di qualunque giudizio si possa dare del peso degli esoneri portati dalla riforma del 2005 (19), il punto, a ben vedere, non è comunque di ordine quantitativo, ma di conformazione strutturale della normativa. Per rovesciare il rapporto regola eccezione, il legislatore dovrebbe intervenire sul testo dell'art. 67, comma 2, insomma. In difetto di una simile azione, un qualunque esonero dal sistema revocatorio non può che rimanere frutto di una espressione legislativa del tutto chiara ed univoca (20).

Ciò posto, per i limitati fini della presente indagine conviene adesso prendere in considerazione un nodo la cui soluzione negativa – si ricorderà forse (sopra, nel testo corrispondente alla nota 4) – è assunta come affatto scontata dalla giurisprudenza di merito che esonera l'ipoteca esattoriale dalla revoca: quello della revocabilità, o meno, dell'ipoteca legale (in cui, del resto, gli stessi giudici del merito talora risolvono quella esattoriale, consegnandole la relativa natura). Nodo che, d'altro canto, si pone come immediatamente consecutivo al genere di riflessione appena sopra formulato.

Nei fatti, questo punto risulta oggettivamente discusso in letteratura. La tesi assertiva dell'esonero si basa, essenzialmente, su due motivi. Si sostiene, dunque, che il disposto dell'art. 67, comma 2, legge fallim. è riferibile ai soli casi in cui la prelazione costituisce in forza di atti negoziali (21). Si soggiunge, inoltre, che “di fronte a una prelazione accordata dalla legge ... in considerazione della causa del credito, non sarebbe poi coe-

(18) Sul tema v., di recente, il mio *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fallimento*, 2016, p. 931 ss.

(19) “Sebbene con qualche cautela” – si è scritto di recente – “pare che sia preferibile conservare l'impostazione dogmatica tradizionale e così stabilire che in linea di principio tutti gli atti sono revocabili” (FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 326).

(20) Sul problema della revocabilità dei privilegi, primi riferimenti in AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, p. 178, nota 297.

(21) Questo argomento è condiviso da Cass., 28 maggio 2003, n. 8544, con diretto riferimento al privilegio *ex art.* 2762 cod. civ. (ivi pure il richiamo di più lontani precedenti). La quale pure aggiunge – con rilievo che sembra collocarsi a metà strada tra la specificazione dell'argomento e la sostanza dell'altro rilievo addotto dall'orientamento contrario – che, in queste situazioni “la peculiare compenetrazione tra prelazione e causa del credito esclude che l'attribuzione della prelazione possa essere investita da un giudizio di disvalore per frode ai creditori”.

rente che la legge stessa consenta di escluderla proprio quando, nel concorso, essa assume rilievo concreto” (22).

Non si tratta, però, di rilievi convincenti. A me sembra, in effetti, che quello riportato per secondo provi troppo: un conto è un compiuto esonero da ogni problematica revocatoria; un altro è quello della modulazione dei presupposti di esercizio della revocatoria che la legge abbia inteso venire a esplicitare in ragione della particolare causa del credito (si pensi, per fare un esempio “macro”, ai tempi di consolidamento dell’ipoteca nel credito fondiario, di cui all’art. 39, comma 4, TUB).

Il riferimento ai soli atti negoziali, d’altra parte, viene a introdurre una limitazione nel testo di legge, che si manifesta indebita: il sistema vigente contempla in modo espresso la revocatoria dell’ipoteca giudiziale. Non solo.

Nella letteratura favorevole alla revocabilità dell’ipoteca legale (23) si è sottolineato come, nel contesto, il riferimento ai meri atti negoziali resti comunque monco. Anche nell’ipoteca legale vi è – per solito, almeno (24) – un’attività decisionale del creditore che stabilisce di avvalersi o meno del diritto all’ipoteca che gli assegna la legge: a seconda dei casi, per l’appunto portandosi all’iscrizione o invece non provvedendo oppure rinunciando proprio alla stessa. Ovvio essendo, d’altro canto, che la revocatoria in ogni caso viene a incidere – diretta – sull’elemento della sequenza costitutiva dell’effetto di prelazione, che è dato dall’iscrizione.

Non è vero, dunque, che nei casi di ipoteca legale il creditore rimane inerte, che egli “subisce”, se così si può dire, la prelazione; è vero piuttosto

(22) Primi riferimenti della tesi contraria alla revocabilità dell’ipoteca legale in QUAGLIOTTI, in AA.VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, II, Milano, 2012, p. 144 s. a cui *adde*, ad esempio, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, ed. 6, Torino, 2014, p. 174 (dove la frase trascritta).

(23) Cfr., in specie, G. ROSSI, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 540; SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 236. Ulteriori indicazioni in AMBROSINI, *op. cit.*, 172 ss.

Secondo quest’ultimo autore la revocabilità dell’ipoteca legale andrebbe limitata ai casi in cui si richieda una “volontà attiva” del creditore (ad esempio, nel caso della c.d. ipoteca automobilistica), con esclusione di quelli in cui solo più rinunciabili da parte del creditore (come accade per l’ipoteca del venditore e per quella del condividente). L’idea non mi pare accettabile: non sembra vi sia spazio, né ragione, per differenziare in proposito atti commissivi e atti omissivi del creditore. Resta da aggiungere che, in realtà, appare in sé opinabile la riconduzione delle ipotesi di necessaria “volontà attiva” del creditore al campo dell’ipoteca legale (v. appena *infra* nel testo).

(24) Come è noto, la scomparsa ipoteca dotale non era rinunciabile dal creditore.

Nel caso di ipoteca legale non rinunciabile da parte del creditore deve ritenersi non esperibile l’azione revocatoria.

che solo l'esercizio del potere consegnatoli dalla legge fa diventare la stessa reale ed effettiva⁽²⁵⁾.

6. *Revocabilità dell'ipoteca esattoriale secondo il regime dell'art. 67, comma 1, n. 4, legge fallim.*

La constatata soggezione anche dell'ipoteca legale alla revocatoria fallimentare conferma – *a fortiori*, se si vuole (cfr. subito appresso nel testo) – che quella esattoriale è nondimeno revocabile. Fermato questo risultato, rimane ancora aperto il problema del “come” la relativa azione si venga ad atteggiare nei confronti di quest'ultima.

Dal complesso dei rilievi sin qui svolti discende che l'alternativa disciplinare si pone tra l'applicazione del regime portato dalla norma dell'art. 67, comma 1, n. 4 o invece di quello connesso alla disposizione dell'art. 67, comma 2⁽²⁶⁾. Alternativa il cui scioglimento sembra dipendere, in linea di principio, dal miglior grado di assimilazione che – rispetto appunto all'esattoriale – venga a presentare l'ipoteca giudiziale o per contro quella legale: secondo una linea di valutazione che può essere sviluppata o lungo l'asse dell'affinità strutturale tra le figure ipotecarie in discorso (secondo la prospettata regola di prossimità *ex* art. 2808, comma 3; cfr. sopra) oppure in via di riscontro funzionale delle stesse con il sistema normativo della revocatoria fallimentare (facendo perno, così, sul profilo dell'analogia).

Quale che sia la strada preferibile da percorrere, il risultato finale a me pare non sia comunque non destinato a cambiare. La soluzione sta nel corno dell'alternativa costituito dall'ipoteca giudiziale⁽²⁷⁾.

I parametri distintivi di fondo tra la conformazione strutturale dell'ipoteca legale e quella dell'ipoteca giudiziale possono essere individuati, invero, nella specificità della causa del credito che è caratteristica della prima, ma non della seconda⁽²⁸⁾; nel fatto, altresì, che quella legale è

⁽²⁵⁾ Come è agevole intuire, il profilo tende a inclinare verso il tema della *scientia decoctionis*, che è contiguo (pur rimanendone concettualmente distinto).

Nella operatività attuale, per esempio, è prassi del tutto corrente rinunciare all'ipoteca legale *ex* art. 2817, n. 1, cod. civ., visti gli elevati costi che la relativa iscrizione viene per sé a comportare: a livello di fattispecie concreta, la mera circostanza che il venditore non abbia rinunciato mette già in sospetto.

⁽²⁶⁾ Richiamo qui, in particolare, quanto già osservato nel corpo della precedente nota 17.

⁽²⁷⁾ Per il generale inquadramento dell'ipoteca esattoriale in quella giudiziale v. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2006, p. 237, nota 49.

⁽²⁸⁾ Sul rilievo che nel contesto dell'ipoteca esattoriale rivestono (tra gli altri) i crediti “aventi causa in un rapporto di diritto privato” v. GALLIO e TERRIN, *op. cit.*, p. 1794 s.

destinata a incidere su beni particolari, là dove quella giudiziale copre l'intero arco disponibile dei beni del debitore capaci di ipoteca; nel fatto, ancora, che l'iscrizione dell'ipoteca legale avviene d'ufficio, salvo la rinuncia da parte dell'avente diritto, mentre quella giudiziale suppone una peculiare, e positiva, iniziativa *ad hoc* del creditore⁽²⁹⁾.

Da quest'angolo visuale, la prossimità dell'esattoriale a quella giudiziale appare netta, non discutibile. Né vi è bisogno di indugiare ancora sulla stretta analogia corrente, nel riflesso della normativa della revocatoria fallimentare, tra l'ipoteca esattoriale e quella giudiziale: basta pensare che in entrambi i casi trattasi di ipoteca per debiti ormai scaduti⁽³⁰⁾.

ABSTRACT: During these last few years there was much lively debate about whether the so called «tax collector» security interest is subject to insolvency law claw-back action or not. Since 2012 the Italian Supreme Court has released several rulings in which a negative answer was provided. This piece of writing develops a critical look on the various arguments which has been brought in favour of the aforementioned case-law, and reaches the conclusion that, according to the existing legislative framework, the «tax collector» security interest should be subject to claw-back action ex art. 67, comma 1, no. 4 of Italian insolvency law.

⁽²⁹⁾ Su quest'ultimo aspetto v., in specie, i rilievi di Trib. Ravenna, 9 dicembre 2011, *cit.*

⁽³⁰⁾ Cfr. anche quanto annotato sopra, nell'ultimo capoverso del paragrafo dedicato alla critica tesi dell'ipoteca esattoriale come figura ipotecaria *caput sui*.

MARCO SPERANZIN

Professore Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Padova

LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI PER LE OBBLIGAZIONI SOCIALI: PROFILI SOSTANZIALI E CONCORSUALI⁽¹⁾

Abstract: l'interesse per il tradizionale tema della responsabilità dei soci nelle società di persone è stato di recente sollecitato da un lato da importanti novità legislative e progetti di riforma a livello comparatistico; d'altro lato da una sentenza della Corte di cassazione a Sezioni unite in tema di effetti del concordato preventivo sulle garanzie, in particolare reali, prestate dai soci illimitatamente responsabili. Le questioni sollevate rendono ancora attuale la discussione sul fondamento e la disciplina della responsabilità dei soci, in particolare in caso di crisi dell'impresa.

SOMMARIO: 1. Attualità delle società di persone. - 2. La qualificazione della responsabilità dei soci. - 3. Responsabilità interna ed esterna. - 4. Soci e fallimento della società di persone. - 5. Soci e concordato preventivo della società di persone. - 6. (*Segue*). Concordato preventivo e prestazione di garanzie reali da parte dei soci. - 7. Prospettive evolutive.

1. *Attualità delle società di persone.*

L'analisi della responsabilità dei soci (e, in particolare, di quella personale e illimitata per le obbligazioni sociali prevista, come paradigma, dalla disciplina della società in nome collettivo: art. 2291 cod. civ.) potrebbe sembrare, all'interno di un convegno dedicato alle società di persone, un tema necessario⁽²⁾, ma della cui attualità si può dubitare, vista la (apparente) scarsa evoluzione della disciplina.

In realtà, se si considerano con attenzione i più recenti sviluppi interpretativi o si superano i confini nazionali, la materia si presenta di notevole interesse.

⁽¹⁾ Relazione tenuta al Convegno, tenutosi a Venezia, dal titolo *Problemi attuali delle società di persone*, 16 settembre 2016, con l'aggiunta delle note essenziali.

⁽²⁾ Come nota H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht. Band II. Recht der Personengesellschaften*, München, 2004, 729, la norma sulla responsabilità dei soci nelle società commerciali costituisce «il centro della disciplina» di quest'ultime.

In primo luogo in quanto, in alcuni sistemi, ci sono state delle importanti novità legislative (v. in particolare per l'Italia le norme in materia di trasformazione: artt. 2500 ss. cod. civ.⁽³⁾), e, per quanto qui interessa, quelle della legge fallim.: artt. 147 ss.), se non un vero e proprio processo generale di riforma in atto, come in Germania⁽⁴⁾, oppure già portato a compimento, come in Austria⁽⁵⁾, riforma quest'ultima indicata, autorevolmente, come avanguardia del diritto europeo delle società di persone⁽⁶⁾.

In secondo luogo la materia è in evoluzione perché, in altri sistemi (come ad esempio negli Stati Uniti), si assiste dal punto di vista statistico ad una crescita del numero delle società di stampo personalistico⁽⁷⁾.

In terzo luogo, e finalmente, ed è un dato che accomuna quasi tutti gli ordinamenti, ci sono stati recenti, importanti sviluppi interpretativi a seguito di fondamentali pronunce della Corte di cassazione⁽⁸⁾, tanto da

⁽³⁾ Considerate la più significativa riforma del diritto delle società di persone italiano dall'emanazione del codice civile: v. L. PISANI, *Il principio di maggioranza nella nuova disciplina della trasformazione di società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 371 ss.; v. anche G. FERRI JR., *La nuova disciplina della trasformazione omogenea e le società di persone: un primo confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 715 ss.

⁽⁴⁾ V. il contributo del 71. *Deutsche Juristentag* 2016, a cura di C. SCHÄFER, *Empfehlen sich eine Grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?*, in *Verhandlungen des 71. DJT* I, 2016, 1-101, su cui v., ad esempio, T. TRÖGER, *Gesetzgebung im Recht der Personengesellschaften*, in *JZ*, 2016, 834 ss.; K. SCHMIDT, *Die Personengesellschaft als Juristentagsthema – Zum Juristentagsgutachten von Carsten Schäfer –*, in *ZHR*, 2016, p. 411 ss.; e, in una prospettiva più ampia, anche comparatistica, H. FLEISCHER-P. AGSTNER, *Personengesellschaften in Italien und Deutschland. Grundlagen – Entwicklungslinien – Strukturmerkmale*, di prossima pubblicazione in *RabelsZ*, n. 2, 2017, e letto per cortesia degli Autori.

⁽⁵⁾ V. la recente riforma dei §§ 1175 ss. dell'ABGB con riferimento alla *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*: cfr. M. SCHAUER-M. HOFMAIR, *Die Grundzüge der GesBR-Reform*, in *SWK*, 2014, p. 1549 ss.; H. FLEISCHER-E. HEINRICH-M. PENDL, *Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?*, in *NZG*, 2016, 1001 ss.

⁽⁶⁾ H. WIEDEMANN, *Die Societas – Vergangenheit und Zukunft*, in *Festschrift für J.P. Meincke zum 80. Geburtstag*, München, 2015, p. 426.

⁽⁷⁾ Cfr., anche per le ragioni di tale fenomeno, L.E. RIBSTEIN, *The Rise of the Unincorporation*, London, 2010, p. 3 ss.

In Italia il numero delle società di persone, seppure in leggera flessione (in particolare dovuto, come noto, alla diffusione delle s.r.l. semplificate o a capitale inferiore a euro 10.000), rimane significativo e non di molto inferiore al milione di società iscritte. Per l'attuale rilevanza v. G. COTTINO, *Premessa per il lettore*, in AA. VV., *Le nuove società di persone*, opera diretta da G. Cottino e O. Cagnasso, Bologna, 2014, XV ss.; P. MENTI, *Società di persone e attualità del tipo*, in F. PREITE-C.A. BUSI (a cura di), *Trattato delle società di persone*, Milano, 2015, p. 169 ss.

Nel Regno Unito si contano circa mezzo milione di *general partnership*, un crescente numero di *limited liability partnerships* e un numero limitato, ma particolarmente importante dal punto di vista economico, di *limited partnerships*: v. E. BERRY-R. PERRY, *Law of Insolvent Partnerships and Limited Liability Partnerships*, London, 2015, 1.

⁽⁸⁾ V. in Italia in particolare Cass., Sez. un., 16 febbraio 2015, n. 3022, in *Fallimento*,

identificare il diritto delle società di persone, e il tema della responsabilità dei soci in particolare, come uno dei settori ove più significativo è l'apporto della giurisprudenza⁽⁹⁾.

2. La qualificazione della responsabilità dei soci.

Ciò premesso, e venendo al tema specifico, secondo la tesi prevalente la responsabilità personale dei soci può definirsi come da stato o da posizione partecipativa, quale conseguenza del rischio assunto con la partecipazione, anche di fatto, all'attività d'impresa⁽¹⁰⁾; responsabilità che si collega alla (limitata) funzione rivestita dal capitale nelle società di persone, alla disciplina dell'amministrazione per persone e delle decisioni dei soci, alle modalità di modifica del contratto di società.

La responsabilità, così configurata e definita quale accessoria, si estende a tutti i debiti sociali; la tesi che essa possa o debba essere limitata solo ad alcuni di questi (e, in particolare, a quelli collegati all'attività negoziale), sebbene sia stata anche di recente proposta in altri ordinamenti, risulta del tutto minoritaria⁽¹¹⁾.

2015, 522 ss. e in *Giur. comm.*, 2016, II, 978 ss., da leggere unitamente all'ordinanza di rimessione Cass., 12 febbraio 2014, n. 3163, in *Fallimento*, 2014, 1186 ss. (commentata da E. FRASCAROLI SANTI, *Brevi considerazioni sull'effetto esdebitatorio del concordato preventivo nei confronti del socio illimitatamente responsabile, garante per debiti sociali*, in questa *Rivista*, 2014, I, 785 ss.), e su cui si tornerà in seguito; in Germania tra le altre BGH, 21 ottobre 2014, in *ZIP*, 2014, 2231 ss., sui diritti irrinunciabili del socio di società di persone e i limiti al potere della maggioranza.

⁽⁹⁾ Parla di trionfo della *Rechtsfortbildung* nel diritto tedesco delle società di persone (e della s.r.l.) K. SCHMIDT, *Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften*, in *JZ*, 2009, 13; più di recente ID., *Die Personengesellschaft*, cit., 413, «Das Recht der Personengesellschaften ist im Kern Rechtsprechungsrecht».

⁽¹⁰⁾ V. per tutti, di recente, C. ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in *Diritto, mercato ed etica. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 200 ss.; nella letteratura degli anni '70, che come noto si occupò approfonditamente del tema, v. F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 81 ss.; F. VASSALLI, *Responsabilità di impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 53 ss.

⁽¹¹⁾ La tesi dell'opportunità di una limitazione della responsabilità solo ad alcune obbligazioni (quelle non derivanti da fatto illecito) è stata di recente riproposta in Germania da C. SCHÄFER, cit., p. 64 ss.

La tesi prevalente, ed in senso diverso, è basata, invece, oltre che sul testo legislativo anche su ragioni di analisi economica, in particolare quelle di attribuire l'obbligo risarcitorio anche in capo a chi meglio è in grado di influenzare il comportamento dannoso: v. H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., 733; *amplius* L. PFAFFINGER, *Unbeschränkte Gesellschafts-terhaftung und Gläubigerschutz*, Frankfurt am Main, 2016, 82 ss. Nello stesso senso v. anche la Section 306 (a) del *Revised Uniform Partnership Act* del 1997: *all obligations of the partnership*.

Secondo la giurisprudenza italiana, anche se non unanime e costante, la responsabilità va ulteriormente qualificata come *propria* del socio (se pure sussidiaria), in quanto derivante da un unico rapporto obbligatorio. L'unicità dell'obbligazione è collegata, per questa interpretazione, all'unicità di causa del credito⁽¹²⁾.

A favore di tale tesi si potrebbe altresì invocare un recente, nuovo, elemento testuale: l'art. 148, comma 3, legge. fallim., che prevede l'automaticità della richiesta di ammissione al credito con privilegio generale nel fallimento del socio a seguito di analoga richiesta nel fallimento della società, che sembra presupporre l'esistenza di una responsabilità diretta e da debito proprio a carico del socio.

Da quest'interpretazione della responsabilità come propria e da unicità dell'obbligazione consegue, in via applicativa, in primo luogo che il socio non può rivalersi in regresso *ex art.* 1954 cod. civ. sul patrimonio della società una volta soddisfatto il creditore sociale, ma solo nei confronti degli altri soci *pro quota*⁽¹³⁾.

In secondo luogo consegue la possibilità, dal punto di vista processuale, di utilizzare l'accertamento giudiziale e il titolo esecutivo ottenuto contro la società anche contro il socio (soprattutto al fine di iscrivere ipoteca giudiziale sui beni di quest'ultimo), nonché l'opponibilità del giudicato nei confronti della società anche al socio⁽¹⁴⁾. Si tratterebbe di un'efficacia riflessa della sentenza di accertamento del debito sociale e di condanna, che sarebbe altresì eseguibile in via esecutiva nei confronti del socio in applicazione analogica dell'art. 477 cod. proc. civ. La sussistenza di una dipendenza permanente tra situazioni sostanziali (l'obbligazione sociale e quella, automatica, del socio illimitatamente responsabile) è considerata, dalla giurisprudenza, una condizione sufficiente per un'estensione *ultra partes* del giudicato e del titolo esecutivo, salvo il diritto del socio di proporre opposizione all'esecuzione, anche per far valere il beneficio d'escussione.

⁽¹²⁾ Aspetto sottolineato, ad esempio, da Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Società*, 2000, 303 ss.; Cass., 6 novembre 2006, n. 23669, in *Fallimento*, 2007, 651 ss.; Cass., 30 agosto 2007, n. 18312, in *Fallimento*, 2008, 549 ss.; e ribadito da Cass., sez. un., 16 febbraio 2015, n. 3022, cit.

⁽¹³⁾ Come evidenziato, ad esempio, da Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, cit., 303 ss. (che esclude altresì l'applicazione degli artt. 1953, 1955 e 1957 cod. civ.), e ribadito da Cass., sez. un., 16 febbraio 2015, n. 3022, cit.

⁽¹⁴⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 6 ottobre 2004, n. 19946, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1095 ss.; Cass., 16 gennaio 2009, n. 1040, in *Foro it.*, 2010, I, 214; Cass., 18 giugno 2009, n. 14165, in *Giur. it.*, 2009, 2710 ss.; Trib. Pisa, 10 luglio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 284 ss.

Secondo la tesi prevalente in dottrina (nonché in altri ordinamenti), invece, considerata pacifica la piena autonomia patrimoniale delle società di persone, la responsabilità del socio verso i terzi deve essere qualificata come responsabilità *per debito altrui*, in funzione di garanzia dei creditori⁽¹⁵⁾; e ciò in ragione del beneficio d'escussione riconosciuto al socio (e quindi in virtù della natura sussidiaria della responsabilità), e, soprattutto, del fatto che l'obbligazione del socio *non* ha il medesimo oggetto di quella sociale. Come si è da tempo sottolineato, l'obbligazione del socio è, infatti, imputata in forza della partecipazione al contratto di società (come dimostra ad esempio la disciplina della responsabilità del nuovo socio: art. 2269 cod. civ.), e quindi in forza di un *legame giuridico ulteriore* rispetto alla fonte originaria del debito⁽¹⁶⁾.

La ragione di estensione del privilegio generale prevista all'art. 148, comma 3, legge fallim. (e a parte il fatto che la necessità di introdurre una norma espressa potrebbe essere ritenuto un elemento interpretativo in senso opposto alla tesi della giurisprudenza) non dipende, dunque, da una qualificazione della responsabilità del socio per debito proprio; ma è da ravvisarsi nel fatto che il privilegio rappresenta una qualità del credito, privo di riferimento ad un diritto o bene specifico del patrimonio.

Seguendo la tesi della responsabilità per debito altrui, come detto prevalente in dottrina, in primo luogo il socio può – quantomeno in astratto – rivalersi sul patrimonio sociale in via di regresso una volta pagato integralmente il creditore sociale.

In secondo luogo si critica, dal punto di vista processuale, l'attribuzione di un'efficacia riflessa alla sentenza di accertamento del debito sociale e di condanna, nonché al titolo esecutivo. Il vincolo di dipendenza tra situazioni sostanziali non può giustificare, in assenza di una specifica norma, la proiezione *ultra partes* dell'accertamento del rapporto obbligatorio contenuto nella sentenza di condanna e quindi del giudicato ottenuto contro la società⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Tra i molti v. in particolare A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 583 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, 335 ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. II, t. 2, Torino, 1991, 702 ss.

⁽¹⁶⁾ V., anche per ulteriori riferimenti, M. MAGGIOLO, *Obbligazioni sociali, responsabilità dei soci e solidarietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 46 ss.

⁽¹⁷⁾ V., anche per ampi riferimenti alla dottrina processualistica, L. DELLA TOMMASINA, *Caveat socius! L'efficacia ultra partes della pronuncia di condanna di società personale*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 298 ss.

3. Responsabilità interna ed esterna.

La responsabilità dei soci, oltre che personale, è solidale tra di essi e illimitata verso *l'esterno*, ossia nei confronti dei creditori sociali, ed in particolare di quelli diversi dai soci⁽¹⁸⁾.

Diverso, e più complesso, è il profilo della responsabilità *interna*, ossia nei confronti della società (nonché degli altri soci) e intesa come partecipazione alle perdite⁽¹⁹⁾, che in particolare può essere azionata dalla società, ai sensi dell'art. 2280 cod. civ., a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento⁽²⁰⁾.

Nei rapporti interni è discusso se il socio possa far valere il suo credito, oltre che verso la società⁽²¹⁾, anche nei confronti degli altri soci, seppure nei limiti della sola quota di responsabilità interna, ossia della partecipazione alle perdite⁽²²⁾; nonché se, come ritenuto dall'interpretazione corrente in Germania, il socio possa agire anche nei confronti degli altri soci, ma esclusivamente per crediti derivanti da titoli fondati su rapporti extrasociali (il credito per mancato pagamento del canone per l'immobile locato alla società), non per crediti derivanti dal rapporto societario (ad esempio per il pagamento dell'utile)⁽²³⁾.

La differenza di piano della responsabilità (verso l'esterno o all'interno) è rilevante da molteplici punti di vista.

⁽¹⁸⁾ Cfr. in generale, oltre agli Autori già citati alla nota 15, C. PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, 89 ss.

⁽¹⁹⁾ In questi termini P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 362, nt. 238.

⁽²⁰⁾ Sulla distinzione tra responsabilità esterna ed interna v., per tutti, C. SANTAGATA, *La responsabilità interna dell'ex socio*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Napoli, 1983, p. 1030 ss.

⁽²¹⁾ Con riferimento a tale aspetto si discute se l'azione di recupero del credito possa subire delle eccezioni fondate sull'obbligo di buona fede del socio: v. L. GRAF WOLFFSKEEL v. REICHENBERG, *Der Personengeschafter als Gläubiger seiner Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 2014, 66 ss.; nonché C. ANGELICI, *Diritti extrasociali e obblighi sociali*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 655 ss., secondo cui nel caso in cui si tratti di situazioni giuridiche extrasociali opera il limite negativo dell'abuso.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 19 ottobre 2016, n. 21066, in *Giur. it.*, 2017, 102 ss., sulla base di un (discutibile) parallelo con la disciplina delle associazioni non riconosciute, e in particolare della comune struttura associativa non personificata e della limitata soggettività giuridica. In senso adesivo rispetto al risultato della sentenza G. COTTINO, *Spunti in tema di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali e di rapporti tra i soci*, in *Giur. it.*, 2017, 104 ss., secondo il quale, tuttavia, il socio creditore potrebbe agire nei confronti del consocio solo dopo aver infruttuosamente aggredito il patrimonio sociale.

⁽²³⁾ Cfr. C. PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, cit., 46 ss.; H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., 734 ss. L. GRAF WOLFFSKEEL v. REICHENBERG, *Der Personengeschafter als Gläubiger seiner Gesellschaft*, cit., p. 7 ss. e p. 57 ss., ove anche analisi del discusso caso del pagamento della quota di liquidazione.

In primo luogo per quanto concerne la responsabilità del socio uscito *ex art. 2290 cod. civ.* (a seguito di scioglimento del singolo rapporto sociale oppure, nel caso che pare praticamente più rilevante, a seguito del trasferimento della partecipazione).

Si tratta di una norma che, come noto, vuole contemperare *da un lato* l'esigenza di tutela dei terzi che hanno acquisito diritti nei confronti della società con una determinata compagine sociale e che, dunque, non devono vedere alterata, senza il loro consenso, la garanzia rappresentata anche dal patrimonio dei soci; e *d'altro lato* l'esigenza per il socio uscente di limitare la responsabilità fino al momento in cui è in grado di influenzare le decisioni gestorie, e quindi l'assunzione delle obbligazioni (quanto meno quelle da contratto). Mentre è pacifico che il socio rimanga responsabile all'esterno, ossia verso i creditori sociali preesistenti al momento in cui lo scioglimento del rapporto sociale è opponibile ai terzi (v. l'art. 2290 cod. civ.); si tende ad escludere, quanto meno se l'uscita del socio è anteriore al verificarsi della causa di scioglimento, la responsabilità interna, in quanto dei debiti esistenti si tiene conto al momento della liquidazione della quota *ex art. 2289 cod. civ.* (24).

Un secondo caso di possibile distinzione della responsabilità verso i creditori sociali ed interna si verifica a seguito della trasformazione di una società di persone: ai sensi dell'art. 2500-*quinquies* cod. civ. il socio non risponde più dei debiti sociali, ma rimane responsabile verso i creditori sociali, in mancanza del consenso espresso o presunto di quest'ultimi, per le obbligazioni sorte prima degli adempimenti pubblicitari (25).

Infine il profilo della distinzione tra responsabilità esterna ed interna rileva, per fare un ultimo esempio con specifico riferimento alla s.a.s.: è discusso se l'accomandante di s.a.s. possa assumere una responsabilità maggiore rispetto alla quota conferita, dal punto di vista interno; questione cui la dottrina prevalente e la giurisprudenza della Cassazione danno risposte opposte (26).

(24) V. per l'esame della questione M. SPERANZIN, *Nuovi problemi in tema di responsabilità dell'ex socio di società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 633 ss.

(25) V. per tutti G. FERRI JR., *La trasformazione*, in *Trattato delle s.r.l.*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, Padova, 2015, p. 73 ss.

(26) V. in senso positivo la tesi prevalente in dottrina: P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 240 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Sul capitale delle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 830 ss.; ma in senso opposto Cass., 19 febbraio 2003, n. 2481, in *Giur. it.*, 2004, 794 ss. Dal punto di vista comparatistico v. C. LEHNEN, *Vom Grundsatz der kompletärähnlichen Kommanditistenhaftung*, Tübingen, 2013, p. 100 ss.

4. *Soci e fallimento della società di persone.*

Un terzo aspetto rilevante, in realtà imprescindibile, è l'analisi della (non sempre facile, e non solo in Italia⁽²⁷⁾) disciplina concorsuale delle società di persone.

Il socio illimitatamente responsabile, se si ritiene possa accedere in proprio, anche in caso di società con oggetto commerciale, alle procedure per la soluzione della crisi da sovraindebitamento⁽²⁸⁾, in caso di dichiarazione di *fallimento* della società, ai sensi dell'art. 147 legge fallim. con effetto automatico (ossia a prescindere dalla sua personale insolvenza) fallisce in estensione o in ripercussione. Questa disciplina, che costituisce una soluzione ritenuta da alcuni non più attuale e che non risulta seguita dalle più recenti riforme a livello comparatistico⁽²⁹⁾, risulta funzionale allo scopo di risolvere i possibili conflitti di interesse tra le diverse categorie di creditori⁽³⁰⁾; se si vuole, un modello di ripartizione del rischio da insolvenza, volto ad evitare il possibile dispendio di risorse determinato dal concorso del curatore della società e dei creditori particolari sul patrimonio del socio illimitatamente responsabile, garantendo allo stesso tempo la *par condicio* tra creditori⁽³¹⁾.

La fallibilità del socio non coincide, tuttavia, e come noto, con il perimetro della sua responsabilità personale.

⁽²⁷⁾ V., con riferimento al Regno Unito, v. E. BERRY-R. PERRY, *Law of Insolvent Partnerships*, cit., 2, secondo le quali, in considerazione della molteplicità dei rinvii alla disciplina concorsuale delle società di capitali e degli imprenditori individuali, «...the legislative framework for the three types of partnerships is difficult to comprehend...».

⁽²⁸⁾ Come nell'interessante caso deciso da Trib. Pistoia, 19 novembre 2014, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 2015, p. 143 ss.; Trib. Prato, 16 novembre 2016, in *Fallimento*, 2017, 197, con riferimento ad una procedura di liquidazione; in senso contrario Trib. Milano, 18 agosto 2016, in *Fallimento*, 2017, 198. In dottrina v. per tutti A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*³, Bologna, 2014, p. 551. Nello stesso senso nella disciplina inglese v., per la possibilità che il singolo *partner* proponga un *individual voluntary arrangement* o un *company voluntary arrangement*, E. BERRY-R. PERRY, *Law of Insolvent Partnerships*, cit., p. 89.

⁽²⁹⁾ V. le recenti modifiche alla legge concorsuale tedesca e spagnola. Nella disciplina inglese (v. v. E. BERRY-R. PERRY, *Law of Insolvent Partnerships*, cit., p. 6) l'insolvenza della società è ritenuta indipendente da quella dei soci, anche se nulla esclude che i creditori sociali presentino un'istanza anche nei confronti di uno o più *partners* (e che quelle individuali di quest'ultimi possano avere esiti diversi: v. la nota precedente).

⁽³⁰⁾ V. in particolare A. NIGRO, *Il fallimento*, cit., p. 10 ss. e p. 530 ss. Di recente v., in generale, F. IOZZO, *Gestione, responsabilità e fallimento nelle società di persone*, Torino, 2016, p. 194 ss.

⁽³¹⁾ V. GALLETTI, *La ripartizione del rischio d'insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 97 ss.

Si possono quindi porre numerose questioni applicative, in primo luogo quella delle azioni proponibili nei confronti del socio uscito e non più fallibile successivamente al decorso dell'anno dallo scioglimento del rapporto sociale (v. art. 147, comma 2, legge fallim.).

Il caso è tutt'altro che sconosciuto alla prassi, dato che spesso, non molto prima della dichiarazione dell'insolvenza della società, ma comunque in modo tale da evitare il fallimento in estensione, il socio titolare di un patrimonio personale significativo cede la partecipazione ad uno degli altri (o ad una s.r.l. neo-costituita).

Dal punto di vista della responsabilità esterna, non sembra si possa ritenere che il curatore sia legittimato ad esercitare un'azione di massa, nell'interesse dei creditori sociali, nei confronti dell'ex socio non più fallibile. Quest'azione, si sostiene, non è espressamente prevista; inoltre non è diretta a ricostruire il patrimonio del soggetto fallito e riguarda una sola categoria di creditori; infine, e questa pare la ragione principale, costituisce un'azione esercitabile individualmente, e quindi a proprio ed esclusivo vantaggio da parte di singoli creditori. Volendo ragionare diversamente si creerebbe un contrasto tra il curatore, che agisce per la massa dei creditori sociali, e i creditori personali del socio che propongono procedure esecutive individuali⁽³²⁾.

Risulta solo possibile, secondo un'interpretazione, *da un lato* l'eventuale azione per far valere la responsabilità interna del socio, *ex art.* 2280 cod. civ., qualora però l'uscita del socio sia successiva al verificarsi della causa di scioglimento della società; nonché, *d'altro lato*, al verificarsi di alcune condizioni, un'azione da parte del fallimento dei singoli soci che abbiano integralmente pagato un creditore sociale. Infatti, e nonostante l'uscita del socio, sembra permanga la responsabilità *pro quota* dei singoli soci per il debito di regresso (quanto meno per le sopravvenienze passive), e salvo che nel contratto – se la partecipazione è stata trasferita – sia stato espressamente regolato quest'aspetto⁽³³⁾.

In secondo luogo, merita ricordare, tra le questioni discusse in sede concorsuale, la fallibilità del socio a seguito della trasformazione di società di persone in società di capitali; fallibilità che un'interpretazione, alla luce

⁽³²⁾ Sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti, a M. SPERANZIN, cit., p. 638 ss. Sul punto si deve tenere però anche conto della recentissima Cass., sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641, sulla legittimazione del curatore ad agire, nell'interesse della massa, nei confronti degli amministratori che hanno compiuto pagamenti in violazione del pari concorso dei creditori.

⁽³³⁾ V. P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote*, Torino, 1995, p. 107 ss.

della *ratio* sottesa all'art. 147 legge fallim., tende decisamente a restringere⁽³⁴⁾.

5. *Soci e concordato preventivo della società di persone.*

L'altra disciplina fondamentale che permette di esaminare la responsabilità dei soci di società di persone dall'angolo di visuale della c.d. diritto della crisi dell'impresa è quella, molto diversa da quanto previsto nella procedura fallimentare, che riguarda l'effetto c.d. esdebitatorio o remissorio del *concordato preventivo* nei confronti del socio (art. 184 legge fallim.), e volta, secondo l'interpretazione preferibile, a favorire dal punto di vista operativo l'utilizzo dell'istituto.

Le regole del concordato delle società di persone sono, come noto, molto complesse, in quanto i soci, se *da un lato* hanno la competenza, ai sensi dell'art. 152 legge fallim., in merito all'approvazione della proposta e delle condizioni del concordato, *d'altro lato* sono tenuti a contribuire esclusivamente al pagamento della percentuale concordataria dei debiti sociali pur se rimangono esterni alla procedura della società; con la conseguenza che i debiti personali, a differenza di quelli sociali, non vengono falcidiati, le azioni esecutive e cautelari dei creditori particolari rimangono esperibili sul patrimonio personale dei soci, e quest'ultimi non sono legittimati a proporre un'autonoma domanda di concordato preventivo⁽³⁵⁾.

La questione forse principale, che è stata più volte affrontata in giurisprudenza, è quella degli effetti della procedura sulle garanzie prestate dai soci a titolo personale (di norma: nei confronti delle banche); in particolare il problema si è posto e si pone in quanto l'art. 184 legge fallim. *esclude* gli

⁽³⁴⁾ V. in precedenza A. MAFFEI ALBERTI, *Trasformazione di società di persone in società di capitali e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 647 ss.; dopo la riforma della legge fallimentare e di recente G. FERRI JR., *op. ult. cit.*, p. 79 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Comm. al Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 20 ss. e p. 485 ss.; A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, p. 187 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli effetti del concordato preventivo per i creditori (art. 184 l. fall.)*, in *Fallimento*, 2006, p. 1045 ss.; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*⁴, Padova, 2011, p. 530 ss.; U.M. CARBONARA, *L'effetto esdebitatorio del concordato preventivo di società di persone e la garanzia ipotecaria prestata dal socio illimitatamente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 991 ss.; in giurisprudenza v., ad esempio, Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, in *Società*, 2002, 621 ss.; Cass., 26 marzo 2010, n. 7273, in *Fallimento*, 2010, p. 649 ss., nonché la recente Cass., 13 aprile 2016, n. 7324, con riferimento all'inapplicabilità del principio della consecuzione delle procedure in relazione ai creditori particolari dei soci illimitatamente responsabili, e conseguente irrilevanza della data di ammissione della società di persone al concordato preventivo ai fini dell'opponibilità al fallimento di eventuali ipoteche su beni personali.

effetti esdebitatori nei confronti dei garanti terzi rispetto alla società (coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso), mentre li *estende* nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, lasciando però priva di disciplina la posizione dei soci che hanno prestato garanzia per i debiti sociali⁽³⁶⁾.

La Corte di cassazione, dopo aver ritenuto, in un primo momento, nulle per mancanza di causa le garanzie (*personali*) prestate dai soci, ha successivamente sostenuto la validità delle stesse in quanto comunque dotate di causa in concreto (ad esempio in quanto sottoscritte al fine di non vedere opposto il beneficio di escussione da parte del socio)⁽³⁷⁾. Posizione che, sia detto incidentalmente, pare per certi profili entrare in contraddizione con quella, come visto seguita in prevalenza dalla Suprema Corte, che considera il socio responsabile per debito proprio.

Prima della recente e più volte ricordata sentenza del 2015, in tema di effetti del concordato preventivo sulle garanzie personali (in particolare fideiussioni) prestate dai soci si erano sviluppati due orientamenti⁽³⁸⁾.

Secondo il primo, già sostenuto da una nota sentenza della Suprema Corte a Sezioni unite nel 1989, l'effetto remissorio nei confronti dei soci deve estendersi anche alle obbligazioni di garanzia, in quanto l'ultima parte del comma 1 dell'art. 184 legge fallim. si riferisce, esclusivamente, alla posizione dei garanti terzi *diversi dai soci*. Secondo questa interpretazione, dunque, la garanzia prestata in proprio dal socio copre il debito solamente per l'ammontare ridotto a seguito del concordato; ne consegue che qualora quest'ultimo venga eseguito e il creditore soddisfatto, l'obbligazione di garanzia deve considerarsi estinta, cosicché l'effetto di esdebitazione rende irrilevante ogni diversa fonte di responsabilità per il socio illimitatamente responsabile⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. NIGRO, *Fideiussione dei soci illimitatamente responsabili e concordato preventivo della società*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 130 ss.

Nel disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" (c.d. d.d.l. Rordorf) si prevede, allo stato, un riordino della disciplina del concordato preventivo (art. 6, comma 1, lett. o), attraverso una specificazione, per quanto qui interessa, dei presupposti per l'estensione degli effetti esdebitatori ai soci illimitatamente responsabili che siano garanti della società, con eventuale distinzione tra garanzie personali e reali.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass., 12 dicembre 2007, n. 26012, in *Società*, 2009, p. 38 ss. Conforme nella dottrina straniera ad esempio C. PAZ-ARES, cit., p. 127 ss.

⁽³⁸⁾ Il contrasto è prospettato anche nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite: Cass., 12 febbraio 2014, n. 3163, cit.

⁽³⁹⁾ Cass., sez. un., 24 agosto 1989, n. 3749, in *Fallimento*, 1990, p. 38 ss.; Cass., 1° marzo 1999, n. 1688, in *Fallimento*, 2000, p. 15 ss. In senso adesivo v. in dottrina E. FRASCAROLI SANTI, *Brevi considerazioni*, cit., 789 ss.

Per l'orientamento opposto, invece, che pare maggiormente condivisibile, i soci garanti non possono beneficiare, con riferimento a questo secondo titolo di responsabilità, dell'effetto remissorio di cui all'art. 184 legge fallim., con la conseguenza che la garanzia rimane integralmente a tutela dell'obbligazione assunta nei confronti del creditore sociale garantito. Anche se il concordato è eseguito, il socio continua a rispondere con i beni personali, per il residuo eccedente la percentuale concordataria, nei confronti del garantito⁽⁴⁰⁾.

Le Sezioni unite confermano, come già si accennava, che il debito sociale è un debito proprio del socio, e ritengono preferibili le conclusioni del primo orientamento, ossia che si verifichi, per effetto del concordato, la riduzione anche dell'obbligazione derivante dalla garanzia personale prestata, in quanto la qualità di socio «assorbe» le eventuali diverse fonti di responsabilità per il medesimo debito⁽⁴¹⁾.

Una conclusione che, come si accennava, pare discutibile, sia in considerazione della distinzione (che pare sottesa nella disposizione dell'art. 184 legge fallim.) tra *responsabilità ex lege* del socio, da una parte, e *obbligazione di garanzia*, dall'altra; sia in quanto, come si ricordava, il concordato preventivo non comporta necessariamente, a differenza del fallimento e per specifiche diversità strutturali tra le due procedure, il coinvolgimento del patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili.

La disciplina sopra esposta, lo si noti incidentalmente, deve ritenersi applicabile *anche all'ex socio* di società di persone, se a questi si estende, come pare soluzione preferibile in ragione della natura della responsabilità del socio quale connessa alla partecipazione all'attività d'impresa, l'effetto

⁽⁴⁰⁾ Cfr. in questo senso Cass., 8 novembre 1984, n. 5642, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, II, p. 4, la quale, pur premesso che il debito sociale deve considerarsi un debito proprio del socio, in considerazione del fatto che la soggettività giuridica della società di persone ha carattere strumentale, ritiene che l'obbligo dei soci garanti scaturisce da un titolo distinto da quello riconducibile alla loro qualità di soci. Per la stessa conclusione v. anche Cass., 12 dicembre 2007, n. 26012, cit., ma sulla base della distinzione tra sfere giuridiche (quella sociale e quella del socio). In senso adesivo a questo orientamento v. in dottrina ad esempio A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, cit., 199; S. PACCHI PESUCCI, *Fideiussione o rinuncia al beneficium excussionis?*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 81 ss.; E.F. RICCI-A. CASTAGNOLA, *Aspetti problematici del concordato preventivo di società di persone*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 36 ss.

⁽⁴¹⁾ Questa conclusione è raggiunta dalla Cassazione «in relazione alla normativa applicabile al caso di specie *ratione temporis*», ossia anteriore al D.Lgs. n. 5 del 2006; non pare, tuttavia, che vi siano dati normativi sopravvenuti che possano far ritenere che la conclusione possa essere allo stato diversa.

esdebitatorio con riferimento ai debiti sociali di cui rimane responsabile *ex art.* 2290 cod. civ. ⁽⁴²⁾.

6. (Segue) *Concordato preventivo e prestazione di garanzie reali da parte dei soci.*

La più volte menzionata sentenza del 2015 si è occupata, dopo aver ripercorso il tema delle garanzie personali, specificamente dell'ipotesi di prestazione di garanzie *reali*, e in particolare degli effetti della procedura sulla posizione di un socio che aveva prestato ipoteca volontaria, con un bene personale, per i debiti sociali.

Le Sezioni unite in primo luogo precisano che anche le garanzie reali vanno ricomprese nel disposto dell'art. 184, comma 1, ult. parte, legge fallim., nonostante questo menzioni, tra coloro verso cui il concordato non esplica i suoi effetti esdebitatori, solo i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati di regresso.

Secondo la Cassazione l'eventuale carattere eccezionale della norma non ne esclude un'applicazione estensiva; inoltre la *ratio* dell'art. 184, comma 1, ult. parte, legge fallim., ossia l'estraneità degli effetti del concordato verso i terzi, comporta la previsione nel disposto di questa regola anche delle garanzie reali esterne al patrimonio del debitore, come da tempo ritenuto dalla dottrina ⁽⁴³⁾.

In secondo luogo la Suprema Corte affronta la specifica questione dell'ipoteca prestata da un socio su un bene personale.

Anche in questo caso, come in quello sopra ricordato delle garanzie personali, la difficoltà deriva dalla duplicità o meno delle obbligazioni, sociale e personale, e quindi dalla incerta qualificazione del socio tra i soggetti terzi diversi dal debitore.

I giudici di legittimità dapprima ribadiscono l'estraneità ai soci della procedura di concordato preventivo; di seguito sostengono – sulla base del

⁽⁴²⁾ A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, cit., 487. V. sul punto, in senso diverso da quanto nel testo, Cass., 29 dicembre 2011, n. 29863, in *Fallimento*, 2012, 569 ss., con nota contraria di BARBERI, *Il concordato preventivo e la responsabilità limitata del socio illimitatamente responsabile*, pronuncia che lascia aperto il problema generale dell'estensione dell'effetto esdebitatorio del concordato preventivo nei confronti dell'ex socio, ma esclude in ogni caso che tale effetto si possa estendere alle garanzie personali prestate dal socio che non è più tale al momento dell'omologazione del concordato preventivo.

⁽⁴³⁾ V. per tutti G. PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, 227 ss. Svaluta la questione A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Tratt. Galgano*, XXIII, Padova, 1997, 326, in quanto l'effetto di esdebitazione concerne le sole obbligazioni di garanzia, non le garanzie reali prive di un sottostante obbligo sostanziale.

testo dell'art. 177, comma 2, legge fallim. vecchia formulazione, che escludeva dal voto i creditori ipotecari con prelazione sui beni del debitore, soggetti cui deve essere assicurato il pagamento integrale – che tra quest'ultimi devono ritenersi compresi anche i creditori che hanno diritti di prelazione sui beni dei soci illimitatamente responsabili⁽⁴⁴⁾.

Tale conclusione è argomentata sulla base di una ragione sistematica, ossia per la necessità di un trattamento uniforme rispetto al fallimento, risultando altrimenti la disciplina del concordato non conforme alla Costituzione sotto il profilo della disparità di trattamento per il creditore ipotecario⁽⁴⁵⁾; nella procedura fallimentare, infatti, il socio che ha prestato l'ipoteca non è qualificabile, secondo la Cassazione, quale terzo datore, e il creditore assistito dalla garanzia può ricevere il pagamento integrale nei limiti di quanto recuperato all'esito della vendita del bene, salvo il diritto del socio datore di ipoteca di esercitare l'azione di regresso nei confronti degli altri soci (e non, sempre secondo la Cassazione, della società), qualora abbia pagato in più rispetto alla propria quota di coobbligato.

Orbene: poiché il socio presta garanzia sia per un debito sociale che proprio, l'ipoteca prestata a favore del creditore da parte del socio deve considerarsi relativa anche al debito della società con conseguente necessità, anche nell'ambito del concordato preventivo, di soddisfazione integrale del creditore.

Altrimenti, osserva la Suprema Corte, il debito della società, pagato con la falcidia concordataria, darebbe luogo all'esdebitazione del socio e alla conseguente estinzione dell'ipoteca⁽⁴⁶⁾.

Come si ricordava, tuttavia, secondo la dottrina prevalente risulta discutibile la qualificazione dell'obbligazione del socio come propria; pare preferibile ritenere che si tratti di una responsabilità *ex lege*, cui può

⁽⁴⁴⁾ Secondo la Cassazione tale conclusione non deve ritenersi modificata, ma anzi confermata dagli attuali artt. 160 e 177 legge fallim. Secondo U.M. CARBONARA, *L'effetto esdebitatorio*, cit., p. 988 ss., seppure è condivisibile l'intento perseguito dalle Sezioni unite dal punto di vista dell'agevolazione del finanziamento alle imprese, la considerazione del credito garantito da ipoteca prestata su un bene personale del socio tra quelli da soddisfare in via privilegiata va considerata non corretta, determinando il coinvolgimento anche di tutti gli altri soci nel pagamento del debito considerato in via privilegiata.

⁽⁴⁵⁾ Anche secondo G. PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, cit., 235, la disciplina dell'art. 184 legge fallim. potrebbe essere ritenuta illegittima costituzionalmente, ma solo nella misura in cui non fosse ritenuta salva l'azione esecutiva sul bene del terzo oggetto della garanzia, interpretazione che la Cassazione ritiene, come si ricordava, non accoglibile considerando anche le garanzie reali ricomprese nella norma dell'art. 184, comma 1, ult. parte, legge fallim.

⁽⁴⁶⁾ V. in dottrina E. FRASCAROLI SANTI, *Brevi considerazioni*, cit., 789 ss., sottolineando l'opportunità della soluzione per la tutela della *par condicio creditorum*.

affiancarsi un'ulteriore obbligazione di garanzia, prestata dal socio in proprio⁽⁴⁷⁾.

Conseguentemente, in considerazione di quanto afferma la Cassazione in prima battuta, ossia che anche le garanzie reali vanno ricomprese nel disposto dell'art. 184, comma 1, ult. parte, legge fallim., il creditore non dovrebbe ritenersi ipotecario dal punto di vista del concordato della società, e dovrebbe conservare la pretesa integrale nei confronti del bene appartenente al patrimonio del socio⁽⁴⁸⁾.

7. *Prospettive evolutive.*

Quale ultimo aspetto di questo quadro dei recenti sviluppi in tema di responsabilità dei soci merita ricordare, *de iure condendo*, i progetti legislativi in discussione, sia in Italia che all'estero.

In primo luogo il disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf⁽⁴⁹⁾, nel quale si prevede, allo stato, con riferimento al tema che ci interessa, che rimane ferma l'estensione ai soci della procedura di liquidazione giudiziale (v. art. 7, comma 5, cod. civ.)⁽⁵⁰⁾; e che si debbano altresì estendere ai soci illimitatamente responsabili – ma la delega è sul punto ampia e non lascia intendere come – gli effetti sia dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sia del concordato preventivo (artt. 5 e 6), con eventuale distinzione tra garanzie personali e reali per quanto riguarda la posizione dei soci garanti.

In secondo luogo, è necessario chiedersi se, anche in Italia, sia giunto il momento di discutere dell'opportunità dell'introduzione di una società di persone con soci a responsabilità limitata, in analogia con la *limited liability partnership* inglese o americana e proposta anche in altri sistemi (ad esempio in Svizzera), modello che ha un buon successo soprattutto nell'ambito di società che erogano servizi professionali, di tipo legale o contabile.

⁽⁴⁷⁾ E salvo si ritenga di condividere la tesi, in passato, come si accennava, sostenuta anche dalla giurisprudenza, che considera tale doppia obbligazione invalida: cfr. A. NIGRO, *Fideiussione dei soci illimitatamente responsabili e concordato preventivo della società*, cit., p. 130 ss.

⁽⁴⁸⁾ Secondo E.F. RICCI-A. CASTAGNOLA, cit., 42, invece, la garanzia prestata dal socio è una garanzia prestata da un terzo, ma – in considerazione dei principi generali, e non dell'art. 184 legge fallim. – la riduzione concordataria dell'obbligazione deve avere effetti anche sull'obbligazione del socio e quindi sulla garanzia.

⁽⁴⁹⁾ V. la nota 36.

⁽⁵⁰⁾ Senza seguire, dunque, le scelte in senso diverso delle più recenti riforme intervenute in altri ordinamenti: v. M. SPERANZIN, cit., 640, nt. 45.

La scelta va coordinata, dal punto di vista della politica legislativa, con quella che si ritiene sia la funzione, sotto il profilo economico e giuridico, della responsabilità personale dei soci e della sua eventuale limitazione⁽⁵¹⁾.

Secondo un'interpretazione la responsabilità limitata nell'ambito del diritto delle società (o meglio dell'impresa) ha una funzione crescente nell'interesse collettivo, al fine di consentire anche lo svolgimento di iniziative nuove, seppure molto rischiose (come dimostra la normativa delle *start-up* innovative, categoria cui le società personalistiche non possono accedere); in questo senso, dal punto di vista evolutivo, la disciplina di quest'ultime dovrebbe essere adattata, e tenere conto, delle disposizioni che consentono un sempre più facile accesso alle società di capitali. Questa considerazione potrebbe condurre ad una soluzione positiva nei confronti dell'introduzione di modelli personalistici a responsabilità limitata quali quelli richiamati, tenendo conto dell'ormai scarsa rilevanza, dal punto di vista dell'investimento proprio, del ruolo del conferimento (e quindi del capitale sociale) quale strumento di assunzione del rischio e di bilanciamento, insieme alle regole organizzative delle società capitalistiche, della responsabilità limitata⁽⁵²⁾.

Se, inversamente, l'accesso alla limitazione di responsabilità (insieme all'amministrazione per uffici) viene collegato ad una disciplina che deve *in primis* tenere conto e tutelare gli interessi dei creditori sociali, e quindi deve essere strumentale ad evitare comportamenti opportunistici ed eccessivamente rischiosi dei soci, le valutazioni possono essere diverse; la disciplina di favore per le società personalistiche (mancanza di pubblicità dei bilanci e di una organizzazione corporativa, seppure attenuata) può essere contemperata, ancora oggi, solo dal responsabilità personale del socio intesa quale principio generale collegato allo svolgimento di un'attività d'impresa⁽⁵³⁾, come del resto la recente giurisprudenza in tema di società di fatto tra società di capitali, non a caso emersa nell'ambito del diritto delle procedure concorsuali, sembra far intendere⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ V., anche per riferimenti di analisi economica del diritto, D. GALLETI, cit., 95 ss.; T. TRÖGER, *Kollektive Einbeit, Haftungsverfassung und ökonomische Theorie des Unternehmens*, in *Festschrift für H.P. Westermann*, Köln, 2008, p. 1533 ss.; *amplius* L. PFAFFINGER, cit., p. 82 ss.

⁽⁵²⁾ V. per tutti G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (Capitale sociale quo vadis)?*, in *Riv. Società*, 2010, p. 1237 ss.; M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, in AA.VV., *Diritto commerciale*², a cura di M. Cian, II, Torino, 2014, pp. 8 e 42.

⁽⁵³⁾ Cfr. H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., 729 ss.; per un quadro generale e ulteriori riferimenti v. anche P. MENTI, cit., 172 ss.

⁽⁵⁴⁾ Il riferimento è ovviamente a Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Società*, 2016, 453

ABSTRACT: *the traditional theme of partners' personal, joint and several liability has been recently fostered by legal innovations and reform projects on a comparative level, besides a significant judgement of the Italian Supreme Court about the effects of a voluntary arrangement with creditors on the guarantees given personally by partners. The analysis of the issues raised about the qualification of partners' liability keeps current the discussion as to the grounds of such a liability, as well as its regulation in case of insolvency or partnership's crisis.*

ss.; Cass., 20 maggio 2016, n. 10507, in *Fallimento*, 2017, 163 ss.; Cass., 13 giugno 2016, n. 12120, in questa *Rivista*, 2016, II, 1217 ss. V., per diverse valutazioni sulla giurisprudenza della Cassazione sul punto, A. TUCCI, *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, e G. FERRI JR., *Società di fatto e imprenditore occulto*, entrambe in *Riv. dir. soc.*, 2016, rispettivamente p. 569 ss. e p. 610 ss.

GIACOMO D'ATTORRE

Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università telematica Universitas
Mercatorum

GLI STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI NELLA CRISI D'IMPRESA

Abstract: Il lavoro affronta il tema dell'utilizzo degli strumenti finanziari partecipativi nelle procedure di risanamento della crisi. Dopo una breve rassegna su natura e caratteristiche di questi strumenti, si verificano le utilità che la loro applicazione consente di ottenere nelle operazioni di ristrutturazione del debito. Successivamente, si passa ad esaminarne le possibili criticità, in punto di incidenza delle perdite sui diritti dei titolari e di possibile violazione della *par condicio creditorum* nel caso di concordato preventivo, cercando di delineare soluzioni coerenti con il complessivo assetto di interessi in sede concorsuale.

SOMMARIO: 1. Teoria e pratica degli strumenti finanziari partecipativi. - 2. Natura e rilevazione contabile. - 3. (*Segue*) Cenni sul possibile contenuto. - 4. L'utilizzo degli strumenti finanziari partecipativi nelle procedure di crisi: i pregi. - 5. ... e le criticità. - 6. *Segue*. - 7. La possibile violazione della *par condicio creditorum*.

1. Teoria e pratica degli strumenti finanziari partecipativi.

Anche per gli istituti giuridici si assiste, talvolta, al noto fenomeno della "eterogenesi dei fini", in forza del quale azioni intenzionali conducono a conseguenze non intenzionali. Una delle più inaspettate emersioni di questo fenomeno in ambito societario è rappresentato dalla singolare vicenda degli «strumenti finanziari partecipativi».

L'istituto è stato introdotto dalla riforma societaria in attuazione della direttiva contenuta nella legge delega, per la quale il legislatore delegato avrebbe dovuto «prevedere, al fine di agevolare il ricorso al mercato dei capitali e salve in ogni caso le riserve di attività previste dalle leggi vigenti, la possibilità, i limiti e le condizioni di emissione di strumenti finanziari non partecipativi e partecipativi dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi» (art. 4, comma 6, lett. c, L. 3 ottobre 2001, n. 366). Nati per favorire il ricorso delle società per azioni al mercato dei capitali di rischio e, quindi, per accompagnare le società in un'auspicata fase di crescita, gli strumenti finanziari partecipativi hanno avuto modesta applicazione in questo contesto, ma, grazie alla fantasia degli operatori giuridici

ed alla indubbia flessibilità dell'istituto, hanno invece incontrato un ben più frequente utilizzo nel diverso contesto della crisi d'impresa e dei processi di ristrutturazione del debito⁽¹⁾.

In questo lavoro si cercherà di tratteggiare gli obiettivi perseguiti attraverso l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa e le modalità operative per realizzare queste finalità, non trascurando però di evidenziarne anche le problematiche e le difficoltà interpretative ed operative; criticità che, senza scomodare l'ormai famosa locuzione del «diritto societario della crisi», nascono dalle inevitabili difficoltà che sempre si incontrano nel tentativo di conciliare gli istituti del diritto societario con la materia concorsuale.

Prima di avviare lo specifico discorso relativo all'utilizzo degli strumenti finanziari nell'ambito dei percorsi di risanamento del debito, è però doveroso un preliminare esame delle loro caratteristiche generali e, ancor prima, della loro natura. Questo non tanto per mere esigenze sistematiche, che eccedono i ristretti limiti del presente lavoro, ma perché la puntuale delimitazione della fattispecie rappresenta il necessario presupposto per una corretta impostazione e risoluzione dei singoli problemi applicativi.

2. – *Natura e rilevazione contabile.*

La fattispecie degli strumenti finanziari partecipativi (di seguito anche denominati, per semplicità, SFP) è prevista dall'art. 2346 cod. civ., a norma del quale “Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opere o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti”. Largo spazio è concessa all'autonomia statutaria nella definizione del contenuto degli strumenti finanziari partecipativi, essendo rimessa allo statuto la disciplina de “le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione”.

Diversi dagli strumenti finanziari partecipativi, disciplinati dall'art. 2346, comma 6, cod. civ., sono gli “strumenti finanziari non partecipativi”, disciplinati dall'art. 2411, comma 4, cod. civ., a norma del quale “La

⁽¹⁾ In argomento vedi già BUSANI-SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, in *Società*, 2011, p. 925 ss.; GIAMPIERI, *Gli strumenti finanziari partecipativi quale metodo di finanziamento delle acquisizioni*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 412 ss.

disciplina della presente sezione si applica inoltre agli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società”.

Già il rapporto tra le due norme costituisce problema interpretativo largamente dibattuto e di difficile risoluzione, dividendosi le opinioni tra quanti – pur con diverse sfumature ed argomentazioni – ritengono che sia possibile individuare una matrice unitaria tra tutti gli strumenti finanziari “ibridi” e quanti, diversamente, distinguono in modo netto tra strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi, differenziandone titolo e disciplina⁽²⁾.

Problema connesso al precedente, ma distinto, è quello della natura giuridica degli strumenti finanziari partecipativi *ex art.* 2346 cod. civ. e della identificazione della causa dell'apporto. Pur nella diversità di argomenti, prevale al riguardo la tesi che attribuisce natura “ibrida” agli strumenti finanziari partecipativi, il cui contenuto e la cui causa devono di volta in volta essere determinati dalle parti in sede di statuto; in questa prospettiva, sarebbe l'autonomia statutaria a dover delineare concretamente la natura degli strumenti finanziari partecipativi nella singola fattispecie, potendo gli stessi essere emessi tanto a fronte di un apporto di rischio, tanto a fronte di un apporto di credito⁽³⁾. Vi è, tuttavia, parte della

(2) Per un aggiornato e completo quadro del dibattito, si rinvia, per tutti, a VALZER, *Commento all'art. 2346 co. 6*, in *Commentario alle s.p.a.* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2016, p. 487 ss. Vedi anche, tra gli altri, COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 1, 2006, p. 733 ss.; FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 1, p. 805 ss.; MIOLA, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I; CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voce della società*, Milano, 2006, p. 10 ss.; TOMBARI, *Strumenti finanziari “partecipativi” (art. 2346, ultimo comma, c.c.) e diritti amministrativi nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 147 ss.; NOTARI-GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, in M. NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi, M. Notari, Azioni, Milano, 2008, p. 77 s.; MIGNONE, *Gli strumenti di cui al 6° co. dell'art. 2346*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*. *Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, p. 299 ss.; ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, I, Padova, 2010; CIOCCA, *Gli strumenti finanziari obbligazionari*, Milano, 2012, 10 ss.; ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto a Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 496 ss.

(3) In questo senso, vedi, tra i molti, NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutarî*, Milano, 2004, p. 54 ss.; FIMMANÒ, *Assetti rigidi e assetti variabili nell'articolazione del patrimonio della S.p.A.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 883; GIANNELLI, *Sulla*

dottrina che, all'esito di un ampio esame della problematica, attribuisce sempre veste causale di rischio all'apporto dei titolari di strumenti finanziari partecipativi, qualificando tali strumenti quali forme di destinazione di beni e/o di utilità all'attività d'impresa in termini diversi dalla disciplina legale della partecipazione azionaria; gli strumenti finanziari partecipativi vengono in tale tesi letti come una tecnica di partecipazione diversa da quella legale, tipica e necessaria, della partecipazione azionaria⁽⁴⁾. Altra parte della dottrina, invece, tende a qualificare sempre l'operazione in termini di finanziamento, riconducendo gli strumenti finanziari partecipativi all'interno del più ampio *genus* dell'obbligazione, dalla quale si differenzierebbero non per il profilo causale, ma solo per i diritti attribuiti⁽⁵⁾.

Rilievo centrale ai fini del presente lavoro assume, come si vedrà, il tema della rilevazione contabile degli strumenti finanziari partecipativi⁽⁶⁾.

L'apporto a fronte del quale avviene l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi va registrato, ovviamente, nell'attivo dello stato patrimoniale, dovendosi poi valutare l'individuazione della voce di appartenenza a seconda della causa dell'apporto, della natura dell'utilità apportata e della sua idoneità o meno a costituire un'entità conferibile. Resta discussa in dottrina, nel caso di apporto d'opera o di servizi, la possibilità di iscrivere o meno una posta all'attivo dello stato patrimoniale⁽⁷⁾ e la necessità di una relazione di stima peritale, da taluni esclusa in coerenza con quanto avviene solitamente per i versamenti in conto capitale non in contanti, da altri

competenza a deliberare l'emissione di strumenti finanziari partecipativi, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 172; BRUNO, ROZZI, *Dall'azione di risparmio all'Azione sviluppo: il primo strumento finanziario ibrido "qualificato"*, in *Società*, 2008, 840; ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, cit., 339; COLAVOLPE, *Azioni e altri strumenti partecipativi nella s.p.a.*, Milano, 2010, 24 ss.

⁽⁴⁾ Vedi, in questo senso, COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, 733 ss.; VALZER, *Gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi nelle società per azioni*, Milano, 2012, 90 ss.

⁽⁵⁾ FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, cit., p. 817 ss; LIBONATI, *I "nuovi" strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 8 ss.; SPADA, *Azioni e strumenti finanziari*, in *Studi e Materiali del Consiglio nazionale del Notariato*, 2004, suppl. n. 2, p. 226 ss.

⁽⁶⁾ Per un ampio esame del tema, vedi BUSSOLETTI, *L'iscrizione in bilancio degli apporti non di capitale (titoli partecipativi e apporti di terzi nei patrimoni destinati)*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 191; NOTARI-GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, cit., p. 110 ss.; COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 51 ss.

⁽⁷⁾ In senso affermativo vedi BUSSOLETTI, *L'iscrizione in bilancio*, cit., 192 ss.; *contra*, NOTARI-GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, cit., 111.

richiesta a garanzia della correttezza dei rapporti tra le diverse classi di investitori nella società⁽⁸⁾.

Una posta di pari importo va contabilizzata nel passivo. Laddove si condivide la natura ibrida degli strumenti finanziari partecipativi, le concrete modalità di contabilizzazione divergeranno in base alle previsioni statutarie ed alla concreta causa dell'apporto: nel caso di apporto a titolo di finanziamento, la posta dovrebbe essere iscritta tra i debiti, mentre nel caso di apporto con causa di rischio, la posta andrebbe iscritta nel patrimonio netto⁽⁹⁾. In particolare, è opinione largamente prevalente che, laddove venga riconosciuta la natura di capitale di rischio degli apporti, si debba procedere all'iscrizione nel netto patrimoniale⁽¹⁰⁾ di una riserva cd. "targata"⁽¹¹⁾, sul modello di quanto avviene quando i versamenti in conto capitale siano effettuati non già da tutti i soci in proporzione alle rispettive partecipazioni sociali, ma solo da uno o più soci, o comunque in modo non proporzionale all'aliquota di partecipazione.

3. (Segue) *Cenni sul possibile contenuto.*

La libertà concessa allo statuto nella perimetrazione del contenuto degli strumenti finanziari partecipativi è molto ampia, sia con riferimento al profilo patrimoniale, sia con riferimento al profilo amministrativo.

Per quanto riguarda il profilo patrimoniale, è opinione prevalente che possano essere attribuiti agli strumenti finanziari partecipativi parte o

⁽⁸⁾ Per la necessità di una stima, vedi VALZER, *Commento all'art. 2346 co. 6*, cit., 9; BARTOLACELLI, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a. Gli strumenti finanziari partecipativi*, Milano, 2012, p. 167 ss.; STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, Torino, 2009, p. 68 s.

⁽⁹⁾ Vedi, tra gli altri, MUSCOLO, *Gli strumenti finanziari*, in *Le nuove s.p.a. Trattato* diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, II, Bologna, 2013, 199; NOTARI-GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, cit., 112 ss., con la precisazione che non si dovrà iscrivere alcuna voce di debito laddove, come nel caso delle prestazioni d'opera o di servizi, l'apporto non sia stato iscritto all'attivo.

⁽¹⁰⁾ Per l'imputazione a patrimonio netto della riserva costituita a fronte di apporti effettuati a vantaggio della società in cambio dell'assegnazione di strumenti finanziari partecipativi che non determinino obblighi di restituzione e che uniscano all'irredimibilità del capitale una remunerazione dipendente dall'utile, vedi anche ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, cit., 336; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010, 169 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, cit., 733; ONZA, *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali*, Padova, 2008, p. 55; SANTORO, *Art. 2346 c.c.*, in M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, p. 130; LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell'emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 533.

anche tutti i diritti che costituiscono il profilo patrimoniale della partecipazione azionaria⁽¹²⁾; più controversa è, invece, la possibile attribuzione agli strumenti finanziari partecipativi dei diritti sociali a contenuto misto patrimoniale ed amministrativo, come il diritto di opzione ed il diritto di recesso⁽¹³⁾.

Per quanto riguarda il profilo amministrativo per eccellenza, ossia il diritto di voto, si pone anzitutto un problema di coordinamento, tra il sesto comma dell'art. 2346 cod. civ., nella parte in cui esclude che ai titolari di strumenti finanziari partecipativi possa essere attribuito "il voto nell'assemblea generale degli azionisti", ed il quinto comma dell'art. 2351 cod. civ., secondo cui gli strumenti finanziari partecipativi possono "essere dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati". Si dividono le opinioni tra quanti ritengono che i titolari degli strumenti finanziari partecipativi possono esercitare il proprio diritto di voto solo nell'assemblea speciale⁽¹⁴⁾ o settoriale⁽¹⁵⁾ e quanti rinvengono la sintesi tra le due norme nella regola per cui i titolari di strumenti finanziari partecipativi potrebbero votare nell'assemblea generale, con riferimento però non a tutti gli argomenti di competenza di detta assemblea, ma solo ad alcune materie individuate in dettaglio ed in numero limitato⁽¹⁶⁾.

Lo statuto può, altresì, riservare ai titolari degli strumenti finanziari partecipativi la nomina di un consigliere indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco, ai quali si applicano le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipano (art. 2351, ultimo comma, cod. civ.). Anche questa previsione ha suscitato contrasti interpretativi, in punto di modalità assembleare o extra assembleare di nomina, di numero massimo dei componenti degli organi sociali che possono essere riservati in caso di più emissioni di strumenti finanziari, di definizione del requisito di indipendenza e di revoca⁽¹⁷⁾.

(12) Vedi, per tutti, VALZER, *Commento all'art. 2346 co. 6*, cit., p. 496; *contra*, nel senso che non sarebbe possibile replicare il contenuto patrimoniale delle azioni, vedi, tra gli altri, INNOCENTI, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni*, Perugia, 2010, p. 291.

(13) In argomento, cfr. NOTARI-GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, cit., 107.

(14) Cfr., tra gli altri, SANTORO, *Art. 2351*, in M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, 152.

(15) STAGNO D'ALCONTRES, *Art. 2351*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, I, Napoli, 2004, 313.

(16) Per tutti PISANI MASSAMORMILE, *Azioni e altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. Società*, 2003, 1298.

(17) Su tutti questi profili si rinvia alla puntuale rassegna in VALZER, *Commento all'art. 2346 co. 6*, cit., p. 501.

Secondo l'opinione prevalente, devono essere riconosciuti ai titolari degli strumenti finanziari partecipativi anche i diritti amministrativi cd. difensivi, quali il diritto di chiedere l'annullamento delle delibere assunte su argomenti per i quali i titolari degli SFP hanno diritto di concorrere, di invocare il risarcimento *ex art. 2377*, comma 4, cod. civ., di presentare denuncia al collegio sindacale *ex art. 2408* cod. civ. ed al tribunale *ex art. 2409* cod. civ. (18).

4. *L'utilizzo degli strumenti finanziari partecipativi nelle procedure di crisi: i pregi.*

Si è anticipato in precedenza che gli strumenti finanziari partecipativi hanno ricevuto ampio utilizzo nell'ambito delle crisi d'impresa e dei processi di ristrutturazione del debito. Vediamo adesso quali sono le ragioni "economiche" alla base di questo successo e quali le concrete modalità di utilizzo.

Nella prassi dei processi di ristrutturazione del debito condotti nell'ambito dei "piani attestati di risanamento" *ex art. 67* legge fallim. o degli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis* legge fallim. (e, talvolta, anche nell'ambito di concordati preventivi con continuità aziendale *ex artt. 160 e 186 bis* legge fallim.) gli strumenti finanziari partecipativi vengono emessi dalla società debitrice (o da società controllate dalla debitrice alla quale siano stati contestualmente conferiti beni e/o rami aziendali) a fronte della conversione da parte dei creditori – in genere bancari o comunque operatori finanziari – di parte dei propri crediti vantati nei confronti della medesima società. Da un punto di vista tecnico, l'apporto del terzo (il creditore) a fronte del quale vengono emessi gli strumenti finanziari è rappresentato dai crediti oggetto di conversione, con conseguente compensazione tra i crediti stessi ed il controvalore di apporto richiesto per l'assegnazione degli sfp.

Questa conversione di crediti in strumenti finanziari partecipativi consente di conseguire un triplice risultato.

Da un punto di vista patrimoniale, lo stralcio della debitoria convertita in SFP e l'appostazione nel patrimonio netto di una posta di importo corrispondente alla debitoria convertita è finalizzato al tentativo di riportare in positivo il netto patrimoniale, evitando l'applicazione delle regole in tema di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale anche al di là

(18) Vedi VALZER, *Gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi nelle società per azioni*, cit., p. 274.

del limite temporale della sospensione concessa dall'art. 182 *sexies* legge fallim.; in ogni caso, pur laddove non vi sia un'immediata esigenza di ripristino del netto patrimoniale, la conversione consente un rafforzamento della struttura patrimoniale della società debitrice-emittente.

Da un punto di vista finanziario, si riducono gli oneri finanziari per il rimborso della debitoria oggetto di conversione (come detto, rappresentata nella prassi da debitoria bancaria), essendo i diritti patrimoniali degli SFP solitamente esercitabili con riferimento ai risultati di esercizio della società, e non legati a piani di rimborso fissi.

Da un punto di vista funzionale, l'attribuzione di peculiari diritti amministrativi ai titolari di SFP consente agli stessi di esercitare un più intenso potere di controllo endocorporativo sul rispetto del piano di risanamento da parte della società debitrice⁽¹⁹⁾.

Le sopra descritte finalità possono essere perseguite attraverso il sapiente utilizzo dell'ampia autonomia concessa allo statuto nella determinazione del contenuto degli strumenti finanziari partecipativi, sia con riferimento ai diritti patrimoniali, sia con riferimento ai diritti amministrativi, sia prima ancora con riferimento alla causa dell'apporto.

La realizzazione dell'obiettivo del rafforzamento patrimoniale si ottiene, evidentemente, attribuendo natura di rischio e non già di debito dell'apporto, con conseguente iscrizione nel patrimonio netto della posta a fronte della quale avviene l'apporto. A tal fine, lo statuto e l'eventuale regolamento di emissione devono avere cura di precisare che l'apporto viene contabilizzato in apposita riserva del patrimonio netto, costituente una riserva "targata".

Il perseguimento dell'obiettivo di riduzione degli oneri finanziari può essere raggiunto prevedendo che la "remunerazione" degli SFP sia rappresentata non già dalla restituzione – alla scadenza – del capitale versato a titolo di apporto (previsione, peraltro, di dubbia ammissibilità)⁽²⁰⁾, ma legata ai risultati economici dell'impresa. Così, si potrà prevedere, ad esempio, che il diritto al pagamento degli interessi o alla restituzione del capitale sia subordinato o parametrato al risultato di esercizio, oppure ad altri indicatori economici, oppure ancora al livello della disponibilità di

⁽¹⁹⁾ BUSANI, SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, cit., 925.

⁽²⁰⁾ La dottrina prevalente ritiene che la natura partecipativa degli sfp imponga necessariamente di sottoporre i diritti economici al rischio dell'andamento dell'impresa (vedi, tra i molti, MIGNONE, *Gli strumenti di cui al 6° co. dell'art. 2346*, cit., 323; BUSANI-SAGLIOCCA, *I diritti patrimoniali degli investitori in strumenti finanziari partecipativi (sfp)*, in *Società*, 2012, 1192; *contra*, NOTARI-GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, cit., p. 85).

cassa della società. Nella stessa prospettiva, potrà prevedersi, eventualmente, il diritto alla partecipazione agli utili, così come all'attribuzione del risultato utile della liquidazione di uno o più beni specificamente individuati. Altro diritto patrimoniale solitamente attribuito ai titolari di strumenti finanziari partecipativi nei processi di ristrutturazione è il diritto alla conversione degli SFP in azioni della società debitrice al verificarsi di determinati eventi (quali, ad esempio, il mancato rispetto di determinati obblighi da parte della società o il mancato raggiungimento di determinati parametri economico-finanziari da parte della medesima).

Le finalità di controllo sull'operato della società debitrice e sull'effettivo rispetto del piano di risanamento possono essere realizzate attraverso l'attribuzione ai titolari di SFP del diritto di nomina di un amministratore indipendente o anche del diritto di esprimere il gradimento rispetto alla nomina di un componente del collegio sindacale⁽²¹⁾; oppure, in misura ancora più incisiva, limitando le prerogative degli azionisti, attraverso la previsione che talune delibere debbano essere necessariamente approvate solo previo voto favorevole dell'assemblea speciale dei titolari di sfp⁽²²⁾.

5. ... e le criticità.

L'utilizzo degli strumenti finanziari partecipativi nell'ambito dei processi di ristrutturazione presenta, tuttavia, anche criticità, tanto spesso trascurate, quanto di non facile soluzione.

La problematica di maggiore interesse attiene agli effetti delle perdite della società emittente sui diritti dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi. In particolare, occorre verificare se il maturare di perdite dopo l'emissione degli strumenti possa determinare – ed in che misura – un azzeramento degli strumenti stessi per effetto dell'eventuale annullamento della corrispondente riserva del patrimonio netto e se, quale conseguenza di ciò, sia configurabile una compressione o un annullamento dei diritti dei titolari. Problema, questo, particolarmente sentito nei processi di ristrutturazione del debito, dove è più probabile il rischio del verificarsi di perdite durante il percorso di risanamento.

Questo profilo critico è già stato oggetto di un recente precedente giurisprudenziale⁽²³⁾. Nella fattispecie oggetto della citata decisione, il

⁽²¹⁾ BUSANI, SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, cit., 933

⁽²²⁾ BUSANI, SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, cit., 925.

⁽²³⁾ Trib. Napoli, 25 febbraio 2016, in *Notariato*, 2016, 268 ss. con nota di D'ATTORRE,

Tribunale ha mostrato di aderire alla tesi della natura “ibrida” degli strumenti finanziari partecipativi e, sulla base di un esame delle norme contenute dello statuto, ha ricondotto gli SFP emessi dalla società nell’ambito del capitale di rischio. Partendo da questa qualificazione, i giudici hanno poi valutato l’incidenza delle perdite maturate dalla società sulla riserva del netto patrimoniale da strumenti finanziari, facendo coerente applicazione del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui le perdite incidono sui diversi “strati” del netto patrimoniale secondo un ordine che parte dalle voci meno vincolate a garanzia dei creditori e procede verso quelle più vincolate⁽²⁴⁾. Questo criterio di esposizione all’incidenza delle perdite opera, ad avviso del Tribunale, anche con riferimento alla “riserva strumenti finanziari”, ricondotta tra le riserve statutarie, che è necessario assoggettare all’assorbimento delle perdite prima del capitale sociale. Sulla base di questa considerazione, ed anche valorizzando la chiara previsione contenuta nello statuto sociale, il Tribunale ha pertanto ritenuto che la conversione degli SFP in azioni (previste in sede statutaria) non possa avvenire al lordo delle perdite subite dalla società, ma al netto delle stesse. Essendosi correttamente limitato ad accertare l’illegittimità della conversione per mancanza di una situazione patrimoniale aggiornata, il Tribunale non ha poi affrontato in modo espresso l’impatto che l’eventuale azzeramento della riserva strumenti finanziari partecipativi per effetto delle perdite maturate avrebbe avuto sui diritti dei titolari, in punto di preclusione o limitazione all’esercizio del diritto di conversione.

La motivazione del Tribunale appare corretta in relazione alle specifiche previsioni contenute nello statuto della società emittente nel caso concreto, nonché conforme all’orientamento prevalente che, come visto, ritiene che, nel caso in cui l’apporto sia riconducibile al capitale di rischio, la riserva da strumenti finanziari partecipativi vada contabilizzata nel netto patrimoniale, subendo di conseguenza l’erosione a seguito delle perdite. In questo senso si è espressa chiaramente anche la dottrina, sottolineando come “la destinazione a fondo perduto e l’appostazione nel patrimonio netto comportano del resto che la partecipazione di tali strumenti finanziari partecipativi all’operazione societaria si traduca nell’estinzione della relativa riserva in caso di perdite, non potendosi dubitare, su tali premesse,

Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi, ed in *Società*, 2016, 976 ss., con note di LAMANDINI, *Strumenti finanziari partecipativi e ordine di priorità nella partecipazione alle perdite* e di M. PALMIERI, *La partecipazione alle perdite degli strumenti finanziari ex art. 2346, comma 6, c.c. convertendi in azioni*.

⁽²⁴⁾ Vedi Cass., 2 aprile 2007, n. 8221, in *Notariato*, 2007, 378.

che le perdite vadano ad incidere, prima del capitale sociale e della riserva legale, anche sulla riserva targata degli strumenti finanziari partecipativi, eventualmente nell'ordine stabilito dalla clausola statutaria che prevede la destinazione dell'apporto" (25).

Malgrado la formale coerenza al sistema, non vi è dubbio, tuttavia, che questa soluzione, se affermata in linea generale ed astratta anche in mancanza delle specifiche previsioni statutarie che caratterizzavano il caso concreto, lasci perplessi in punto di aderenza al dato sostanziale e di corrispondenza al reale assetto di interessi sottostante all'emissione degli strumenti finanziari partecipativi (26).

Pur quando il profilo causale dell'apporto sia riconducibile al capitale di rischio, sottoponendosi anche i titolari di SFP alla sopportazione degli esiti, positivi o negativi, dell'attività d'impresa, pare difficile ammettere che l'investimento in strumenti finanziari partecipativi debba essere esposto al rischio dell'investimento più dei soci titolari del capitale sociale (27). Se la distinzione tra capitale "proprio" versato dagli azionisti e capitale "altrui" versato dai terzi continua ad avere un significato, è contraddittorio affermare che il capitale proprio possa beneficiare di una postergazione nelle perdite rispetto ad una parte di capitale altrui, nella specie quello versato a titolo di apporto dai titolari degli strumenti finanziari partecipativi. Se questo è indubbio nel caso in cui gli SFP siano ricondotti, in generale o all'esito dell'esame delle specifiche previsioni statutarie, nell'ambito del capitale di debito (28), non pare possa negarsi anche nel caso in cui siano

(25) NOTARI, GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6, cit.*, 91. In questo senso vedi anche BUSANI-SAGLIOCCA, *I diritti patrimoniali degli investitori in strumenti finanziari partecipativi (sfp)*, cit., 1195.

(26) Sul punto vedi già D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, cit., 276.

(27) Per analoga considerazione vedi VALZER, *Art. 2346 co. 6, cit.*, 507 e LAMANDINI, *Strumenti finanziari partecipativi e ordine di priorità nella partecipazione alle perdite*, cit., 980, che parla di "possibili effetti espropriativi della ricchezza" dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi. Pur in una diversa prospettiva, il rischio di un "capovolgimento" del rapporto tra soci e titolari di strumenti finanziari partecipativi è sottolineato anche SPADA, *Provvista del capitale e strumenti finanziari*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, 642, il quale rileva che i titolari di strumenti finanziari il cui apporto fosse inserito nel netto finirebbero per rispondere delle perdite prima dei soci stessi, per cui "assurdamente, lasta claimant diventerebbe il terzo acquirente [di titoli circolanti imputati al netto] e non l'azionista"; nello stesso senso, MIGNONE, *Gli strumenti di cui al 6° co. dell'art. 2346*, cit., 321.

(28) Vedi, in questo senso, FERRI JR., *Fattispecie*, 817, il quale, sulla base di una impostazione che riconduce sempre e comunque gli strumenti finanziari partecipativi all'interno delle obbligazioni, ribadisce con forza la necessità che i titolari di strumenti finanziari partecipativi siano antergrati rispetto ai soci nel trattamento patrimoniale. È evidente come

ricondotti nell'ambito del capitale di rischio, trattandosi pur sempre di capitale di rischio apportato da soggetti diversi rispetto ai soci.

A conferma di ciò, basti considerare che, laddove le perdite maturate fossero necessariamente assorbite dalla riserva strumenti finanziari partecipativi prima del capitale sociale, si consentirebbe ai soci di distribuire utili negli esercizi anche grazie alla sopportazione delle perdite da parte dei titolari di SFP, così permettendo ai soci di beneficiare in modo esclusivo del "sacrificio" imposto ai suddetti titolari.

D'altra parte, la generalizzazione di una regola che imponga ai titolari di SFP aventi profilo causale di rischio di sopportare le perdite prima degli azionisti rischia, di fatto, di rendere inutilizzabili questi strumenti proprio nell'unica sede in cui finora hanno avuto frequente ed effettiva applicazione, ossia nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione del debito. In questi casi, pur se – per le peculiari previsioni statutarie – gli SFP vengono ricondotti nell'ambito del capitale di rischio, i titolari degli stessi sono, in realtà, dei creditori, che hanno consentito alla conversione di parte dei loro crediti in "equity" al solo fine di supportare il processo di ristrutturazione. Ora, laddove si ritenga che le perdite maturare debbano essere sopportate prima dai titolari degli SFP, attraverso l'erosione e l'eventuale azzeramento totale della corrispondente riserva del netto patrimoniale, e solo successivamente dai soci, attraverso la riduzione del capitale per un importo pari alle perdite residue e non assorbite, si giunge al paradosso di "sovertire" la regola di distribuzione del patrimonio responsabile, che vede i soci come "residual claimants", da soddisfare solo dopo l'integrale soddisfazione di tutti gli altri portatori di pretese sul patrimonio sociale. Soluzione che, evidentemente, si presenta inaccettabile per gli originari creditori, che non possono tollerare di essere postergati ai soci di una società in crisi, e che condurrebbe, laddove condivisa e generalizzata, ad un inevitabile abbandono degli SFP quale strumento di supporto nelle operazioni di ristrutturazione del debito.

l'adesione alla tesi che afferma sempre la natura di debito degli strumenti finanziari partecipativi consentirebbe di superare in radice il problema dell'ordine di distribuzione delle perdite tra titolari di strumenti finanziari partecipativi ed azionisti; nondimeno tale soluzione presenterebbe l'inconveniente di privare gli strumenti finanziari partecipativi della loro principale e più apprezzata funzione nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione del debito, rappresentata dall'elisione di poste del passivo e dal conseguente incremento del netto patrimoniale (per effetto di conversione di debito in sfp), funzionale a riportare in positivo il netto patrimoniale, evitando l'applicazione delle regole in tema di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale.

La necessità, da lungo tempo ormai acquisita, di distinguere tra un concetto “nominale” ed un concetto “materiale” di capitale proprio, guardando anche alla sostanza economica e non solo alla forma giuridica⁽²⁹⁾, unita alle esigenze pratiche sopra descritte, induce a valutare la possibilità di individuare, anche nel caso in cui gli strumenti finanziari partecipativi abbiano natura di capitale di rischio e venga di conseguenza inclusa una posta nel patrimonio netto⁽³⁰⁾, un diverso criterio di sopportazione delle perdite tra titolari di SFP ed azionisti.

Una prima soluzione per limitare la “diluizione” degli strumenti finanziari partecipativi a seguito delle perdite può essere rintracciata valorizzando la natura di riserva “targata” che si attribuisce alla riserva da strumenti finanziari partecipativi, al pari di quanto avviene per la riserva da versamenti in conto capitale. Con riferimento alla riserva “targata” da versamenti in conto capitale costituita nel caso di versamenti eseguiti da un unico socio, autorevole dottrina ha affermato che “reputo che la soluzione più corretta (anche sulla base del principio di parità di trattamento)

(29) Considerazione già espressa, molti anni orsono, dalla dottrina che per prima si è occupata nel nostro ordinamento della disciplina giuridica dei prestiti “subordinati” e “irredimibili”: PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito*, in PORTALE (a cura di), *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, Milano, 1983, 15 ss.; ID., “Prestiti subordinati” e “prestiti irredimibili” (appunti), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 1.

(30) Il problema non si pone, come detto, laddove si condivida la tesi che attribuisce sempre natura di “finanziamento” agli strumenti finanziari partecipativi (vedi FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, cit., p. 817 ss.), perché l’inclusione della posta tra i debiti la renderebbe immune dalle perdite della società (residuando comunque il rischio che le perdite compromettano l’integrità patrimoniale della società ed il diritto al rimborso dei titolari degli sfp). Il problema avrebbe, invece, connotazioni diverse laddove la collocazione dell’apporto del titolare degli strumenti finanziari partecipativi venisse collocato tra i debiti in forza dell’estensione al piano contabile della qualificazione degli strumenti in termini di associazione in partecipazione (così, COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati*, cit., 53; vedi già ID., *Associazione in partecipazione, prestiti subordinati ed iscrizione in bilancio*, in PORTALE (a cura di), *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, cit., 428 ss., sull’iscrizione contabile degli apporti degli associati in partecipazione nel caso di ricapitalizzazione delle banche mediante lo strumento dell’associazione in partecipazione; sui potenziali conflitti, in fase concorsuale, tra prestiti subordinati e crediti degli associati in partecipazione vedi MAFFEI ALBERTI, *Nuovi strumenti di finanziamento e liquidazione coatta amministrativa*, in PORTALE (a cura di), *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, cit., 478; *contra* BUSSOLETTI, *L’iscrizione in bilancio degli apporti non di capitale*, cit., 195, secondo cui non è condivisibile la scelta di applicare agli strumenti finanziari partecipativi “il tradizionale trattamento in bilancio dell’apporto dell’associato, che viene collocato tra i debiti”); in tal caso, le perdite rilevate a fine esercizio verrebbero riportate – limitatamente alla quota dell’associante – sull’importo del debito di restituzione (MIGNONE, *Gli strumenti di cui al 6° co. dell’art. 2346*, cit., 323).

sia quella che espone la riserva in discorso all'incidenza delle perdite solo dopo che queste abbiano esaurito (erodendole) tutte le riserve, per così dire, di spettanza comune (e cioè di tutti i soci): reputo, quindi, che la perdita potrà cominciare ad incidere sulla riserva "targata" solo dopo che anche la riserva legale sia stata esaurita con l'impiego nella copertura della perdita" (31). Appare coerente, allora, affermare che anche la riserva "targata" da strumenti finanziari partecipativi venga esposta alle perdite dopo che tutte le altre riserve, compresa la riserva legale, siano state assorbite dalle perdite.

Una seconda strada per cercare di ricongiungere il dato giuridico all'effettivo assetto di interessi è stata indicata da quanti hanno prospettato "la soluzione di individuare il regime di *default* della sopportazione del rischio di impresa nell'esposizione sincronica (*pari passu*) alle perdite del capitale sociale e di quello titolato in strumenti finanziari", con l'ulteriore corollario di estendere anche al cd. "capitale finanziario" i meccanismi di protezione previsti dall'art. 2446 cod. civ. (32). In questa prospettiva, evidentemente, si deve ritenere che la riserva "targata" da strumenti finanziari partecipativi subisca le perdite solo dopo che le perdite abbiano eroso tutte le altre riserve, ivi incluse quelle legali, venendo poi esposta alle perdite in pari misura rispetto al capitale sociale.

La tesi ha il pregio di riannodare il rapporto tra titolari di strumenti finanziari partecipativi ed azionisti, che, salvo diversa previsione statutaria, concorrono nel beneficiare dei risultati positivi dell'attività d'impresa e parimenti devono concorrere nei risultati negativi. Non pare, peraltro, che possano scorgersi ostacoli insuperabili a questa soluzione, anche tenendo conto, come è stato osservato, del dibattito in merito all'automaticità o meno dell'erosione del valore di bilancio delle riserve all'esito delle perdite di esercizio, nonché del fondamento della regola "ricapitalizza o liquida" (33). In mancanza di diverse previsioni nello statuto o nel regola-

(31) PORTALE, *Appunti in tema di "versamenti in conto futuri aumenti di capitale" eseguiti da un solo socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, 98. Nello stesso senso, vedi SPOLIDORO, *Riserve targate*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Torino, 2014, 1346; COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7, Torino, 1994, 511.

(32) Così VALZER, *Gli strumenti finanziari*, cit., 248 ss. Nello stesso senso vedi BUSO-LETTI, *L'iscrizione in bilancio degli apporti non di capitale*, cit., 196, sulla base dell'assunto che, da un punto di vista contabile, gli strumenti finanziari partecipativi siano sempre riconducibili – o comunque assimilabili – all'associazione in partecipazione. Sembra essere orientato in questo senso anche LAMANDINI, *Strumenti finanziari partecipativi e ordine di priorità nella partecipazione alle perdite*, cit., p. 980.

(33) Vedi VALZER, *Art. 2346 co. 6*, cit., 507 ove ulteriori riferimenti.

mento di emissione, può quindi condividersi l'opinione che afferma l'esistenza di un criterio di partecipazione *pari passu* alle perdite tra strumenti finanziari partecipativi e capitale sociale, così garantendosi una più equilibrata composizione tra le pretese sul patrimonio sociale dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi e degli azionisti. Per quanto riguarda le concrete modalità di applicazione, deve ritenersi che “*pari passu*” vada interpretato come proporzionalità nell'assorbimento delle perdite rispetto ai reciproci ammontare del capitale sociale e della riserva da strumenti finanziari partecipativi⁽³⁴⁾.

Le soluzioni che precedono rappresentano un primo passo, ma forse non sufficiente per assicurare una piena tutela dei titolari degli SFP e per evitare che il verificarsi delle perdite determini uno “stravolgimento” dell'assetto di interessi tra titolari di strumenti finanziari partecipativi ed azionisti, tanto più quando i primi hanno ottenuto i titoli a fronte di un apporto rappresentato dalla conversione in capitale di rischio di originarie pretese creditorie.

Una modalità per risolvere alla radice l'evidenziata criticità è stata avanzata da attenta dottrina, che propone di separare il profilo contabile della rappresentazione del valore degli strumenti finanziari partecipativi nel bilancio della società emittente dal profilo dei rapporti tra titolari di questi strumenti ed azionisti in punto di sopportazione delle perdite. Valorizzando la regola della postergazione assoluta dei valori imputati a capitale, si è così sostenuto che “la circostanza che il valore degli apporti effettuati a vantaggio della società a fronte dell'assegnazione di strumenti finanziari partecipativi sia stato imputato a riserva ... non sembra destinata ad incidere sulla perdurante postergazione nella partecipazione alle perdite dei portatori degli strumenti in esame rispetto ai soci. In particolare, l'incidenza contabile delle perdite sulle riserve anteriormente rispetto al capitale, e dunque l'annullamento delle prime anteriormente al secondo, non sembrerebbe determinare l'annullamento, in via automatica e prioritaria, degli strumenti finanziari che quella riserva contribuiscono storicamente a formare”⁽³⁵⁾.

(34) Vedi D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, cit., 268. Per un'applicazione del principio del *pari passu* nel rapporto tra azionisti e portatori di titoli subordinati, vedi la “clausola Michelin” richiamata da PORTALE, “*Prestiti subordinati*” e “*prestiti irredimibili*” (*appunti*), cit., 3.

(35) ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, cit., 336 in nota 366. In questo senso vedi anche STANGHELLINI, *Art. 2446*, in P. ABBADESSA-G.B. PORTALE (a cura di), *Codice delle s.p.a.*, Milano, 2016, 2718 e, pur in una diversa prospettiva, LIBONATI, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in P. BALZARINI-G. CARCANO-M. VENTORUZZO (a cura di), *La società*

È questa la strada corretta da percorrere per assicurare un'effettiva tutela dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi⁽³⁶⁾.

Il dato contabile è rilevante nella misura in cui serve a rappresentare l'esistenza o meno di un obbligo di rimborso della società emittente rispetto all'apporto dei titolari degli strumenti finanziari, riflettendo all'esterno la differenza tra apporti che incrementano l'indebitamento della società e apporti che rafforzano il patrimonio, ma non può comunque sovvertire il sistema verticale di distribuzione del patrimonio della società, che vede i soci collocati in ultima posizione, sopportando le perdite prima di tutti gli altri fornitori di capitale, sia di debito, che di rischio⁽³⁷⁾. Regola di sopportazione delle perdite che, costituisca o meno un dato tipologico nelle società per azioni, si pone quale diretta conseguenza del principio di corrispondenza potere-rischio che da sempre caratterizza, pur con le possibili deroghe statutarie, l'ordinamento delle società su basi capitalistiche: l'azionista è il soggetto che nutre maggiore interesse alla gestione della società, in quanto beneficia dei guadagni e sopporta in via prioritaria le perdite, così da apparire razionale attribuire allo stesso la gestione della società attraverso l'esercizio del diritto di voto⁽³⁸⁾. Questo principio continua ad operare anche quando la società abbia emesso strumenti finanziari partecipativi, i quali, pur potendo essere dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati, sono privi del diritto di voto nell'assemblea generale della società emittente (o, comunque, hanno il diritto di voto unicamente su determinate materie), che spetta solo ai soci quali *residual claimants*.

La regola di corrispondenza potere-rischio, che, allocando il potere di voto in capo ai soggetti che subiscono per primi le perdite, garantisce una più proficua gestione della società⁽³⁹⁾, verrebbe ad essere lesa nel caso in cui si esponano i titolari degli strumenti finanziari partecipativi alle per-

per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 10-11 novembre 2006, 2, Milano, 2007, p. 604.

⁽³⁶⁾ D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 279.

⁽³⁷⁾ In questa prospettiva vedi anche LAMANDINI, *Strumenti finanziari partecipativi e ordine di priorità nella partecipazione alle perdite*, cit., p. 980.

⁽³⁸⁾ Su fondamento e campo di applicazione del principio di corrispondenza potere-rischio nelle società per azioni, sia consentito il rinvio a D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra società per azioni*, Milano, 2007, p. 142 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁽³⁹⁾ Sulla fondamento della regola per cui ai soci, quali "*residual claimants*", viene attribuito il potere di assumere le scelte imprenditoriali, vedi, tra i molti: nella dottrina italiana, ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 22 ss.; STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 37.

dite prima degli azionisti. Questi ultimi sono gli unici titolari del diritto di voto nell'assemblea generale su tutte le materie, ma i risultati negativi della gestione impatterebbero prima su altri soggetti (i titolari di strumenti finanziari partecipativi) e solo dopo sui soci stessi. Si verrebbe così a creare un disallineamento tra l'interesse di cui sono portatori gli azionisti e l'interesse collettivo dell'organizzazione societaria, perché le decisioni degli azionisti impatterebbero in via prioritaria sui titolari degli strumenti finanziari partecipativi e solo in via secondaria sugli azionisti stessi, che non sarebbero più i portatori della pretesa "residuale" sul patrimonio sociale⁽⁴⁰⁾.

L'unica soluzione per garantire la coerenza del sistema rispetto alle proprie opzioni di fondo appare, pertanto, quella di garantire la "sopravvivenza" dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi pur nel caso in cui le perdite maturate abbiano ridotto o azzerato la riserva statutaria del patrimonio netto costituita a fronte degli apporti degli stessi. Solo in questo modo si garantisce il rispetto della regola che vuole i soci, investiti del potere di gestire – sia pure in via indiretta attraverso gli amministratori – l'impresa societaria, tenuti a subire i risultati negativi della gestione prima di tutti gli altri, compresi i titolari di strumenti finanziari partecipativi.

Va, ovviamente, compiuta una precisazione. La "sopravvivenza" degli strumenti finanziari partecipativi opera in quanto compatibile⁽⁴¹⁾. Se, ad esempio, le perdite abbiano interamente assorbito il capitale sociale, comprensivo anche dell'aumento di capitale "a servizio" della conversione, non è possibile per i titolari di strumenti finanziari partecipativi procedere alla conversione in azioni, essendosi completamente eroso il capitale e non essendoci più – a seguito delle perdite – azioni da offrire ai titolari degli SFP. Rimarranno, invece, esercitabili gli eventuali altri diritti patrimoniali ed amministrativi, diversi dalla conversione, spettanti ai titolari degli strumenti finanziari partecipativi, *in primis* l'eventuale diritto al riparto in sede di liquidazione.

⁽⁴⁰⁾ D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 279.

⁽⁴¹⁾ D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 279.

6. *Segue.*

Si è sopra visto come la soluzione preferibile sia quella che, in presenza di perdite rilevanti, prevede la sopravvivenza degli strumenti finanziari partecipativi e la perdurante possibilità di esercitare i diritti loro connessi pur quando la relativa riserva del netto patrimoniale sia stata ridotta o annullata per effetto dell'assorbimento delle perdite che abbiano inciso sulla stessa prima che sul capitale sociale. Si tratta – val bene precisarlo – di una regola di *default*, applicabile in mancanza di diversa ed apposita disciplina nello statuto o nel regolamento di emissione, così dovendosi adesso verificare se ed entro quali limiti l'autonomia statutaria possa incidere nel governo del criterio di sopportazione delle perdite tra titolari di strumenti finanziari partecipativi ed azionisti⁽⁴²⁾.

Una prima tecnica contrattuale “antidiluitiva”, funzionale alla tutela dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi in presenza di perdite della società, si esprime attraverso la previsione nel regolamento di emissione della regola per cui la riserva appostata con l'apporto da parte dei titolari di SFP sia esposta alle perdite solo successivamente alla riduzione del capitale. La legittimità di questa previsione statutaria è stata, tuttavia, messa in dubbio da quanti hanno sottolineato che la stessa sarebbe “non in linea con la unanime opinione circa l'ordine di priorità da seguire nella imputazione delle perdite rispetto alle poste iscritte nel patrimonio netto”⁽⁴³⁾. Non sembra, però, che la soluzione in punto di illegittimità della clausola di postergazione nelle perdite possa essere condivisa, sia perché – come già segnalato da attenta dottrina⁽⁴⁴⁾ – il dibattito circa la derogabilità statutaria della regola dell'erosione delle riserve è aperto⁽⁴⁵⁾, sia perché la clausola non appare urtare contro principi tipologici o norme imperative delle s.p.a., ma, anzi, concorre ad esplicitare una regola di generale postergazione delle pretese dei soci rispetto agli altri fornitori di capitale, sia di debito, che di rischio. Se, poi, si volesse individuare una fonte normativa che legittimi tale previsione statutaria, si potrebbe fare riferimento agli artt. 2491 cod. civ. (in tema di priorità dei creditori rispetto ai soci nella

(42) Per uno studio sull'esistenza di limiti all'autonomia privata nella scelta del grado di postergazione dei “prestiti irredimibili”, vedi già PORTALE, “*Prestiti subordinati*” e “*prestiti irredimibili*” (appunti), cit., p. 3.

(43) BUSANI, SAGLIOCCA, *I diritti patrimoniali degli investitori in strumenti finanziari partecipativi (Sfp)*, cit., p. 1196. Nello stesso senso, vedi già GIAMPIERI, *Gli strumenti finanziari partecipativi quale metodo di finanziamento delle acquisizioni*, cit., p. 434.

(44) VALZER, *Art. 2346 co. 6*, cit., p. 507.

(45) Vedi, ad esempio, FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *Riv. Società*, 1991, 145 ss.

fase della liquidazione delle società), art. 111 legge fallim. (in tema di ordine di distribuzione delle somme nel fallimento) e art. 160 legge fallim. (in tema di doveroso rispetto dell'ordine delle cause di prelazione nel concordato preventivo).

Una seconda tecnica contrattuale di tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi è quella contenuta negli statuti o – più frequentemente – nei regolamenti di emissione che prevedono la “sopravvivenza” degli strumenti finanziari partecipativi pur nel caso di riduzione o di assorbimento della corrispondente riserva per perdite. La clausola serve ad esplicitare la disciplina di base, operante in mancanza di diversa previsione statutaria; non vi sono dubbi, quindi, sulla legittimità di questa clausola dello statuto o del regolamento, fermo restando che, come sopra detto, la “sopravvivenza” opererà nei limiti di compatibilità, non potendosi, ad esempio, esercitare il diritto di conversione se le perdite abbiano completamente eroso il capitale sociale, comprensivo anche dell'aumento di capitale a servizio dell'aumento.

Proprio in ragione di tale deficit di tutela dei titolari di strumenti finanziari, comunque ineliminabile, possono immaginarsi ulteriori previsioni negoziali di “protezione”, da inserire nello statuto o nel regolamento⁽⁴⁶⁾, come ad esempio, il diritto dei titolari di strumenti finanziari partecipativi, al verificarsi di determinati eventi, di acquistare, *pro quota*, e senza alcun corrispettivo (o con corrispettivo simbolico), le azioni degli altri soci (diritto, beninteso, non esercitabile nel caso di azzeramento del capitale per perdite); oppure, il diritto dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi, anche nel caso di azzeramento del capitale per perdite, di acquistare, senza corrispettivo, il diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione nel caso di aumento di capitale a pagamento. Parrebbe altresì ammissibile – ma il tema richiede un approfondimento che va oltre i limiti della presente nota – la possibilità di prevedere, nel caso di azzeramento del capitale per perdite e di conseguente estinzione del diritto di conversione degli strumenti finanziari partecipativi, anche l'attribuzione a titolo gratuito ai titolari degli SFP di azioni di godimento *ex art. 2353 cod. civ.*⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Su queste previsioni vedi D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 280.

⁽⁴⁷⁾ Per la possibilità di attribuire azioni di godimento a seguito di una riduzione del capitale per perdite vedi MENGONI, *Sulla remunerazione del capitale azionario in caso di perdita totale*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 117; più di recente vedi SPOLIDORO-SPOLAORE, *Commento all'art. 2353*, in *Commentario alle s.p.a.* diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, Milano, 2016, ove ulteriori riferimenti.

Resta da verificare la validità di clausole che, invece di rafforzare la tutela dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi, prevedono una limitazione di tutela rispetto alla soluzione di *default*. Si tratta di clausole, talvolta inserite negli statuti o nei regolamenti di emissione, che prevedono espressamente l'esposizione alle perdite della riserva da strumenti finanziari partecipativi prima del capitale sociale o, finanche, l'espressa previsione che l'eventuale assorbimento o riduzione per perdite della riserva impatti sui diritti dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi, limitandone o impedendone l'esercizio dei diritti connessi agli stessi.

Appare opportuno differenziare le due possibili previsioni.

Nel caso in cui la clausola preveda semplicemente l'esposizione alle perdite della riserva da strumenti finanziari partecipativi prima del capitale sociale, la legittimità è indubbia, trattandosi di previsione che riproduce l'ordinario ordine di assorbimento delle perdite tra riserve e capitale e semplicemente deroga alla sopra descritta regola del *pari passu* tra SFP e capitale sociale, ma rimane aperto il distinto tema degli effetti dell'eventuale annullamento della riserva sugli strumenti finanziari partecipativi. Se si condivide quanto precede in ordine alla distinzione tra il piano contabile ed il piano del rapporto tra titolari di SFP ed azionisti, l'applicazione della clausola in esame non avrebbe comunque impatto sugli strumenti finanziari partecipativi, che continuerebbero a "sopravvivere" (nei limiti di compatibilità, vedi *supra*) anche laddove fosse stata completamente erosa per perdite la corrispondente riserva.

La situazione è diversa laddove la clausola leghi espressamente l'esercizio dei diritti dei titolari di strumenti finanziari partecipativi alla perdurante esistenza della riserva "targata" nel patrimonio netto. Se si afferma la natura "tipologica" e, in quanto tale, imperativa, della regola della postergazione assoluta dei soci rispetto agli altri fornitori di capitale, di debito o di rischio⁽⁴⁸⁾, la clausola sarebbe affetta da nullità, nella misura in cui supera i vincoli tipologici della s.p.a., determinando un'irreversibile inversione dei rapporti tra soci e titolari di strumenti finanziari partecipativi. Se, invece, si ritiene che la "sopravvivenza" degli strumenti finanziari partecipativi pur in presenza di perdite sia espressione del principio di corrispondenza potere-rischio e che questo principio non abbia (più) natura tipologica, ma rappresenti un mera regola dispositiva, applicabile in mancanza di una diversa disciplina statutaria⁽⁴⁹⁾, la clausola in esame, in quanto

(48) In questo senso vedi ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, cit., 336 in nota 366.

(49) Sul punto si rinvia a D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra società per azioni*,

derogatoria di una regola dispositiva, sarebbe valida ed ammissibile nel nostro ordinamento. Sarà poi questione di corretta interpretazione dello statuto la verifica dell'effettivo impatto dell'annullamento della riserva "targata" sui diritti dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi, dovendosi valutare in quale misura la progressiva erosione o finanche l'annullamento della riserva limiti o inibisca l'esercizio dei diritti attribuiti ai titolari degli SFP.

7. *La possibile violazione della par condicio creditorum.*

Una seconda criticità connessa all'utilizzo degli strumenti finanziari partecipativi si può manifestare nell'ipotesi in cui – nell'ambito di una procedura di concordato preventivo – gli stessi siano attribuiti ai creditori quale modalità di soddisfazione dei crediti (art. 160 legge fallim.).

Varie possono essere le modalità tecniche attraverso le quali l'attribuzione degli strumenti finanziari partecipativi ai creditori si realizza⁽⁵⁰⁾. Si può, ad esempio, prevedere che l'emissione degli SFP avvenga direttamente da parte della società debitrice, oppure – ipotesi più frequente – che avvenga da parte di una società controllata dalla debitrice, alla quale, in esecuzione del concordato, siano conferite attività della debitrice medesima. Ancora, la proposta potrà prevedere l'attribuzione degli SFP come modalità esclusiva di soddisfacimento dei creditori assegnatari, oppure l'attribuzione potrà configurarsi come modalità aggiuntiva di soddisfacimento rispetto al pagamento in danaro, parziale e dilazionato.

Il problema che si pone è quello di verificare se l'attribuzione ai creditori degli SFP possa violare il principio della *par condicio creditorum* che presiede al trattamento dei creditori appartenenti alla medesima classe.

Questo perché gli SFP, al pari delle azioni o delle quote, sono beni di secondo grado, nel senso che essi valgono o apportano utilità non per se stesse, ma in quanto consentono di partecipare ad una impresa societaria dalla quale il titolare potrà trarre le proprie utilità finali. L'interesse eco-

cit., 144 ss., ove ulteriori riferimenti; in argomento, cfr., di recente, E. BARCELLONA, *La separazione di proprietà e gestione nelle società di capitali: diritti particolari del quotista e «golden shares» di s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, dir. Da Campobasso, Di Cataldo, Guerrera, SciarroneAlibrandi, Milano 2014, pp. 175 ss., 227; MAROCCHI, *Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata*, in *Contr. e impr.*, 2014, pp. 221 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'attribuzione di sfp ai creditori si incontra nei di concordati con continuità (diretta o indiretta) e ben difficilmente nei concordati liquidatori.

nomico del titolare degli strumenti finanziari partecipativi non è soddisfatto attraverso la mera attribuzione dello strumento, bensì mediante l'esercizio dei diritti, amministrativi e soprattutto patrimoniali, che gli strumenti consentono di esercitare, nonché mediante la possibilità di vendere a terzi.

Il reale valore degli strumenti finanziari partecipativi, così come l'effettivo ammontare dei diritti che da essi conseguono, si coglie così solo guardando alla totalità degli altri strumenti finanziari partecipativi e delle altre azioni. La perimetrazione dello *status* di titolare di strumento finanziario partecipativo, inteso come espressione riassuntiva dei suoi diritti ed obblighi, si può infatti tracciare solo all'esito di un'operazione di tipo relazionale, che guardi ai diritti attribuiti al singolo titolare in relazione a tutti i diritti attribuiti agli altri titolari di SFP e soci.

Per quanto banale, può essere utile un esempio: l'affermazione che il socio Tizio è titolare di n. 10 strumenti finanziari partecipativi del valore nominale di € 1 ciascuno è priva di ogni effettivo significato cognitivo se non si accompagna alla ulteriore specificazione in ordine ai diritti amministrativi e patrimoniali complessivamente attribuiti dallo statuto o dal regolamento agli strumenti finanziari partecipativi ed al numero totale di strumenti finanziari partecipativi. Se, ad esempio, lo statuto o il regolamento attribuiscono collettivamente agli strumenti finanziari partecipativi il diritto di nominare un consigliere di amministrazione, ben diversa è la "potenza di voto" di n. 10 SFP su un totale di n. 15 SFP (così attribuendosi al titolare la posizione di controllo nell'assemblea dei portatori dei titoli) da quella degli stessi 10 SFP rispetto ad un totale di 1000 SFP. Ancora più evidente è l'esempio nel caso in cui lo statuto o il regolamento attribuiscono ai titolari degli strumenti finanziari partecipativi anche il diritto – al verificarsi di determinate condizioni – di conversione in azioni; qui il valore dei singoli SFP è conseguenza anche del rapporto tra il numero di azioni che il titolare riceverà a seguito di conversione ed il numero totale delle azioni della società.

Poiché il contenuto giuridico ed il conseguente valore economico degli SFP si percepiscono solo guardandoli in relazione alla totalità degli SFP e delle azioni, si palesa l'inadeguatezza di una valutazione della *par condicio creditorum* nell'attribuzione di SFP ai creditori che si limiti al rispetto della mera regola aritmetica della stretta proporzione tra ammontare del credito e numero o ammontare dei titoli attribuiti. Pur quando tale proporzione sia rispettata (al creditore titolare di crediti pari al 60% dei crediti della classe sono attribuiti SFP in numero pari al 60% del totale degli SFP ecc.)

potrebbero verificarsi delle violazioni della *par condicio creditorum*, conseguenti al diverso valore effettivo degli stessi.

Il tema della possibile violazione della *par condicio* in conseguenza dell'attribuzione di strumenti finanziari partecipativi ai creditori non è nuovo, essendo stato già oggetto di specifica riflessione in tema di attribuzione di azioni o quote ai creditori quale modalità di soddisfacimento in sede concordataria⁽⁵¹⁾.

Al riguardo, è stato osservato che dei tre potenziali profili di incompatibilità tra la modalità di soddisfacimento dei crediti mediante attribuzione di partecipazioni sociali ai creditori ed il principio di *par condicio creditorum* (giuridico, economico e fattuale) assume un effettivo rilievo solo il secondo. La diversità dei diritti attribuiti ai soci in conseguenza del differente ammontare della partecipazione assegnata non costituisce violazione della *par condicio*, ma solo il portato della coerente applicazione delle ordinarie regole del diritto societario. Allo stesso modo, la diversa utilità che le partecipazioni sociali possono apportare ai creditori in ragione della loro differente condizione soggettiva assume rilievo unicamente sul piano della convenienza della proposta e del conseguente voto. Diversamente, sul piano economico, la valutazione del rispetto della *par condicio creditorum* deve essere compiuta non già con riferimento al mero numero delle azioni o alla misura della quota attribuita al socio, ma in relazione all'effettivo valore economico delle azioni o della quota, tenendo presente che esso dipende anche dall'entità della partecipazione sociale complessiva del socio e dagli assetti proprietari della società.

Queste conclusioni possono essere confermate e tenute ferme anche con riferimento allo specifico tema in oggetto, pur con una doverosa precisazione. A differenza di quanto avviene per le azioni, non necessariamente gli strumenti finanziari partecipativi devono essere dotati anche di diritti amministrativi (o, comunque, di diritti amministrativi cd. "accrescibili"), potendo essere muniti di soli diritti patrimoniali. In questo caso, la problematica della possibile violazione della *par condicio creditorum* viene a perdere la sua rilevanza, perché – vertendosi in tema solo di diritti patrimoniali – non si pone un tema di possibile formazione di posizioni di controllo (vedi *infra*) e, quindi, di potenziale attribuzione di un plusvalore da controllo. Per valutare l'effettiva rilevanza del problema, pertanto,

(51) D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra par condicio creditorum e principio di eguaglianza tra soci*, in *Riv. Società*, 2011, pp. 852 ss.

si deve guardare all'effettivo contenuto dei diritti amministrativi attribuiti nel caso concreto agli strumenti finanziari partecipativi.

Nell'ambito delle procedure concorsuali, i creditori appartenenti alla medesima classe devono ricevere – come noto – un pagamento proporzionale all'ammontare del proprio credito; nel caso di attribuzione di SFP, ogni creditore deve, pertanto, ricevere un numero di titoli proporzionale al credito vantato. Il valore complessivo del “pacchetto” di SFP attribuito a ciascun creditore non è, tuttavia, direttamente e strettamente proporzionale al numero dei propri SFP, dovendosi valutare – nel caso di attribuzione di diritti amministrativi – anche l'eventuale formarsi di una posizione di controllo all'interno della categoria di SFP, con l'emergere di un possibile plusvalore economico da controllo. Di conseguenza, un creditore (quello che ottiene una partecipazione di controllo nell'ambito della categoria degli SFP) potrebbe ottenere, in sede di concordato, un bene avente un valore effettivo più che proporzionale rispetto al proprio credito, mentre altri creditori potrebbero conseguire un bene con un valore effettivo meno che proporzionale. In ciò si annida la violazione della regola di proporzionalità tra creditori, che anche in sede di concordato e di soddisfazione mediante *datio in solutum* deve trovare applicazione.

Una risposta radicale al problema evidenziato potrebbe condurre ad affermare che l'attribuzione ai creditori di SFP muniti di diritti amministrativi sia sempre incompatibile con la *par condicio* perché il valore di mercato degli stessi è sempre differente. Questa soluzione va respinta, in quanto si risolverebbe nell'abrogazione implicita dell'istituto della *datio in solutum* di titoli partecipativi con diritti amministrativi. Parimenti, non può essere condivisa la soluzione specularmente opposta, che svaluta sempre e comunque il problema, sulla base dell'assunto secondo cui l'unica nozione giuridica e rilevante sarebbe quella del valore nominale dei titoli, relegando il valore di mercato sul piano meramente fattuale e metagiuridico. Si tratterebbe, infatti, di una finzione, che assicura la *par condicio* sul piano formale, ma non su quello sostanziale ed economico, che non può rimanere estraneo o indifferente per i creditori.

Anche in questo caso, l'interpretazione deve essere guidata dal riferimento alla peculiare fattispecie del soddisfacimento mediante *datio in solutum*, ove ciò che rileva è l'idoneità del bene attribuito a soddisfare l'interesse del creditore. Quando il bene è rappresentato da SFP (così come da azioni o quote), il soddisfacimento del creditore non passa dal mero valore nominale del titolo, quanto dai diritti sociali che lo stesso consente di esercitare e dal valore complessivo ad esso connesso e che può essere monetizzato attraverso la vendita a terzi. Con particolare rife-

rimento agli SFP dotati di diritti amministrativi, non pare dubbio che la valutazione della *par condicio* non possa fermarsi a livello di valore nominale del titolo, ma debba allargarsi al piano del valore di mercato del medesimo, tenendo presente che esso dipende anche dall'entità complessiva degli sfp di titolarità dei creditori e dagli assetti proprietari della società. La *par condicio* sarà, pertanto, violata quando, per effetto della proporzione reciproca tra i crediti, ad un creditore è attribuita un complesso di SFP che, indipendentemente dal numero o dal loro valore nominale, abbia un valore economico più che proporzionale rispetto al credito concorsuale vantato, in ragione del "plusvalore" o "premio" legato al possesso di una determinata quota percentuale del complesso degli SFP emessi. Tale situazione si verificherà certamente quando, per effetto dell'attribuzione, il creditore conseguirà il controllo nell'ambito dell'assemblea dei titolari di SFP, così beneficiando del cd. premio di maggioranza⁽⁵²⁾.

Il non agevole compito di verificare l'osservanza del principio di *par condicio creditorum*, nell'accezione ora descritta, spetterà agli organi della procedura. In particolare, il controllo dovrà essere effettuato dal Tribunale in sede di valutazione dei presupposti di ammissibilità della proposta *ex art. 162 legge fallim.* ed in sede di giudizio di omologazione *ex art. 180 legge fallim.*, essendo il principio di *par condicio* una delle regole legali inderogabili la cui violazione preclude l'omologazione del concordato. Non rimane estraneo a questo compito di valutazione anche il commissario giudiziale, il quale, ove ravvisi una violazione della regola di eguaglianza, dovrà farne oggetto di relazione ai sensi dell'art. 173 legge fallim., configurandosi il rispetto della regola di eguaglianza quale condizione per l'ammissibilità del concordato⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Il problema si presenta in termini parzialmente diversi laddove lo statuto o il regolamento di emissione non prevedano il voto dei titolari di strumenti finanziari partecipativi in assemblee separate o speciali, bensì il voto direttamente nell'assemblea generale. In questo caso, la valutazione sull'eventuale plusvalore da controllo va compiuto con riferimento alla composizione sociale dell'intera assemblea generale.

⁽⁵³⁾ Al riguardo, non sembra che il problema del "plusvalore" possa essere superato mediante l'inserimento in una classe separata del creditore di maggioranza. Se è vero che a creditori appartenenti a classi differenti può essere riservato un diverso trattamento economico, non deve trascurarsi di rilevare che l'inserimento in classi separate è consentito solo quando, precedentemente rispetto all'apertura della procedura, i creditori abbiano posizione giuridica o interessi economici non omogenei. In altri termini, la differenza di trattamento tra creditori è conseguenza del classamento, ma non può costituire la giustificazione dello stesso. Ciò a meno di ritenere che il diverso ammontare del credito valga a differenziare gli interessi tra i creditori ed a giustificare l'inserimento in classi separate (per la possibilità di differenziare i creditori in base all'ammontare dei crediti, attribuendo ai creditori "piccoli"

Va, comunque, sottolineato che l'esistenza di un "premio" legato agli SFP non si verifica sempre e necessariamente in caso di attribuzioni di strumenti finanziari muniti di diritti amministrativi, essendo probabilmente più comuni nella prassi fattispecie nelle quali la polverizzazione del numero dei creditori ed il limitato peso percentuale di ciascuno di essi impediscano il formarsi di una posizione di controllo o, comunque, di sostanziali differenze di peso societario, così escludendosi in radice il problema del diverso valore di mercato.

percentuali più alte o tempi di soddisfacimento più veloci, cfr., tra gli altri, G.B. NARDECCHIA, *Art. 160*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, III, Milano, 2010, 388. È da notare, comunque, che l'inserimento in classe separata del creditore di maggioranza, con attribuzione allo stesso del "plusvalore" della partecipazione, consentirebbe un trattamento economico più favorevole per lo stesso rispetto a quello dei creditori minori, in una prospettiva opposta rispetto a quella solitamente esaminata).

PIETRO PAOLO FERRARO

Professore aggregato di diritto commerciale

IL REGISTRO DELLE ESPROPRIAZIONI IMMOBILIARI, DELLE PROCEDURE D'INSOLVENZA E DEGLI STRUMENTI DI GESTIONE DELLA CRISI

Abstract: Il lavoro analizza la disciplina del registro delle espropriazioni immobiliari, delle procedure d'insolvenza e degli strumenti di composizione negoziale della crisi, istituito di recente (secondo quanto previsto dal Reg. UE n. 848/2015) dall'art. 3 del D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni nella L. 30 giugno 2016, n. 119. L'autore si sofferma, in particolare, sul regime giuridico del nuovo strumento informativo, per esaminarne funzione, ambito applicativo, struttura, contenuti ed efficacia.

SOMMARIO: 1. Il nuovo registro nazionale. – 2. Funzione. – 3. Ambito applicativo. – 4. Struttura e contenuti. – 5. Efficacia giuridica. – 6. Spunti di riflessione.

1. *Il nuovo registro nazionale.*

Con sorprendente tempismo, il legislatore italiano ha dato recentemente attuazione a quanto disposto in materia di pubblicità delle procedure d'insolvenza transfrontaliere dal Reg. UE 2015/848⁽¹⁾, approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'UE in data 20 maggio 2015⁽²⁾ (che ha sostituito il Reg. CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000), il quale ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di attivare specifici registri per le procedure concorsuali⁽³⁾, accessibili a creditori e giudici, anche se di altri

⁽¹⁾ Sul tema sia consentito rinviare a P.P. FERRARO, *I «registri fallimentari» interconnessi nel Regolamento UE 2015/848 sulle insolvenze transfrontaliere*, in A. PACIELLO-G. GUIZZI (a cura di), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, 2016, p. 363 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽²⁾ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE del 5 giugno 2015 n. L141.

⁽³⁾ In particolare, l'art. 24 del Regolamento europeo, rubricato «*Registri fallimentari*», stabilisce al paragrafo 1 che «*gli Stati membri creano e tengono nel loro territorio uno o più registri in cui sono pubblicate informazioni relative alle procedure d'insolvenza*», precisando altresì che «*tali informazioni sono pubblicate quanto prima a seguito dell'apertura delle suddette procedure*». È bene evidenziare che, per quanto il Reg. n. 848/2015, nella versione ufficiale italiana, utilizzi l'espressione “registri fallimentari”, il riferimento non è soltanto al

Stati membri, grazie all'interconnessione di tali registri nazionali attraverso il portale europeo della giustizia elettronica (*e-justice.europa.eu*) (4).

In questo modo le Istituzioni europee hanno voluto rendere più efficienti le procedure di insolvenza che travalicano gli ambiti nazionali, uniformando, sia pure in chiave minimalista, i relativi sistemi di pubblicità, così da superare le differenze esistenti tra i diversi Paesi dell'Unione (5).

La *ratio* della previsione normativa europea è chiaramente esplicitata nel Considerando n. 76 del Reg. UE 2015/848, dove si legge che «*in order to improve the provision of information to relevant creditors and courts and to prevent the opening of parallel insolvency proceedings, Member States should be required to publish relevant information in cross-border insolvency cases in a publicly accessible electronic register*» (6).

Nonostante il Regolamento in questione (entrato in vigore il 25 giugno 2015 e da applicare negli Stati membri a decorrere dal 26 giugno 2017) preveda che i registri nazionali debbano essere istituiti entro il 26 giugno 2018 e l'interconnessione di tali registri debba avvenire a partire dal 26 giugno 2019 (7), il nostro Paese si è già attivato con ampio anticipo mediante il D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, nella L. 30 giugno 2016, n. 119, recante «*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore di investitori in banche in*

fallimento e alle procedure liquidative equivalenti contemplate nei diversi Stati membri, ma anche a tutte le altre procedure concorsuali rientranti nel campo di applicazione della nuova disciplina europea sulle insolvenze transfrontaliere (elencate nell'allegato A del Regolamento).

(4) Secondo quanto stabilito dall'art. 25 del Regolamento, un ruolo centrale per il buon funzionamento del sistema è rivestito dalla Commissione europea, in quanto dovrà istituire, con specifici atti di esecuzione, una struttura decentrata di «*interconnessione dei registri fallimentari*» partendo, come porta di accesso, dal portale europeo della giustizia elettronica, con un servizio di ricerca in tutte le lingue ufficiali dell'Unione. Sul portale, in fase sperimentale, sono già disponibili i registri di alcuni Stati che da luglio 2014 hanno dato il via all'iniziativa.

(5) Appositi registri fallimentari sono presenti soltanto in sette Paesi, e cioè in Germania, Austria, Paesi Bassi, Repubblica Ceca, Romania, Estonia e Slovenia (attraverso il sito dell'UE è possibile effettuare direttamente una ricerca in tali registri nazionali). In Spagna è stato introdotto di recente il *Registro Público Concursal*, nel quale sono pubblicate le sentenze relative alle procedure d'insolvenza. Altri Stati, come Francia, Belgio, Danimarca e Irlanda, sono privi di specifici registri relativi alle procedure d'insolvenza.

(6) Si preferisce riportare il testo inglese del Considerando, in quanto appare più preciso della versione italiana ufficiale.

(7) Questa tempistica così dilazionata si spiega perché la nuova disciplina europea sulle insolvenze transfrontaliere, e in particolare le disposizioni relative ai "registri dei fallimenti", oltre a presentare non poche difficoltà tecniche, pone delicati problemi di armonizzazione nell'ambito dell'UE e di coordinamento con le normative nazionali.

liquidazione»⁽⁸⁾. In particolare, tale provvedimento normativo ha previsto all'art. 3 – contenuto nel capo I rubricato «*Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti*» (che include disposizioni eterogenee e in buona parte disarmoniche) – l'istituzione presso il Ministero della giustizia del «*registro elettronico delle procedure di espropriazione forzata immobiliare, delle procedure d'insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi*».

Non vi è dubbio che il nuovo istituto è espressione di una maggiore sensibilità – che si registra tanto a livello europeo quanto sul piano nazionale – verso la valorizzazione e l'implementazione del ruolo dell'informazione rispetto al corretto funzionamento del mercato, anche per quanto concerne il dissesto delle imprese e la tutela del credito⁽⁹⁾.

Tuttavia, la rapidità di adeguamento al diritto dell'UE, sotto il profilo considerato, è dovuta – a ben vedere – alla specifica circostanza che il registro di nuova istituzione è stato inserito tra una serie di misure reputate urgenti, indirizzate soprattutto al settore bancario, che sono state introdotte dal D.L. n. 59/2016, come modificato per effetto della conversione in legge, il quale, per un verso, ha stabilito l'erogazione degli indennizzi a coloro che avevano investito i loro risparmi in quattro banche insolventi poste in liquidazione (*rectius* assoggettate a procedura di risoluzione secondo la nuova disciplina di derivazione europea contenuta nel D.Lgs., 16 novembre 2015, n. 180⁽¹⁰⁾), delle quali si è molto occupata la cronaca negli ultimi tempi (ossia Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Chieti), per altro verso, ha accolto nel nostro ordinamento nuovi istituti, invero alquanto dirompenti da un punto di vista sistematico, quali il pegno mobiliare non possessorio e il c.d. patto marciano, e ha inoltre apportato talune modifiche sparse al codice di procedura civile e alla legge fallimentare⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ La legge di conversione è pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 2 luglio 2016, n. 153 ed è entrata in vigore il giorno successivo, cioè il 3 luglio 2016.

⁽⁹⁾ Si veda, tra i contributi più recenti, A. NIGRO, *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, in A. PACIELLO-G. GUIZZI (a cura di), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, 2016, p. 3 ss.

⁽¹⁰⁾ Il D.Lgs. n. 180/2015 ha dato attuazione in Italia alla Dir. n. 2014/59/UE, anche nota come *Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)*, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio in data 15 maggio 2014, «*che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento*»: una dettagliata analisi ricostruttiva di tale disciplina è offerta da B. INZITARI, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 629 ss.

⁽¹¹⁾ Un primo esame delle nuove disposizioni è offerto da F. LAMANNA, «*Decreto banche*»: *iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, in *Il Civilista*, 2016.

Come per altri recenti interventi normativi che hanno investito il diritto concorsuale, anche in questa occasione, non si può fare a meno di rilevare preliminarmente che, sul piano metodologico, il ricorso alla decretazione d'urgenza lascia piuttosto perplessi, dal momento che una tale tecnica di produzione del diritto positivo, seppure possa giustificarsi in relazione all'esigenza impellente di fronteggiare le conseguenze negative per i risparmiatori derivanti da gravi dissesti bancari che hanno determinato un vero e proprio allarme sociale⁽¹²⁾, non sembra, viceversa, rispondere ad effettive esigenze di tempestività rispetto ad altre novità normative, le quali sono dirette a tutelare i creditori e a velocizzare il recupero dei crediti (specie delle banche), mediante procedure più snelle e trasparenti, così da favorire pure lo sviluppo di un mercato dei crediti deteriorati, come del resto auspicato da tempo, senza che, però, tali problemi fossero stati adeguatamente affrontati in modo organico dagli interventi riformatori che si sono avvicendati nel corso di più di dieci anni.

In questa prospettiva, neppure sembra del tutto appropriato definire il provvedimento in questione "decreto banche", proprio in quanto, nonostante sia stato pensato prioritariamente per questioni attinenti alle banche e ai loro interessi, presenta importanti novità, di più ampio respiro, come appunto quella relativa all'istituzione del nuovo strumento informativo, le quali hanno un significativo impatto sul sistema di diritto positivo e rappresentano, al di là delle esigenze contingenti, passaggi importanti nelle linee evolutive della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Pertanto, parlare di "decreto banche" potrebbe apparire un po' riduttivo, se non addirittura fuorviante, sebbene tale appellativo sia rinvenibile in dichiarazioni propagandistiche provenienti da ambienti istituzionali e sia stato recepito, talvolta impropriamente, da esternazioni di taglio giornalistico, che si registrano anche nel mondo accademico.

Ad ogni modo, rispetto a più ambiziose scelte di sistema, a parte l'inevitabile imperfezione e incompletezza di un modo di legiferare spesso frettoloso e frammentario, le novità introdotte presentano problemi di compatibilità e di coordinamento con l'impianto normativo vigente, che regola, secondo una certa organicità, la materia concorsuale e le procedure esecutive. Tuttavia, le norme di nuovo conio sembrano destinate, con ogni probabilità, ad avere vita breve o, quanto meno, ad essere presto riconsi-

(12) Sulla compatibilità con i principi costituzionali dei più recenti strumenti normativi di risoluzione delle crisi che riguardano le banche, si vedano le acute osservazioni di G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485 ss.

derate in relazione alle prospettive future di riforma della materia concorsuale, che ha preso le mosse dai lavori della c.d. Commissione Rordorf⁽¹³⁾, nonché del codice di procedura civile, per il quale pure è stato presentato un apposito disegno di legge⁽¹⁴⁾.

2. *Funzione.*

Per comprendere compiutamente la rilevanza giuridica del registro di nuova istituzione occorre anzitutto individuare e delimitare con precisione la funzione che ad esso è stata assegnata dal legislatore.

Al riguardo si può tranquillamente sostenere – come d'altra parte si evince dai lavori preparatori del provvedimento normativo – che l'istituto in questione ha una funzione informativa – e direi soltanto informativa – al fine di assicurare maggiore trasparenza e certezza giuridica, in relazione alle procedure concorsuali ed espropriative immobiliari e agli strumenti di gestione della crisi.

Ovviamente, una rilevanza informativa presentano anche altri registri già in uso nel nostro ordinamento, a cominciare dal registro delle imprese, che tuttavia si differenzia, sul piano funzionale, dal nuovo registro, in quanto il primo costituisce lo strumento elettivo di pubblicità legale delle imprese, che è volto ad assicurare l'opponibilità ai terzi dei dati iscritti, anche per quanto concerne gli elementi per i quali tale forma di pubblicità è prescritta dalla legge fallimentare e dalle altre normative in materia concorsuale; stesso discorso vale per i pignoramenti immobiliari, in relazione all'iscrizione nei pubblici registri immobiliari, che pure ha funzione di pubblicità legale con efficacia dichiarativa.

In questi termini, il registro istituito con il D.L. n. 59/2016 deve essere mantenuto ben distinto dai preesistenti strumenti di pubblicità, altrimenti vi sarebbe stata un'inutile duplicazione di istituti e (quindi) di incombenze, tale da determinare non solo inefficienza e confusione, ma addirittura un'alterazione del complesso sistema di pubblicità legale operante nel nostro ordinamento, a cominciare dal regime pubblicitario che riguarda

⁽¹³⁾ In prospettiva, occorre tenere presente che il disegno di legge delega di riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, approvato dalla Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017, prevede l'istituzione di una piattaforma telematica gestita a livello nazionale per la vendita dei beni nell'ambito delle procedure concorsuali (art. 7, comma 9), per cui, una volta istituita tale piattaforma, sarà necessario assicurare un coordinamento della stessa con il registro informatizzato introdotto dal D.L. n. 59/2016.

⁽¹⁴⁾ Disegno di legge delega recante disposizioni per l'efficienza del processo civile, approvato dalla Camera dei Deputati in data 10 marzo 2016.

gli immobili (artt. 2643 ss. cod. civ.), cui è collegata anche l'efficacia costitutiva delle iscrizioni ipotecarie, che appunto vengono effettuate sempre nei registri immobiliari (art. 2808, comma 2, cod. civ.).

Assodata la funzione meramente informativa del registro in esame, andando ad approfondire maggiormente la *ratio* dell'istituto, si deve ritenere che esso miri ad offrire adeguate e maggiori informazioni prioritariamente nell'interesse dei creditori, nonché per le esigenze di ufficio dei giudici e degli organi delle procedure, ma anche, più in generale, nell'interesse degli operatori economici, così da favorire altresì lo sviluppo di un mercato (per così dire) virtuoso dei "crediti deteriorati", noti come *non performing loans* (con acronimo *NPL*)⁽¹⁵⁾.

In realtà, quest'ultima sembra essere stata la prioritaria preoccupazione del legislatore, come emerge dal dibattito istituzionale, da cui risulta che l'istituzione di un registro elettronico presso il Ministero della giustizia è concepita nell'ottica di risolvere il delicato problema del *gap* informativo relativo alle procedure e agli strumenti che riguardano i debitori, superando in particolare gli attuali ostacoli nell'accesso a tali informazioni da parte dei potenziali acquirenti dei crediti in sofferenza⁽¹⁶⁾.

Sempre dai lavori preparatori risulta che la norma si propone altresì di dare attuazione al nuovo Reg. UE 2015/848, che ha imposto agli Stati membri di creare uno o più registri elettronici, accessibili gratuitamente a tutti, contenenti alcune informazioni relative alle procedure di insolvenza. Ciò è stato reputato opportuno alla luce del fatto che molte delle informazioni che il Reg. UE 2015/848 prevede siano rese pubbliche sono funzionali anche all'obiettivo di fornire al mercato informazioni a supporto della domanda di *NPL* e, in ogni caso, in considerazione della inopportunità di una "proliferazione" dei registri.

Si legge, quindi, nella Relazione governativa che, in una prospettiva di supporto alla domanda di *NPL*, è fondamentale intervenire al fine di superare l'attuale opacità del sistema verso i possibili acquirenti. Tale opacità rappresenta, infatti, un ostacolo allo sviluppo di un mercato dei crediti deteriorati poiché impedisce ai potenziali acquirenti di ottenere le informazioni necessarie per valutare il valore di tali crediti e individuarne i titolari o, comunque, impone costi (in termini di dispendio di risorse e di tempo) che possono scoraggiare la formulazione di un'offerta e, in ogni

⁽¹⁵⁾ Per approfondimenti si consulti, fra gli altri, B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 641 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Senato della Repubblica XVII Legislatura – Fascicolo Iter DDL n. 2362.

caso, riducono la valutazione di mercato dei *NPL* (che scontano il costo per l'informazione e la intuibile ridotta concorrenza).

L'introduzione di un registro che renda accessibile al pubblico le informazioni e i documenti relativi alle procedure concorsuali e agli strumenti di gestione della crisi, con l'intento di creare i presupposti per lo sviluppo di un mercato dei *non performing loans*, trova ampio riscontro nell'esperienza già maturata in altri ordinamenti. Negli Stati Uniti, ad esempio, è operativo da alcuni decenni un *database* pubblico chiamato PACER, *Public access to court electronic records*, attraverso il quale è possibile acquisire informazioni dettagliate sulle procedure (non solo fallimentari) incardinate presso le corti americane. Tale *database* è molto utilizzato da fondi e banche d'investimento, consulenti finanziari, studi legali e altri soggetti che a vario titolo sono interessati a ricevere informazioni sui *NPL* ⁽¹⁷⁾.

In quest'ottica, secondo quanto esplicitato durante l'*iter* istituzionale di elaborazione del nuovo strumento informativo, l'intervento del legislatore italiano si propone, all'insegna della trasparenza, di dare attuazione al nuovo Reg. 2015/848 sulle insolvenze transfrontaliere, per quanto concerne la pubblicità, e di fornire ai soggetti interessati adeguate informazioni relative ai "crediti deteriorati", anche al fine di favorire la creazione di un apposito mercato degli stessi.

C'è chi, però, tende ad enfatizzare impropriamente una destinazione della norma rispetto alle esigenze del settore bancario, per cui vorrebbe collocare il registro in questione nell'ambito di un preciso disegno finalizzato esclusivamente a realizzare un'efficace vigilanza sugli intermediari bancari e finanziari e sulla stabilità dello specifico mercato in cui operano, così da giustificare l'accesso al registro da parte della Banca d'Italia. Una simile opzione ricostruttiva, tuttavia, non può essere del tutto condivisa. Al di là delle formule descrittive impiegate, la disposizione assicura una funzione informativa di portata più generale, non circoscritta ad esigenze contingenti, né è a vantaggio soltanto di soggetti qualificati, in quanto il nuovo registro elettronico dei debitori, in linea con le prescrizioni contenute nel Reg. UE 2015/8489, è volto alla razionalizzazione degli strumenti

⁽¹⁷⁾ L'archivio PACER è consultabile *on-line* (<https://pacer.login.uscourts.gov/csologin/login.jsf>). L'accesso all'archivio è subordinato ad una previa registrazione e attribuzione di *password* ed è consentito, con diversa ampiezza delle informazioni consultabili, a varie categorie di soggetti (in particolare: avvocati e utenti individuali che vi abbiano interesse). Esso permette la consultazione in tempo reale di pressoché tutti i documenti relativi a ciascuna procedura.

di tutela del credito, nonché allo svolgimento efficiente delle procedure concorsuali e degli altri strumenti, anche negoziali, finalizzati al soddisfacimento dei creditori, specie sotto il profilo dell'informazione.

Pertanto, sebbene non vi sia dubbio che – come si legge nella Relazione di accompagnamento al provvedimento – la disponibilità di informazioni accurate sullo stato delle procedure esecutive di crisi è essenziale per l'autorità di vigilanza sul settore creditizio, poiché consente un efficace monitoraggio sulle posizioni di rischio degli intermediari bancari e finanziari a tutela della stabilità complessiva del sistema finanziario, cionondimeno il ruolo della Banca d'Italia andrebbe ridimensionato, in quanto tale autorità – nonostante la formulazione non molto felice della norma in esame – si colloca semplicemente tra i vari destinatari delle informazioni, come soggetto qualificato che può attingere ai dati ad accesso limitato, in quanto una simile prerogativa rientra nella sua funzione istituzionale di vigilanza⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, al di là degli intenti manifestati in sede governativa, da una valutazione obiettiva che trascende le contingenti esigenze di politica del diritto, appare evidente che il nuovo registro va ben oltre una funzione meramente conoscitiva, in quanto opera a tutela dei creditori, attraverso l'efficienza degli strumenti di soddisfacimento delle loro ragioni, anche in termini di trasparenza, in una logica di attuazione di quanto disposto al riguardo dall'UE all'insegna di un processo di armonizzazione normativa fra i Paesi membri.

In tal senso, l'introduzione del registro è utile soprattutto per quei soggetti interessati ad acquisire informazioni che non possono avvalersi di altre fonti di conoscenza. Così, mentre nel fallimento e nel concordato preventivo liquidatorio i creditori concorrenti hanno a disposizione gli strumenti informativi contemplati, rispettivamente, dagli artt. 33, comma 5, e 182, comma 6, legge fallim. (come modificati dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221)⁽¹⁹⁾, in tutte le

⁽¹⁸⁾ Sulla funzione di vigilanza della Banca d'Italia si veda, per tutti, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, V ed., Bologna, 2012, p. 125 ss.

⁽¹⁹⁾ Nel fallimento e nel concordato liquidatorio, con una periodicità semestrale, rispettivamente dalla data del deposito della prima relazione del curatore sulle cause del dissesto e sulle responsabilità del fallito e dalla data del decreto di omologazione del concordato con cui viene nominato il liquidatore, il curatore e il liquidatore giudiziale devono redigere un rapporto riepilogativo delle attività svolte, accompagnato dal conto della gestione, trasmettendone copia al comitato dei creditori (che può formulare osservazioni scritte). La relazione periodica viene poi inviata dal curatore a tutti i creditori e dal liquidatore al commissario giudiziale, il quale a sua volta le trasmette ai creditori.

altre procedure e procedimenti, come il concordato in continuità aziendale, gli accordi di ristrutturazione dei debiti (nelle diverse varianti), il piano attestato di risanamento e il piano dei soggetti non fallibili (consumatori *in primis*), gli interessati non dispongono di informazioni relative allo svolgimento della procedura e alla liquidazione dei beni.

In questa prospettiva, il registro di nuova istituzione, con le informazioni che consente di offrire, potrà essere utile per una valutazione dei *non performing loans*, anche ai fini di una loro cessione. Invero, è indubbio che la possibilità di disporre di tali dati dovrebbe avere effetti positivi sulla cessione dei crediti deteriorati, in modo da agevolarne il recupero, contribuendo, altresì, a rafforzare la stabilità finanziaria degli istituti di credito.

Alla luce di queste precisazioni, si può dire che, in sostanza, l'istituzione del registro delle procedure e degli strumenti abbia una duplice finalità: la prima, di portata generale, è quella di ammettere soggetti interessati, che sino ad oggi non ne hanno beneficiato, a una serie di informazioni utili a rendere più trasparente sia le procedure esecutive individuali e collettive, sia le procedure e gli strumenti di risanamento. In tal senso, la creazione del registro in questione rientra fra le misure che i Considerando 76 e 77 del Reg. UE 2015/848 richiamano al fine di rendere più efficiente e informata la gestione delle insolvenze transfrontaliere, a beneficio sia dei creditori che dei giudici, ed evitare altresì l'apertura di inutili procedure parallele.

La seconda finalità, invece, più circoscritta e contingente, è quella – sulla quale si sofferma maggiormente la Relazione di accompagnamento al decreto – di favorire la creazione di un mercato dei *non performance loans*, consentendo ai soggetti interessati al loro acquisto di disporre di un adeguato *set* informativo, senza dover sopportare costi eccessivi e difficoltà spesso insuperabili, così da metterli in condizione di stimare il valore di tali crediti e identificare i titolari da cui eventualmente poterli acquistare.

3. *Ambito applicativo.*

L'ambito di applicazione del nuovo istituto è decisamente molto ampio, in quanto, da un punto di vista soggettivo, non riguarda solo ogni tipologia di imprenditore, ma anche i consumatori e altri debitori non fallibili, mentre, sul piano oggettivo, l'art. 3, comma 2, elenca una molteplicità di procedure e procedimenti o strumenti, le cui informazioni e documenti dovranno essere resi pubblici, e cioè: l'espropriazione forzata immobiliare; le procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare, ossia il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta ammi-

nistrativa; i procedimenti di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. (a prescindere dalla natura, concorsuale o negoziale, loro riconosciuta); i piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., solo però qualora vengano pubblicati nel registro delle imprese; l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza disciplinate dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e la sua variante costituita dalla ristrutturazione industriale di cui al D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 febbraio 2004, n. 39; ancora, le procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti, di piano del consumatore e di liquidazione dei beni previsti dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3, relativa alla gestione del sovraindebitamento del consumatore e degli altri soggetti non fallibili.

Pur in presenza di una formula ad ampio spettro applicativo, tendenzialmente omnicomprendensiva, vi sono fattispecie che non sono espressamente previste dalla norma, la cui inclusione o esclusione andrebbe attentamente ponderata sul piano ricostruttivo. Si pensi agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria, entrambi contemplati dall'art. 182-*septies* legge fallim., introdotto recentemente dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132⁽²⁰⁾.

Con riguardo agli accordi con intermediari finanziari, sebbene non siano indicati nell'art. 3 del D.L. n. 59/2016, si deve ritenere che gli stessi siano ricompresi nella previsione normativa, in quanto costituiscono una *species* o una variante degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* legge fallim.⁽²¹⁾

Il discorso, invece, si presenta un po' più problematico per la convenzione di moratoria contemplata dal comma 5 dell'art. 182-*septies* legge fallim., la quale presenta natura e struttura differenti dall'istituto regolato dall'art. 182-*bis* legge fallim.⁽²²⁾, in quanto consiste in un accordo stragiudiziale tra il debitore e una o più banche o intermediari finanziari,

⁽²⁰⁾ Si vedano, fra gli altri, D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2015, p. 72 ss.; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 517 ss.; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, 2015, p. 66 ss.

⁽²¹⁾ Così P. VALENSISE, *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, in M. SANDULLI-G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 288.

⁽²²⁾ Sul punto, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini-riforma*, cit., p. 73 s.

rispetto al quale mancano una serie di elementi che, viceversa, ricorrono nelle altre procedure considerate dalla norma e devono essere pubblicati nel registro elettronico o nel registro delle imprese. Difatti, solo la relazione dell'ausiliario professionista, revisore legale, iscritto nell'apposito albo professionale, che attesta l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria è trasmessa al pubblico ministero e pubblicata nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 161, comma 5, legge fallim., nell'ipotesi in cui, a seguito di opposizioni dei non aderenti, vi sia l'intervento del tribunale e quindi il procedimento diventi giudiziale. A parte questo, la convenzione di moratoria non determina una riduzione del debito (come invece può avvenire per l'accordo di ristrutturazione dei debiti), in quanto si limita ad assicurare in via contrattuale il c.d. *stand still* per un certo periodo di tempo, durante il quale viene garantita l'operatività corrente e concessa all'imprenditore la possibilità di definire un piano finanziario e/o industriale volto al risanamento⁽²³⁾. In questo arco temporale, peraltro, gli interessi sul debito possono essere congelati o ridotti, ma la protezione del debitore dalle aggressioni dei creditori dipende dal contenuto della convenzione e non vi è un *automatic stay*, come invece previsto per gli accordi di ristrutturazione dei debiti dall'art. 182-*bis*, comma 3, legge fallim.⁽²⁴⁾. Tuttavia, nonostante la fattispecie di cui all'art. 182-*septies*, comma 5, legge fallim. abbia natura diversa da quelle contemplate dall'art. 3 del D.L. n. 59/2016, dovrebbe comunque essere pubblicata nel nuovo registro elettronico, quanto meno nella sezione ad accesso limitato, anche per consentire alla Banca d'Italia di vigilare adeguatamente sulla sana e prudente gestione degli intermediari finanziari sottoposti alla sua vigilanza che aderiscono alla convenzione.

Restano, invece, senz'altro fuori dall'ambito operativo del sistema informativo di nuova istituzione le esecuzioni mobiliari e i pegni presso terzi, probabilmente perché reputati dal legislatore di scarsa rilevanza per i creditori e i soggetti interessati all'acquisto di crediti deteriorati. Ciò è in parte opinabile, quanto meno in relazione all'opportunità di pubblicare le informazioni sulle procedure che riguardano il nuovo pegno non possessorio di cui all'art. 1 del D.L. n. 59/2016, per il quale peraltro è previsto un apposito registro informatizzato (che ha lo scopo di assicurarne l'effi-

(23) *Amplius* M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, p. 1269 ss.

(24) Cfr. M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 1457 ss.

cacia verso i terzi), e il patto marciano relativo al finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato ai sensi del nuovo art. 48-*bis* del D.Lgs., 1 settembre 1993, n. 385, che pure è reso pubblico attraverso i registri immobiliari.

Da una valutazione complessiva delle fattispecie per cui è stato creato il nuovo registro sembra mancare una logica di coerenza, dal momento che non si tratta di uno strumento di informazione circoscritto soltanto alle procedure concorsuali, in quanto riguarda anche l'esecuzione forzata individuale, benché solo quella immobiliare⁽²⁵⁾; non è un registro delle sole procedure esecutive, individuali (immobiliari) e collettive, comprendendo gli strumenti di composizione negoziale della crisi, che non sono sempre procedure giudiziali o amministrative in senso tecnico, ma meri procedimenti o fattispecie di altro tipo, come i piani di risanamento e (per chi segua la tesi della loro natura negoziale, piuttosto che concorsuale) gli accordi di ristrutturazione dei debiti in tutte le possibili varianti contemplate dalla legge; neppure è un registro che riguarda solo gli imprenditori, e quindi riservato alla "pubblicità commerciale", dal momento che si riferisce anche ai consumatori e ad altri "debitori civili" non fallibili⁽²⁶⁾.

Tuttavia, nonostante la varietà di fattispecie considerate, si può riscontrare fra loro un comune denominatore, che ne assicura una certa omogeneità, nel fatto che tutte riguardano i rapporti obbligatori relativi a debitori in difficoltà economico-finanziaria, in vista di una maggiore efficienza, anche in termini di trasparenza e informazione, della tutela coattiva delle ragioni creditorie o della regolazione consensuale dei rapporti obbligatori.

In questa prospettiva, si giustifica una previsione normativa di portata trasversale e ad ampio spettro, che è stata pensata per i debitori insolventi o in crisi, in relazione alle procedure esecutive immobiliari e collettive a cui sono sottoposti, nonché agli strumenti di composizione della crisi che li riguardano.

(25) La previsione di un regime pubblicitario unitario evoca una certa assimilazione, proposta soprattutto in passato dalla dottrina specialistica, tra procedura esecutiva (individuale) e procedure concorsuali che determinano effetti ablatori sul patrimonio dell'imprenditore insolvente, a cominciare dal fallimento, anche qualificate "procedure espropriative": si veda, ad esempio, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2545.

(26) Ciò sembra rispondere a un principio di unitarietà di trattamento normativo dell'insolvenza, che si sta affermando nelle legislazioni più recenti, ma recepito solo in parte nell'ordinamento italiano: cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, IIed., Padova, 2016, p. 36 s.

In una visione sistematica, poi, che tenga conto delle future linee evolutive del diritto concorsuale italiano, l'istituzione del nuovo registro sembra segnare, in termini generali, la linea di confine, che si vorrebbe introdurre nel nostro ordinamento, tra misure private e riservate per affrontare la crisi e strumenti caratterizzati dall'intervento di una pubblica autorità e ufficialmente pubblicizzati.

Nel primo ambito si collocano gli istituti pensati per incentivare l'emersione anticipata della crisi e agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditore, ossia le misure di allerta e prevenzione contemplate dal disegno di legge delega predisposto dalla c.d. Commissione Rordorf⁽²⁷⁾. Proprio dai principi delineati in tale disegno si evince chiaramente che quelle misure devono essere private e riservate, come si legge nell'art. 4, che parla di «*procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale*», e com'è pure ribadito nella relativa Relazione esplicativa⁽²⁸⁾. Al riguardo, è quasi superfluo evidenziare che favorire l'emersione anticipata della crisi non significa certo pubblicizzare la stessa, che difatti deve essere segnalata soltanto a specifici soggetti qualificati: in tal senso, l'art. 4, lett. e) la considera un'attivazione «*in via riservata e confidenziale*», atteso che, in questa fase, evidentemente, la pubblicità è controproducente⁽²⁹⁾.

Si tenga presente, però, che, in base all'art. 4, lett. g), del suddetto disegno di legge delega, l'autorità giudiziaria, su richiesta del debitore, può concedergli misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso, per le quali il legislatore delegato, secondo quanto espressa-

(27) Si veda, fra gli altri, M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallimento*, 2016, p. 1032 ss.

(28) Nella Relazione di accompagnamento si precisa che le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi «siano contrassegnate da confidenzialità» e ne viene «sottolineato il carattere confidenziale».

(29) Precedentemente il disegno di legge delega, nella versione presentata alla Camera dei Deputati in data 11 marzo 2016, prevedeva, nell'ipotesi in cui lo strumento di allerta e prevenzione non avesse avuto esito positivo, l'intervento dell'autorità giudiziaria per la convocazione del debitore e l'affidamento ad un professionista dell'incarico di verificare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa; era previsto, altresì, che qualora, all'esito della verifica, fosse risultato lo stato di crisi, il giudice avrebbe assegnato un termine per l'individuazione dei rimedi necessari, ordinando, in caso di mancata adozione degli stessi, la pubblicazione della relazione del professionista nel registro delle imprese: al riguardo si vedano le perplessità manifestate da G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fallimento*, 2016, p. 386 s., secondo cui questa soluzione «sembra tradire le finalità di garanzia e riservatezza e soprattutto la natura non giudiziale delle procedure di allerta e composizione della crisi»; nei medesimi termini, M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2016, p. 267.

mente previsto, dovrà disciplinare (tra l'altro) il relativo regime di pubblicità.

Pertanto, *de iure condendo*, allorché le procedure di allerta e composizione assistita della crisi vengano effettivamente introdotte nel nostro ordinamento nei termini prospettati, sarebbe opportuno prevedere, con apposita disposizione, che le misure protettive eventualmente accordate al debitore dal giudice siano pubblicizzate attraverso l'iscrizione nel registro istituito dal D.L. n. 59/2016, anzitutto per mettere i creditori in condizione di venirne a conoscenza.

4. *Struttura e contenuti.*

Da un punto di vista strutturale, il registro di recente istituzione è composto da due sezioni, di cui una pubblica, consultabile gratuitamente, ed una ad accesso limitato e oneroso (a parte specifiche esenzioni da individuare in fase di attuazione dell'istituto).

Sul piano contenutistico, il comma 3, lett. a) del decreto, come convertito, stabilisce che nella sezione del registro ad accesso pubblico sono rese disponibili in forma elettronica, in relazione alla tipologia di procedura o strumento di cui al precedente comma 2, le informazioni e i documenti di cui all'art. 24, paragrafo 2, del Reg. UE 2015/848, nonché le altre informazioni rilevanti in merito ai tempi e all'andamento di ciascuna procedura o strumento e, ancora, le informazioni e i provvedimenti di cui all'art. 28, comma 4, secondo periodo, legge fallim.

Il comma 3 stabilisce poi alla lett. b) che, *«relativamente alle procedure di espropriazione forzata immobiliare, nella sezione del registro ad accesso pubblico sono disponibili in forma elettronica le informazioni e i documenti individuati con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto⁽³⁰⁾. Nella individuazione delle informazioni il decreto tiene conto, a fini di tutela della stabilità finanziaria, anche della loro rilevanza per una migliore gestione dei crediti deteriorati da parte degli intermediari creditizi e finanziari»*.

Inoltre, la lett. c) del medesimo comma prevede che *«nella sezione del registro ad accesso limitato sono resi disponibili in forma elettronica le*

⁽³⁰⁾ Tenuto conto che la legge di conversione n. 119/2016 è entrata in vigore il 3 luglio 2016, il decreto dirigenziale avrebbe dovuto essere adottato entro il 31 ottobre 2016, ma ad oggi non risulta che sia stato ancora emanato.

informazioni e i documenti relativi a ciascuna procedura o strumento di cui al comma 2, individuati con il decreto dirigenziale di cui alla lettera b)».

Per quanto concerne, quindi, le notizie da iscrivere nella sezione ad accesso pubblico del registro, in relazione a quanto disposto dall'art. 24, paragrafo 2, del Reg. UE 2015/848 con riguardo alle “informazioni obbligatorie”, occorre considerare la data di apertura della procedura, il tipo di procedura aperta, il giudice e il numero della stessa, il fondamento giuridico che ne giustifica l'apertura, il nome e la natura giuridica del debitore, il nominativo del soggetto incaricato di gestire la procedura, il termine per l'insinuazione dei crediti, la data di chiusura della procedura, nonché il giudice competente per l'impugnazione⁽³¹⁾.

Al riguardo, va tenuto presente che il legislatore europeo ha fissato una regola dal limitato contenuto precettivo, indicando le informazioni di base da inserire nei registri e lasciando alle autorità nazionali la possibilità di prevedere la inclusione di ulteriori dati (come – ad esempio – le interdizioni degli amministratori in relazione all'insolvenza). Questo significa che, nella prospettiva europea, non tutte le informazioni relative alla procedura concorsuale saranno accessibili direttamente dai creditori e che, per quelle non obbligatorie, resta la possibilità per gli Stati membri di limitarne l'accesso soltanto alle autorità competenti.

Sempre secondo il Reg. UE 2015/848, gli Stati sono, inoltre, tenuti ad assicurare che le informazioni obbligatorie siano accessibili gratuitamente

⁽³¹⁾ L'art. 24, paragrafo 2, del Reg. UE 2015/848 indica le seguenti “informazioni obbligatorie” da pubblicare nei “registri fallimentari”:

- «a) la data di apertura della procedura d'insolvenza;*
- b) il giudice che ha aperto la procedura d'insolvenza e il numero di causa, se del caso;*
- c) il tipo di procedura d'insolvenza aperta di cui all'allegato A e, se del caso, eventuali pertinenti sottotipi di tale procedura aperta a norma del diritto nazionale;*
- d) se la competenza per l'apertura della procedura si fonda sull'articolo 3, paragrafo 1, sull'articolo 3, paragrafo 2, o sull'articolo 3, paragrafo 4;*
- e) se il debitore è una società o una persona giuridica, il nome del debitore, il relativo numero di iscrizione, la sede legale o, se diverso, il recapito postale;*
- f) se il debitore è una persona fisica che esercita o non esercita un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, il nome del debitore, il relativo numero di iscrizione, se del caso, e il recapito postale o, laddove il recapito sia riservato, il luogo e la data di nascita;*
- g) il nome, il recapito postale o l'indirizzo di posta elettronica dell'amministratore, se del caso, nominato nella procedura;*
- h) il termine per l'insinuazione dei crediti, se del caso, o il riferimento ai criteri per il calcolo di tale termine;*
- i) la data di chiusura della procedura principale di insolvenza, se del caso;*
- j) il giudice dinanzi al quale e, se del caso, il termine entro il quale presentare richiesta di impugnazione della decisione di apertura della procedura d'insolvenza ai sensi dell'articolo 5, o un riferimento ai criteri per il calcolo di tale termine».*

(art. 27, paragrafo 1), mentre solo per i dati aggiuntivi possono prevedere una «tariffa di importo ragionevole per l'accesso ai documenti o alle informazioni» (art. 27, paragrafo 2).

Invece, per quanto concerne i dati relativi alle persone fisiche che non esercitano attività imprenditoriale o professionale indipendente (consumatori), gli Stati membri possono prevedere criteri di ricerca supplementari e subordinare l'accesso a una richiesta di un'autorità competente, così come alla verifica di un legittimo interesse (art. 27, paragrafi 3 e 4).

A parte le «informazioni di rilevanza europea», nella parte ad accesso pubblico del nuovo registro italiano sono rese disponibili – secondo una formula normativa di chiusura, invero alquanto concisa e generica – «*le altre informazioni rilevanti in merito ai tempi e all'andamento di ciascuna procedura o strumento*».

In riferimento, poi, all'art. 28, comma 4, secondo periodo, legge fallim., occorre considerare talune delle informazioni che sono destinate ad essere inserite in un apposito registro istituito presso il Ministero della Giustizia, che però non ha ancora visto la luce e ora parte del suo contenuto è stato indirizzato dal legislatore verso il nuovo registro elettronico.

Sul punto, è appena il caso di segnalare che, originariamente, il D.L. n. 59/2016 richiamava per intero l'ultimo comma dell'art. 28 legge fallim., che – come è noto – è stato inserito tra le disposizioni che riguardano i «*Requisiti per la nomina a curatore*» dal D.L. n. 83/2015, convertito con modifiche dalla L. n. 132/2015, e prevede che: «*È istituito presso il Ministero della giustizia un registro nazionale nel quale confluiscono i provvedimenti di nomina dei curatori, dei commissari giudiziali e dei liquidatori giudiziali. Nel registro vengono altresì annotati i provvedimenti di chiusura del fallimento e di omologazione del concordato, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse. Il registro è tenuto con modalità informatiche ed è accessibile al pubblico*».

Senonché, in sede di conversione in legge del D.L. n. 59/2016, l'originario rinvio «*all'articolo 28, quinto comma*» della legge fallimentare è stato corretto e delimitato in modo da fare riferimento al «*quarto comma, secondo periodo*», tenuto conto che il comma 2 dell'articolo in questione era stato abrogato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, per cui il richiamo al comma 5 non era esatto.

Pertanto, il rinvio all'art. 28 legge fallim., contenuto nel testo definitivo dell'art. 3 della legge di conversione del 2016, riguarda ora esclusivamente i provvedimenti di chiusura dei fallimenti e quelli di omologazione dei concordati, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure

chiuso, ma non più, invece, i provvedimenti di nomina di curatori, commissari giudiziali e liquidatori giudiziali.

È evidente che, nel passaggio da un registro all'altro, l'originaria finalità della norma inserita nella legge fallimentare è stata sostanzialmente snaturata. Invero, il registro contemplato dall'art. 28 legge fallim., che esorbita dal perimetro di operatività delle disposizioni europee, è stato specificamente pensato per fornire informazioni relative agli organi di gestione delle procedure concorsuali, sebbene limitatamente a quelle giudiziali e non anche per quelle amministrative, al fine di assicurare maggiore trasparenza sugli incarichi conferiti dai tribunali⁽³²⁾. In tal senso, l'indicazione della chiusura avrebbe consentito di verificare la durata della procedura e gli incarichi in corso, verosimilmente proprio per garantire una più equilibrata ripartizione degli stessi⁽³³⁾.

Come è stato opportunamente segnalato dalla dottrina in relazione all'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 28 legge fallim., non si comprende la mancata previsione di analogo registro per gli incarichi ricoperti nelle procedure concorsuali amministrative (ossia liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria nelle sue diverse varianti)⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ La registrazione contemplata dalla legge fallimentare non sembra sia stata, invece, pensata per consentire di verificare capacità e competenze degli organi delle procedure giudiziali, come da taluno sostenuto (D. SPAGNUOLO, *La nuova disciplina degli organi del fallimento*, in M. SANDULLI-G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 69 s.), quanto piuttosto per monitorare il numero di incarichi e i relativi compensi, in modo da contenere il fenomeno diffuso, soprattutto in determinati tribunali, di affidare la gestione delle procedure concorsuali, specie quelle più ricche e remunerative, sempre agli stessi professionisti. È vero che i nominativi dei professionisti investiti degli incarichi in questione già risultano dal registro delle imprese, ma il sistema pensato dal legislatore del 2015 mira a consentire di verificare complessivamente quanti incarichi ha ricevuto ciascuno e quali sono i compensi liquidati per ogni procedura chiusa, in relazione alla sua rilevanza, verificata sulla base dell'ammontare dell'attivo e del passivo, tenuto conto che il compenso del professionista viene determinato, fra l'altro, anche in proporzione all'attivo realizzato e al passivo accertato (cfr. D.m. del Ministero della Giustizia, 25 gennaio 2012, n. 30).

⁽³³⁾ Del resto, diversi sono gli appositi elenchi che ritroviamo nella prassi di alcuni tribunali, nei quali si iscrivono i professionisti che intendono ricevere incarichi nell'ambito delle procedure concorsuali. Si tenga presente, poi, che il disegno di legge delega di riforma organica delle discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa prevede, tra i principi generali, l'istituzione presso il Ministero della giustizia di un apposito albo dei soggetti (costituiti anche in forma associata o societaria) destinati a svolgere, su incarico del tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure concorsuali, con indicazione dei requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza necessari per l'iscrizione [art. 2, lett. o)].

⁽³⁴⁾ Così, fra gli altri, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini-riforma*, cit., p. 81 s.

La questione, tuttavia, oggi è stata in parte risolta dal D.L. n. 59/2016, a seguito dell'accorpamento di informazioni in un nuovo registro unico che riguarda tutte le procedure concorsuali, nel quale devono essere comunque riportati anche i nominativi degli organi di gestione delle procedure amministrative, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 3, del decreto legge, che rinvia al contenuto dell'art. 24, paragrafo 2, del Reg. n. 848/2015 ⁽³⁵⁾.

A parte queste riserve, occorre evidenziare che il riferimento al secondo periodo del comma 4 dell'art. 28 legge fallim. appare alquanto rilevante, sul piano conoscitivo, in relazione ad alcuni aspetti significativi delle procedure concorsuali, a cominciare dagli effetti esdebitatori che derivano dalla chiusura della procedura concorsuale, che si verificano in ogni caso con l'omologazione del concordato preventivo e del concordato fallimentare, ma anche qualora, chiuso il fallimento ai sensi dell'art. 118 legge fallim., il fallito persona fisica ottenga l'esdebitazione di cui agli artt. 142 ss. legge fallim. in presenza dei relativi requisiti di meritevolezza.

Nella sezione ad accesso limitato vengono pubblicati tutti gli atti relativi alle procedure e agli strumenti di cui alla norma, salve le limitatissime eccezioni individuate dal decreto attuativo in relazioni alle esigenze di riservatezza del contenuto di alcune tipologie di documenti o dall'assenza, già *ex ante* percepibile, di qualsiasi valore informativo per i terzi.

Da un'analisi combinata delle disposizioni richiamate è possibile riscontrare che il registro in esame non riguarda solo informazioni economiche, ma concerne anche informazioni attinenti la procedura ed il procedimento, come la tipologia, il numero di ruolo e la data di apertura e chiusura della procedura, gli organi a cui è affidata. Anzi, le notizie economiche appaiono marginali rispetto alle informazioni sugli aspetti tecnici e procedurali, che risultano decisamente prevalenti. Ciò è comprensibile se si considera la finalità dell'istituto, che è volto a far conoscere innanzi tutto ai creditori, ma anche agli altri operatori economici, le procedure esecutive immobiliari e concorsuali in corso nei confronti dei loro debitori o *partners* attuali o potenziali, nonché l'attivazione di eventuali strumenti di composizione negoziale della crisi che riguardano tali soggetti. Il mezzo di informazione in questione non sembra, invece, indirizzato a

⁽³⁵⁾ In tal senso, M. DI LAURO, *Procedure esecutive: l'intenzione di sveltire ancora non decolla*, in *Guida dir.*, 2016, n. 26, p. 13, è stato tra i primi a segnalare (non appena emanato il decreto legge) l'importanza di indicare nel nuovo registro elettronico anche i nominativi dei professionisti designati (spesso ripetutamente) dal Ministero dello sviluppo economico per le procedure concorsuali amministrative.

fornire elementi economici più dettagliati e specifici, come le percentuali offerte ai creditori in sede concordataria oppure l'attivo e il passivo fallimentari, che infatti sono riportati nel registro soltanto relativamente alle procedure chiuse⁽³⁶⁾.

Sempre, poi, sul piano contenutistico, è di grande importanza quanto stabilito in merito al delicato rapporto tra esigenze di trasparenza e tutela della riservatezza, che viene ragionevolmente regolato nel senso di accordare prevalenza a quest'ultima, peraltro prevedendo che il giudice delegato o il tribunale, su richiesta dei soggetti interessati o d'ufficio, possano limitare la pubblicazione di documenti nel caso in cui sia dimostrata la necessità che gli stessi rimangano riservati; qualora, invece, tali documenti siano già stati pubblicati, l'accesso agli stessi potrà essere sospeso sino a quando gli organi competenti non abbiano assunto una decisione definitiva sulla necessità o meno della loro riservatezza (art. 3, comma 6).

La prioritaria esigenza di preservare la riservatezza non è certo una novità, ma è in linea con quanto previsto in diversi testi normativi recenti, anche a livello comunitario (da ultimo lo stesso Regolamento UE 2015/848), e nel progetto di riforma della Commissione Rordorf. Piuttosto, la vera novità degna di nota è rappresentata dall'individuazione di efficaci strumenti proattivi di tutela della *privacy* e della riservatezza dei dati, che orientativamente prevale rispetto al valore della trasparenza, riconoscendo un ruolo fondamentale all'autorità giudiziaria, il cui intervento è attivabile anche d'ufficio.

5. *Efficacia giuridica.*

Per quanto concerne il regime giuridico dell'iscrizione nel registro introdotto dal D.L. n. 59/2016, in mancanza di espressa indicazione normativa, si potrebbe essere tentati di considerare il nuovo istituto come un più evoluto strumento di pubblicità legale con efficacia dichiarativa. Una simile opzione ricostruttiva è, tuttavia, da escludere, in quanto, tenuto conto della funzione esclusivamente informativa assolta dal registro in questione, si deve ritenere che l'iscrizione nello stesso abbia mera efficacia di pubblicità-notizia⁽³⁷⁾, costituendo, cioè, uno strumento di conoscenza per i terzi di determinate notizie relative a procedure esecutive immobi-

⁽³⁶⁾ Ridimensiona la rilevanza di tali informazioni F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini-riforma*, cit., p. 82.

⁽³⁷⁾ Così, con riguardo al registro previsto dal Reg. UE 2015/848, P.P. FERRARO, *Il sistema di pubblicità europeo delle insolvenze transfrontaliere*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 42 s.

liari, procedure concorsuali e strumenti di composizione negoziale della crisi.

In questa prospettiva va affrontato il problema del rapporto del nuovo istituto con altri registri e forme di pubblicità preesistenti, con particolare riferimento al registro delle imprese e ai registri immobiliari, che non hanno soltanto una finalità informativa.

Al riguardo, si deve anzitutto ritenere che il registro introdotto dal decreto del 2016 non interferisce con il sistema di pubblicità legale delle procedure concorsuali basato sul registro delle imprese. Nonostante qualche contraria esternazione di taglio giornalistico, è chiaro che il nuovo registro affianca, e non sostituisce, né si sovrappone al registro delle imprese⁽³⁸⁾. Pertanto, la conoscenza legale, ossia l'opponibilità ai terzi, relativamente alle procedure concorsuali, continua ad essere assicurata dall'iscrizione nel registro delle imprese, così come la pubblicità legale relativa ai pignoramenti immobiliari è sempre realizzata attraverso l'iscrizione nei pubblici registri immobiliari⁽³⁹⁾.

Ciò è in linea, a ben vedere, con quanto stabilito dalle istituzioni dell'UE, dal momento che il Regolamento 2015/848, nel prevedere l'istituzione in ciascuno Stato membro di un apposito registro delle procedure di crisi e d'insolvenza, all'art. 29 fa espressamente salvi i sistemi nazionali che prevedono un'annotazione in pubblici registri.

In tal senso, nel nostro ordinamento è necessario iscrivere nel registro delle imprese la sentenza di fallimento⁽⁴⁰⁾ (così come le domande e i provvedimenti relativi alle altre procedure concorsuali)⁽⁴¹⁾, da cui risultano alcune informazioni inerenti la procedura, tra cui le date di apertura e di chiusura della stessa, gli organi fallimentari, la data e il luogo dell'adunanza per l'esame dello stato passivo, il termine per la presentazione delle domande di insinuazione⁽⁴²⁾. In relazione a tale regime di pubblicità,

⁽³⁸⁾ In tal senso D. SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 71.

⁽³⁹⁾ Cfr. P.P. FERRARO, *Il sistema di pubblicità europeo*, cit., p. 45 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. art. 17, commi 2 e 3, legge fallim.; si veda, altresì, l'art. 119, comma 1, legge fallim., relativo al decreto di chiusura della procedura fallimentare, l'art. 121, comma 4, legge fallim. inerente la sentenza di riapertura del fallimento; nonché gli artt. 129, commi 2 e 6, 131, comma 12, 136, comma 4, legge fallim. in materia di concordato fallimentare.

⁽⁴¹⁾ Si vedano, in tema di concordato preventivo, gli artt. 161, comma 5, 166 e 180, commi 1 e 5, legge fallim.; con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'art. 182-bis, commi 2 e 5, legge fallim.; per l'amministrazione straordinaria, gli artt. 8, comma 3, 10, comma 1, 19, comma 2, 24, comma 1, 30, comma 2, 35, comma 4, 71, commi 3 e 5, e 77, comma 3 del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

⁽⁴²⁾ Ai sensi dell'art. 88, comma 2, legge fallim. (applicabile anche al concordato preventivo in virtù di espresso rinvio contenuto nell'art. 166, comma 2, legge fallim.),

occorre considerare quanto stabilito dall'art. 16, ultimo comma, legge fallim. (come modificato dal D.Lgs. n. 5/06)⁽⁴³⁾, secondo il quale la sentenza di fallimento produce effetti nei riguardi dei terzi dalla data della sua iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 17, comma 2, legge fallim.⁽⁴⁴⁾.

Sebbene l'iscrizione nel registro delle imprese serva senz'altro a rendere edotti i terzi, e in particolare i creditori, dell'avvenuta dichiarazione di fallimento di un imprenditore, tuttavia, tale iscrizione ha efficacia di pubblicità legale⁽⁴⁵⁾, ossia efficacia dichiarativa, secondo quanto prescritto dall'art. 2193 cod. civ.⁽⁴⁶⁾.

qualora il fallito sia proprietario di beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, si deve pure provvedere alla trascrizione nei relativi pubblici registri di un estratto della sentenza di fallimento, che, a tal fine, deve essere notificato dal curatore agli uffici competenti (Conservatoria dei RR.II., PRA, Capitaneria di Porto, Pubblico Registri Aero-mobili). La trascrizione deve avvenire d'ufficio, per cui si ha una deroga alle norme sulla pubblicità immobiliare e mobiliare. A questo proposito, la legge, 27 febbraio 1985, n. 52, recante «*modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento alla introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari*», come modificata dall'art. 10 del D.L. 20 giugno 1996, n. 323, convertito in legge, 8 agosto 1996, n. 425, ha istituito (art. 16) la meccanizzazione dei servizi delle conservatorie dei registri immobiliari, mediante l'uso di elaboratori elettronici, nonché la presentazione della nota di trascrizione, di iscrizione e della domanda di annotazione, da qualunque titolo derivanti, su supporto informatico.

⁽⁴³⁾ Si veda, fra i molti, M. MONTANARO, *Commento ad art. 16*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, p. 229 ss.

⁽⁴⁴⁾ A sua volta, l'art. 17, comma 2, legge fallim. dispone che «*la sentenza di fallimento è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta*»; inoltre, l'ultimo comma dell'articolo stabilisce che «*a tal fine, il cancellerie, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente*». Per un esame della disciplina riformata, si consulti, fra gli altri, M. MONTANARO, *Commento ad art. 17*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, p. 233 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁴⁵⁾ Così, fra i tanti, F. DE SANTIS, *Commento all'art. 16*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, p. 341.

⁽⁴⁶⁾ Com'è noto, ai sensi dell'art. 2193, comma 2, cod. civ., l'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta (cd. efficacia positiva dell'iscrizione), mentre, in base al comma 1 del medesimo articolo, la mancata ottemperanza all'obbligo di registrazione non preclude totalmente l'opponibilità del fatto soggetto a pubblicità, ma lo subordina all'onere della prova dell'effettiva conoscenza da parte del terzo cui si vuole opporre il fatto non iscritto (c.d. efficacia negativa dell'iscrizione). Sull'efficacia giuridica dell'iscrizione nel registro delle imprese, si veda, in luogo di molti, A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato dir. comm.*, sez. I, tomo 4, Torino, 2001, p. 99 ss.

Il nuovo strumento informativo, quindi, è del tutto svincolato dal sistema pubblicitario relativo all'iscrizione nel registro delle imprese, attesa la diversa funzione ed efficacia delle iscrizioni nei due registri: il primo ha una funzione informativa (pubblicità-notizia) tendenzialmente indirizzata ai creditori, nonché ai potenziali acquirenti dei crediti deteriorati; il secondo assicura l'opponibilità ai terzi degli atti e dei fatti relativi alle imprese per i quali la legge prescrive l'iscrizione (pubblicità legale). In parte diversi, poi, sono anche i tipi di informazioni oggetto delle due forme di pubblicità.

Allora è da escludere che il legislatore abbia inteso ancorare il nuovo registro al preesistente sistema di pubblicità commerciale, che non è stato certo in alcun modo compromesso. Siamo, infatti, in presenza di un sistema informativo nuovo e autonomo rispetto a quello disciplinato dalla normativa concorsuale, che è incentrato sull'iscrizione nel registro delle imprese, rilevante ai fini dell'opponibilità ai terzi degli atti o fatti per i quali la legge richiede l'iscrizione.

Sebbene si tratta di strumenti pubblicitari che operano su piani differenti e con diversa efficacia giuridica, tuttavia è necessaria una razionalizzazione complessiva degli stessi per non ingenerare confusione negli utenti e per evitare inutili duplicazioni di incombenze.

Neppure è corretto affermare, poi, che il registro di recente istituzione si differenzi dal registro delle imprese in quanto assicura il vantaggio di accorpate su scala nazionale i dati raccolti, atteso che anche il registro delle imprese, come istituito dalla riforma delle camere di commercio, funziona su base nazionale ed opera mediante un sistema centralizzato, peraltro consultabile telematicamente, che consente di reperire ogni informazione iscritta relativamente a ciascun imprenditore⁽⁴⁷⁾.

In sostanza, con il registro introdotto nel 2016 si assicura un'informazione selettiva, che riguarda specificamente le vicende esecutive e negoziali dei rapporti obbligatori deteriorati relativamente ad una vasta gamma di debitori, che si trovano in una situazione di crisi o insolvenza, ancorché

(47) In particolare, la L. 29 dicembre 1993, n. 580, relativa al «*Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*», nell'istituire il registro delle imprese, ha previsto all'art. 8, comma 6, che «*La predisposizione, la tenuta, la conservazione e la gestione, secondo tecniche informatiche, del registro delle imprese ed il funzionamento dell'ufficio sono realizzati in modo da assicurare completezza ed organicità di pubblicità per tutte le imprese soggette ad iscrizione, garantendo la tempestività dell'informazione su tutto il territorio nazionale*». Nei medesimi termini si esprime il D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, recante il «*Regolamento di attuazione dell'art. 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese di cui all'art. 2188 del codice civile*».

non conclamata, ma semplicemente presunta sulla base dell'esecuzione immobiliare, quale indice sintomatico della difficoltà di far fronte alle obbligazioni.

In questi termini, non sembra vi sia alcun impatto del nuovo strumento informativo sul preesistente sistema pubblicitario, il quale è tuttora in vigore, differenziandosi sul piano della funzione e dell'efficacia, così come sono, in parte diversi l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, nonché i contenuti informativi.

Nonostante l'ampiezza di contenuti prospettata dall'art. 3 della L. n. 119/2016, tuttavia, è da escludere che si possa parlare tecnicamente di un sistema di informazione sugli inadempimenti. Difatti, ciò che rileva è la crisi o l'insolvenza che sia ufficializzata con l'apertura di una procedura concorsuale oppure rilevano, quali indici sintomatici del dissesto, le procedure esecutive (solo) immobiliari⁽⁴⁸⁾.

D'altra parte, il registro elettronico di nuova istituzione si differenzia anche da altri strumenti informativi riservati specificamente al settore bancario, quali la Centrale dei Rischi⁽⁴⁹⁾ e la Centrale d'Allarme Interbancaria⁽⁵⁰⁾, in quanto ha una portata più ampia e generalizzata e, so-

⁽⁴⁸⁾ Ciò può rilevare, peraltro, ai fini della revocatoria fallimentare per quanto concerne la conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore fallito da parte del terzo (come ulteriore elemento indiziario e conoscitivo), analogamente a quanto avviene con i protesti, per i quali vi è un apposito strumento di pubblicità, costituito dal registro informatico dei protesti tenuto dalle camere di commercio.

⁽⁴⁹⁾ La Centrale dei rischi è un sistema informativo sull'indebitamento della clientela verso le banche e le società finanziarie, le quali comunicano periodicamente alla Banca d'Italia il totale dei crediti verso i propri clienti, qualora superino un determinato ammontare o siano comunque in sofferenza. A sua volta, la Banca d'Italia fornisce periodicamente a banche e società finanziarie le informazioni sull'esposizione debitoria totale verso il sistema creditizio di ciascun cliente. La Centrale dei rischi ha l'obiettivo di: 1) migliorare il processo di valutazione del merito del credito della clientela; 2) innalzare la qualità del credito concesso da banche e società finanziarie; 3) rafforzare la stabilità finanziaria del sistema creditizio. I dati della Centrale dei rischi sono riservati; chi vuole conoscere la propria posizione presso la Centrale dei rischi deve rivolgersi alle filiali della Banca d'Italia (il servizio è gratuito). La Centrale dei rischi italiana aderisce allo scambio dei dati tra Centrali di rischi europee disciplinato dal *Memorandum Understanding* del 2010.

⁽⁵⁰⁾ La Centrale d'Allarme Interbancaria è un archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari, istituito presso la Banca d'Italia. In particolare, il servizio, che è gratuito, permette di verificare i dati registrati a proprio nome, controllare la regolare circolazione degli assegni bancari o postali e di carte di pagamento, nonché richiedere chiarimenti. La Centrale d'Allarme Interbancaria serve, in sostanza, a sanzionare e prevenire l'utilizzo anomalo degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento, ad aumentarne la sicurezza e a rafforzare la fiducia dei cittadini rispetto a questi strumenti di pagamento.

prattutto, è tendenzialmente accessibile da parte di tutti i soggetti interessati.

In sintesi, il nuovo registro consente di assicurare agli interessati, a cominciare dai creditori, una più completa e simultanea conoscenza sulla situazione dei soggetti debitori, attraverso un sistema caratterizzato dalla razionalizzazione delle informazioni, accorpandole in un'unica banca dati e rendendole accessibili con un'unica consultazione.

6. Spunti di riflessione.

Negli ultimi tempi si assiste a significativi passi in avanti della normativa sul piano dell'informazione e della trasparenza, anche in una prospettiva di armonizzazione sovranazionale, che trova puntuale riscontro proprio nell'introduzione del registro delle procedure di espropriazione, di insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi, il quale rientra nel quadro delle disposizioni dell'UE delineate con il Reg. UE 2015/848.

Si tratta senz'altro di una importante novità, perché consente anzitutto a ciascun creditore di conoscere la situazione, non solo processuale, del debitore e scegliere la strada più opportuna e conveniente per il recupero del proprio credito (ad esempio, intervenendo in una procedura già in corso oppure presentando un ricorso per sequestro conservativo).

In tal senso, l'istituto in questione è ispirato da una logica di razionalizzazione dei flussi informativi (poiché i dati vengono raggruppati e possono essere verificati contestualmente, in buona parte in modo gratuito), che assicura maggiore certezza e riduce i costi per gli utenti.

Per la piena operatività del nuovo registro, tuttavia, occorrerà attendere ancora qualche tempo, in quanto alcuni aspetti rilevanti sono demandati al Ministero della Giustizia, il quale, nonostante la scadenza del 31 ottobre 2016, ad oggi non risulta abbia adottato, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il decreto dirigenziale⁽⁵¹⁾ con cui occorre stabilire, per un verso, quali informazioni relative alle procedure di espropriazione immobiliare saranno rese disponibili nella sezione pubblica del registro, per altro verso, quali informazioni relative a ciascun tipo di procedura (di insolvenza o di espropriazione) saranno pubblicate nella sezione ad accesso limitato del registro. Inoltre, il decreto dirigenziale dovrà dettare (sentita la Banca d'Italia) le specifiche disposizioni per l'at-

⁽⁵¹⁾ In particolare, il decreto in questione doveva essere emanato entro cento venti giorni dalla data di entrata in vigore della L. n. 119/2016 [art. 3, comma 3, lett. b)], ossia a partire dal 3 luglio 2016.

tuazione del registro⁽⁵²⁾, indicando, fra l'altro, le modalità di disposizione dei dati e dei documenti, i soggetti tenuti ad effettuare tale pubblicazione, i soggetti legittimati ad accedere alla sezione ad accesso limitato⁽⁵³⁾, nonché le eccezioni alla pubblicazione di documenti per esigenze di riservatezza (o per assenza di valore informativo per i terzi). In ogni caso, le disposizioni del decreto in questione dovranno assicurare che il registro sia conforme a quanto stabilito dal Reg. UE 2015/848⁽⁵⁴⁾.

Allo stato, pertanto, diversi sono gli aspetti operativi incerti che dovranno essere chiariti dal decreto attuativo e, forse ancor prima, sul piano interpretativo⁽⁵⁵⁾. Così, ad esempio, non risulta sempre agevole individuare in concreto il soggetto tenuto all'inserimento dei dati nel registro. Mentre per il fallimento non sembra vi siano dubbi che tale compito spetti al curatore, per l'espropriazione forzata immobiliare, invece, l'individuazione del soggetto che dovrà provvedere alla registrazione appare più proble-

(52) Ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.L. n. 59/2016, come integrato dalla legge di conversione n. 119/2016, «*Con il decreto di cui al comma 3, lettera b), sentita la Banca d'Italia per gli aspetti rilevanti ai fini di tutela della stabilità finanziaria, sono altresì adottate le disposizioni per l'attuazione del registro, prevedendo:*

a) *le modalità di pubblicazione, rettifica, aggiornamento e consultazione dei dati e dei documenti da inserire nel registro, nonché i tempi massimi della loro conservazione;*

b) *i soggetti tenuti ad effettuare, in relazione a ciascuna tipologia di procedura o strumento, la pubblicazione delle informazioni e dei documenti;*

c) *le categorie di soggetti che sono legittimati, in presenza di un legittimo interesse, ad accedere, anche mediante un avvocato munito di procura, alla sezione del registro ad accesso limitato; il contributo dovuto per l'accesso, da determinare in misura tale da assicurare almeno la copertura dei costi del servizio, e i casi di esenzione; è sempre consentito l'accesso gratuito all'autorità giudiziaria;*

d) *le eventuali limitate eccezioni alla pubblicazione di documenti con riferimento alle esigenze di riservatezza delle informazioni ivi contenute o all'assenza di valore informativo di tali documenti per i terzi».*

(53) Ovviamente, come già precisato, è sempre consentito l'accesso gratuito all'autorità giudiziaria.

(54) Ciò è espressamente previsto dal comma 5 dell'art. 3 del D.L. n. 59/2016, come convertito nella legge n. 119/2016, il quale stabilisce altresì che «*il registro deve consentire la ricerca dei dati secondo ciascuna tipologia di informazione e di documento in esso contenuti e di tribunale e numero di ruolo dei procedimenti».*

(55) Si tenga, inoltre, presente che, secondo quanto disposto dal settimo comma dell'art. 3 del decreto legge in esame, come convertito in legge, «*In attuazione degli obiettivi di cui al presente articolo, il Ministero della giustizia, per la progressiva implementazione e digitalizzazione degli archivi e della piattaforma tecnologica ed informativa dell'Amministrazione della Giustizia, in coerenza con le linee del Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'art. 1, commi 513 e 515, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, può avvalersi della Società di cui all'art. 83, comma 15, del decreto legge 24 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Ai fini della realizzazione dei predetti servizi di interesse generale, la Società provvederà, tramite Consip S.p.A., all'acquisizione dei beni e servizi occorrenti».*

matica. Nel concordato liquidatorio, una volta chiusa la procedura con il decreto di omologazione del tribunale, il commissario giudiziale conserva solo compiti di vigilanza e sorveglianza sull'esecuzione di quanto convenuto, cosicché si potrebbe immaginare che sia il liquidatore giudiziale a dover aggiornare il registro. Invece, nel concordato in continuità aziendale, l'aggiornamento potrebbe essere richiesto all'imprenditore, che opera sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, consentendo così ai creditori di verificare l'attuazione del piano in adempimento della proposta accettata ed omologata.

Sotto altro profilo, può destare qualche perplessità l'assenza di notizie relativamente alle esecuzioni individuali mobiliari, che in alcuni casi possono essere rilevanti, specie in relazione al mercato dei crediti deteriorati. A questo proposito, forse, occorre ponderare maggiormente l'opportunità di prevedere (come proposto in occasione del dibattito istituzionale che si è svolto durante la procedura di conversione in legge del decreto) che nel registro elettronico di nuova istituzione confluissero anche le informazioni e i dati relativi ad altre procedure di espropriazione forzata, le quali siano sintomatiche della situazione patrimoniale e finanziaria del debitore. Pertanto, è auspicabile che in un prossimo futuro venga ampliato, ma pur sempre in una logica selettiva, il novero dei procedimenti che devono risultare dal registro in questione. Si ritiene, invece, sia senz'altro da escludere che il registro diventi un contenitore indifferenziato relativo ad ogni tipo di procedimento avanti ai giudici nazionali sul modello del PACER statunitense (il quale esclude soltanto quelle procedure che non hanno alcuna rilevanza economica e per le quali sussistono speciali esigenze di riservatezza).

Il complessivo sistema pubblicitario appare, tuttavia, ancora alquanto disorganico, con il rischio di inutile aumento o duplicazione degli oneri. Non è escluso che ciò possa comportare una crisi di rigetto rispetto a soluzioni affrettate e imprecise sulle quali quasi sicuramente il legislatore dovrà ritornare, che peraltro potrebbero depotenziare il processo di riforma della disciplina dell'insolvenza e della crisi d'impresa avviato dal disegno di legge delega che ha recepito i risultati della Commissione Rordorf.

Come si è già rilevato, ancora molto c'è da fare per ottimizzare il sistema informativo delle procedure concorsuali, anche per dare completa esecuzione agli impegni assunti verso l'UE. In questa ottica, tutti gli Stati membri dovranno realizzare nei tempi prescritti equivalenti registri nazionali relativi alle procedure di crisi e insolvenza, che siano tra di loro interconnessi tramite il portale europeo della giustizia elettronica. Tuttavia, la prospettiva finale dovrebbe essere rappresentata dalla costituzione di un

unico registro elettronico europeo delle procedure e degli strumenti relativi all'insolvenza e alla crisi d'impresa⁽⁵⁶⁾, eventualmente esteso anche alle procedure esecutive individuali, quanto meno a quelle di maggiore rilevanza.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the Registry of Real Estate Expropriations, Insolvency Proceedings and Crisis Negotiation Instruments (as foreseen by EU Regulation 2015/848), introduced by Article 3 of Decree-Law, May 3, 2016, no. 59, converted with amendments into Law no. 119 of June 30, 2016. The author examines the new public information system, dedicating particular attention to its function, scope of application, structure, contents and statutory rules.*

⁽⁵⁶⁾ In termini P.P. FERRARO, *Il sistema di pubblicità europeo*, cit., p. 49.

FILIPPO MURINO

Ricercatore confermato di Diritto commerciale nell'Università di Salerno

RENT TO BUY E PROCEDURE CONCORDSUALI

Abstract: L'autore analizza la disciplina fallimentare del “contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili” (c.d. *rent to buy*, introdotto dal legislatore italiano nel 2014), nel raffronto con le altre operazioni che al medesimo si avvicinano sul piano economico. L'analisi sembra confermare l'opportunità di un approccio innanzitutto economico prima che tipologico alla nuova figura contrattuale, dal momento che tutte le operazioni economiche analizzate sembrano presentare nella disciplina fallimentare un minimo comun denominatore. Ciò consente anche di stemperare le vistose differenze che la disciplina fallimentare del *rent to buy* presenta rispetto a quella, ad es., della locazione immobiliare, oltre che della vendita immobiliare ad effetti traslativi immediati o del preliminare di vendita immobiliare senza anticipazione della consegna; in tal modo viene pure a stemperarsi l'idea del *rent to buy* come contratto “alieno”.

SOMMARIO: 1. *Il rent to buy come “operazione economica”*. - 2. Fallimento del concedente. - 3. Fallimento del conduttore. - 4. Il richiamo delle disposizioni sulla trascrizione del preliminare e dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre. Conseguenze ai fini della opponibilità del *rent to buy* al fallimento. - 4.1. (Segue) conseguenze in caso di fallimento del conduttore. - 5. *Rent to buy* e concordato preventivo. - 6. Conclusioni.

1. *Il rent to buy come “operazione economica”*.

A dispetto di quanto emerge dalla lettura dell'art. 23, D.L. 12 settembre 2014, n. 133 conv. in L. 11 novembre 2014, n. 164, se ci si pone dall'angolo visuale del contratto come “operazione economica”⁽¹⁾, il “contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili” – c.d. *rent to buy*⁽²⁾ – presenta evidenti analogie (anche grazie ad accosta-

(1) E. GABRIELLI, “Operazione economica” e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, spec. p. 1 ss., p. 61 ss. e p. 159 ss. Per un esplicito approccio alla nuova figura contrattuale che tenga conto del concreto assetto di interessi, v. VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 3, 349 ss. e 354-355; a tale Autrice si rinvia anche per un'analisi comparatistica in riferimento agli ordinamenti statunitense e francese (355 ss.).

(2) Sulla nuova fattispecie, v. BARALIS, *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in CICERO-CAREDDA (a cura di), *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, Napoli, 2016, p. 3 ss.; POLETTI, *Quando al «rent» non segue il «buy»: scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, *ivi*,

menti espliciti effettuati dal legislatore in sede di conversione⁽³⁾) con le fattispecie, già note al nostro ordinamento, della locazione finanziaria, da un lato, e della vendita con riserva della proprietà⁽⁴⁾ e del preliminare c.d. ad effetti anticipati⁽⁵⁾, dall'altro. Sennonché, il legislatore parrebbe voler

95 ss. (EAD., *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 31 ss.); CAREDDA, *Rent to buy: note minime sulla complessità*, *ivi*, 119 ss.; MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. e impr.*, 2015, 4-5, p. 952 ss. (e in ALBANESE-MAZZAMUTO (a cura di). *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, Torino, 2016, p. 1 ss.); BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, p. 609 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Il leasing immobiliare abitativo: prime osservazioni*, Studio n. 38-2016/C; CALVO, *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d. rent to buy)*, in *Studium iuris*, 1, 2016, p. 1 ss.; FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 97 ss.; LABELLA, *La tipizzazione del rent to buy e la sua natura di contratto misto. La disciplina applicabile al rapporto contrattuale*, in ALBANESE-MAZZAMUTO (a cura di), *op. cit.*, p. 15 ss.; NICOLUSSI, *Rent to buy: inadempimento e ridicibilità della penale, mancato acquisto e indennità*, *ivi*, p. 49 ss.; MARIANI-CERVASI, *Il rent to buy dalla prassi al tipo contrattuale: la disciplina della trascrizione*, *ivi*, 85 ss.; D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 11, p. 1030 ss.; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 4, 10841 ss.; ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1, p. 12 ss.; PALERMO, *Rent to buy e locazione di scopo – L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 491 ss.; FUSARO, *Rent to buy e locazione di scopo – Un catalogo di questioni aperte sul c.d. rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 491 ss.; PADOVINI, *Rent to buy e locazione di scopo – Rent to buy e condominio*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 491 ss.; CUFFARO, *Rent to buy e locazione di scopo – La locazione di scopo*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 491 ss.; ID., *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, 1, p. 5 ss.; DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 817 ss.; GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corr. giur.*, 6, 2015, p. 797 ss.; VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, in *Riv. not.*, 1, 2015, p. 223 ss.; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contr.*, 2014, 8-9, 822 ss.; FUSARO, *Rent to buy, help to buy, buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. e impr.*, 2014, 2, p. 419 ss.; IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2, 2015, p. 189 ss.; IEVA, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 3, 2015, 675 ss.; MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 D.L. 12 settembre 2014, n. 133)*, in *Riv. not.*, 5, 2014, p. 1067 ss.; PURPURA, *La nuova disciplina del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione immobiliare*, in *Riv. dir. econ. tras. e amb.*, 2014, p. 125 ss.

⁽³⁾ Il dato è rimarcato da CAREDDA, *op. cit.*, p. 123.

⁽⁴⁾ Per tale rilievo, v. già VALENTINO, *op. cit.*, 354. In tema, con speciale riferimento alla vendita immobiliare con riserva della proprietà, da ultimo, v. MALTONI, *Le vendite immobiliari a credito*, in *Tratt. dei contratti*, I, *Vendita e vendite*, diretto da A. Benedetti e V. Roppo, Milano, 2014, p. 806 ss.

⁽⁵⁾ Per questo rilievo, v. ancora VALENTINO, *op. cit.*, 354. Su tale peculiare contratto

tenere distinta la nuova figura negoziale proprio da tali simili fattispecie contrattuali⁽⁶⁾ e lo sforzo maggiore di una parte della dottrina è stato quello di ricostruirla in una prospettiva tipologica e secondo le categorie concettuali già note; l'analisi della disciplina fallimentare del *rent to buy* orienta, tuttavia, in una direzione opposta a quella che sembra essere stata additata dal legislatore dal momento che la medesima si sovrappone, talora collimando, proprio con la disciplina di quelle figure dalle quali il legislatore vorrebbe tener lontano il *rent to buy*: insomma la disciplina fallimentare sembra far emergere una sorta di *protestatio contra factum* da parte del legislatore confermando quanto osservato in dottrina circa le declamazioni «mentitorie» di cui è disseminata la nuova disciplina⁽⁷⁾.

In comune con le figure evocate il *rent to buy* vede la combinazione di vari interessi economici che i contraenti (concedente/venditore/promittente venditore, da un lato, e conduttore/acquirente/promissario acquirente, dall'altro), attraverso il peculiare congegno negoziale, in parte perseguono in via immediata (materiale disponibilità di un bene verso il pagamento di un corrispettivo)⁽⁸⁾; in parte differiscono nel tempo (trasferimento della proprietà o come scelta futura ed eventuale rimessa *ex uno latere* al conduttore/utilizzatore ovvero come già pattuito *ab initio*). Non a caso, in una prospettiva di indagine definita “pragmatica” la dottrina ha elaborato la categoria unitaria delle “vendite immobiliari a credito” ricomprendendovi anche la figura in esame⁽⁹⁾.

preliminare c.d. “ad esecuzione anticipata”, v. da ultimo, LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, spec. p. 936 ss. il quale lo assimila al *rent to buy* (941) potendo entrambi essere ricondotti alla “tecnica traslativa basata sulla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*” (938); tecnica – alternativa a quella consensualistica prevista dall'art. 1376 cod. civ. e di tradizione napoleonica – la quale vede una segmentazione del procedimento traslativo “allo scopo di realizzare interessi e obiettivi non raggiungibili mediante il puro e semplice contratto ad effetti reali” (936); su tale peculiare contratto preliminare, v. già RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 3051.

(6) BARALIS, *op. cit.*, 3 ss.

(7) POLETTI, *Quando al «rent» non segue il «buy»*, cit., 96. L'angolo visuale dell'“operazione economica” è richiamato pure da POLETTI, *op. ult. cit.*, 108 ss. Sulla tendenza per cui “spesso, di fronte al fenomeno sconosciuto, si reagisce per approssimazione: si cerca quel ritaglio di contenuto, già presente nella nostra enciclopedia, che bene o male sembra rendere ragione del fatto nuovo”, v. ECO, *Kant e l'ornitorinco*, Milano, 2008, 43 ss.; 71 ss.; 208 ss.; 216 in riferimento all'atteggiamento di Marco Polo rispetto ai rinoceronti e dei naturalisti del Settecento rispetto all'ornitorinco.

(8) Sull'immediatezza del godimento nel *rent to buy* v. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 956.

(9) MALTONI, *Le vendite*, cit., 787 ss. Secondo tale ultimo Autore il successo della nuova figura pare pregiudicato dalle più collaudate figure del contratto preliminare con possesso o detenzione anticipata da una parte e la classica vendita con riserva della proprietà, fattispecie

Peraltro, in passato l'assimilazione su un piano economico di figure negoziali già è avvenuta in riferimento alla vendita con riserva della proprietà e al *leasing*: si è osservato, invero, come, nonostante le differenze, sia evidente che, dal punto di vista economico e sociale, entrambi i contratti rispondono alla “medesima esigenza di fondo di favorire la diffusione dei beni sul mercato per mezzo di agevolazioni finanziarie riconosciute agli acquirenti, agevolazioni bilanciate dalla garanzia impropria, a vantaggio del proprietario e del concedente in *leasing*, sostanziata dal mantenimento del titolo dominicale fino al completo adempimento di controparte” (10).

Il minimo comun denominatore di tutte le fattispecie indicate (compresa quella del *rent to buy*) è costituito dalla circostanza che all'interesse immediato del proprietario di percepire un corrispettivo si affianca l'interesse della controparte ad avere la materiale disponibilità del bene, godendone immediatamente e in modo diretto, per soddisfare un interesse primario di tipo materiale (non necessariamente abitativo⁽¹¹⁾) (12). A tale interesse della controparte va a cumularsi quello differito ed eventuale a divenire proprietario del bene secondo uno schema che storicamente ha trovato sviluppo non solo per i diritti reali di godimento ma anche per la locazione “più o meno decisamente «realificata» nei vari luoghi e nelle varie epoche storiche” (13) attraverso la distinzione – operata dai *doctores*

anch'essa collaudata, fortemente cautelativa per ambo le parti e di durata anche superiore al decennio. Sulle vendite «a credito», v. già F. BOCCHINI, *sub art.* 1523, in *Commentario del Codice civile* diretto da P. Schlesinger e F.D. Busnelli, Milano, 1989, p. 291 ss.

(10) G. IVONE, *Singoli contratti pendenti: vendita con riserva della proprietà e locazione finanziaria, contratti ad esecuzione continuata o periodica e contratti di borsa a termine*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, 2, Torino, 2009, 760 (più recentemente, sul *leasing* nel fallimento, v. ORESTANO, *I contratti di locazione e leasing*, in *Tratt. di dir. fall.* diretto da F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Torino, 2014, 288 ss.). Sul raffronto tra *leasing*, da un lato, e vendita con riserva della proprietà e locazione-vendita dall'altro, v. BUONOCORE, in AA.VV., *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975, 41 ss.

(11) Sulla questione se la nuova figura sia aperta o meno a tutte le forme di concessione di qualsiasi immobile e se riguardi qualsiasi soggetto o solo gli imprenditori, v. BARALIS, *op. cit.*, 7 il quale, dal punto di vista oggettivo, opta per la tesi restrittiva con limitazione allo scopo perseguito dal legislatore del rilancio dell'edilizia; dal punto di vista soggettivo opta per la tesi estensiva (a tale Autore si rinvia per riferimenti di dottrina in senso favorevole e contrario). Per una peculiare applicazione del nuovo contratto v. AA.VV. in S. LANDINI-M. PALAZZO (a cura di), *Rent to buy di azienda, Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Milano, 2016.

(12) Irrilevante ai fini della riconduzione nella unitaria categoria dell'operazione economica è la circostanza che la materiale disponibilità del bene dia luogo ad una detenzione o ad un possesso: in tema v., da ultimo, LUMINOSO, *op. cit.*, 943 ss. ove riferimenti di dottrina e giurisprudenza, nonché VALENTINO, *op. cit.*, 338-339.

(13) CATERINA, *I diritti reali*, 3, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Tratt. di diritto*

di diritto comune mediante la teoria del dominio diviso – tra *dominia utilia* (come potere di godimento riconosciuto a enfiteusi, superficie, livello, precaria, locazione a lungo termine⁽¹⁴⁾) e *dominium directum* (come potere di disposizione); contrapposizione in Italia superata per il prestigio dell'influenza della pandettistica tedesca⁽¹⁵⁾ (non pare casuale, da questo punto di vista, che l'art. 23, comma 3, D.L. n. 133 del 2014 rinvii in quanto compatibili alle norme sull'usufrutto⁽¹⁶⁾).

Rispetto all'esperienza medievale, l'economia moderna ha assistito alla nascita di figure assimilabili da un punto di vista economico come la vendita con patto di riservato dominio, la locazione finanziaria⁽¹⁷⁾ e il preliminare ad effetti anticipati. Da questo punto di vista non è un caso che la nuova disciplina, su un piano tipologico, richiami – per ammetterne o meno un rinvio – proprio alcune di tali fattispecie; tuttavia, l'esclusione espressa di una equiparazione (ad es., il comma 1 dell'art. 23 rispetto alla locazione finanziaria⁽¹⁸⁾)⁽¹⁹⁾ deve ritenersi operante su un piano esclusivamente tipologico ma non di operazione economica.

civile diretto da R. Sacco, Torino, 2009, 4. Il fenomeno è stato magistralmente studiato, come noto, da Paolo Grossi il quale rimarca come “il giureconsulto culturalmente provveduto dell'età del rinascimento giuridico, adattando disinvolto i testi romani, ‘realizza’ un numero rilevante e comunque indefinito di situazioni personali su un bene (cioè consente loro una presenza incisiva sul piano del ‘reale’) e arriva a concepire molte di queste situazioni reali addirittura come *dominia* pensandole come partecipi della sfera gelosa dell'appartenenza”: *‘Dominia’ e ‘servitutes’ (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 57-58; ma v. già Id., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963, p. 268 ss. In tema, v. pure GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito*, in *Tratt. dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 45 ss. e p. 61 ss. Per il rilievo, proprio in riferimento al *rent to buy*, di come la dicotomia tra situazioni reali ed obbligatorie abbia “caratteri in continua evoluzione”, VALENTINO, *op. cit.*, 339.

⁽¹⁴⁾ CATERINA, *op. cit.*, 13.

⁽¹⁵⁾ CATERINA, *op. cit.*, 15.

⁽¹⁶⁾ Per il dibattito inerente alla ricomprensione nel *dominium utile* dell'usufrutto v. CATERINA, *op. cit.*, 13 ss.

⁽¹⁷⁾ È indicativo il fatto che nel basso medioevo sia già attestata la presenza, in ambiente fiorentino, del *leasing* anche per i beni mobili come ci riferisce CIPOLLA, *Piccole cronache*, Bologna, 2010, p. 59 ss.

⁽¹⁸⁾ Come è noto il *leasing* ha ricevuto una sua tipizzazione con l'art. 1, comma 78, L. 28 dicembre 2015, n. 208 e sembra destinato ulteriormente a riceverla alla luce di quanto previsto nel d.d.l. c.d. concorrenza approvato dalla Camera dei deputati (n. 3012) il 7 ottobre 2015 e trasmesso per la discussione al Senato (n. 2085) (al riguardo v. *infra*, nota 40).

⁽¹⁹⁾ Sui riferimenti inclusivi ed esclusivi che il legislatore del *rent to buy* effettua, v. CAREDDA, *op. cit.*, 122 ss.

La ricostruzione in termini di operazione economica consente di giustificare il richiamo alla figura della riserva di proprietà in cui, stando alla acuta ricostruzione di un insigne Autore, “in contrasto con la lettera della legge, le finalità economiche dell’istituto della vendita a rate con riserva della proprietà postulano che alla consegna della cosa al compratore sia attribuita immediatamente la rilevanza di uno spostamento definitivo del titolo di appartenenza della cosa, mentre il diritto riservato al venditore non ha più che una funzione di garanzia reale”⁽²⁰⁾: come nella vendita con riserva della proprietà, nel *rent to buy* il venditore conserverebbe sul bene un diritto reale di garanzia (il che avvicina entrambe le figure a forme di garanzia reale non possessoria asimmetriche rispetto a quella ipotecaria e del pegno non possessorio *ex* D.L. n. 59 del 2016 conv. in L. n. 119 del 2016 ove è il proprietario a rimanere nella materiale disponibilità della *res*⁽²¹⁾)⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 49 e già in *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Milano, 1975, 188 ss. (in tal senso, per una visione economica unitaria del pegno senza spossessamento e della riserva di proprietà, v. pure SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, 1990, p. 137 ss. e la dottrina tedesca ivi citata). Per l’analisi, nell’ordinamento tedesco, della vendita con patto di riservato dominio (*Eigentumsvorbehalt*) impiegata per realizzare gli effetti propri della garanzia mobiliare attuata senza spossessamento, v. E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2005, 32-33.

⁽²¹⁾ Anche i diritti reali di garanzia sembrano evolvere in tale direzione di nuova configurazione della combinazione degli interessi sottesi come dimostra la recente disciplina del pegno non possessorio che, sulla scia della *floating charge* e analogamente a quanto accade per l’ipoteca, contempera l’attribuzione di un diritto reale di garanzia con l’esigenza del debitore (imprenditore) di rimanere nella materiale disponibilità dei beni produttivi per proseguire l’esercizio dell’impresa che, nella prospettiva del tradizionale pegno con spossessamento, risulterebbe pregiudicato. Sul pegno non possessorio sia consentito il rinvio a MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in corso di pubblicazione in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2, 2017. Al riguardo va ricordato come, nel sistema nordamericano, attraverso lo *Uniform Commercial Code* è stata introdotta la nozione unitaria di garanzia del *security interest* in cui rientrano tutti i negozi o le operazioni economiche con cui le parti intendano creare una garanzia mobiliare, indifferentemente dalla struttura giuridica e dalla denominazione attribuita dalle parti all’operazione economica medesima: GILMORE, *Security Interest in Personal Property*, vol. I, Boston, 1965, 333 ss. Nel nostro ordinamento tale approccio è stato adottato dal legislatore nella disciplina sui contratti di garanzia finanziaria di cui al D.Lgs. n. 170 del 2004: GABRIELLI, *Operazione economica*, *op. cit.*, 131 ss.; ID., *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto*, *Sez. civ.*, *Agg. III*, vol. 1, Torino, 2007, 306; FERRARINI-GIUDICI, *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Fall.*, 2002, 9, 1002; ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell’Aja alla Collateral Directive (Direttiva 2002/47/CE)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, 197.

⁽²²⁾ Sul rischio che il *rent to buy* possa essere usato per funzioni «altre» ed in particolare in funzione di garanzia, v. BARALIS, *op. cit.*, 24 ss.

Da questo punto di vista il *rent to buy*, sempre in una prospettiva di operazione economica, pare poter essere assimilato all'enfiteusi in cui, analogamente alla vendita con patto di riservato dominio, la situazione del concedente "è accostabile a quella di un creditore assistito da un diritto reale di garanzia" (23): come ricordato, infatti, nel dibattito italiano sulla natura dei diritti dell'enfiteuta e del concedente, non sono mancati alcuni autori che non solo hanno negato la proprietà al concedente, ma hanno negato anche che gli si possa riconoscere un vero diritto reale: il concedente non avrebbe che "un semplice diritto di credito rispetto al canone, diritto il quale se l'art. 415 viene qualificato immobiliare, non lo è che la guarentigia reale della risoluzione del titolo di traslazione che ne assicura l'esercizio" (24). Come osservato, quello del concedente sarebbe dunque un semplice diritto di credito munito di una garanzia reale, tesi che, sebbene respinta dall'opinione maggioritaria, rispecchia, in qualche misura, la realtà economica dell'operazione (25). Il diritto del conduttore nel *rent to buy* di acquistare l'immobile si avvicinerebbe così al potere di affrancazione dell'enfiteuta, potere che, come ricordato, prima di diventare inderogabile era, fino alla fine del XVII secolo, possibile solo in presenza di un apposito patto (26); del resto, sempre storicamente, l'evoluzione dell'enfiteusi dimostra che "il concedente non è più un soggetto che affida ad un altro il fondo perché lo coltivi e lo migliori, conservando una possibilità concreta di recuperarlo in determinate circostanze; è un soggetto che avvia una operazione destinata fisiologicamente ad allocare ad un altro la proprietà del fondo. I giuristi dell'età intermedia potevano già sostenere che la facoltà di affrancazione converte la costituzione di enfiteusi in una vera e propria compravendita" (27).

Nel *rent to buy* l'alienazione del bene pur rispondendo agli interessi di entrambe le parti è una variabile dipendente dalla sola volontà del conduttore analogamente al *leasing* e all'enfiteusi e diversamente dalla vendita con riserva della proprietà e dal preliminare a effetti anticipati ove, invece,

(23) CATERINA, *op. cit.*, 22.

(24) CIMBALI, *Del possesso per acquistare i frutti*, in *Opere complete*, Torino, 1912, pp. 80-81 e FILOMUSI GUELFI, in *Enc. giur.*, Napoli, 1904, 277 in nota richiamati da CATERINA, *op. cit.*, pp. 20-21.

(25) CATERINA, *op. cit.*, 21.

(26) CATERINA, *op. cit.*, 21.

(27) CATERINA, *op. cit.*, 22 richiamando L. RICCIO, *Praxis formularia iudicii executivi*, Neapoli, 1743, citato in L. MAURO, *Il contratto di enfiteusi nel diritto comune e consuetudinario preesistito alla codificazione*, Napoli, 1912, pp. 364-365. Va in ogni caso ricordato come, al fallimento siano tendenzialmente opponibili i diritti reali: GUARNERI, *op. cit.*, 59.

la volontà di alienare e di acquistare è espressa *ab initio* pur con differimento degli effetti traslativi ad un momento futuro (rispettivamente, pagamento dell'ultima rata del prezzo o stipulazione del contratto definitivo).

È pur vero, peraltro, che un corrispettivo solo «apparente» rispetto ad una altissima pigione importerebbe di necessità la riqualificazione del *rent to buy* in termini di vendita con riserva della proprietà: in tema di *leasing* si ritiene che, ove il corrispettivo correlato alla facoltà di acquisto sia irragionevolmente esiguo, si abbia una vendita con riserva della proprietà; seguendo lo stesso percorso argomentativo si dovrebbe concludere che il contratto si riqualifica come locazione con promessa di vendita, e cioè una variante dell'art. 1526, ultimo comma, cod. civ.⁽²⁸⁾.

Come anticipato, l'opportunità dell'adozione dell'angolo visuale del contratto come “operazione economica” – che per certi versi prescinde da quello tradizionale tipologico – sembra trovare conferma non solo su un piano descrittivo ma anche sistematico se ad essere analizzata è proprio la disciplina fallimentare del *rent to buy* la quale presenta evidenti affinità se non addirittura identità con quella delle figure cui è stato accomunato. La disciplina fallimentare del *rent to buy*⁽²⁹⁾ – la cui opportunità della

(28) BARALIS, *op. cit.*, 12 e 20 (storicamente, per l'ipotesi di riqualificazione dell'enfiteusi come locazione in caso di fissazione di una canone quantitativamente elevato e corrispondente ai frutti del fondo concesso, v. GROSSI, *Locatio*, cit., 253). Che di variante si tratti è di tutta evidenza dal momento che analogamente al *leasing* e diversamente dalla locazione-vendita nel *rent to buy* non è pattuito l'automatismo del passaggio del diritto reale (per la distinzione tra *leasing* e locazione-vendita, v. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 48 ss.).

(29) Sui rapporti tra *rent to buy* e fallimento, allo stato, si registrano le seguenti pronunce: Trib. Verona, 12 dicembre 2014 (in questa *Rivista*, 2015, 5, 591 ss. con nota di FIORI, *Autorizzazione da parte del Giudice delegato alla sottoscrizione di un contratto di rent to buy. Condizioni e limiti*) ha stabilito che il contratto di *rent to buy* rappresenta una nuova tipologia contrattuale, non assimilabile al contratto di locazione, sicché allo stesso non è applicabile la relativa disciplina, con particolare riferimento alla durata minima; può, quindi, essere autorizzata la sottoscrizione di un contratto di *rent to buy* avente durata non superiore a tre anni, in quanto tale durata è compatibile con la ragionevole durata della procedura, purché la sottoscrizione avvenga mediante forma idonea a garantire la restituzione immediata dell'immobile alla scadenza qualora non venga esercitata l'opzione di acquisto; Trib. Bari (G.D. Lenoci), 3 maggio 2016 ha accolto l'istanza del curatore fallimentare diretta ad autorizzare offerte di acquisto anche mediante *rent to buy*: per l'alternativa dell'offerta di acquisto differito il provvedimento prevede che, fatta salva l'indicazione della variazione rispetto alla base d'asta, rimangono obbligatoriamente invariate le altre condizioni nella proposta acquisita quanto alla misura dei canoni mensili anticipati a titolo di godimento del bene e di quelli per il diritto di acquisto riconosciuto al proponente; resta anche obbligatoriamente invariato il termine per l'esercizio della facoltà di acquistare l'immobile, fissato in n. 36 mesi dalla stipula del contratto di *rent to buy*. Se l'immobile sarà acquistato, il 100% dei canoni corrisposti sarà imputato come acconto sul prezzo; in caso di mancato esercizio della facoltà di acquisto, si prevede la restituzione al proponente di una somma pari al 30% del prezzo corrisposto nel frattempo (della pronuncia dà notizia TONA,

previsione deriva anche dalla circostanza che tale schema potrebbe essere utilizzata pure per il conferimento in godimento nella costituzione delle società⁽³⁰⁾ – è espressamente contemplata nel comma 6 dell'art. 23 D.L. n. 133 del 2014; tuttavia, per un inquadramento sistematico non pare potersi prescindere anche da altre previsioni dell'art. 23 e, segnatamente, dal comma 6 il quale richiama l'art. 2645-*bis* e 2932 cod. civ. in tema di contratto preliminare e di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre.

2. Fallimento del concedente.

Occorre soffermarsi innanzitutto sulla prima parte dell'art. 23, comma 6, D.L. n. 133 del 2014 il quale chiarisce che, in caso di fallimento del concedente, il contratto prosegue, con evidente deroga alla regola di cui all'art. 72, comma 1, legge fallim.⁽³¹⁾. Invero, sia nel *leasing* (art. 72-*quater*, comma 4, legge fallim.) che nella vendita con riserva della proprietà (art. 73 comma 2, legge fallim.) emerge, analogamente al *rent to buy*, un *favor* per l'utilizzatore del bene: in tutte e tre le fattispecie, infatti, il fallimento del proprietario del bene (concedente, venditore) non esclude che il contratto prosegua: il *favor* del legislatore per l'utilizzatore-acquirente-conduttore deriva dal fatto che tale soggetto potrà continuare ad utilizzare il bene e se vuole, diventarne poi proprietario⁽³²⁾. È evidente allora come intervenuto il fallimento del concedente – il quale non ha alcuna ripercussione sul contratto in corso – il conduttore *in bonis* potrà decidere di continuare a pagare i canoni o meno.

Nelle vendite fallimentari ammesso il «rent to buy», in Il Sole 24 Ore, 16 maggio 2016, 25). Su tali prime applicazioni giurisprudenziali del rent to buy v. VALENTINO, op. cit., 340 ss.

⁽³⁰⁾ Per il conferimento di un bene da utilizzare a titolo di leasing nelle società di capitali, v. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1***, Torino, 2004, 135 ss.

⁽³¹⁾ Così, LUMINOSO, *op. cit.*, 949. Sull'allontanamento della disciplina in discorso da quella applicabile alla locazione, al *leasing* traslativo e persino al preliminare di vendita, v. BARLETTA, *Profili fallimentari e processuali del rent to buy*, in ALBANESE-MAZZAMUTO (a cura di), *op. cit.*, 78.

⁽³²⁾ In riferimento al *rent to buy* rimarca tale *favor* MALTONI, *Le vendite*, cit., pp. 830-831 il quale opportunamente osserva come si riproponga anche per tale figura la disciplina di cui all'art. 73 legge fallim. La circostanza che in caso di fallimento del concedente il contratto prosegue e che in caso di fallimento del conduttore trovi applicazione in ogni caso l'art. 23, comma 5, D.L. n. 133 del 2014 è indice – insieme alla durata sino a dieci anni dell'effetto prenotativo di cui all'art. 2645-*bis* cod. civ. – di anomalia secondo BARALIS, *op. cit.*, 5 (anche tale Autore rimarca il *favor* verso il conduttore: 8 ss.).

La previsione in tema di *rent to buy* differisce invece da quella inerente al contratto preliminare immobiliare ove, anche nel caso di anticipazione della consegna, di regola il curatore può decidere se sciogliersi o meno dal contratto secondo la regola generale di cui all'art. 72 legge fallim.; il legislatore fallimentare invero prevede una continuazione automatica *ex lege* solo per i preliminari immobiliari di vendita c.d. speciali⁽³³⁾ che siano stati trascritti e che siano relativi ad immobili destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o la sede principale della sua attività di impresa (art. 72, ult. comma, legge fallim.): per gli altri contratti preliminari immobiliari di vendita (c.d. ordinari) opererà la regola generale dell'art. 72 che attribuisce al curatore fallimentare il potere di sciogliersi. Ferma, beninteso, la possibilità, per tali preliminari speciali che, se il curatore del fallimento del promittente venditore non adempia all'obbligo di prestare il consenso alla stipula del definitivo, sarà proponibile nei suoi confronti l'azione costitutiva *ex art.* 2932, cod. civ.; e se, invece, fallito sia il promissario acquirente, a maggior ragione il curatore potrà chiedere nei confronti del promittente venditore *in bonis* l'adempimento ed ottenere la stipula del definitivo⁽³⁴⁾.

Sempre per l'ipotesi di fallimento del concedente la prima parte del comma 6 dell'art. 23 prosegue poi facendo salva l'applicazione dell'esenzione da revocatoria fallimentare prevista dall'art. 67, comma 3, lett. c), legge fallim. tra l'altro, per i c.d. preliminari immobiliari speciali, ossia aventi ad oggetto la principale abitazione o sede dell'impresa: perché operi tale esenzione non basterà che si tratti di immobile adibito ad abitazione principale o sede principale ma che ricorrano anche le altre condizioni previste dall'art. 67, comma 3, lett. c). Alla prosecuzione del contratto si affianca dunque l'esenzione da revocatoria fallimentare; occorre, invece, chiedersi se per gli immobili non adibiti a principale abitazione o sede dell'impresa sia operante la revocatoria. Sembrerebbe che la prosecuzione escluda comunque la revocatoria per gli immobili adibiti ad abitazione o sede principale; mentre per gli immobili diversi la prosecuzione non esclude la revocatoria fallimentare. A tale soluzione perviene anche altra dottrina la quale osserva che, per quanto la salvezza operata dalla norma non sia "nitidissima sotto il profilo letterale", essa si presenti tuttavia facilmente interpretabile nel senso che il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili non si risolve ma è ovviamente assog-

⁽³³⁾ LAMANNA, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da A. Jorio e B. Sassani, II, *Il fallimento, Effetti-Stato passivo*, Milano, 2014, p. 542.

⁽³⁴⁾ LAMANNA, *op. cit.*, p. 542.

gettabile a revocatoria fallimentare a meno che non ricorrano le condizioni, oggettive e soggettive, per l'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. c) da verificare con riferimento al momento della conclusione del contratto medesimo⁽³⁵⁾.

3. Fallimento del conduttore.

La seconda parte dell'art. 23, comma 6, D.L. n. 133 del 2014, nel disciplinare il caso di fallimento del conduttore nel caso in cui il *rent to buy* sia ancora pendente richiama l'art. 72 legge fallim. con la specificazione che, se il curatore si determini per lo scioglimento, troverà applicazione la disciplina delle restituzioni di cui al comma 5 dell'art. 23; per il resto, l'art. 72 legge fallim. pare doversi intendere richiamato nella sua interezza.

Pertanto se il *rent to buy* ha ad oggetto un immobile adibito ad abitazione principale o sede principale dell'impresa, pur non trovando applicazione l'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. c.) legge fallim. troverà invece applicazione anche al *rent to buy* l'art. 72 ultimo comma il quale, come anticipato, prevede una continuazione automatica *ex lege* per i preliminari immobiliari di vendita c.d. speciali: a tale conclusione pare potersi pervenire non solo in considerazione del fatto che si è in presenza nell'art. 23, comma 6, parte seconda di un richiamo *en bloc* all'art. 72 legge fallim.; ma anche per il richiamo all'art. 23, comma 3, degli artt. 2645-*bis* e 2932 inerenti al preliminare immobiliare e all'obbligo a contrarre.

Il richiamo *en bloc* da parte dell'art. 23, comma 6, D.L. n. 133 del 2014 dell'art. 72 legge fallim. consente pure di ritenere che il rinvio al comma 5 dell'art. 23 vada letto nel senso che, nel caso in cui il curatore si determini per lo scioglimento del contratto, il concedente avrà diritto alla restituzione dell'immobile e all'acquisto per intero dei canoni di locazione a titolo di indennità⁽³⁶⁾. Da questo punto di vista la previsione fa da *pendant* agli artt. 72-*quater* legge fallim. in tema di *leasing* finanziario e

⁽³⁵⁾ MALTONI, *Le vendite*, cit., 831. Sull'esenzione del *rent to buy* da revocatoria fallimentare, v. pure BARLETTA, *op. cit.*, 80-81 per il quale la stessa è subordinata alla circostanza che gli effetti della trascrizione non siano cessati ai sensi dell'art. 2645-*bis* cod. civ. (nonché anche a norma dell'art. 2643, n. 8, cod. civ.) e che il contratto abbia ad oggetto la concessione in godimento in funzione del successivo trasferimento della proprietà su beni immobili ad uso di abitazione principale del conduttore o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, concluso a "giusto prezzo", o a uso non abitativo, ma per fungere da sede principale di una effettiva attività d'impresa del conduttore. Sul richiamo dell'art. 67, comma 3, lett. c), legge fallim. da parte della disciplina sul *rent to buy*, v. pure D'AMICO, *op. cit.*, 1040.

⁽³⁶⁾ MALTONI, *Le vendite*, cit., 831.

73 in tema di vendita con riserva della proprietà⁽³⁷⁾. Analogamente a quanto previsto nella vendita con riserva della proprietà e nella locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene, sempre che il contratto di *rent to buy* sia opponibile ai sensi dell'art. 2704 cod. civ. al fallimento. Tuttavia, mentre l'art. 73 legge fallim. in tema di vendita con riserva della proprietà prevede l'equo compenso in favore del venditore *in bonis*, l'art. 72-*quater* in tema di locazione finanziaria prevede un più complesso meccanismo: la restituzione alla curatela dell'eventuale differenza tra quanto ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene a terzi secondo il valore di mercato e il "credito residuo in linea capitale"; con irrevocabilità a norma dell'art. 67, comma 3, lett. a), legge fallim. della somme già riscosse⁽³⁸⁾. Per il *rent to buy* la legge detta una disciplina ulteriormente diversa a seconda che inadempiente sia il concedente ovvero il conduttore: nel primo caso il concedente deve restituire la parte dei canoni imputata a corrispettivo maggiorata degli interessi legali; nel secondo caso il conduttore deve restituire l'immobile con diritto del concedente ad incamerare per intero i canoni a titolo di indennità se non è stato diversamente convenuto nel contratto. La diversa disciplina rispetto al *leasing* è data dal fatto che i beni diversi dagli immobili dati in *leasing* a differenza dell'immobile di regola possono avere un valore non corrispondente alla somma dei canoni a scadere ma inferiore, corrispondente o superiore alla loro somma determinando il curatore nelle scelte più opportune.

In caso di fallimento, il diritto alla restituzione del bene dovrà essere fatto valere giudizialmente attraverso il rito speciale dell'insinuazione al passivo il quale investe tutti i crediti (artt. 52, comma 2 e 93, comma 1, legge fallim.).

La stessa disciplina di cui al comma 5, parte seconda, dell'art. 23 D.L. n. 133 del 2014 pare dover trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui il contratto di *rent to buy* si sia già risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento del conduttore a causa del suo inadempimento nel pagamento dei canoni: in tal modo, il legislatore pare risolvere, con previsione esplicita, la fattispecie così evitando che, analogamente a quanto accaduto per il *leasing* traslativo, sorga la questione circa l'applicabilità dei principi dettati dall'art. 72-*quater* legge fallim. in tema di *leasing* finanziario (che attribuisce al concedente il diritto di riscuotere i canoni scaduti e non pagati

⁽³⁷⁾ Per una assimilazione alla vendita con riserva di proprietà, v. pure BARLETTA, *op. cit.*, 81.

⁽³⁸⁾ In tema, IVONE, *op. cit.*, pp. 763-764.

dovuti sino alla data di apertura del fallimento) ovvero di quelli di cui art. 1526 cod. civ. (che attribuisce un equo compenso per l'uso della cosa oltre al risarcimento dei danni) (al riguardo, se ancora di recente la giurisprudenza ha escluso l'applicazione dell'art. 72-*quater* legge fallim. in favore dell'art. 1526 cod. civ. ⁽³⁹⁾, in senso contrario pare orientarsi *de iure condendo* il legislatore ⁽⁴⁰⁾). Al di fuori dell'ipotesi in cui l'immobile rappre-

⁽³⁹⁾ Trib. Napoli, 6 novembre 2014, in questa *Rivista*, 2, 2016, 549 ss. (con nota di SALVATO, *Leasing e fallimento: nuove norme, vecchi problemi*) e secondo cui l'art. 72-*quater* legge fallim. non è applicabile al contratto di *leasing* traslativo (cui è assimilabile il *sale and lease back*) se risolto per inadempimento dell'utilizzatore in data anteriore alla dichiarazione di fallimento di quest'ultimo, trovando, viceversa, applicazione la disciplina della vendita con riserva della proprietà, con la conseguenza che il concedente, non vantando alcun diritto all'ammissione al passivo per i canoni non pagati e per quelli a scadere, è tenuto a restituire quelli già riscossi potendo solo domandare la restituzione del bene nonché un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno. A tale orientamento si contrappone quello seguito da Trib. Bergamo, 3 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bologna, 30 luglio 2015, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Milano, 17 giugno 2015, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Padova, 14 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Udine, 10 febbraio 2012 e Trib. Treviso, 19 gennaio 2012 (entrambe richiamate da Trib. Bologna, 30 luglio 2015, cit.) ove si afferma l'applicabilità dell'art. 72-*quater* legge fallim. anche ai casi di risoluzione anteriore al fallimento per inadempimento del conduttore successivamente fallito; in particolare Trib. Bergamo, 3 maggio 2016, cit., afferma il superamento della distinzione tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 1526 cod. civ. (ma v. Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538 e Cass., 29 aprile 2015, n. 8687 secondo cui la norma da applicare non è l'art. 72-*quater* che presuppone che il *leasing* sia in corso ma l'art. 72, comma 5, legge fallim. che, recependo l'orientamento anteriore alla riforma, sancisce l'opponibilità alla massa dell'azione di risoluzione promossa prima del fallimento). Per una recente critica alla contrapposizione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, v. VITI, *Le problematiche qualificatorie del leasing finanziario e l'irrisolta questione della disciplina applicabile alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 821 ss.; in tema v. pure ORSENIGO, *Leasing immobiliare e inadempimento dell'utilizzatore*, in ALBANESE-MAZZAMUTO (a cura di), *op. cit.*, 109 ss.

⁽⁴⁰⁾ È quanto emerge dall'art. 52 del d.d.l. c.d. concorrenza approvato dalla Camera dei deputati (n. 3012) il 7 ottobre 2015 e trasmesso per la discussione al Senato (n. 2085) il quale, oltre a dare una definizione di "locazione finanziaria" e di "grave inadempimento", prevede che una volta risolto il contratto il concedente ha diritto alla restituzione del bene con possibilità di vendita o ricollocazione; all'utilizzatore spetta quanto ricavato dalla vendita, dedotta la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere (solo in linea capitale) e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Viceversa, se con la vendita il concedente non percepisce un importo pari a quanto gli spetta, conserva, per l'eccedenza, un credito verso l'utilizzatore; il comma 5 dell'art. 53 prevede che "restano ferme le previsioni di cui all'art. 72-*quater*" legge fallim. (in tema, BUSANI, *Per il leasing risoluzione con più certezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 luglio 2016, p. 34). Per l'analisi della questione inerente all'applicazione diretta o analogica dell'art. 72-*quater* legge fallim. non solo all'ipotesi di un contratto di locazione finanziaria pendente alla data di dichiarazione di fallimento e sciolto su iniziativa del curatore, ma anche al caso di un contratto di leasing

sentì la sede principale dell'impresa (nella quale il rapporto dovrebbe proseguire) è dubbio, sempre in caso di fallimento del conduttore, cosa accada nell'eventualità di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa. Con previsione non riprodotta per il *rent to buy*, in materia di *leasing*, infatti, l'art. 72-*quater* legge fallim. dispone in via generale la prosecuzione del contratto di locazione finanziaria, in quanto contratto di impresa avente ad oggetto beni strumentali necessari alla continuazione dell'attività svolta dal soggetto fallito in data antecedente alla dichiarazione di fallimento, salvo che il curatore espressamente dichiari di volersi sciogliere; quest'ultimo succede quindi nel rapporto acquistando però *ex lege* un diritto di recesso che gli consente di sciogliersi dal rapporto, anche se successivamente⁽⁴¹⁾. Al riguardo, come chiarito, poiché l'art. 72 legge fallim. prevede con norma generale che, se il curatore decide di subentrare nel contratto, resta assoggettato ai relativi obblighi, si realizzerebbe, per l'ipotesi di fallimento dell'utilizzatore, lo stesso effetto già previsto nell'art. 73 legge fallim. per la vendita con riserva della proprietà: se il curatore subentra dovrà corrispondere tutti i canoni mancanti, il pagamento dei quali diviene debito della massa che deve essere pagato per intero in prededuzione⁽⁴²⁾. La maggiore vicinanza (oltre che come operazione economica anche su un piano tipologico) del *rent to buy* al *leasing* sembrerebbe far propendere per un'applicazione "analogica" della soluzione adottata per il *leasing* anche al *rent to buy*.

risolto per inadempimento dell'utilizzatore in data anteriore all'eventuale fallimento, v. VITI, *op. cit.*, p. 834 ss.

⁽⁴¹⁾ IVONE, *op. cit.*, p. 762.

⁽⁴²⁾ IVONE, *op. cit.*, pp. 762-763. In caso di inadempimento del conduttore il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile e ad acquisire interamente i canoni a titolo di indennità, ma all'autonomia della parti è rimesso di disporre sul punto diversamente: è stato chiarito in dottrina come la ratio della norma sia quella che se il conduttore è inadempiente agli obblighi assunti con il contratto lo stesso perde interamente i canoni già versati (quelli – ovviamente – costituenti anticipazione del prezzo di acquisto), che vanno a compensare il concedente della privazione della possibilità di trasferire a terzi la proprietà dell'immobile (POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 101); la stessa dottrina ha rimarcato come la soluzione prescelta dal legislatore sia rovesciata rispetto a quanto previsto, nell'ipotesi di inadempimento del compratore, dall'art. 1526 cod. civ. dettato in tema di vendita con riserva della proprietà; norma applicata per espresso richiamo dell'ult. comma alla locazione-vendita e analogicamente dalla giurisprudenza anche al *leasing* traslativo (POLETTI, *op. ult. cit.*, 102 nota 14 cui si rinvia per riferimenti e LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni-P. Schlesinger, Milano, 2014, pp. 705-706).

4. *Il richiamo delle disposizioni sulla trascrizione del preliminare e dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre. Conseguenze ai fini della opponibilità del rent to buy al fallimento.*

L'operatività delle disposizioni appena considerate presuppone ovviamente che il *rent to buy* sia opponibile al fallimento. Al riguardo, l'art. 23 D.L. n. 133 del 2014 non detta previsioni particolari che regolino l'opponibilità del *rent to buy* alla massa dei creditori.

Opererà quindi innanzitutto la regola generale dell'art. 45 legge fallim. Tuttavia, il richiamo agli artt. 2645-*bis* cod. civ.⁽⁴³⁾ e 2932 cod. civ. sembra imporre anche per il *rent to buy* la soluzione secondo cui l'opponibilità ai creditori fallimentari del "diritto all'acquisto del bene" sia subordinato alla trascrizione, prima della sentenza dichiarativa di fallimento, o del contratto preliminare (ai sensi degli artt. 2645-*bis*, comma 2, cod. civ.; 2915, comma 2, cod. civ. e 45 legge fallim.) o della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. (ai sensi degli artt. 2652, n. 2; 2915, comma 2, cod. civ. e 45 legge fallim.)⁽⁴⁴⁾: pertanto, analogamente a quanto accade per il contratto preliminare immobiliare l'opponibilità del *rent to buy* al fallimento è condizionata alla trascrizione, prima della sentenza dichiarativa di fallimento, del contratto ovvero della domanda giudiziale diretta alla sua esecuzione in forma specifica⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Sulla pubblicità del *rent to buy*, v. BARALIS, *op. cit.*, p. 23 ss. e MARIANI-CERVASI, *Il rent to buy dalla prassi al tipo contrattuale: la disciplina della trascrizione*, in ALBANESE-MAZZAMUTO (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss.

⁽⁴⁴⁾ Così, in riferimento al contratto preliminare immobiliare, LUMINOSO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 945-946. Sulla trascrizione della domanda giudiziale diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre, v. GAZZONI, *La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, in *Trattato della trascrizione* diretto da F. Gazzoni e E. Gabrielli, vol. II, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Torino, 2014, 87 ss. (e già PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali (artt. 111 c.p.c. e 2652-2653 c.c.)*, Napoli, 1968, *passim*); sul rapporto tra trascrizione delle domande giudiziali e fallimento e sull'art. 45 legge fallim., v. E. GABRIELLI, *Trascrizione delle domande giudiziali e fallimento*, *ivi*, 493 ss. (con speciale riferimento alla trascrizione della domanda ex art. 2932, cod. civ., v. p. 558 ss.; in tema v. già COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972).

⁽⁴⁵⁾ Con speciale riferimento al fallimento del concedente si è ritenuto in dottrina che il presupposto implicito della prosecuzione del contratto di *rent to buy* è che questo sia stato trascritto ai sensi degli artt. 2643, n. 8) e 2645-*bis*, cod. civ. prima dell'iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese; inoltre, la necessità di guadagnare l'effetto prenotativo della domanda proposta ai sensi dell'art. 2392 cod. civ., in vista della sentenza costitutiva che tenga luogo del trasferimento non effettuato spontaneamente dal concedente, deve essere messa in relazione all'eventualità che il processo si concluda oltre i limiti temporali di cui all'art. 23, comma 3, D.L. n. 133 del 2014: in tal modo, nei riguardi del fallimento del concedente l'eventuale trascrizione della domanda di cui all'art.

4.1. (Segue) *conseguenze in caso di fallimento del conduttore.*

La specifica disciplina fallimentare del comma 6 dell'art. 23 sembra essere condizionata dalla circostanza che al *rent to buy* si applichino gli artt. 2645-*bis* ⁽⁴⁶⁾ e 2932 cod. civ. ⁽⁴⁷⁾. Il richiamo espresso di tali disposizioni pare in parte condizionare le stesse prerogative delle parti per l'ipotesi di fallimento di una di esse determinando il trapianto, nell'ambito del *rent to buy*, delle spinose questioni che hanno caratterizzato il rapporto tra contratto preliminare immobiliare pendente e poteri del curatore fallimentare.

In tal modo la prosecuzione del contratto ovvero il potere di scioglimento del curatore risultano condizionate dalla trascrizione del *rent to buy* o della domanda giudiziale diretta alla sua esecuzione in forma specifica.

Come anticipato, in caso di fallimento del conduttore il comma 6 parte seconda dell'art. 23 D.L. n. 133 del 2014 richiama l'applicazione dell'art. 72 legge fallim. Sennonché, combinando tale richiamo con quello che dell'art. 2932 cod. civ. effettua il comma 3 sembrerebbe riproporsi per il *rent to buy* la agitata questione posta per il contratto preliminare immobiliare se l'esercizio da parte del curatore fallimentare della facoltà *ex art. 72 legge fallim.* di sciogliersi dal contratto pendente sia ostativo o meno all'accoglimento della domanda giudiziale *ex art. 2932 cod. civ.* trascritta anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Come è noto, sulla questione, che in passato ha visto soluzioni divergenti in seno alle stesse Sezioni Unite ⁽⁴⁸⁾, queste ultime hanno di recente

2932 cod. civ. determina solo il "consolidamento" di una posizione già acquisita dal conduttore con la precedente trascrizione del contratto: BARLETTA, *op. cit.*, 79 (a tale Autore si rinvia per ulteriori questioni inerenti alle conseguenze del mancato accoglimento, nel merito, della domanda *ex art. 2932 cod. civ.*; all'ipotesi che il fallimento intervenga dopo il decorso del termine decennale dalla trascrizione del contratto in assenza della trascrizione della domanda *ex art. 2932 cod. civ.*; al pignoramento da parte dei creditori del concedente iscritto dopo la trascrizione del contratto ma prima della trascrizione della domanda *ex art. 2932 cod. civ.*: pp. 79-80).

⁽⁴⁶⁾ Secondo la dottrina la regola dettata dall'art. 2645-*bis* cod. civ. abbraccerebbe tutti i contratti che comportino l'obbligo di stipulare un successivo atto traslativo e deve essere riferita, conseguentemente, non soltanto ai (veri e propri) contratti preliminari ("puri" o "classici") ma anche ai contratti che vengono designati "preliminari ad effetti anticipati": LUMINOSO, *Contratto preliminare*, cit., 943. Tale ricostruzione è coerente con la riconduzione ad opera dell'Autore del *rent to buy* e del preliminare ad effetti anticipati, come anticipato, alla tecnica traslativa incentrata sulla separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

⁽⁴⁷⁾ Tale profilo è stato già colto da POLETTI, *op. ult. cit.*, 98.

⁽⁴⁸⁾ Se infatti un orientamento era nel senso di ritenere che, ai sensi del comb. disp. dell'art. 2652, n. 2) cod. civ. e dell'art. 45 legge fallim., la sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso di cui all'art. 2932 cod. civ. è opponibile ai creditori fallimentari, anche se trascritta successivamente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento (qua-

chiarito che in caso di contratto preliminare di compravendita, quando la domanda proposta dal promissario acquirente diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie (anche se trascritta successivamente) è opponibile alla massa dei creditori, sì che l'esercizio da parte del curatore del promittente venditore fallito della facoltà di scioglimento è inopponibile al promissario acquirente, sempre che la domanda venga poi accolta⁽⁴⁹⁾. Dovrebbe, pertanto, ritenersi che qualora il concedente abbia trascritto la domanda *ex art. 2932 cod. civ.* il medesimo potrà giovare dell'effetto prenotativo in caso di accoglimento della domanda la cui sentenza sarà, pertanto, opponibile al curatore fallimentare del conduttore che abbia inteso sciogliersi dal contratto di *rent to buy*.

Alcuni dubbi, peraltro, si pongono e sono legati innanzitutto al rapporto tra l'art. 2645-*bis* cod. civ. – richiamato dai commi 1 e 3 dell'art. 23 D.L. n. 133 del 2014 e che consente la trascrizione del contratto preliminare immobiliare – e l'art. 2652 n. 2) cod. civ. – relativo alla trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 cod. civ.*⁽⁵⁰⁾: si potrebbe, infatti, obiettare che, risolta la questione nel senso seguito da ultimo dalle Sezioni Unite, l'art. 2645-*bis* cod. civ. perderebbe buona parte della sua funzione, essendo sufficiente a tutelare il promissario acquirente il meccanismo già previsto dall'art. 2652, n. 2), cod. civ. con il rischio di ritenere la tutela introdotta con la L. 28 febbraio 1997, n. 30 un inutile doppione per ottenere l'effetto prenotativo⁽⁵¹⁾.

lora prima di tale data sia stata trascritta la relativa domanda giudiziale) (Cass., SS.UU., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Giur. it.*, 2005, 1195; per una approfondita analisi della pronuncia, v. COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una «svolta» nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 347 ss.; lo stesso Autore è tornato sul tema nello scritto *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1, 93 ss.) si registrava pure un *decisum* di avviso esattamente contrario (Cass., sez. un., 14 aprile 1999, n. 239, in *Fallimento*, 1999, 1247).

⁽⁴⁹⁾ Cass., sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Foro it.*, 2015, I, 3488 ss. con nota di FABIANI; ha aderito a tale pronuncia Cass., 10 marzo 2016, n. 4734. Per una critica a tale orientamento, v. LUMINOSO, *Fallimento del promittente alienante e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 606 ss.; pare viceversa aderirvi, anche se anteriormente all'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, GABRIELLI, *Trascrizione*, cit., p. 558 ss.

⁽⁵⁰⁾ Secondo GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 1998, 700 il parallelismo tra le due norme è solo descrittivo, nel senso che in entrambi i casi si è in presenza di un meccanismo pubblicitario composto che inizia con la trascrizione di un atto, ma presuppone anche la trascrizione di un atto successivo.

⁽⁵¹⁾ Sulla irrilevanza della trascrizione del contratto preliminare ai fini della soluzione del problema, v. COLESANTI, *op. cit.*, 344 ss. Peraltro, l'art. 2645-*bis* n. 2), cod. civ. ha

Che la trascrizione del preliminare sia sostitutiva della trascrizione della domanda giudiziale pare, tuttavia, vero solo in parte. Infatti, pur avendo in comune l'effetto prenotativo, resta il fatto che la trascrizione del preliminare (e, nel caso di specie, del *rent to buy*) sembra essere pensata più nell'ottica «fisiologica» dell'adempimento spontaneo della promessa di vendita (con funzione dissuasiva per i terzi a contrattare con il promittente venditore o con il concedente) che nell'ottica «patologica» dell'inadempimento e questo (per il contratto preliminare immobiliare) in ragione del breve termine triennale di efficacia prenotativa della trascrizione stessa. Lo stesso sembrerebbe potersi affermare anche per il *rent to buy* nonostante il termine triennale di cui all'art. 2645-*bis*, comma 3, cod. civ. sia elevato dall'art. 23, comma 3, D.L. n. 133 del 2014 a tutta la durata del contratto e comunque a un periodo non superiore a dieci anni: in tal caso l'utilità della trascrizione della domanda giudiziale accanto a quella del *rent to buy* troverebbe la sua ragione per il caso in cui il giudizio dovesse superare in durata il termine di scadenza scaturente dalla trascrizione del *rent to buy*, fermo restando che, a seguito dell'introduzione dell'art. 2668-*bis* cod. civ., anche la trascrizione della domanda giudiziale è stata assoggettata ad un termine di efficacia ventennale (e non nel massimo decennale) e soprattutto rinnovabile con mantenimento dell'effetto prenotativo originario a differenza della trascrizione del contratto preliminare o del *rent to buy* la quale non è suscettibile di rinnovazione.

Nell'ipotesi «patologica» di inadempimento del preliminare e del *rent to buy* è ben vero che la trascrizione degli stessi può avere una funzione prenotativa identica alla trascrizione della domanda giudiziale in quanto tra gli atti ulteriori necessari a garantire alla parte non inadempiente l'effetto dell'acquisto opponibile vi è pure la sentenza *ex art.* 2932 cod. civ. Tuttavia, sia perché l'introduzione del comma 5 all'art. 72 legge fallim. (oggi, a seguito della riforma, comma 7; ma una previsione analoga è prevista pure all'art. 72-*bis*, comma 2) attribuisce al curatore la facoltà

trovato, come è noto, scarsa applicazione pratica sia perché la maggior parte dei preliminari non si conclude nella forma dell'atto pubblico o con l'autenticazione delle sottoscrizioni – anche al fine di sfuggire alla parcella notarile e all'imposta di registro – sia perché nel preliminare spesso le parti convengono patti che vogliono mantenere riservati – come ad es., la simulazione del prezzo – ragion per cui, di fatto, l'esigenza di ricorrere alla pubblicità immobiliare sorge soltanto nell'estrema ipotesi in cui occorre intraprendere l'azione giudiziale *ex art.* 2932 cod. civ.: «talché, con un poco di ironia, potrebbe esser lecito rilevare che il principale effetto dell'intervento legislativo sembra essere stato quello di aver dato vita a una pressoché sterminata messe di scritti, di vario impegno e dimensione, per illustrare e commentare le “novità” della disciplina» (COLESANTI, *op. cit.*, p. 345).

di scioglimento anticipato anche in presenza della trascrizione del contratto preliminare; sia perché l'efficacia della trascrizione del preliminare è temporalmente circoscritta a tre anni e nel *rent to buy* a dieci anni, il soggetto interessato ad agire *ex art. 2932 cod. civ.*, anche in considerazione dei tempi biblici del processo civile, prudentemente, bene farà a trascrivere anche la relativa domanda giudiziale con il rischio, altrimenti, pure in caso di esito vittorioso del giudizio, di essere fatalmente destinato a non vedersi trasferire il diritto qualora, cessato l'effetto prenotativo discendente dalla trascrizione del preliminare, nel frattempo un terzo abbia trascritto un proprio titolo di acquisto (soggetto peraltro ad azione revocatoria)⁽⁵²⁾: è più che probabile, infatti, che nei tre anni dalla trascrizione del preliminare o financo nei dieci dalla trascrizione del *rent to buy* non intervenga la sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* (sotto tale profilo il sistema presenta un'insidia analoga a quella sottesa all'*art. 2945, comma 3, cod. civ.* per il caso di estinzione del giudizio ove a rimanere in piedi è il solo effetto interruttivo della prescrizione determinato dalla proposizione della domanda ma non anche quello sospensivo subordinato, secondo il comma 2 dello stesso articolo, al passaggio in giudicato della "sentenza che definisce il giudizio")⁽⁵³⁾. L'utilità della trascrizione della domanda si rinviene pure nel fatto che la cessazione degli effetti della trascrizione del preliminare prima della dichiarazione di fallimento farebbe venir meno anche il privilegio di cui all'*art. 2775-bis cod. civ. (art. 72, ultimo comma, e 72-bis, comma 2, legge fallim.)*⁽⁵⁴⁾.

Infine, viene escluso che l'introduzione del comma 5 all'*art. 72 legge fallim.* (a seguito della riforma, comma 7; v. pure *art. 72-bis, comma 2, legge fallim.*) possa mutare i termini della questione come invece si è

⁽⁵²⁾ In riferimento al *rent to buy* è stato osservato come sia "evidente come l'operazione negoziale [...] non possa protrarsi per più di dieci anni; la conseguenza sarebbe la caducazione dell'effetto di opponibilità del titolo ai terzi che medio tempore abbiano iscritto o trascritto altre formalità sullo stesso bene" (MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., p. 955).

⁽⁵³⁾ Vi è comunque da dire che, come anticipato, per effetto dell'introduzione dell'*art. 2668-bis cod. civ.* ad opera dell'*art. 62 della L. 18 giugno 2009, n. 69* anche la trascrizione della domanda giudiziale ha un effetto temporale limitato a venti anni, termine entro il quale il legislatore ritiene che «ragionevolmente» dovrebbe esaurirsi il corso di un giudizio e aversi la trascrizione dell'eventuale sentenza irretrattabile di accoglimento.

⁽⁵⁴⁾ Le Sezioni Unite hanno chiarito che "in caso di fallimento, qualora il curatore della società costruttrice scelga lo scioglimento del contratto preliminare, il credito del promissario acquirente, benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto al credito dell'istituto di credito, che abbia precedentemente trascritto sull'immobile ipoteca a garanzia del finanziamento" (Cass., sez. un., 1° ottobre 2009, n. 21045).

ritenuto in giurisprudenza⁽⁵⁵⁾: “vero è infatti che la disposizione attribuisce al curatore la facoltà di scioglimento anche in presenza della trascrizione del contratto preliminare, sempreché la stessa abbia mantenuto la sua efficacia; ma la norma nulla dice circa gli effetti che produce su tale facoltà la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica”⁽⁵⁶⁾. Al riguardo si osserva: “come prevede l’art. 2645 *bis* n. 2 la trascrizione del definitivo o della sentenza *ex art.* 2932 cod. civ. si giova dell’effetto prenotativo del preliminare, dimodoché la prima prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Coordinando il disposto dell’art. 2645-*bis* con l’art. 72 legge fallim., si dovrebbe giungere alla conclusione che il potere di scioglimento della curatela sussiste solo in mancanza della successiva trascrizione della sentenza che accoglie la domanda pronunciata ai sensi dell’art. 2932 cod. civ.; viceversa, se quest’ultima è stata trascritta, sempre che il preliminare sia stato trascritto prima del deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa di fallimento, la facoltà di scioglimento di cui all’art. 72 legge fallim. risulterebbe preclusa, stante il disposto dell’art. 45 legge fallim.”⁽⁵⁷⁾.

5. Rent to buy e concordato preventivo.

Fattispecie non espressamente disciplinata dall’art. 23 D.L. n. 133 del 2014 è quella inerente ai rapporti tra *rent to buy* e concordato preventivo⁽⁵⁸⁾. Come è noto, l’art. 169-*bis*, comma 5, legge fallim. come riformato

⁽⁵⁵⁾ Cass., 13 maggio 1999, n. 4747.

⁽⁵⁶⁾ COLTRARO, *Fallimento del permutante, trascrizione della domanda ex art. 2932 cod. civ. e limiti al potere di scioglimento del curatore: le sezioni unite mutano indirizzo*, in questa *Rivista*, 2005, II, 30.

⁽⁵⁷⁾ COLTRARO, *ibidem*, anche richiamando GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, cit.*, 697 ss.

⁽⁵⁸⁾ Con gli stessi limiti ricordati per il fallimento, si registrano in materia alcune pronunce. Trib. Rovigo (Pres. D’Amico; Rel. Martinelli), 26 maggio 2015 ha emesso un decreto nell’ambito di una procedura di concordato preventivo nel quale ha sostenuto che il *rent to buy* è compatibile soltanto con il concordato in continuità; nei casi di concordato liquidatorio, invece, opererebbe il principio generale che impone al debitore l’immediata cessione dei propri beni a decorrere dall’omologazione del concordato stesso, sicché gli immobili non potrebbero essere dati in godimento ma dovrebbero essere immediatamente alienati. Di diverso avviso è Trib. Lucca, 2 dicembre 2015 il quale, nell’ambito di una procedura di concordato preventivo per una s.p.a. in liquidazione, ha preso atto di un’offerta irrevocabile di acquisto per mezzo di *rent to buy* relativa a un capannone ed ha autorizzato una procedura competitiva per la vendita con cessione immediata o in alternativa mediante contratto di godimento in funzione di successiva alienazione (anche di tali pronunce dà notizia TONA, *op. cit.*, p. 25).

dal D.L. n. 83 del 2015 prevede – con disposizione sostanzialmente coincidente con l’art. 72-*quater* legge fallim. dettato per il *leasing* finanziario in caso di fallimento – che, nell’ipotesi di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l’eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; prevede inoltre che il concedente ha diritto di far valere verso il debitore un credito determinato nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Sulla disposizione è intervenuta la Suprema Corte la quale ha, tuttavia, chiarito che se il *leasing* si è risolto per inadempimento dell’utilizzatore prima del suo fallimento, la norma da applicare non è l’art. 72-*quater* (e quindi, in caso di concordato, l’art. 169-*bis*), che presuppone che il *leasing* sia in corso, ma l’art. 72, comma 5, legge fallim. che recependo l’orientamento anteriore alla riforma sancisce l’opponibilità alla massa dell’azione di risoluzione promossa prima del fallimento⁽⁵⁹⁾. Secondo la Suprema Corte resta quindi valida la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo e il concedente può far valere nei confronti del fallimento la domanda di risoluzione del contratto in base agli artt. 1458, comma 1, o 1526 cod. civ., ferma la necessità di insinuarsi al passivo se con la domanda di risoluzione sono proposte anche domande restitutorie o risarcitorie⁽⁶⁰⁾. La Suprema Corte insomma ritiene applicabile la previsione di cui all’art. 72-*quater* legge fallim. solo se il *leasing* è pendente al momento dell’apertura del concorso e il curatore decida di sciogliersi dal contratto: sulla scorta di tale ricostruzione viene criticata la pronuncia di merito che per un caso di *leasing* traslativo risolto prima del concordato ha escluso che il concedente, in base all’art. 1526 cod. civ. avesse diritto alla restituzione del bene e a un equo compenso, oltre al risarcimento del danno e l’utilizzatore alla restituzione delle rate riscosse dal concedente meno l’equo compenso per l’utilizzo⁽⁶¹⁾. La circostanza che il legislatore e la Suprema Corte abbiano trattato in maniera sostanzialmente equipollente l’ipotesi di *lea-*

⁽⁵⁹⁾ Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538 e Cass., 29 aprile 2015, n. 8687, *citt.*

⁽⁶⁰⁾ NARDECCHIA, *Leasing e concordato, applicazione ampia per le norme del 2015*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 settembre 2016.

⁽⁶¹⁾ App. Milano, 11 aprile 2016, n. 1378. In tema di rapporti tra *leasing* e concordato preventivo va ricordato pure Trib. Milano, 19 agosto 2015 (in questa *Rivista*, 2, 2016, p. 539 ss. con nota critica di ROCCO DI TORREPADULA).

sing nel fallimento e nel concordato preventivo pare giustificare che un'identica soluzione debba predicarsi per il *rent to buy*.

6. Conclusioni.

L'analisi della disciplina fallimentare del *rent to buy* nel raffronto con le *operazioni economiche* della locazione finanziaria, della vendita con riserva della proprietà e del preliminare immobiliare ad effetti anticipati, piuttosto che con i *tipi legali* della vendita (anche nella forma del contratto preliminare) e della locazione sembra confermare l'opportunità di un approccio innanzitutto economico alla nuova figura contrattuale: tutte le operazioni economiche indicate sembrano presentare nella disciplina fallimentare un minimo comun denominatore. Ciò consente anche di stemperare le vistose differenze che la disciplina fallimentare del *rent to buy* presenta ad es. rispetto alla locazione immobiliare (art. 80 legge fallim.)⁽⁶²⁾ oltre che alla vendita ad effetti traslativi immediati o al preliminare di vendita senza anticipazione della consegna; in tal modo viene pure a stemperarsi l'idea del *rent to buy* come contratto "alieno"⁽⁶³⁾.

ABSTRACT: *The author examines the new discipline regarding "contracts for the use of real property aimed at the subsequent transfer of ownership of the property" (i.e., the so-called "rent to buy" agreements), introduced by the*

(62) Sebbene il fallimento del conduttore attribuisca al curatore fallimentare il diritto di sciogliersi dal contratto il legislatore non rinvia all'art. 80, comma 3, ma all'art. 72 legge fallim. e, dunque, al principio generale fissato all'art. 72, commi 1 e 3, legge fallim. – nel testo introdotto dalla riforma di cui al D.Lgs. n. 5/2006 e D.Lgs. n. 169/2007 – il quale fissa il principio generale secondo cui l'esecuzione dei contratti (preliminari o definitivi) bilateralmente ineseguiti al momento della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, rimane sospesa fino a quando il curatore (debitamente autorizzato) dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi. Come è stato chiarito, "la lontananza dalla locazione, segnata dal legislatore in modo plateale dal richiamo alla disciplina dell'usufrutto, ma anche dal richiamo, sul versante concorsuale, all'art. 72 anziché all'art. 80 legge fallim., e giustificabile appieno per il diverso impiego del godimento del bene, finalizzato al successivo acquisto e quindi di potenziale «non ritorno» per il concedente, implica [...] l'inapplicabilità di tutta la disciplina vincolistica, in ordine alla durata, alla possibilità di sanare la morosità in giudizio, ad eventuali concessioni di proroghe dello sfratto se l'immobile ha destinazione abitativa" (POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 113-114). Per un raffronto tra *rent to buy* e locazione, v. ROTA, *Il rent to buy a confronto con la locazione: struttura negoziale e rimedi esperibili dai contraenti*, in ALBANESE-MAZZAMUTO (A CURA DI), *op. cit.*, p. 35 ss.

(63) Per tale considerazione v. già MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 952-953. Sul rischio scaturente dalla possibilità di far rientrare nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 23 D.L. n. 133 del 2014 i casi di collegamento negoziale con speciale riferimento all'applicazione indebita del regime di favore in caso di fallimento, v. BARALIS, *op. cit.*, pp. 25-26. Sul contratto alieno, v. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 45 ss.

Italian legislator in 2014, in a comparison with others similar transactions from an economic point of view. The analysis confirms the need for an economic approach instead of a typological approach, because all the economic transactions seem to have the lowest common denominator in the Insolvency Law. This approach can defuse the significant differences between the discipline of “rent to buy” in the Insolvency Law and the regulation of other cases, like the lease of land, the sale of land, the pre-contract of sale without the conveyance of land. In this way the idea of “rent to buy” as an “alien” contract is tempered.

ANDREA ZORZI (*)

Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Firenze

L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE CON BANCHE E INTERMEDIARI FINANZIARI (ART. 182-*SEPTIES* LEGGE FALLIM.): LE CATEGORIE DI CREDITORI E L'EFFICACIA NEI CONFRONTI DEI NON ADERENTI

Abstract: La principale caratteristica degli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (introdotti dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83) è la possibilità data a una maggioranza qualificata di creditori bancari e finanziari di imporre la propria decisione alla minoranza. L'articolo è dedicato all'analisi della nuova disciplina. L'autore ritiene che si sia in presenza di un vero e proprio sistema di decisione a maggioranza; da ciò discende l'applicazione delle regole classiche, tratte dal diritto societario, della necessaria omogeneità degli interessi dei votanti e della disciplina del conflitto di interessi. L'articolo tratta, in particolare, delle questioni che sorgono con riguardo alla suddivisione in categorie (classi) omogenee dei creditori e della possibilità di superare il dissenso sia del creditore non omogeneo, sia del creditore omogeneo che non aderisce per finalità opportunistiche.

SOMMARIO: 1. La nuova disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari. - 2. L'accordo *ex art. 182-septies* come componente di un accordo *ex art. 182-bis*. La revisione della norma nel disegno di legge Rordorf. - 3. L'accordo *ex art. 182-septies* come accordo "a maggioranza". - 4. Il presupposto dell'indebitamento verso creditori finanziari. - 5. Un appunto sulla limitazione ai soli creditori finanziari. - 6. La partecipazione alle trattative "in buona fede" e l'informazione completa. - 7. Le categorie omogenee. Onere; criteri. - 8. Funzionamento del principio maggioritario e tecniche di tutela: (1) la formazione di categorie. - 9. ... (2) la "sterilizzazione" del voto in conflitto d'interessi. - 10. Il "passaggio" da una categoria all'altra. - 11. È possibile e opportuno applicare regole tratte dalla disciplina del concordato preventivo? - 12. La non adesione "strategica" (*bold-out*) del creditore omogeneo di minoranza (con credito marginale). - 13. La verifica di convenienza. - 14. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori al ricorso.

(*) L'articolo riproduce, con alcuni aggiornamenti e l'aggiunta delle note, la relazione tenuta al Corso di perfezionamento "L'impresa in crisi fra iniziativa del debitore e poteri dei creditori", Firenze, 23 febbraio 2016. Ringrazio Lorenzo Stanghellini per i numerosi e utili suggerimenti.

1. *La nuova disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari.*

Il D.L. 27 giugno 2015, n. 83 ha introdotto nella legge fallimentare l'art. 182-septies, che disciplina due distinti, ancorché connessi, nuovi istituti: l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari⁽¹⁾ e la

(1) Sugli accordi ex art. 182-septies v. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 517 ss. e già in *ildiritto degli affari.it*, 26 ottobre 2015, Sez. I Articoli, n. 76, p. 1 ss. (da cui si cita); NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, 2; LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in *IlFallimentarista.it*, 29 giugno 2015 (contributo anteriore alla legge di conversione, che apportò significative modifiche); RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *IlFallimentarista.it*, 23 luglio 2015 (anche questo contributo è anteriore alla legge di conversione); VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte)*, in *IlCaso.it*, 18 agosto 2015; VAROTTI, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. Attestazione del professionista, opposizione del creditore, controllo del tribunale e opera dell'ausiliario*, relazione al Corso di perfezionamento "L'impresa in crisi fra iniziativa del debitore e poteri dei creditori", Firenze, 23 febbraio 2016; VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Giustizia civile.com.*, 2015, n. 7; NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, p. 1181 ss.; FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contratti*, 2015, p. 1164 ss.; BOMBARDELLI, *Articolo 182-septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in AMBROSINI-BECUCCI-BOGONI-BOMBARDELLI-BOTTAI-PESCIAROLI-PEZZANO- RATTI-SPADARO, *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 303 ss.; APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *IlCaso.it*, 29 dicembre 2015; MARELLI, *Con il nuovo art. 182-septies l.fall. arriva il cram down negli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma solo per le banche*, in *Diritto24* (<http://www.diritto24.ilsole24ore.com>), 2015; PROVARONI, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in *Corr. trib.*, 2016, p. 75 ss.; AIELLO, *Sub art. 182-septies*, in AMBROSINI-TRAPUZZANO (a cura di), *Codice del fallimento*, Nel Diritto Editore, in corso di pubblicazione; TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016, p. 469 ss.; BENAZZO, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. Le trattative: l'informazione sul loro avvio e la possibilità di parteciparvi in "buona fede"*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017, p. 779 ss. (in corso di pubblicazione, consultato grazie alla cortesia dell'autore); FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fallimento*, 2016, p. 917 ss.; PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1441 ss.; VALENSISE, *Osservazioni sull'accordo di*

convenzione di moratoria⁽²⁾. Sebbene questa seconda possa essere funzionale al raggiungimento di un accordo *ex art. 182-septies*, ciò non è necessario: alla convenzione di moratoria si può ricorrere anche per ottenere protezione durante la negoziazione di un accordo sottostante a un piano attestato o di un accordo di ristrutturazione “semplice” *ex art. 182-bis*, o anche in preparazione di un concordato. La convenzione di moratoria non è oggetto di queste note, che sono, invece, dedicate al solo accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e, in particolare, alla discussione delle principali questioni in tema di categorie di creditori ed efficacia dell’accordo nei confronti dei creditori non aderenti.

La norma prevede che, «quando un’impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell’indebitamento complessivo», si possa fare ricorso a una disciplina speciale, in cui «il debitore può chiedere che gli effetti dell’accordo» raggiunto con banche

ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall., in SANDULLI-D’Attorre (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 287 ss.; GIORGETTI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in SANTANGELI (a cura di), *La nuova legge fallimentare: commento alle disposizioni della legge fallimentare modificate dal D.L. n. 83/2015, conv., con mod.*, in L. 6 agosto 2015, n. 132, Milano, 2016, p. 289 ss.; FAUCEGLIA, *L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2016, p. 723 ss.; ONORATO, *Gli accordi di ristrutturazione finanziari ai sensi dell’art. 182-septies l. fall. Dalla rottura di una equazione al paradosso di un caso*, in *Giustizia civile.com*, 2016, n. 7; DE PRA, *Le condizioni dell’accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 1281 ss.; SPIOTTA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Sezione I. Profili sostanziali*, in JORIO-SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, V, Milano, 2017 (in corso di pubblicazione, consultato grazie alla cortesia dell’autrice).

Si veda anche il documento CNDCEC – Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Accordo di ristrutturazione dei debiti e convenzione di moratoria*, novembre 2016.

Della norma si occupano anche lavori più generali: v. per es. PANZANI, *Le alternative al fallimento. il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 21/2015, p. 1 ss., ivi a p. 44 ss.; AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge 132/2015 e nelle prospettive di riforma*, in *ILcaso.it*, 30 novembre 2015; BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 529 ss.; FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 10 ss., ivi a p. 54 ss.

(2) Specificamente sulla convenzione di moratoria v. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, p. 1269 ss. (del medesimo autore v. anche FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 2014, p. 965 ss.); RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all’art. 182-septies*, in *Fallimento*, 2016, p. 889 ss.; NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d’impresa: estensione dell’efficacia e abuso dell’opposizione*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1090 ss.; NARDONE, *Le convenzioni di moratoria*, in SANDULLI-D’Attorre (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 317 ss.

e intermediari finanziari che «rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria» vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla categoria.

Com'è noto, la norma "importa" nel diritto italiano un istituto inglese, lo *scheme of arrangement* ⁽³⁾, per effetto di un interessante, e ormai comune, fenomeno di convergenza normativa. Il legislatore italiano ha voluto offrire così anche ai debitori che non possano far ricorso allo *scheme of arrangement* – o perché non è possibile affermare la giurisdizione inglese, o perché è troppo costoso ricorrervi –, un meccanismo che, analogamente, consenta di ristrutturare l'indebitamento senza il necessario assenso di ogni creditore e senza il necessario ricorso alla procedura di concordato preventivo. La previsione si ispira ai principi della Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014 *Un nuovo approccio al fallimento dell'impresa e all'insolvenza* (si vedano, in particolare, i punti n. 6, 7, 17, 18, 20, 21 e 22) ⁽⁴⁾.

L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari si appoggia necessariamente a un accordo di ristrutturazione "normale" *ex art. 182-bis*, come si vedrà subito ⁽⁵⁾. Quando, però, si ricorre all'art. 182-*septies*, con la sua regola di maggioranza, esso assume caratteri particolari. Nonostante le previsioni dell'art. 182-*septies*, la possibilità di chiedere misure protettive del patrimonio, la dilazione quasi automaticamente imposta anche ai creditori non aderenti e l'applicabilità delle disposizioni penali previste per il concordato ⁽⁶⁾, forse non si è ancora in presenza di una

⁽³⁾ Si vedano sul punto i *Materiali* del Corso di perfezionamento "La gestione della crisi d'impresa: scelta dello strumento, tecniche, responsabilità", Firenze, 2015, e in particolare la *Terza unità formativa*, p. I-209 ss., ove i contributi di BONSIGNORE e IODICE.

Sullo *scheme of arrangement* v. per tutti PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, nonché, con particolare riguardo al "forum shopping" in materia di *scheme of arrangement* PAYNE, *Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping*, in EBOR, 2013, 14/4, p. 563 ss.; v. anche CLEARY GÖTTLIEB, *Schemes of Arrangement for Foreign Companies – Limits to the Jurisdiction Question?*, Alert Memorandum, 2014; nonché LATHAM & WATKINS, *UK Schemes of Arrangement Overview*, 2014, per una lista di società straniere che hanno fatto uso dello *scheme of arrangement* inglese (aggiornata al 2014).

⁽⁴⁾ Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (2014/135/UE); pubblicata anche in *Fallimento*, 2014, p. 393 ss., con un commento di LO CASCIO.

⁽⁵⁾ V. *infra*, par. 2.

⁽⁶⁾ Il nuovo comma 4 dell'art. 236 legge fallim. estende all'accordo *ex art. 182-septies* le norme in materia di bancarotta semplice e fraudolenta applicabili agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società (mediante un rinvio agli artt. 223 e 224, che rinviano a loro volta agli artt. 216 e 217) (art. 236, comma 3, n. 1); le norme applicabili all'instutore dell'imprenditore (art. 227, che anche qui rinvia alle norme in materia di ban-

procedura concorsuale vera e propria, soprattutto perché il debitore non viene spossessato neppure in modo “attenuato”, come invece nel concordato. Il comma 4 dell’art. 182-*septies*, infatti, prevede la nomina di un «ausiliario» del giudice, ma questi non assurge a organo, avendo competenze limitate alla verifica dei requisiti richiesti dalla legge. Indubbiamente, però, il confine si è fatto più sottile, rendendo inevitabile una riflessione in ordine all’applicabilità di norme o principi tratti dalla disciplina del concordato preventivo (7), mentre non è da escludere che si possa pensare a una “consecuzione”, in senso tecnico, tra accordo e concordato (e successivo, eventuale fallimento) (8). È anche da segnalare che l’accordo di ristrutturazione (anche quello “semplice” *ex* art. 182-*bis*) è stato incluso tra le procedure cui si applica il regolamento europeo relativo alle procedure di insolvenza (9).

La *ratio* di una ristrutturazione in base alle regole della maggioranza non sembra tanto frutto dell’intenzione di favorire i salvataggi “in sé” (10), quanto quella di superare i problemi di coordinamento tra i creditori e di limitare il rischio di comportamenti opportunistici da parte di alcuni di essi. La conseguenza dovrebbe essere quella di rendere più rapida la negoziazione con banche e intermediari e darvi impulso, sia che si giunga all’imposizione dell’accordo ai creditori finanziari non aderenti, sia – ancor più probabilmente – che la prospettiva dell’imposizione induca *ex ante* un comportamento collaborativo, visto che la contrattazione si svolge sempre all’ombra della legge (vi sono già, anzi, evidenze aneddotiche al riguardo).

Qualora lo strumento venga effettivamente utilizzato, come si argomenterà in prosieguo, il faro che deve guidare l’interprete sembra dover essere quello del miglior soddisfacimento possibile per i creditori; concetto che, come pure si vedrà subito, è però meno facile da riempire di conte-

carotta semplice e fraudolenta nonché in materia di ricorso abusivo al credito *ex* art. 218 e di denuncia di creditori inesistenti *ex* art. 220) (art. 236, comma 3, n. 2); le norme che sanzionano i comportamenti fraudolenti dei creditori (art. 232) e la norma in materia di mercato di voto (art. 233) (art. 236, comma 3, n. 4).

(7) V. FABIANI, *Riflessioni*, cit., p. 68-69; FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 927-928; DE PRA, *Le condizioni*, cit., p. 1294-1295; v. anche *infra*, par. 13, sul controllo di convenienza.

(8) V. *infra*, par. 14, a proposito della sorte delle ipoteche giudiziali.

(9) Reg. (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (rifusione), che ha sostituito il Reg. (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000; il nuovo Regolamento si applicherà alle procedure aperte successivamente al 26 giugno 2017 (art. 92).

(10) Così NISIVOCIA, cit., p. 1184 e, in modo più sfumato, FAUCEGLIA, cit., p. 730-731.

nuto in questo contesto rispetto a quanto accade nel controllo di convenienza del concordato preventivo, quando questo controllo è ammesso.

2. *L'accordo ex art. 182-septies come componente di un accordo ex art. 182-bis. La revisione della norma nel disegno di legge Rordorf.*

L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 182-*septies*, è una possibile componente di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*. La norma-base è e rimane l'art. 182-*bis*; l'art. 182-*septies* è una parte di quell'accordo, nel senso che si può chiedere l'estensione dell'efficacia dell'accordo ai soli creditori finanziari, nel quadro dell'accordo-base. Questo comporta che, in sede di attestazione dell'attuabilità, quando uno degli accordi con i creditori sia stipulato ricorrendo all'art. 182-*septies*, il professionista dovrà verificare e attestare anche il rispetto dei presupposti di applicabilità ed efficacia di questa norma, quantunque non sia fatta menzione di attestazioni nell'art. 182-*septies* ⁽¹¹⁾.

La norma prevede, dunque, che all'accordo "speciale" si possa ricorrere quando almeno la metà dell'indebitamento dell'«impresa» è verso banche o intermediari finanziari. In tal caso, è richiesto che il debitore faccia uno sforzo di coinvolgere nella negoziazione i creditori finanziari nei cui confronti voglia estendere l'efficacia dell'accordo eventualmente raggiunto. In termini più precisi, il debitore può negoziare con alcuni creditori, aventi tra loro «posizione giuridica e interessi economici omogenei» un accordo e, quando ha raggiunto il 75% dei consensi, può chiedere che

⁽¹¹⁾ V. Trib. Milano, 11 febbraio 2016 (decr.), Dani s.r.l. in liquidazione, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 14911 e in *Fallimento*, 2016, 914, con nota di FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit. (analoga lista è contenuta in Trib. Milano, 10 novembre 2016, Comifin s.r.l. in liquidazione, inedita ma citata in DE PRA, cit., p. 1281, nt. 1):

«1) la domanda deve provenire da un imprenditore commerciale in possesso dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 1 L.F.;

2) l'imprenditore si deve trovare in stato di crisi;

3) l'accordo deve essere stipulato con creditori che raggiungono almeno il 60% dell'indebitamento complessivo;

4) l'esistenza dell'indebitamento dell'imprenditore nei confronti delle banche e intermediari finanziari deve essere non inferiore al 50% dell'indebitamento complessivo;

5) il raggiungimento in ciascuna categoria in cui sono inseriti i creditori bancari e intermediari finanziari di una percentuale di aderenti che rappresenti il 75% dei crediti della categoria;

6) alla domanda deve essere allegata la documentazione prevista dall'art. 161;

7) il ricorso per l'omologazione deve essere corredato da una relazione redatta da un esperto munito dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lettera d), L.F. dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei».

l'efficacia dell'accordo concluso sia estesa anche ai creditori finanziari che non abbiano dato il proprio consenso.

I creditori non finanziari, quindi, non sono direttamente toccati dalle novità: se non aderiscono all'accordo, avranno diritto alla soddisfazione integrale. Questa regola è tuttavia destinata a cambiare se sarà dato seguito alla riforma delle procedure concorsuali elaborata dalla commissione Rordorf: il disegno di legge delega prevede espressamente che l'accordo "a maggioranza" sia reso disponibile nei rapporti con qualsiasi genere di creditore, e non solo con i creditori finanziari⁽¹²⁾.

Per altro verso, lo schema di disegno di legge delega prevede anche una restrizione al suo utilizzo ai soli casi in cui sia, almeno in parte, proseguita l'attività d'impresa («nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie», dispone la norma progettata), così impedendo che si possano concludere accordi di ristrutturazione liquidatori, se in essi si vuole includere un accordo fatto ai sensi dell'art. 182-*septies* (in base alla formulazione della norma non è chiaro se la restrizione dell'ambito di applicabilità ai soli accordi "di risanamento" si applichi anche quando l'accordo a maggioranza sia concluso con i soli creditori finanziari, com'è adesso). Se così fosse, questo darebbe ragione a chi – e lo si è appena

(12) Disegno di legge con Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (testo risultante dallo stralcio dell'art. 15 del disegno di legge n. 3671, deliberato dall'Assemblea il 18 maggio 2016) (Atto Camera n. 3671-bis), approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e trasmesso al Senato (Atto Senato n. 2681).

Si riporta, per comodità del lettore, l'art. 5 del disegno di legge delega, dedicato ad «Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento»:

«1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, al fine di incentivare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i piani attestati di risanamento e le convenzioni di moratoria nonché i relativi effetti, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) estendere la procedura di cui all'articolo 182-*septies* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee;

b) eliminare o ridurre il limite del 60 per cento dei crediti previsto nell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ove il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma del citato articolo 182-*bis*, nè richieda le misure protettive previste dal sesto comma del medesimo articolo;

c) assimilare la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile;

d) estendere gli effetti dell'accordo ai soci illimitatamente responsabili, alle medesime condizioni previste nella disciplina del concordato preventivo;

e) prevedere che il piano attestato abbia forma scritta, data certa e contenuto analitico;

f) imporre la rinnovazione delle prescritte attestazioni nel caso di successive modifiche, non marginali, dell'accordo o del piano».

criticato – ritiene che la *ratio* dell’art. 182-*septies* sia favorire i salvataggi in sé e non, come invece sembra più corretto, superare i comportamenti ostruzionistici o, talvolta, la mera inerzia di creditori le cui procedure decisionali sono burocratizzate o comunque inelastiche. L’ambito della liquidazione *in bonis* è stato, infatti, terreno in cui gli accordi di ristrutturazione hanno dato buona prova di sé e sono stati usati di frequente⁽¹³⁾.

Inoltre, a differenza di quanto accade per i *concordati* liquidatori, dei quali taluni non vedono la ragione d’essere quando sono limitati alla cessione dei beni, ritenendo che diventino un costoso doppione del fallimento, gli accordi liquidatori possono offrire, anche rispetto al fallimento, cospicui risparmi di spesa, minore burocratizzazione e maggiore rapidità delle procedure di dismissione dei cespiti aziendali⁽¹⁴⁾.

3. L’accordo ex art. 182-*septies* come accordo “a maggioranza”.

Non sembra revocabile in dubbio che si sia qui in presenza di un fenomeno di decisione “a maggioranza” che come tale deve essere letto e disciplinato. La circostanza che non vi sia collegialità incide solo sul metodo, ma non sulla sostanza del fenomeno⁽¹⁵⁾; e la legge conosce molte ipotesi in cui si decide a maggioranza pur senza metodo collegiale. Per fare un solo, rilevante esempio di metodi “paracollegiali” basti pensare alle modalità di assunzione delle decisioni dei soci nelle s.r.l., pur su opzione statutaria⁽¹⁶⁾. La dottrina aveva, d’altronde, già suggerito l’applicazione delle regole tratte dal diritto societario alle decisioni prese dai creditori nell’ambito delle procedure concorsuali⁽¹⁷⁾.

Perché si possa concludere un accordo occorre, dunque, che:

⁽¹³⁾ Anche i casi fin qui noti di accordi *ex art.* 182-*septies* sono per lo più liquidatori: l’unico caso non liquidatorio, a quanto consta, è il caso della Vincenzo Zucchi s.p.a., omologato con decreto del Trib. Busto Arsizio, 2 marzo 2016 (inedito).

⁽¹⁴⁾ Quando l’accordo è concluso *ex art.* 182-*septies*, però, non si applica quel particolare «incentivo» costituito dall’inapplicabilità, nell’accordo, delle norme penali in materia di bancarotta (semplice e fraudolenta), che sono invece applicabili nel concordato preventivo (e, appunto, nell’accordo di ristrutturazione concluso a maggioranza: cfr. art. 236 legge fallim. nella versione modificata dal D.L. n. 83 del 2015).

⁽¹⁵⁾ Così, invece, parrebbero APPIO, cit., p. 7-8; FAUCEGLIA, cit., p. 730, nonché ONORATO, cit., p. 3. V. invece, in senso conforme a quanto esposto nel testo, BENAZZO, cit., p. 782, che ascrive l’accordo *ex art.* 182-*septies* alla categoria dei contratti associativi con comunione di scopo.

⁽¹⁶⁾ Così anche BENAZZO, cit., p. 798-799, ove articolata discussione sul punto.

⁽¹⁷⁾ V. STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2006, p. 377 ss., ivi a pp. 380 ss.

– chi è chiamato a esprimersi lo possa fare all'interno di un gruppo con interessi omogenei e convergenti: rimettere la decisione alla maggioranza, infatti, sottintende l'idea – almeno, nel diritto commerciale – che, in un contesto in cui la decisione migliore è ignota, essa sia lasciata a chi sopporta maggiori benefici e rischi da questa decisione ed è, dunque, affidabile interprete della volontà del gruppo⁽¹⁸⁾;

– chi è chiamato ad esprimersi lo faccia “sinceramente”, o “genuinamente”, ovvero senza avere riguardo a interessi esterni al gruppo⁽¹⁹⁾.

4. *Il presupposto dell'indebitamento verso creditori finanziari.*

Fatta questa premessa, è opportuno iniziare da un requisito che, ad onta delle apparenze, è correlato al tema delle «categorie» nell'ambito delle quali deve raggiungersi la maggioranza; ovvero, la condizione che almeno la metà dell'indebitamento sia verso banche e intermediari finanziari.

Per calcolare questa soglia si potrà ricorrere in larga parte all'elaborazione in materia di computo della soglia del 60% dell'indebitamento complessivo di cui all'art. 182-*bis*. E quindi, per esempio, non sembra possano esservi dubbi sul fatto che al denominatore si contino anche i debiti verso soci⁽²⁰⁾, salvo discutere per quelli postergati⁽²¹⁾; così come, sia al denominatore sia al numeratore, a condizione che siano verso banche o intermediari finanziari, si contano i crediti di qualsiasi natura, siano essi prelatizi, chirografari o subordinati⁽²²⁾.

Con riguardo all'accordo di ristrutturazione in generale, i crediti pre-deducibili erogati «in funzione della presentazione della ... domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti», ai sensi dell'art. 182-*quater*, comma 2 (e anche ai sensi del comma 3, ovvero sia i crediti erogati dai soci), non sono considerati nel «computo della percentuale dei

⁽¹⁸⁾ STANGHELLINI, *Creditori «forti»*, cit.; SACCHI, *Lupi e conflitto di interessi dei creditori nel concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 49 ss.; D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fallimento*, 2012, p. 757 ss.; FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Concordato preventivo*, in DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, p. 210 ss., con riguardo al concordato preventivo.

⁽¹⁹⁾ GOSHEN, *Voting (Insincerely) in Corporate Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 2001, p. 1 ss., ivi a p. 2-5.

⁽²⁰⁾ Nel caso esaminato da Trib. Milano, 11 febbraio 2016, cit., la società ricorrente aveva peraltro preso in esame anche l'ipotesi che andassero esclusi i debiti verso soci.

⁽²¹⁾ V. SPIOTTA, cit., p. 224 ss., in part. p. 228.

⁽²²⁾ V. ancora SPIOTTA, cit., p. 224 ss.

crediti prevista all'art. 182-*bis*, primo e sesto comma»⁽²³⁾; e si ritiene che questo significhi che non vadano considerati né al numeratore, ma neppure al denominatore: sono del tutto esclusi dal computo, in quanto non patiscono – o non patiscono in pari misura rispetto agli altri crediti – gli effetti della procedura⁽²⁴⁾.

La stessa norma si applica anche ai fini dell'art. 182-*septies*? Se così fosse, per l'imprenditore il cui indebitamento verso banche è inferiore alla soglia di ammissibilità sarebbe impossibile “sostituire”, mediante un finanziamento, alcuni debiti verso creditori non finanziari, se non con finanziamenti *non* dotati di rango prededucibile. In sostanza, il debitore dovrà convincere uno o più creditori finanziari ad aumentare la loro esposizione, ancorché transitoriamente (fino all'esecuzione dell'accordo), senza poter offrire in cambio la prededucibilità del credito.

In alternativa, naturalmente, al fine di rientrare nella soglia del 50%, il debitore potrebbe pagare i creditori non finanziari nella misura necessaria; ma si tratta di ipotesi rischiosa, perché, dovendo intervenire prima dell'omologazione, si tratterebbe di debiti non “coperti”, né copribili, dall'autorizzazione *ex art. 182-quinquies*, comma 5 (*ex 4*), perché la mera “ricomposizione” del passivo non è certo funzionale alla continuità aziendale, come invece richiede l'art. 182-*quinquies* comma 5 (*ex 4*).

Ancora, il debitore potrebbe indurre i creditori finanziari a rendersi cessionari dei crediti dei creditori non finanziari, così da modificare soggettivamente il rapporto. Si tratterebbe, però, di un rapporto tra terzi, che il debitore dovrebbe convincere a contrarre tra loro; e, fermo che probabilmente la previsione dell'art. 127, comma 7, che vieta il voto dei cessionari di crediti (escludendo, peraltro, i creditori finanziari), non sarebbe applicabile analogicamente, si dovrebbe comunque tenere conto della circostanza come potenzialmente generatrice di conflitti d'interesse.

Il debitore potrebbe, però, dedurre nell'accordo, e condizionare all'omologazione, un patto in base al quale uno o più creditori non finanziari cedono a creditori finanziari (o vengono da loro pagati, con surrogazione) una parte dei loro crediti nei confronti del debitore, mentre l'altra parte viene pagata nella misura pattuita (fermo restando che, naturalmente, sarebbe necessario, per vincolare i creditori finanziari aderenti, che si fosse già raggiunto il 75% dei crediti della categoria senza tenere conto dei crediti che mutano titolarità solo al momento dell'omologazione). Se si

⁽²³⁾ Non è, invece, disciplinata la sorte dei finanziamenti prededucibili *ex art. 182-quinquies*: per le incertezze sul punto v. SPIOTTA, cit., p. 228.

⁽²⁴⁾ SPIOTTA, cit., p. 227-228.

aderisse alla (minoritaria) opinione secondo cui è sufficiente che la percentuale di cui all'art. 182-*septies*, comma 1, sia raggiunta al momento dell'omologazione⁽²⁵⁾, allora forse questa potrebbe essere una soluzione nel caso di passivo sbilanciato verso i creditori non finanziari.

Questa possibile soluzione introduce il tema del passaggio da una categoria all'altra dei crediti in funzione del raggiungimento delle prescritte maggioranze sul possibile effetto sulla formazione delle medesime, sul quale si tornerà tra breve⁽²⁶⁾.

Per concludere sul tema della percentuale minima di indebitamento verso i creditori finanziari, occorre osservare che, quand'anche *non* si dovesse ritenere applicabile l'art. 182-*quater*, comma 4 (non computabilità dei crediti prededucibili) anche ai finanziamenti di cui all'art. 182-*quinquies*, commi 1 o 3, e, quindi, tali finanziamenti fossero computabili nell'effettuare il calcolo della percentuale dell'art. 182-*septies*, comma 1, difficilmente si potrebbero contrarre simili finanziamenti *al solo fine* di rientrare nell'ambito di applicabilità dell'art. 182-*septies*. Infatti:

(a) il finanziamento molto difficilmente potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 182-*quinquies*, comma 3 (finanziamenti urgentissimi), atteso che questi possono essere contratti per «urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale», situazione che certo non ricorre nella fattispecie che si sta esaminando;

(b) esso potrebbe, forse, rientrare nella previsione dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, ma solo a condizione di considerare il requisito della «funzional[ità] alla migliore soddisfazione dei creditori» in un senso piuttosto ampio. La migliore soddisfazione dei creditori deriverebbe – *in thesi* – dalla possibilità di accedere all'art. 182-*septies*; per ottenere l'autorizzazione al rifinanziamento di posizioni creditorie di creditori non finanziari e la loro “sostituzione”, quindi, con creditori finanziari, occorrerebbe dimostrare che (i) un accordo di ristrutturazione sarebbe la soluzione migliore per i creditori; e che (ii) nel suo ambito, sarebbe necessario ricorrere all'art. 182-*septies*.

5. Un appunto sulla limitazione ai soli creditori finanziari.

La *ratio* della sola restrizione ai creditori finanziari non è evidente. Probabilmente, la limitazione soggettiva è stata pensata per procedere con cautela, per gradi, in considerazione del fatto che i problemi di compor-

⁽²⁵⁾ V. ancora SPIOTTA, cit., p. 228-229.

⁽²⁶⁾ V. *infra*, par. 7.

tamento opportunistico sono più acuti nelle trattative con i creditori bancari e perché i creditori bancari hanno sufficiente potere contrattuale e sofisticazione per ottenere dal debitore le informazioni necessarie, analizzarle efficacemente e prendere decisioni consapevoli senza che vi sia per loro necessità della complessa strumentazione protettiva prevista dal concordato preventivo. La mancanza di una chiara *ratio*, tuttavia, ha suggerito ad alcuni di affermare che la restrizione è illegittima, al punto di poter dare luogo a una censura di illegittimità costituzionale⁽²⁷⁾.

L'ipotesi che si tratti una motivazione "politica" di prudenza sembra avvalorata dal fatto che questa limitazione dovrebbe venir meno con l'attuazione della delega della commissione Rordorf. Il venir meno della limitazione soggettiva, peraltro, porta con sé il rischio di un sindacato giudiziale molto più invasivo di quello che si è avuto finora e andrebbe ponderata attentamente⁽²⁸⁾.

C'è anche chi ha affermato che la qualificazione soggettiva dovrebbe essere intesa in senso restrittivo, così includendo le sole banche e gli altri intermediari autorizzati *ex art.* 106 TUB (ma non c'è motivo di escludere non solo, ovviamente, banche e intermediari finanziari stabiliti nell'Unione europea che esercitano l'attività bancaria o finanziaria in regime di libera prestazione di servizi, ma anche banche e intermediari finanziari extra-europei, anche se non autorizzati in Italia) ed escludendo le banche di fatto e gli intermediari non autorizzati⁽²⁹⁾.

Questo punto di vista non sembra condivisibile; anzi, proprio la debolezza della possibile *ratio* potrebbe indurre a fornire un'interpretazione quanto mai estensiva della natura di "banche o intermediari finanziari", fino a domandarsi se la norma non sia applicabile a qualsiasi creditore di natura finanziaria, ancorché non soggettivamente qualificato. Si possono fare gli esempi dei soci, anche per crediti postergati, e dei fornitori la cui pretesa abbia assunto, per dimensione, tempi di pagamento concordati e caratteristiche, la natura di esposizione finanziaria.

⁽²⁷⁾ NIGRO, cit., p. 5.

⁽²⁸⁾ Sul punto ci si permette di rinviare a ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, di prossima pubblicazione.

⁽²⁹⁾ TRENTINI, cit., p. 471.

6. *La partecipazione alle trattative “in buona fede” e l’informazione completa.*

La seconda condizione per procedere alla conclusione di un accordo a maggioranza è quella che anche i creditori non aderenti all’accordo, nei cui confronti si vuole estendere l’efficacia del medesimo, siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative in buona fede e con adeguate informazioni.

Occorre, quindi, che:

- i creditori (appartenenti alla categoria omogenea) «siano stati informati dell’avvio delle trattative»;
- i creditori siano stati messi in condizioni di partecipare alle trattative «in buona fede»;
- essi abbiano ricevuto adeguate informazioni («complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull’accordo»: comma 4, lett. *b*) dell’art. 182-*septies*).

Questi requisiti “simulano” la collegialità, che è uno dei normali contesti di funzionamento del principio di maggioranza⁽³⁰⁾.

Essere messi «in condizione di partecipar[e alle trattative] in buona fede» postula, naturalmente, l’informazione dell’avvio delle medesime. Per dare un senso autonomo all’esistenza dei due distinti requisiti posti dalla legge occorre pensare che questa voglia evitare che l’invito alle trattative sia attuato come una mera formalità, senza in realtà cercare di coinvolgere il creditore e senza tenere conto delle sue istanze e osservazioni.

In altri termini il debitore, nonostante sappia già di poter contare sul supporto del 75% dei creditori della categoria, e possa quindi prescindere al consenso del creditore che ha meno del 25%, dovrà comunque fare un ragionevole tentativo di tenere in considerazione e conciliare le richieste dei creditori “minoritari”.

I primi autori hanno dato per scontato che la buona fede – su cui la norma insiste molto: il requisito della buona fede è indicato nel comma 2 e poi ripreso nel comma 4 come oggetto della verifica da parte del tribunale in sede di omologazione⁽³¹⁾ – dovesse essere riferita al debitore, anche a scapito di alcune difficoltà testuali (la norma così dispone: «...quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell’avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede...»).

⁽³⁰⁾ Cfr. D’ATTORRE, cit., p. 762.

⁽³¹⁾ Cfr. BIANCA, cit., p. 540-541.

In realtà, come poi diffusamente argomentato da altri⁽³²⁾, il testo della norma autorizza, e il sistema complessivamente suggerisce, che la «buona fede» debba permeare anche il comportamento degli intermediari finanziari, sia quelli aderenti, sia quelli non aderenti: il riferimento ad essa dà veste formale al requisito essenziale che il “voto” (*i.e.*, in questo contesto, l’adesione o la non adesione alla proposta del debitore) sia *sincero* e quindi non viziato da conflitto d’interessi (per la maggioranza), né strategico (per la minoranza), con le conseguenze che si cercheranno di delineare⁽³³⁾.

La norma richiede, poi, che siano date «complete ed aggiornate informazioni [1] sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché [2] sull’accordo».

Circa le informazioni sul debitore, si tratta di confezionare un “pacchetto informativo” che sia idoneo a rappresentare in modo corretto e chiaro la situazione, come ricorda la legge, «patrimoniale, economica e finanziaria» del debitore⁽³⁴⁾. Essenzialmente, si tratterà della documentazione il cui deposito è richiesto in generale dall’art. 182-*bis*⁽³⁵⁾.

Circa, invece, le informazioni «sull’accordo e sui suoi effetti», la giurisprudenza finora formatasi ha fornito un’interpretazione “forte”, nel senso che ritiene che debbano essere illustrati al debitore non soltanto le condizioni e gli effetti dell’accordo in generale, ma anche l’intenzione di ricorrere, se del caso, all’art. 182-*septies*⁽³⁶⁾. La conclusione non è forse necessaria, sia in considerazione del tenore testuale della norma (che sembra riferirsi all’accordo *ex art. 182-bis*, più che a quella sua sottospecie *ex art. 182-septies*) anche in considerazione del fatto che gli interlocutori sono nell’attuale disciplina, per definizione, creditori professionali; ma certo si colorerà di nuovo senso qualora la norma fosse estesa anche ai creditori non finanziari. Anzi, sarà interessante vedere come il legislatore delegato coordinerà questa disciplina con quella in materia, per esempio, di negoziazione con i lavoratori.

Dopo aver stipulato l’accordo, il debitore può chiedere, con il ricorso per l’omologazione di cui all’art. 182-*bis*, che l’efficacia dell’accordo sia estesa anche ai creditori finanziari non aderenti (comma 2); a tale fine

(32) V. in particolare BENAZZO, cit., p. 792 ss.

(33) V. *infra*, par. 8 e 9.

(34) SCIUTO, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 545 ss., ivi a p. 556-558 e *passim*.

(35) Circa le informazioni da fornire alle banche, si veda CNDCEC, UNIVERSITÀ DI FIRENZE, ASSONIME, *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, Seconda edizione (2015), Raccomandazione n. 5 (Rapporti con i creditori professionali).

(36) Trib. Milano, 11 febbraio 2016, cit.; Trib. Milano, 10 novembre 2016, cit.

dovrà notificare l'accordo e la documentazione di cui all'art. 182-*bis*, comma 1, personalmente a ciascun creditore, e questi avrà il termine di trenta giorni per opporsi all'omologazione allegando o motivi di opposizione "generalisti" (ex art. 182-*bis*, comma 4: per esempio, l'inadeguatezza della relazione di attestazione) o, eventualmente soltanto, motivi di non estensibilità degli effetti dell'accordo ai non aderenti, ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 4.

Il tribunale dovrà, quindi, verificare, oltre al fatto che i creditori non aderenti siano stati adeguatamente informati e posti in condizione di partecipare alle trattative e che queste si siano svolte in buona fede, che:

– i creditori nei cui confronti il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo «abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei» rispetto a quelli dei creditori aderenti;

– i creditori non aderenti «possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili».

7. Le categorie omogenee. Onere; criteri.

La legge afferma che il debitore «può» individuare una o più categorie di creditori finanziari con posizione giuridica e interessi economici omogenei (art. 182-*septies*, comma 2).

In realtà, la categorizzazione dei creditori non sembra una facoltà, quanto un onere: sembrerebbe, infatti, che il debitore che intenda avvalersi della norma *debba* raggruppare i creditori finanziari per categorie omogenee. Non potrebbe, invece, non formare alcuna classe, come si ritiene per il concordato preventivo, nel quale è sufficiente rispettare la distinzione tra creditori prelatizi e creditori chirografari (c'è, peraltro, da domandarsi se la risposta non debba essere rimeditata alla luce dell'obbligo di indicare la specifica utilità procurata ai creditori dal concordato: la norma dell'art. 161, comma 2, lett. *e*), costringe a rendere palesi, e valorizzare, i vantaggi "ulteriori", spesso inespressi, che potevano derivare ai creditori dall'approvazione del concordato)⁽³⁷⁾.

D'altro canto, è appena il caso di ricordare che nell'accordo di ristrutturazione non c'è graduazione dei crediti e che, quindi, normalmente i creditori devono essere soddisfatti secondo gli accordi (se i creditori vi aderiscano) o per intero (se non vi aderiscano).

⁽³⁷⁾ V. per tutti, circa la necessità di formare classi qualora ad alcuni siano offerti vantaggi diversi dalla soddisfazione riveniente dal piano, FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., p. 216.

Nel caso dell'accordo *ex art. 182-septies*, però, ci sono alcuni creditori non aderenti che vengono soddisfatti in misura non integrale, con l'unico vincolo – parrebbe l'unico – di non poter pagare meno di quanto consentirebbero alternative concretamente praticabili.

La dottrina che si è fino ad oggi occupata degli accordi sembra per lo più concorde nel rinviare all'elaborazione in materia di classificazione dei creditori nel concordato preventivo⁽³⁸⁾, anche se c'è chi ha ipotizzato che la "omogeneità" possa consistere nelle prospettive di realizzazione alternativa, più che nel grado o nella causa del credito⁽³⁹⁾; si tratta di una prospettiva sulla quale si tornerà tra breve⁽⁴⁰⁾. Tra i criteri possibili si possono menzionare durata, forma tecnica (anticipazioni salvo buon fine, leasing, factoring, mutuo), presenza di garanzia e tipo della medesima (pegno, ipoteca, cessione crediti, fidejussioni), qualità della controparte⁽⁴¹⁾.

Il rinvio ai criteri di classificazione del concordato preventivo e fallimentare, in effetti, sembra assai plausibile, ma con due precisazioni:

– nel caso degli accordi di ristrutturazione, come accennato, la formazione delle categorie è *necessaria*, e non opzionale;

– non vi è un ordine da rispettare nella soddisfazione dei creditori (salvo quanto si dirà tra breve⁽⁴²⁾), né nel senso più "forte" della *absolute priority rule*, che è ormai il diritto vivente italiano dopo Cass. n. 9373 del 2012⁽⁴³⁾; né nel senso più debole di non poter offrire un trattamento deteriore a creditori di rango superiore, come ritiene possibile una parte della dottrina⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁸⁾ INZITARI, cit., p. 6; NIGRO, cit., p. 4-5; VAROTTI, *182-septies*, cit., p. 6; v. anche BIANCA, cit., p. 538-539, nt. 28, che si domanda se ci sia differenza tra classi e categorie.

⁽³⁹⁾ RANALLI, cit., p. 5. Se così fosse, allora ci si può domandare se si potrebbero, per esempio, raggruppare creditori ipotecari, chirografari per anticipazione bancaria con cessione di credito e concedenti leasing, a condizione che la capienza della loro "garanzia" (in senso atecnico) sia analoga. Per un tentativo di risposta vedi nel testo.

⁽⁴⁰⁾ V. *infra* nel testo e par. 10.

⁽⁴¹⁾ Per es. BOMBARDELLI, cit., p. 314.

⁽⁴²⁾ V. *infra*, par. 11.

⁽⁴³⁾ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fallimento*, 2012, p. 1409; v. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 1341 ss.; FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., p. 243-248.

⁽⁴⁴⁾ V. per es. STANGHELLINI, *Articolo 124. Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, Fabiani, Bologna, 2006, II, p. 1946 ss., ivi a p. 1974-1975.

8. *Funzionamento del principio maggioritario e tecniche di tutela: (1) la formazione di categorie.*

L'adozione del principio maggioritario comporta una serie di conseguenze regolatorie che non si manifestano quando il consenso è unanime. In particolare, il principio postula che via sia un certo grado di omogeneità di interessi tra le persone che esprimono la loro volizione (normalmente attraverso il voto) e possono restare vincolate dalla decisione della maggioranza.

Nel diritto delle società, la legge provvede a garantire questa omogeneità di interessi mediante due tecniche, come ben delineato dalla dottrina⁽⁴⁵⁾:

(1) se gli interessi dei legittimati sono tipici, ma tra loro eterogenei (si potrebbe dire sistematicamente eterogenei), mediante la creazione di categorie specifiche (questo è il modello dell'art. 2376 cod. civ.);

(2) se gli interessi interferenti con la volontà della collettività sono *atipici*, per mezzo della "sterilizzazione" (attuata con tecniche diverse) del voto di colui il quale sia portatore di tali interessi come terzo, anziché come membro della collettività (è questo il caso dell'art. 2373 cod. civ. per il conflitto d'interesse del socio).

La norma dell'art. 182-*septies* adotta senz'altro il modello (1) (e, si deve ritenere, come si vedrà tra breve⁽⁴⁶⁾, anche il modello (2), sebbene non siano certe le conseguenze dell'applicazione della regola): come si è detto sopra, e come si rileva facilmente dalla norma, la suddivisione dei creditori in categorie è necessaria per poter procedere alla conclusione dell'accordo che vincola anche il non aderente. Viene lasciato all'interprete, come per quanto riguarda le classi nel concordato, di riempire di contenuto quella «omogeneità» giuridica ed economica che consente di assoggettare il non aderente al volere della maggioranza.

Ci si deve, poi, domandare se sia necessario categorizzare tutti i crediti, o solo quelli per i quali il creditore intenda fare uso della norma in esame; la lettera della norma, insieme all'esame del suo funzionamento, sembrerebbe autorizzare la seconda lettura, ovverosia quella per cui tutti i crediti per i quali valga il meccanismo tradizionale dell'art. 182-*bis* (adesione individuale o non adesione, e quindi soddisfazione nei termini dell'art. 182-*bis*) possono essere lasciati in un coacervo indistinto (salva la necessità di individuare, con la documentazione che accompagna l'accordo, tutte le

⁽⁴⁵⁾ SACCHI, *Lupi*, cit., p. 55; STANGHELLINI, *Creditori «forti»*, cit., p. 385 ss.

⁽⁴⁶⁾ V. *infra*, par. 9.

cause di prelazione che assistono i crediti; cfr. art. 161, comma 2, lett. *b)* e *c)*).

La norma dà, però, anche delle indicazioni al fine della formazione delle categorie; una più chiara, l'altra più equivoca.

(*a*) La più esplicita deriva dalla norma secondo cui «[u]na banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria». Questo significa, come minimo (ma vedi più avanti per un'ulteriore lettura⁽⁴⁷⁾), che non vi è eterogeneità *strutturale* tra creditori con crediti in una sola categoria e creditori con crediti in più di una categoria (e, si deve ritenere, anche con crediti non categorizzati). La norma fuga ogni dubbio sul fatto che, nonostante gli effetti dell'accordo si possano estendere «anche ai creditori non aderenti», la posizione di ciascun creditore può essere «spacchettata» in relazione ai suoi diversi crediti. Questo, peraltro (*i*) risulta testualmente anche dal riferimento alla maggioranza qualificata dei «*crediti* della categoria»⁽⁴⁸⁾ che deve essere raggiunta (nella stessa frase si fa per due volte di seguito riferimento ai «crediti», appunto) e (*ii*) soprattutto, è già pacifico per quanto riguarda il concordato.

Non è, quindi, necessario avere una categoria dei creditori «A», una dei creditori «B», e un'altra ancora dei creditori «AB»; sono sufficienti le due categorie A e B. Alcuni creditori staranno in una sola categoria, altri in entrambe, altri ancora nella categoria A o B o in entrambe e, contemporaneamente, anche al di fuori delle categorie.

(*b*) Una indicazione meno univoca viene, invece, dal comma 7, secondo cui «[i]n nessun caso, per effetto» dell'accordo concluso a maggioranza «ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti».

Dal punto di vista letterale, si potrebbe leggere la norma nel senso che sia vietato prevedere «categorie» in cui si preveda, a maggioranza, la ristrutturazione dei debiti *e anche* l'erogazione di nuove prestazioni (per esempio, se voglio accordarmi con i creditori chirografari per una decurtazione del credito e la contestuale erogazione di nuova finanza, devo farlo necessariamente con accordo negoziato sulla base di consenso individuale). Tradotto in termini di categorizzazioni, questo vorrebbe dire che chi eroga nuova finanza non può stare nella stessa categoria di chi non lo fa. Questa conclusione, tuttavia, porterebbe a una conseguenza assurda, in-

⁽⁴⁷⁾ V. *infra*, par. 10.

⁽⁴⁸⁾ Corsivo aggiunto.

compatibile con la previsione del comma 7 medesimo: non si potrebbe, infatti, prevedere alcun vincolo per i non aderenti in caso di nuova finanza concessa dagli aderenti (o da larga parte di essi), dato che i non aderenti sarebbero la totalità (o la maggioranza) della classe che si intende vincolare.

L'unica lettura possibile è, dunque, che sia vietato imporre nuovi affidamenti ai non aderenti, ma che sia possibile, a parte questo, vincolarli con un accordo "a maggioranza" della categoria di cui fanno parte sia creditori che erogano nuova finanza, sia creditori che non la erogano.

9. ... (2) *la "sterilizzazione" del voto in conflitto d'interessi.*

Oltre alla tecnica (1) di cui sopra – la suddivisione obbligatoria in categorie – la norma sembra, invero, adottare (ancorché in negativo, nelle disposizioni che escludono che questa situazione ricorra), anche la tecnica (2), ovvero quella per cui il membro della collettività organizzata è in qualche modo impedito dal far concorrere la sua volizione con quella degli altri al fine della decisione (la "sterilizzazione" del suo voto). In questo senso militano due ordini di argomenti.

(a) In primo luogo, la stessa disposizione che si è vista sopra, secondo cui «[u]na banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria», sembra, infatti, suggerire qualcosa'altro, oltre alla quasi ovvia considerazione in tema di formazione delle categorie di cui si è detto poco sopra⁽⁴⁹⁾. Assegnando alla previsione un significato più pregnante, essa si può leggere nel senso di escludere che la contemporanea presenza in più di una categoria di crediti (oppure la contemporanea presenza in una categoria e al di fuori di qualsiasi categoria) sia *da sola* sufficienti a impedire al creditore la partecipazione alla categoria: volendo trasporre nel linguaggio della collegialità, a impedire il voto. Ma se la legge si pone il dubbio, questo vuol dire che, in alcune circostanze, il creditore potrebbe avere un credito "omogeneo" strutturalmente ad altri (e quindi essere incluso correttamente in una determinata categoria), ma essere latore di un interesse "esterno" che lo squalifichi dalla partecipazione alla formazione della volontà di quella categoria.

(b) In secondo luogo, il riferimento alla "buona fede" nella conduzione delle trattative deve estendersi a tutti i partecipanti e avere riguardo anche all'esito ultimo delle medesime, ovvero la decisione di aderire o non aderire all'accordo. Se la decisione deve essere presa in buona fede, allora

⁽⁴⁹⁾ V. *supra*, par. 8, in fine.

occorre eliminare dalla decisione le interferenze derivanti da cause esterne, come accade nel caso del conflitto d'interessi (ivi inclusa quella sua applicazione, a livello delle minoranze, che è il *bold-out* strategico).

Ora, è noto che la Cassazione, in materia di concordato fallimentare, ha escluso che si possa configurare un conflitto d'interessi tra creditori in seno alla votazione, perché – così dice la sentenza – «ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) *homo homini lupus*, nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso», senza che possa identificarsi un interesse comune dei creditori⁽⁵⁰⁾. Come correttamente rilevato dalla dottrina, la Cassazione (trascuro, qui, la critica all'argomento, quanto mai debole, della carenza di soggettività del “gruppo” dei creditori⁽⁵¹⁾), forse per la difficoltà di identificare gli interessi “esterni” che possano inquinare il voto dinanzi a interessi “interni” e tipici dei creditori tra loro piuttosto eterogenei, ha completamente abdicato alla necessità di trovare strumenti di tutela del “creditore di minoranza” al di fuori del controllo di convenienza, nei limitati casi in cui è attuabile⁽⁵²⁾.

I creditori nel concordato, però, hanno la tutela che deriva loro dai vincoli alla formulazione della proposta di concordato, secondo cui l'allocazione delle risorse che transitano per il patrimonio sociale deve rispettare la graduazione di legge.

Nell'accordo di ristrutturazione con appendice *ex art. 182-septies*, invece, non esiste questo vincolo, ma c'è solo il controllo di convenienza (che il tribunale deve compiere sempre, in sede di omologazione). Di conseguenza, il tema del conflitto d'interesse diventa acutissimo e non può essere eluso; né la mera corretta categorizzazione sembra strumento sempre sufficiente a garantire l'assenza di conflitti.

Essa, infatti, è in grado di prevenire solo i conflitti strutturali, ma non quelli episodici. Occorre, quindi, procedere a un doppio livello di verifica:

– verificare che le categorie siano omogenee; al riguardo, la mera presenza di crediti in più categorie e/o il fatto che alcuni soltanto dei creditori erogino anche nuova finanza non è sufficiente a far venire meno l'omogeneità altrimenti sussistente;

⁽⁵⁰⁾ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, tra l'altro in *Fallimento*, 2011, p. 403, con nota di NISIVOCCLA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, e in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 276, con nota di FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*.

⁽⁵¹⁾ Per questa v. ampiamente D'Attorre, cit., p. 758-759.

⁽⁵²⁾ SACCHI, *Lupi*, cit., p. 59 ss.

– una volta definite le categorie, verificare che la maggioranza sia raggiunta senza il contributo determinante di un creditore che si trovi in una situazione di conflitto d'interessi.

Non è, però, sicuro quale sia la conseguenza dell'adesione di un creditore omogeneo ma in conflitto d'interessi. Sembrano, infatti, possibili due vie, con conseguenze assai diverse tra loro:

(a) se si dovesse applicare il meccanismo dell'art. 2373 cod. civ. (che richiede un giudizio di dannosità almeno potenziale, in assenza del quale la decisione impugnata, ancorché viziata dal voto marginale di un socio in conflitto, non può essere annullata), allora si potrebbe far venir meno l'efficacia dell'accordo (*i.e.*, non estenderlo) in quanto "potenzialmente dannoso". Questo giudizio sulla dannosità potenziale potrebbe assumere due forme:

(a1) stemperarsi in quella che è la "non convenienza" per il non aderente rispetto alle alternative concretamente praticabili, con ciò ritornandosi al giudizio comunque previsto;

(a2) assumere una connotazione peculiare, che induca a prendere in considerazione il beneficio ottenuto "sull'altro tavolo" dal votante in conflitto d'interessi. Ci si può domandare, per esempio, se si possa pensare a una "dannosità" (minore soddisfazione) correlata alla quota di surplus "da accordo di ristrutturazione" di cui si appropria illegittimamente il creditore in conflitto d'interessi (per esempio mediante l'appartenenza anche a un'altra categoria, cui venga attribuita la quota di surplus illegittimamente sottratta mediante l'adesione viziata);

(b) in alternativa, si potrebbe riqualificare il conflitto episodico come un errore di categorizzazione (conflitto "sistemico") e, di conseguenza, privare di efficacia l'adesione senza alcuna verifica sulla dannosità.

10. Il "passaggio" da una categoria all'altra.

Il ricorso alla disciplina del conflitto d'interessi consente anche di risolvere con maggiore serenità alcuni temi connessi alla categorizzazione: per esempio, quello dello spostamento (volontario) di un creditore da una categoria all'altra mediante la modificazione di alcune caratteristiche del suo credito.

La necessità che vi sia omogeneità solleva, infatti, il problema, che è quello del comportamento opportunistico del creditore "disomogeneo". Si pensi, per esempio, al caso di creditori ipotecari parzialmente capienti (e quindi disponibili ad accettare il pagamento non integrale) e di un unico creditore chirografario che non riceverebbe alcuna soddisfazione

nel fallimento⁽⁵³⁾. Il creditore chirografario potrebbe comportarsi in maniera opportunistica e cercare di estorcere una soddisfazione integrale per il solo motivo che non vi è una maggioranza in grado di prevalere su di esso.

Preliminarmente, però, occorre domandarsi se davvero sia necessario tenere separati ipotecari e chirografari; e sembra possibile rispondere negativamente. Se l'omogeneità va vista in funzione della tutela degli appartenenti al gruppo, gli appartenenti al gruppo possono, probabilmente, rinunciare unilateralmente a far valere la specificità della loro condizione, purché stiano rinunciando a una specificità che ridonderebbe a loro vantaggio.

Una "categoria" composta da ipotecari e chirografari, quindi, potrebbe forse essere ammissibile, alla condizione che gli ipotecari consentano all'inclusione in tale categoria; consentano, cioè, di essere trattati, ai soli fini del "voto" e del trattamento offerto, come i chirografari, e a questi ultimi naturalmente sia offerto almeno quanto offerto agli ipotecari medesimi⁽⁵⁴⁾.

Qualora non si ritenesse praticabile in assoluto o non fosse praticabile in concreto questa soluzione, occorre domandarsi se sia possibile "spostarsi" convenzionalmente da una classe all'altra al fine del raggiungimento della maggioranza, ma condizionatamente all'omologazione dell'accordo. Sicuramente non pare possibile *migliorare* la propria posizione, ottenendo titoli di prelazione.

⁽⁵³⁾ Cfr. INZITARI, cit., p. 8.

⁽⁵⁴⁾ In questo senso parrebbe anche BENAZZO, cit., p. 804. Nel caso esaminato (e omologato) da Trib. Milano, 11 febbraio 2016, cit., nell'ambito di una categoria composta di tre creditori (di cui due aderenti e uno non aderente), ai due creditori aderenti vennero offerte percentuali di soddisfazione diverse; al creditore non aderente al quale si chiese l'estensione dell'efficacia dell'accordo si estese il trattamento più favorevole. Il tribunale ammise, quindi, che si possano dare trattamenti differenziati perfino all'interno della categoria, a condizione che al non aderente sia esteso il trattamento migliore.

Si veda anche il recente documento del CNDCEC, cit., par. 5.1.5., secondo cui «[l]a valutazione dell'omogeneità della posizione giuridica e dell'interesse economico non potrebbe trascurare l'esito delle trattative condotte, nel presupposto che una pattuizione uniforme con riferimento a situazioni soggettive diverse, se effettivamente rilevanti, non avrebbe consentito il raggiungimento dell'accordo. Il solo fatto che creditori con posizioni giuridiche e interessi economici apparentemente dissimili abbiano accettato un trattamento uniforme comporta che essi si debbano considerare tra loro omogenei ai fini delle categorie di cui all'art. 182-septies legge fallim. e i creditori non aderenti che presentino posizione giuridica e interessi economici simile a taluni di essi debbono considerarsi omogenei all'intera categoria che ha accettato il trattamento uniforme».

Si può, però, pensare a un patto in base al quale i creditori ipotecari accettano di far trattare i loro crediti come chirografari, in modo tale da poter entrare nella medesima categoria del chirografario riottoso e metterlo in minoranza, con pattuizione efficace per il solo caso in cui la soddisfazione avvenga nel contesto stragiudiziale di attuazione dell'accordo. In questo caso, l'unico problema potrebbe porsi nel caso in cui il bene gravato dall'ipoteca fosse già stato venduto, perché non vi sarebbe più, nel patrimonio del debitore, il bene sul quale far valere la prelazione.

In alternativa, se si nutrissero dubbi sulla possibilità di pattuire la rinuncia ad avvalersi della prelazione ai soli fini dell'accordo, si potrebbe condizionare risolutivamente il patto alla mancata omologazione. In questo caso, il rischio per il creditore aumenterebbe: qualora intervenisse l'omologazione dell'accordo ma a questa seguisse la sua mancata attuazione, nel successivo fallimento (o nel successivo concordato) la prelazione sarebbe persa, ancorché solo parzialmente⁽⁵⁵⁾.

Ci si può, infine, domandare se la presenza di questa norma avrà un impatto sulla composizione del passivo delle imprese: se, cioè, gli imprenditori si preoccuperanno di strutturare il loro passivo, *ex ante*, in modo da far sì che la norma dell'art. 182-*septies* sia sempre applicabile. In realtà, la prassi del multiaffidamento delle imprese italiane favorisce l'operatività dell'accordo con creditori finanziari quanto meno per le esposizioni chiro-

⁽⁵⁵⁾ Si ipotizzi la situazione in cui vi è un creditore ipotecario per euro 1.000.000 con garanzia su un bene che vale euro 800.000 ma che deve essere alienato entro un tempo breve, incompatibile con il fallimento, e un creditore chirografario per euro 100.000. Il debitore ha, oltre al bene ipotecato, altri beni per euro 100.000. In caso di fallimento, il valore del bene ipotecato sarebbe di euro 600.000.

Se non si ottiene l'adesione del creditore chirografario, a questi deve essere offerto non meno dell'intero, e quindi euro 100.000. Un accordo con il creditore ipotecario sarebbe possibile solo ove questi si accontentasse del valore del bene ipotecato (euro 800.000), lasciando tutto quanto residua al chirografario, che otterrebbe l'intero, pur avendo prospettive di realizzazione in sede liquidatoria assai inferiori.

D'altro canto, se si formasse una categoria di chirografari unendo quello originario (euro 100.000) e quello derivante da incapienza (euro 200.000) comunque non vi sarebbe una maggioranza sufficiente a imporre la propria volontà sul chirografario.

Il creditore ipotecario potrebbe, però, rinunciare alla garanzia ipotecaria per 300.000 euro e accettare una riduzione della soddisfazione al 50% del credito per il residuo. A questo punto l'attivo del debitore andrebbe allocato: quanto a 700.000, al creditore ipotecario; quanto ai 200.000 residui, euro 150.000 al creditore ipotecario (quindi un totale di euro 850.000) ed euro 50.000 al creditore chirografario. Se l'alternativa fosse il fallimento, il bene varrebbe di meno (si è ipotizzato euro 600.000); il creditore chirografario si troverebbe a concorrere sui residui euro 100.000 con il creditore ipotecario non soddisfatto, e la sua soddisfazione sarebbe (sul patrimonio residuo di euro 100.000) concorrerebbero il creditore ipotecario per la parte degradata di euro 400.000 e il creditore chirografario per euro 100.000; quest'ultimo, quindi, riceverebbe solo euro 20.000).

grafarie e autoliquidanti; il problema si porrà soprattutto con riguardo ai creditori ipotecari e per i contratti di locazione finanziaria, che il debitore dovrà avere l'avvedutezza di non concentrare in un unico concedente.

11. *È possibile e opportuno applicare regole tratte dalla disciplina del concordato preventivo?*

Diverse nozioni di “omogeneità” potrebbero portare a conseguenze particolari che richiederanno un attento scrutinio. Si pensi al caso in cui si voglia distinguere in base alla causa, formando, per esempio, due categorie: Categoria A, chirografari per apertura di credito; Categoria B, chirografari per mutui.

Si ipotizzi che entrambi i creditori otterrebbero non più del 50% del loro credito nell'alternativa concretamente praticabile.

Viene concluso un accordo (a maggioranza) con la Categoria A, per il pagamento del 70% del credito, mentre non si trova accordo per la Categoria B, che dovrà essere pagata per intero: è possibile? Il non aderente di Categoria A riceve più di quanto riceverebbe in un'alternativa concreta ma meno di quanto ricevono quelli di Categoria B. Fino a qui, non sembra un risultato peregrino, perché vale la regola della mancanza di pregiudizio per i creditori non aderenti. Ma si ipotizzi, invece, che la Categoria A sia di creditori prelatizi con garanzia non capiente: è ammissibile il risultato?

È evidente la differenza con il concordato preventivo, nel quale vale la regola della graduazione, e quindi – anche aderendo a una concezione “elastica” della stessa – non è possibile trattare meglio una classe inferiore (salvo apporto di finanza esterna). Nell'accordo di ristrutturazione questo è possibile, con il solo limite della mancanza di pregiudizio rispetto alle alternative concretamente praticabili?

La regola della graduazione dei crediti certo non vale nel rapporto tra creditori non finanziari e creditori finanziari: è nella natura stessa dell'accordo di ristrutturazione *ex artt. 182-bis e 182-septies* che vi siano (a) creditori, finanziari o non finanziari, aderenti, con un certo trattamento convenuto su base consensuale; (b) creditori non finanziari non aderenti, che devono essere pagati integralmente e (c) creditori finanziari non aderenti, che devono essere pagati nella misura prevista per la categoria cui appartengono.

Ci si può, però, domandare se non sia possibile (ma occorre anche domandarsi se sarebbe opportuno farlo) ipotizzare una regola di graduazione limitata ai soli creditori finanziari, volta a evitare che creditori di un certo rango siano incisi nei loro diritti contro la propria volontà quando un

sacrificio minore (o nessun sacrificio) sia chiesto ad altri creditori finanziari, di rango inferiore⁽⁵⁶⁾.

12. *La non adesione “strategica” (hold-out) del creditore omogeneo di minoranza (con credito marginale).*

Un accenno, infine, deve essere fatto al possibile conflitto d’interessi del creditore “di minoranza”. Se si accetta la possibilità che l’eterogeneità degli interessi agisca su due livelli – quello della corretta categorizzazione e quello della sanzione del conflitto d’interessi – allora questo dovrebbe valere anche per il creditore che resta in minoranza, ovvero il creditore non aderente cui si intende estendere l’efficacia dell’accordo.

Il problema delle possibili divergenze di opinioni è risolto dalla regola di maggioranza qualificata; ma, una volta ammesso che il creditore è tenuto a buona fede e correttezza nella formazione di una volontà di gruppo, è forse possibile ipotizzare che, in determinate circostanze, si possa sanzionare il *hold-out* meramente opportunistico *anche al di là* dell’imposizione della volontà della maggioranza qualificata.

Si tratterebbe di un procedimento in due passaggi: con la categorizzazione si superano le (legittime) divergenze di opinione in ordine alla soluzione ottimale (si ricordi che sullo sfondo c’è sempre il controllo di convenienza, che evita che si possano imporre soluzioni dannose per i creditori); con la neutralizzazione della – in questo caso – *non* adesione abusiva (opportunistica) si “finge” l’adesione e si considera approvato l’accordo, ed estensibile la sua efficacia, anche se non si è raggiunto il 75% delle adesioni, con un modulo operativo che, in materia d’impugnazione delle deliberazioni negative di società, ha avuto delle importanti affermazioni⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ V. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 927-928 circa la necessità di guardare anche alla disciplina del concordato preventivo per integrare la disciplina degli accordi di ristrutturazione quando si esorbita dal mero diritto dei contratti; analogamente VALENSISE, cit., p. 308, con riguardo alle regole sul voto; SPIOTTA, cit., p. 236, circa la sorte dei diritti verso fideiussori e coobbligati.

⁽⁵⁷⁾ V. Trib. Milano, 28 novembre 2014 (ord.), in *Giur. it.*, 2015, p. 1442, con nota di MONTEVERDE, *Un (importante) passo nella ricostruzione della disciplina delle delibere negative*; in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 200, con nota di TONIOLO, *La delibera “negativa” dell’assemblea: un futuro ancora incerto*; Lodo arbitrale 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 911, con nota di DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto d’interessi e divieto di voto del socio-amministratore*. Sul punto v. anche SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l’impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 141 ss., ivi a p. 156 ss.

Un esempio può contribuire a chiarire quanto esposto. Si ipotizzi che il debitore abbia debiti chirografari per euro 100 nei confronti di 5 creditori che vantano un credito di euro 20 ciascuno:

Creditore	Importo	Adesione
A	20	Sì
B	20	Sì
C	20	Sì
D	20	No
E	20	No

Così stando le cose, i creditori aderenti raggiungono solo il 60% delle adesioni, e non sono quindi in grado di imporre ai creditori non aderenti (D ed E) la loro volontà.

Ma si ipotizzi che, mentre D dissente perché non concorda sulla fattibilità del piano, E dissenta perché – per esempio – ha investito in un concorrente, o ha assunto delle posizioni corte su strumenti emessi dal debitore, o ha qualsiasi altro motivo (“esterno”) a quello del gruppo per non aderire.

La soluzione più facile sarebbe di escluderlo dalla categoria: ma, così facendo:

- occorrerebbe pagarlo integralmente;
- il creditore D potrebbe mettere in dubbio l’omogeneità della categoria, dal momento che includerebbe tutti i creditori chirografari eccetto E.

Se, invece, si “sterilizzasse” il suo “voto” (secondo il modulo applicativo dell’art. 2373 cod. civ.), allora:

- il creditore E sarebbe computato all’interno della categoria, ai fini della sua omogeneità e della possibilità di imporre lo stesso trattamento ai non aderenti (abusando delle metafore societarie, si potrebbe dire che si sta facendo applicazione dell’art. 2368, comma 3, secondo periodo, in materia di quorum costitutivi);
- il creditore E sarebbe però escluso dal computo delle adesioni necessarie per raggiungere il “quorum”, che, quindi, si calcolerebbe su 80 (e non su 100): con l’adesione di A, B e C si raggiungerebbe 60, e quindi il 75% di 80.

13. *La verifica di convenienza.*

L'ultima verifica rimessa al tribunale al fine dell'estensione degli effetti dell'accordo è quella che i creditori non aderenti possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, «in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» (comma 4, lett. c).

Si tratta di una verifica fondamentale, ancorché complessa, e quindi non certo da abolire, come alcuni suggerirono nelle more della conversione del decreto⁽⁵⁸⁾.

Ma qual è il termine di paragone per la valutazione rimessa al tribunale?

In primo luogo, il tribunale dovrà valutare la convenienza per il singolo creditore ma – si deve ritenere – *al netto* del possibile comportamento opportunistico. In altri termini, non sembra lecito per il creditore non aderente opponente argomentare nel senso che, *anche se fosse stato pagato integralmente*, gli altri creditori sarebbero stati disponibili a sopportare il sacrificio aggiuntivo. Si deve, cioè, assumere che tutti i creditori nella stessa condizione siano trattati ugualmente: si introduce sostanzialmente una prognosi “concorsuale” in un meccanismo che mantiene caratteristiche contrattuali⁽⁵⁹⁾.

In secondo luogo, secondo alcuni, si dovrebbe guardare alla liquidazione fallimentare o, a seconda dei contesti, all'esecuzione singolare⁽⁶⁰⁾. Anteriormente all'adozione del testo finale, erano circolate delle formulazioni alternative, che si riferivano proprio al paragone con l'esito della liquidazione del patrimonio del debitore; ma il testo attuale non fa menzione del valore di liquidazione. E, sebbene la liquidazione (fallimentare o ordinaria) sia il confronto più immediato, non sembra da escludersi anche la possibilità di ipotizzare uno scenario concordatario, assumendo come termine di paragone la realizzazione del credito che sarebbe possibile con un concordato razionale e ragionevole.

Concorrono in questo senso plurimi indizi:

⁽⁵⁸⁾ LAMANNA, cit., p. 8-9.

⁽⁵⁹⁾ In termini analoghi NIGRO, cit., p. 6; diversamente DE PRA, cit., p. 1286, secondo cui l'accordo *ex art. 182-bis e septies* per il quale fosse rifiutata l'estensione degli effetti non potrebbe mai essere comunque omologato, neppure in caso di previsione apposita, perché vi sarebbe *in re ipsa* nella richiesta di omologazione, pur in assenza di estensione, la dimostrazione che l'estensione non avrebbe mai portato all'esito più conveniente rispetto alle alternative praticabili (tra le quali andrebbe incluso anche l'accordo *ex art. 182-bis* “semplice” con conseguente pagamento integrale dei non aderenti).

⁽⁶⁰⁾ NIGRO, cit., p. 6.

(a) in primo luogo, occorre ricordare che (i) il debitore (la società) ha l'obbligo di comportarsi in buona fede, e si potrebbe, quindi, discutere dell'esistenza di limiti – nel momento in cui si esce della prospettiva puramente contrattuale/unanimistica – nella libertà di determinare il proprio contegno; ma, soprattutto, (ii) in presenza di una situazione di crisi o insolvenza il debitore o, se è una società, i suoi amministratori hanno un preciso dovere di salvaguardare le ragioni dei creditori; onde non possono formulare una proposta in termini di “o così o *le déluge*”, perché, anche se la proposta non è accettata, essi devono comunque adoperarsi per evitare danni ai creditori; e questo adoperarsi potrebbe consistere anche nell'obbligo di presentare una domanda di concordato preventivo⁽⁶¹⁾; (iii) lo stesso, ancorché con maggior cautela, potrebbe dirsi per i soci di controllo, potenzialmente responsabili *ex art.* 2497 cod. civ.: dal che si potrebbe anche argomentare che, nel valutare le alternative concretamente praticabili, occorrerebbe provare a ipotizzare – per esempio – che le medesime risorse esterne che i soci hanno apportato per l'accordo sarebbero disponibili anche per il concordato, salvo che non ci sia motivo di ritenere diversamente;

(b) in secondo luogo, l'art. 163, commi 4 e 5, ha comportato, com'è ben noto, il venir meno della totale esclusiva del debitore sulla proposta di concordato. È vero che l'iniziativa è necessariamente ancora esclusiva del debitore, ma si è aperta una breccia nella gestione dell'insolvenza;

(c) in terzo luogo, che il legislatore percepisca una “continuità” tra accordi di ristrutturazione e concordato, oltre che dall'art. 161, comma 6, secondo periodo (che prevede la possibile “uscita” dal concordato con riserva per mezzo di un accordo di ristrutturazione dei debiti) è ulteriormente testimoniato dalla norma in materia di ipoteche giudiziali, di cui all'art. 182-*septies*, comma 3.

14. *Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori al ricorso.*

Il comma 3 dell'art. 182-*septies* prevede che, ai fini del raggruppamento in categorie omogenee, «non si [tenga] conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso [ex art. 182-*bis*] nel registro delle imprese». In base alla norma, quindi, i creditori con ipoteca giudi-

⁽⁶¹⁾ È ormai diffusa la convinzione che gli amministratori abbiano un obbligo, sia in virtù del loro generale dovere di diligenza verso la società, sia del dovere di conservazione del patrimonio sociale, di adottare ogni necessaria misura al fine del risanamento dell'impresa in crisi: v. per es. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, p. 212 ss.

ziale iscritta nei novanta giorni precedenti dovranno essere ascritti alla categoria omogenea senza considerare l'ipoteca; e quindi, per esempio, alla categoria dei creditori chirografari, o a quelli per anticipazione salvo buon fine assistita da cessione dei crediti a scopo di garanzia, ecc.

Non si è ricordata questa norma in precedenza, circa la “tolleranza” di una certa eterogeneità di interessi – come invece quelle di cui al comma 7 e quella in materia di legittima appartenenza a categorie diverse – perché tale disposizione ha proprio lo scopo opposto, ovvero quello di neutralizzare, al fine della formazione della categoria, l'ipoteca giudiziale eventualmente iscritta meno di novanta giorni prima dell'iscrizione del ricorso nel registro delle imprese.

La previsione richiama evidentemente l'art. 168, comma 3, secondo periodo. Come con il ricorso per concordato le ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori divengono prive di effetto, così, qualora l'accordo sia omologato e i suoi effetti estesi al creditore non aderente, questi deve essere soddisfatto nella sola misura concordata “a maggioranza”. L'ipoteca non è, tuttavia, del tutto privata di effetto: con l'apparente conseguenza, per esempio, che il creditore andrebbe considerato, appunto, ipotecario nel fallimento.

La generale *ratio* di questa norma è chiara, ma non altrettanto lo è nel quadro del funzionamento “tecnico” della previsione. Se è vero che anche la valutazione di convenienza deve essere fatta tenendo conto del rango senza considerare l'ipoteca (se così non fosse, d'altronde, la previsione di considerare l'ipoteca ininfluenza ai fini della categoria sarebbe inutile) perché questa sarebbe revocabile nel fallimento⁽⁶²⁾, è anche vero che questa soluzione postula che la «alternativa concretamente praticabile» sia solo o il fallimento entro sei mesi (con conseguente revocatoria fallimentare dell'ipoteca), o il deposito della domanda di concordato (anche con riserva) entro novanta giorni (sempre dall'iscrizione dell'ipoteca), con conseguente applicazione dell'art. 168, comma 3.⁽⁶³⁾

Per uscire da queste alternative occorrerebbe individuare un diverso *dies a quo* da cui far retroagire l'operatività di tale ultima norma o il periodo sospetto per le azioni revocatorie, con una possibile consecuzione di “procedure” anche a decorrere dal deposito del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. In caso di risposta positiva, occorrerebbe ulteriormente domandarsi se questa “consecuzione” dovrebbe

⁽⁶²⁾ Così INZITARI, cit., p. 10.

⁽⁶³⁾ Cfr. FAUCEGLIA, cit., p. 738, che si domanda quale sia la sorte di tali ipoteche nel caso in cui l'accordo non sia raggiunto od omologato.

valere per qualsiasi accordo di ristrutturazione, o solo per quello cui si accompagna anche ad un accordo *ex art. 182-septies*.

Lasciando a indagini successive la soluzione al secondo quesito, la soluzione positiva al primo è, invece, senz'altro preferibile. Se non si prevedesse una consecuzione tra accordo *ex art. 182-septies* e concordato o fallimento, infatti, la norma sarebbe comprensibile solo nello scenario dell'abbandono dell'accordo e del deposito di una domanda di concordato entro novanta giorni dall'iscrizione dell'ipoteca (o del fallimento entro sei mesi da tale data). Il debitore si dovrebbe assumere un rischio altissimo nel momento in cui, in presenza di un'ipoteca giudiziale, si avviasse lungo la strada dell'art. 182-septies, perché, in caso di mancata omologazione o di mancata esecuzione, l'ipoteca giudiziale sarebbe molto probabilmente ormai "consolidata", la sua presenza potrebbe pregiudicare soluzioni diverse e si potrebbe porre un problema di responsabilità civile e penale del debitore per aver consentito il consolidamento dell'ipoteca. D'altro canto, si è visto che, al di là della discussione sulla natura concorsuale o meno dell'accordo *ex art. 182-septies*, non è affatto da escludersi l'applicazione "selettiva" di norme e principi concorsuali; la norma di cui all'art. 69-bis ha codificato un principio di trattamento unitario della *medesima* insolvenza e risponde a un'esigenza regolamentare che appare ricorrere anche nella situazione qui in esame. Si deve, quindi, ritenere che, ai fini del trattamento delle ipoteche giudiziali, il deposito dell'accordo *ex art. 182-bis* e *182-septies*, nel caso di sua mancata omologazione o successivo insuccesso, si vada a saldare senza soluzione di continuità, ai fini dell'operatività dell'art. 168, comma 3, con il deposito della domanda di concordato, e ai fini dell'art. 69-bis con il fallimento.

ABSTRACT. The main feature of the new "debt restructuring agreement with banks and financial intermediaries" (introduced by Law-Decree No. 83 of June 27th, 2015, a device similar to the scheme of arrangement) is the possibility for a qualified majority of creditors to impose its decision on the minority. The article analyses the new legislation. The author believes that this kind of agreement is based on a genuine majority-decision system. The consequence of this qualification is the application of classical company law rules that apply in majority-based decision making, such as the rule that the interests of voters be homogeneous and the rules on conflicts of interest. The article addresses, in particular, the issues arising with regard to the division into categories (classes) of homogeneous creditors and the ability to overcome the dissent both of non-homogeneous creditors and of homogeneous creditors who hold out opportunistically.

MASSIMO MONTANARI

Professore ordinario di Diritto fallimentare nell'Università di Parma

RECENTI SVILUPPI DEL DIBATTITO IN TEMA DI EFFETTI PROTETTIVI DEL PATRIMONIO NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Abstract: Il presente lavoro mira ad offrire una panoramica esaustiva di quelli che sono stati i più recenti svolgimenti della riflessione dottrinale e giurisprudenziale in materia di protezione del patrimonio nel concordato preventivo, con precipuo riguardo alla questione se i divieti posti dall'art. 168 legge fallim., che quella protezione tendono a concretizzare, interessino anche le azioni che i terzi possano promuovere sui beni strumentali all'esercizio dell'impresa di cui il debitore ammesso al concordato abbia la detenzione senza esserne proprietario.

SOMMARIO: 1. Scopo dell'indagine. - 2. I limiti oggettivi della protezione. - 3. I limiti soggettivi. - 4. L'effettivo novero delle azioni vietate a scopo di protezione del patrimonio concordatario. - 5. L'improcedibilità-sospensione delle esecuzioni pendenti all'atto dell'istanza di ammissione al concordato preventivo. - 6. La dimensione temporale degli effetti di protezione. - 7. La sorte degli effetti protettivi nel caso di mancata apertura della procedura concordataria alla scadenza del termine assegnato per l'integrazione della domanda "in bianco".

1. Scopo dell'indagine.

In relazione al contributo che lo scrivente soltanto pochi anni or sono ha dedicato al tema degli effetti di protezione del patrimonio nel concordato preventivo⁽¹⁾ – effetti che, per ragioni attinenti all'evoluzione normativa dell'istituto in senso marcatamente conservativo dell'impresa e degli annessi complessi produttivi, sono stati identificati in corrispondenza esclusiva a quelli regolati dall'art. 168 legge fallim.⁽²⁾ –, il presente scritto, più che ad una semplice *mise à jour*, tende a una verifica della bontà dei risultati ivi raggiunti, attraverso un confronto dialettico con le posizioni emerse in quest'ultimo lasso di tempo dall'elaborazione dottrinale e giuri-

⁽¹⁾ MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 634 ss.

⁽²⁾ MONTANARI, *op. cit.*, 635 s.

sprudenziiale in materia, specie, *ça va sans dire*, se di tenore dissonante rispetto a quelle maturate all'esito della precorsa indagine.

A dispetto della recente introduzione, nel sistema, di misure che potrebbero fungere da remora all'impiego del concordato come strumento di composizione in chiave concorsuale della crisi dell'impresa (pensiamo solo all'istituto delle proposte concorrenti di cui all'art. 163 legge fallim. come novellato dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modifiche in L. 6 agosto 2015, n. 132), il "successo" che la procedura in discorso riscuote nella prassi non conosce significative battute d'arresto; e questo fa sì che ricca e vivace continui ad essere l'elaborazione cui s'è poc'anzi cennato⁽³⁾ e, correlativamente, piuttosto ampio sia l'orizzonte della ricerca che, con i frutti di quell'elaborazione, intenda misurarsi. Non è certo immaginabile che questa ricerca possa assumere lo stesso perimetro di quella che l'ha preceduta: ma non dovrebbe mancare l'occasione per provvedere a una qualche integrazione, se non proprio al completamento, di quest'ultima, attraverso la disamina di profili in allora trascurati o sfuggiti. Il che vale a conferire significato e giustificazione ulteriore all'impegno che si vuole ora intraprendere.

Di una cospicua amputazione di questa rispetto alla trascorsa indagine occorre, peraltro, qui subito dare conto, in quanto attiene, per l'esattezza, a quella che ebbi allora a contrassegnare nei termini della protezione del patrimonio del debitore avverso le eventuali istanze di fallimento di creditori o Pubblico ministero. È da escludere, infatti, che degli effetti impeditivi o preclusivi sprigionantisi a detto riguardo dalla domanda di concordato e dalla susseguente procedura, si possa affermare la riconducibilità alle previsioni, poste a tutela dell'integrità di quel patrimonio, dal citato art. 168 legge fallim. È bensì vero che, pur nella piena consapevolezza di quanto appena enunciato, sull'argomento ho ritenuto di dovermi diffondere nello scritto richiamato in apertura. Ma si è trattato chiaramente di un fuor d'opera dettato dalle contingenze del momento, ossia dalla necessità di intervenire nel tumultuoso dibattito che allora si agitava, così in dottrina come in giurisprudenza, intorno alla persistente vigenza, nel nostro sistema, di quel principio di prevalenza o preliminarità del concordato rispetto al fallimento di cui i suddetti effetti sarebbero l'espressione, nonché, una volta acquisita tale perdurante vigenza, in ordine alle modalità tecni-

⁽³⁾ Anche perché, trattandosi di innovazioni assai recenti, ammesso che esse possano realmente spiegare gli effetti "disincentivanti" di cui s'è appena detto nel testo, questi non possono ancora essersi tradotti in una tangibile riduzione del materiale, specie giurisprudenziale, disponibile ai fini del presente lavoro.

che da seguire per il coordinamento, in ottemperanza a detto principio, tra le due procedure, *recte* tra le rispettive domande introduttive⁽⁴⁾. Ed oggi, che la questione pare ormai definitivamente ricomposta, e l'annesso dibattito sopito – grazie al risoluto intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che con le pronunce n. 9935 e 9936 del 15 maggio 2015⁽⁵⁾, hanno a chiare lettere ribadito il primato del concordato sul fallimento, assumendo poi che tra le relative domande intercorre un rapporto di continenza, per effetto del quale la priorità dell'esame dell'una rispetto all'altra è assicurata dalla previa riunione dei rispettivi procedimenti, da disporsi, a seconda della pendenza innanzi allo stesso oppure a differenti giudici, ai sensi dell'art. 273 oppure 39, comma 2, cod. proc. civ. –, le ragioni di quel fuor d'opera debbono considerarsi esaurite.

Non è, d'altro canto, un caso che, tra i molteplici elementi testuali addotti a sostegno della soluzione concretamente proposta, dalle convergenti previsioni degli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fallim., a quelle dell'ult. comma del precedente art. 161, le Sezioni unite non abbiano incluso il predetto art. 168. A riguardo del quale anzi, e con parole che fanno giustizia delle aspirazioni talora palesatesi in dottrina di risolvere il problema dei rapporti tra le due procedure proprio sulla base di quella norma⁽⁶⁾, il supremo consesso ha osservato «doversi dare risposta negativa all'interrogativo se il divieto per i creditori, ivi disposto, di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore sia comprensivo o meno anche dell'istanza di fallimento, considerato l'effetto di pignoramento generale prodotto dalla sentenza che l'accoglie. La disposizione, infatti,

(4) Sulle diverse opzioni proposte, ai fini di questo coordinamento, nel periodo che ha preceduto l'intervento spiegato sulla questione dalle Sezioni unite, di cui immediatamente nel testo, cfr., *si vis*, MONTANARI, *Concordato preventivo e istruttoria prefallimentare tra «pregiudizialità» e «coordinamento delle procedure»: una trasformazione soltanto apparente*, in questa *Rivista*, 2014, p. 291 ss.

(5) La prima può leggersi in questa *Rivista*, 2016, II, p. 187, con nota di TURRONI, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*; in *Fallimento*, 2015, p. 900, con note di DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, e PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni Unite del maggio 2015*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1228, con nota di SOTGIU, *Sull'accertamento dello stato di insolvenza in pendenza della procedura di concordato preventivo*; la seconda, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1275, annotata da BOCCAGNA, *Fallimento e concordato preventivo: per le Sezioni Unite sovrviene la continenza c.d. qualitativa*.

(6) Per un ultimo tentativo esplicito in tal senso, v. GIORGETTI, *Per una nuova proposta interpretativa in tema di rapporto tra esecuzioni individuali ed esecuzioni concorsuali nel regime dell'art. 168 l. fall.*, ne *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, Torino, 2014, p. 1103 ss.

è diretta a non alterare la *par condicio creditorum* in pendenza della procedura di concordato e, quindi, ad essa non si può ricondurre l'impedimento all'apertura della procedura di fallimento, che è diretta a realizzare proprio la *par condicio*. Inoltre, la disposizione fa riferimento all'iniziativa del creditore e ciò comporta, da un lato, la mancata previsione di analogo divieto per l'iniziativa del pubblico ministero e, dall'altro, la difficoltà di attribuire all'iniziativa del creditore il carattere anche esecutivo proprio della sentenza di fallimento».

2. I limiti oggettivi della protezione.

L'art. 168 legge fallim., sul quale torniamo allora, in questa sede, a volgere l'attenzione, sancisce, come noto, il divieto, a far data dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di ammissione al concordato preventivo, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore istante.

La tesi, comunemente ricevuta sulla base del testuale riferimento al «patrimonio del debitore»⁽⁷⁾, secondo cui sottrae a tale divieto sarebbero le azioni destinate a spiegarsi su beni *appartenenti a terzi* di cui il debitore abbia la materiale disponibilità, in particolare per ragioni attinenti all'esercizio dell'impresa – logicamente, in quanto il titolo di detenzione di quei beni medesimi sia venuto meno, ché, altrimenti, non si porrebbe neppure il problema dell'esercizio di quelle azioni (e non solo della loro compatibilità con la procedura concorsuale in atto) – detta tesi, si diceva, è stata posta in discussione, con pronuncia del 19 agosto 2015⁽⁸⁾, dal Tribunale di Milano, il quale, *a*) promossa nei confronti dell'utilizzatore di un bene in *leasing* azione esecutiva di rilascio dello stesso bene a séguito dell'accertamento giudiziale dell'intervenuta risoluzione del contratto per inadempimento; *b*) interposta domanda di concordato “con riserva” da parte del soggetto passivo dell'esecuzione; *c*) e conseguentemente propo-

(7) V., tra le più recenti testimonianze, ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in CAGNASSO-PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, 2016, p. 3392 s.; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in JORIO-SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Milano, 2016, p. 214; e in giurisprudenza, Trib. Bari, 6 ottobre 2016, reperibile nella banca dati *DeJure*.

(8) Vedila in questa *Rivista*, 2016, II, p. 539, con nota apertamente critica di ROCCO DI TORREPADULA, *Il destino dei beni in leasing nel concordato preventivo*; in *Fallimento*, 2015, p. 1218, con nota perplessa di LO CASCIO, *Procedure esecutive e concordato preventivo*; e in *www.ilcaso.it*, adesivamente annotata da TRAVERSO, *Concordato preventivo, divieto di esecuzioni e nozione di “patrimonio del debitore” ai sensi dell'art. 168 l.f.: commento alle ordinanze del tribunale di Milano del 17/7/15 e 19/8/15*.

sta, da parte di quest'ultimo, opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.: sull'istanza di sospensione dell'esecuzione svolta in via incidentale all'opposizione così esperita, ha ritenuto di doversi pronunciare *affermativamente*, in nome di una concezione *estensiva* del patrimonio di cui sopra, da intendersi «alla stregua non già di singoli beni oggetto di diritti, bensì di tutte le situazioni giuridiche attive e *passive* facenti capo ad un soggetto, comprese pertanto anche le aspettative e i *diritti di obbligazione* [corsivo dell'a.]»⁽⁹⁾. E una siffatta visione delle cose non è rimasta priva di riscontri nella successiva letteratura⁽¹⁰⁾, dove la possibilità di estendere l'inibitoria di cui all'art. 168 legge fallim. anche a presidio dei beni dei terzi detenuti dal debitore ammesso al concordato per le finalità dell'impresa, ha trovato giustificazione nella chiave, eminentemente teleologica, del raccordo con gli obiettivi di risanamento e conservazione dell'impresa tipici della procedura concordataria: obiettivi il cui conseguimento, s'è detto, «deve passare attraverso la protezione e la valorizzazione di tutti gli *asset* strategici dell'azienda, ivi compresi quei beni che, pur essendo di proprietà di terzi soggetti, sono utili e funzionali all'attività d'impresa e alla sua ristrutturazione, quindi alla realizzazione del piano di concordato e al conseguente adempimento della proposta rivolta ai creditori»⁽¹¹⁾.

Lasciamo in disparte il fatto che, se la procedura deve tendere al mantenimento dell'integrità dell'azienda, si deve però trattare dell'azienda nell'entità e consistenza che essa presenta all'avvio della procedura medesima: laddove è difficile sostenere che, a quella data, ne facciano tuttora parte beni di cui l'imprenditore abbia già e in precedenza smarrito il titolo per una legittima detenzione. Quel che non può tacersi è che la visione di cui giurisprudenza e dottrina testé richiamate si sono fatte portatrici appare il frutto di un autentico travisamento delle cose, indotto dall'idea,

⁽⁹⁾ Tale impostazione già trapelava dall'originario provvedimento di sospensiva adottato, nel corso della stessa vicenda processuale, dal tribunale ambrosiano, con ordinanza del 17 luglio 2015 (vedila in *www.ilcaso.it*, con nota favorevole cit. di Traverso), confermata dalla pronuncia richiamata nel testo all'esito di reclamo esperito a norma degli artt. 624, comma 2, e 669-terdecies cod. proc. civ.

⁽¹⁰⁾ Mentre in termini diametralmente opposti si era pronunciato, al cospetto di analoga fattispecie di rilascio coattivo di immobile concesso in *leasing* a séguito della risoluzione del contratto, Trib. Bolzano, 22 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*, facendo leva proprio sulla circostanza della *non appartenenza* del bene al patrimonio del debitore.

⁽¹¹⁾ Così TRAVERSO, *Concordato preventivo*, cit., p. 4; e v. pure SPADARO, *Concordato preventivo e azioni esecutive post omologazione*, in *Fallimento*, 2017, p. 68 ss.; nonché Trib. Frosinone, 24 ottobre 2014, di cui, però, si dirà in altro luogo della presente trattazione (*sub* § 4).

frequentemente echeggiante nei commenti alle recenti riforme del diritto fallimentare, che con l'introduzione di istituti come i cc.dd. pre-accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, commi 9 ss., legge fallim., e il concordato "in bianco" di cui al comma 6 del precedente art. 161, avrebbe ottenuto cittadinanza nel nostro ordinamento quella vera e propria icona del sistema concorsuale statunitense nota sotto il nome di *automatic stay*⁽¹²⁾: idea decisamente fuorviante, non solo e non tanto perché i meccanismi che connotano lo *stay* nella nostra legislazione non sono propriamente *automatic*⁽¹³⁾; ma, soprattutto, perché idonea ad alimentare la supposizione, di cui le posizioni ora in rassegna appaiono diretta testimonianza⁽¹⁴⁾, che gli effetti di *stay* vengano ad assumere, nel sistema quivi vigente, la stessa, onnicomprensiva, latitudine che li caratterizza nel sistema d'origine, dal quale viceversa, sotto il profilo ora in considerazione, ci separa veramente l'abisso. Perché, se l'immagine che offre la normativa americana in materia è quella

(12) Per un'esautiva rassegna della dottrina che in siffatti o consimili termini è venuta, in questi anni, ad esprimersi, non può che rinviarsi al volume, attualmente in corso di pubblicazione, di V. BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay. Studio su un sistema uniforme degli effetti protettivi vigenti nell'ordinamento concorsuale italiano*, spec. Introduzione.

(13) O, almeno, *automatic* nel senso che il termine ha assunto nella legislazione statunitense, dove esso sta a designare l'attitudine degli effetti di *stay* a sprigionarsi in via immediatamente consequenziale al deposito della *petition*, *voluntary* o *involuntary* che sia, di ammissione ad una qualsivoglia delle procedure contemplate dal *Bankruptcy Code*, senza bisogno, a quel fine, della formulazione di apposita richiesta di parte e/o dell'intervento di uno specifico provvedimento del giudice, come è, viceversa, da noi, anche con riguardo a quegli strumenti che, stando alla moderna vulgata, la figura dell'*automatic stay* varrebbero ad evocare [sulla reale scaturigine giudiziale degli effetti protettivi tanto in sede di pre-accordi di ristrutturazione che di concordato "in bianco", v. ancora MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in FABIANI-GUIOTTO (a cura di), *Il ruolo del professionista nel risanamento aziendale*, Torino, 2012, p. 132 ss., e *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., pp. 662 ss. e 677 s.]: più diffusamente sull'argomento, BARONCINI, *op. cit.*, Parte Seconda, Cap. I.

(14) Pensiamo a quell'altra affermazione secondo cui il divieto *ex art. 168* legge fallim. sarebbe «misura protettiva finalizzata a consentire al debitore di confezionare la soluzione concordataria da proporre ai propri creditori, con stabilità e senza dover coevamente fronteggiare iniziative ostili, indubbiamente idonee a condizionare negativamente anche eventuali trattative sottese a regolare la crisi» (SPADARO, *op. cit.*, p. 69): con la conseguenza che, se inammissibili debbono reputarsi «soluzioni concordatarie che pretermettano [il] diritto [dei terzi alla restituzione dei beni di loro proprietà] o si fondino sulla disponibilità di beni che (seppur originariamente facenti parte dell'azienda del debitore) siano ormai detenuti senza titolo per la mancanza di un nuovo accordo con il titolare, funzionale alla esecuzione del concordato», precluso dovrebbe essere, però, il recupero di quei beni in costanza di procedura, a fronte di un divieto, come quello in discorso, da intendersi quale «funzionale a consentire al debitore di trovare un accordo con i terzi per il mantenimento della disponibilità dei beni ovvero a reperirne altri, in sostituzione di quelli da restituire» (SPADARO, *op. loc. ult. cit.*).

di una campana di vetro destinata a calare all'istante intorno al debitore, al suo patrimonio personale e a quello devoluto alla procedura, isolandoli dal mondo circostante e mettendoli al riparo da qualsiasi iniziativa aggressiva, giudiziale o stragiudiziale, promossa da creditori o altri soggetti terzi, atta in qualche modo ad alterare lo *status quo ante*: questo non è, evidentemente, a dirsi della corrispondente normativa italiana, dove lo *stay*, si tratti del concordato o di altra procedura d'insolvenza, riguarda un ben determinato novero di iniziative giudiziali, ulteriormente delimitato, a sua volta, sotto il profilo soggettivo e oggettivo. Tornando all'art. 168 legge fallim., questo non si esprime nei termini di un generale e indiscriminato divieto delle azioni esecutive e cautelari *nei confronti del debitore* ma più puntualmente individua, come oggetto di tale divieto, le azioni esecutive e cautelari *esercitabili dai creditori* (oltretutto per titolo o causa anteriore alla procedura) *sul patrimonio* del debitore: e arduo, in considerazione di ciò, diviene negare la valenza limitativa di tale riferimento, come tale da evocare la sola e più ristretta figura del patrimonio *aggregabile* del debitore⁽¹⁵⁾, costante delle sole situazioni soggettive *attive* ad esso facenti capo⁽¹⁶⁾.

Chiaramente disvelata dall'orientamento applicativo testé criticamente illustrato, la propensione a vedere allargato *sub specie objecti* il raggio dello schermo protettivo eretto dall'art. 168 legge fallim. si è manifestata, nella più recente riflessione dottrinale in materia, anche sotto altri profili, nella direzione, per l'esattezza, della riconosciuta applicabilità del divieto ivi codificato alle azioni aventi ad oggetto: *a*) i beni personali del debitore di cui all'art. 46 legge fallim.⁽¹⁷⁾; *b*) i beni del debitore gravati da garanzia ipotecaria costituita a favore di soggetto che vanta una ragione di credito non nei confronti della stessa parte sottoposta alla procedura, bensì verso un terzo⁽¹⁸⁾; *c*) i beni facenti parte del patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili della società ammessa (o istante per l'ammissione) al concordato⁽¹⁹⁾. Per quanto suasive argomentate, non cre-

⁽¹⁵⁾ Così, esattamente, ROCCO DI TORREPADULA, *Il destino dei beni in leasing*, cit., p. 544 s.

⁽¹⁶⁾ Ed invero, se così non fosse, ossia se la nozione di patrimonio mobilitata fosse quella, "universale", professata dal Tribunale di Milano, si tratterebbe di puntualizzazione del tutto ultronea, dal momento che a nessuno, in mancanza di essa, sarebbe venuto da pensare che l'avvio di una procedura concorsuale nei confronti di un determinato soggetto abbia a determinare la paralisi di iniziative giudiziali che in nessun modo lo riguardino, ossia inerenti a rapporti giuridici ad esso estranei.

⁽¹⁷⁾ FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in JORIO-SASSANI (a cura di), *Trattato*, IV, cit., p. 621. *Contra*, e nel senso qui recepito, Trib. Bari, 6 ottobre 2016, cit.

⁽¹⁸⁾ FABIANI, *La tutela dei diritti*, cit., p. 622.

⁽¹⁹⁾ FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 621.

do, tuttavia, di poter aderire a queste posizioni, recedendo da quelle, di opposto tenore, su cui mi sono attestato nel contributo citato in apertura di questo lavoro (20).

Così, con riguardo all'opzione "estensiva" di cui *sub a*), essa sarebbe avvalorata dalla «circostanza che mentre nel fallimento l'esclusione dallo spossessamento [dei beni *ex art.* 46 legge fallim.] è un beneficio per il debitore, escludere l'effetto protettivo di cui all'art. 168 legge fallim. si risolverebbe in un evidente svantaggio» (21). Ma se questo svantaggio deve tradursi nella distrazione dei beni personali del debitore dai fini della sistemazione del suo stato di dissesto, allora non può che ribadirsi quanto già osservato sul punto nel precedente lavoro (22), e, cioè, che nulla impedisce al debitore di asservire quei beni o una parte di essi agli scopi della procedura, direttamente coinvolgendoli nel piano concordatario (23).

Venendo poi al profilo *sub b*), si può anche convenire sul fatto che, se la *ratio* della disposizione di cui all'art. 168 legge fallim. «è quella di conservare l'integrità del patrimonio per tutto il procedimento di concordato» (24), allora varrebbe a denunciarne un aspetto di inadeguatezza rispetto allo scopo l'ammettere che il mero prelazionario possa liberamente aggredire quel patrimonio (beninteso, nei limiti in cui tale patrimonio è vincolato ai fini della sua soddisfazione). Il problema è, però, che le ragioni dell'interpretazione teleologica non possono prevalere su quelle dell'esegesi testuale, là dove questa sia fondata su un dettato normativo chiaro e inequivocabile: come è a dirsi nel caso di specie, in cui la legge non lascia adito a dubbi circa la riferibilità del divieto in questione ai soli creditori della parte che abbia attivato la procedura di concordato.

E quanto, infine, alla posizione riassunta *sub c*), non è vero, come si è detto, che, consentendo ai creditori sociali di aggredire liberamente il patrimonio personale dei soci, la possibilità, per questi ultimi, di fruire degli effetti esdebitatòri di cui all'art. 184, comma 2, legge fallim. sarebbe subordinata alla circostanza, meramente casuale, che l'azione esecutiva

(20) Dove, per l'appunto, sostenevo che *aa*) i beni personali del debitore; *bb*) i beni gravati da ipoteca a garanzia dell'adempimento di un debito altrui; *cc*) e i beni rientranti nel patrimonio personale dei soci della società debitrice: sarebbero tutti, indifferenziatamente, esposti alle iniziative aggressive dei creditori (MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., p. 638 ss.).

(21) FABIANI, *op. loc. ult. cit.*

(22) Mutuandosi, a sua volta, un'osservazione di NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, p. 119.

(23) MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 638.

(24) FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 622.

promossa «duri tanto o poco»⁽²⁵⁾. Ad essi soci, infatti, uno strumento per poter beneficiare degli effetti in questione sarebbe comunque e sempre assicurato, nelle sembianze dell'azione di ripetizione *ex artt.* 2033 ss. cod. civ. di quanto versato in eccesso rispetto alla percentuale concordataria dei debiti societari di cui sono chiamati a rispondere. Che poi il problema dell'ammissibilità di un'azione esecutiva, in pendenza di concordato della società, nei confronti di tali soggetti, debba considerarsi risolto alla radice, nei limiti in cui opponibile ai creditori sociali possa risultare il *beneficium excussionis*⁽²⁶⁾, ciò è indiscutibile, ma è anche, all'evidenza, tutt'altro discorso, che lascia fermo il dato di principio dell'inapplicabilità, nella fattispecie, delle inibitorie di cui all'art. 168 legge fallim.⁽²⁷⁾

3. I limiti soggettivi.

Il divieto di agire in via esecutiva o cautelare sul patrimonio del debitore concordatario non è rivolto alla generalità dei suoi creditori, bensì, come già, seppure incidentalmente, rammentato, solamente a coloro che tali siano divenuti per «titolo o causa» anteriore alla procedura⁽²⁸⁾, ovvero, più precisamente, anteriore alla «data della pubblicazione del ricorso [per l'ammissione alla procedura] nel registro delle imprese».

Tensioni a rompere gli argini della *littera legis* si sono registrate, in quest'ultimo scorcio di tempo, anche su questo versante. Ed anche qui, a venire in gioco, sono state le ragioni dell'interpretazione funzionale della norma in discorso.

⁽²⁵⁾ FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 621.

⁽²⁶⁾ FABIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁷⁾ Su posizioni conformi a quella testé ribadita, cfr. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, p. 328; SPAGNUOLO, *Sub art. 168 l. fall.*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, p. 179; SPADARO, *op. cit.*, p. 68; e, nella più recente giurisprudenza, Cass., 24 aprile 2015, n. 8387; Trib. Cuneo, 19 dicembre 2016, in <http://ilfallimentarista.it>; Trib. Como, 3 marzo 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 1205, con nota di CARON, *Efficacia esdebitatoria del concordato preventivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*. È vero che, da parte tanto di Cass. n. 8387/2015 che di Trib. Como, 3 marzo 2015, di *libera procedibilità* in costanza di concordato, si fa, espressamente, parola soltanto con riguardo alle azioni esecutive dei creditori *personali* dei soci: ma la specificazione, parimenti operata, che la procedibilità di tali azioni incontrerebbe il solo limite della preventiva escussione del patrimonio sociale, rende esplicito un contestuale, seppur sotteso, riferimento anche ai creditori sociali, ché quelli personali nessun titolo avrebbero per escutere, come preteso, il patrimonio della società.

⁽²⁸⁾ Per opportuni approfondimenti sul binomio «titolo/causa» del credito di cui alla norma in rassegna, v., da ultimi, TRENTINI, *I concordati preventivi*, cit., p. 324; PENTA, *Il creditore "contestato": una deroga al divieto di azioni esecutive*, in *Fallimento*, 2015, p. 1336 s.; cfr. anche Trib. Bologna, 21 maggio 2015, in www.plurisonline.it.

La ragione del divieto ivi consacrato, si è detto, «risiede, essenzialmente, nel fatto che non si vuole disperdere il patrimonio del debitore tra tante possibili azioni esecutive individuali o collettive»: e ciò induce a ritenere che soggetti a tale divieto dovrebbero essere anche i creditori per titolo o causa *successivo/a* al ricorso per concordato, vale a dire i creditori aventi diritto al pagamento in prededuzione⁽²⁹⁾. Né, per questo, si dovrebbe supporre che tali creditori siano privati di adeguati strumenti di tutela, in quanto insoddisfatte, delle loro ragioni: a parte il fatto che se ne potrebbe trarre motivo, a seconda della differente fase in cui si trovi la procedura, per una relazione *ex art. 172 legge fallim.*, da parte del commissario, di tenore sfavorevole o, addirittura, per l'attivazione del procedimento di revoca di cui al successivo art. 173, essi avrebbero comunque e sempre a disposizione l'arma dell'opposizione all'omologa, in cui far valere l'inadempimento all'obbligo, non negoziabile, del pagamento dei debiti prededucibili come ragione sufficiente per bocciare, nei termini, per l'ap-punto, del diniego di omologa, l'intervenuto concordato⁽³⁰⁾.

Per quanto non possa disconoscerne la ragionevolezza, le considerazioni appena esposte non sono tali da scalfire o infirmare la valenza argomentativa del dato, in certo modo, di sistema che ho evocato nel mio precedente studio in materia a sostegno dell'opposta *communis opinio* che vuole i titolari di crediti prededucibili liberi di agire *in executivis* sul patrimonio del debitore concordatario. Si potrebbe anche qui, al cospetto di una *littera legis* puntuale e scevra d'ambiguità, rivendicare l'intangibilità delle risultanze dell'esegesi testuale a fronte delle ragioni dell'interpretazione teleologica. Ma non è questo, a ben vedere, il punto. Il punto è, piuttosto, che nel senso, auspicato dalla dottrina testé richiamata, dell'estensione dello *stay* anche alle azioni a tutela dei crediti prededucibili, il legislatore ha *expressis verbis* disposto, così all'atto della riforma della procedura fallimentare di cui al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (v. il novellato art. 51 legge fallim.) come della codificazione della nuova procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento *ex L. 27 gennaio 2012, n. 3* (si vedano, nell'impianto che la legge ha assunto a séguito della revisione attuata con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modifiche in L.

⁽²⁹⁾ Così FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 618 s., alla cui posizione si sono poi allineati SANDULLI-D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, p. 236; e SPADARO, *op. cit.*, p. 69 s. Fondamentalmente non dissimili sono, peraltro, le ragioni dedotte dalla dottrina che in quella stessa direzione già in precedenza aveva avuto modo di pronunciarsi: per i dovuti riferimenti, sia consentito rinviare a MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 640 s., nt. 22.

⁽³⁰⁾ FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 619.

17 dicembre 2012, n. 221, le disposizioni degli artt. 12, comma 3, 12-ter, comma 2, e 14-duodecies, comma 1): e il fatto che, nel porre contestualmente mano alla disciplina del concordato preventivo, esso abbia mantenuto *immutato*, nella parte che qui interessa, il dettato dell'art. 168 legge fallim., lascia pensare che non di una svista si sia trattato, bensì di una scelta consapevole e meditata, fondata su ben precise ragioni che non è il caso qui di nuovamente illustrare, avendone già in altra sede trattato⁽³¹⁾.

4. *L'effettivo novero delle azioni vietate a scopo di protezione del patrimonio concordatario.*

La tesi, recentemente patrocinata dal Tribunale di Milano, dell'improcedibilità, in pendenza di concordato, dell'azione esecutiva di rilascio promossa dal concedente di bene in *leasing* nei confronti del debitore, troverebbe conforto, ad avviso dello stesso giudice, anche nella lettera dell'art. 168 legge fallim.⁽³²⁾, che il divieto di proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore sancisce «senza prevedere distinzioni in ordine al tipo ed all'oggetto dell'azione esecutiva instaurata».

Questa lettura anti-sceveratrice del divieto in oggetto rompe apertamente con il tradizionale distinguo in materia tra azioni di espropriazione forzata dei beni del debitore dirette alla coattiva attuazione dei suoi debiti pecuniari, che all'imperio di quel divieto sarebbero effettivamente soggette; e azioni di esecuzione in forma specifica degli obblighi di consegna o rilascio di beni determinati nonché di fare o non fare, che a detto imperio sarebbero viceversa sottratte⁽³³⁾. E se, sullo sfondo della giurisprudenza di questi ultimi anni, essa appare decisamente isolata⁽³⁴⁾, non altrettanto è a dirsi ove si allarghi lo sguardo al coevo panorama dottrinale. Al di là degli autori, richiamati nel prec. § 2, che, della recente giurisprudenza in argomento del tribunale ambrosiano, hanno direttamente recepito l'opzione di fondo, vale a dire l'idea che, nel suo riferimento al patrimonio del debi-

(31) MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 641 s. Il raffronto con la novellata disciplina, *in parte qua*, dell'art. 51 legge fallim. è altresì valorizzato, nella direzione qui accolta, da DI IULIO, *Divieto di azioni esecutive e cautelari*, in <http://ilfallimentarista.it>, 30 novembre 2016, § IX; diffusamente si trattiene sul punto anche SPAGNUOLO, *Sub art. 168*, cit., p. 180.

(32) In tal senso specificamente pronunciatisi nella prima delle due sopramenzionate ordinanze, vale a dire quella del 17 luglio 2015 (cit. alla nota 9).

(33) Per le necessarie indicazioni in proposito, v. MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 643 s.

(34) Per la libera procedibilità, contro il debitore ammesso al concordato, delle azioni di esecuzione per consegna o rilascio e di obblighi di fare o non fare, v., in termini generali, Trib. Aosta, 20 febbraio 2014, in www.ilcaso.it. Cfr. inoltre la già cit. Trib. Bolzano, 22 marzo 2013.

tore, l'art. 168 legge fallim. non avrebbe chiamato in causa il solo patrimonio aggredibile di quel soggetto, bensì la totalità dei rapporti giuridici, attivi e passivi, ad esso facenti capo – così da mettere la sordina anche alle azioni esecutive esperibili dai legittimi proprietari ai fini della sottrazione coattiva al debitore di beni di cui esso abbia la mera detenzione –: occorre infatti dar conto di quell'autorevole voce secondo cui, per smentire la tesi dell'assorbimento nel concorso concordatario della sola esecuzione per espropriazione, «può bastare la notazione per la quale il debitore, oltre all'elenco dei creditori, deve allegare anche un elenco che racchiuda i titolari di diritti reali e personali sui beni del debitore e ciò proprio perché queste pretese debbono essere fatte valere nel concorso, non diversamente da quanto accade nel fallimento con le azioni di restituzione e di rivendicazione *ex art. 103 l. fall.*»⁽³⁵⁾.

Che in sede di procedura fallimentare, la soggezione allo *stay* delle esecuzioni per consegna o rilascio dipenda dalla necessità di far valere in concorso le sottese pretese, reali o personali, di diritto sostanziale, ossia di sottoporre queste ultime a previa verifica endoconcorsuale – dopo di che, una volta positivamente accertate, sarebbe il curatore, nell'adempimento dei suoi doveri d'ufficio, a dar loro esecuzione –, ciò è indubbio. Ma di un'analogia verifica endoconcorsuale di quelle pretese, non è traccia nel sistema del concordato preventivo⁽³⁶⁾; e indicazioni risolutive in tal senso non mi sembrano offerte dall'onere di presentazione dell'elenco di cui all'art. 161, comma 2, lett. c), la cui previsione ben può spiegarsi al lume dell'esigenza di fornire un'esatta rappresentazione, agli organi della procedura e ad ogni altro soggetto interessato, delle risorse effettivamente disponibili ai fini della medesima. La corrente visione sceveratrice va, quindi, confermata⁽³⁷⁾: e se proprio si dovesse, in estremo

⁽³⁵⁾ FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 620.

⁽³⁶⁾ Ché, altrimenti, soggette allo *stay* sarebbero anche le azioni dirette alla tutela *cognitiva* di quelle pretese: il che non risponde certo al comune sentire, come testimoniato, per ultima, da Trib. Padova, 23 febbraio 2015, in *Imm. e propr.*, 2016, 57, nell'affermazione della perseguibilità, nei confronti del debitore concordatario, del procedimento di convalida di sfratto (conf. FICO, *Immobile locato a debitore concordatario e ammissibilità della procedura di sfratto*, in <http://ilfallimentarista.it>, 20 marzo 2013).

⁽³⁷⁾ Per la necessità, che qui si ribadisce, di tenere distinte, in ipotesi di avvio della procedura concordataria, le sorti dell'esecuzione per espropriazione da quelle dell'esecuzione in forma specifica, v. pure ARATO, *La domanda*, cit., p. 3393; TRENTINI, *I concordati preventivi*, cit., pp. 324 e 329; STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Milano, 2016, p. 144; FICO, *op. loc. cit.*; DI IULIO, *op. cit.*, § VIII. Per converso, nessuna ulteriore suddivisione è ammessa entro il più ristretto ambito delle azioni espropriative. Il blocco posto dall'art. 168 legge fallim. viene pertanto ad interessare anche le ipotesi di espropriazione coattiva di beni del debitore ricollegabili a poteri di autotutela della parte creditrice,

subordine, ammettere, in ossequio al dettato letterale del presente art. 168, che gli effetti protettivi-interdittivi da esso promananti abbiano ad interessare anche le azioni esecutive dei predetti obblighi di consegna o rilascio e fare o non fare, si dovrebbe comunque e tassativamente trattare, come già a suo tempo osservato, di un novero selezionato e ristretto di questa complessiva categoria di azioni e precisamente, in obbedienza ai limiti oggettivi della protezione quali dianzi ribaditi *sub* § 2, delle sole azioni volte alla realizzazione coattiva di un diritto di natura strettamente personale, gravante su un bene di cui sia indiscussa la proprietà in capo al soggetto esecutato e ammesso alla procedura concordataria⁽³⁸⁾.

Dovendosi a questo punto trascorrere all'inibitoria che, in via contestuale e parallela a quella comminata nei confronti delle azioni esecutive, l'art. 168 legge fallim. è venuto a disporre quanto alle azioni cautelari esercitabili nella medesima direzione del patrimonio del debitore, appare meritevole di segnalazione il provvedimento adottato dal Tribunale di Frosinone in data 24 ottobre 2014⁽³⁹⁾, proclamante la necessaria inclusione, tra le misure cautelari rispetto alle quali è destinata ad avere effetto l'inibitoria predetta, del sequestro giudiziario dell'azienda.

Per chi, come lo scrivente, muove da un'interpretazione restrittiva dell'afferente disposizione di legge e ritiene per l'esattezza, sulla scorta

con la sola eccezione di quella regolata, a beneficio dei crediti assistiti da garanzia su attività finanziaria ai sensi del D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170, dall'art. 4 dello stesso testo di legge: norma, quest'ultima, che nell'elargire ai titolari di quei crediti uno specifico potere di autotutela esecutiva in sede di escussione della garanzia loro concessa, ammette che tale potere sia esperibile anche nell'eventualità di apertura, a carico del debitore, di una procedura di liquidazione e risanamento, come senz'altro è a dirsi del concordato preventivo, giusta una consolidata opinione di cui non sono mancate conferme anche nell'ultimo periodo (cfr. Trib. Prato, 23 settembre 2015 [decr.], in *Fallimento*, 2016, p. 587, con nota di CEDERLE, *La controversa applicazione dell'art. 169 bis l. fall. ai contratti bancari*; Trib. Ravenna, 25 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 182 s.; STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, p. 145 s.). Analoga eccezione non è, viceversa, configurabile con riguardo a quelle ulteriori figure di autotutela esecutiva legate ai nuovi istituti del pegno non possessorio e del trasferimento di beni a scopo di garanzia (c.d. patto marciano) di cui agli artt. 1 e 2 (quest'ultimo introduttivo di un nuovo art. 48-*bis* TUB) del D.L. 3 maggio 2016, n. 59, così come convertito, con modifiche, in L. 30 giugno 2016, n. 119. È vero che, a norma dei rispettivi commi 8 e 12, i poteri di autotutela ivi disciplinati risultano esercitabili e opponibili agli altri creditori anche in sede concorsuale: ma il riferimento compiuto, nelle disposizioni di legge appena richiamate, al solo fallimento induce a ritenere che lo stesso non possa valere per le altre procedure concorsuali o, almeno, per quelle i cui effetti nei confronti dei creditori non siano regolati *per relationem* a quelli del fallimento, come è a dirsi, appunto, del concordato preventivo.

⁽³⁸⁾ MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 647.

⁽³⁹⁾ Vedilo in *Fallimento*, 2015, p. 835, con nota critica di CONTE, *Concordato preventivo ed azioni cautelari*.

di un ragionamento fondamentalmente incentrato sulla considerazione della platea dei soggetti colpiti dal divieto in questione, che essa disposizione riguarderebbe esclusivamente le azioni cautelari esperibili a tutela dei crediti pecuniari, ossia, di fatto, sequestro conservativo e provvedimenti d'urgenza recanti condanna all'adempimento dei debiti relativi⁽⁴⁰⁾, doveroso è prendere le distanze dal provvedimento di cui ora s'è detto: a più forte ragione, poi, ove si tenga presente il cardine argomentativo della decisione, vale a dire l'idea, già sottoposta a critica nelle precedenti battute di questo lavoro (*retro, sub § 2*), per cui, se gli effetti di *stay* che la norma disciplina debbono intendersi come funzionali non soltanto alla salvaguardia della *par condicio* tra i creditori ma, altresì, a rendere fattibile il piano che sorregge la proposta di concordato, legittima sarebbe allora una valorizzazione in chiave estensiva della locuzione «patrimonio del debitore» ivi impiegata, quale idonea ad inglobare, se non la totalità dei rapporti attivi e passivi di cui quel soggetto sia parte, certo, e perlomeno, anche i beni di proprietà di soggetti terzi di cui il debitore intenderebbe avvalersi ai fini della realizzazione del piano medesimo⁽⁴¹⁾. È logico che svolgendo l'illazione dianzi affacciata in subordine, dell'estensione oltre i confini della mera espropriazione forzata del novero delle azioni esecutive destinate a subire gli effetti di *stay* irradiantisi dall'art. 168 legge fallim., dilatato in egual misura dovrebbe risultare il novero delle azioni cautelari condannate a rimanere intrappolate in quella rete⁽⁴²⁾, non più circoscritto a quelle

⁽⁴⁰⁾ MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 645 ss.; per un'analogia impostazione discriminatrice, STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, p. 145.

⁽⁴¹⁾ Sulla stessa linea critica qui propugnata si muove, fondamentalmente, anche l'annotatore della pronuncia in rassegna, ad avviso del quale le ragioni del salvataggio dell'imprenditore e della conservazione dei complessi produttivi non possono *sic et simpliciter* prevalere sui diritti degli altri consociati, vieppiù se di rango costituzionale (CONTE, *Concordato preventivo*, cit., p. 839), così da doversi convenire sull'ammissibilità, *inter alia*, in corso di procedura: della richiesta di provvedimento d'urgenza ai fini della cessazione di immissioni eccedenti la normale tollerabilità; della reintegrazione d'urgenza di lavoratore illegittimamente licenziato; della concessione di provvedimenti a tutela di privative industriali; della tutela possessoria (CONTE, *op. cit.*, 838 s.). Piena conferma di questa impostazione (e, di riflesso, di quella dianzi patrocinata *sub § 2*) può rinvenirsi altresì in Trib. Bergamo, 27 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*, che ha riconosciuto la procedibilità di un'istanza *ex art. 700 cod. proc. civ.* tesa alla restituzione, da parte dell'imprenditore ammesso al concordato, di un complesso aziendale da questi detenuto in base a contratto d'affitto in precedenza cessato.

⁽⁴²⁾ Sull'esigenza di un'interpretazione simmetrica della norma, tale per cui, a doversi considerarsi inibite, siano soltanto le azioni cautelari «prodromiche all'esperimento di una successiva tutela esecutiva volta a "impegnare" il patrimonio segregato» del debitore e, come tale, essa pure inibita, FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 623 s., che ne trae, tra le altre, la conseguenza per cui l'istanza di ammissione al concordato non potrebbe avere alcun riflesso

preordinate alla tutela dei crediti pecuniari e tale da ricomprendere anche il sequestro giudiziario. Ma non per questo è da rivedere il giudizio critico precedentemente espresso nei confronti della pronuncia del giudice laziale: poiché, per quanto sopra detto, si dovrebbe trattare di sequestro richiesto a tutela di un diritto personale accampato su bene di proprietà del debitore concordatario; laddove, nel caso di specie, era stato l'asserito proprietario dell'azienda ad instare per il sequestro giudiziario della medesima, a séguito della risoluzione del relativo contratto d'affitto⁽⁴³⁾.

La posizione del Tribunale di Frosinone trova, naturalmente, conforto nelle indicazioni di quella dottrina che anche in tempi a noi vicinissimi ha parlato di uno sbarramento indiscriminato nei confronti di «qualsivoglia azione cautelare, conservativa o anticipatoria che sia, sul patrimonio dell'imprenditore in concordato»⁽⁴⁴⁾. Ma il tenore sostanzialmente apodittico di questa enunciazione mi esime dal dovere di sottoporla a partita disamina critica⁽⁴⁵⁾.

A suggello dell'argomento qui complessivamente trattato, merita rammentare come il panorama giurisprudenziale e dottrinale di questi ultimi anni non abbia ad offrire alcuna novità di rilievo sul fronte dei rapporti tra concordato preventivo e azioni di cognizione. La libertà di promuovere o proseguire azioni di questo tipo, e senza distinzioni tra cognizione ordinaria, sommaria o monitoria, nei confronti dell'imprenditore ammesso alla procedura è costantemente ribadita dai nostri giudici⁽⁴⁶⁾ e dagli

sulla richiesta di sospensione dell'efficacia di una delibera assembleare della società debitrice.

⁽⁴³⁾ Condivide l'impostazione di metodo quivi adottata, nel senso che le sorti del sequestro giudiziario abbiano a seguire quelle dell'azione di rilascio cui esso figura strumentale, FABIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁴⁾ ARATO, *op. cit.*, p. 3394; e v. pure, nella sostanza, SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 183; DI IULIO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁵⁾ Dell'«inclusione nel divieto di cui all'art. 168 di qualsivoglia tipologia di azione cautelare di diritto civile», ha parlato anche AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI-LUISSO-GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, p. 307; ma a smentire la supposizione che si sia inteso alludere a una blocco generalizzato e indistinto di quelle azioni, sovviene la precedente affermazione dello stesso Autore (*op. cit.*, p. 306), a mente della quale esperibili, nei confronti dell'imprenditore in concordato, sarebbero le azioni possessorie, «i ricorsi per provvedimenti d'urgenza ed ogni altra iniziativa che non incida coattivamente sul patrimonio concordatario».

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Corte conti, sez. giurisd., 12 febbraio 2015, n. 46, in *DeJure*; Trib. Genova, 14 giugno 2016, in *www.plurisonline.it*; Trib. Bologna, 21 maggio 2015, *cit.*; Trib. Milano, 25 luglio 2014, in *www.plurisonline.it*, che precisa come il giudizio sia perseguibile in costanza di procedura anche per quanto attiene all'accertamento degli interessi moratori e della svalutazione; Trib. Milano, 22 novembre 2013, *ibidem*; Trib. Torre Annunziata, 3 luglio 2013, in *DeJure*.

autori⁽⁴⁷⁾. Né la deroga propugnata al riguardo da Trib. Vicenza, 11 maggio 2016, con riferimento, se bene ne intendo la massima invero piuttosto ambigua⁽⁴⁸⁾, all'azione revocatoria fallimentare (esercitata, evidentemente, dalla curatela della procedura aperta nei confronti di differente soggetto), costituisce un inedito in senso assoluto, se si pone mente alle conformi posizioni registratesi in passato quanto alla revocatoria ordinaria *ex art. 2901 cod. civ.*⁽⁴⁹⁾.

5. *L'improcedibilità-sospensione delle esecuzioni pendenti all'atto dell'istanza di ammissione al concordato preventivo.*

Nell'affermare, con decreto del 7 marzo 2016⁽⁵⁰⁾, che l'improcedibilità dell'espropriazione presso terzi pendente alla data della pubblicazione, nel registro delle imprese, della domanda di ammissione al concordato involge, come necessaria conseguenza, il dovere di provvedere allo svincolo di tutte le somme che siano state precedentemente pignorate presso il terzo, il Tribunale di Cassino è venuto a rispolverare una tesi che da lungi, ormai, pareva definitivamente superata, come quella che vuole detta improcedibilità – quale che sia la procedura espropriativa interessata – idonea a risolversi nella vera e propria estinzione della procedura esecutiva dianzi intrapresa⁽⁵¹⁾. Che si tratti del segnale premonitore di un'autentica inversione di tendenza sul punto, sarei, tuttavia, propenso ad escluderlo. È vero che gli stessi concetti sono stati espressi dalla di poco più risalente

(47) AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 306; ARATO, *op. cit.*, p. 3395; SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 183 s., che ribadisce l'esperibilità dell'azione di c.d. esecuzione in forma specifica del contratto preliminare *ex art. 2932 cod. civ.* Quest'ultimo assunto non è contraddetto dalla recentissima Trib. Mantova, 17 gennaio 2017, in *www.ilcaso.it.*, la quale, sì, ha affermato l'inopponibilità alla massa di detta domanda *ex art. 2932 cod. civ.* laddove trascritta in momento successivo alla domanda di ammissione al concordato: ma questo non nel senso dell'improcedibilità del susseguente giudizio, bensì in quello dell'inidoneità di tale giudizio e della relativa pendenza ad inibire lo scioglimento del preliminare ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.

(48) Vedila in *www.plurisonline.it.*

(49) Posizioni, comunque, mai esperimenti un orientamento di maggioranza (cfr. MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 649, ntt. 45 e 46). Ed invero, per la procedibilità della revocatoria ordinaria nei confronti dell'imprenditore in concordato, v., da ultimo, ARATO, *op. cit.*, p. 3396, che opportunamente ricorda come a beneficiare del risultato utile in tal modo conseguibile sarebbe sempre e comunque la massa, stante l'impossibilità, per il creditore, di esercitare l'azione esecutiva individuale sul bene recuperato alla garanzia patrimoniale del debitore grazie all'esperita revocatoria.

(50) La cui massima può leggersi in *Fallimento*, 2016, p. 745.

(51) Per i relativi riferimenti, v. MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 651, nt. 55.

Trib. Aosta, 27 settembre 2013 ⁽⁵²⁾; ma nettissima è stata la prevalenza, in questo stesso turno di anni, di riscontri di segno divergente, vale a dire nel senso, comunemente recepito, della mera sospensione o quiescenza della procedura pendente ⁽⁵³⁾, talora, sì, ribadita in termini tralatici ⁽⁵⁴⁾, ma talaltra, viceversa, affermata con piena consapevolezza del suo significato e delle sue pratiche implicazioni ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Vedila in *www.ilcaso.it*.

⁽⁵³⁾ Con riguardo ad ipotesi in cui la domanda di concordato era sopravvenuta alla semplice intimazione del precetto, ha parlato di sospensione dell'esecutività del titolo da cui il precetto era legittimato, App. Bologna, 21 maggio 2015, cit.; mentre per l'opportuna precisazione secondo cui, una volta depositata la domanda di concordato, anche la notifica del precetto dovrebbe risultare preclusa – giacché, pur non trattandosi di atto esecutivo in senso proprio ma soltanto di atto preliminare all'esecuzione, non avrebbe comunque senso intimare il pagamento a chi non può adempiere –, cfr. TRENTINI, *op. cit.*, p. 324.

⁽⁵⁴⁾ Questo può dirsi della già cit. Trib. Genova, 14 giugno 2016; nonché di Trib. Milano, 22 novembre 2013, in *www.plurisonline.it*.

⁽⁵⁵⁾ Così Trib. Pesaro, 26 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*, per cui, una volta divenuto definitivo il decreto di omologa, la procedura potrà riprendere il suo cammino in vista della soddisfazione del creditore nei limiti della falcidia concordataria; Trib. Siracusa, 26 luglio 2013, *ibidem*, che ha spiegato come, per effetto del divieto di cui all'art. 168 legge fallim., sia impedito, a partire dalla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato, il compimento di atti esecutivi ulteriori ma non si determini la nullità e conseguente caducazione di quelli già compiuti; Trib. Bari, 18 novembre 2013, *ibidem*, che allo stato di sospensione in cui verserebbe la procedura esecutiva ha ricollegato la persistente soggezione a custodia del compendio pignorato nonché la possibilità di ripresa della procedura medesima in caso di mancata omologa del concordato; Trib. Aosta, 21 luglio 2016, in *Quot. giur.*, 17 ottobre 2016, con nota adesiva di MASI, Automatic stay: *limiti e condizioni per la protezione dalle azioni esecutive individuali*, secondo cui, per poter decretare la sospensione della procedura espropriativa al suo cospetto pendente, il giudice dell'esecuzione deve avere piena contezza dell'attualità degli effetti di *stay*, così da doversi astenere dal provvedere al riguardo allorché, scaduto il termine di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., per l'integrazione della domanda "in bianco", esso giudice non abbia avuto notizia alcuna circa gli sviluppi della procedura e l'avvenuto rispetto di quel termine stesso; e cfr. pure Cass., 2 dicembre 2015, n. 25802, in *Fallimento*, 2016, p. 677, con nota adesiva di MACAGNO, *Conservazione degli effetti del pignoramento nella sequenza esecuzione forzata, concordato preventivo e fallimento: la risposta affermativa della S.C.*, dove la lettura dell'improcedibilità ex art. 168 in termini di mera vicenda sospensiva del processo esecutivo pendente ha costituito un passaggio indispensabile per addivenire alla conclusione che, sfociata la procedura concordataria in fallimento, quest'ultimo potrebbe far propri gli effetti sostanziali del pignoramento eseguito su beni del debitore in momento precedente la pubblicazione della domanda di concordato: ciò che, evidentemente, non sarebbe consentito ove da quella domanda scaturisse l'estinzione del processo di esecuzione e, quindi, la vanificazione degli effetti del suo atto introduttivo. Che la presentazione della domanda di concordato non produca l'estinzione del processo esecutivo quanto la sua sospensione *ope legis*, in vista di una sua possibile prosecuzione per il caso in cui la procedura concordataria non sia omologata o, comunque, s'interrompa prematuramente e non sia dichiarato, in sua vece, il fallimento, costituisce un *tòpos* anche della più recente elaborazione dottrinale: cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 307; SANDULLI-D'ATTORRE, *Manuale*, cit., p. 236; ARATO, *op. cit.*, p. 3398; ZUINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e «divieto» di*

Se può darsi come assodato che l'esecuzione individuale sorpresa *in itinere* dalla domanda di ammissione al concordato del debitore non è per ciò stesso condannata a morte prematura, egualmente non si sono offerti motivi per dubitare di ciò, che la procedura concorsuale così intrapresa ben possa profittare degli effetti sostanziali, originariamente spiegantisi a favore del solo creditore precedente, generati dall'atto introduttivo di quell'esecuzione medesima. Avverso questa prospettiva si è levata, nella recente dottrina, un voce che ha fatto leva, al riguardo, sulla considerazione che la procedura concordataria non sarebbe in alcun modo riguardabile alla stregua di esecuzione collettiva⁽⁵⁶⁾. L'argomento potrebbe certo avere una sua concludenza a ragionare nei termini, echeggianti l'insegnamento della Cassazione sulla questione speculare dell'estensione degli effetti del pignoramento a beneficio della massa fallimentare⁽⁵⁷⁾, dell'assorbimento dell'esecuzione individuale in quella collettiva: giacché è evidente che di ciò non si potrebbe parlare dove manchi un'esecuzione collettiva in cui quella individuale possa rimanere assorbita. Ma per chi, come l'autore di queste note, ritenga che la possibilità, per la massa, di lucrare i frutti dell'iniziativa del singolo creditore debba necessariamente passare attraverso il subingresso dell'organo rappresentativo della stessa nell'esecuzione individuale pendente⁽⁵⁸⁾, allora le cose cambiano, perché il problema non è più quello della sussistenza di un'esecuzione collettiva in cui quella individuale possa restare assorbita, bensì quello dell'ammissibilità di detto subingresso da parte del commissario preposto alla procedura

azioni esecutive, in questa *Rivista*, 2014, I, p. 753 ss. (cui pure si rinvia per le pertinenti considerazioni in ordine a tempi e modi, desunti in via di interpretazione analogica dell'art. 627 cod. proc. civ., della riassunzione dell'esecuzione in ipotesi di definizione anticipata, senza fallimento, del concordato); SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 181 (secondo cui la procedura esecutiva si estinguerebbe solo se al concordato seguisse il fallimento); GIORDANO, *Effetti della domanda di concordato sulle procedure esecutive e cautelari pendenti*, in *www.ilfallimentarista.it*, 10 gennaio 2014, §§ III ss.; TRENTINI, *op. cit.*, p. 331; STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, pp. 147 s. e 166; MASI, *op. cit.*, § II. *Contra*, assumendo che la permanenza, sul bene che ne sia stato colpito, del vincolo di pignoramento sarebbe d'ostacolo alla continuità aziendale ed alla cessione del bene medesimo, SPADARO, *op. cit.*, p. 70, il quale però, così argomentando, dimostra di trascurare come quel vincolo debba considerarsi inopponibile alla massa e a chi se ne renda aggiudicatario.

⁽⁵⁶⁾ Così TRENTINI, *op. cit.*, p. 335 s.

⁽⁵⁷⁾ V., da ultima, Cass., 2 dicembre 2015, n. 25802, cit.; per un'accurata rassegna della precedente giurisprudenza sulla questione, si rinvia a R. POLI, *Inerzia del curatore subentrante nell'espropriazione singolare ex art. 107 l. fall. e conservazione degli effetti del pignoramento*, ne *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, cit., p. 1215 ss.

⁽⁵⁸⁾ MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., p. 653 ss.; e già *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, Padova, 1995, p. 271 ss.

di concordato: problema oggi suscettibile di soluzione affermativa, alla luce del comb. disp. dei novellati artt. 107, comma 6, e 182, ult. comma, legge fallim. ⁽⁵⁹⁾).

La recente giurisprudenza parrebbe riproporre una diversa questione: quella inerente al se, giunta a compimento la procedura espropriativa presso terzi con la pronuncia dell'ordinanza di assegnazione del credito pignorato *ex art. 553 cod. proc. civ.*, la sopravvenuta domanda di ammissione al concordato da parte del debitore principale valga a privare il creditore del diritto di promuovere l'esecuzione di quel provvedimento nei confronti del terzo *debitor debitoris* ovvero di trattenere le somme ricevute da quest'ultimo nel caso di pagamento cui lo stesso abbia spontaneamente provveduto (sempre, s'intende, a procedura concordataria in corso). Sul punto, come noto, la Cassazione, con sentenza 2 ottobre 2008, n. 24476 ⁽⁶⁰⁾, si era pronunciata in termini affermativi, assumendo che, se detto pagamento, comunque effettuato, non sarebbe privo di efficacia liberatoria nei confronti del *solvens*, al tempo stesso, però, il creditore *accipiens*, sarebbe tenuto a restituire alla massa quanto indebitamente percepito.

Nella stessa direzione, con pronuncia del 4 febbraio 2014 riprodotte pressoché alla lettera, anche nella parte relativa all'efficacia liberatoria del pagamento nei confronti del *debitor debitoris*, il *dictum* della S.C., si è oggi espresso il Tribunale di Livorno ⁽⁶¹⁾. Ma di diverso avviso si è mostrata la coeva T.A.R. Toscana Firenze, 5 marzo 2014 ⁽⁶²⁾, a tenore della quale il divieto dell'art. 168 legge fallim. «non si applica al giudizio di ottemperanza promosso [evidentemente, sulla base dell'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*] non già nei confronti del debitore, ma nei confronti del terzo pignorato». E tale diverso indirizzo ha poi trovato conferma in Cass., 7 giugno 2016, n. 11660 (ord.), la quale, riprendendo la posizione su cui esso giudice di legittimità già era venuto ad attestarsi con la pronuncia n. 26036 del 29 novembre 2005 ⁽⁶³⁾, ha decretato che «la

⁽⁵⁹⁾ MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., p. 656 s. Nel senso, qui accolto, dell'estensione degli effetti del pignoramento a favore di tutti i creditori concorsuali, v. pure, ferma l'alterità dei rispettivi percorsi argomentativi, FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 629; ARATO, *op. cit.*, p. 3398.

⁽⁶⁰⁾ Vedila in *Fallimento*, 2009, p. 24, con oss. di LA TORRE.

⁽⁶¹⁾ La sentenza può consultarsi grazie al sito www.ilcaso.it; e v. pure, in dottrina, SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 182.

⁽⁶²⁾ Pronuncia parimenti visionabile in www.ilcaso.it.

⁽⁶³⁾ Alla quale s'era poi allineata Cass., 19 marzo 2009, n. 6690. In questa stessa direzione, v. pure TRENTINI, *op. cit.*, p. 329.

norma di cui all'art. 168, comma 1, legge fallim.,...non può ritenersi legittimamente applicabile anche al pagamento del terzo pignorato effettuato in adempimento dell'ordinanza di assegnazione del credito»: e questo perché «il procedimento di concordato preventivo non prevede, di fatto, la possibilità di revocatorie o di azioni ai sensi dell'art. 44 legge fallim., e nemmeno è fornito di un ufficio abilitato ad agire in tal senso,... sicché il pagamento di un debito preconcordatario deve ritenersi in sé legittimo, in quanto atto di ordinaria amministrazione, purché non integri l'ipotesi di un atto "diretto a frodare le ragioni dei creditori" e, quindi, sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, comma 2, e revocabile in forza dell'art. 167, comma 2»⁽⁶⁴⁾.

Come sopra lasciato intendere, il contrasto di giurisprudenza che così viene a delinarsi è forse più apparente che reale. Ed invero, come rilevato dalla stessa Suprema Corte nel suo ultimo arresto in materia, nel caso deciso dalla precedente Cass. n. 24476/2008, l'ordinanza di assegnazione del credito pignorato era intervenuta in momento *successivo* alla presentazione della domanda di concordato da parte del debitore esecutato: sì che ben poteva parlarsi, allora, di somme indebitamente percepite, in quanto versate in ottemperanza a un provvedimento da qualificarsi illegittimo, poiché emesso in situazione di sospensione *ex lege* della procedura esecutiva cui esso medesimo apparteneva⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Consonante con questa posizione giurisprudenziale, GIORGETTI, *Automatic stay e procedura esecutiva individuale già iniziata ante concordato*, in www.ilfallimentarista.it, 11 gennaio 2017.

⁽⁶⁵⁾ A suggello della ricognizione sull'argomento, può darsi conto della riaffermazione di alcuni consolidati principi che allo stesso afferiscono: così, per l'improcedibilità *ex art. 168 legge fallim.* della procedura esecutiva pendente quale possibile oggetto di rilievo nelle forme dell'ordinanza *ex art. 487 cod. proc. civ.* del giudice dell'esecuzione, a ciò abilitato a provvedere tanto *ex officio* come a séguito d'istanza di parte ai sensi del prec. art. 486, cfr. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25802, cit.; ZIINO, *Domanda di ammissione*, cit., p. 754; TRENTINI, *op. cit.*, p. 332; e per la rilevabilità d'ufficio della nullità degli atti posti in essere a dispetto di quella situazione d'improcedibilità, FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 629; SANDULLI-D'ATTORRE, *Manuale*, cit., *loc. cit.*; ARATO, *op. cit.*, p. 3398. La classica tesi per cui, ad onta di quello che dice la legge, la sanzione applicabile a quegli atti non dovrebbe essere quella della nullità, bensì la mera inefficacia relativa ai soli creditori concorsuali (BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, p. 244 s.; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2^a ed., Padova, 1994, p. 632), è stata rinverditata da ZIINO, *op. cit.*, p. 753: ma in nome di ragioni, attinenti all'esorbitanza della sanzione della nullità rispetto ai fini perseguiti dalla norma, la cui inanità a mettere in discussione i dati emergenti dalla *littera legis* credo di aver messo a nudo nel mio precedente studio sull'argomento (MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 658 s.; sulla congruità agli scopi del divieto della sanzione della nullità prevista per le sue violazioni, v. comunque SPADARO, *op. cit.*, p. 70).

6. La dimensione temporale degli effetti di protezione.

Con pronuncia datata 11 novembre 2014, il Tribunale di Monza ha statuito che, «se, a séguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato, intervenga una sentenza dichiarativa di fallimento, l'efficacia di tale sentenza retroagisce alla data di presentazione della domanda, e così tutti i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, commi 1 e 2, 69, legge fallim., nel senso disposto dall'art. 69-bis, 2° comma, stessa legge, e così pure [ecco l'aspetto che qui preminentemente interessa] l'effetto ex art. 168, comma 3, ult. parte, legge fallim. [leggi: l'inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato]»⁽⁶⁶⁾. La conclusione è tratta a guisa di corollario del dogma della consecuzione delle procedure, così come declinato dalla Suprema Corte con riguardo alla fattispecie, ivi tenuta presente, dell'apertura del fallimento all'esito del rigetto come inammissibile della domanda di concordato⁽⁶⁷⁾. Ma se si può riconoscere che, in nome di questo costrutto, sia consentita la decorrenza retroattiva, ossia, appunto, a far data dall'istanza di ammissione al concordato, degli effetti della sentenza di fallimento, non vedo proprio come si possa, su quella stessa base, affermare la sopravvivenza in sede fallimentare di quelli che sono invero gli effetti – secondo quanto ritengo, a suo tempo, di aver dimostrato⁽⁶⁸⁾ – di un provvedimento, come quello di ammissione al concordato preventivo ex art. 163 legge fallim., mai, nella specie, venuto alla luce. Per suffragarne l'operatività anche a livello e beneficio della procedura fallimentare apertasi in luogo, e non in successione, di/a quella concordataria, occorrerebbe sconfessare la tesi appena richiamata e provare, in sua vece, che di effetti direttamente imputabili alla domanda di concordato si tratterebbe e non, come testé postulato, al successivo provvedimento di ammissione. Nulla, però, si dice al riguardo nella segnalata pronuncia del tribunale brianzolo: il che mi permette di ribadire il giudizio critico (logicamente, per la sola

⁽⁶⁶⁾ Il provvedimento può leggersi consultando il sito www.ilcaso.it.

⁽⁶⁷⁾ Il riferimento è, in particolare, a Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1561, annotata da MARINUCCI, *Sopravvivenza del principio della consecuzione tra procedure concorsuali*; e in *Fallimento*, 2011, p. 30, con nota di BOSTICCO, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*.

⁽⁶⁸⁾ Facendo leva sulla considerazione che, essendo destinati a protrarsi sino all'omologazione, con provvedimento non più impugnabile, dell'accordo concordatario, tali effetti vanno intesi come effetti legati alla pendenza della procedura in cui quell'accordo figura inserito: onde la necessità di individuarne la fattispecie genetica nell'atto idoneo a determinare detta pendenza, che non è la domanda di concordato – alla cui iscrizione nel registro delle imprese quegli effetti, semplicemente, retroagiscono –, bensì il successivo provvedimento di ammissione (MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 662 ss.).

parte relativa alla sorte nel fallimento degli effetti *ex art.* 168, comma 3, ult. periodo), senza alcunché dover aggiungere a conferma e riprova dell'assunto, qui riaffermato, della scaturigine giudiziale degli effetti *de quibus* ⁽⁶⁹⁾.

A una valutazione nel merito della soluzione concretamente proposta, non ritengo, viceversa, di dover procedere con riguardo ad altra pronuncia che pur presenta una diretta attinenza alle presenti questioni, come l'ordinanza del Tribunale di Forlì del 3 novembre 2015 ⁽⁷⁰⁾, la quale, al cospetto di una fattispecie che aveva registrato la proposizione, da parte del medesimo debitore, di due domande di concordato, la prima, accolta con provvedimento di ammissione dipoi revocato ai sensi dell'art. 173 legge fallim., e la seconda, intervenuta a quasi un anno di tempo dal decreto di revoca, ha escluso che le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la prima domanda potessero considerarsi inefficaci, giusta le previsioni dell'art. 168, comma 3, legge fallim., nell'ambito della procedura successivamente avviata. La soluzione è scaturita, infatti, da una meditata presa di posizione su un tema, come quello della consecuzione tra procedure concorsuali ⁽⁷¹⁾, che trascende palesemente i confini di questo lavoro e che, al fine di stabilire con sicurezza da quando gli effetti in questione abbiano a prendere data, in quella come in ogni altra ipotesi in cui, all'apertura senza successo di una procedura concordataria, segua l'avvio di una nuova procedura, in nessun modo può essere bypassato ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Volgendo lo sguardo alla più recente letteratura, il concetto appare invero respinto, da TRENTINI, *op. cit.*, pp. 325 e 332, che parla di effetti della domanda risolutivamente condizionati. Mentre nella preferibile direzione della diretta discendenza di tali effetti dal decreto di apertura del concordato, si è pronunciato CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 222, il quale, però, non ne ha tratto le debite conseguenze con riguardo alla fattispecie in esame del diniego di quel decreto con annessa apertura del fallimento, assumendo – in termini che, per vero, abbisognerebbero di miglior puntualizzazione – che a favore della trasmissione di quegli effetti alla procedura fallimentare deporrebbe la considerazione «che il legislatore, con il d.l. n. 83/2012, ha dettato una più ampia disciplina anche degli effetti sostanziali della fase pre-concordataria».

⁽⁷⁰⁾ Vedila in *Fallimento*, 2016, p. 774, con nota critica di POTOTSCHNIG, *Consecuzione tra procedure concorsuali e nuovi scenari applicativi nella stagione riformatrice*.

⁽⁷¹⁾ I cui estremi, nella specie, si sono reputati insussistenti, *in primis*, sulla base di un'opzione di principio per cui non sarebbe ipotizzabile consecuzione tra due procedure concordatarie in assenza di una successiva dichiarazione di fallimento, e, in secondo luogo, per la presenza di una serie di elementi di discontinuità tra le procedure medesime, primo fra i quali il considerevole intervallo di tempo che ha separato la chiusura dell'una dall'apertura dell'altra, che avrebbe portato ad escludere la configurabilità di quel nesso di continuità causale tra le medesime che rappresenta, del principio di consecuzione, il fondamentale presupposto di applicabilità.

⁽⁷²⁾ Come dimostra, meglio di ogni altro, il citato commento critico di Pototschnig, che

Venendo di séguito al più dibattuto profilo del limite cronologico *finale* dei divieti di protezione in oggetto, fissato dalla legge in coincidenza del momento in cui il decreto di omologazione del concordato abbia a divenire definitivo, è da dire come anche nel più recente periodo abbia trovato riscontri l'assunto secondo cui tali divieti si protenderebbero ben oltre quel segno, sino a coprire l'intera fase delle operazioni di esecuzione del piano concordatario⁽⁷³⁾. Decisamente recessiva si appalesa però questa tesi rispetto a quella – che unanimi consensi ha registrato nella letteratura dello stesso periodo⁽⁷⁴⁾, lasciando al contempo precise tracce nella giurisprudenza⁽⁷⁵⁾ – che i divieti *ex art. 168 legge fallim.* vuole effettivamente destinati a venire meno con la sopravvenuta definitività del provvedimento di omologazione, senza, per questo, lasciare esposto il patrimonio del debitore ai poteri d'aggressione dei creditori, stante il contestuale innesco, *ex art. 184 legge fallim.*, dei vincoli promananti dagli accordi di concordato e dei limiti che questi pongono alle ragioni di diritto sostanziale dei

dalle conclusioni cui il giudice forlivese è approdato in punto di decorrenza dell'inefficacia delle ipoteche *ex art. 168, comma 3*, si è risolutamente discostato muovendo proprio da un'opposta visione estensiva del fenomeno della consecuzione, tale da includere anche la fattispecie su cui detto giudice si è pronunciato negando che il fenomeno ivi potesse trovare cittadinanza. Andando di contrario avviso a quanto professato in argomento dallo scrivente (MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 673) e richiamandosi a un non recentissimo precedente giurisprudenziale (Cass., 26 giugno 2001, n. 8739, in *Fallimento*, 2002, p. 817), hanno sostenuto che, dal novero dei soggetti legittimati a dedurre in giudizio l'inefficacia delle suddette ipoteche, andrebbe espunto il debitore concordatario, ARATO, *op. cit.*, p. 3399; STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, p. 169 (e v. pure, a p. 147, per un'identica soluzione quanto ai diritti di prelazione acquistati in corso di procedura sulla base di atti non autorizzati, la cui inefficacia è sancita nella prima parte dell'art. 168, comma 3, legge fallim.); ma nell'opposta e qui preferita direzione, cfr. CENSONI, *op. cit.*, p. 216.

⁽⁷³⁾ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 1329, con nota cit. di Penta; App. Milano, 8 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*, peraltro con riguardo a concordato con cessione dei beni ai creditori, dove la persistenza dei vincoli dell'art. 168 oltre il limite formalmente tracciato dalla legge costituisce dato sostanzialmente acquisito (per indicazioni in proposito, v. MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 666, nt. 100; sul punto v., da ultimi, MARZO, *Il limite temporale al divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, in *www.il-fallimentarista.it*, 27 aprile 2016, § V, ad opinione del quale anche in quest'ultima ipotesi l'omologazione del concordato dovrebbe restituire ai creditori il diritto di agire *in executivis* contro il debitore, ove si abbia riguardo ai beni di cui il piano concordatario non abbia a prevedere la cessione; DI IULIO, *op. cit.*, § X; Trib. Bari, 22 settembre 2016, in *DeJure*).

⁽⁷⁴⁾ FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 625; SANDULLI – D'ATTORRE, *Manuale*, cit., *loc. cit.*; ARATO, *op. cit.*, p. 3397; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 307; PENTA, *op. cit.*, p. 1337; PIRISI, *L'omologazione del concordato preventivo*, in CAGNASSO – PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, cit., p. 3720; SPADARO, *op. cit.*, p. 70 s.; MARZO, *op. cit.*, § IV.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Trib. Prato, 20 luglio 2016, in *Fallimento*, 2017, p. 65, con nota cit. di Spadaro.

creditori medesimi, vuoi sul piano quantitativo vuoi su quello delle modalità e termini del loro esercizio.

Scontato che ad esecuzione, una volta maturate le condizioni per agire in tal senso, non possano comunque essere portati crediti che siano oggetto di contestazione giudiziale non ancora definita con provvedimento non più impugnabile⁽⁷⁶⁾, si è altresì sostenuto che, in virtù degli effetti novativi che il concordato produce sulle obbligazioni che ne siano coinvolte, «i creditori debbono precostituirsi un titolo da far valere sul patrimonio separato che si può fondare solo sull'inadempimento del concordato»: detta altrimenti, «il titolo che si era formato in precedenza non è più sufficiente perché ad esso va accompagnato un titolo dimostrativo dell'inadempimento»⁽⁷⁷⁾.

Sul punto può convenirsi nei limiti in cui si tratti effettivamente di concordato con effetti novativi⁽⁷⁸⁾: ché nelle ipotesi in cui l'obbligazione originaria abbia a restare, seppur falciata, in vita (come avviene, paradigmaticamente, quando si discorra di concordato a carattere meramente remissorio⁽⁷⁹⁾), pretendere che il creditore debba munirsi di un apposito titolo giudiziale che consacri l'intervenuto inadempimento degli impegni assunti in sede concordataria, non sembra compatibile con i principi che governano l'istituto del titolo esecutivo e i suoi requisiti contenutistici⁽⁸⁰⁾.

7. La sorte degli effetti protettivi nel caso di mancata apertura della procedura concordataria alla scadenza del termine assegnato per l'integrazione della domanda "in bianco".

Il problema sommariamente tratteggiato in epigrafe⁽⁸¹⁾ attiene, innanzitutto, all'eventualità che, entro il termine concesso dal tribunale, a mente

⁽⁷⁶⁾ Potendosi al più discutere circa il fondamento normativo di tale principio, se arguibile dal comb. disp. degli artt. 136, comma 2, e 185, comma 2, legge fallim. (così Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2015, cit.) oppure assumendo come principio generale del sistema delle procedure concorsuali quanto sancito per il fallimento dagli artt. 113, comma 3, e 117, comma 2, dello stesso testo di legge (PENTA, *op. cit.*, 1334).

⁽⁷⁷⁾ FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 625 s.

⁽⁷⁸⁾ Per questa puntualizzazione, v. MARZO, *op. cit.*, ult. §.

⁽⁷⁹⁾ MARZO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁰⁾ Mai, invero, la legge pretende che, dove il diritto di procedere ad esecuzione forzata per la realizzazione di un certo diritto sia subordinato al vano decorso di un termine (come è, fondamentalmente, nella fattispecie in rassegna), il titolo esecutivo debba racchiudere l'accertamento che quel termine è effettivamente trascorso senza che l'obbligazione sia stata regolarmente adempiuta: cfr., per ogni altro, LUISO, *Diritto processuale civile*, VII ed., III, Milano, 2013, p. 36.

⁽⁸¹⁾ Nessun problema si pone, viceversa, per il caso in cui il giudice abbia rifiutato

del novellato art. 161, comma 6, legge fallim., ai fini dell'integrazione della domanda di concordato proposta "con riserva" (ossia, e appunto, "in bianco"), il debitore, avvalendosi della facoltà riconosciutagli dal secondo periodo dello stesso art. 161, comma 6, deposita la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti intercorso con i suoi creditori ai sensi dell'art. 182-*bis* legge fallim. Dove il problema si atteggia specificamente nei termini dell'interrogativo se, all'atto di quella "passerella", abbiano o meno a disperdersi, ovviamente per il periodo che precede il deposito dell'accordo e della relativa istanza di omologa⁽⁸²⁾, gli effetti di protezione del patrimonio che la disciplina del concordato non abbia in comune con quella degli accordi *ex art. 182-bis*⁽⁸³⁾: *i.e.*, e rovesciando la direzione dell'interrogativo, se anche nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione verso cui la procedura innescata dalla domanda di concordato "in bianco" sia stata dirottata, la massa possa beneficiare *a)* dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti quella domanda; *b)* della nullità degli atti posti in essere in spregio ai divieti di agire *in executivis* o in via cautelare che dalla stessa domanda prendono data⁽⁸⁴⁾; *c)* dell'inefficacia dei diritti di prelazione concessi ai creditori con atto sprovvisto della necessaria autorizzazione giudiziale⁽⁸⁵⁾.

l'assegnazione del termine *de quo*: per l'inoperatività, nella fattispecie, degli effetti in rassegna, *v.*, in luogo di ogni altro, STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, 165 s.

⁽⁸²⁾ Chè, a partire da quel momento, sono soltanto gli effetti di protezione previsti per gli accordi di ristrutturazione a poter trovare applicazione: *cfr.* BARBIERI-NIRONI FERRARONI, *Brevi considerazioni in tema di "conservazione degli effetti" tra preconcordato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilfallimentarista.it, 13 maggio 2014, § 2.

⁽⁸³⁾ Il problema, a rigore, si pone anche per gli effetti protettivi – leggi: divieto di agire *in executivis* e in via cautelare – che le due procedure hanno tra loro "in condivisione": ma si tratta di questione dal significato puramente teorico, dal momento che anche ad ammettere (come, personalmente, continuo a ritenere: *v. infra*) che detta passerella comporti la rimozione *ex tunc* degli effetti che la legge ricollega all'istanza di concordato "in bianco", si avrebbe comunque la decorrenza a far data da quell'istanza medesima degli effetti che la legge annette alla richiesta di omologa dell'accordo di ristrutturazione (MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 677), sì che gli effetti comuni alle due procedure avrebbero in ogni caso a coprire la fascia temporale di cui s'è detto nel testo.

⁽⁸⁴⁾ Laddove la disciplina degli accordi di ristrutturazione sembra doversi interpretare nel senso che la violazione di quei divieti debba essere sanzionata nei termini dell'inefficacia, a carattere transitorio o non necessariamente definitivo, degli atti che ne siano scaturiti (MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, p. 157 ss.).

⁽⁸⁵⁾ Mentre la rete protettiva stesa intorno agli accordi di ristrutturazione intercetta soltanto le prelazioni qualificabili come non concordate (*cfr.* l'art. 182-*bis*, commi 3, 6 e 7, legge fallim.).

Di una risposta affermativa ai quesiti appena articolati constano, invero, riscontri anche nel più recente periodo⁽⁸⁶⁾. Ma le argomentazioni spese al riguardo non sembrano cogliere nel segno e mi lasciano, pertanto, fermo sul convincimento, di segno contrario, precedentemente acquisito sul punto. Così, ben si è detto che «il passaggio dal concordato con riserva agli accordi è stato previsto allo scopo di consentire una tutela anticipatoria del debitore, per dargli tempo e modo di elaborare una proposta di soluzione della crisi e, in tale prospettiva, il legislatore ha ritenuto che l'esito del percorso potesse essere indifferentemente il concordato come gli accordi»⁽⁸⁷⁾. Ma a soddisfare le esigenze che il legislatore in questo modo avrebbe avuto presenti, è sufficiente la retrodatazione, al momento della pubblicazione della domanda di concordato “in bianco”, degli effetti protettivi degli accordi, senza bisogno di dar modo a chi, sin dall'inizio, abbia in animo di concludere un accordo di quel tipo e, magari, già si stia adoperando in tal senso, di lucrare, grazie all'*escamotage* della presentazione di detta domanda, i più ampî effetti protettivi del concordato⁽⁸⁸⁾. Certo, è giusto «offrire un ombrello protettivo al debitore al fine di consentirgli di disporre del tempo necessario onde individuare la migliore soluzione negoziale della crisi in cui versa»⁽⁸⁹⁾: ma una volta che la scelta sia stata effettuata, la protezione che ne consegue, anche in chiave retrospettiva, non può che essere quella conforme alla soluzione adottata, non a un'altra. E d'altro canto, se così non fosse, non resterebbe che prendere atto della fattuale cancellazione dal sistema dell'istituto dei cc.dd. pre-accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, commi 6 e 7, legge fallim., visto che a quel punto, per il tramite del concordato “in bianco”, non solo sarebbe consentito ottenere in guisa pressoché automatica quella protezione anticipata del patrimonio del debitore che, nel sistema dei pre-accordi, è subordinata a una discrezionale valutazione del giudice, ma, addirittura, ad essere in quel modo anticipata sarebbe una protezione più incisiva ed a più ampio raggio di quella giudizialmente conseguibile.

L'interprete è altresì tenuto a misurarsi con la distinta eventualità del vano decorso del termine assegnato a norma dell'art. 161, comma 6, legge fallim., come è a dirsi allorché risulti, alla relativa scadenza, che il debitore né abbia provveduto all'integrazione della domanda di concordato né al

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Trib. Verona, 28 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*; CENSONI, *op. cit.*, p. 112 s.; TRENTINI, *op. cit.*, pp. 320 s. e 337.

⁽⁸⁷⁾ TRENTINI, *op. cit.*, p. 320.

⁽⁸⁸⁾ Per analoghe considerazioni, BARBIERI -NIRONI FERRARONI, *op. cit.*, ult. §.

⁽⁸⁹⁾ Ancora TRENTINI, *op. cit.*, p. 337.

deposito, in alternativa, di un accordo di ristrutturazione dei debiti, con annessa richiesta di omologa dello stesso. A ciò può conseguire la dichiarazione di fallimento del debitore rimasto inerte ovvero quella che potrebbe considerarsi una sorta di suo ritorno *in bonis*. Lasciando per il momento in disparte la prima ipotesi, soffermiamoci sulla seconda.

Scontato che, a partire dal momento in cui il predetto termine debba considerarsi spirato, gli effetti di protezione innescati dalla domanda di concordato “in bianco” verrebbero senz’altro meno, il problema è se essi vengano meno con decorrenza *ex tunc*, come, personalmente, ho già avuto modo di sostenere⁽⁹⁰⁾, oppure soltanto *ex nunc*. Secondo una recente dottrina, necessario, in proposito, è distinguere tra effetti anticipati del concordato preventivo incompatibili con gli accordi di ristrutturazione ed effetti anticipati comuni a concordato e accordi. E ciò in quanto: mentre i primi avrebbero una valenza meramente prenotativa di quelli propri della procedura concordataria, sì che, ove questa e i relativi effetti non dovessero poi vedere la luce, quella prenotazione perderebbe ogni ragion d’essere e gli effetti spiegatisi a detto titolo dovrebbero correlativamente dissolversi *ex tunc*; i secondi, privi di quella valenza prenotativa, andrebbero riguardati come effetti propri della procedura di concordato “in bianco”, destinati ad esaurirsi con l’esaurimento di questa ma, al contempo, indifferenti a quello che dovesse venire dopo e come tali, per il più o meno breve ciclo della loro esistenza, stabili, ossia insuscettibili di venir meno *ex tunc*, bensì solamente *ex nunc*⁽⁹¹⁾.

Il costrutto è, indubbiamente, suggestivo, ma mostra di non tenere nel debito conto il fatto che il regime di segregazione patrimoniale indotto dai divieti, di azione esecutiva e cautelare, che qui verrebbero in gioco non è funzionale alle esigenze ed agli scopi propri della procedura di pre-concordato (ammesso che questa possa effettivamente riguardarsi come procedura a se stante), bensì alle esigenze ed agli scopi degli strumenti di composizione negoziale dell’insolvenza destinati a venire successivamente in essere: sicché, ove nessuno, poi, di quegli strumenti dovesse perfezionarsi e prendere vita, quel regime risulterebbe automaticamente, sia pure *a posteriori*, del tutto privo di giustificazione e non si vede proprio, a quel punto, per qual motivo se ne dovrebbero perpetuare gli effetti⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., p. 677 s. E v. pure, nell’ultimo periodo, CENSONI, *op. cit.*, p. 113; Trib. Terni, 27 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁹¹⁾ STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, pp. 94 s. e 166.

⁽⁹²⁾ Nel senso, ovviamente, non di perpetuare la vigenza di quei divieti oltre il limite

Identiche conclusioni valgono poi quanto all'ipotesi, dapprima considerata, in cui, al vano decorso del termine *ex art.* 161, comma 6, legge fallim., abbia a seguire, senza sostanziale soluzione di continuità, la dichiarazione di fallimento. Anche qui gli effetti di protezione patrimoniale legati all'istanza di pre-concordato sono indiscriminatamente condannati a venire meno con portata *ex tunc*⁽⁹³⁾, salva naturalmente, in quanto siano ravvisabili gli estremi della consecuzione tra procedure, la retroattività alla data di quell'istanza degli effetti della sentenza di fallimento.

ABSTRACT: This paper aims to give a general view of the latest doctrinal and jurisprudential debate about the protection of the estate devolved to the composition with creditors. A particular attention is given to the issue if the stay concerns the actions on capital goods not belonging to the debtor.

temporale anzidetto, bensì di perpetuare le conseguenze della loro violazione nel periodo in cui erano vigenti, continuando così a reputare affetti da nullità gli atti scaturiti da quella violazione e imponendone, conseguentemente, la reiterazione.

⁽⁹³⁾ *Contra*, logicamente, STAUNOVO POLACCO, *op. cit.*, p. 167 s.

GIUSEPPE FAUCEGLIA

Professore ordinario di Diritto Commerciale nell'Università di Salerno

DISCIPLINA CONCORSUALE E ART. 110 DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Abstract: L'art. 110 del Nuovo Codice degli Appalti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016) tenta di colmare una lacuna evidente in tema di coordinamento tra la disciplina dell'appalto pubblico e quella della crisi dell'impresa esecutrice, profilo caratterizzato dall'interferenza tra la disciplina concorsuale e quella del diritto amministrativo. La nuova disciplina intende dare attuazione ai principi rinvenuti nella Direttiva 2014/23/UE, finalizzata a consentire agli Stati membri, nell'ambito dei principi dettati dalle rispettive legislazioni nazionali, di ammettere la partecipazione alle gare di appalto anche alle imprese in crisi e di evitare che la dichiarazione di insolvenza ovvero l'accesso dell'imprenditore ad una procedura concorsuale possa configurare una causa automatica di scioglimento dei contratti. In questo contesto, le finalità prioritarie, che il legislatore ha inteso valorizzare, possono individuarsi nel risanamento e nella ristrutturazione, nonché nella prosecuzione dell'attività dell'impresa, al fine di promuovere la ripresa economica e la crescita sostenibile. Lo scritto affronta le novità e le contraddizioni che si registrano nella riforma, attraverso una lettura coordinata della disciplina concorsuale e della normativa di settore.

SOMMARIO: 1. Introduzione: le finalità dell'art. 110 del Codice degli Appalti. - 2. Fallimento e contratto di appalto pubblico nella disciplina concorsuale. - 3. Il contratto di appalto nel concordato preventivo. - 4. Le tutele dell'interesse pubblico. - 5. Il rapporto tra ANAC e Giudice delegato. - 6. I "contratti" di avvalimento.

1. Introduzione: le finalità dell'art. 110 del Codice degli Appalti.

L'art. 110 del Nuovo Codice degli Appalti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016) colma una lacuna, più parti avvertita, in tema di coordinamento tra la disciplina dell'appalto pubblico e quella della crisi dell'impresa esecutrice, profilo caratterizzato dall'interferenza tra la disciplina concorsuale e quella del diritto amministrativo. La nuova disciplina degli appalti pubblici, di cui al D.Lgs. n. 50/2016, intende dare attuazione alle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in particolare, nella parte che qui interessa, ai principi rinvenuti nella direttiva 2014/23/UE, finalizzata a consentire agli Stati membri, nell'ambito dei principi dettati dalle rispettive legislazioni nazionali, di ammettere la partecipazione alle gare di appalto anche alle imprese insolventi e di evitare che la dichiarazione di

insolvenza o l'accesso dell'imprenditore ad una procedura concorsuale possa configurarsi quale causa automatica di scioglimento dei contratti pubblici⁽¹⁾. In sostanza, il legislatore comunitario, in coerenza con i principi generali in tema di crisi dell'impresa, intende assicurare la conservazione delle "capacità" produttive, dando luogo ad un approccio non meramente liquidatorio, al fenomeno dell'insolvenza. In questo contesto, le finalità prioritarie diventano il risanamento e la ristrutturazione, nonché la prosecuzione dell'attività dell'impresa, al fine di promuovere la ripresa economica e la crescita sostenibile⁽²⁾.

Con riferimento alla disciplina dell'appalto pubblico, nel contesto della normativa sul fallimento, si viene affermando un quadro articolato, in ragione della circostanza che i più recenti interventi normativi hanno considerato la crisi dell'impresa come una manifestazione del rischio imprenditoriale, il cui esito finale resta quello dell'insolvenza, ma in un contesto caratterizzato dalla necessità di consentire l'emersione della crisi e la sua possibile soluzione (anche negoziale) nella prospettiva della continuità aziendale, profilo che, però, nella specie deve essere coordinato con l'assetto di interessi pubblici rinvenienti nella disciplina di settore. È opportuno evidenziare, però, che anche i più recenti interventi del Codice degli Appalti non hanno inciso sulla disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* legge fallim.), la cui finalità resta pur sempre caratterizzata dal superamento della crisi di impresa (e non è il caso di affrontare, in questa sede, l'altra problematica, pure connessa, ovvero se l'accordo di ristrutturazione configuri o meno una procedura concorsuale). Invero, la continuazione del rapporto può essere giustificata, anche in assenza di specifiche disposizioni, non solo nell'ipotesi di un accordo con contenuto meramente liquidatorio (ritenuto possibile in dottrina e in giurisprudenza), ma soprattutto nel caso in cui esso preveda la continuazione dell'attività di impresa, laddove, anche in ragione di possibili finanziamenti prededucibili *ex art. 182-quater* legge fallim., il profilo della prosecuzione del contratto pubblico resterebbe determinante per assicurare gli effetti di superamento della crisi, che il debitore si propone di conseguire.

(1) Sul tema: IMPARATO, *La crisi di impresa nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *www.ilcaso.it*, 23 gennaio 2017, 1; ATTANASIO, *Procedure concorsuali e Appalti pubblici*, in *Fallimenti e Società.it*, 2016.

(2) MACRÌ, *Misure di ristrutturazione e conservative nella Raccomandazione UE 14/135 nel Regolamento UE 15/848 e nel diritto italiano*, in *Fallimento*, 2015, 1049 ss.; DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, *ivi*, p. 1026 ss.

2. *Fallimento e contratto di appalto pubblico nella disciplina concorsuale.*

Un primo elemento di riflessione risiede nella disciplina generale delle sorti del contratto di appalto nel fallimento dell'appaltatore, laddove l'art. 81, comma 2, legge fallim., dispone che «*nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta comunque la prosecuzione del rapporto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto di opere pubbliche*». In sostanza, il comma 2 dell'art. 81 legge fallim., ha esplicitato, in maniera ancor più chiara che nella previgente disciplina⁽³⁾, la rilevanza delle qualità soggettive dell'appaltatore in relazione alla persistenza del rapporto contrattuale, prevedendo, nell'ipotesi di fallimento di quest'ultimo, lo scioglimento del rapporto negoziale, qualora le qualità soggettive dello stesso siano state motivo determinate (o determinanti) nel contratto. Pertanto, lo scioglimento del contratto di appalto non consegnerà automaticamente alla dichiarazione di fallimento dell'appaltatore, salvo l'ipotesi in cui l'essentialità delle "qualità soggettive" di quest'ultimo sia stata espressamente indicata nelle clausole del contratto; negli altri casi, sarà invece necessaria, per addivenire allo scioglimento del contratto, una dichiarazione del committente che evidenzi l'essentialità delle qualità soggettive dell'appaltatore, non solo nella prospettiva tipica dell'affidamento ma, soprattutto, in quella della corretta esecuzione delle opere. In questa peculiare ottica, la norma consente al committente la prosecuzione del rapporto, e tale facoltà potrà essere esercitata sia in riscontro alla dichiarazione del curatore di voler subentrare nel rapporto, sia in via autonoma⁽⁴⁾. In sostanza, già la disciplina del fallimento consente la prosecuzione del rapporto, preclusa solo laddove venga rilevata la qualità soggettiva dell'appaltatore, intesa come

⁽³⁾ GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Scialoja-Branca, sub. Art. 82-83, Bologna-Roma, 1979, 83.

⁽⁴⁾ DIMUNDO, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il Diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 263; RESTAINO, sub. Art. 81 l.fall. in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La Riforma della Legge Fallimentare*, Tomo I, Torino, 2006, p. 488; GALARDO, *Contratto di appalto e fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, t. II, Torino, 2009, p. 901 ss.; CAGNASSO-COSTANZA, sub art. 81, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, vol. I, Bologna, 2006, p. 1301 ss.; CAGNASSO-QUARANTA, *Appalto privato e pubblico*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. I, Torino, 2016, p. 1521 ss.; PLENTEDA, *Il contratto di appalto*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, vol. II, Torino, 2010, p. 897 ss.; MACARIO, *Appalto e associazione temporanea di imprese*, in DI MARZIO (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, p. 249 ss.

elemento determinante del contratto⁽⁵⁾. Vi è da evidenziare, però, come tale prospettiva sia rimasta incisa dalla normativa in tema di appalto di opere pubbliche (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni ed integrazioni; D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), recante i criteri e le modalità di qualificazione degli esecutori di opere pubbliche, e la peculiarità del rapporto contrattuale in oggetto era ben chiara allo stesso legislatore della riforma fallimentare, tanto che l'ultimo inciso del comma 2 dell'art. 81 legge fallim., fa espressamente salve le norme speciali in *subiecta materia*, e ciò con particolare riferimento all'art. 140, comma 1, codice lavori pubblici (modificato dall'art. 44, D.L. n. 201/2011, convertito in L. 23 dicembre 2011, n. 214), secondo il quale le stazioni appaltanti avrebbero dovuto prevedere nel bando di gara, in caso di fallimento dell'appaltatore, la possibilità di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto per la prosecuzione dei lavori. Nel caso, poi, del fallimento dell'impresa capogruppo di un'associazione temporanea di imprese, la pubblica amministrazione avrebbe potuto recedere dal contratto di appalto, con impossibilità per il curatore di subentrare nel rapporto, pure in costanza di prosecuzione dell'attività di impresa⁽⁶⁾, e ciò sempre che il committente non decida di proseguire il rapporto con altro operatore che sia costituito mandatario e che possieda i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o ai servizi o alle forniture ancora da eseguire (art. 37, comma 18, codice lavori pubblici). È opportuno precisare che nel predetto contesto normativo, la pubblica amministrazione committente, nell'ipotesi di associazione temporanea di imprese, non avrebbe potuto eseguire il pagamento del corrispettivo alla curatela dell'impresa capogruppo⁽⁷⁾, né avrebbe potuto pretendere alcun risarcimento dei danni⁽⁸⁾, e l'ipotesi di mancato collaudo dell'opera pubblica non avrebbe determinato l'improponibilità della domanda di insinuazione al passivo⁽⁹⁾. Invero, la preclusione in ordine alla prosecuzione del rapporto, rinveniente nella

⁽⁵⁾ LAZZARA, *Commento agli artt. 72 – 83 bis*, in SANTANGELI (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano 2016, p. 364.

⁽⁶⁾ Arg. ex art. 38, comma 1, codice dei lavori pubblici: APRILE, *Sub art. 81*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, p. 1104.

⁽⁷⁾ Cass., 15 gennaio 2000, n. 421, in *Fallimento*, 2001, p. 505; Cass., 30 luglio 2010, n. 17926, in *Fallimento*, 2001, p. 41.

⁽⁸⁾ Cass., 8 maggio 2008, n. 11485, in *Giust. civ.*, 2009, p. 187; diversamente nel caso in cui il procedimento per la richiesta risarcitoria sia stato introdotto prima del fallimento: App. Palermo, 30 marzo 1999, in *Fallimento*, 2000, p. 181; Trib. Milano, 12 dicembre 2002, in *Fallimento*, 2003, p. 686; Trib. Firenze, 23 aprile 2001, in *Gius.*, 2001, p. 2888.

⁽⁹⁾ Cass., 8 febbraio 2013, n. 3068, in *Fallimento*, 2013, p. 1341, con nota di Terenghi.

normativa appena ricordata, si poneva in contrasto con l'art. 104, commi 7 e 9, legge fallim., che ha introdotto la regola generale della prosecuzione indistintamente di tutti i contratti pendenti, ivi compresi quelli per i quali è sancito lo scioglimento *ex lege* in caso di fallimento⁽¹⁰⁾, ciò, però, non poteva consentire il superamento delle più rigide disposizioni in tema di appalto pubblico, laddove il D.Lgs. n. 163/2006 precludeva alla stazione appaltante pubblica di avere rapporti contrattuali con imprese dichiarata fallite, e tanto sia in virtù del carattere speciale della disciplina dei pubblici appalti sia in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo⁽¹¹⁾. Invero, in questo contesto, le criticità maggiori si sono manifestate non solo in relazione alla continuazione del contratto a seguito della dichiarazione di fallimento dell'appaltatore, ma pure in relazione alla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, posto che l'art. 38, comma 1, lett. a), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come modificato dall'art. 33, comma 2, D.L. n. 83/2012, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134), vietava la partecipazione alle procedure nonché l'affidamento di subappalti e la stipula dei relativi contratti ai «*soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo*», salvo il caso di cui all'art. 186-bis legge fallim.⁽¹²⁾ (di cui si dirà in seguito). Il contesto normativo poneva, pertanto, una serie di questioni difficilmente inquadrabili in un coerente quadro unitario, in ragione del contrasto sussistente tra la normativa fallimentare, che persegue finalità di conservazione del valore dell'impresa in "crisi" anche in costanza di una dichiarazione di insolvenza (ne resta manifestazione evidente proprio l'esercizio provvisorio), e quella della disciplina pubblicistica in tema di appalto, ispirata al principio secondo cui «*l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità*» (art. 2 Codice Appalti). Questa antinomia è, in parte, ora superata dall'art. 110, comma 3, secondo cui il curatore del fallimento, se

(10) Cass., 19 marzo 2012, n. 4303, in *Fallimento*, 2012, p. 1222, con nota di A. PATTI; PRESTI, *Sub art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1246; DIMUNDO, *Sub art. 104*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2013, p. 1000.

(11) Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, 22 gennaio 2008, parere n. 4575/2007, in *Urb. e app.*, 2008, 619; CARINGELLA, *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2000, p. 377.

(12) DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2015, I, 623 ss.

autorizzato all'esercizio provvisorio, su autorizzazione del Giudice delegato e sentita l'ANAC, può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalti, nonché eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita. In tal modo, si tenta di delineare un quadro unitario della disciplina, con il riconoscimento del principio che la dichiarazione di fallimento non comporta in sé alcun fenomeno interruttivo del rapporto contrattuale, essendo previste opzioni diverse, sempre, però, ispirate all'esigenza di tutela dell'interesse pubblico.

3. *Il contratto di appalto nel concordato preventivo.*

Differente soluzione la problematica ha conosciuto nell'ambito del concordato preventivo, nell'ambito del quale regola generale resta la continuità dei contratti secondo le regole del diritto comune, ciò apparendo coerente con l'esercizio dell'attività di impresa, tendenzialmente mantenuto nel concordato, sia pure con le differenti modulazioni che lo strumento può concretamente assumere⁽¹³⁾. Nell'ipotesi di concordato preventivo dell'appaltatore, il contratto prosegue secondo le regole del diritto comune, e ciascuna delle parti resta tenuta all'adempimento delle proprie prestazioni, potendosi avvalere delle eccezioni e delle azioni a propria tutela in caso di inadempimento della controparte; nell'ipotesi, invece, in cui venga richiesta e concessa la sospensione o lo scioglimento del rapporto valgono le regole di cui all'art. 169 *bis* legge fallim.⁽¹⁴⁾, con eccezione di quanto sarà esposto di seguito. In tema di appalto di opere pubbliche, l'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice degli Appalti prevedeva per la sola ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale (art. 186 *bis* legge fallim., come introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. h), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134) la possibilità di partecipare alle procedure di affidamento, escludendola per tutte le altre fattispecie concordatarie (in particolare, per quella di tipo liquidato-

⁽¹³⁾ A. PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Milano, 2014, p. 97 ss., il quale critica quell'impostazione tendente a limitare gli effetti della continuazione, ricorrendo alla disposizione rinveniente nell'art. 167 legge fallim., in relazione alla distinzione tra atti di straordinaria e di ordinaria amministrazione, ritenendo che nel caso di rapporti pendenti, laddove occorre dar luogo alla mera esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, deve discutersi solo dell'adempimento quale atto dovuto, come manifestazione dell'attività semplicemente attuativa del debitore.

⁽¹⁴⁾ CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; FIMMANÒ, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, *Quaderni della Gazzetta Forense*, Napoli, 2016.

rio), nonché per l'imprenditore che "avesse in corso un procedimento per la dichiarazione di una delle situazioni" indicate dalla norma ovvero fallimento, liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo⁽¹⁵⁾. In questo contesto normativo, si discuteva se gli effetti preclusivi potessero estendersi anche all'ipotesi di mera presentazione della domanda di concordato in bianco o prenotativo (art. 161, comma 6, legge fallim.), posto che nella stessa non resta vincolante la eventuale indicazione del "tipo" di concordato che verrà successivamente depositato nei termini indicati dal Tribunale⁽¹⁶⁾. L'ANAC con Determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 (in G.U. serie gen. n. 114 del 19 maggio 2014) aveva ritenuto che qualora l'impresa non avesse presentato domanda di ammissione al concordato in continuità aziendale, i contratti pubblici in corso fossero destinati a risolversi, per il semplice effetto dell'apertura della procedura, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice dei contratti pubblici e preclusione alla partecipazione a gare pubbliche e al rinnovo della qualificazione (art. 38 stesso Codice, il quale faceva riferimento espresso alle imprese che si trovano in stato di concordato preventivo, salvo il caso dell'art. 186-*bis* legge fallim.). In questa prospettiva, l'Autorità riteneva che la semplice presentazione di una domanda di concordato prenotativo, stante l'assenza di un piano, non risultava idonea a permettere la prosecuzione del contratto e, a maggior ragione, la partecipazione alla gara, con conseguente soggezione dell'impresa al procedimento *ex* art. 40 comma 9-*ter* del Codice per perdita del corrispondente requisito e decadenza dell'attestazione. Tale posizione è stata successivamente modificata da una successiva Determinazione dell'ANAC, n. 5 dell'8 aprile 2015 (in G.U., serie gen., n. 97 del 28 aprile 2015), con la quale si è ritenuto che la presentazione del

(15) T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. Trieste, 24 novembre 2011, n. 543, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 3452, l'interpretazione letterale della norma risultava ostativa alla prosecuzione o all'esecuzione del contratto già al momento della presentazione del ricorso per accedere al concordato; anche Cons. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101, in *www.ilcaso.it*; altra opinione, invece, ravvisava l'ammissibilità dell'impresa alla gara sulla documentata istanza di concordato preventivo con continuità, con ciò valorizzando il principio del *favor participationis* e del risanamento aziendale, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. Trieste, 7 marzo 2013, n. 146, in *www.ilcaso.it*, successiva all'entrata in vigore dell'art. 186 *bis* legge fallim.

(16) Sul tema, è prevalsa l'opinione di maggior favore, nel senso dell'applicabilità della disciplina all'impresa che abbia formulato istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche con riserva, a condizione che venga dimostrata la conformità del piano e che un'altra impresa garantisca i requisiti e le risorse necessarie per la corretta esecuzione del contratto: Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6272, in *Fallimento*, 2014, p. 667; in relazione ai tempi richiesti per la ammissione e all'omologazione del concordato che esporrebbero la procedura di gara ad una durata non preventivabile: T.A.R. Aosta, 18 aprile 2013, n. 23, in *Foro amm. TAR*, 2013, 1097.

concordato in bianco con riserva espressa di produrre un piano recante la proposta di prosecuzione dell'attività di impresa, non costituisca causa di risoluzione del contratto pubblico, in quanto non sarebbe venuto meno – durante la pendenza del termine per la definitiva presentazione del piano – il requisito della qualificazione necessaria anche per l'esecuzione dell'appalto, come si evince dalla formulazione dell'art. 60, comma 2, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. In tal modo, accanto ai requisiti richiesti dall'art. 161, comma 6, legge fallim. per l'accesso al concordato in bianco, il legislatore speciale, per consentire all'impresa appaltatrice la prosecuzione del contratto pubblico, richiede un'ulteriore requisito, quello di specificare nella medesima domanda il "tipo" di concordato che avrebbe dovuto definitivamente presentare nei termini e con le modalità indicate dalla normativa concorsuale, ovvero un concordato in continuità.

Orbene, ora il comma 4 dell'art. 110 del Nuovo Codice, ("l'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC") considera, con esclusivo riferimento all'esecuzione dei contratti già stipulati, anche l'ipotesi del concordato liquidatorio o dell'impresa che abbia presentato domanda di concordato in bianco o prenotativo (senza specificazione della tipologia concordataria). Con la precisazione, però, che l'automatismo individuato dall'art. 186 *bis* legge fallim. sembrerebbe non trovare immediato riscontro nell'art. 110, comma 4, D.Lgs. n. 59/2016, e ciò perché quest'ultimo richiede l'autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, anche con riferimento all'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, la quale intenda dar luogo all'esecuzione dei contratti pubblici pendenti al momento dell'ammissione; e perché estende, sotto diverso profilo, la possibilità di continuare l'esecuzione dei contratti già stipulati, sempre previa autorizzazione del giudice delegato e sentita l'ANAC, anche all'impresa ammessa al concordato con cessione di beni. In questo contesto vengono ad essere ampliate finanche possibilità, non espressamente riconosciute dalla stessa normativa concorsuale⁽¹⁷⁾, in considerazione del possibile effetto della prosecuzione, sia pure nei limiti di autorizzazione innanzi detti, del contratto pubblico in corso.

Invece, resta sempre aperto il problema, connesso allo snodarsi della procedura concordataria, in ordine al momento in cui si verifica l'effetto

(17) PERRINO, *op. ult. cit.*, c. 306.

preclusivo escludente dalla gara l'impresa che opti per un concordato non in continuità, in ordine al quale non si ritiene che l'ammissione al concordato resti il dato temporale di riferimento, posto che in tal modo si verrebbe a produrre una situazione di incertezza ed indeterminazione anche temporale della stessa gara⁽¹⁸⁾, così configurando la necessaria cesura tra la fattispecie dell'esecuzione del contratto già in essere e quella diversa della partecipazione dell'impresa in concordato liquidatorio alle procedure di affidamento, che resterebbe comunque preclusa.

In sostanza, nel previgente contesto normativo, il fallimento e le procedure concorsuali aperte o la sussistenza della preventiva fase preliminare di accertamento, comportavano l'impossibilità di concorrere alle procedure di affidamento. Diversa si presentava, invece, la disciplina per il concordato in continuità, la cui conformazione normativa – per altro – espressamente esclude la risoluzione, per effetto dell'apertura della procedura, dei contratti in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso, ivi compresi quelli stipulati con pubbliche amministrazioni, così prevedendo l'inefficacia di eventuali patti contrari e la possibilità di continuazione dei contratti pubblici alle condizioni indicate dall'art. 186 *bis*, comma 3, legge fallim., ovvero in ragione dell'attestazione qualificata della conformità del piano al contratto in corso di esecuzione e della ragionevole capacità di adempiere ad esso⁽¹⁹⁾. Il tema dell'attestazione e del suo contenuto, in relazione alla capacità di adempimento dei contratti pubblici, alla stregua di un criterio prognostico *ex ante*, comporta che il professionista incaricato debba escludere la ricorrenza attuale e prospettica di circostanze tali da risultare incompatibili con il regolare adempimento del contratto ed idonee a configurare uno dei presupposti risolutivi indicati dall'art. 136, D.Lgs. n. 163/2006 («grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori»)⁽²⁰⁾. L'art. 13, comma 11-*bis*, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in L. 21 febbraio 2014, n. 9, ha aggiunto un nuovo comma 4 all'art. 186 *bis* legge fallim., prevedendo che «*successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal*

(18) DE SENSI, *op. ult. cit.*, 626-627.

(19) MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fallimento*, 2014, p. 674 ss.

(20) Cfr.: Cons. Stato, 18 aprile 2012, n. 2247, in *Foro amm. CDS*, 2012, 951, in relazione alla ricorrenza di tali requisiti non solo al momento della presentazione della domanda, ma in ogni fase successiva del procedimento ad evidenza pubblica, a tutela dell'affidamento della stazione appaltante sulle capacità tecnico-organizzative dei partecipanti alle procedure.

tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, in mancanza di nomina, provvede il tribunale» (21). La prevista possibile mancanza del commissario giudiziale escluderebbe implicitamente la necessità della preventiva ammissione definitiva al concordato (art. 163 legge fallim.), e consentirebbe di ritenere applicabile la disciplina anche per la fase del c.d. concordato in bianco o prenotativo, con riferimento all'ipotesi della continuità aziendale (v. ANAC Determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015); anche se non mancano perplessità, registrate in dottrina, in ordine alla compatibilità tra la domanda di concordato in bianco e la continuità aziendale (22). Con riferimento, poi, agli interventi normativi succedutisi nel tempo, è opportuno ricordare che il c.d. Decreto "Destinazione Italia", ha aggiunto all'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, il comma 3-bis, secondo cui «è sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscono l'affidatario, quali i mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'art. 93 del Regolamento di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura» (tale disposizione, che richiama la regolamentazione del pagamento dei crediti anteriori al concordato, art. 182-quinquies legge fallim., è stata ritenuta applicabile anche alla fase preconcordataria (23)).

La disciplina che si rinviene nel comma 3 dell'art. 110 ora conferma sostanzialmente il quadro normativo innanzi descritto, prevedendo che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale possa partecipare, su autorizzazione del giudice delegato e sentita l'ANAC, alle procedure di affidamento ed eseguire i contratti già stipulati: la norma, però, prevedendo espressamente la condizione che l'impresa sia già stata ammessa al concordato, esclude ogni interpretazione estensiva finalizzata ad applicare – ai fini della partecipazione alla gara – la disciplina alla fase di preconcordato, offrendo maggiore coerenza e certezza al quadro normativo di riferimento. In sostanza, proprio nel contesto dell'art. 186 bis,

(21) Sul tema: ATTANASIO, *op. ult. cit.*, 8, la quale intravede, in materia, un'abrogazione tacita per incompatibilità dell'art. 186 bis comma 4, legge fallim.

(22) LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015, p. 10 ss.

(23) Per la fase successiva all'omologazione: Cons. Stato, 19 aprile 2012, n. 2305, in *Diritto dei servizi pubblici.it*.

comma 3, legge fallim. si impone la necessità di considerare “centrale” l’attestazione, in termini di garanzia dell’esigenza di equilibrio e di fattibilità del piano: l’attestazione, infatti, oltre a riguardare la funzionalità del concordato in continuità rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori concordatari, deve necessariamente verificare la conformità del contratto pubblico al piano, ovvero la sua coerenza rispetto agli atti e ai pagamenti programmati, nonché la capacità tecnico-patrimoniale dell’imprenditore di dare esecuzione al contratto⁽²⁴⁾. Ed inoltre, posto che il concordato con continuità aziendale può anche prevedere l’affitto di ramo di azienda o la sua cessione, l’attestazione dovrà prendere in esame la riferibilità del contratto pubblico al ramo di azienda, con esplicitazione delle caratteristiche finanziarie e tecniche del soggetto “subentrante”, in termini di attestazione dei profili soggettivi dell’esecutore delle opere⁽²⁵⁾. Lo strumento dell’affitto di azienda appare, nel concreto, quello più proficuamente utilizzabile, consentendo di proseguire proficuamente l’attività dell’imprenditore fallito ed idoneo ad assicurare la corretta esecuzione del contratto, con ciò preservando anche le ragioni della stazione appaltante. Della continuazione dell’esecuzione dei contratti pubblici già stipulati beneficia, infatti, “in presenza dei requisiti di legge”, anche la società acquirente o conferitaria di azienda o di rami di azienda, cui i contratti siano stati trasferiti in virtù del concordato⁽²⁶⁾.

4. *Le tutele dell’interesse pubblico.*

Per quanto l’evoluzione della disciplina del contratto di appalto pubblico nella crisi dell’impresa consenta, ma solo in parte, di superare il conflitto generabile dal contrasto di diritti e di interessi meritevoli di adeguate tutele – per altro aggravato da una scoordinata stratificazione di interventi normativi – non può ritenersi che l’art. 110 abbia definitivamente colmato il divario tra norme del diritto pubblico e norme concorsuali⁽²⁷⁾, tanto da considerare ancora incerta la prevalenza dell’interesse dell’impresa in crisi⁽²⁸⁾, quale portatrice di valori che rilevano sul piano

(24) DE SENSI, *op. ult. cit.*, 631.

(25) MACAGNO, *op. ult. cit.*, p. 674; A. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 209.

(26) Sul tema, anche con riferimento alle “agevolazioni” previste dalla disciplina tributaria: PERRINO, *op. ult. cit.*, c. 306.

(27) PEZZANO-RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2016, p. 757 ss.; PERRINO, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distorsione, incongruenze e rischio di cortocircuito*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 304 ss.

(28) ATTANASIO, *op. ult. cit.*, 6, secondo cui la disciplina del Codice, rispetto al quadro

sociale e sugli assetti produttivi, rispetto all'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera e all'osservanza dei principi di economicità, efficacia e tempestività, che caratterizzano il compendio normativo in oggetto (i primi commentatori hanno evidenziato come "la sovrapposizione di norme non coordinate, in rapporto di specialità reciproca, se pure risolve alcuni dubbi, origina talune incongruenze e rischia di innestare un cortocircuito" (29)). Può solo ritenersi che il bilanciamento tra i contrapposti interessi avviene alla stregua di un graduato automatismo, che può essere così scandito: (a) le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedure di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore (in tal senso, la norma troverebbe applicazione anche alla liquidazione volontaria, che, però, nel contesto della disciplina societaria, può prevedere anche la continuazione dell'attività di impresa, se utile alla liquidazione, arg. *ex art.* 2487, comma 1, lett. c), ciò introducendo una qualche antinomia rispetto alla diversa disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale (30)), interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare – alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta – un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. In realtà, la norma pone un problema applicativo di non poco momento, posto che la lettera della stessa non si coordina con il *favor participationis* alle procedure di evidenza pubblica come scandita dai commi successivi (31); (b) la previsione, invero più generale, di sostituzione dell'appalta-

normativo esitato dalla riforma del 2014, segna un arretramento della tutela dell'imprenditore che ha presentato una domanda di concordato in continuità.

(29) PERRINO, *op. ult. cit.*, c. 304.

(30) IMPARATO, *op. ult. cit.*, 5, secondo cui "la formulazione dei primi due commi dell'art. 110 pone un primo problema definitorio ed in particolare di individuazione di quelle procedure concorsuali, la cui ricorrenza legittima la stazione appaltante alla risoluzione del contratto, posto che la formulazione utilizzata dal comma 1 risulta più ampia di quella prevista dal codice previgente" e ciò proprio con riferimento all'ipotesi di "liquidazione dell'appaltatore", che sembrerebbe da ricondursi – sul piano terminologico – alle procedure concorsuali individuate dall'art. 38, comma 7, lett. b), Dir. n. 23/2014 (p. 7). Si ricorda che è consolidato l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la liquidazione volontaria non comporta una situazione di insolvenza e non preclude, in quanto tale, alla partecipazione agli appalti pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873; anche Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010 dell'Autorità dei Lavori Pubblici).

(31) IMPARATO, *op. ult. cit.*, 12, secondo cui appare più corretta la formulazione in termini di "mera facoltà" dell'interpello, utilizzata dall'art. 140, D.Lgs. n. 163/2006. L'A. evidenzia l'antinomia della disposizione rispetto ai principi innovativi previsti sempre dall'art. 110 al comma 3, i cui esiti finalizzati a favorire il processo di risanamento dell'impresa resterebbero contraddetti dalla previsione del necessario interpello.

tore o la cessione del contratto di appalto (art. 106) e di concessione (art. 175); (c) la conservazione del contratto con il curatore del fallimento nel caso di esercizio provvisorio⁽³²⁾ (la norma non spiega, però, come l'imprenditore fallito possa conservare il requisito della qualificazione, in termini di affidabilità, dell'esecutore delle opere) ovvero con l'imprenditore in concordato preventivo in continuità aziendale (ciò anche ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento sia quelle in corso sia quelle non ancora in essere); (d) la possibilità di sostituzione disposta dall'ANAC, sentito il giudice delegato, di subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di altro operatore in possesso dei requisiti generali, di capacità finanziaria, tecnica ed economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto, nonché a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione. L'ipotesi innanzi prevista resta, però, preclusa dalle seguenti circostanze: (i) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali ed assistenziali⁽³³⁾, gli Istituti dovranno sempre certificare la regolarità contributiva, purché ovviamente i consustanziali debiti, contratti successivamente in via prededuttiva, vengano onorati alla loro scadenza"; posto che la verifica della regolarità contributiva resta pur sempre affidata agli Istituti⁽³⁴⁾; (ii) l'impresa deve essere in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida. Su questo profilo è intervenuto il decreto correttivo, il cui schema risulta essere stato approvato dal Governo in data 23 febbraio 2017 (di cui in seguito si darà conto), che ha attribuito il potere valutativo al solo Giudice

(32) In realtà, anche l'esercizio provvisorio, come autorizzato nell'ambito di una procedura a finalità essenzialmente liquidatorie, qual è fallimento, potrà avere qualche rilievo in tema di esecuzione dei contratti pubblici solo se il fallimento possieda la necessaria liquidità per far fronte agli impegni che lo stesso curatore dovrà assumere, evitando l'insorgere di crediti in prededuzione che potrebbero incidere negativamente sul soddisfacimento dei preesistenti creditori concorsuali.

(33) In ordine al DURC e alla disciplina del subappalto nelle procedure concorsuali: PEZZANO-RATTI, *op. ult. cit.*, p. 764 ss., secondo i quali "nelle more delle procedure concorsuarie (con il *dies a quo* della pubblicazione del ricorso *ex art.* 161, comma 6, legge fallim.). Si rinvia a: IMPARATO, *op. ult. cit.*, 26-27, per un utile rassegna dei provvedimenti in materia.

(34) Cons. Stato, 12 marzo 2015, in *www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com*.

delegato, ed ha previsto, nell'ipotesi in cui l'impresa non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni e dei dipendenti, la possibilità di richiedere all'ANAC informazioni relative ad eventuali iscrizioni nel casellario a carico dell'impresa interessata.

Nell'impianto della norma non può essere sottovalutata la prevalenza che viene data all'interesse pubblico, che sembra retrocedere solo a fronte di accertata possibilità che l'esecuzione del contratto resti garantita dall'impresa in crisi ovvero che la sua stessa partecipazione ad una procedura di affidamento non comporti ritardi nell'espletamento della stessa.

L'impianto normativo, come è stato opportunamente evidenziato, soffre di qualche incoerenza con le direttive comunitarie, con particolare riferimento all'ipotesi alla sostituzione da parte della stazione appaltante dell'affidatario insolvente (art. 72, comma 4, lett. d) e comma 5, Dir. 2014/24/UE e art. 43, comma 4, lett. d) e comma 5, Dir. 2014/23/UE), posto che le disposizioni rinvenienti nelle direttive sembrano privilegiare non già l'ipotesi della sostituzione, ma quella della promozione di una nuova gara⁽³⁵⁾, salvo che la situazione di stallo determinata dall'insolvenza dell'aggiudicatario risulti superata dall'ingresso del nuovo contraente cessionario del rapporto. Invero, le direttive omettono di considerare l'ipotesi di mantenimento del contratto con l'imprenditore in concordato o con il curatore nell'ipotesi di esercizio provvisorio nel fallimento, mentre prevedono espressamente l'ipotesi della partecipazione alle gare future dell'imprenditore in crisi e la cessione in caso di contratti in corso, e ciò, probabilmente, nella prospettiva di non ritenere compatibile con l'interesse pubblico alla regolare e tempestiva esecuzione del contratto, la situazione dell'imprenditore insolvente.

5. Il rapporto tra ANAC e Giudice delegato.

L'art. 110 detta rapporti molto articolati tra il Giudice delegato e l'ANAC: (a) per quanto riguarda l'ipotesi prevista per il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio e per l'impresa ammessa al concordato in continuità, la partecipazione alle procedure di affidamento e l'esecuzione dei contratti in corso, è prevista una specifica autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC (si tratta di parere obbligatorio, ma non vincolante), ciò facendo intravedere la prevalenza, nell'ottica autorizzatoria, dell'interesse dei creditori nelle suddette vicende, che va esclusivamente ritagliato sulla non dannosità per la massa dell'esecuzione del contratto

⁽³⁵⁾ Lo rilevano: PEZZANO-RATTI, *op. ult. cit.*, p. 763.

ovvero della partecipazione alla gara (trattandosi di situazioni che danno luogo all'insorgere prevalente di crediti prededucibili, e come tali incidenti sul soddisfo dei creditori concorsuali preesistenti); vi è, però, da evidenziare come la norma contraddica il comma 4 dell'art. 186 *bis* legge fallim., a mente del quale, successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento a contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale; (b) nell'ipotesi di "ausilio" prevista dal comma 5, resta l'ANAC, sentito il giudice delegato (parere obbligatorio ma non vincolante), a subordinare la partecipazione, l'affidamento dei lavori e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato con continuità si avvalgano di altro operatore; in questo caso pare rilevante l'interesse pubblico (che prevale rispetto a quello dei creditori concorsuali) non solo all'effettiva sussistenza dei requisiti patrimoniali e tecnico-finanziari richiesti per la partecipazione alle procedure di affidamento, ma pure su quelli sussistenti per dar luogo ad una corretta esecuzione del contratto; (c) ulteriore ipotesi di intervento dell'ANAC riguarda l'impresa ammessa al concordato con cessione dei beni o che ha presentato domanda di concordato in bianco o prenotativo, la quale può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice, sentita l'ANAC.

Il quadro normativo prevede rapporti tra ANAC e Giudice delegato, che sia pure diversamente conformati, come innanzi esposto, sono finalizzati a rendere nella pratica compatibili gli interessi all'utile prosecuzione dei contratti (anche nell'ipotesi specificamente considerata dal comma 4 dell'art. 110, del concordato liquidatorio) con quelli pubblici alla corretta e tempestiva esecuzione delle opere.

Il quadro appena delineato è stato modificato dal recente schema di decreto correttivo del Codice degli Appalti, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 23 febbraio 2017, e sottoposto all'esame dell'8° Commissione Parlamentare, nonché del Consiglio di Stato e della Conferenza Unificata. Il decreto correttivo ha significativamente mutato l'impianto che si rinveniva nell'originaria formulazione della norma, attribuendo un esclusivo potere valutativo in capo al Giudice delegato: l'opzione è giustificata dall'esigenza di assegnare all'organo fallimentare la possibilità di valutare e scegliere quale resti la scelta preferibile nell'interesse dei creditori concorsuali e di quello più generale di tutela del valore aziendale, anche se non manca – pure in questa prospettiva – una persistente distonia con la disciplina del concordato, come innanzi rilevato in ragione delle competenze attribuite al Tribunale e non già al Giudice delegato (comma 4 dell'art. 186-*bis* legge fallim.). Non facilmente spiegabile, se non in una

prospettiva di concentrazione dei poteri autorizzativi in favore del Giudice delegato, resta la soppressione della valutazione attribuita all'ANAC di autorizzare l' "ausilio" di cui al comma 5°: il tema, invero, involgerebbe non tanto criteri e funzioni attribuibili agli organi concorsuali (che in tal modo vedono ampliata le loro stesse competenze "per materia"), quanto valutazioni caratterizzate, in maniera prevalente, da accertamenti tecnici connessi alla regolare esecuzione dell'appalto. Un residuo di collaborazione tra ANAC e Giudice delegato può rinvenirsi solo nella previsione di richiesta di informazioni su eventuali iscrizioni nel casellario a carico dell'impresa interessata (nuovo comma 5): ben poca cosa rispetto all'impianto originario dell'art. 110. Il mutamento significativo del precedente impianto normativo, renderà plausibilmente meno "attraente" la stessa continuazione nei rapporti pubblici, in ragione dell'assoluto difetto di coordinamento tra ANAC e Giudice delegato e l'attribuzione solo a quest'ultimo di scelte particolarmente rilevanti ed incidenti oltre che sull'interesse dei creditori concorsuali, anche sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici.

6. I "contratti" di avvalimento.

Premesso che il comma 4 dell'art. 110, espressamente prevede che "l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto" (ciò contrastando con il disposto dell'art. 186 *bis*, comma 5, legge fallim., che alla lett. b) espressamente ciò dispone), il successivo comma 5, introduce una figura di avvalimento (qualora si ravvisino "le gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale", v. art. 5 D.M. 30 gennaio 2015, ovvero in difetto delle prescrizioni rese dall'ANAC) sostanzialmente difforme dall'avvalimento rinforzato: è stato evidenziato come l'avvalimento in ambito concorsuale resta un istituto completamente diverso da quello c.d. ordinario, perché il primo – diversamente che dal secondo – resta obbligatorio laddove l'impresa in crisi intenda partecipare alle procedure di affidamento⁽³⁶⁾. Inoltre, solo nel primo caso è previsto il subentro da parte dell'ausiliario nel contratto pubblico (si tratta di un vero e proprio obbligo ad adempiere qui previsto per la partecipazione alla gara pubblica), mentre in quello facoltativo, in ogni caso il contratto è eseguito dall'impresa affidataria, e l'intervenuto, ferma la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, potrà solo assumere il ruolo di subappaltatore alle

⁽³⁶⁾ ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in *www.osservatorio-oci.org*; PEZZANO-RATTI, *op. ult. cit.*, p. 764.

condizione dei requisiti previsti⁽³⁷⁾. Si evidenzia, pertanto, come «la possibilità di subentro consente nel caso di avvalimento c.d. rinforzato di evitare il rischio di aggravamento del danno, tanto per la stazione appaltante che per l'ausiliario, il quale, a prescindere dagli eventuali diritti di regresso nei confronti dell'impresa ausiliata, avrà infatti tutto l'interesse a controllare lo snodarsi del rapporto e subentrare il prima possibile, proprio per evitare il maturare di ulteriori penali per il ritardo»⁽³⁸⁾. In sostanza, nell'avvalimento previsto dalla norma in commento, l'impresa ausiliaria, in deroga alla regola che connota l'avvalimento facoltativo, si obbliga a sostituire l'impresa ausiliata nei casi di impossibilità da parte di quest'ultima a condurre i lavori, rimediando in tal modo al sopravvenuto venir meno dei relativi requisiti: l'avvalimento obbligatorio, in tal modo, configura una fattispecie successiva soggettiva unitaria riconducibile ad una novazione soggettiva⁽³⁹⁾. Per quanto riguarda l'associazione temporanea di imprese, l'art. 186 *bis*, comma 6, consente anche all'impresa associata che abbia fatto accesso ad un concordato in continuità aziendale di poter partecipare alla procedura di aggiudicazione, sempre che non sia impresa mandataria e che le altre imprese del raggruppamento non siano assoggettate a procedure concorsuali: in questo contesto la dichiarazione di avvalimento potrà essere resa da un'altra impresa associata⁽⁴⁰⁾. È opportuno ricordare come il legislatore comunitario ha disciplinato il solo avvalimento facoltativo (art. 63, Dir. 2014/24/UE), ritenendo che il principio richiamabile per ogni operatore economico possa essere evocato anche in situazione di insolvenza, al fine di offrire la prova che le misure adottate sono sufficienti a dimostrare la affidabilità dell'impresa in crisi, nonostante la sussistenza di un persistente motivo di esclusione⁽⁴¹⁾. In questa prospettiva, può ritenersi che l'interesse pubblico ad una corretta esecuzione dell'appalto prevalga su quello, opposto, dell'impresa in crisi di partecipare alle procedure di aggiudicazione, ma, nel contempo, proprio per questo, rende meno comprensibile l'assenza di una parallela tutela

(37) PEZZANO-RATTI, *op. ult. cit.*, p. 764; sul tema: ATTANASIO, *op. ult. cit.*, 10-11.

(38) Sul tema, con identiche conclusioni: SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *www.ilcaso.it*, p. 8 ss.

(39) DE SENSI, *op. ult. cit.* p. 630, nt. 19; SADILE, *op. ult. cit.*, pp. 8-9; resta pacificamente accertato che i requisiti ulteriori previsti dall'art. 89, debbano essere posseduti, a maggior ragione, per il soggetto prescelto per l'avvalimento rinforzato.

(40) MACAGNO, *op. ult. cit.*, p. 11, il quale evidenzia come in tal modo, il legislatore intenda assicurare la solidità dell'associazione temporanea di impresa)

(41) Sul tema, in generale: AMBROSINI, *La sorte dei contratti in corso di esecuzione*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. IV, Torino, 2014, 126 ss.

rispetto ai contratti pubblici già conclusi, laddove può ritenersi sussistente la medesima esigenza di tutela ad una corretta e puntuale esecuzione⁽⁴²⁾.

ABSTRACT: The article 110 of the new Code of Public Procurement (D.Lgs. n. 50/2016) tries to fill a gap between the discipline of the public procurement and the discipline of the executing company in crisis, as a link between the Administrative Law and the Insolvency Law. This new discipline implements the principles of the Directive 2014/23/EU, in accordance with national legislations, enabling the company in crisis to participate to the public tendering procedure and avoiding that the declaration of insolvency or the beginning of an insolvency procedure for a company could cause an automatic termination of the agreements. In this context the priority objectives are the rehabilitation and the restructuring of the enterprise and the continuation of business activities with the aim of fostering economic recovery and strengthening the sustainable growth. The essay examines new elements and contradictions introduced by the reform, through an analysis of the discipline of the Insolvency Law and the sectorial legislation.

⁽⁴²⁾ Sul tema, però, potrebbe ritenersi evocabile, in qualche modo, la medesima disciplina, in ragione della circostanza che i commi 17 e 18 dell'art. 48, con riferimento ai contratti in corso, richiama l'art. 110, comma 5: PEZZANO-RATTI, *op. ult. cit.*, p. 674, nt. 76.

MICHELE PALLADINO
Avvocato in Torino

I CONTRATTI PUBBLICI NEL CONCORDATO PREVENTIVO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Abstract: Il contributo analizza i rapporti tra contratti pubblici e concordato preventivo alla luce del D.Lgs. n. 50/2016, introdotto con l'obiettivo di semplificare la disciplina nel settore degli appalti e delle concessioni pubbliche. L'autore affronta le molteplici questioni sottese al coordinamento tra le disposizioni contenute nella Legge Fallimentare e nel Nuovo Codice degli Appalti, soffermandosi anzitutto sull'assegnazione (e sull'esecuzione) dei contratti in costanza di concordato preventivo.

SOMMARIO: 1. I rapporti tra contratti pubblici e concordato preventivo nell'originario impianto del D.Lgs. n. 163/2006. - 2. La prosecuzione dei contratti pubblici nel concordato in continuità. - 3. La possibilità per il debitore di partecipare a nuove procedure di affidamento. - 4. Le (ulteriori) precisazioni in tema di concordato in continuità contenute nell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016 (anche alla luce del recente schema di decreto correttivo). - 5. L'esecuzione dei contratti pubblici nell'ambito del concordato liquidatorio e nella fase preconcordataria. - 6. La questione della partecipazione a nuove procedure di affidamento nel periodo compreso tra la presentazione della domanda (anche "con riserva") e l'ammissione definitiva al concordato in continuità. - 7. La questione della prededucibilità dei crediti del subappaltatore alla luce dell'art. 105, D.Lgs. n. 50/2016. - 8. La concessione del documento unico di regolarità contributiva all'impresa in concordato.

1. I rapporti tra contratti pubblici e concordato preventivo nell'originario impianto del D.Lgs. n. 163/2006.

La disciplina del concordato preventivo, a più riprese modificata dagli interventi legislativi succedutisi a partire dalla "miniriforma" del 2005, esprime il dichiarato *favor* del legislatore per i tentativi di risoluzione negoziata della crisi incentrati sulla continuità aziendale e sulla conservazione dell'impresa, individuati come i mezzi più efficaci per il migliore soddisfacimento dei creditori, oltre che come soluzioni idonee a salvaguardare l'integrità dei complessi produttivi e a tutelare, ove possibile, i livelli occupazionali.

Pur a fronte della giusta preferenza attribuita (per lo meno "sulla carta") dalla legge fallimentare alle soluzioni che preservino la continuità aziendale, le imprese fornitrici della pubblica amministrazione hanno tra-

dizionalmente riscontrato nella normativa di settore dei più significativi limiti all'utilizzo del concordato preventivo c.d. di "risanamento", basato sulla prosecuzione dell'attività caratteristica (1).

L'art. 38, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 163/2006 sanciva infatti, nella sua formulazione originaria, l'esclusione *tout court* dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, per i soggetti sottoposti a fallimento, liquidazione coatta e al concordato preventivo (2) o nei cui riguardi fosse in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.

L'impossidenza dei requisiti enucleati dal legislatore avrebbe quindi privato le imprese della legittimazione a contrarre, conseguentemente comportando, ove la carenza dei presupposti si fosse manifestata in epoca anteriore all'aggiudicazione, l'esclusione dalla procedura di affidamento (3).

Parimenti incerte risultavano le sorti dei rapporti pendenti al momento dell'apertura del concordato preventivo.

Se, da un lato, il codice dei contratti pubblici era chiaro nell'inibire la partecipazione alle nuove procedure di affidamento, dall'altro, nulla veniva espressamente disposto in merito alle conseguenze che la presentazione della domanda di concordato avrebbe riversato sui rapporti pendenti. Era lecito

(1) Sui rapporti tra contratti pubblici e procedure concorsuali nella disciplina previgente v. *inter alios*, VIRGA, *Il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche*, Vita not., 1991, p. 862; MERCURIO, *Partecipazione agli appalti di imprese in amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 1999, 338; PLENTEDA, *Pubblici appalti e fallimento*, *ivi*, 2000, p. 182; APRILE, *Effetti sostanziali dello scioglimento di appalto e chiusura del fallimento*, *ivi*, 2000, p. 759; MUSOLINO, *L'incidenza del fallimento sul contratto di appalto*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, p. 499; DAL ZILIO, *Lo scioglimento del contratto di appalto di opera pubblica*, in *Fallimento*, 2001, p. 1051; MALTESE-SIMEON, *Appalto di opere pubbliche*, in GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 438; MACARIO, *Appalto e associazione temporanea di imprese*, in DI MARZIO (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, p. 247; PELLEGRINO, *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Giur. mer.*, 2008, 4, p. 1203; GALARDO, *Contratti d'appalto e fallimento*, in FAUCEGLIA-PANZANI (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, II, p. 901; LAPERTOSA, *Gli effetti del fallimento sull'appalto*, in SANZO (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, pp. 261 ss.; GENTILIZI, *Problematiche ed aspetti rilevanti dello stato di insolvenza dell'appaltatore di opere pubbliche*, in *Diritto.it.*; CAPUZZA, *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale nei requisiti per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni*, Torino, 2012.

(2) Al contrario, il legislatore non considera l'amministrazione straordinaria ostativa alla partecipazione ed all'aggiudicazione della gara: sarebbe infatti contraddittorio che «il legislatore consenta e persegua il salvataggio della grande impresa in crisi, ma le escluda dalla partecipazione agli appalti pubblici», così MERCURIO, *Partecipazione agli appalti di imprese in amministrazione straordinaria*, cit., 396.

(3) Cons. Stato, 20 settembre 2005, n. 4817, in *Giur. Bollettino leg. tecnica*, 2006, p. 114; Cons. Stato, 14 luglio 2004, n. 5094, in *giustizia-amministrativa.it*.

quindi domandarsi se l'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 fosse destinato ad operare nell'esclusivo ambito della procedura di affidamento o se avesse potuto estendersi "a catena" anche alla fase esecutiva, con conseguente caducazione del rapporto contrattuale in seguito all'ammissione dell'appaltatore al concordato, per effetto del venir meno di uno dei requisiti di ordine generale⁽⁴⁾.

D'alto canto, la caducazione del contratto ben avrebbe potuto costituire il corollario di una ponderata scelta negoziale della stazione appaltante, la quale avrebbe potuto avvalersi di un'apposita clausola risolutiva ovvero della possibilità, contemplata dall'art. 136, D.Lgs. n. 163/2006, di risolvere il contratto per grave inadempimento.

Senza dire che la presentazione della domanda di concordato avrebbe comportato l'assoggettamento dell'imprenditore al procedimento di cui all'art. 40, comma 9-ter, D.Lgs. n. 163/2006, con conseguente perdita dell'attestazione SOA⁽⁵⁾, il cui possesso è necessario per poter eseguire, a qualsiasi titolo, un contratto di appalto di lavori pubblici⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ A fronte dell'assenza di un'apposita previsione normativa, parte della dottrina aveva negato che dal decreto di ammissione potessero propagarsi effetti estintivi *ope legis* dei contratti in essere, in piana adesione alle disposizioni di diritto comune, fra cui l'art. 1372 c.c., in forza del quale il contratto ha efficacia obbligatoria tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge: in questo senso IRRERA-VIGNA, *La sorte dei contratti d'appalto pendenti nel concordato preventivo: brevi note*, in *Iffallimentarista.it*. Già la risalente giurisprudenza amministrativa, peraltro, riconosceva che si potesse legittimamente dare esecuzione al rapporto anche in pendenza di concordato preventivo, non comportando quest'ultimo «la risoluzione automatica del contratto di appalto con effetto dalla data di ammissione al concordato preventivo e, quindi, con l'effetto di travolgere la stessa esecuzione di ufficio da parte dell'ente pubblico appaltante», così Trib. Foggia, 9 dicembre 1985, in questa *Rivista*, 1986, 348.

⁽⁵⁾ La sopravvenuta perdita dell'attestazione di qualificazione assurge a causa di risoluzione *ex lege* del contratto di appalto nel solo caso di decadenza per avere l'appaltatore «prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci», ai sensi dell'art. 135, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006. Tuttavia, costituendo il possesso dell'attestazione SOA requisito necessario per la partecipazione alle gare pubbliche e, in caso di aggiudicazione, per la valida stipulazione del contratto (v. VINTI, *Albo nazionale dei costruttori*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 224), il requisito della qualificazione «risultante dall'attestazione SOA deve sussistere al momento della per la presentazione delle offerte e permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto» (così, il Comunicato AVCP del 12 luglio 2007, n. 234, in *Avcp.it*). Qualora, invece, la qualificazione venga meno in corso d'opera, l'esecuzione dei lavori, in origine realizzabile, diviene impossibile e, dunque, l'obbligazione dell'appaltatore si estingue per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente risoluzione del contratto di appalto. Ciò in quanto l'atto risolutivo dell'amministrazione si configura come necessaria conseguenza rispondente all'esigenza di garantire un'esecuzione delle opere pubbliche caratterizzata da qualità delle prestazioni nonché dai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (così, PALMIERI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'appalto di opere pubbliche*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1, p. 237).

⁽⁶⁾ Alcuni provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici avevano rile-

2. La prosecuzione dei contratti pubblici nel concordato in continuità.

Com'è noto, la riforma del 2012 ha ulteriormente accentuato l'atteggiamento di favore per i tentativi di soluzione negoziata della crisi incentrati sulla conservazione dell'impresa, provvedendo opportunamente a colmare, al tempo stesso, alcune persistenti lacune che interessavano la previgente disciplina, attraverso la codificazione – per quanto in questa sede più interessa – del concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis* legge fallim.).

Il D.L. n. 83/2012 ha così introdotto, per la prima volta, un'apposita disciplina per i contratti pubblici nell'ambito del concordato in continuità, consentendone, da un lato, la relativa prosecuzione, nonché affermando, dall'altro, la possibilità per il debitore di partecipare a nuove procedure di affidamento.

Il terzo comma dell'art. 186-*bis* precisa anzitutto che «fermo quanto previsto nell'art. 169-*bis*, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche se stipulati con le pubbliche amministrazioni non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura».

Conviene in proposito segnalare che il perimetro operativo della disposizione risulta, con specifico riferimento ai contratti pubblici, obiettivamente contenuto, essendo la norma destinata a trovare applicazione solamente nella fase compresa tra la presentazione del ricorso (anche ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallim.) fino all'ammissione definitiva⁽⁷⁾; e ciò in quanto, una volta ammesso il debitore al concordato preventivo in continuità, la continuazione dei contratti pubblici è consentita, ai sensi dell'ultima parte del comma 3 dell'art. 186-*bis*, solo se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) attesti la

vato la discrasia esistente tra la disciplina di settore e il concordato preventivo di “risanamento”, auspicando, *de jure condendo*, l'opportunità di prospettare «un'interpretazione della norma volta a salvaguardare la continuazione dell'impresa, evitando di incidere sui rapporti contrattuali in essere o sul mantenimento del possesso della qualificazione rilasciata ante procedura in regime di solidità aziendale», chiarendo infine che le imprese sottoposte a concordato, pur non potendo conseguire o rinnovare l'attestazione, e ferma restando l'impossibilità di partecipare a nuove gare, non avrebbero dovuto «essere assoggettate ai procedimenti *ex art.* 40, comma 9-*ter* del codice dei contratti pubblici per sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo codice, nella parte relativa alla siffatta procedura»: così il Comunicato dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 68 del 29 novembre 2011, in *Avcp.it*.

(7) AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Le altre procedure concorsuali*, in VASSALLI-LUISSO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, p. 302.

conformità del contratto al piano e la ragionevole capacità di adempimento del debitore.

Di qui l'idea, affermata in giurisprudenza, secondo cui «quando è prospettato un concordato con continuità diretta, durante il tempo del concordato in bianco concesso ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.f., i contratti pubblici in essere al tempo del deposito della domanda proseguono senza necessità di autorizzazione alcuna da parte del tribunale in applicazione del terzo comma dell'art. 186-*bis* l.f. a mente del quale i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura»⁽⁸⁾.

Senonché, queste considerazioni devono oggi essere opportunamente «calibrate» alla luce dell'art. 110, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, che – come si avrà modo di precisare – consente anche all'impresa che ha presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161, comma 6, legge fallim. di «eseguire i contratti già stipulati su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC».

Dal combinato disposto degli artt. 186-*bis* e 110, D.Lgs. n. 50/2016 sembra pertanto lecito desumere che, in seguito alla presentazione del ricorso, il contratto resti *ex lege* sospeso⁽⁹⁾, anche in assenza di un'apposita richiesta in tal senso ai sensi dell'art. 169-*bis* legge fallim., fintanto che il debitore non ottenga le autorizzazioni necessarie per darvi compiuta esecuzione⁽¹⁰⁾.

Come già anticipato, l'esecuzione dei contratti pubblici nell'ambito del concordato in continuità è consentita se il professionista di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), attesta la conformità del rapporto al piano e la ragionevole capacità di adempimento del debitore.

⁽⁸⁾ Trib. Mantova, 10 settembre 2015, in *Il Caso.it*.

⁽⁹⁾ In questo senso, sia pure con riferimento alla disciplina anteriore al D.Lgs. n. 50/2016, v. già FILOCAMO, sub art. 186-*bis*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, p. 2112, secondo cui il riferimento all'ammissione al concordato preventivo, nonché, soprattutto, la necessità di attestazione della conformità al piano paleserebbero l'idea che la presentazione della domanda “in bianco”, che pure preannunci l'intenzione del successivo deposito di un piano in continuità, sebbene non determini la risoluzione dei contratti pubblici pendenti, non consentirebbe, tuttavia, la loro immediata continuazione, che potrà avere luogo all'esito dell'ammissione e in conformità al piano effettivamente depositato.

⁽¹⁰⁾ Un problema di significativa rilevanza si pone quando l'esecuzione del contratto pubblico non possa concretamente essere sospesa (come sovente accade nel settore delle concessioni). In tal caso – come già rappresentato da STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1233-1234 – è da ritenere che se il debitore prosegue la prestazione e l'ente pubblico la riceve, il contratto non sia da ritenere sospeso.

Attesa la rilevanza della relazione, è ragionevole ritenere che il contenuto del giudizio debba essere obiettivamente ampio.

In particolare, quanto all'attestazione di conformità, essa dovrà sostanziarsi «in un giudizio di coerenza della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi dalla stessa generati»⁽¹¹⁾; con riferimento, invece, all'attestazione sulla ragionevole capacità di adempimento, essa dovrebbe comprendere, da un lato, l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettiche, alla capacità del debitore di fare fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante, tenuto anche conto dei presupposti e delle condizioni la cui ricorrenza renderebbe legittima la risoluzione in danno di cui all'art. 136, D.Lgs. n. 163/2006 (oggi 108, D.Lgs. n. 50/2016)⁽¹²⁾.

A fronte del richiamo all'art. 169-*bis*, resta in ogni caso ferma, anche nel caso dei «contratti pubblici», la possibilità per il debitore di instare affinché il tribunale (o, dopo l'ammissione al concordato, il giudice delegato) autorizzi lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, ovvero, in alternativa, la loro sospensione per non oltre sessanta giorni, prorogabili per una sola volta, non ostando all'applicabilità della disciplina generale sui rapporti pendenti la natura pubblicistica della controparte contrattuale. Ferma restando, anche in questo caso, la necessità di liquidare in favore della stazione appaltante un «indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento» (art. 169-*bis*, comma 2).

Com'è noto, l'art. 169-*bis* non individua uno specifico criterio su cui parametrare l'autorizzazione⁽¹³⁾. La lacuna dovrà essere nondimeno colmata dal giudice, il quale, adottando i più opportuni accorgimenti, potrà evitare che si addivenga allo scioglimento dei contratti se non nei casi di effettiva necessità, anche attraverso l'integrazione del contraddittorio con la stazione appaltante (secondo quanto obbligatoriamente previsto dall'art. 169-*bis*, come da ultimo modificato dalla L. n. 132/2015), fermo restando

⁽¹¹⁾ QUATTROCCHIO-RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *IFallimentarista.it*, 11.

⁽¹²⁾ SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *IlCaso.it*, 2014, p. 5.

⁽¹³⁾ Osserva INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: art. 169-bis l. fall.*, in *IFallimentarista.it*, 2, che «la continuazione o meno del contratto è peraltro una scelta che deve essere attentamente meditata, in quanto deve essere valutata la compatibilità tra il mantenimento del contratto e l'onerosità che tale continuazione comporta. La scelta quindi può essere giustificata in funzione della conservazione del patrimonio a favore dei creditori o per la continuazione dell'azienda, sempre che questa sia funzionale agli interessi dei creditori».

che l'autorizzazione potrà essere concessa solo se funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Per quanto concerne la misura dell'indennizzo, il debitore è chiamato ad individuare una soluzione che contempli la corresponsione di un ammontare idoneo a ricondurre il rapporto negoziale ad equità, reintegrando, per quanto possibile, il patrimonio del terzo nella situazione in cui avrebbe versato nell'ipotesi di regolare esecuzione del contratto.

Occorre al riguardo domandarsi se, in caso di contrasto tra le parti sull'entità dell'indennizzo proposta dal debitore, l'autorità giudiziaria chiamata a commisurarla sia (i) il tribunale ordinariamente competente, ovvero (ii) il giudice delegato (o il tribunale a seconda della fase concordataria) contestualmente al rilascio dell'autorizzazione allo scioglimento.

A stretto rigore, in assenza di apposite previsioni normative, la questione dovrebbe essere devoluta (come confermato dalla prevalente giurisprudenza di merito)⁽¹⁴⁾ alla cognizione del giudice ordinario⁽¹⁵⁾.

Ciò nondimeno, esigenze di economicità processuale e di tutela del contraente *in bonis* (che potrebbe così evitare i fisiologici ritardi derivanti dall'attivazione di un giudizio ordinario), parrebbero deporre in favore della seconda soluzione.

Del resto, la decisione sul *quantum* dell'indennizzo appare strettamente collegata all'*an* dell'autorizzazione concessa dal tribunale (o dal giudice delegato), il quale è comunque chiamato a vagliare le richieste del debitore temperando i vantaggi che deriverebbero per la massa e, specularmente, il pregiudizio che subirebbe il contraente per effetto dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ In questo senso, *ex aliis*, Trib. Padova, 26 marzo 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Firenze, 24 aprile 2013, in *IlDirittodegliaffari.it*; Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, *ivi*.

⁽¹⁵⁾ Con specifico riferimento alla materia che ci occupa, merita ricordare che, ai sensi dell'art. 3, lett. f), D.Lgs. n. 168/2003, per le controversie relative «a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria» (in cui sia parte una società e nel caso in cui sussista la giurisdizione del giudice ordinario) sono competenti le sezioni specializzate in materia d'impresa. Non può quindi escludersi che, una volta riconosciuta la competenza del giudice ordinario, anche la questione sulla congruità dell'indennizzo nel caso di scioglimento di un appalto pubblico debba essere devoluta al tribunale delle imprese.

⁽¹⁶⁾ In questo senso pare essersi orientata anche App. Milano, 4 febbraio 2015 (in *Giur. it.*, 2015, 1147, con nota adesiva di PALLADINO, *I contratti in corso di esecuzione nel Concordato Preventivo: il perimetro operativo della disciplina e l'elaborazione di un modello procedimentale unitario*), laddove ha affermato che «il giudice investito dell'istanza ex art. 169-bis è tenuto comunque a valutare l'entità, nel caso concreto, del sacrificio del contraente *in bonis*, anche in relazione all'entità dell'indennizzo, quantificato nell'istanza medesima, e a verificare che tale sacrificio non sia del tutto sproporzionato al beneficio che dallo sciogli-

Completa la regola dell'automatica prosecuzione dei rapporti giuridici pendenti in costanza di concordato con continuità la previsione dell'inefficacia degli eventuali patti contrari.

All'indomani dell'introduzione dell'art. 186-*bis* è sembrato doversi ritenere che, nel caso in cui la clausola risolutiva contenuta nel contratto di appalto non avesse operato alcun distinguo, la sanzione dell'inefficacia operasse con esclusivo riferimento al concordato in continuità⁽¹⁷⁾.

Senonché, tale conclusione potrebbe essere oggi destinata a mutare alla luce dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, il quale afferma – come già anticipato – la possibilità anche per il debitore ammesso al concordato liquidatorio o che abbia presentato domanda ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallim. di «eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC».

Ne consegue che la sanzione dell'inefficacia dovrebbe indistintamente colpire tutte le clausole che dispongano la risoluzione automatica del contratto per effetto dell'ammissione al concordato (o, più a monte, della presentazione della relativa domanda) a prescindere dal concreto contenuto del piano, giacché, diversamente opinando, verrebbe di fatto svuotata di significato la regola che prevede la (astratta) possibilità di dare compiuta esecuzione al rapporto anche nell'ambito del concordato con cessione dei beni.

3. La possibilità per il debitore di partecipare a nuove procedure di affidamento.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 186-*bis*, l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di nuovi contratti quando l'impresa presenti (*i*) la relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; (*ii*) la dichiarazione di altro operatore (in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto), che si sia impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a di-

mento o dalla sospensione ritraggono il creditore e i debitori», con la conseguenza che la previsione di un indennizzo del tutto inadeguato, recante un palese disequilibrio tra i vantaggi ed i costi della soluzione che il debitore propone con l'istanza di cui all'art. 169 *bis*, dovrà condurre al diniego dell'autorizzazione.

(17) V., tra gli altri, PIZZA, *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione*, in *Il fallimentarista*.it, p. 3.

sposizione, per tutta la durata del rapporto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa, nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto, venga dichiarata fallita ovvero non sia più in grado, per qualsiasi ragione, di dare regolarvi regolare esecuzione.

La prima condizione che la norma impone è, anche in questo caso, la presentazione della relazione, che attesti la conformità al piano della partecipazione alla gara e la ragionevole capacità di adempimento dell'imprenditore.

Il contenuto dell'elaborato non sembra diverso da quello già individuato dal precedente terzo comma con riferimento ai contratti pendenti, sicché, anche in questo caso, il vaglio dell'esperto dovrà concernere, da un lato, la conformità del nuovo contratto al piano e, dall'altro, la ragionevole capacità del debitore concordatario di adempiere agli obblighi contrattuali che si intendono assumere in seguito all'eventuale aggiudicazione.

Con specifico riguardo al giudizio sulla «conformità al piano», occorre domandarsi se sia necessario, ai fini della partecipazione alla gara, che l'esecuzione di un determinato contratto sia stata espressamente (pre)determinata nel piano di concordato, ovvero se risulti sufficiente la semplice «riferibilità» allo stesso.

La scelta dell'una o dell'altra opzione interpretativa non sembra priva di conseguenze pratiche, posto che, nel primo caso, sarebbero ammessi alla gara soltanto gli imprenditori che abbiano espressamente menzionato nel piano la procedura di affidamento cui intendano partecipare (anche specificando gli effetti economici conseguenti all'eventuale aggiudicazione) mentre, nel secondo, il debitore potrebbe concorrere anche nell'ambito di procedure di affidamento non indicate fin dall'inizio, sempre che, naturalmente, risultino strumentali agli obiettivi del concordato in termini «di generica coerenza rispetto alle attività che, sulla base delle assunzioni del piano, generano i flussi prospettici» e di sostenibilità della stessa partecipazione «rispetto alle ipotesi di volumi e di redditività contenute nel piano»⁽¹⁸⁾.

Tale ultima soluzione appare maggiormente coerente con la *ratio* incentivante della disciplina, quantomeno in considerazione del fatto che, diversamente opinando, si dovrebbe giocoforza escludere la possibilità per il debitore di partecipare ad ogni procedura di affidamento non indicata

⁽¹⁸⁾ QUATTROCCHIO-RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, cit., p. 11.

ab initio, ivi comprese quelle indette in seguito alla predisposizione del piano e alla sua presentazione.

Accanto alla duplice attestazione del professionista, l'art. 186-*bis* richiede altresì che il debitore presenti una dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si sia impegnato, nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie alla sua esecuzione, nonché a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa, nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, venga assoggettata a fallimento o non sia, per qualsivoglia ragione, più in grado di dare regolare esecuzione alla commessa.

In tal modo, le garanzie di serietà della puntuale esecuzione del contratto «non soltanto sono date dal controllo esercitato dagli organi tutori concorsuali, ma anche dalla presenza di un garante (*sponsor*) adeguatamente patrimonializzato»⁽¹⁹⁾.

Proprio quest'ultimo requisito non appare di agevole verifica, ben potendo l'imprenditore concorrente determinarsi in modo meno "altruista"; il che induce il debitore in crisi a guardare con maggior interesse, in questi casi, ai diversi strumenti di cui agli artt. 67 e 182-*bis* legge fallim.⁽²⁰⁾.

Completa la disciplina "dinamica" dei rapporti tra concordato preventivo e contratti pubblici, il sesto comma dell'art. 186-*bis*, che consente al debitore di concorrere anche riunito in raggruppamento temporaneo di imprese, ma soltanto in qualità di mandante e a condizione che nessun'altra impresa facente parte dell'associazione sia assoggettata a procedura concorsuale. Merita in proposito precisare che, nel caso di sopravvenuto fallimento (cui deve essere parificato, alla luce del tenore letterale della norma, l'assoggettamento ad altra procedura concorsuale) di una delle imprese associate, appare destinata a trovare applicazione la disciplina oggi contenuta nei commi 17 e 18 dell'art. 48, D.Lgs. n. 50/2016 (già commi 18 e 19 dell'art. 37, D.Lgs. n. 163/2006).

Al tale stregua, nel caso di fallimento del mandatario, la stazione appaltante potrà proseguire il rapporto con altro operatore economico che si costituisca mandatario nei modi previsti dalla legge, legittimando, in caso contrario, il recesso della stazione appaltante (art. 48, comma 17); nel caso, invece, di fallimento di una delle imprese mandanti, il mandatario, qualora non sia in grado di indicare altro operatore idoneo a subentrare all'ente in

⁽¹⁹⁾ LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *Il Fallimentarista*, 2012, p. 32.

⁽²⁰⁾ In questo senso già AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 126.

procedura, è tenuto a dare esecuzione all'appalto direttamente o a mezzo degli altri mandanti, sempre che costoro siano in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori da eseguire (art. 48, comma 18).

4. *Le (ulteriori) precisazioni in tema di concordato in continuità contenute nell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016 (anche alla luce del recente schema di decreto correttivo).*

Com'è noto, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel dettare una disciplina tendenzialmente uniforme per i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, è significativamente intervenuto anche sul versante concorsuale, attraverso le previsioni contenute nell'art. 110, espressamente rubricato «Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione».

La disposizione (destinata a trovare applicazione, ai sensi dell'art. 1 art. 216, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, con riferimento alle «procedure e ai contratti per le quali i bandi di gara o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore»)⁽²¹⁾ regola le sorti dei contratti pubblici in caso d'insolvenza dell'aggiudicatario, dettando una disciplina più organica rispetto a quella contenuta nel previgente D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, il primo comma dell'art. 110 (ri)afferma espressamente (sulla scorta di quanto già riconosciuto dall'art. 140, D.Lgs. n. 163/2006) il meccanismo dello scorrimento di graduatoria, destinato ad operare «in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto».

In questi casi le stazioni appaltanti sono chiamate a interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di procedere alla riassegnazione del contratto (alle medesime condizioni già proposte al primo aggiudicatario).

L'ambito operativo di questo procedimento risulta comunque obiettivamente ridimensionato dalle disposizioni contenute nei seguenti commi 3

(21) Vale a dire il 19 aprile 2016.

e 4, rispettivamente dettate per il concordato in continuità (cui viene espressamente parificata, *quoad effectum*, l'ipotesi di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio) e per il concordato con cessione dei beni (nonché per il debitore che abbia presentato domanda di concordato "con riserva" ex art. 161, comma 6, legge fallim.).

In particolare, secondo quanto previsto dal terzo comma, tanto «il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio», quanto «l'impresa ammessa a concordato con continuità aziendale», possono, previa autorizzazione del giudice delegato e sentita l'ANAC:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

Sembra altresì essersi per certi versi «alleggerita» la posizione del debitore che intenda partecipare alla nuova procedura di affidamento, dal momento che, per espressa previsione del comma 4 dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, «l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avalimento di requisiti di altro soggetto», dovendosi pertanto ritenere abrogata la lett. b) dell'art. 186 *bis*, comma 5, legge fallim. (sia pure – beninteso – per le procedure disciplinate dal D.Lgs. n. 50/2016).

E ciò con la precisazione che, ai sensi del comma 5 dell'art. 110, l'ANAC potrebbe, sentito il giudice delegato, subordinare la partecipazione alle procedure di affidamento alla necessità che il debitore si avvalga comunque di altro operatore, nel caso in cui vengano ravvisati (*i*) ritardi nei pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali, ovvero (*ii*) il mancato possesso, in capo all'impresa, dei requisiti aggiuntivi individuati dall'ANAC nelle proprie linee guida.

Non è per contro agevole comprendere la ragione che ha condotto il legislatore ad escludere dal novero dei requisiti enucleati nell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016 le attestazioni "rafforzate" previste dall'art. 186 *bis* legge fallim.

Pur a fronte del silenzio della legge sul punto, risulta comunque pienamente condivisibile l'idea che «le due disposizioni convivano forzatamente nel medesimo stabile ma in piani diversi»⁽²²⁾, con la conseguenza

(22) Così PEZZANO-RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2016, 760; in senso conforme ATTANASIO, *Procedura concorsuali e appalti pubblici*, in *wwwfallimentiesocietà.it*, 2016, 8. In giurisprudenza, v. anche Trib.

che gli elaborati dell'esperto dovrebbero costituire, con ogni ragionevole probabilità, un apparato documentale imprescindibile per l'ottenimento delle autorizzazioni previste dalla legge.

E tale conclusione potrebbe passare da opportuna a (obiettivamente) necessaria se esaminata nella prospettiva *de iure condendo*, dal momento che la funzione autorizzatoria dell'ANAC, nell'ambito delle materie che ci occupano, pare destinata a ridursi sensibilmente (quando non a scomparire del tutto) alla luce dello schema del decreto correttivo approvato, in esame preliminare, dal Consiglio dei Ministri in data 23 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 2016⁽²³⁾.

L'art. 70 dello schema del decreto correttivo propone infatti di:

a) eliminare l'obbligo della previa audizione dell'ANAC nei casi in cui il giudice delegato autorizzi la partecipazione alle procedure di affidamento e l'esecuzione dei contratti già stipulati (art. 110, commi 3 e 4, D.Lgs. n. 50/2016);

b) prevedere che sia il (solo) giudice delegato (e non più l'ANAC), l'organo deputato a subordinare, se del caso, la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti (art. 110, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016)⁽²⁴⁾;

Trento, 1° giugno 2016, in *IFallimentarista.it*, secondo cui «la disciplina dettata dall'art. 110, la quale, peraltro, non è incompatibile con il sistema di attestazioni suppletive previsto dai commi 3° e 5° dell'art. 186-bis l. fall.».

(23) L'art. 1, comma 8, L. 28 gennaio 2016, n. 11, dispone che il Governo, entro un anno dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50/2016) può emanare disposizioni integrative e correttive al codice stesso, con la medesima procedura prevista per l'adozione del provvedimento principale. In quest'ottica, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha avviato la consultazione, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, delle principali categorie di soggetti destinatari del provvedimento correttivo, di prossima adozione.

(24) Al riguardo, è opportuno segnalare che il Consiglio di Stato nel rendere il proprio parere (num. 782 del 30 marzo 2017) sul decreto correttivo, ha segnalato che «la modifica – nel sottrarre all'ANAC la competenza a subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti – appare in contrasto con il criterio di delega di cui al n. 6 della lett. vv), in base al quale il codice deve disciplinare “i casi in cui l'ANAC può [...] sentito il giudice delegato alla procedura di fallimento o concordato preventivo e acquisito il parere del curatore o del commissario giudiziale, subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto»». Donde la precisazione per cui «nel caso in cui l'Amministrazione voglia confermare quanto precede, si

c) consentire al giudice delegato, nel caso in cui l'impresa non sia in regola con i pagamenti sia retributivi sia contributivi dei dipendenti, di richiedere all'ANAC informazioni in ordine ad eventuali iscrizioni nel casellario a carico dell'impresa interessata (art. 110, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016).

5. L'esecuzione dei contratti pubblici nell'ambito del concordato liquidatorio e nella fase preconcordataria.

La possibilità per il debitore di proseguire i contratti con la pubblica amministrazione in costanza di procedura è stata altresì confermata nella seconda parte del quarto comma dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, ove si afferma che, in caso di concordato con cessione dei beni o di presentazione della domanda "prenotativa" di cui al sesto comma dell'art. 161 legge fallim., l'esecuzione del rapporto può essere disposta «su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC».

Ne deriva che i contratti pubblici risultano suscettibili di prosecuzione (sia pure previo ottenimento delle necessarie autorizzazioni) anche in costanza di concordato con cessione dei beni e nella fase preconcordataria.

Rimane peraltro da chiedersi se la regolare esecuzione del rapporto possa essere in qualche modo impedita dalla stazione appaltante attraverso l'interpello previsto dal comma 1 dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, una volta preso atto dell'avvenuta presentazione, da parte del contraente originario, della domanda di concordato, anche solo nelle forme "prenotative" di cui al sesto comma dell'art. 161 legge fallim. ⁽²⁵⁾.

Conviene in proposito precisare che la (eventuale) soluzione affermativa potrebbe risultare praticabile nella sola misura in cui si dovesse rilevare che la presentazione della domanda di concordato *tout court* liquidatorio o anche solo "con riserva" determini, di per sé soltanto, lo scioglimento del primigenio rapporto negoziale, giacché, diversamente opinando, la stipulazione del nuovo contratto dovrebbe ritenersi preclusa a fronte della perdurante vigenza (e vincolatività) di quello originario.

Ora, la circostanza che i contratti pubblici possano ritenersi definitivamente "sciolti" per effetto della sola presentazione della domanda di concordato (con cessione dei beni) sembrerebbe in effetti confermata:

rende necessaria una modifica alla legge di delega che elimini il contrasto evidenziato ovvero un intervento diretto sul codice con legge o decreto legge».

⁽²⁵⁾ In senso affermativo, PEZZANO-RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, cit., 760.

a) dalla lettura *a contrario* dell'art. 186-*bis*, comma 3, legge fallim., il quale se, da un lato, afferma, con esclusivo riferimento al concordato con continuità, che i contratti in corso di esecuzione, «anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura», dall'altro, dovrebbe condurre a ritenere estinti i medesimi rapporti nel caso di concordato liquidatorio;

b) dalla natura obbligatoria dello “scorrimento di graduatoria”, evincibile dal disposto dell'art. 110, comma 1 (laddove precisa che le stazioni appaltanti «interpellano progressivamente»), in controtendenza rispetto alla previsione, declinata in termini di mera facoltà, del previgente art. 140, D.Lgs. n. 163/2006 («potranno interpellare progressivamente»);

c) dal “catalogo” delle situazioni contemplate dall'art. 110, nel cui ambito, accanto al fallimento, alla liquidazione coatta e al concordato preventivo, vengono previste ipotesi propriamente “estintive” del contratto, come la risoluzione o il recesso.

Senonché, questa impostazione non sembra pienamente coerente con il disposto del quarto comma dell'art. 110, il quale, nel prevedere la possibilità per il debitore di «eseguire i contratti già stipulati» con la pubblica amministrazione, presuppone pur sempre la necessaria “pendenza” del rapporto (salvo predicare una sorta di – obiettivamente “eccentrica” – reviviscenza degli effetti di un contratto ormai definitivamente estinto).

Delle due dunque l'una: o si afferma che la presentazione della domanda di concordato con cessione dei beni (o, comunque, non tipicamente strutturata sulla continuità aziendale *ex art. 186-bis*) determini “a catena” lo scioglimento del contratto e la consequenziale possibilità per la stazione appaltante di sostituire la controparte contrattuale (ma allora non si riuscirebbe a comprendere la possibilità di dare compiuta esecuzione a un rapporto che sarebbe, in quest'ottica, irrimediabilmente caduto); ovvero si ammette la perdurante vigenza del contratto anche in corso di procedura, fintanto che (*i*) il debitore decida di non darvi esecuzione, oppure (*ii*), sebbene intenzionato a proseguirlo, non ottenga le necessarie autorizzazioni, consentendo così alla stazione appaltante di provvedere alla stipulazione di un nuovo contratto con altro soggetto, previo “scorrimento” della graduatoria; ovvero, ancora, (*iii*) il rapporto non venga risolto per inadempimento⁽²⁶⁾ ai sensi dell'art. 108, comma 3,

(26) In generale, osserva LAMANNA, “La nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo” in *Il Fallimentarista.it*, 2013, che «nel concordato preventivo la proposizione di della domanda [di risoluzione n.d.r.] anche dopo il deposito del ricorso per concordato non

D.Lgs. n. 50/2016 (nonché, con riferimento alle concessioni, art. 176, D.Lgs. n. 50/2106).

In questa luce, si dovrebbe quindi escludere che la stazione appaltante possa provvedere – in assenza di una situazione di grave inadempimento, idonea a giustificare la risoluzione del contratto – alla sostituzione “in corsa” del contraente, adducendo, come causa ostativa alla prosecuzione del rapporto, la sola presentazione della domanda di concordato (ancorché non strutturata sulla continuità aziendale).

Al fine di evitare inopportune (quando non decisamente dannose) situazioni di “stallo”, la stazione appaltante dovrebbe comunque essere posta nella condizione di sollecitare la decisione del debitore in merito all’esecuzione del contratto (magari attraverso il meccanismo della “messa in mora” sulla falsariga di quanto efficacemente previsto dall’art. 72 legge fallim.), fatta comunque salva la possibilità di disporre la risoluzione per grave inadempimento (che potrebbe anche concretizzarsi in un eccessivo ritardo nell’esecuzione della prestazione), con conseguente (ri)affidamento del rapporto ad altro operatore.

Una soluzione, questa, che, soprattutto nel settore delle concessioni, potrebbe rendersi necessaria (quando non indispensabile) per assicurare la continuazione del servizio.

può considerarsi preclusa, salvo che nel caso in cui la domanda stessa sia soggetta a trascrizione (poiché, essendo prevista l’applicabilità anche al concordato dell’art. 45 l.f, a sua volta richiamato dall’art. 168, occorre, ai fini della relativa opponibilità, che tale formalità sia stata eseguita prima dell’inizio della procedura concordataria)». In giurisprudenza, v. Trib. Massa, 1° febbraio 2016, in *Il Caso.it*, secondo cui «non è praticabile l’importazione dei limiti alla risoluzione del contratto dettati dall’art. 72, commi 5 e 6, legge fallim. nella disciplina del concordato preventivo in quanto: i) l’art. 72 non è richiamato dall’art. 169 legge fallim. tra le disposizioni applicabili al concordato preventivo; ii) i commi 5 e 6 dell’art. 72 si innestano nel quadro di una disposizione la cui vocazione è ispirata dal principio generale (antitetico alla continuazione) della temporanea quiescenza – orientata verso lo scioglimento – dei contratti pendenti (art. 72, commi 1 e 2); iii) solo per il concordato con continuità è prevista l’inefficacia di clausole che prevedano la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione per effetto del deposito della domanda di concordato (art. 186-bis, comma 3, legge fallim.), con la conseguenza che, a contrario, nel concordato liquidatorio non potrebbe negarsi l’efficacia di clausole risolutive espressive di un regime diametralmente opposto a quello apprestato dall’art. 72, comma 6». In senso contrario, Trib. Modena, 6 agosto 2015, *ivi*.

6. *La questione della partecipazione a nuove procedure di affidamento nel periodo compreso tra la presentazione della domanda (anche “con riserva”) e l’ammissione definitiva al concordato in continuità.*

Una questione operativa di grande interesse e rilevanza pratica emersa all’indomani dell’introduzione dell’art. 186-*bis* legge fallim. concerne la possibilità per il debitore di partecipare a nuove procedure di affidamento nel periodo intercorrente tra la presentazione della domanda di concordato (anche solo “in bianco”, ma contenente una specifica riserva di depositare il piano basato sulla continuità aziendale) e l’ammissione definitiva.

Convieni in proposito precisare che la giurisprudenza amministrativa era concorde nel ritenere, già in epoca anteriore all’introduzione dell’art. 186-*bis* legge fallim., la proposizione del ricorso per concordato preventivo ostativo all’assegnazione dell’appalto⁽²⁷⁾.

E ciò in quanto l’art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, laddove collegava la causa di esclusione non solo all’assoggettamento a fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo ma anche alla semplice circostanza per cui fosse «in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni», era chiaro e non lasciava dubbi interpretativi «nel senso che la sola pendenza del procedimento per la dichiarazione del fallimento, del concordato preventivo o della liquidazione coatta, a seguito della presentazione di una istanza da parte dei soggetti legittimati, impedisce la partecipazione alla gara, a prescindere dall’esito del procedimento instaurato»⁽²⁸⁾.

Allo stesso modo, la giurisprudenza pronunciatisi all’indomani della riforma del 2012 ha precisato che la possibilità di partecipare alle procedure di assegnazione postulasse la definitiva ammissione (in epoca anteriore all’aggiudicazione definitiva) del debitore al concordato con continuità, non potendosi ritenere sufficiente la mera presentazione del ricorso (soprattutto se in forma “prenotativa” ai sensi dell’art. 161, comma 6), la quale avrebbe così dovuto essere valutata quale causa ostativa alla partecipazione alla gara (nonché all’eventuale assegnazione), in conformità alla normativa di settore⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ In questo senso, *ex aliis*, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 24 novembre 2011, n. 543, in *Foro amm. TAR*, 2011, 11, p. 3452.

⁽²⁸⁾ Così, PELLEGRINO, *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., p. 4.

⁽²⁹⁾ Cons. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101, in *Urb. e app.*, 2014, p. 417; T.A.R. Valle d’Aosta, 18 aprile 2013, in *Red. amm. TAR*, 2013, p. 4; T.A.R. Roma, 4 giugno 2014, in *Pluris-*cedam.utetgiuridica.it**. Nello stesso senso, in dottrina, DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d’impresa*, in questa *Rivista*, 2016, I, 627, secondo cui non vi è «compatibilità tra il concordato “in bianco” e le procedure di affidamento di contratti pubblici, proprio in

In altri termini, posto che solo l'ammissione al concordato in continuità annette un effetto, per così dire, "ripristinatorio" delle ordinarie condizioni di partecipazione alla gara, si sarebbe dovuto conseguentemente ritenere escluso «un effetto siffatto nel periodo intercorrente tra il deposito della relativa istanza-ricorso ed il decreto del tribunale conclusivo del procedimento di ammissione (artt. 162 o 163 l. fall.)»⁽³⁰⁾.

Tale ricostruzione avrebbe potuto trovare esplicita conferma anche nella lettera dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, giacché «l'inciso "salvo il caso di cui all'art 186-bis" fa seguito all'elencazione dei soggetti esclusi in quanto "si trovano in stato [...] di concordato preventivo", quindi si riferisce al soggetto che "si trova" nello stato di concordato preventivo con continuità aziendale, cioè nei cui confronti il tribunale abbia dichiarato detto stato ai sensi dell'art. 163 l. fall.»⁽³¹⁾.

Sotto un profilo meno formale, poi, avrebbe deposto in favore di questa impostazione la necessità di soddisfare le esigenze di speditezza delle procedure di affidamento; esigenze, queste, che avrebbero dovuto prevalere, in una logica di pesi e contrappesi, sulla finalità di conservazione dell'attività dell'impresa partecipante⁽³²⁾.

ragione del combinato disposto di cui agli artt. 2 e 38 del Codice degli appalti». In argomento v. anche LAMANNA, *Preconcordato e partecipazione alle procedure di assegnazione di contratti pubblici*, in *Il Fallimentarista.it*, p. 1, il quale precisa che, con specifico riguardo al concordato preventivo con riserva, risulterebbe comunque arduo riconoscere nella fase preconcordataria lo svolgersi di un concordato con continuità aziendale in senso proprio, giacché difetterebbero comunque non solo il piano strutturato secondo le forme dell'art. 186-bis ma anche l'attestazione "speciale" del professionista sulla funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, i quali – com'è noto – costituiscono requisiti essenziali per la partecipazione.

⁽³⁰⁾ Cons. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101, cit.

⁽³¹⁾ Cons. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101, cit., ove il rilievo per cui «lo stesso inciso è concluso, precede ed è separato con virgola dalla successiva dizione 'o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni', cioè degli ulteriori soggetti esclusi, tra i quali, dunque, rientra l'impresa nei cui riguardi sia in corso il procedimento per l'anzidetta dichiarazione. Vale a dire che, diversamente (ed a prescindere dall'inequivoco testo dell'art. 186-bis legge fallim. a cui fa rinvio), la norma sarebbe stata formulata ponendo l'inciso derogatorio al termine della disposizione, mentre, poiché la disgiuntiva 'o' è collocata dopo ed al di fuori della deroga, la deroga stessa non comprende l'ipotesi in cui sia pendente la procedura per l'ammissione al concordato con continuità aziendale».

⁽³²⁾ Secondo T.A.R. Valle d'Aosta, 18 aprile 2013, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1097, «l'ipotesi che si possa tener conto della *ratio* della norma introduttiva dell'istituto del concordato con continuità aziendale, tanto da superare la previsione della necessità di ammissione al concordato anteriormente alla conclusione della gara, esporrebbe la procedura di affidamento ad una durata non preventivabile, anche in conseguenza del possibile esito negativo della procedura concordataria».

A questo orientamento si è contrapposta una distinta corrente interpretativa, la quale, muovendo dall'atteggiamento di favore serbato dal legislatore per le soluzioni negoziate della crisi, ha dichiaratamente privilegiato una chiave di lettura che tenesse in debito conto le «esigenze di *favor participationis* e di valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla *ratio* della nuova norma fallimentare»⁽³³⁾, conseguentemente ritenendo che anche la sola «istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale – purché debitamente documentata – consenta di ammettere l'impresa alla gara pubblica»⁽³⁴⁾.

In questa prospettiva, «inibire all'impresa di partecipare alle gare per l'affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre) confligge con la finalità della norma volta a preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti»⁽³⁵⁾.

Muovendo dalla *ratio* «della legge di riforma, che ha quale obiettivo quello di guidare l'impresa oltre la crisi e ciò nell'interesse anche del mercato e degli stessi creditori»⁽³⁶⁾, avrebbe quindi dovuto confermarsi che l'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 consente «la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che sono già state ammesse al concordato con continuità aziendale e hanno già ottenuto il decreto di ammissione, ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo previa autorizzazione del tribunale»⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 7 marzo 2013, in *IlCaso.it*.

⁽³⁴⁾ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 7 marzo 2013, cit.

⁽³⁵⁾ Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6272, in *Fallimento*, 2014, p. 667.

⁽³⁶⁾ Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6272, cit.

⁽³⁷⁾ Cons. Stato, 3 luglio 2014, n. 3344, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 1327. Nello stesso senso, più di recente, Cons. Stato, 3 febbraio 2016, n. 426, in *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*; T.A.R. Sardegna, 9 giugno 2016, n. 494, *ivi*. In dottrina v., per tutti, MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fallimento*, 2014, p. 677. Secondo PIZZA, *Concordato con continuità e contratti pubblici: questioni risolte e nuovi problemi nel prisma del "nuovo" art. 186-bis, comma 4, l. fall.*, in *IlFallimentarista.it*, p. 6, la tesi maggiormente permissiva viene suffragata anche dall'«argomento interpretativo letterale applicato all'art. 38, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163 del 2006 isolatamente considerato», posto che «il secondo capoverso di siffatta disposizione, infatti, mediante l'uso del sintagma "...tali situazioni..." opera un vero e proprio rinvio all'intero primo capoverso, richiamando tachigraficamente tutte le situazioni menzionate da quest'ultimo, e cioè: "stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Da ciò deriva che, almeno se ci si limita alla parola del legislatore, la presentazione di una domanda per l'ammissione ad un concordato preventivo con continuità aziendale – anche ove effettuata dopo la presentazione alla do-

Tali rilievi sono stati in un primo momento recepiti dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 (convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 9), il quale, nell'introdurre il nuovo comma 4 dell'art. 186-*bis*, ha espressamente previsto che «successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale».

Alla luce della versione “definitiva” dell'art. 186-*bis* dovrebbe quindi ritenersi ammissibile la partecipazione del debitore a nuove procedure di affidamento nella fase compresa tra il deposito della domanda anche solo “prenotativa”⁽³⁸⁾ (a condizione che il ricorso venga accompagnato da un'adeguata *disclosure* in merito alle linee guida del piano) e l'ammissione definitiva al concordato con continuità.

Questa soluzione dovrebbe tuttavia essere opportunamente “calibrata” alla luce delle previsioni contenute nel D.Lgs. n. 50/2016, il quale, come già anticipato:

a) all'art. 80, comma 5, esclude dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico che si trovi «in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di *concordato con continuità aziendale*, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110»;

b) all'art. 110, comma 3, consente la partecipazione alle nuove procedure di affidamento solamente all'«impresa ammessa al concordato con continuità aziendale» e al «curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio».

Muovendo dal dato letterale, la partecipazione alla procedura di gara per l'impresa non ancora ammessa al concordato in continuità dovrebbe pertanto ritenersi, a stretto rigore, esclusa, rimanendo sostanzialmente

manda di partecipazione ad una gara pubblica – non può, di per se stessa, impedire la partecipazione a quest'ultima».

⁽³⁸⁾ Sulla compatibilità tra la partecipazione alla procedura di gara e l'intervenuta presentazione della domanda di concordato “in bianco” era altresì intervenuta l'ANAC con Determinazione n. 5, 8 aprile 2015, in G.U., n. 97 del 28 aprile 2015 che modifica la Determinazione n. 3, 23 aprile 2014, in *Anticorruzione.it*. Per contro, secondo Cons. Stato, 16 agosto 2016, n. 3639, in *IlCaso.it*, il quarto comma dell'art. 186-*bis* avrebbe «valenza innovativa e non meramente ricognitiva», con la conseguenza che, nella vigenza del quadro normativo delineato dal D.L. n. 83/2012, la pendenza di un procedimento per l'ammissione alla procedura concordataria al momento di partecipazione alla gara, ovvero in quello in cui è disposta l'aggiudicazione dell'appalto, avrebbe costituito una preclusione *tout court* all'affidamento.

assorbita dallo spettro delle preclusioni indicate, ancorché implicitamente, dall'art. 110 (come in effetti parrebbe confermato anche dall'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016).

Una conclusione siffatta, comportante un non trascurabile “cortocircuito” del sistema, potrebbe tuttavia ritenersi non “obbligata”.

Le obiettive distonie che caratterizzano questa soluzione (ancorché “immediata” alla luce del novellato quadro normativo ma pur sempre in netta controtendenza rispetto alla previsione tuttora contenuta nell'art. 186-*bis*, comma 4, legge fallim.) potrebbero invero indurre a privilegiare una lettura controcorrente, che – sulla scorta delle considerazioni già espresse da una parte della giurisprudenza amministrativa (sia pure con riferimento alla disciplina previgente) – consenta di ricercare il giusto bilanciamento tra le esigenze di economicità, efficacia, tempestività e correttezza che devono caratterizzare l'azione amministrativa e la necessità di consentire, nel periodo di crisi attuale, l'effettivo recupero delle imprese in difficoltà⁽³⁹⁾.

Non sarebbe peraltro ragionevole pensare che il legislatore della riforma non fosse edotto del dibattito sulla compatibilità tra le nuove procedure di affidamento e l'intervenuta presentazione della domanda di (pre)-concordato che preannunci la volontà del debitore di presentare un piano strutturato sulla continuità aziendale, sicché non sembra peregrino ipotizzare che, ove avesse voluto escludere tale possibilità, ben avrebbe potuto abrogare espressamente il quarto comma dell'art. 186-*bis* legge fallim.

Anzi, l'atteggiamento di dichiarato *favor* (a più riprese espresso dal legislatore) per i tentativi di soluzione negoziata della crisi incentrati sulla conservazione dell'impresa dovrebbe indurre a ritenere, semmai, l'esatto contrario rispetto a quello che sembrerebbe trasparire dalla lettura degli artt. 80 e 110, D.Lgs. n. 50/2016, vale a dire che la presenza di elementi di continuità aziendale (riscontrabili sin dalla presentazione del ricorso di

⁽³⁹⁾ In questo senso già PEZZANO-RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, cit., p. 761, i quali condividono la soluzione permissiva sulla base di tali considerazioni: «i) anzitutto il richiamo espresso ai soli contratti pendenti non sembra di per sé ostativo, atteso che, in passato, non era affatto scontata la prosecuzione dei rapporti in corso; ii) in secondo luogo, l'art. 186-*bis*, comma 4, legge fallim. non è stato esplicitamente abrogato; iii) di poi, l'art. 110, comma 4, prevede, in evidente quanto parziale modifica dell'art. 186-*bis*, comma 5, legge fallim., che solo l'impresa già ammessa al concordato in continuità non debba necessariamente ricorrere all'avvalimento, tantomeno “rinforzato”, per partecipare ad una procedura di affidamento; iv) infine, il generico riferimento “ad impresa in concordato”, di cui al successivo comma 5 relativo all'avvalimento “rinforzato”, potrebbe anche riferirsi all'ipotesi in cui sia stato, a tutti gli effetti, introdotto il concordato con riserva».

“preconcordato”) giustifichi di per sé la partecipazione a nuove procedure di affidamento.

Di qui l'idea che il quarto comma dell'art. 186-*bis* legge fallim. (non avendo subito esplicita abrogazione)⁽⁴⁰⁾ possa in effetti essere destinato a disciplinare, sia pure con i necessari correttivi, la “zona grigia” che va dal deposito della domanda di concordato “in bianco” (con riserva di presentazione del piano e della proposta strutturati sulla continuità aziendale) e l'ammissione definitiva.

Se così è, al debitore potrebbe essere consentito partecipare alle procedure di gara anche in seguito alla presentazione della domanda “prenotativa”, a condizione che venga già in quella sede preannunciata (e adeguatamente documentata) la concreta percorribilità di un piano strutturato sulla continuità aziendale.

Né tale soluzione potrebbe arrecare un irrimediabile *vulnus* alle esigenze della stazione appaltante, la quale risulterebbe comunque adeguatamente “garantita” dall'ampio spettro autorizzatorio che pur sempre la legge impone in vista dell'eventuale partecipazione alla procedura di affidamento.

Va da sé che, nel caso in cui tale facoltà dovesse esser ritenuta astrattamente ammissibile anche in questa fase, l'istanza di autorizzazione dovrà essere non solo adeguatamente motivata dal debitore, ma anche accompagnata dalla dettagliata indicazione dei caratteri della soluzione concordataria che si intende proporre, onde consentire al tribunale una ponderata valutazione sulla compatibilità della (eventuale) esecuzione del contratto con il piano oggetto di futuro deposito, con particolare riguardo (*i*) alla funzionalità del rapporto al miglior soddisfacimento dei creditori, nonché (*ii*) alle ragionevoli capacità di adempimento alle obbligazioni che l'imprenditore intende assumere.

7. *La questione della prededucibilità dei crediti del subappaltatore alla luce dell'art. 105, D.Lgs. n. 50/2016.*

L'art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006, nel testo modificato dal D.Lgs. n. 113/2007, prevedeva che «nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite

⁽⁴⁰⁾ *Contra* ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit., p. 8, che sostiene l'intervenuta abrogazione tacita del quarto comma dell'art. 186-*bis* per incompatibilità con i commi terzo e quarto dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016.

o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari».

Muovendo dal dato normativo, la Cassazione⁽⁴¹⁾ ha – com'è noto – riconosciuto il beneficio della prededuzione alle pretese vantate dal subappaltatore a titolo di corrispettivo di un contratto di subappalto concluso con la società poi fallita, sul presupposto che «il pagamento del credito del [subappaltatore], a lume della disciplina che lo governa, è destinato ad incidere [...] sulla gestione fallimentare», atteggiandosi a «condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta nei confronti della stazione appaltante». Ad avviso della Suprema Corte, quindi, la «necessaria sovrapposizione tra le rispettive posizioni creditorie pales[erebbe] l'interesse della massa a quel pagamento, utile e necessario per il conseguimento dello scopo della procedura seppur in quel limitato ambito, dunque ne rappresenta la funzionalità che ne giustifica la prededucibilità»⁽⁴²⁾.

Questa ricostruzione non ha tuttavia trovato pieno riscontro nella successiva giurisprudenza di merito⁽⁴³⁾, la quale si è in maggioranza discostata dai principi espressi dalla Cassazione, escludendo la natura prededucibile dei crediti del subappaltatore.

⁽⁴¹⁾ Cass., 5 marzo 2012, n. 3402, in *CED Cassazione*, 2012.

⁽⁴²⁾ Così Cass., 5 marzo 2012, n. 3402, cit. Nello stesso senso anche, più di recente, Cass., 16 febbraio 2016, n. 3003, *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui tuttavia il principio affermato dalla precedente pronuncia del 2012 non potrebbe essere inteso nel «senso che un tal credito vada ammesso, sempre e comunque, in prededuzione (finendo per dar luogo ad una sorta di innominato privilegio) e ciò anche se la massa dei creditori non tragga alcuna concreta soddisfazione dall'esecuzione di quel pagamento (per il minor o nullo o incerto introito che a quel pagamento consegua). Al contrario, l'ammissione del credito del subappaltatore al passivo fallimentare in prededuzione potrà trovare riscontro solo se e in quanto esso comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro ed indubbio vantaggio conseguente al pagamento del committente-P.A. il quale subordini il suo pagamento di una maggior somma alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito, ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, comma 3».

⁽⁴³⁾ V. Trib. Bolzano, 25 febbraio 2014, Trib. Pavia, 26 febbraio 2014, Trib. Milano, 17 luglio 2014, tutte in *Fallimento*, 2014, pp. 1289 e ss., con nota di BOTTAI, *La problematica convivenza tra subappalto e fallimento e le ragioni di politica del diritto*, cui adde, nella giurisprudenza più recente, Trib. Treviso, 12 marzo 2016, in *Fallimentiesocietà.it*. In senso conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità Trib. Como, 11 giugno 2015, in *IlFallimentarista.it*.

Gli argomenti addotti a sostegno di questa (contraria) conclusione si sviluppano attraverso le seguenti “direttrici” fondamentali:

a) l’art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006 troverebbe applicazione solo a fronte della permanente vigenza (e vincolatività) del contratto di appalto, risultando per contro incompatibile con il sopravvenuto fallimento dell’appaltatore, che determinerebbe l’estinzione del rapporto *ope legis*;

b) a fronte del fallimento dell’appaltatore (e dell’accertamento del credito del subappaltatore in sede di verifica del passivo) verrebbe meno l’obbligo per la stazione appaltante di sospendere i pagamenti;

c) il beneficio della prededuzione potrebbe essere riconosciuto anche ai crediti maturati prima del decreto di ammissione al concordato (o della sentenza dichiarativa di fallimento), alla sola condizione che il pagamento risulti in concreto utile per la massa dei creditori.

La questione risulta oggi sensibilmente ridimensionata alla luce dell’entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016⁽⁴⁴⁾, nella parte in cui ha, da un lato, (i) “liberalizzato”, il pagamento diretto al subappaltatore (art. 105, comma 13, nonché, con riferimento alle concessioni di servizi, art. 174, comma 7), eliminando, dall’altro, (ii) l’obbligo per la stazione appaltante di sospendere, in caso di mancato soddisfacimento del subappaltatore, i pagamenti dovuti all’affidatario (e, con esso, la condizione di esigibilità su cui la giurisprudenza di legittimità aveva fondato il riconoscimento della natura prededucibile del credito del subappaltatore)⁽⁴⁵⁾.

Sullo sfondo, rimane comunque da valutare la compatibilità della previsione che oggi consente il pagamento diretto con l’intervenuto assoggettamento dell’appaltatore a procedura concorsuale (fallimentare o concordataria).

Ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere preferibile una risposta negativa⁽⁴⁶⁾ quantomeno per i crediti derivanti dai rapporti defi-

⁽⁴⁴⁾ In argomento v. PERRINO, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, in *Foro it.*, 2016, p. 306-307.

⁽⁴⁵⁾ L’art. 105, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016, attraverso il richiamo alle disposizioni contenute nell’art. 30, commi 5 e 6, D.Lgs. n. 50/2016, prevede che, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell’esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi (nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC), la stazione appaltante dovrà pagare direttamente quanto dovuto agli enti previdenziali e assicurativi e ai lavoratori, anche attingendo dal fondo di garanzia definitiva previsto dall’art. 103 del decreto.

⁽⁴⁶⁾ Pienamente coerente risulta il richiamo, effettuato da ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit., p. 15, a Cass., 15 maggio 2009, n. 11360, in *CED Cassazione*, 2009, pronunciata con riguardo al caso del pagamento diretto previsto dall’art. 1917,

nitivamente risolti (o, comunque, non altrimenti perseguibili ai sensi dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016), dovendosi ritenere precluse (in ambito tanto fallimentare quanto concordatario) forme di pagamento *lato sensu* “preferenziali” di crediti anteriori, che dovranno essere invece soddisfatti secondo le regole del concorso, salva diversa previsione di legge.

In quest’ottica, gli eventuali pagamenti disposti dalla stazione appaltante a beneficio del subappaltatore potrebbero ritenersi inefficaci nei confronti dei creditori e, come tali, ripetibili ai sensi dell’art. 44 legge fallim. ⁽⁴⁷⁾, in caso di fallimento, nonché *ex artt.* 167 e 168 legge fallim., per il concordato.

Tale conclusione potrebbe invece essere destinata a mutare con riferimento ai crediti maturati in costanza di procedura e in esecuzione di un contratto proseguito ai sensi dell’art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, i quali potranno essere soddisfatti ai sensi dell’art. 105, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016, direttamente dalla stazione appaltante, proprio per effetto della prosecuzione del rapporto, che dovrà pur sempre avvenire nel rispetto (e secondo le regole) della relativa disciplina di legge.

Dovrebbe per contro escludersi la possibilità per la pubblica amministrazione di provvedere direttamente al pagamento dei crediti maturati in epoca anteriore all’apertura della procedura, ancorché in esecuzione di un contratto poi regolarmente proseguito, una volta constatata la prevalenza delle norme concorsuali rispetto all’art. 105, D.Lgs. n. 50/2016 (il quale, essendo espressione di una legge generale, pare destinato a cedere il passo ad ogni previsione di segno contrario, ancorché contenuta in una norma anteriore dotata di carattere speciale) ⁽⁴⁸⁾.

comma 2, c.c.; nell’ambito del previgente quadro normativo v. Trib. Aosta, 16 marzo 2011, in *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, secondo cui «il pagamento effettuato al subappaltatore in costanza di fallimento dell’appaltatore risult[a] a questi inopponibile perché l’*iter* descritto resta – sì – conforme ai principi che disciplinano il settore in una situazione normale di svolgimento di quei rapporti ma non al cospetto di evenienze anomale di insolvenza attratte alla procedura concorsuale che deve garantire il rispetto della *par condicio* anche nelle materie ad evidenza pubblica quale quella di specie».

⁽⁴⁷⁾ Merita al riguardo precisare che il destinatario dell’azione di inefficacia sarebbe, in questo caso, solamente il subappaltatore e non anche la stazione appaltante. Una traccia di questo ragionamento sembra rinvenibile alla luce delle considerazioni recentemente espresse dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all’azione promossa da un fallimento per ottenere la declaratoria d’inefficacia di un pagamento disposto dal terzo pignorato: v. Cass., 19 luglio 2016, n. 14779, in *IlCaso.it*.

⁽⁴⁸⁾ Le conclusioni in parola risultano coerenti, a ben vedere, con le considerazioni espresse dalla giurisprudenza che ha ritenuto il previgente art. 3-*bis* dell’art. 118 D.Lgs. n. 163/2006 compatibile con i soli casi di «autorizzazione al pagamento diretto da parte del committente di crediti dei subfornitori sorti nel corso della procedura (anche di concordato

8. *La concessione del documento unico di regolarità contributiva all'impresa in concordato.*

Com'è noto, ai sensi dell'art. 2, D.L. 5 settembre 2002, n. 210, le imprese affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare, a pena di revoca dell'affidamento, il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), attraverso cui viene certificato il puntuale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali da parte delle imprese appaltatrici di lavori pubblici e privati.

Allo stesso modo, l'art. 38, lett. i), D.Lgs. n. 163/2006, assumeva la commissione di «violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali» quale causa di esclusione dalle procedure di affidamento.

Questi principi sono stati sostanzialmente ribaditi dall'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, comma 4, secondo cui «un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti»; e ciò con la precisazione che «costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015».

Inoltre, fermo restando il vincolo dell'utilizzo del certificato nell'ambito della singola procedura di affidamento, il possesso di DURC regolare assume autonoma rilevanza anche durante la fase di esecuzione del contratto, posto che la stazione appaltante è tenuta ad acquisire d'ufficio il certificato «ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto» (art. 105, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016, analogamente a quanto previsto dal previgente art. 118, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006), essendo altresì chiamata a trattenere l'importo corrispondenza all'eventuale inadempienza contributiva e a disporre il relativo pagamento direttamente agli enti previdenziali ed assistenziali (art. 30, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016).

con riserva), mentre per i crediti anteriori non [sarebbe stato] possibile prescindere dal ricorso alla disposizione di cui all'art. 182-*quinquies* legge fallim. e dalla attestazione ivi prevista, non potendosi introdurre eccezioni alla regola della *par condicio creditorum* che non siano espressamente previste dalla legge»: v. Trib. Ravenna, 26 marzo 2014, in *IlCaso.it*.

Le modalità di rilascio del certificato sono specificate nel D.m. 30 gennaio 2015 (che ha sostituito il D.m. 24 ottobre 2007), il quale, nell'imporre il possesso del certificato ai datori di lavoro ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale nonché di quelli previsti dalla disciplina comunitaria, ne elenca i requisiti per l'ottenimento, unitamente alle cause ostative alla relativa concessione.

In questa luce, è possibile constatare che la possibilità, per il debitore, di ottenere il DURC positivo anche in seguito alla presentazione della domanda di concordato preventivo (accompagnata – come sovente accade – da situazioni di “irregolarità” sotto il versante “contributivo”) assume rilevanza dirimente sotto il profilo della perseguibilità dei contratti pubblici.

La questione è stata dapprima affrontata dal Ministero del Lavoro, il quale ha apertamente confermato la possibilità, per l'imprenditore ammesso al concordato preventivo con continuità aziendale, di ottenere l'attestazione della regolarità contributiva anche in costanza di procedura (e a prescindere dall'esistenza delle pregresse passività di matrice contributiva). Ed invero, «la *ratio* della procedura concorsuale, finalizzata a garantire la prosecuzione dell'attività aziendale e alla salvaguardia dei livelli occupazionali, sarebbe disattesa qualora si riconoscesse un'incidenza negativa alle situazioni debitorie sorte antecedentemente all'apertura della procedura stessa. Ciò in quanto l'impresa sottoposta a concordato non avrebbe la possibilità di ottenere un DURC, se non alla chiusura del piano di risanamento, con conseguente e inevitabile pregiudizio per il superamento della crisi»⁽⁴⁹⁾.

Tale ricostruzione avrebbe potuto trovare esplicita conferma nella lettera dell'art. 5, comma 2, lett. b, D.m. 24 ottobre 2007 (oggi art. 3, comma 2, lett. b, D.m. 30 gennaio 2015), a mente del quale il requisito della regolarità contributiva deve considerarsi sussistente in caso di «sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative».

Essendo preclusa al debitore la possibilità di provvedere autonomamente al pagamento delle obbligazioni concorsuali in costanza di procedura (e, quindi, di regolarizzare la propria posizione contributiva), dovrebbe predicarsi la piena operatività «del comma 2, lett. b) dell'art. 5 citato,

⁽⁴⁹⁾ Così l'interpello, n. 41/2012, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in *Lavoro.gov.it*.

secondo il quale la regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di sospensione di pagamento a seguito di disposizioni legislative»⁽⁵⁰⁾.

All'esito di un articolato percorso ermeneutico, anche la giurisprudenza di merito ha definitivamente avallato l'idea che, in costanza di procedura, «sussiste la regolarità contributiva anche in mancanza di rilascio del DURC da parte degli enti previdenziali», giacché, «nonostante i debiti nei confronti degli enti previdenziali non consentano di ottenere il DURC», l'imprenditore in concordato «va considerat[o] comunque in regola sotto il profilo degli oneri contributivi in virtù del disposto dell'art. 5, comma 2 lett. b) del d.m. n. 279/2007, non potendo effettuare pagamenti di crediti anteriori alla presentazione della domanda in forza di quanto previsto dall'art. 168 l. fall.»⁽⁵¹⁾.

L'art. 5 del D.m. 30 gennaio 2015 ha così previsto specificamente che «in caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano di cui all'art. 161 del medesimo regio decreto sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge».

Senonché, questa impostazione (destinata ad operare con esclusivo riferimento al concordato in continuità) non è parsa pienamente esaustiva, dal momento che la situazione di «sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative» dovrebbe intendersi consustanziale a tutte le tipologie concordatarie, gravando in ogni caso sul debitore il divieto di provvedere autonomamente al pagamento dei debiti sorti anteriormente alla presentazione della domanda di concordato.

⁽⁵⁰⁾ Così l'interpello n. 41/2012, cit. Merita tuttavia precisare che, come rilevato dal Ministero del Lavoro, l'operatività della condizione sospensiva di cui al D.m. 24 ottobre 2007 presuppone che «il piano, omologato dal Tribunale, contempra l'integrale assolvimento dei debiti previdenziali e assistenziali contratti prima dell'attivazione della procedura concorsuale».

⁽⁵¹⁾ Così Trib. Siracusa, 2 ottobre 2013, in *IFallimentarista.it*. Nello stesso senso v., con riferimento ad una impresa fornitrice di aziende sanitarie, Trib. Cosenza, 19 dicembre 2012, in *ILCaso.it*, il quale ha condivisibilmente ritenuto che, nel concordato preventivo, al divieto generale di cui all'art. 168 legge fallim. di pagare i creditori anteriori consegua l'applicabilità della disciplina eccezionale di cui al secondo comma, lett. b), art. 5, D.m. 24 ottobre 2007, il quale consente il rilascio del DURC anche in «caso di sospensione dei pagamenti (contributivi) a seguito di disposizioni legislative». Più di recente, v. anche Trib. Pavia, 20 dicembre 2014, in *ilFallimentarista.it*.

Il divieto in questione⁽⁵²⁾, ancorché non espressamente “scolpito” nella lettera della legge, risulta implicitamente desumibile, dal combinato disposto (i) dell’art. 161, comma 7, legge fallim., che vieta al debitore – dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all’art. 163 legge fallim. – il compimento di atti di straordinaria amministrazione in assenza di autorizzazione del tribunale; (ii) dell’art. 167 legge fallim., che subordina il compimento di atti di straordinaria amministrazione all’autorizzazione del giudice delegato; nonché (iii) dell’art. 168, legge fallim., il quale, nell’inibire, in costanza di procedura, l’esercizio di azioni esecutive da parte dei creditori, «comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata, possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori»⁽⁵³⁾.

Questi assunti sono stati progressivamente recepiti dalla giurisprudenza di merito, come testimonia il recente e pregevole provvedimento del Tribunale di Roma, ove si afferma che proprio le norme di cui agli art. 161, 167 e 168 legge fallim. «costituiscono “disposizioni legislative” che in virtù del citato art. 5, lett. b) abilitano, o meglio non obbligano, gli enti a emettere un DURC positivo anche in presenza di inadempienze»⁽⁵⁴⁾, potendosi conseguentemente estendere la linea interpretativa inaugurata dal Ministero del Lavoro «a tutte le tipologie concordatarie (concordato in continuità, in continuità indiretta, liquidatorio puro) e, a maggior ragione, al concordato prenotativo, poiché se l’impresa – durante la fase preparatoria del concordato – fosse privata del DURC avrebbe scarsa possibilità di sopravvivere, di elaborare un piano e, contemporaneamente, di portarne a termine le previsioni; al contrario, l’unica opportunità per conservare i benefici conseguenti al DURC rimarrebbe quella di pagare (preventivamente e per intero) gli enti previdenziali con il fine di sanare le posizioni di irregolarità contributiva, creando una sorta di corsia preferenziale automatica per costoro, con una innegabile ed inammissibile violazione delle regole del concorso rispetto agli altri creditori di pari rango»⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ In argomento v., nella giurisprudenza di merito, App. Venezia, 30 gennaio 2014, in *Fallimento*, 2014, p. 1209; cui *adde*, in dottrina, STASI, sub art. 167, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento. Disciplina UE e transfrontaliera. Disciplina tributaria*, Milano, 2013, p. 1984; CANAZZA, *Limiti del divieto di pagamento dei crediti pregressi nel concordato preventivo (di natura liquidatoria)*, in *Fallimento*, 2014, p. 1211.

⁽⁵³⁾ Così App. Venezia, 30 gennaio 2014, cit.

⁽⁵⁴⁾ Così Trib. Roma, 5 dicembre 2014, in *Il Caso.it*.

⁽⁵⁵⁾ Così Trib. Roma, 5 dicembre 2014, cit. Nello stesso senso anche Trib. Bergamo,

Muovendo da tali assunti, pare possibile affermare che il DURC potrà essere rilasciato all'impresa che abbia presentato domanda di concordato (anche con riserva)⁽⁵⁶⁾, in considerazione dell'inderogabile divieto di effettuare pagamenti spontanei, al di fuori del concorso.

Da ultimo, merita altresì interrogarsi sui rimedi esperibili dal debitore a fronte dell'ingiustificato diniego al rilascio del DURC regolare.

Ebbene, muovendo dall'assunto secondo cui «il rapporto sostanziale di cui il DURC è mera attestazione si consuma interamente in ambito privatistico, senza che su di esso vengano ad incidere direttamente o indirettamente poteri pubblicistici»⁽⁵⁷⁾, non sembrano sussistere alternative a che il debitore agisca in sede ordinaria per ottenere il rilascio dell'attestazione, ferma restando, in questa eventualità, la competenza del giudice del lavoro trattandosi di controversia riguardante – come rilevato dalla giurisprudenza – l'applicazione di norme previdenziali relative al versamento dei contributi⁽⁵⁸⁾.

ABSTRACT: The paper analyzes the connections between the composition with creditors and the public contracts, as resulting from the introduction of the D.Lgs. n. 50/2016, (aimed at simplifying the regulation of contracts in the public sphere). The author addresses many interpretative issues arising from the necessary connections between the insolvency law and the Public Procurement Code, focusing primarily on the award (and the execution) of the public contracts within the procedure of composition.

23 aprile 2015, in *IFallimentarista.it*. Al riguardo, si segnala altresì che con successiva nota del 21 luglio 2015, anche il Ministero del Lavoro ha così affermato in via definitiva «l'obbligo di rilascio del DURC alle imprese che abbiano conseguito l'omologazione del concordato preventivo, anche laddove il relativo piano non contempli l'integrale soddisfazione dei crediti di INPS e INAIL muniti di privilegio».

⁽⁵⁶⁾ Trib. Cassino, 27 maggio 2016, in *Unijuris.it*.

⁽⁵⁷⁾ Cons. Stato, 17 maggio, 2013, n. 2682, in *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

⁽⁵⁸⁾ Trib. Cosenza, 1° luglio 2015, in *IFallimentarista.it*.

VINCENZO VITO CHIONNA (*)

Professore associato di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari A. Moro

LE SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

Abstract :Muovendo dalla particolare portata sistematica dell'art. 14 TUSPP (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) che ha meritoriamente dissolto ogni dubbio di praticabilità delle procedure concorsuali per le società pubbliche, il lavoro si occupa della prima ricostruzione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 14 TUSPP oltre che, con maggiore attenzione, di quello oggettivo. In questa seconda prospettiva viene infatti approfondito soprattutto il riferimento al “*concordato preventivo*” per le “*società a controllo pubblico*” al fine di comprendere da un canto se sia o meno possibile una sua lettura restrittiva limitata ai soli concordati in c.d. “*continuità aziendale*” (con esclusione dei concordati puramente liquidatori) e dall'altro se la praticabilità di tale particolare genere di procedura di soluzione negoziata della crisi costituisca un vincolo preliminare di verifica imposto agli amministratori delle società a controllo pubblico nell'adozione dei “*provvedimenti necessari*” ex art. 14, comma 2, TUSPP nel caso in cui si dovessero manifestare “*uno o più indicatori di crisi aziendale*” nell'ambito dei “*programmi di valutazione del rischio di cui all'art.6*”. Registrata più di una indicazione favorevole – sul piano letterale e sistematico – per una risposta affermativa ad entrambe le questioni, il saggio si conclude rilevando *da un canto* una nuova filosofia di approccio al dissesto di una società a controllo pubblico che ripudia ormai gli interventi finanziari di salvataggio – magari a fondo perduto – sviluppati in via autonoma dal socio pubblico ma che, di fatto, soprattutto leggendo l'attività di impresa in chiave di *governance* “politica”, restava tendenzialmente propenso ad un intervento finanziario illimitato; e *dall'altro* che la soluzione concordata della crisi così ricostruita si offre come una sorta di naturale proiezione giudiziaria dell'allerta segnata dal TUSPP, diventando una garanzia di effettività del piano di risanamento della società a controllo pubblico.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I meriti del legislatore per l'introduzione dell'art. 14 TUSPP. - 3. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 14 TUSPP. - 4. ... e quello oggettivo. - 5. Il riferimento al “concordato preventivo” nell'art. 14 TUSPP per le “società a controllo pubblico”. - 6. (*Segue*) il “programma di valutazione del rischio di crisi” ex art. 6 TUSPP e i “provvedimenti necessari”. - 7. (*Segue*) i “provvedimenti necessari” imposti dall'art. 14 TUSPP e la valutazione di praticabilità di una procedura concordataria in c.d. “continuità aziendale” ex art. 186-bis legge fallim. - 8. (*Segue*) “piano di

(*) Lo scritto riproduce la relazione al Convegno “*Le nuove società partecipate e in House Providing*”, tenuto a Bari il 21 e 22 ottobre 2016 presso il Dipartimento di Giurisprudenza in ricordo di LUCA BUTTARO.

risanamento” e “piano di concordato”. - 9. (*Segue*) la coerenza con le regole generali di legittimazione e competenza a decidere dell’avvio della procedura concordataria. - 10. (*Segue*) la *ratio* dell’intervento normativo del 2016. - 11. (*Segue*) la portata pratica della praticabilità delle procedure concordatarie in continuità aziendale delle società a controllo pubblico. - 12. Nota bibliografica essenziale.

1. *Premessa.*

L’impostazione della riflessione che andava maturando quando, prima dell’estate, sono stato invitato ad occuparmi del tema, ha dovuto subire “in corso d’opera” più di una modifica, *ora* per l’introduzione dell’art. 14 del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 dedicato al Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d’ora innanzi TUSPP), *ora* per una significativa riflessione giuridica attorno alla crisi dell’impresa pubblica che si è sviluppata nei tempi più recenti.

Ciò, se *da un canto* ha posto al centro di ogni valutazione una disposizione di legge sopravvenuta e di particolare portata sistematica (appunto, l’art. 14 TUSPP), *dall’altro* ha arricchito improvvisamente – anche in chiave problematica – la base di riflessione cui appare corretto approcciare “leggendo” la disciplina della crisi delle società pubbliche come un particolare complesso di regole che, comunque, oggi sotto questo aspetto contribuisce a rendere meno profonde rispetto al passato le distanze tra impresa pubblica e non.

Si tratta, a ben guardare, di un complesso di regole dotato di propri principi regolatori e che tende a ricucire – anche con strumenti già tradizionalmente messi a disposizione di qualsiasi imprenditore dalla legge fallimentare, quelli c.d. “*concordatari*” o propri delle c.d. “*soluzioni negoziate della crisi*” – le tutele di massa dei creditori anche di una impresa pubblica in crisi che, invece, fino a ieri erano ispirate a regole affatto diverse.

Insomma, pare cambiare la prospettiva non solo per le società debitorie ma – è forse importante iniziare ad osservarlo – anche per i creditori di società pubbliche che, naturalmente, soprattutto nella costruzione del rapporto (v. p.e. sistema delle garanzie), non potranno più trascurare tale situazione.

2. *I meriti del legislatore per l’introduzione dell’art. 14 TUSPP.*

L’art. 14 TUSPP è andato a colmare un vuoto normativo riempito fino ad allora attraverso il diritto giurisprudenziale sviluppatosi attorno alle norme e all’impianto sistematico della legge fallimentare che tendeva ad

escludere l'impresa pubblica dal fallimento e, quindi, dalle c.d. “*soluzioni concordate della crisi*”.

Anche con il prezioso contributo offerto dalle relazioni di ieri del quale farò tesoro, credo che la prima lettura di questa disposizione di legge offra l'occasione per attribuire qualche merito all'intervento del legislatore, più sul piano dell'ordine sistematico e delle scelte di regolazione delle fattispecie che su quello della chiarezza espressiva del testo normativo e della completezza degli strumenti di tutela approntati.

Il comma 1 dell'art. 14 TUSPP (“*Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39*”) ha, infatti, il merito di raccordare con perentoria chiarezza e in modo uniforme le tutele di massa dei creditori dell'impresa in crisi previste generalmente dalla legge fallimentare con quelle, parimenti di massa, dei creditori di società a partecipazione pubblica.

Il travagliato dibattito – che non potrò qui naturalmente riprendere se non per minimi cenni finali – attorno all'ampiezza dell'espressione “*enti pubblici*” per capire se fossero o meno ricomprese tra questi le società pubbliche e che, nell'art. 1 legge fallim., ha per lunghi anni prestato argomento per escluderle dalle procedure concorsuali (comprese quelle “concordatarie”) anche le società pubbliche, di fatto cessa con l'intervento dell'art. 14 TUSPP, consegnando all'interprete da un canto una scelta normativa ancor più netta di quella già maturata – lo ricordava ieri Carlo Ibbà – nell'evoluzione esegetica dell'art. 1 legge fallim. ma dall'altro anche almeno due profili di riflessione.

Infatti, occorre innanzi tutto prendere atto che l'art. 14, comma 1, TUSPP sancisce in maniera *tranchant* la piena praticabilità delle procedure concorsuali anche per le società pubbliche, senza particolari condizioni o verifiche preliminari che, piuttosto, richiedeva chi era già giunto alla stessa conclusione per via esegetica prima dell'intervento normativo.

Nel tradizionale dibattito, entrambi i principali orientamenti favorevoli a scartare le società pubbliche dal novero degli *enti pubblici* esclusi dalle procedure concorsuali in base all'art. 1, comma 1, legge fallim. (ispirati ora all'approccio c.d. *funzionale* o *formale*, ora all'approccio c.d. *tipologico*), l'applicabilità delle norme sul concordato e la loro assoggettabilità al fallimento era pur sempre il frutto di una verifica di situazioni concrete da

eseguire caso per caso *ora* sulle caratteristiche della società, *ora* sull'organizzazione dell'attività di impresa.

Il legislatore del 2016, invece, pone fine alla necessità di tale specifica verifica preliminare, sancendo *sic et simpliciter* che qualsiasi “*società a partecipazione pubblica*” è soggetta al fallimento e alle procedure concordatarie.

Questa scelta, dunque, sul piano applicativo snellisce sensibilmente le verifiche preliminari di praticabilità (*rectius*, ammissibilità) degli strumenti concordatari (v. p.e. artt. 161 e 162 legge fallim.) facendo venir meno il bisogno di qualunque altro tipo di approfondimento. Insomma, il legislatore ha apprezzabilmente introdotto una norma di pronta applicazione così andando oltre quello che era lo scenario applicativo delle soluzioni maturate nel diritto giurisprudenziale e nel dibattito dottrinale.

3. *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 14 TUSPP.*

Meno piana si presenta, invece, la ricostruzione dell'ambito soggettivo di estensione della disposizione, per capire non tanto se la regola del comma 1 dell'art. 14 TUSPP sia applicabile a qualsiasi società pubblica indipendentemente dal valore della partecipazione pubblica detenuta quanto soprattutto se rientrano o meno in tale ambito di applicazione anche le c.d. società *in house*.

Infatti, se sotto il primo aspetto una interessante indicazione per preferire una lettura ampia dell'espressione “*società a partecipazione pubblica*” viene dalla lettura coordinata con il comma 6 del medesimo art. 1 TUSPP (che, solo e soltanto per l'applicazione di una regola particolare in tema di affidamenti di servizi richiede l'altrettanto particolare specificazione “quantitativa” della fattispecie quale una “*società a controllo pubblico*”, di regola, invece, del tutto irrilevante), sotto il secondo – come ieri ci ha dimostrato Carlo Angelici – l'estraneità delle società *in house* dall'art. 14, comma 1, TUSPP riposa non tanto sulla concreta caratterizzazione legale o convenzionale di tale genere di “società” ma, in radice, sulla sua stessa qualificabilità in termini di “società”.

Se si segue questa condivisibile linea di riflessione, l'art. 14 TUSPP in realtà – anche per il suo tenore letterale a tal proposito, per così dire, “neutro” – si limita solo a riproporre un problema che ha radici più profonde e diverse tanto che, naturalmente, non potrà che limitarsi a risentire delle soluzioni che andranno a maturare in un diverso contesto normativo e che, al momento, sembrano effettivamente convincere per l'esclusione delle società *in house* dall'ambito di applicazione dell'art. 14,

comma 1, TUSPP; e sul tema, pertanto, posso solo limitarmi a rinviare a quanto rappresentato dalla relazione di ieri di Carlo Angelici.

4. ... e quello oggettivo.

Sul piano oggettivo, l'ambito di applicazione a prima vista si presenta sufficientemente determinato attraverso il richiamo letterale di tre precise procedure di composizione negoziale della crisi quali il fallimento, il concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, quest'ultima declinata attraverso la stratificazione normativa che si è manifestata nel tempo.

Nella più ristretta prospettiva delle soluzioni concordate della crisi ciò permette di prendere atto, alla luce di una lettura coordinata di questa disposizione con l'art. 6 della L. n. 3/2012, che resta esclusa la praticabilità della procedura di sovraindebitamento. Invero, tali procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento trovano applicazione solo per quei soggetti non assoggettabili alle ordinarie procedure concorsuali e, pertanto, la perentoria affermazione di assoggettabilità delle società pubbliche a fallimento e concordato preventivo significa più che verosimilmente esse non ricadono più nell'ambito di applicazione dell'art. 6, L. n. 3/2012 tanto che le procedure di sovraindebitamento restano impraticabili.

Per altro verso, l'art. 14, comma 1, TUSPP non pare mettere in discussione la praticabilità per le società pubbliche dei c.d. piani attestati *ex art. 67 legge fallim.* oltre che della procedura *ex art. 182-bis legge fallim.* dei c.d. accordi di ristrutturazione in quanto tali ulteriori strumenti di soluzione negoziata della crisi si ritiene prevalentemente non vedano limitato il loro ambito soggettivo di applicazione alla fallibilità o alla non fallibilità del soggetto in crisi.

5. Il riferimento al "concordato preventivo" nell'art. 14 TUSPP per le "società a controllo pubblico".

In questa prospettiva, piuttosto, è più complesso e delicato cercare di offrire migliore interpretazione all'espressione generica "concordato preventivo" che contribuisce a fissare, come detto, l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 14, comma 1, TUSPP.

A prima vista l'espressione parrebbe abilitare qualsiasi società pubblica in termini del tutto generici alla praticabilità di un qualsiasi genere di concordato preventivo, indipendentemente dalla sua natura esclusivamente liquidatoria ovvero in qualche modo connessa alla c.d. "continuità aziendale".

Tuttavia, l'ormai discussa – anche nell'ambito dei lavori di riforma della legge fallimentare – identità monolitica della particolare procedura concordataria rispetto al possibile oggetto del piano di soluzione della crisi a supporto della proposta di migliore soddisfazione possibile dei creditori e, soprattutto, come passiamo a vedere, i successivi commi secondo e terzo del medesimo art. 14 TUSPP, inducono ad una migliore riflessione per capire se, in realtà, nel particolare caso delle “società a controllo pubblico” (e non per tutte le società pubbliche), il riferimento al “concordato preventivo” non debba essere interpretato in termini restrittivi ammettendo per tal genere di società la praticabilità del solo concordato in c.d. “continuità aziendale” ex art. 186-bis legge fallim. e non anche quello di genere puramente liquidatorio in luogo del quale oggi, in buona sostanza, l'art. 14, comma 1, TUSPP parrebbe approntare la diversa procedura del fallimento; magari attivata proprio dal debitore quando la proprietà non intenda o non possa ricapitalizzare l'impresa per superare la crisi in continuità aziendale.

Occorre muovere da una constatazione: l'art. 14 TUSPP – in coerenza con l'art. 6, comma 2 TUSPP – ha probabilmente l'ulteriore merito (seppur non pieno, questa volta, come vedremo) di aver introdotto, di fatto, una sorta di embrionale procedura di allerta della crisi per le sole “società a controllo pubblico”. Recita, infatti, il comma 2 dell'art. 14 TUSPP che *“Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'art.6 uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause attraverso un idoneo piano di risanamento”*.

Con questa disposizione il legislatore, tra l'altro, ha parecchio valorizzato il programma di valutazione del rischio di crisi che le “società a controllo pubblico” devono – proprio per non pregiudicare la prospettiva di continuità dell'impresa – predisporre a norma dell'art. 6 TUSPP informando l'assemblea dei soci. Ciò essenzialmente perché, in un'ottica procedimentale di salvaguardia dell'equilibrio della continuità aziendale e di costante monitoraggio dell'andamento dell'attività di impresa, ha funzionalizzato tale documento alla previsione di precisi ed espressi obblighi a carico degli amministratori che, se inadempiti, non solo costituiscono fonte di possibile responsabilità ma in ogni caso descrivono una *“grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile”* (art. 14, comma 3, TUSPP).

Infatti, al manifestarsi dei primi indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo ha l'obbligo di adottare *“senza indugio”* i *“provvedimenti*

necessari” per raggiungere tre precisi risultati: (a) prevenire l’aggravamento della crisi, (b) di correggerne gli effetti e (c) eliminarne le cause attraverso un idoneo piano di risanamento che presuppone, naturalmente, la continuazione dell’attività.

6. (Segue) il “*programma di valutazione del rischio di crisi*” ex art. art. 6 TUSPP e i “*provvedimenti necessari*”.

Tuttavia, il legislatore né specifica quali siano in concreto tali “*provvedimenti necessari*” (ma, come appena notato, si limita soltanto a individuarne le finalità), né introduce alcuna disposizione a diretta tutela delle istanze della massa dei creditori sociali, neanche menzionati.

Con una disposizione che a ben guardare parrebbe segnare la chiusura di un’epoca, quella portata dall’art. 14, comma 4, TUSPP, il legislatore si limita ad escludere con estrema chiarezza e perentorietà che possa essere “*provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell’amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 4, anche in deroga al comma 5*”.

Nasce, insomma, una filosofia di approccio alle crisi delle società a controllo pubblico del tutto nuova.

In buona sostanza – a differenza del passato – il legislatore pare dire che le risorse di finanza pubblica non potranno più essere utilizzate liberamente dalla politica per sanare le crisi delle “*società a controllo pubblico*” al di fuori di ogni progetto e controllo ma dovranno essere necessariamente inquadrare in precisi piani di risanamento dai quali, appunto, “*risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività*”.

Per altro verso, ciò verosimilmente significa che tali piani strumentali alla realizzazione delle tre finalità dei “*provvedimenti necessari*” di cui all’art. 14, comma 2, TUSPP non possano in ogni caso prescindere dalla *continuità aziendale*, come nella sostanza conferma espressamente, tra l’altro, anche il successivo comma 5 dell’art. 14 TUSPP. Qualora, invece, il piano dovesse essere puramente liquidatorio alcuna possibilità di finanza pubblica parrebbe poterci essere con la conseguente adeguatezza della soluzione liquidatoria tradizionale del fallimento: un piano concordatario

puramente liquidatorio, infatti, sarebbe verosimilmente incompatibile con un “*piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte*” imposto dall’art. 14, comma 4, TUSPP.

7. (Segue) i “*provvedimenti necessari*” imposti dall’art. 14 TUSPP e la valutazione di praticabilità di una procedura concordataria in c.d. “*continuità aziendale*” ex art. 186-bis legge fallim.

Ebbene, nell’ambito di una disposizione di legge che – dopo l’importante affermazione di piena praticabilità dello strumento concordatario per tutte le società pubbliche – per le sole società *a controllo* pubblico si preoccupa delle responsabilità degli amministratori e delle modalità di finanziamento dell’attività in continuità da parte del socio pubblico di controllo, la mancata specificazione in concreto di quali siano i “*provvedimenti necessari*” imposti agli amministratori sollecita quanto meno a chiedersi se a tale espressione normativa, in realtà, non si debba dare contenuto più compiuto comprendendo nell’obbligo di intervento degli amministratori fissato dall’art. 14 TUSPP anche la preliminare verifica di praticabilità delle ordinarie procedure di soluzione concordata della crisi in continuità aziendale previste dalla legge fallimentare quali migliori modalità possibili di soddisfazione dei creditori.

Più precisamente, si tratta di capire se per le società *a controllo* pubblico la scelta dei “*provvedimenti necessari*” imposti agli amministratori per realizzare le tre finalità imposte dall’art. 14 TUSPP debba innanzi tutto considerare la praticabilità di una procedura concordataria caratterizzata dalla c.d. “*continuità aziendale*” ex art. 186-bis legge fallim.

In realtà, l’interrogativo riprende il tema di fondo lasciato sul campo dalla riflessione di Mario Libertini che ieri, dopo aver riannodato sul piano del diritto societario quelli che sono i piani d’allerta interni rispetto all’azione amministrativa della società, ha ravvisato – sul diverso piano del diritto concorsuale – il mancato raccordo con il “dopo” a tutela della massa dei creditori, offrendo, *de iure condendo* e sulla base di progetti di legge della riforma fallimentare, motivo di riflessione attorno alla natura giudiziale o meno dei citati piani di risanamento.

8. (Segue) “*piano di risanamento*” e “*piano di concordato*”.

Una prima significativa indicazione normativa – pur ancora minima ed embrionale rispetto ad una riflessione tutta ancora da sviluppare – che pare deporre a favore di una risposta positiva, quella giudiziale, pare offerto dall’art 1, comma 867, Finanziaria 2015 che, ancor prima del

TUSPP, è intervenuto in maniera interessante per affrontare la crisi di una società a controllo (totalitario) pubblico, la Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l.

Precedendo nella sostanza quanto poi in parte ritrovato nell'art. 14 TUSPP, tale disposizione di legge, di fronte allo stato di crisi di tale società a controllo pubblico, ne ha prescritto il commissariamento disponendo, tra l'altro, che *“il commissario provveda, entro novanta giorni dal suo insediamento, a predisporre un piano industriale per il risanamento che preveda, tra l'altro, la riduzione dei costi di funzionamento”*.

Insomma, in buona sostanza, il legislatore ha ricostruito un obbligo di intervento a carico di chi era titolare del potere amministrativo imponendo *“entro novanta giorni”* (e, quindi, *“senza indugio”*) l'adozione di *“un piano industriale per il risanamento”* (e così l'adozione di *“provvedimenti necessari”* alle finalità di fondo innanzi individuate).

Ma in questo caso, a differenza dell'art. 14, comma 2, TUSPP, il legislatore non si è fermato alla prima anima di un ordinario procedimento di sostanziale allerta concorsuale, cioè ad approntare adempimenti e procedure per potersi accorgere per tempo della crisi prima che essa potesse diventare irreversibile a pregiudizio della massa dei creditori. Ha, invero, completato la procedura di allerta anche con il “dopo” e cioè con l'altra anima che tradizionalmente caratterizza l'allerta, quella plasmata attorno ad una procedura di soluzione negoziata della crisi dell'impresa.

Infatti, l'art 1, comma 867, Finanziaria 2015 ha altresì disposto con estrema chiarezza – quando ancora non era stato affermato il principio di generale praticabilità dei concordati per le società pubbliche – che *“(…) il commissario a seguito della ricognizione contabile, provveda, se necessario, dandone preventiva comunicazione al socio e al Ministero dell'economia e delle finanze, ad attivare le procedure di ristrutturazione dei debiti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n.267”*.

Le *“procedure di ristrutturazione dei debiti”*, come è a tutti noto in base all'art. 160, comma 1, lett. a), legge fallim., costituiscono l'oggetto tipico del concordato preventivo (naturalmente, pur non necessariamente in continuità aziendale) tanto che non pare azzardato vedere nella disposizione del 2015 una base normativa che se non permette, di certo, alcuna interpretazione autentica dell'art. 14 TUSPP, consente quanto meno di non escludere che l'espressione *“adotta senza indugio i provvedimenti necessari”* di cui al comma 2 dell'art. 14 TUSPP, ancorché generica, si possa concretizzare meglio nell'obbligo gravante sull'amministratore di verificare le condizioni di praticabilità di *“procedure di ristrutturazione dei debiti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”* e cioè di una delle procedure

concordatarie generalmente previste dalla legge fallimentare nell'ambito del "*piano di risanamento*".

Per altro verso, vale incidentalmente chiarire che questa espressione ("*piano di risanamento*"), sul piano meramente documentale, pare comunque indicare cosa diversa dai documenti *ex art. 161, comma 2, legge fallim.* e, tra questi, soprattutto dal c.d. "*piano concordatario*" (*art. 161, comma 2, lett. e, legge fallim.*) ad obbligatorio supporto della proposta ai creditori. A quest'ultimo documento la legge fallimentare attribuisce, infatti, una finalità specifica e diversa che, in buona sostanza, è quella di prevedere – con particolare attestazione di fattibilità (soprattutto quando il piano è in continuità; *art. 186-bis, comma 2, lett. b, legge fallim.*) – modalità concrete attraverso le quali dare ai creditori completa informazione sulla ragionevole certezza della loro migliore soddisfazione possibile rispetto ad ogni altra misura: e tale finalità, per altro verso, come visto, non pare essere quella che invece l'*art. 14 TUSPP* attribuisce al "*piano di risanamento*".

9. (Segue) *la coerenza con le regole generali di legittimazione e competenza a decidere dell'avvio della procedura concordataria.*

Così interpretata, la disposizione dell'*art. 14 TUSPP*, che introduce essenzialmente una norma di diritto societario sugli adempimenti degli amministratori di una società a controllo pubblico in crisi ma che ha indubbiamente portata dirompente soprattutto nel sistema del diritto concorsuale, finisce per attribuire solo agli amministratori – e non anche all'ente pubblico proprietario – il compito di rilevare l'esistenza della crisi in anticipo e di adottare "*senza indugio i provvedimenti necessari*".

In chiave sistematica questa previsione normativa si presenta – forse non a caso – pienamente coerente con l'*art. 152 legge fallim.* dal momento che solo gli amministratori di una società hanno anche il potere di decidere e di proporre il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo posto che tale atto è ormai pacificamente qualificato come atto gestorio in qualsiasi genere di società in crisi.

Insomma, il legislatore del 2016 pur non preoccupandosi di introdurre con l'*art. 14 TUSPP* una disposizione a diretta tutela dei creditori delle società a controllo pubblico in crisi (tutela comunque assicurata attraverso il richiamo in applicazione dell'intero apparato normativo della legge fallimentare mediante il suo comma 1) ma di introdurre obblighi e responsabilità specifiche per l'amministratore di tali società, in fin dei conti lascia evidenza di profili applicativi coerenti con le regole generali di legittimazione e competenza a decidere dell'instaurazione della procedura concordataria previste dalla legge fallimentare.

10. (Segue) *la ratio dell'intervento normativo del 2016.*

La soluzione fin qui prospettata appare plausibile anche sul piano della *ratio* dell'intervento normativo del 2016 oltre che su quello pratico delle condizioni concrete di utile praticabilità delle procedure concordatarie in continuità aziendale delle società a controllo pubblico.

Sotto il primo aspetto abbiamo potuto registrare, tra l'altro, che la nuova filosofia di approccio al dissesto di una società ripudia ormai gli interventi finanziari di salvataggio – magari a fondo perduto – sviluppati in via autonoma dal socio pubblico che in passato godeva di responsabilità limitata solo apparentemente per il processo solo formale di privatizzazione della struttura di impresa (difficilmente compiuto fino in fondo anche sul piano sostanziale) ma che, di fatto, soprattutto leggendo l'attività di impresa in chiave di *governance* “politica”, restava tendenzialmente propenso ad un intervento finanziario illimitato.

Infatti, con una capacità di spesa di certo superiore a quella di soggetti privati oltre che per ragioni di opportunità puramente politica (p.e. evitare responsabilità quanto meno civilistiche e contabili, evitare l'apertura di indagini penali di difficile gestione sul piano della credibilità politica in caso di sviluppi giudiziari, ecc.), il socio pubblico tendenzialmente era portato ad approcciare alla soluzione della crisi della società pubblica senza chiedere particolari sacrifici ai creditori ma “socializzando” le perdite con l'integrale soddisfazione dei debiti, cioè di fatto ripartendole sulla intera collettività.

Ebbene, se questa filosofia è effettivamente cambiata con l'apertura alle società a controllo pubblico delle porte delle procedure concorsuali tradizionali (e, soprattutto, delle procedure di soluzione negoziata della crisi che prevedono necessariamente un accordo con i creditori), sarebbe forse ingiustificato e riduttivo non lasciar emergere fino in fondo la profonda portata dell'intervento normativo, come se il legislatore con l'art. 14 TUSPP avesse solo scelto di legare l'intervento pubblico per la soddisfazione dei creditori a piani di risanamento di certo più tempestivi e forse più efficaci ma, come in passato, pur sempre rimessi solo a meri controlli e responsabilità pubbliche senza spazio per alcuna voce – estranea ai rapporti pubblicistici – di soggetti terzi titolari di interessi e diritti soggettivi quali sono, p.e., i creditori nell'ambito di una procedura di soluzione concordata della crisi.

Invece, proprio l'attribuzione di una specifica, se non proprio decisiva, rilevanza alla voce di costoro chiamati ad approvare la proposta concordataria con l'esercizio del diritto di voto, aiuta a credere che l'intervento di riforma sia stato davvero radicale e tale da donare concreta effettività alle

dettagliate nuove misure di allerta di cui agli artt. 6 e 14 TUSPP che, se non avessero anche questa particolare proiezione giudiziaria di composizione degli interessi legati ad una crisi di impresa, nella sostanza rischierebbero di aver “cambiato tutto per non cambiare niente”, per azzardare un paradosso forse efficace a rappresentare i limiti di una interpretazione dell’art. 14 TUSPP che non pare preferibile sostenere.

In altri termini, se – in coerenza con la nuova filosofia della gestione procedimentalizzata della crisi delle società *a controllo* pubblico – si considera la soluzione concordata della crisi come una sorta di naturale proiezione giudiziaria dell’allerta segnata dal TUSPP, probabilmente la disposizione in commento diventa una garanzia di effettività del piano di risanamento poiché lascia intendere, *a priori*, al socio pubblico che controlla la società in crisi che, nel nuovo sistema di regole della crisi di queste società, piano e proposta di soluzione della crisi devono essere necessariamente seri e credibili nella sua sostanza senza potersi più esaurire solo in una formale riorganizzazione di funzioni e procedure amministrative supportata dal danaro pubblico: dovranno essere redatte secondo principi di parità concorsuale, vagliate dall’autorità giudiziaria e approvate dai creditori.

In altri termini, non pare azzardato leggere l’art. 14 TUSPP pensando che, con il suo portato normativo, il legislatore – dopo aver affermato apertamente nel comma 1 la piena praticabilità delle soluzioni concordate della crisi – abbia anche vincolato in termini virtuosi l’allerta *ex art. 6 TUSPP* e “*piani di risanamento*” *ex art. 14 TUSPP* a precise procedure già previste dalla legge che siano caratterizzate (a) da un costante controllo giudiziario – e non solo di tipo amministrativo-contabile – dell’intero percorso di risanamento e soddisfazione dei creditori, (b) dalla essenzialità della volontà dei creditori della società pubblica in crisi, (c) da vincoli di gestione giudiziaria di una eventuale finanza pubblica di *start-up* e (d) dalla conseguente loro parità di trattamento quali creditori “concorrenti”, così evitando di rimettere esclusivamente alla discrezione politico-amministrativa – pur non del tutto libera – le decisioni strategiche della continuità come, p.e., quelle sull’ordine e il momento dei singoli pagamenti dei debiti preesistenti; senza considerare l’apertura al campo degli accertamenti delle responsabilità penali *ex art. 236-bis* legge fallim.

11. (Segue) *la portata pratica della praticabilità delle procedure concordatarie in continuità aziendale delle società a controllo pubblico.*

Per altro verso, questa naturale prospettiva giudiziaria parrebbe presentare più di un punto di forza nel caso delle società *a controllo* pubblico

poiché diverse norme già proprie della legge fallimentare a tutela e sostegno della c.d. “*continuità concorsuale*” parrebbero trarre maggior forza dalla natura pubblica della società in crisi e da risanare.

Si pensi, p.e., al tema del finanziamento della continuità aziendale fino all’omologa e oltre ancora, rispetto al quale finora nelle nostre tradizionali riflessioni riferite alla imprese private abbiamo dovuto faticosamente ricostruire – ma quasi mai poter far funzionare in concreto, anche per la forte diffidenza degli istituti bancari – le condizioni applicative dell’art. 185-*quinquies* legge fallim. che, tra l’altro, come è noto, ha essenzialmente la funzione di aiutare a ricostituire la provvista iniziale del nuovo ciclo pagamenti/incassi che dia rinnovato equilibrio all’attività in continuità concorsuale della società in crisi.

Ebbene, nel caso delle società pubbliche talvolta potrebbe essere lo stesso legislatore – non senza rischio di censure comunitarie sul piano dei c.d. “aiuti di Stato illegittimi” – a predisporre in qualche modo questa provvista finanziaria di *start-up* come attesta, p.e., il caso Alitalia nel 2008 o, ancora, più di recente il comma 867, art. 1, Finanziaria 2015 che, proprio a sostegno del piano di risanamento della FSE s.r.l., dispone che “*al fine di assicurare la continuità operativa della predetta società, è autorizzata la spesa di 70 milioni di euro per l’anno 2016*”; insomma, potrebbe essere lo stesso legislatore a disporre la finanza di *start up* a sostegno della continuità concorsuale, pur prestando attenzione ad evitare che tale sostegno finanziario possa costituire “aiuto di Stato” a singole imprese.

Ancora. La tempestività del rilevare l’inizio della crisi – garantita per le società a controllo pubblico, come visto, dalle procedure obbligatorie ex artt. 6 e 14 TUSPP – costituisce ulteriore motivo di verosimile efficacia della procedura di soluzione concordata della crisi di tale genere di società.

Poiché è ormai di comune esperienza che l’aggravamento della crisi rende sempre più complicato costruire piani concordatari in continuità attestabili ed efficaci, nel caso delle società a controllo pubblico tale rischio viene ragionevolmente disinnescato ora da un preciso obbligo di cadenzata verifica degli indicatori della crisi imposto dall’art. 6 TUSPP, ora da un altrettanto preciso obbligo di intervenire – qualora fosse necessario e ne ricorressero le condizioni – attraverso una procedura di soluzione concordata della crisi.

Senza considerare, inoltre, le più agevoli possibilità di attestazione ex art. 186-*bis*, comma 2, lett. b, legge fallim., tra l’altro, delle assunzioni di piano in termini di fattibilità, p.e., della produzione dei flussi finanziari destinati alla soddisfazione dei creditori concordatari: si pensi, p.e. al

grado di ragionevole certezza dei ricavi prospettici a tre/cinque anni basati su concessioni o convenzioni (come di regola accade per le società a controllo pubblico che esercitano servizi pubblici o a rilevanza pubblicistica) rispetto, p.e., a quella propria dei ricavi derivanti da meri contratti di natura privatistica (cui sono di regola legati le imprese private in crisi) per i quali spesso i principi di attestazione richiedono specifiche e nuove garanzie che – al momento della predisposizione dei documenti *ex art.* 161, comma 2, legge fallim. – le controparti contrattuali delle imprese in crisi hanno estrema difficoltà a prestare, soprattutto quando si tratta di rapporti contrattuali già in corso di esecuzione.

Insomma, da questa rapida e ancora approssimativa ricognizione tendono a manifestarsi sufficienti indicazioni per ritenere ragionevole che, per le società a controllo pubblico, il sistema normativo introdotto dall'art. 14 TUSPP possa descrivere un più agevole ed efficace utilizzo delle procedure di soluzione concordata della crisi in continuità aziendale rispetto a quanto pare manifestare l'esperienza tradizionale riferita alle imprese private in crisi.

Con l'ulteriore conseguenza che pare ulteriormente accreditarsi l'ipotesi interpretativa fin qui prospettata per la quale l'art. 14 TUSPP abbia, non solo introdotto una nuova filosofia di gestione della crisi delle società a controllo pubblico, ma abbia sostanzialmente introdotto con la sostanziale procedimentalizzazione dell'allerta anche un obbligo a carico degli amministratori di tali società di verificare – prima di decidere, con adeguata diligenza, il contenuto del piano di risanamento – che una delle ormai praticabili procedure di soluzione concordata della crisi attraverso la continuità aziendale, in concreto, non possa dare vita alla migliore soddisfazione possibile per i creditori.

12. Nota bibliografica essenziale.

C. IBBA-I. DE MURO, *Il fallimento dell'impresa pubblica in forma societaria*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali* diretto da O. CAGNASSO-L. PANZANI, Torino, 2016, t. I, pp. 368 ss.; A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, pp. 261 ss.; G. RACUGNO, *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Società*, 2016, p. 1144 ss.; G. SINA, *Fallibilità delle società pubbliche in house: una questione riaperta (o una falsa questione)? Tra l'incidenza delle nuove direttive U.E. in tema di house providing e la (in)validità delle relative clausole societarie*, in *Riv. dott. comm.*, 2016, p. 991; G. MULAZZANI, *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, II, pp. 135 ss.; F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.*:

luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo”, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 74 ss.; G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, pp. 329 ss.; L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pp. 261 ss.; D. PASQUARIELLO, *La responsabilità penale dei protagonisti delle procedure di composizione negoziale delle “crisi” d’impresa*, Relazione al Convegno “*Le procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa: opportunità e responsabilità*”, Modena, 2010; M. SANDULLI, *L’ambito soggettivo delle procedure concorsuali*, in M. SANDULLI (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Milano, 2007, pp. 6 ss.

ABSTRACT: *Moving from the systematic value of § 14 TUSPP who commendably dissolved all doubt about the applicability of the selection procedures for public companies, the work deals of the subjective scope of application of § 14 TUSPP and, with more attention, that objective. In this second perspective is deepened the reference to the “concordato preventivo” for “società a controllo pubblico” in order to understand on the one hand whether it is possible to imagine a reading limited just to “concordato in continuità aziendale” (excluding agreed purely liquidators) and the other if the practicability of this particular kind of negotiated settlement of the crisis procedure constitutes a preliminary verification imposed on directors of “società a controllo pubblico” in the adoption of “provvedimenti necessari” ex § 14 TUSPP in case they should manifest “uno o più indicatori di crisi aziendale” as part of “programmi di valutazione del rischio di cui all’art. 6”. Recorded more than a favorable indication – on the literal and systematic plan – for both solutions, the work concludes by detecting the one hand a new philosophy of approach to the crisis of a “società a controllo pubblico”; and on the other that the agreed solution of the crisis so reconstructed offers himself as a kind of natural judicial projection by TUSPP, becoming a guarantee of effectiveness of the publicly controlled company reorganization plan.*

PROBLEMI NELLA PRATICA

ALBERTO CRIVELLI

Giudice delegato del Tribunale di Monza

PROFILI APPLICATIVI DELLE PROCEDURE DI ACCORDO E DI PIANO DEL CONSUMATORE

Abstract: L'articolo si propone di affrontare le tematiche più delicate in materia di sovraindebitamento, con particolare riguardo ai procedimenti di accordo e piano del consumatore. Gli aspetti più rilevanti concernono quindi le fasi di ammissione, omologa ed esecuzione, ma altresì aspetti generali che devono essere considerati per lo studio delle due procedure e per l'esame dei loro risvolti pratici. Vengono esaminate tra le altre tematiche in materia di crediti e beni estranei e di esecuzione, per le quali non si hanno orientamenti consolidati.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. Il presupposto oggettivo: il sovraindebitamento. - 2. Requisiti e nomina dell'OCC. - 2.1. L'anticipo delle spese ed il compenso. - 3. L'iniziativa. - 3.1. Necessità di difesa tecnica. - 4. Il temporaneo divieto di nuova istanza. - 5. Piano del consumatore. - 5.1. *Par condicio creditorum*. - 5.2. Procedimento. - 6. L'accordo. - 6.1. Contenuti del piano e della proposta. - 6.2. Procedimento. - 7. Esecuzione delle procedure. - 8. Vicende delle procedure.

1. Premessa.

La disciplina del sovraindebitamento, come delineata dalla L. n. 3/2012, trova la propria ragione nella necessità da tempo sentita di un completamento del sistema delle procedure concorsuali. Con essa viene consentito a tutti, imprenditori non fallibili, consumatori ed insolventi civili, che si trovino in stato di sovraindebitamento, di accedere, o pattiziamente (con l'accordo di ristrutturazione) o *ex lege* (col piano del consumatore o tramite apposita procedura nel caso della liquidazione, quest'ultima peraltro riservata alle persone fisiche) all'esdebitazione, istituto quest'ultimo introdotto con la riforma di cui al D.Lgs. n. 5/2006 nella legge fallimentare agli artt. 142 e 143 ⁽¹⁾, uscendo dalla crisi e sottraendosi

⁽¹⁾ Per un panorama relativo alla condizione del non fallibile sovraindebitato ante L. n. 3/2012 LOBUONO-LORIZIO, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore*, Scienze economiche e profili giuridici, Torino, 2007.

al mercato irregolare del credito (la L. n. 3/2012 in generale detta infatti modifica alla disciplina di cui alla L. n. 108/96 in materia di usura).

In altre parole è evidente che, avendo dismessa il legislatore della riforma ogni traccia di riprovevolezza verso l'imprenditore fallito, propria invece dell'antecedente disciplina, una procedura concorsuale rappresenta ormai più vantaggi per il debitore che non per i creditori, i quali tra l'altro subiscono deroghe sempre più vistose al principio della *par condicio creditorum*.

D'altra parte la liquidazione dei beni attraverso vendite volontarie, benché possa essere talora più fruttuosa di quella coattiva, potrebbe essere ostacolata anche da un solo creditore titolato, mentre in ogni caso tali vendite soggiacciono alla revocabilità⁽²⁾, effetto invece escluso a mente dell'art. 14, comma 4, della legge in commento, che fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede anche se si giungesse a risoluzione o annullamento della procedura (e va in proposito ricordata anche l'esenzione da revocatoria fallimentare prevista dall'art. 12, comma 5 per il caso di risoluzione per intervenuto fallimento).

Scopo di questo lavoro è quello di affrontare i profili applicativi più problematici delle procedure di accordo e piano, partendo proprio da aspetti generali imprescindibili per lo studio delle suddette procedure.

1.1. *Il presupposto oggettivo: il sovraindebitamento.*

Il presupposto oggettivo per l'accesso a tutte le procedure di cui alla L. n. 3/2012 è costituito dal sovraindebitamento, qualificato dall'art. 6, comma 2, come “perdurante squilibrio fra obbligazioni e patrimonio prontamente liquidabile”, tale da determinare “una rilevante difficoltà di adempiere” ovvero la “definitiva incapacità di adempierle regolarmente”.

La prima parte della definizione descrive uno stato in cui il debitore non può far fronte ai debiti esigibili o di imminente scadenza anche se avesse un patrimonio di un valore superiore all'esposizione debitoria complessiva, in quest'ultimo caso in quanto lo stesso non è liquidabile in tempi brevi oppure in quanto egli si trova senza possibilità di ricorso al credito di terzi ad esempio per mancanza di idonee garanzie (è evidente che questa è un'ipotesi particolarmente rilevante per il legislatore antiusura; ma si potrebbe per esempio pensare anche al caso dell'anziano titolare di un patrimonio non prontamente liquidabile, che però non può ricorrere al mutuo appunto in ragione dell'età).

⁽²⁾ Richiama tali limiti GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2015, a cura di PADOVINI, 402.

Insomma il riferimento è a una situazione di illiquidità che non consente di far fronte ai debiti scaduti, nonostante il patrimonio sia eventualmente capiente⁽³⁾ e senza che d'altro canto si possa far conto per risolvere la situazione sui redditi attesi.

Va poi sottolineato come lo “squilibrio” non debba essere temporaneo ma “perdurante”. Ciò consente di escludere che il concetto di sovraindebitamento si confonda con quello di soggetto il cui inadempimento, (magari diffuso) sia conseguenza di una temporanea crisi di illiquidità⁽⁴⁾.

Occorre poi notare come tale squilibrio tra patrimonio liquidabile e debiti assuma rilevanza giuridica solo se i fatti in cui si manifesta determinano lo stato di crisi⁽⁵⁾, ed a ciò allude la situazione di rilevante difficoltà ad adempiere, che descrittivamente è definibile come insolvenza reversibile.

Emerge allora come l'intento del legislatore sia quello di offrire una soluzione anche a situazioni prodromiche rispetto allo stato di insolvenza, concedendo una tutela – e soprattutto ancora una volta una possibilità di esdebitazione – anche al debitore che si trova in una fase prossima all'insolvenza, ovvero in uno stato di tensione finanziaria grave, seppur non necessariamente o non ancora irreversibile, epperò al contempo non meramente temporanea.

È così evidente come allo stato di sovraindebitamento possano ricondursi non solo l'insolvenza – che per l'insolvente civile coincide con lo squilibrio tra obbligazioni e patrimonio; per l'impresa minima con il concetto tecnico di cui all'art. 5 legge fallim., portato nella nostra materia grazie alla modifica introdotta dalla L. n. 221/2012⁽⁶⁾ – ma anche lo stato di crisi e, comunque, tutte le situazioni in cui il debitore, civile o commerciale, si trovi nella difficoltà (“rilevante”), di adempiere le obbligazioni alle scadenze pattuite e comunque senza avere la possibilità di farvi fronte attraverso la pronta liquidazione del patrimonio.

⁽³⁾ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, Padova 2013, VI, art. 5, p. 34 ss.

⁽⁴⁾ Sulla distinzione tra stato di crisi e temporanea crisi di liquidità vedi LO CASCIO, *Codice Commentato del Fallimento*, Milano, 2008, p. 36 ss. e p. 1427.

⁽⁵⁾ Lo stato di crisi è dunque identificabile in una situazione prodromica dell'insolvenza e può dipendere di per sé da fattori temporanei – ma determinanti però uno squilibrio perdurante, seppur non irreversibile (Trib. Treviso, 22 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 912). Esso è anche presupposto per la proposta di concordato e di accordo *ex art. 182 bis* legge fallim.

⁽⁶⁾ Giunge a queste conclusioni grazie ad un'analisi esegetica del testo, TISCINI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 653.

2. *Requisiti e nomina dell'OCC.*

Decisiva nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento è la figura, introdotta appunto dalla L. n. 3/2012, dell'Organismo di Composizione della Crisi (*breviter* OCC).

L'Organismo è di ausilio sia al debitore nella elaborazione del piano sottostante alla proposta e nell'esecuzione della stessa sia al Giudice (per esempio nella redazione della relazione particolareggiata sia nella liquidazione che nel piano del consumatore e di cui diremo subito, nella vigilanza sull'andamento della procedura e nell'analisi ed informazione dei relativi presupposti); e sia ai creditori (indicando la probabile convenienza della proposta di accordo o del piano).

Si tratta di un organo centrale delle procedure, con compiti quasi di "tuttofare" del quale dunque non è ipotizzabile far a meno in quanto, oltre a quanto detto sopra, esso svolge le seguenti attività: cura le comunicazioni con i creditori; provvede alle formalità pubblicitarie; forma e invia la relazione ai creditori sui consensi espressi e, successivamente, al Giudice, con le contestazioni ricevute; predispone anche l'attestazione prevista dall'art. 7, comma 1 – che significativamente ripete il contenuto di quella prevista dall'art. 160, comma 2, legge fallim. – e quelle sulla fattibilità di cui agli artt. 9, comma 2, e 12, comma 1 (quest'ultima sulla definitiva fattibilità della proposta); verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati (art. 15, comma 6); risolve le difficoltà esecutive; può rivestire l'ufficio di liquidatore.

Inoltre l'art. 15, comma 5, L. n. 3/2012 assegna all'OCC il compito di accompagnare il proponente dalla redazione del piano di ristrutturazione fino alla sua esecuzione, ed infatti prevede che lo stesso assuma ogni iniziativa funzionale alla predisposizione dello stesso ed alla sua esecuzione.

Da tutto quanto precede discende che in caso di presentazione di un'istanza senza la relazione dell'OCC, non tanto si tratta di assegnare alla parte un termine per integrare (art. 9, comma 3 *ter*), quanto di prendere atto della mancanza di un presupposto essenziale, appunto l'ausilio dell'OCC, e dichiarare inammissibile la stessa. Diverso il caso in cui la relazione sia negativa o sia omessa⁽⁷⁾. Secondo la mia opinione se il sovraindebitato vuole, può ciononostante depositare l'istanza con la relazio-

(7) L'esperienza insegna che le valutazioni negative dell'OCC convincono nella maggior parte dei casi il sovraindebitato a desistere, magari presentando se vi sono i margini una modalità meno ambiziosa, generalmente l'istanza di apertura della liquidazione.

ne negativa, ovvero se omessa può chiedere la sostituzione dell'OCC al Presidente.

Nel primo caso è peraltro ovvio che il Giudice valuterà l'opportunità di convocare le parti, ma poi può procedere a valutare il piano. Certo qui si apre uno scenario in base al quale, a parte la possibilità per il giudice di disporre un'integrazione della relazione, ove la condivida ovviamente dichiarerà l'inammissibilità; ove invece non la condivida, ritenendola cioè incongrua o illogica, poiché non potrà certo procedersi oltre senza una relazione di supporto, si dovrebbe giungere alla sostituzione del gestore.

Sebbene i molteplici ruoli descritti trovino la propria *ratio* nella sfiducia del Legislatore nella capacità tecnica e/o in quella di scelta da parte del sovraindebitato, sorge legittimo il dubbio sulla piena terzietà⁽⁸⁾ dell'OCC, ma esso in realtà non ha ragione di essere, perché il Legislatore ha voluto improntare tale figura ad evidenti caratteristiche di indipendenza che trovano riscontro non solo in alcune significative espressioni (ad es. l'art. 15 indica come requisito dell'OCC l'indipendenza) ma nella stessa modalità di costituzione dell'OCC, nei rilevanti compiti di ausilio al Giudice ed ai creditori, con poteri di attestazione (che presuppongono immancabilmente l'indipendenza di chi li esercita). Del resto a conferma di ciò vi è lo statuto penale previsto dall'art. 16, commi 2 e 3, della legge.

I requisiti per la nomina sono contenuti nel Regolamento emanato con D.m. 24 settembre 2014, n. 202 (G.U. 27 gennaio 2015), cui si rimanda. In alternativa alla scelta del gestore da parte dell'OCC⁽⁹⁾, la nomina del professionista potrà essere effettuata dal Presidente del Tribunale (titolare esclusivo del potere di nomina fino all'istituzione degli OCC), ex art. 15, L. n. 3/2012 (posto che il regolamento, che non prevede tale alternativa, non può prevalere sul disposto della legge), che dovrà però scegliere fra soggetti aventi le caratteristiche formative di cui al D.m., attingendo quindi dai registri degli OCC.

Ciò detto appare necessario evidenziare come la procedura di nomina dell'OCC mediante il deposito della relativa istanza al Presidente del Tribunale, a regime come visto neppure necessaria, non possa considerarsi

⁽⁸⁾ Sottolinea l'ambivalenza dell'OCC rispetto alla figura del professionista che assiste l'imprenditore in crisi nella predisposizione del piano concordatario e di quello che effettua le attestazioni di cui all'art. 67 legge fallim., GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 404, ivi nota 5.

⁽⁹⁾ Secondo l'art. 2 del D.m. cit., l'OCC cui si rivolge il debitore sceglie infatti un "gestore". Tale scelta viene concretamente fatta dal referente, soggetto cui compete il coordinamento ed indirizzo dell'OCC, e che deve procedere all'equa distribuzione degli incarichi (art. 10).

come introduttiva della procedura di sovraindebitamento⁽¹⁰⁾. Quest'ultima ha infatti inizio solo a seguito del deposito di una delle domande previste dalla legge in commento (per quanto oggetto di questo studio, deposito della proposta o del piano del consumatore), come si ricava dalla mera lettura degli artt. 9, comma 1 e 14 *ter* della L. cit.

Tali conclusioni risultano ulteriormente corroborate dal disposto di cui all'art. 7 della legge, il quale riferisce le condizioni di ammissibilità appunto alla proposta od all'accordo.

Ciò non toglie che, come deciso in un interessante caso⁽¹¹⁾, nell'esercizio dei propri poteri di nomina il presidente possa compiere una valutazione propedeutica, ricavabile dagli atti e basata sull'evidenza *ictu oculi*, in base alla quale già in quella sede emerge come l'istante non può né potrà accedere ad alcuna delle procedure previste dalla legge, e ciò in base a un principio di economia processuale, cui ripugna il compimento di un atto già da subito destinato alla totale inutilità ed al solo aggravio di costi. D'altronde anche in tal caso il contenuto del provvedimento sarà esclusivamente di rejezione dell'istanza di nomina.

Il procedimento di nomina quindi non accorda alcuna delle protezioni di cui all'art. 9, comma 3 *quater* (sospensione del corso degli interessi) e in esso l'unica domanda è appunto quella di nomina dell'organismo, o meglio del professionista.

Deve quindi escludersi che il Giudice, dopo tale nomina e prima del deposito di una domanda di soluzione della crisi, possa fissare termini per il deposito del piano, chiedere chiarimenti sull'andamento della predisposizione della proposta, disporre il deposito di un fondo spese; e che – aldilà di quanto si dirà più avanti – la rinuncia all'istanza (atto per altro assolutamente superfluo trattandosi di un procedimento chiuso) sia causa ostativa alla riproposizione.

2.1. *L'anticipo delle spese ed il compenso.*

Si è accennato alla questione delle spese, che però va posta in termini di fattibilità del piano o dell'accordo (si badi bene) una volta proposti (con le apposite domande).

Alla luce di ciò appare logico e coerente che si possa dichiarare l'innammissibilità laddove ad esempio il piano preveda delle vendite, che come noto hanno costi quantomeno di pubblicità, e non preveda però

⁽¹⁰⁾ In tal senso Trib. Monza, 28 gennaio 2016, www.ilcaso.it.

⁽¹¹⁾ Trib. Milano, 13 ottobre 2015, in www.ilcaso.it.

le fonti da cui approvvigionare le relative risorse economiche per eseguirle. Più in generale infatti, dato che il piano o la proposta devono essere idonei a soddisfare prima di tutto “*i crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti di cui alla presente sezione*” (art. 13, comma 4 *bis*, e art. 14 *duodecies*, comma 2), è evidente – a parere dello scrivente – che se essi non prevedono il modo di soddisfare tali crediti, non sussistono i presupposti di fattibilità ed eseguibilità.

Va da sé che invece non si deve prevedere nel piano come trovare l’acconto all’OCC e al liquidatore: questi di norma vanno pagati al termine della procedura. Basta quindi che il relativo credito (come gli altri da pagare con preferenza di tutti gli altri ai sensi dell’art. 13, 4 *bis*) sia contemplato dal piano o dalla proposta. Semmai se si tratta di precisare il *quantum*, basterà far uso del potere di sollecitare l’integrazione ai sensi dell’art. 9.

Quanto al compenso, la legge rimanda per la disciplina definitiva ad un decreto ministeriale, che è stato successivamente emanato (D.m. 24 settembre 2014, n. 202).

Problematica però risulta la liquidazione in caso di mancata presentazione della proposta o del piano.

In proposito, è evidente che l’intervenuta nomina dell’organismo, anche in caso di mancata attivazione della procedura, determini il diritto dello stesso al compenso per la relativa attività. È chiaro infatti che dovendo l’OCC accompagnare il debitore – in base al testo dell’art. 15, comma 5 – nella redazione del piano o della proposta, il fatto che non si giunga all’apertura o all’omologa non toglie che dell’attività sia stata fatta, quantomeno di esame della documentazione.

Alla liquidazione (mancando l’accordo fra le parti che anche per queste procedure costituisce la modalità prediletta dal Legislatore secondario) dovrà provvedere il Presidente o il Giudice da lui delegato.

In ordine alla quantificazione occorre verificare se far riferimento ai criteri stabiliti dagli artt. 14-16, D.m. 24 settembre 2014, n. 202, che a loro volta rimandano all’art. 1 del D.m. 25 gennaio 2012, e quindi basano il compenso su attivo realizzato e passivo accertato, peraltro con una riduzione dal 15 al 40% (art. 16, comma 4). Ovvio quindi che se non è stato depositato un piano o una proposta di accordo sarà necessario adeguare il compenso all’attività effettiva, che certo non può consistere nella realizzazione di attivo.

Solitamente quindi si procede a ridurre i compensi, previsti dalla norma citata per il caso di effettiva apertura della procedura e di omologa, nella misura della metà, ma il parametro centrale resta l’attivo realizzato,

che invece non c'è. Un criterio analogo è adottato da alcuni uffici giudiziari⁽¹²⁾ per il commissario nella fase c.d. di riserva, che però non può equipararsi al caso di specie, perché in quell'ipotesi c'è già un procedimento incardinato in base ad una domanda giudiziale, potenzialmente con possibilità di atti di gestione e di disposizione patrimoniale, se debitamente autorizzati.

Alcuni tribunali⁽¹³⁾, quindi, liquidano a carico dei debitori un compenso parametrato a quanto previsto per le categorie professionali cui appartiene il gestore, in rapporto alla complessità o meno dell'attività documentata⁽¹⁴⁾.

Tale ultimo criterio mi pare essere maggiormente corretto, se si considera la sua riferibilità oggettiva all'attività concretamente svolta, il suo sganciamento da parametri correlati al deposito del piano o dell'istanza e invece il suo collegamento all'analoga regola vigente in tema di soggetti ausiliari delle parti ma di nomina giudiziale, come nel caso dei curatori speciali. Nessun problema si pone invece per il caso del piano o della proposta depositati ma non omologati, posto che i criteri di cui al D.m. n. 202/2014 si applicano anche a tal caso, visto che ivi si specifica come i criteri dettati si applicano anche alla fase successiva all'omologa, fatto salvo che di necessità qui l'attivo sarà parametrato a quello indicato nel piano o nella proposta.

3. *L'iniziativa.*

Legittimati all'iniziativa, proprio le ragioni che hanno condotto il legislatore a prevedere i procedimenti di soluzione della crisi, e che si sono indicate, sono solo i debitori. Merita peraltro di essere sottolineato il fatto che la riforma *in itinere* prevede la legittimazione all'iniziativa relativa alle “soluzioni liquidatorie” anche in capo ai creditori, ed al pubblico ministero trattandosi di insolvenza di imprenditori⁽¹⁵⁾.

(12) Il Trib. Monza con delibera *ex art. 47 quater* ord. giud. del 19 maggio 2016, determina il compenso del c.d. pre-commissario nel 10% di quello che sarebbe liquidato al commissario giudiziale, parametrando l'attivo a quello indicato nell'ultimo bilancio.

(13) Ad es. il Trib. Monza, a seguito della delibera assunta dalla sez. III ai sensi dell'art. 47 *quater* ord.giud. in data 19 luglio 2016.

(14) Per la precisione si può ritenere applicabile il D.m. n. 140/2012 che stabilisce i compensi professionali ai fini della loro liquidazione da parte dell'autorità giudiziaria. In particolare, in considerazione del tenore della norma, per i gestori della crisi che corrispondano alla qualifica professionale di dottore commercialista potrà applicarsi il disposto dell'art. 27 del detto D.m.

(15) Cfr. art. 9. lett. f) dello schema di legge delega approvato dal CDM 10 febbraio 2016, di cui alla Commissione Ministeriale Rordorf; non mancano peraltro notevoli per-

Va anche chiarito che l'OCC non è legittimato alla presentazione del piano o dell'accordo. Infatti il suo ruolo è indubbiamente essenziale, anche nella fase della formazione di tali atti, come detto, ma è certo che l'iniziativa debba essere esercitata in prima persona ed esclusivamente dal debitore, mentre l'organismo deve mantenere solo il ruolo di ausiliare *ex art. 15*, comma 5, e di fidefacente del piano per il Tribunale.

Nello specifico poi, e partendo dal piano del consumatore, la relativa iniziativa appartiene a coloro che abbiano assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività d'impresa o professionale.

La Suprema Corte⁽¹⁶⁾ ha recentemente evidenziato come tali obbligazioni possano essere ricondotte, a determinate condizioni, anche ad un imprenditore o professionista.

In particolare il S.C. ha espresso il principio secondo cui la nozione di consumatore non ha riguardo in sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, purché esse non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, solo esigendo l'art. 6, comma 2, lett. b) una specifica qualità della sua insolvenza in cui non possono comparire obbligazioni assunte per le predette attività ovvero non dovendo più esse risultare attuali. Si ammette peraltro che tra le obbligazioni ne residui una tipologia di quelle relative a tali relazioni, e cioè quelle a carattere tributario (di cui all'art. 7, comma 1), *id est* iva e ritenute non versate.

Si pone però il problema interpretativo in ordine alla portata della nozione di "obbligazioni attuali", se cioè tale concetto coincida con quello di debito scaduto e non pagato, con la conseguenza che debba considerarsi come inattuale ad esempio l'obbligazione da mutuo regolarmente adempiuta alle singole scadenze. La risposta passa attraverso la concezione stessa di questa procedura, se inerente a tutte le obbligazioni, scadute e non, o se sia concesso escluderne alcune, in particolare quelle non inadempite (cfr. anche *infra*, § 5).

Quel che appare certo è che la sussistenza di obbligazioni esigibili attinenti all'attività professionale o d'impresa dovrebbe comportare l'esclusione dell'ammissibilità del piano del consumatore, poiché come precisa il

plexità in ordine alla formulazione della norma, specie in riferimento all'individuazione della nozione di "soluzioni liquidatorie", per le quali v. D'ORAZIO, *Il nuovo appeal delle procedure di sovraindebitamento nella riforma in itinere*, in *Fallimento*, 2016, p. 1122 ss.; in particolare risulta ben difficile che tale iniziativa possa essere confinata alla sola procedura di liquidazione di cui all'art. 14 *ter*, attesa la formulazione generalista dell'espressione utilizzata.

⁽¹⁶⁾ Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Fallimento*, 2016, p. 665, con nota di PASQUARIELLO. È chiaro che tale giurisprudenza supera la nozione ricavata da alcuni precedenti di merito, in particolare Trib. Bergamo, 12 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

SC l'insolvenza di questo deve essere connotata esclusivamente da obbligazioni non attinenti alla sfera imprenditoriale o professionale.

E in proposito va sottolineato che tra le obbligazioni non riconducibili a quelle “personali” del consumatore, vanno annoverate quelle assunte a titolo di fideiussione per obbligazioni rientranti nell'attività professionale o di impresa, attesa la natura neutra dell'obbligazione accessoria⁽¹⁷⁾.

Si noti che il progetto di legge delega prevede che invece si applichi il criterio della prevalenza delle obbligazioni contratte nei rapporti di consumo su quelle di derivazione imprenditoriale o professionale⁽¹⁸⁾.

Nell'altra ipotesi oggetto di studio (i.e. accordo) legittimati possono essere anche l'imprenditore agricolo, il piccolo imprenditore la cui nozione si ricava a contrario dall'art. 1 legge fallim.; il debitore civile (professionisti, associazioni e società di professionisti,) e in generale coloro che non intendono chiedere il piano del consumatore, incluso quindi il consumatore stesso.

Si discute se la domanda possa essere depositata anche da un ente pubblico. In particolare la giurisprudenza, partendo dall'osservazione secondo cui la legge si riferisce alla nozione di debitore “debole”, come anche si ricava dalla relativa *ratio* di cui si è discusso in precedenza, esclude che tra i legittimati possa annoverarsi l'ente pubblico⁽¹⁹⁾. Lo stesso Tribunale peraltro⁽²⁰⁾ aveva in un primo tempo ritenuto che il piano di risanamento previsto per aziende sanitarie e ipab di cui al D.Lgs. n. 207/2011 potesse assumere il contenuto di una delle forme di risoluzione di cui alla L. n. 3/2012⁽²¹⁾.

Sebbene parte della dottrina⁽²²⁾ abbia affacciato l'ipotesi della presentazione della domanda da parte di un soggetto fallibile ma non già dichiarato tale, l'art. 6 appare invece chiaro nell'escludere che la domanda possa essere presentata da imprenditori “soggetti od assoggettabili” alle altre procedure concorsuali. Unico dubbio potrebbe riguardare l'imprenditore che non abbia 30.000 euro di debiti scaduti, ma qui non si tratta di

⁽¹⁷⁾ Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, *CED*, Rv. 620445, Trib. Bergamo, cit.

⁽¹⁸⁾ Si veda lo schema di Legge Delega approvata dal CDM 10 febbraio 2016, di cui alla Commissione Ministeriale Rordorf, art. 9, comma 1, lett. a).

⁽¹⁹⁾ Trib. Treviso, 12 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*.

⁽²⁰⁾ Trib. Treviso, 20 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁽²¹⁾ Pare ritenere l'applicazione agli enti pubblici FARINA, *La nuova funzione del precepto, sponsor delle procedure di composizione del sovraindebitamento o intimazione al debitore perché adempia?*, in corso di pubblicazione su *Giust. civ.*

⁽²²⁾ LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile*, *www.ilfallimentarista.it*, 2013.

qualifica dell'impresa bensì di semplice condizione di procedibilità (art. 15 legge fallim.) e quindi il dubbio non può porsi: se egli risponde ai parametri di cui all'art. 1 legge fallim., trattasi di un soggetto astrattamente assoggettabile alla procedura fallimentare.

Quanto poi all'imprenditore cessato e cancellato da oltre un anno, se trattasi di una società non è più assoggettabile neppure a sovraindebitamento perché è estinta; se invece è un imprenditore individuale allora senz'altro egli non è più assoggettabile a fallimento e, quindi, può chiedere l'apertura di una procedura di sovraindebitamento. Peraltro se il PM o un creditore istante per il fallimento dimostrassero la non effettività della sua cessazione, allora, in presenza degli altri requisiti di fallibilità, la procedura di sovraindebitamento si risolverà automaticamente (art. 12, comma 5). Per quanto riguarda l'imprenditore defunto, se l'erede continua l'attività imprenditoriale, ed accetta con beneficio d'inventario, dopo un anno potrà chiedere la procedura di sovraindebitamento con riferimento al patrimonio separato; se invece accetta puramente e semplicemente è assoggettabile a fallimento. Se infine non continua l'impresa, dopo un anno, potrà in ogni caso farsi ricorso alla procedura di sovraindebitamento⁽²³⁾, ed in particolare all'accordo (o la liquidazione) come nei casi da ultimo cennati.

Il socio illimitatamente responsabile senz'altro può accedere alla procedura di sovraindebitamento quando la società è estinta⁽²⁴⁾. Sul punto può però sostenersi⁽²⁵⁾ che possa farlo anche prima, poiché l'estensione del fallimento a lui non dipende dalla qualifica imprenditoriale, ma dalla ripercussione del fallimento della società. Conseguentemente nulla si oppone a che lo stesso chieda di accedere a una procedura di sovraindebitamento, mentre in caso di fallimento in estensione, si verificherà l'effetto risolutorio (cfr. art. 12, comma 5).

La soluzione opposta è stata fatta propria da recente giurisprudenza⁽²⁶⁾, la quale ha premesso che la posizione del socio illimitatamente responsabile e quella dell'ordinaria persona fisica è differente, poiché il

⁽²³⁾ In tal senso si vedano anche *Le linee guida sulla crisi da sovraindebitamento*, a cura della Commissione Crisi da Sovraindebitamento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, Roma, luglio 2015.

⁽²⁴⁾ In termini GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 405.

⁽²⁵⁾ Ritengono che il socio illimitatamente sia legittimato alle procedure di sovraindebitamento, LIMITONE, *Accesso alla procedura di sovraindebitamento del socio illimitatamente responsabile di sas*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2014; BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento, dopo il maquillage della L. 3/12*, in *Fallimento*, 2013, p. 1435.

⁽²⁶⁾ Trib. Milano, 18 agosto 2016, *www.ilcaso.it*.

primo è soggetto al fallimento, mentre poco importa la distinzione fra fallimento per estensione e diretto. Tale argomentazione non pare decisiva, se si considera che la condizione di fallibilità scatta solo col fallimento della società e che in suo difetto il socio, che non è imprenditore, ancorché insolvente non fallisce.

Particolare è la situazione dell'imprenditore agricolo che, se da un lato in base all'art. 7, comma 2 *bis* è esplicitamente legittimato all'accesso alla procedura di accordo può altresì accedere, in base alla legge fallim., all'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* L. cit. Altrettanto particolare è poi il caso delle c.d. *start-up* innovative, di cui al D.L. n. 179/2012, cioè quelle società di capitali, anche cooperative, di recente costituzione e con capitale limitato, che svolgono attività ad alto contenuto tecnologico e con personale altamente qualificato. Esse, in virtù del disposto di cui all'art. 31 D.L. cit., sono soggette alle sole procedure di cui al capo II della L. n. 3/2012 ancorché superino i limiti dimensionali di cui all'art. 1 legge fallim., e ciò fino al compimento del quarto anno dalla costituzione o fino al minor periodo in cui perdono i requisiti suddetti.

3.1. *Necessità di difesa tecnica.*

Se è vero che il procedimento per la nomina è autonomo, la domanda d'omologa del piano o la fissazione di udienza per l'accordo introducono un altrettanto autonomo procedimento, tramite un'istanza del debitore a fronte della quale va nominato un giudice delegato.

Secondo un orientamento⁽²⁷⁾, per introdurre tali domande occorre il patrocinio di un avvocato in quanto si tratta di un procedimento di Volontaria Giurisdizione in cui vi è una domanda giudiziale, una fase potenzialmente contenziosa e degli interessi fra loro contrapposti.

In generale anzitutto deve osservarsi che le procedure in parola non costituiscono giudizi in senso tecnico (quindi processi aventi ad oggetto accertamenti idonei al giudicato), ma procedure (come le altre concorsuali o quelle individuali).

Tradizionalmente anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione ove si faccia questione di diritti soggettivi o di *status* si ritiene necessaria l'assistenza del legale⁽²⁸⁾, ma nella specie anzitutto non si tratta di una

⁽²⁷⁾ Trib. Massa, 28 gennaio 2016, *www.ilcaso.it.*; anche Trib. Vicenza, 29 aprile 2014, *www.ilcaso.it.*

⁽²⁸⁾ Ritiene trattarsi di procedimento in forma contenziosa TISCINI, *I procedimenti di composizione*, cit., p. 659, e FABIANI, *Prime riflessioni sulla regolazione del sovraindebitamento del debitore non fallibile*, in *Foro it.*, 2012, V, 85.

questione di *status*. Inoltre, si può far riferimento all'orientamento in tema di concordato preventivo⁽²⁹⁾, per cui l'assistenza legale non occorre quantomeno nella fase di apertura, atteso che la relativa domanda in virtù dell'art. 161 legge fallim. va sottoscritta dal presentatore, come nel nostro caso, e non dal difensore. Dubbi in quella sede si pongono piuttosto per il successivo giudizio di omologa, sia per la sua natura (appunto di "giudizio", con evidente richiamo all'art. 82 cod. proc. civ.), che per l'eventuale fase contenziosa e la necessità prevista di costituzione, ma almeno quest'ultimo requisito nel nostro caso non è previsto, ed anzi non vi è un'autentica domanda di omologazione (almeno nell'accordo), ma semmai di apertura della procedura, e il provvedimento di omologa viene emesso dal Giudice a seguito del deposito della relazione sul voto da parte dell'OCC. Più in generale, e per tutte le procedure, la struttura semplificata e sommaria porta anch'essa alla soluzione negativa⁽³⁰⁾ e comunque pare decisivo il rilievo che l'esigenza di assistenza del sovraindebitato è soddisfatta dalla figura professionale dell'OCC⁽³¹⁾. Indubbia invece l'esigenza di assistenza legale in caso di reclamo, ed in generale nei subprocedimenti di natura squisitamente contenziosa (si pensi alle controversie che deve risolvere il Giudice, o ai procedimenti di annullamento o di risoluzione).

L'obbligatorietà (per le fasi eventuali di cui s'è detto) o la possibilità (strumentalmente ad una miglior difesa) in questa fase del patrocinio di un legale ha posto il quesito circa l'applicabilità della disciplina del gratuito patrocinio in favore del sovraindebitato.

In proposito va evidenziato che l'istituto in esame non è riservato a soggetti nullatenenti (per i quali proporre una delle nostre procedure sarebbe impossibile visto che qualche bene deve pur essere offerto) ma a coloro che hanno un limite basso di reddito, mentre nulla è detto circa il patrimonio, per cui la possibilità di ricorrere allo stesso nel nostro caso non può escludersi. Non rileva in proposito la clausola d'invarianza economica di cui all'art. 15, comma 4, dal momento che la stessa si riferisce all'istituzione dell'organismo e quindi solo ai relativi compensi.

Risulta invece complesso ammettere, se vi fossero delle spese imminenti che non possono attendere la liquidazione dei beni, che le stesse

⁽²⁹⁾ per la necessità di difensore tecnico nella sola fase dell'omologa cfr. Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, e in tal senso già Cass., 8 gennaio 1998, n. 92.

⁽³⁰⁾ In tal senso TISCINI, *I procedimenti di composizione*, cit., 660. Ma giunge a diverse conclusioni, Farina, *L e procedure concorsuali di cui alla l. n. 3 del 2012 e la limitata compatibilità con la legge fallimentare*, in corso di pubblicazione su questa *Rivista*, 2017, 1.

⁽³¹⁾ Così FILOCAMO, *Deposito ed effetti dell'accordo*, in *Fallimento*, 2012, 1049.

siano anticipate dall'Erario, sussistendo le condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio, con successivo rimborso. In effetti a tal fine occorrerebbe giungere ad una analogia con il disposto dell'art. 146, D.P.R. n. 115/2002, dettato però in tema di procedure fallimentari, che tuttalpiù si potrebbe spingere per l'ipotesi della liquidazione *ex artt. 14-ter ss.*, ma non certo per le altre procedure. Peraltro quantomeno per le spese di pubblicità delle vendite può ritenersi applicabile (sempre salvo il recupero) il disposto di cui all'art. 131, comma 4, lett. d) del D.P.R. citato, e direi anche che possano essere prenotate a debito le spese per la stima dei beni (arg. art. 131, comma 3, D.P.R. cit.).

Sul trattamento di tali crediti si veda poi nella fase dell'esecuzione.

4. *Il temporaneo divieto di nuova istanza.*

L'art. 7, comma 2, lett. b), dispone che “la proposta non è ammissibile quando il debitore...ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui al presente capo”.

Risulta evidente che la *ratio* del divieto di fare ricorso a plurime procedure di sovraindebitamento nel quinquennio mira a evitare che il debitore possa sottrarsi, attraverso un comportamento abusivo e dilatorio, alla disposizione di cui all'art. 2740 cod. civ. Infatti la presentazione di istanza *ex L. n. 3/2012* determina, sebbene in un secondo momento, la sospensione delle azioni esecutive individuali (cfr. art. 10 per l'accordo con i creditori, che ricollega l'effetto al decreto d'apertura; artt. 12 *ter* e 12 *bis*, comma 2 per il piano del consumatore, che limita peraltro l'effetto a procedure individuate specificamente con il decreto di apertura e valutate discrezionalmente dal giudice); inoltre alla procedura consegue l'effetto esdebitatorio.

L'interrogativo è quindi se il divieto scatti anche nell'ipotesi in cui la procedura non abbia superato la verifica di ammissibilità, e se sia possibile proporre l'accordo in subordine al piano del consumatore.

La questione è stata positivamente risolta dalla recente giurisprudenza di legittimità, che ha stabilito come il divieto riguardi il debitore “che abbia fatto ricorso” alla procedura, dunque fruendo degli effetti pieni dell'istituto⁽³²⁾.

(32) Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, cit.; nello stesso senso Trib. Cagliari, 11 maggio 2016, www.unijuris.it, il quale precisa sia le osservazioni che seguono nel testo in ordine all'art. 14 *quater*, sia il fatto che una diversa interpretazione sarebbe ispirata da intento sanzionatorio verso il debitore che ha solo sbagliato strumento di soluzione della crisi.

In effetti un procedimento che si chiude già nella fase dell'ammissibilità non è certo idoneo a favorire gli intenti dilatori e di deresponsabilizzazione del debitore perché in tal caso nessuno degli effetti che si sono visti (di sospensione o inibitoria all'esecuzione individuale, e tantomeno esdebitatorio) possono in tal caso darsi.

Del resto i presupposti delle diverse procedure essendo differenti, non v'è ragione di impedire l'accesso ad un'altra procedura volta che non ricorrano i presupposti della prima⁽³³⁾.

Deve poi escludersi il parallelo con l'art. 161, comma 9, legge fallim. che stabilisce l'inammissibilità del concordato con riserva nell'ipotesi in cui sia già stata presentata altra domanda pur non ammessa, perché in quel caso alla sola domanda è collegata la moratoria prevista dal successivo art. 168, legge fallim. effetto che invece nelle nostre procedure deriva dai successivi provvedimenti di apertura.

Peraltro la preclusione non opera anche nel caso in cui, pur aperta la procedura e quindi fissata l'udienza, poi il giudice non omologhi.

La domanda quindi può essere proposta tanto con ricorso autonomo e successivo al diniego d'apertura, quanto con il medesimo ricorso con il quale è stata presentata la proposta di piano, subordinatamente al diniego di omologa, non risultando alcun impedimento e divieto processuale, a patto che sussistano sin dall'inizio tutti i presupposti ed i requisiti di legge per accedere alla procedura chiesta in subordine⁽³⁴⁾.

Pacifico appare invece che il divieto si applichi alla possibilità di ripresentare la stessa tipologia di composizione della crisi nel termine di cui all'art. 7, comma 2, lett. b), anche a fronte di una semplice declaratoria di inammissibilità⁽³⁵⁾.

Qui in effetti il vaglio dei requisiti di ammissibilità – che appunto coincidono – risulta già essere stato effettuato, ma forse uno spazio potrebbe sussistere in caso di radicale mutamento delle circostanze, com'è

⁽³³⁾ Si pensi, e con ciò anticipo quanto si vedrà in tema, al caso di un piano del consumatore inammissibile ad esempio per difetto dei requisiti di meritevolezza, o addirittura soggettivi, che invece potrebbe essere riproposto come proposta di accordo o come istanza di liquidazione.

⁽³⁴⁾ FARINA, *op. loc. cit.*

⁽³⁵⁾ in tal senso Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, cit. Nel senso della riproponibilità della stessa tipologia di procedimento dopo la declaratoria di inammissibilità Trib. Prato, 28 settembre 2016, in *www.ilcaso.it*, il quale peraltro si riferisce all'ipotesi in cui il precedente procedimento era stato dichiarato inammissibile per compimento di atti in frode nel quinquennio anteriore alla domanda, per cui stante la causa di inammissibilità la decisione è pienamente condivisibile. Lo stesso Trib. ha tra l'altro stabilito che in tal caso il termine va determinato con riferimento al compimento dell'atto fraudolento.

tipico dei procedimenti di volontaria giurisdizione e in generale di quelli emessi *rebus sic stantibus* (arg. art. 742 cod. proc. civ.).

Nel senso qui proposto va il disegno di legge di delegazione già citato⁽³⁶⁾, il quale preclude nei cinque anni l'accesso alle procedure di sovraindebitamento, solo se entro tale spazio temporale il debitore abbia già beneficiato dell'esdebitazione, il che presuppone appunto una procedura che abbia avuto buon esito.

5. Piano del consumatore.

Venendo ora alle procedure che ci siamo prefissi di descrivere, si principierà con quella denominata piano del consumatore, introdotta *ex novo* dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, di modifica della legge in commento, entrata in vigore il 18 gennaio 2013.

Quanto alla legittimazione si è già detto, mentre con riferimento al procedimento esso si articola in due fasi, una incentrata sul decreto di fissazione dell'udienza e l'altra su quello di omologa del piano.

La prima condizione di cui conviene trattare, che va verificata tanto in fase di ammissione che poi di omologazione, è costituita dalla meritevolezza del consumatore.

Essa costituisce bensì, e in maniera ancor più decisiva, un requisito dell'omologazione, visto che se ne tratta proprio all'art. 12 *bis*. Nondimeno di essa occorre trattare subito poiché caratterizza di sé questa procedura (a differenza di quella di accordo).

Evidente intanto che l'introduzione del giudizio discrezionale sulla meritevolezza (insieme a quello sulla fattibilità e sull'assenza di atti in frode) sia ricollegabile prima di tutto all'esigenza di controbilanciare l'assenza della possibilità per i creditori di votare il piano.

In altri termini il legislatore, prevedendo un procedimento così favorevole – ma strumentale alla tutela del debitore onesto ma sfortunato – vuole verificare le ragioni del sovraindebitamento.

Pertanto solo quando tali ragioni non appaiono ingiustificate (per riprovevolezza o anche solo negligenza) in base ad una verifica giudiziale, si potrà ricorrere a questa procedura.

In difetto occorrerà ottenere il consenso dei creditori tramite l'accordo di cui all'art. 7, comma 1, ovvero giungere all'esdebitazione con un apposito procedimento (art. 13 *terdecies*), preceduto dalla liquidazione di cui

(36) DDL cit., art. 9, lett. d).

alla sez. II del capo II della legge, e non esente comunque da una verifica della ragionevolezza del comportamento del debitore⁽³⁷⁾.

Va peraltro ricordato che parte della dottrina⁽³⁸⁾ giustifica la mancata previsione del voto al probabile disinteresse dei creditori, e soprattutto alla natura di soggetto debole del consumatore⁽³⁹⁾, con il conseguente interesse pubblico alla soluzione di tali crisi in rapporto alle ricadute sull'economia generale. Si è parlato in proposito di un'ipotesi di "concordato coattivo"⁽⁴⁰⁾, assimilabile a quelli disciplinati dalle leggi amministrative per gli enti pubblici non svolgenti attività d'impresa (es. l.c.a., risanamento delle ASL), e appunto caratterizzati da un alto coinvolgimento dell'interesse pubblico.

Circa il contenuto del giudizio di meritevolezza, l'art. 12 *bis*, comma 3 esclude il ricorrere di tale requisito qualora il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere; oppure ove il consumatore abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per effetto di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. La presenza di una sola di tali circostanze impedisce l'omologa⁽⁴¹⁾.

Non è certo semplice distinguere tra i due presupposti citati. Intanto essi vanno oltre il mancato compimento di atti in frode, appuntandosi piuttosto su aspetti che attengono alla sfera della diligenza o quantomeno della ragionevolezza dei comportamenti.

Il primo si basa su un giudizio per il quale è meritevole colui che non poteva ragionevolmente prevedere di non poter adempiere, facendo riferimento all'entità dei propri redditi o del proprio attuale patrimonio.

Il secondo invece, subordina la meritevolezza al fatto che la sproporzione tra patrimonio e debito non dipenda dalla colpa, il che avviene quando il debitore abbia assunto un debito eccessivo senza che gli possa

⁽³⁷⁾ Alludo ovviamente a quanto previsto all'art. 14 *terdecies*, comma 2, lett. a), che subordina l'esdebitazione, tra l'altro, al fatto che il sovraindebitamento non sia imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle capacità patrimoniali del debitore.

⁽³⁸⁾ GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, p. 1285.

⁽³⁹⁾ FABBI, *Sovraindebitamento, consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, p. 508.

⁽⁴⁰⁾ Categoria studiata in DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011; l'accostamento alla nostra materia si deve a FABBI, *Sovraindebitamento*, cit.

⁽⁴¹⁾ In tal senso v. Trib. Pistoia, 28 febbraio 2014, riportato in PELLECCCHIA, *Composizione della crisi da sovraindebitamento: il piano del consumatore al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. civ. contemp.*, anno I, n. 1, apr/maggio 2014; FARINA, *op. loc. cit.*

essere mosso alcun rimprovero in ragione della consistenza del proprio patrimonio.

Come si vede tutto ruota su un giudizio di diligenza (dando per scontata la non meritevolezza della condotta fraudolenta). Tuttavia né si deve qui trascendere a giudizi morali, né a interpretare in modo tanto rigido i presupposti citati da confinare la normativa ai casi di fatti sopravvenuti e del tutto imprevedibili⁽⁴²⁾.

Il giudizio quindi va concentrato appunto su un livello di previsione media, non ancorato a criteri di prevedibilità professionale (sullo schema cioè dell'art. 1176 cod. civ.).

Emerge dalla stessa *ratio* della legge nel suo complesso, che non potrà essere considerato immeritevole un soggetto vittima dell'usura, un soggetto licenziato, una vittima di patologie come la ludopatia, colui che subisce un aggravio dei costi di mantenimento della famiglia determinato dalla crisi coniugale. Mentre sarà immeritevole chi si sia dato ad un tenore di vita palesemente eccessivo rispetto ai propri mezzi, il disoccupato che spende e non cerca intanto una occupazione e così via.

Da un punto di vista operativo, potrebbe suggerirsi il criterio secondo cui quasi certamente le condizioni di meritevolezza sono presenti se viene offerta un'elevata percentuale di soddisfacimento (ovviamente senza ricorso a finanza esterna), perché ciò significa che ben difficilmente in base a un giudizio *ex ante* si poteva prevedere l'insolvenza a fronte di mezzi che si mostrano ancora adeguati ad un elevato seppur non totale livello di adempimento.

Gli esempi offerti dalla giurisprudenza di merito sono peraltro improntati alla larghezza nell'ammissione⁽⁴³⁾, identificandosi l'immeritevolezza solo con comportamenti gravemente colposi.

E anche i provvedimenti negativi sono in tal senso, come quello in cui è considerato non meritevole il consumatore che procede a ricorso continuo e temporalmente concentrato a più fonti di finanziamento tali da

⁽⁴²⁾ MORELLO, *Il Fallimento del consumatore: giudizio di meritevolezza*, in *Diritto 24ore*.

⁽⁴³⁾ Trib. Verona, 8 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*, per un'ipotesi in cui i sovraindebitati avevano aiutato un figlio con problemi psichici; peraltro qui il sovraindebitamento era dipeso anche dalla presenza di inquilini morosi; Trib. Verona, 20 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*, per un caso di un soggetto cui venne meno il contributo della famiglia al pagamento delle rate del mutuo; Trib. Ascoli Piceno, 4 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*, in cui si procede all'omologa anche se si tratta di un soggetto che ha dilapidato il patrimonio con pochi e rischiosi investimenti; Trib. Catania, 7 febbraio 2015, *www.osservatorio.oci.org* in cui si omologa un piano di un soggetto che ha sperperato il patrimonio al gioco.

assorbire tutti i propri redditi con i pagamenti rateali, e a fronte di un patrimonio interamente gravato in precedenza⁽⁴⁴⁾.

Nel progetto di legge di delegazione peraltro si abbandona ogni profilo di colposità per concentrarsi solo sulla frode e la mala fede (cfr. Relazione allo schema di legge delega citato *retro*).

Si deve peraltro lamentare il fatto che il legislatore non abbia dato nessun rilievo, accanto a quello della meritevolezza del debitore (si condivide o meno la concreta scelta di basare la stessa su un piano di diligenza), all'atteggiamento del creditore⁽⁴⁵⁾.

5.1. *Par condicio creditorum*.

Sempre a livello generale deve essere affrontata la questione del necessario rispetto della *par condicio creditorum*.

In proposito, in base a una pronuncia⁽⁴⁶⁾ si ritiene sussistere un vuoto normativo, rispetto al quale sono astrattamente aperte due opzioni interpretative, quella cioè in base alla quale la natura concorsuale della procedura richiama indiscutibilmente la necessità del rispetto di pari trattamento dei creditori chirografari; e l'altra in base alla quale nulla essendo detto tale principio non può applicarsi. Il Tribunale, tenendo conto del *favor* del legislatore per il consumatore, ritiene che il principio della *par condicio* non debba osservarsi, come del resto dimostrerebbe l'assenza di qualsiasi criterio di formazione delle classi.

Va notato in proposito che allorché il legislatore ha voluto disciplinare i criteri di formazione delle classi lo ha fatto esplicitamente (cfr. art. 160, comma 1, lett. c, legge fallim.); e soprattutto poi ha dettato una specifica disciplina circa la relativa rilevanza ed il controllo della loro formazione (sotto il primo profilo cfr. artt. 177 e 180, comma 4, legge fallim.; sotto il secondo art. 163, comma 1, stessa legge), per cui poiché nel nostro caso nulla è stato detto, se ne deve dedurre che è lasciata al debitore ampia

⁽⁴⁴⁾ Trib. Ravenna, 17 dicembre 2014; si veda anche Trib. Pistoia, 28 febbraio 2014, cit.

⁽⁴⁵⁾ Un onere di controllo ad es. è previsto dall'art. 124 *bis* TUB, secondo cui prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente, e tuttavia in proposito nulla viene stabilito a titolo di sanzione per l'operatore che non abbia effettuato siffatta valutazione. In argomento PELLECCCHIA, *Composizione della crisi*, cit.; cfr. ora anche l'art. 120 *undecies* TUB.

⁽⁴⁶⁾ Trib. Ascoli Piceno, 4 aprile 2014, cit.

libertà, peraltro fermo restando il criterio ricavabile dalla legge stessa del limite di non alterazione dell'ordine delle cause di prelazione.

D'altronde a ben vedere il legislatore conferisce al singolo creditore la possibilità di contestare la convenienza del piano, sicché ove lo stesso gli riservi un trattamento peggiore rispetto all'alternativa liquidatoria, il giudice non potrà che rifiutare l'omologa, mentre in caso contrario non sussiste un autentico interesse a contestare il criterio di formazione della classe (e un trattamento meno favorevole rispetto ad altri creditori, ma pur sempre migliore o uguale rispetto all'alternativa, non potrà che dipendere dalla distribuzione della finanza esterna).

Sempre in tema di *par condicio* va verificata la possibilità di prevedere debiti esterni, quindi pagati integralmente ed *extra* concorso con beni o redditi del pari esclusi.

In linea di principio non può escludersi tale possibilità. Deve però verificarsi se essa debba essere dal creditore estraneo⁽⁴⁷⁾ interessato consentita od oggetto di contestazione *ex art. 12-bis*, comma 4. Se si considera che il pagamento integrale non reca di per sé pregiudizio al creditore esterno, pare sufficiente riconoscergli il solo diritto di contestare (in relazione alla sottrazione alla garanzia dei suoi crediti dei beni conferiti nel piano, il tutto sempre in rapporto all'alternativa liquidatoria). L'esclusione poi di beni pare ammessa, laddove il legislatore esclude i creditori con causa posteriore dal soddisfacimento sui beni del piano, ammettendo così che possano farlo su quelli estranei ad esso (art. 12 *bis*, comma 2). Anzi la non universalità del piano e dell'accordo dovrebbe essere una delle caratteristiche distintive degli stessi dalla liquidazione (*infra*, § 6). Rimane il problema della possibile esclusione dal piano di obbligazioni non attuali derivanti da attività imprenditoriale o professionale, di cui s'è detto al § 3. Se pure si vuol ammettere tale possibilità, non può trattarsi di una facoltà indiscriminata, che avrebbe per effetto la formazione di un patrimonio separato e comprometterebbe il principio di cui all'art. 2740 cod. civ. senza una base normativa. Allo stato quindi pare che anche qui non si possano superare i limiti delineati appena sopra, ferma restando la valutazione del giudice e le facoltà di contestazione dei creditori e dei terzi estranei.

Il regime dei crediti estranei si completa con ciò che quindi a tutela di essi si potrà agire esecutivamente sui beni estranei (in concorso quindi con

⁽⁴⁷⁾ "Estraneo" è espressione descrittiva, poiché la previsione del suo pagamento integrale deve essere contenuta nel piano e soggetta alla contestazione degli altri creditori. Egli poi, come si vedrà, è destinatario della notifica *ex art. 12-bis*, comma 1.

i creditori posteriori), mentre i debitori del concorso, vincolati dall'omologa, non potranno farlo, fermo il loro potere di contestazione circa l'esclusione dei beni *ex art. 12-bis*, comma 4.

Resta invece fermo il rispetto delle cause legittime di prelazione come dimostrato dalle norme sulla limitata moratoria che può essere prevista nel piano per il pagamento dei crediti privilegiati (art. 8, comma 4), sulla necessità di un'attestazione in caso di previsione del soddisfacimento dei privilegiati speciali nella minor misura del valore del bene su cui esercitano la prelazione (art. 7, comma 1) e anche dall'ultima parte dell'art. 13, comma 4 *bis*.

L'art. 12 *bis* non prevede per il piano del consumatore una norma analoga a quella di cui all'art. 12, comma 3, in base al quale l'accordo è obbligatorio per i creditori anteriori e per i posteriori (nel senso che questi ultimi non possono eseguire sui beni oggetto del piano). Tuttavia ragionevolezza vuole che certamente gli anteriori siano vincolati dal piano. L'anteriorità e la posteriorità va però qui riguardata con riferimento al decreto di omologa.

Avendo poi la normativa in commento la finalità di liberare il consumatore dal peso della sua esposizione debitoria, il piano deve far riferimento a qualsiasi obbligazione, anche relativa a contratti in corso, foss'anche per delinearne come visto il soddisfacimento fuori dal concorso. La normativa sui contratti pendenti propria delle procedure di concordato preventivo e di fallimento non può quindi trovare alcuna applicazione.

In ordine al contenuto del piano, sotto il profilo delle modalità di soddisfacimento, liquidazione e gestione, fatta salva l'ipotesi della continuità, si può rimandare a quanto si osserverà al § 6.

5.2. *Procedimento.*

Quanto al dipanarsi della procedura, dopo la presentazione del piano – da depositarsi in Tribunale e contestualmente, e comunque entro tre giorni, presso l'agente della riscossione e gli uffici fiscali tramite l'OCC – che avrà l'unico effetto conservativo automatico costituito dalla sospensione ai soli effetti del concorso del corso degli interessi (salvo per i crediti privilegiati), come dispone l'art. 9, comma 3-*quater*, il giudice competente (quello della residenza del consumatore) fisserà l'udienza per l'omologa ove l'istanza presenti i requisiti stabiliti dagli artt. 8 e 9, salva comunque la possibilità di concedere un termine per integrare (art. 9, comma 3-*ter*) nonché l'insussistenza di atti in frode ai creditori (infra, § successivo).

Ancor prima dell'esame della meritevolezza, della fattibilità e dell'assenza di atti in frode, il giudice verificherà la sussistenza dei presupposti processuali, primo fra tutti la competenza.

Quindi, sempre in via preliminare, si accerteranno le altre condizioni di ammissibilità, cioè la sussistenza della situazione di sovraindebitamento, la natura di consumatore dell'istante, e quelle espressamente disciplinate dall'art. 7, cioè la non assoggettabilità a procedure concorsuali; il mancato ricorso nei cinque anni precedenti ad una delle procedure disciplinate dalla legge in commento; la presenza di documentazione idonea a consentire la ricostruzione della situazione economica e patrimoniale del debitore (specificata peraltro all'art. 9, comma 2, su cui infra, § successivo); ed infine l'assenza di precedenti provvedimenti di revoca, impugnazione e risoluzione per causa imputabile al debitore.

Importante a questi fini l'analisi della relazione particolareggiata redatta dall'OCC. e da allegarsi al piano la quale se presenta i requisiti di analiticità motivazionale, esaustività, coerenza logica e non contraddittorietà, comporta che il giudice delegato può limitarsi a recepirne contenuti e conclusioni ⁽⁴⁸⁾.

Essa in base all'art. 9, comma 3 *bis*, si incentrerà su: indicazione delle cause di indebitamento; diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere le obbligazioni (col che si conferma che uno dei contenuti più rilevanti è costituito dall'analisi delle condizioni di meritevolezza anche in questa fase); nonché sugli altri aspetti ivi elencati fra cui la probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria. Sotto quest'ultimo profilo l'ottica dell'OCC differirà dalle indicazioni che potranno dare i creditori in sede di contestazione della convenienza, nel senso che il primo avrà presente la convenienza di carattere generale, riferita cioè all'intero ceto creditorio.

Venendo ora alla verifica (oltre che della meritevolezza) della fattibilità (giudizi che peraltro saranno ripetuti in sede di omologa), la discrezionalità del relativo giudizio appare evidente, specie per l'assenza della previsione del voto, sebbene non si possa estendere alla convenienza economica, riservata alla contestazione (art. 12 *bis*, comma 4).

Quanto al suo contenuto essa – che (come del resto per gli altri requisiti) va effettuata dal giudice d'ufficio (ciò non è detto esplicitamente ma il comma 3 è sul punto inequivoco) – attiene alla tenuta del piano ⁽⁴⁹⁾,

⁽⁴⁸⁾ In tal senso, sebbene con riferimento alla relazione in sede di accordo, Trib. Bergamo, 31 marzo 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁴⁹⁾ PAGNI, *Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, in *Fallimento*, 2012, p.

da intendersi come sua idoneità a garantire (in base ad una valutazione che indubbiamente farà capo alle argomentazioni e dimostrazioni contenute nella relazione) i pagamenti nella misura indicata, oltre che in via integrale per le ipotesi previste per legge.

La sommarietà e al contempo l'incidenza delle suddette valutazioni in questa fase suggerisce – pur a fronte di un dato normativo che non lo prevede⁽⁵⁰⁾, l'opportunità di fissare un'udienza prima di pronunciare un provvedimento di inammissibilità o di infondatezza.

All'esito positivo della verifica consegue invece il decreto di fissazione dell'udienza – da comunicarsi a “tutti” i creditori (inclusi gli estranei) trenta giorni prima dell'udienza, ma non soggetto a forme di pubblicità, a differenza dell'omologo provvedimento previsto nella procedura di accordo. Con lo stesso decreto il giudice deciderà se la prosecuzione di specifici procedimenti esecutivi sarà di pregiudizio alla fattibilità del piano⁽⁵¹⁾. Quindi non un effetto automatico come nella altre due procedure, e non riguardante i procedimenti cautelari. Sul punto il decreto va specificamente motivato, con particolare riferimento al presupposto del pregiudizio alla fattibilità, mentre il *fumus*, sostanziandosi nella fattibilità e nella sussistenza delle altre condizioni di ammissibilità, è già oggetto della motivazione. Va inoltre rimarcata la natura provvisoria della sospensione, posto che il pericolo che tende a scongiurare è riferito a un ristretto spazio temporale (“nelle more della convocazione”)⁽⁵²⁾.

Circa i procedimenti esecutivi successivamente instaurati, si ritiene che possa su di essi intervenire un apposito decreto, avente sempre l'analogo presupposto del pregiudizio alla fattibilità, su apposita istanza del debitore⁽⁵³⁾.

1064. In senso analogo si parla di verifica di “attuabilità” degli accordi in Trib. Bergamo, 31 marzo 2015, cit.

⁽⁵⁰⁾ Si noti la differenza con quanto previsto in tema di concordato dall'art. 162, comma 2, legge fallim. in ipotesi di assenza delle condizioni di ammissibilità.

⁽⁵¹⁾ Quanto ai riflessi di tale provvedimento in sede di processo esecutivo, a seguito del decreto in parola il g.e. provvederà alla sospensione (o presa d'atto) ai sensi dell'art. 623 cod. proc. civ. Intervenuta poi l'omologa si verificherà l'improseguibilità dell'esecuzione stessa, a meno che come vedremo il liquidatore non decida di subentrare nell'esecuzione stessa.

⁽⁵²⁾ Così anche TISCINI, *I procedimenti*, cit., p. 671; i riferiti elementi e caratteri specifici del provvedimento in commento portano l'Autrice a concludere per la natura cautelare di tale provvedimento. In realtà, come del resto avverte in altro punto la stessa, è in generale discutibile la natura cautelare dei provvedimenti che dispongono sulla sospensione del processo esecutivo.

⁽⁵³⁾ Così AGOSTINI, *Il piano del consumatore. Dall'omologa alla cessazione*, ODCEC Pistoia, 2013, p. 3.

Il decreto è soggetto a modifica o revoca fino alla sua definitività in applicazione dell'art. 742 cod. proc. civ., mentre almeno nell'ipotesi di disposta sospensione non è soggetto al termine di efficacia di cui all'art. 741 cod. proc. civ. Esso è reclamabile quante volte sia negativo, cioè non fissi l'udienza e dichiarati l'inammissibilità dell'istanza o il suo rigetto per non fattibilità (argomentazioni analoghe valgono per la procedura di accordo), e in punto sospensione delle procedure esecutive in corso. A sua volta il provvedimento che definisce il reclamo sarebbe per la dottrina soggetto, attesane la natura decisoria, a ricorso in cassazione *ex art.* 111 Cost. ⁽⁵⁴⁾.

La procedura in parola, come le altre della L. n. 3/2012, è per il resto integralmente soggetta agli artt. 737 ss. cod. proc. civ., senza i contemperamenti previsti per altri tipi di processo, il ché è stato criticato proprio in relazione alla sua natura potenzialmente contenziosa ⁽⁵⁵⁾.

L'udienza così fissata certo non è preposta all'accertamento degli atti in frode come invece quella prevista dall'art. 10 per l'accordo, visto che qui tale controllo si fa a monte, ma all'esame delle eventuali contestazioni (promosse da qualunque interessato) anche sull'ammontare dei crediti. Queste ultime possono essere proposte al massimo fino all'udienza stessa (del resto i creditori vengono informati con congruo anticipo come visto).

Deve ritenersi che le contestazioni sull'ammontare abbiano un contenuto simile a quello delle controversie distributive (art. 512 cod. proc. civ.), però più ristretto, e vanno promosse solo da debitori (se hanno inserito nell'elenco il credito come parzialmente contestato), creditori e anche tra creditori contemplati dal piano. Le altre contestazioni potranno anzitutto riguardare i profili, procedurali e sostanziali, della vicenda a partire da quelli inerenti meritevolezza, fattibilità o frode. Inoltre la legge consente al singolo creditore – anzi ad ogni interessato – di contestare il piano sotto il profilo della convenienza, da verificarsi in rapporto all'alternativa liquidatoria, ma in caso positivo il giudice omologherà.

Oltre alla risoluzione delle contestazioni e alla (rinnovata) verifica di fattibilità ⁽⁵⁶⁾, occorre una nuova verifica della meritevolezza, e ciò non solo in quanto frattanto si saranno magari acquisite ulteriori informazioni

⁽⁵⁴⁾ TISCINI, *I procedimenti*, cit., p. 668.

⁽⁵⁵⁾ TISCINI, *I procedimenti*, cit., p. 659.

⁽⁵⁶⁾ La normativa non specifica nulla a proposito del contenuto dei due diversi giudizi. Pare ragionevole allora ritenere che la verifica propria della fase di ammissibilità sia di carattere essenzialmente documentale e sommaria, mentre in fase di omologa si debba giungere ad un esame approfondito sia sulla base dei dati ritraibili dall'attestazione, sia sugli elementi forniti dai creditori.

ed effettuate da parte dell'OCC ulteriori verifiche, ma perché a questo punto vi è l'ulteriore ed essenziale elemento del contraddittorio col ceto creditorio.

Il controllo giudiziale in sede di omologazione quindi consiste nella verifica di legittimità delle condizioni sostanziali e formali suddette; nell'assenza di ragioni ostative; nella mancanza di violazione di norme imperative; nella congruità delle previsioni in relazione al pagamento dei crediti impignorabili e di quelli fiscali sottratti alla falcidia⁽⁵⁷⁾, cui si aggiunge la verifica dipendente dall'oggetto delle contestazioni.

Ciò fatto il giudice provvederà all'omologa o al rigetto (in quest'ultimo caso con ordinanza). Tale provvedimento sarà ovviamente reclamabile.

6. *L'accordo.*

L'art. 7, L. cit. disciplina una procedura incentrata sul regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili e su una proposta, completa di scadenze e modalità di pagamento in percentuale o dilazionato dei creditori chirografari, anche suddivisi in classi, approvata dal voto degli stessi.

Si tratta dunque di una procedura avente natura concordataria⁽⁵⁸⁾.

Va notato che a tale procedimento può accedere qualsiasi debitore, consumatore o meno, ed anche l'imprenditore collettivo⁽⁵⁹⁾.

Il debitore formula ai creditori (di regola) chirografari una proposta di accordo che può prevedere la dilazione del pagamento (c.d. accordo dilatorio in genere completato da garanzie aggiuntive o nuove) o la remissione parziale dei debiti (c.d. accordo remissorio o esdebitativo), o ancora la dilazione del debito ridotto per effetto della remissione parziale (moratoria con esdebitazione parziale).

Insieme alla proposta, il debitore predispose un piano, tramite cui essa si deve attuare, quindi secondo lo schema ben noto della procedura con-

⁽⁵⁷⁾ In tal senso Trib. Bergamo, 31 marzo 2015, cit.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso fra gli altri GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 407.

⁽⁵⁹⁾ A tale proposito pare lecito domandarsi se l'effetto esdebitatorio dell'accordo proposto dalla società di persone si estenda (con riferimento alle obbligazioni sociali) anche ai soci illimitatamente responsabili, come nell'ipotesi di concordato accade in virtù del disposto di cui all'art. 184 legge fallim. Nessuna norma della L. n. 3/2012 prevede un simile effetto, ed anzi l'art. 11, comma 3, dispone che l'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso, senza una specifica deroga per i soci, quale quella di cui all'art. 184, comma 2, legge fallim., il che porterebbe a far ritenere l'esclusione dell'effetto esdebitatorio per essi. Si vedrà se la giurisprudenza riterrà sussistano gli estremi per una interpretazione adeguatrice.

cordataria. Il piano contiene quindi, oltre alle modalità di pagamento⁽⁶⁰⁾, quelle della liquidazione dei beni e dunque la cessazione dell'attività (c.d. accordo liquidatorio), anche qui con l'indicazione delle relative modalità e dei tempi; o della continuazione dell'attività d'impresa (c.d. accordo in continuità).

In ogni caso deve essere previsto il pagamento integrale dei crediti impignorabili, il soddisfacimento dei privilegiati almeno entro i valori dei beni vincolati dai relativi diritti di prelazione (attestato dall'OCC ai sensi dell'art. 7, comma 1), nonché l'esenzione dalla falcidia dei crediti tributari per IVA e per ritenute operate e non versate (soggetti a sola possibilità di dilazione)⁽⁶¹⁾, oltre ai debiti sorti anche in corso di procedura e inerenti amministrazioni pubbliche e forme di assistenza e previdenza obbligatorie. In caso di accordo liquidatorio, il piano può prevedere la cessione dei beni ad un liquidatore giudiziale, la *datio in solutum*, l'incasso dei crediti o il mandato a terzi ad incassare i crediti.

Si può anche prevedere l'affidamento del patrimonio ad un gestore (art. 7, comma 1) il quale – nominato dal giudice, provvederà sia alla custodia dei beni, che alla loro successiva liquidazione e alla distribuzione del ricavato. In tale ipotesi la procedura avrà un contenuto simile alla liquidazione, ma se ne distinguerà per la già indicata natura concordataria⁽⁶²⁾.

Quanto alla natura universale o meno della procedura, se essa cioè debba o meno riguardare tutti i beni, si reperisce in dottrina⁽⁶³⁾ l'opinione secondo cui tale requisito, certamente presente nella procedura liquidatoria di cui alla sezione II, non è invece caratterizzante quella di accordo. Con la conseguenza anzitutto che la proposta potrebbe escludere alcuni beni dal piano, il che peraltro certamente è scontato per i beni strategici nell'ipotesi di accordo in continuità. Richiamo comunque sul punto quan-

⁽⁶⁰⁾ In tal senso Trib. Firenze, 27 agosto 2012, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁶¹⁾ Con la L. 11 dicembre 2016, n. 232, l'art. 182-ter legge fallim. è stato modificato rendendo a determinate condizioni possibile la falcidia di questi crediti in sede concordataria. I principi espressi da Corte di Giustizia 7 aprile 2016, che di fatto ha determinato la modifica legislativa, non possono che trovare immediata applicazione anche in materia di sovraindebitamento. Infatti la sentenza ritiene che alla previsione della falcidia non osta la normativa comunitaria, purché un esperto indipendente attesti che il credito non riceva un trattamento migliore in sede fallimentare (nel nostro caso l'alternativa liquidatoria), fermo il diritto dell'erario di votare contro. Presupposti tutti ricorrenti.

⁽⁶²⁾ In tal senso GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 408.

⁽⁶³⁾ STANGHELLINI, *Forme di interazione tra procedure concorsuali: l'utilizzo di finanza esterna concordataria nella procedura di sovraindebitamento*, in *www.ilcaso.it*, 3 gennaio 2015, p. 8.

to detto al § precedente, ed in proposito osservo che la non universalità ha come contraltare l'interesse pubblico già visto a proposito del piano del consumatore e il voto nell'accordo, e d'altronde se tutti i beni dovessero essere liquidati mancherebbe un vero senso ultimo delle procedure in rapporto alla liquidazione.

Allo stesso tempo la medesima dottrina e un orientamento giurisprudenziale⁽⁶⁴⁾ ritengono che anche alcuni crediti, pur indicati nel piano, possano essere esclusi dalla proposta, e per conseguenza non avrebbero diritto al voto; essi andrebbero soddisfatti altrimenti, sebbene i loro titolari possano quantomeno contestare ai sensi dell'art. 12, comma 2, in qualità di "interessati" o "esclusi" (come prevede espressamente la disposizione).

Aldilà della peculiarità della continuazione, l'argomento involge considerazioni in ordine al principio della *par condicio* nell'ambito della procedura in esame, e le soluzioni non sono dissimili da quelle viste in proposito del piano del consumatore, tanto per l'estraneo che per i creditori di piano.

Certo per questa procedura la previsione del voto – oltre che, per entrambe quelle di cui alla sezione II, l'assenza di una disposizione contraria - rende più agevole riconoscere l'esistenza di debiti extra concorso che beneficerebbero dell'integrale soddisfacimento (beninteso, aldilà delle ipotesi normativamente previste dalla legge).

Nelle contestazioni *ex art. 12* rispettivamente promosse (l'ipotesi più ricorrente sarà infatti quella di beni esclusi e di uno o più creditori estranei) il creditore estraneo tenderà a dimostrare che la liquidazione lo soddisferebbe maggiormente; mentre il creditore di piano che si dolesse dell'esclusione di un bene tenderà a sua volta a dimostrare che in caso di liquidazione la ricomprensione dello stesso sarebbe per il suo credito maggiormente vantaggiosa (e ciò dipenderà dal valore del bene in rapporto all'entità del credito).

Sempre in argomento di *par condicio* viene in rilievo la previsione delle classi, per le quali si può ripetere quanto detto a proposito del piano del consumatore, sebbene qui – in ragione della previsione di voto, si sia ritenuto da parte di certa dottrina, la loro strumentalità proprio all'eserci-

⁽⁶⁴⁾ STANGHELLINI, *Forme di interazione*, cit., ed ivi Trib. Pistoia, 19 novembre 2014; da notare in particolare che in quel caso era previsto da parte del concordato un *surplus* da destinarsi al soddisfacimento della procedura minore e ciò, secondo il giudice pistoiese, creava un rapporto di pregiudizialità dipendenza della seconda dalla prima procedura, in quanto senza la finanza creata dal concordato non si avrebbe avuta la fattibilità di quella minore.

zio dello stesso⁽⁶⁵⁾, e ciò non potrebbe che comportare la necessità di formarle tenendo conto dell'omogeneità giuridica ed economica dei crediti⁽⁶⁶⁾.

Se la relativa previsione non può che presupporre un trattamento differenziato, nulla è la rilevanza della suddivisione in classi ai fini del voto, la maggioranza formandosi infatti indipendentemente da esse (un creditore appartenente ad una classe verrà cioè computato nella maggioranza indipendentemente dal voto complessivo di quelli appartenenti alla classe stessa, mentre non è previsto neppure un computo delle maggioranze di classe). Vieppiù va anche qui sottolineato come, pur in caso di classamento, al singolo creditore non è imposto alcun limite all'esercizio del potere di contestazione della convenienza (come invece avviene in materia concordataria, cfr. art. 180, comma 4, legge fallim.). Quindi – mancando a questo punto la rilevanza per l'esercizio del voto e potendosi provocare senza limiti un giudizio di convenienza, non si vedono vere controindicazioni all'assenza di controllo sulla formazione⁽⁶⁷⁾.

6.1. *Contenuti del piano e della proposta.*

In caso di accordo in continuità (ovviamente riservato agli imprenditori), il piano può prevedere (come nel caso del concordato di cui all'art. 186 *bis* legge fallim.) la liquidazione dei soli beni non strategici per la continuazione, la destinazione degli utili futuri al pagamento dei debiti pregressi, ridotti, in caso di proposta remissoria, o integrali, in caso di moratoria.

Sempre con riferimento alla continuità, si è detto della prevista moratoria annuale per il pagamento dei privilegiati, ma a mio giudizio tale disposizione non sottrae la procedura ai principi espressi dal S.C.⁽⁶⁸⁾ (applicabili *in primis* all'ipotesi dell'accordo liquidatorio) in tema di concordato, in base al quale la soddisfazione dei privilegiati in una tempistica superiore a quella richiesta dai tempi tecnici della liquidazione del bene equivale a soddisfazione non integrale in ragione della perdita economica conseguente al ritardo; la determinazione di tale perdita, rilevante ai fini del voto, va effettuata alla stregua degli eventuali interessi offerti e dei

⁽⁶⁵⁾ TISCINI, *I procedimenti*, cit., p. 656.

⁽⁶⁶⁾ GUGLIEMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 408.

⁽⁶⁷⁾ In altri termini è vero, qui come nel caso del piano del consumatore, che il debitore potrebbe scegliere di trattare peggio alcuni creditori, anche fra loro non accomunati da interessi omogenei, ma dovrà pur sempre trattarlo meglio di quanto farebbe con la liquidazione di tutti i suoi beni.

⁽⁶⁸⁾ Cass., 2 settembre 2015, n. 17461.

tempi tecnici di realizzo dei beni gravati (e ciò nonostante il disposto di cui all'art. 186 *bis*, comma 2, lett. c), legge fallim. ⁽⁶⁹⁾).

Va poi sottolineato che in ipotesi di continuità l'OCC ha lo speciale compito di aiutare il debitore a predisporre un piano contenente l'indicazione dei costi e ricavi della prosecuzione e del reperimento delle risorse finanziarie (in analogia a quanto previsto dall'art. 186 *bis*, comma 2, lett. a), legge fallim. per il caso del concordato), ma nulla viene detto circa la verifica del presupposto del "miglior soddisfacimento" dei creditori ed in particolare della relativa attestazione come invece avviene tema di concordato (di cui all'art. 186 *bis*, comma 2, lett. c), legge fallim. Ciò significa che anche in questo caso ogni valutazione di convenienza avrà come esclusivo parametro l'alternativa liquidatoria.

In generale comunque la disciplina del concordato con continuità non è trasponibile così com'è nella nostra materia, perché presumibilmente essa è considerata dal legislatore eccessiva e sproporzionata per imprese sotto soglia.

Ciò non toglie che alcuni principi ritraibili dalla stessa, come appena visto e come vedremo, sono sicuramente applicabili anche alla nostra procedura.

Tra le varie modalità, al fine di rafforzare la proposta o evitare che la liquidazione scenda sotto una certa soglia, il piano può anche prevedere l'apporto di terzi, quali finanziatori o garanti. Essi dovranno sottoscrivere la proposta in modo incontrovertibile (non è stabilita una precisa formalità, ma quantomeno essa dovrebbe avvenire all'atto del deposito o davanti all'OCC, salvo sempre non si tratti di rilascio di garanzie reali soggette a specifiche formalità). Non è indicato il tempo del rilascio della garanzia, ma ovviamente l'assenso del terzo dev'essere presente almeno al momento del deposito, mentre poi il vincolo (fideiussorio ad esempio o la costituzione del diritto reale) può intervenire anche in un secondo tempo (come si evince del resto dal disposto dell'art. 14, comma 2).

Quanto alla proposta essa non deve necessariamente contenere una percentuale minima di soddisfacimento per cui dovrà farsi riferimento alla giurisprudenza formatasi in tema di concordato, prima delle modifiche introdotte dalla L. n. 132/2015, in base alla quale era sufficiente la previsione di un soddisfacimento avente un pur minimo contenuto ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Pare di contrario avviso, nel senso del necessario rispetto in ogni caso del termine annuale, Trib. Asti, 18 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁷⁰⁾ Così Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521 e Cass. 14 marzo 2014, n. 6022. In materia di accordi di ristrutturazione in commento, il Trib. Bergamo, 31 marzo 2015, cit., ha

Sempre la proposta può contenere eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, al pagamento elettronico e a strumenti finanziari (art. 8, comma 3).

Le forme della proposta sono quindi le più varie ed essa può anche prevedere la cessione di crediti futuri (art. 8, comma 1); se essi siano già oggetto di anteriori cessioni del quinto, si applicherà la regola generale prevista anche per i pignoramenti e dettata dall'art. 545 cod. proc. civ. (soprattutto con riferimento al cumulo fino al mezzo previsto dal D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, esteso peraltro anche ai dipendenti privati a seguito dell'art. 1, comma 137, L. 30 dicembre 2004) ⁽⁷¹⁾.

6.2. *Procedimento.*

L'ammissibilità della proposta passa per la verifica delle condizioni e dei requisiti previsti dagli artt. 7, 8, e 9, comma 2, (che peraltro verranno nuovamente verificati in sede di omologa), come abbiamo già osservato in materia di piano del consumatore.

Per quanto riguarda le condizioni di cui all'art. 7 rimandiamo a quanto osservato al § precedente.

Circa i presupposti previsti dall'art. 8 mette conto in particolare trattare della fattibilità. Rispetto alla stessa in generale si può rimandare a quanto detto nel paragrafo precedente, con l'avvertenza però che in questo caso le relative verifiche sono condizionate dalla sussistenza del diritto di voto in capo ai creditori, per cui ritengo che il controllo del giudice sia limitato a quella di ordine giuridico (lasciato poi ogni profilo di convenienza alla libera opposizione dei dissenzienti).

Anche in questa procedura, nella prima fase di mera ammissione la fattibilità è peraltro soggetta ad una verifica meramente provvisoria, posto che quella definitiva è demandata alla relazione strumentale all'omologazione (art. 12, comma 1).

ritenuto non irrisoria la percentuale del 2,5%; in particolare essa realizzerebbe la funzione economica dell'istituto che, essendo di natura concordataria, non può prescindere dalla previsione di un soddisfacimento che coinvolga tutti i creditori con titolo anteriore al momento di apertura del concorso.

⁽⁷¹⁾ Quanto al problema della data certa di tali cessioni, il riferimento è ovviamente al disposto di cui all'art. 2914 cod. civ. che ne prescrive l'inopponibilità se effettuate successivamente alla data del pignoramento (rammentato che nella specie allo stesso va equiparato per l'accordo al decreto d'apertura (art. 10, comma 5) e per il piano del consumatore a quello di omologa (art. 12 *bis*, comma 7.)). Per acquisire le quote sui ratei maturati successivamente ma ceduti anteriormente all'atto equiparato al pignoramento l'unico strumento idoneo mi pare essere la revocatoria ordinaria.

Importante poi l'attestazione prevista dall'art. 7, comma 1 sul valore dei beni su cui i creditori privilegiati speciali esercitano la prelazione in caso di previsione di pagamento in misura non integrale

Devono poi essere soddisfatti gli ulteriori requisiti di cui all'art. 9, commi 1 e 2, e cioè deve essere allegato l'elenco dei creditori, dei beni e degli atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento e il certificato dello stato di famiglia. Inoltre il proponente che svolga attività d'impresa dovrà depositare le scritture degli ultimi tre esercizi (art. 9, comma 3)

Trattandosi di documenti strumentali all'accertamento delle condizioni di ammissibilità, è evidente che l'assenza di anche solo parte di essi comporta l'inammissibilità della domanda (salvo l'eventuale termine per integrazione *ex* art. 9, comma 3 *ter*), come è accaduto ad esempio in caso di mancato deposito della documentazione fiscale⁽⁷²⁾, che infatti impedisce il controllo della ricostruzione della situazione economica e patrimoniale del sovraindebitato.

Tra i documenti spiccano l'elenco dei creditori, che come si dirà assume rilevanza essenziale ai fini del voto, e nel quale vanno compresi anche i titolari di crediti contestati, almeno quante volte si tratti di pretese avanzate anche se in via stragiudiziale⁽⁷³⁾, e di quelli estranei, nonché quello dei beni.

Peraltro non sempre la sola documentazione sopra indicata (la veridicità dei cui dati come di quelli contenuti nella proposta va verificata dall'organismo, art. 15, comma 6) è sufficiente a consentire all'OCC di fornire un quadro completo e dati attendibili della situazione.

Per completare l'informazione l'OCC dovrà quindi verificare: la situazione fidi; quella presso la centrale rischi; il registro informatico dei protesti; l'archivio informatizzato degli assegni e delle carte di pagamento irregolari presso la Banca d'Italia; la situazione dei debiti nei confronti di Equitalia, Agenzia delle Entrate ed Enti previdenziali; le visure ipocatastrali. Per fare ciò chiederà l'autorizzazione al giudice per l'accesso alle banche dati, prevista dall'art. 15, comma 10.

Trattandosi d'impresa poi egli dovrà acquisire se possibile i bilanci riclassificati degli ultimi tre esercizi con relazione che evidenzia le cause della crisi attuale e il rendiconto finanziario degli ultimi tre esercizi.

⁽⁷²⁾ Così Trib. Asti, 18 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁷³⁾ FERRO, *L'avvio del procedimento: il deposito della proposta*, in *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012, p. 123.

Sempre trattandosi di una procedura inerente un'impresa egli dovrà elaborare la sua attestazione di fattibilità con una relazione analitica sulle ragioni che hanno portato all'attuale situazione di crisi e sulle attuali problematiche dell'impresa; l'evidenziazione della ragionevolezza del piano di risanamento o di garanzia basato su fatti concreti; i bilanci di previsione per i successivi tre anni; il flusso di cassa prospettico.

Anche in questa procedura è ricollegata al semplice deposito dell'accordo la sospensione del corso degli interessi (salvo per i crediti assistiti da prelazione).

Al solito, prima ancora delle condizioni di ammissibilità, il giudice verificherà i presupposti processuali e prima fra tutti la competenza, ma in questo caso occorre fare qualche osservazione in più.

Infatti mentre il criterio relativo al consumatore o comunque al soggetto non imprenditore (residenza dello stesso) non desta difficoltà, ove la domanda provenga da un'impresa si deve verificare l'applicabilità dei criteri propri della legge fallimentare. In proposito se non par dubbio che si debba privilegiare qual giudice competente quello del luogo in cui l'impresa abbia la sua sede effettiva a scapito di quello in cui esso abbia la sede legale, (rispetto al qual luogo vige semplicemente una presunzione di coincidenza con la sede principale dell'impresa), in applicazione di un principio di carattere generale, non altrettanto può dirsi con riguardo al criterio dettato dal comma 2 dell'art. 9 legge fallim., che stabilisce l'irrilevanza dei trasferimenti di sede intervenuti nell'anno precedente l'esercizio dell'iniziativa per la declaratoria di fallimento, che costituisce una norma speciale e derogatoria, tanto che viene appositamente ripetuta dall'art. 161, comma 1, stessa legge per renderla applicabile al concordato.

Pertanto si deve ritenere l'inapplicabilità di tale disposto alla presente procedura⁽⁷⁴⁾.

Se sono dunque presenti i requisiti di legge ed è completa la documentazione, il giudice fissa con decreto l'udienza.

Salve le particolarità che si rasseggeranno, anche per la procedura di accordo vanno ripetute le osservazioni di cui al paragrafo precedente in ordine alla natura camerale e bifasica del procedimento.

Circa il contenuto del decreto di fissazione dell'udienza, con esso il giudice dispone necessariamente che non possono essere iniziate o prose-

(74) Nello stesso senso Trib. Prato, 28 settembre 2016, in *www.ilcaso.it.*, cit. Contra FILOCAMO, *Deposito ed effetti*, cit., p. 1049.

guite azioni esecutive, né disposti sequestri conservativi (od acquistati diritti di prelazione) per debiti anteriori (esclusi quelli relativi a crediti impignorabili) ⁽⁷⁵⁾.

La statuizione sulla sospensione è reclamabile e i suoi effetti sulle procedure espropriative in corso sono quelli segnalati al § 5.

Tale decreto – da notificarsi ai creditori 30 giorni prima del termine per votare – è assoggettato, a differenza di quanto accade per il decreto di fissazione dell'udienza per la discussione del piano, alle forme di pubblicità e, trattandosi di impresa, alla pubblicazione sul relativo registro.

Esso poi in caso di cessione dei beni od affidamento a terzi degli stessi, andrà altresì trascritto nei registri immobiliari e presso il pubblico registro automobilistico.

Anche il decreto in parola, è senz'altro revocabile o modificabile almeno fino a che è impugnabile, (art. 742 cod. proc. civ.)

Nelle more e fino all'omologa non possono essere posti in essere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice (in analogia con l'art. 167 legge fallim.), il che configura una sorta di spossessamento attenuato, ricollegabile tra l'altro all'effetto protettivo che deriva dal decreto (in materia di azioni esecutive e cautelari soprattutto). Inoltre restano sospese le prescrizioni e non si verificano le decadenze (art. 10, comma 4).

Va notato che l'udienza così fissata non è destinata alla discussione della proposta, dato che i voti devono giungere all'OCC, in virtù dell'art. 11, almeno dieci giorni prima della stessa, e d'altra parte neppure a quella sulle contestazioni (salvo che non siano già pervenute) posto che per le stesse (da inviarsi all'OCC) il termine di proposizione di dieci giorni decorre dalla comunicazione della relazione sul voto (e del testo dell'accordo) ai creditori, che necessariamente l'OCC farà dopo l'udienza; quanto piuttosto alla discussione circa la sussistenza di atti in frode ai creditori, presupposto come si vedrà della revoca della procedura.

Circa il concetto qui rilevante di atti in frode, si può far capo a quanto si osserva in proposito dell'analogia nozione prevista dall'art. 173 legge fallim. (sicché anche atti posti in essere senza le prescritte autorizzazioni vi potrebbero rientrare, probabilmente però solo se posti in essere con

⁽⁷⁵⁾ Sulla natura certamente non cautelare di tale provvedimento TISCINI, *I procedimenti*, cit., p. 664. Quanto alla sorte delle procedure in corso si può richiamare quanto osservato con riferimento a quelle sospese con l'analogo decreto previsto in tema di piano del consumatore, mentre per le procedure che dovessero essere iniziate successivamente si palesa l'inefficacia del pignoramento e l'improponibilità dell'azione esecutiva. Per quanto si riferisce alla fase successiva all'omologa infra § 7.

frode, sia perché l'ipotesi specifica di cui all'art. 173, comma 3, legge fallim. non viene ripetuta, sia perché l'unica sanzione per l'atto non autorizzato in sé sembra essere solo la sua inefficacia prevista dall'art. 10, comma 3 *bis*)⁽⁷⁶⁾. Poiché la scoperta delle condotte fraudolente più caratteristiche (aumento o diminuzione del passivo o sottrazione o dissimulazione dell'attivo) dopo l'omologa comporta l'annullamento anche in presenza di colpa grave, si può ritenere la rilevanza di tale stato soggettivo anche in questa fase ed ai fini della mancata omologa.

La proposta può essere modificata, ma la norma non indica fino a quando.

La disposizione è oltremodo criptica, se si considera che sembrerebbe legittimare una modifica durante le operazioni di voto (a differenza di quanto accade in materia di concordato, ove la modifica può avvenire solo prima dell'avvio delle stesse), che infatti potenzialmente iniziano con la comunicazione del decreto e terminano dieci giorni prima dell'udienza. Ciò a fronte di una norma che prevede che la dichiarazione di voto sia resa sulla proposta "come eventualmente modificata" (e che poco oltre chiarisce che il consenso presunto si forma sulla proposta "nei termini in cui è stata comunicata").

L'unica soluzione plausibile è così quella secondo cui si debba in caso di modifica differire l'udienza, spostando così il termine per l'espressione di voto⁽⁷⁷⁾.

Circa invece eventuali modifiche proposte nella fase esecutiva, esse in realtà rientrano nel disposto di cui all'art. 13, comma 4 *ter*, pertanto limitate al caso di impossibilità del piano o dell'accordo originario per fatto non imputabile.

⁽⁷⁶⁾ Va ricordato che il SC, con la sent. 23 giugno 2011, n. 13817, ha specificato che la rilevanza degli atti in frode ai fini della revoca del concordato va coordinata con la cessata rilevanza della meritevolezza per cui essi hanno rilievo limitatamente all'ipotesi in cui abbiano valenza decettiva, incidendo in particolare sulla formazione del consenso informato del ceto creditorio. La ratio di tale decisione peraltro pare essenzialmente utile ai nostri fini limitatamente all'ipotesi di accordo, ove infatti non vi è rilevanza della meritevolezza e dove è previsto il voto.

⁽⁷⁷⁾ Così ad esempio l'unico precedente edito, Trib. Pistoia, 8 luglio 2014, in *www.il-caso.it*, ove si specifica che tale spostamento potrà essere effettuato solo ove non si sia già verificato il consolidamento del consenso espresso o del dissenso decisivo. Peraltro nella specie si trattava di una modifica migliorativa. La pronuncia sottolinea anche il fatto che consentire la modifica oltre il termine per l'espressione del voto agevolerebbe comportamenti abusivi da parte del debitore, che infatti potrebbe provare ad offrire poco per poi modificare se le adesioni non fossero sufficienti.

Da non confondersi con le modifiche vere e proprie sono le sopravvenute variazioni già contemplate dall'originario accordo (ad esempio in relazione alla prevista contrazione di redditi o quant'altro). Queste non necessitano di altro che dell'applicazione dell'accordo medesimo.

Quanto alle modalità di voto, esso è caratterizzato dal sistema del silenzio-assenso: se il creditore non farà pervenire all'OCC il proprio consenso alla proposta, con telegramma, raccomandata, telefax o pec, (tramite dichiarazione sottoscritta) ⁽⁷⁸⁾ almeno dieci giorni prima dell'udienza, il consenso s'intende prestato. Sono esclusi dal voto i privilegiati pagati integralmente, i parenti e cessionari od aggiudicatari di crediti recenti. Il *quorum* è fissato al 60%. In caso di suddivisione in classi le maggioranze interne non avranno rilievo.

Circa il computo nel voto dei crediti contestati, deve ritenersi che sarà l'OCC a valutare la sussistenza della relativa legittimazione. Se permarranno contestazioni esse verranno risolte definitivamente dal giudice in sede di omologa.

L'accordo non determina effetto novativo salva diversa previsione.

Gli esclusi ed i contrari possono contestare la convenienza dell'accordo entro dieci giorni dalla comunicazione dell'esito, ma il giudice, che oltre al testo delle contestazioni ed alla relazione sul voto avrà ricevuto anche la relazione definitiva sulla fattibilità, omologherà ugualmente se riterrà la maggior convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria.

A tale proposito appare evidente che ove particolari circostanze dipendenti dalla proposta comportino invece la non convenienza per il creditore contestante pur a fronte di quella per la generalità degli altri, non potrà procedersi all'omologa. Un caso potrebbe essere quello dell'accordo per classi: se il soddisfacimento accordato alla classe di appartenenza del contestante è inferiore a quello che egli otterrebbe (a differenza di quanto accade ai creditori appartenenti alle altre classi) con l'alternativa liquidatoria, si dovrà giungere ad un provvedimento di mancata omologa. In tal senso depone del resto la lettera della norma ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Non sorgono particolari problemi circa la forma del voto. Va solo precisato che, quanto ai crediti tributari per ruoli già consegnati al concessionario, non è ripetuta la disposizione dell'art. 182 *ter* legge fallim. in base alla quale l'espressione del voto viene cumulativamente effettuata dal concessionario stesso (ad evitare conflitti e sovrapposizioni). Ritengo che la *ratio* possa essere tranquillamente esportata anche in questa sede, sebbene ormai nella procedura di concordato non è più previsto il meccanismo del silenzio-assenso.

⁽⁷⁹⁾ In effetti l'art. 12, comma 2, si riferisce, analogamente a quanto previsto dall'art. 180 legge fallim. in tema di omologazione del concordato, ad un giudizio di comparazione

Non si prevede qui, come invece nel piano del consumatore, la possibilità di risolvere controversie in tema di ammontare. Sul punto quindi si applicano le regole del concordato (l'accertamento dei crediti vero e proprio o del relativo ammontare è devoluto al giudice ordinario).

Quanto alle contestazioni sul voto la relativa legittimazione da parte del debitore dovrebbe essere logicamente limitata ai crediti che egli ha dovuto indicare ma come contestati, perché nel resto la votazione si sarà verosimilmente svolta sulla base dell'elenco dallo stesso fornito.

Circa le contestazioni di carattere procedurale (attinenti quindi a mancanza di condizioni di ammissibilità) non si vede perché negarne la proponibilità, e altrettanto vale con riferimento alla sussistenza di atti in frode che, sebbene vadano verificati all'udienza, se frattanto resi noti al giudice tramite una contestazione non possono risultare irrilevanti.

Oltre a ciò il giudizio di omologazione avrà ad oggetto la verifica della idoneità del piano con particolare riferimento al pagamento integrale dei crediti che si sono visti sopra.

A parte l'attestazione prevista dall'art. 7, comma 1 e quella sull'esito del voto, è prevista per questa fase un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano da inviarsi al Giudice (art. 12, comma 1).

Tale attestazione, se frattanto non sono intervenuti elementi e dati significativi, potrebbe anche essere una mera ripetizione della prima. In ogni caso alla luce della stessa il giudice compie una nuova valutazione di fattibilità, questa volta non più sommaria, pur se nei limiti che si sono detti per questa specifica procedura.

Se poi il giudice ritenesse il mancato raggiungimento del voto o l'assenza di altri presupposti, che vanno verificati anche in questa sede, deve emettere un decreto di improcedibilità (per la non fattibilità la forma corretta è quella della *rejezione*).

Circa l'obbligatorietà, come ricordato al paragrafo precedente, questa è disciplinata dall'art. 12, comma 3, e pertanto sono vincolati i creditori anteriori al decreto di apertura, e quelli posteriori non possono eseguire sui beni del piano.

7. Esecuzione delle procedure.

L'esecuzione (disciplina congiuntamente per le due procedure), è regolata dall'art. 13.

del soddisfacimento del credito del contestante previsto dal piano con quello che si potrebbe ottenere nell'alternativa liquidatoria.

Questa fase, analogamente a quanto può dirsi in materia di concordato, è estranea alla procedura vera e propria, e addirittura la figura del giudice non appare se non in via eventuale (per risolvere le contestazioni, ma vedremo entro certi limiti) salvo la previsione dell'autorizzazione allo svincolo di somme di cui si dirà.

Si prevede in particolare che il decreto di apertura nella procedura di accordo e quello di omologazione del piano del consumatore siano equiparati al pignoramento, i cui effetti sulle cessioni ed alienazioni sono quelli tipici (per le cessioni cfr. retro, § 6).

Se vi sono beni pignorati o se previsto dal piano o dall'accordo, viene nominato un liquidatore (che può anche essere scelto nella persona del gestore della crisi), il quale anche nel primo caso si occuperà della liquidazione di tutti i beni⁽⁸⁰⁾, non solo di quelli pignorati, e ne avrà la disponibilità (dunque in tal caso si verifica un autentico spossessamento del debitore).

L'esigenza del liquidatore in caso di procedura esecutiva è quindi anche ricollegata alla necessità di decidere se subentrare nell'esecuzione in corso, consentendone la prosecuzione e quindi prelevando poi il ricavato (la disposizione è prevista solo per la liquidazione di cui all'art. 14-*novies* ma non v'è ragione di escluderla per le procedure della Sezione prima).

Se però il liquidatore non occorre o non è previsto, all'esecuzione procederà il sovraindebitato – peraltro sotto la vigilanza dell'OCC – il che dimostra che non v'è in questi casi uno spossessamento nonostante l'equiparazione dell'omologa del piano o del decreto di cui all'art. 10, comma 1 al pignoramento.

In ogni caso il decreto deve contenere tutte le disposizioni necessarie per integrare le modalità di esecuzione e regolare la vigilanza sul liquidatore, in analogia alla disciplina del concordato.

Con riguardo alle modalità di alienazione dei beni, esse avverranno con atti dispositivi posti in essere dal liquidatore, e d'altronde ad escludere la possibilità del decreto di trasferimento sta il terzo comma dell'art. 13 che infatti prevede che il giudice, sentito il liquidatore, ordini la cancellazione delle trascrizioni, delle iscrizioni e di ogni altro vincolo inclusi il decreto d'apertura della procedura d'accordo e il decreto d'omologa del piano, disposto che non avrebbe senso in caso di decreto di trasferimento.

⁽⁸⁰⁾ SOLLINI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Napoli, 2013, p. 125.

Naturalmente le vendite dovranno avvenire con modalità competitive (salvo quanto si dirà *infra* § 8 in caso di accordi “blindati”), seguendo del resto i principi ritraibili dalla disciplina del concordato.

Non ritengo, attesa la semplicità e le dimensioni delle imprese, che si possa trasportare nel nostro ambito la disciplina delle offerte concorrenti prevista in ambito concordatario: semplicemente per le vendite dovrà essere sempre prevista una gara competitiva, solo all’esito della quale si potrà assegnare il bene all’offerente già individuato nella proposta⁽⁸¹⁾.

L’OCC, indipendentemente dalla presenza del liquidatore, ha sempre un ruolo, e particolarmente risolve eventuali difficoltà insorte nell’esecuzione e vigila sull’esatto adempimento, comunicando ai creditori ogni irregolarità. La norma come si vede ridonda il disposto dell’art. 185, comma 1 legge fallim. (anche se le informazioni qui vanno rivolte non al giudice ma ai creditori).

Con particolare riferimento alla risoluzione delle difficoltà, si tratta di controversie che hanno ad oggetto questioni inerenti all’esecuzione, e che se ineriscono diritti soggettivi vengono risolte dal giudice.

La normativa in esame non disciplina la fase del riparto dell’attivo.

L’unica disposizione che se ne occupa è data dal terzo comma dell’art. 13, in base al quale il giudice, sentito il liquidatore e verificata la conformità dell’atto all’accordo od al piano, autorizza lo svincolo delle somme (se non c’è il liquidatore il provvedimento è ugualmente necessario prima di provvedere ai pagamenti).

Con tale espressione si vuole certamente alludere ad un provvedimento che in qualche misura è assimilabile all’esecutività del piano di riparto perché dietro all’autorizzazione allo svincolo non può che esserci un piano di riparto che preveda il soddisfacimento di alcuni (se parziale) o tutti i crediti (se totale).

Il “riparto” è quindi un atto (dispositivo) del liquidatore o del sovraindebitato, predisposto soprattutto in quest’ultimo caso con l’assistenza dell’OCC il quale comunque vigila come detto su tutta l’esecuzione – e dunque anche sul liquidatore – (ed assume ogni iniziativa funzionale all’esecuzione, art. 15, comma 5), atto che però non è disciplinato né necessariamente comunicato preventivamente ai creditori.

È anche previsto che il giudice nel concedere la suddetta autorizzazione verifichi preliminarmente la possibilità di pagamento dei crediti impignorabili e di quelli inerenti risorse proprie dell’UE, imposta sul

(81) Ma sul punto *infra*, § 8.

valore aggiunto e ritenute operate e non versate⁽⁸²⁾, e verosimilmente egli dovrà anche controllare che il piano stesso preveda il pagamento dei crediti sorti in occasione od in funzione della procedura, ma la differenza essenziale con il piano di riparto previsto in sede fallimentare è evidente. Qui infatti non v'è alcun giudicato in ordine all'esistenza ed al grado del credito, ma solo un vincolo, creato dall'accordo (o dall'omologa del piano) circa la percentuale di soddisfacimento. D'altronde funzione essenziale della procedura di riparto in sede fallimentare, consiste nel verificare la conformità dello stesso allo stato passivo, che nelle nostre procedure non c'è⁽⁸³⁾.

Infatti anche l'elenco dei creditori ha solo la finalità di indicare i legittimati al voto, e le contestazioni su quest'ultimo, anche se risolte dal giudice, rimangono rilevanti solo in quello specifico ambito senza avere alcuna portata di accertamento del credito.

Tutto questo porta a ritenere che il liquidatore possa anche prevedere il mancato soddisfacimento di alcuni crediti, magari oggetto di controversie di cui s'è appena detto risolte per loro positivamente⁽⁸⁴⁾.

Dunque il creditore che ritenesse di non essere soddisfatto dal "piano di riparto" con pagamenti svincolati dal giudice, non potrà certo far reclamo contro l'autorizzazione, ma agire in via ordinaria per vedersi riconosciuto il credito od il privilegio, salvo il caso di colui che abbia visto definita la sua contestazione sull'ammontare ai sensi dell'art. 12 *bis*, comma 3, con efficacia indubbiamente endoprocedimentale, e chi frattanto abbia ottenuto l'accertamento del credito in un giudizio di cognizione.

Quindi, oltre alle ipotesi viste da ultimo, probabilmente solo i creditori espressamente indicati dall'art. 13, comma 3, che si sono citati, e quelli prededucibili, potrebbero insorgere avverso un "riparto" svincolato (oggetto della contestazione sarà però costituito dal progetto sottoposto al giudice, non dal provvedimento autorizzatorio) che le desse i loro crediti, e in tali casi si tratterebbe a mio avviso di risolvere una difficoltà esecutiva, che avendo ad oggetto diritti soggettivi appartiene alla diretta cognizione del giudice delegato.

⁽⁸²⁾ Per questi crediti però *retro*, nota 61.

⁽⁸³⁾ Per il riferimento alla materia concordataria di principi analoghi a quelli qui espressi cfr. Trib. Monza, 3 giugno 2015, in *Fallimento*, 2016, p. 212.

⁽⁸⁴⁾ Si dovrebbe ritenere allora che, poiché l'accordo non comprende l'elenco dei crediti, ma la percentuale di soddisfacimento, al di là degli effetti di legge sui crediti impignorabili e quelli prededucibili o da pagarsi comunque integralmente, ed infine il pagamento di crediti esterni, l'esclusione di alcuni tra quelli elencati non dovrebbe comportare l'inefficacia degli altri pagamenti prevista dall'art. 13, comma 4, su cui *infra* nel testo.

Probabilmente questo è uno dei casi in cui il giudice potrebbe esercitare il potere di sospendere l'atto, potere che peraltro in quella sede, e anzi già quando compulsato per lo svincolo, egli potrà esercitare se riterrà la violazione dell'accordo (es. pagamenti senza osservanza della percentuale promessa).

Il relativo provvedimento poi, riguardando appunto diritti soggettivi, sarà reclamabile al collegio.

Come anticipato il giudice ha il potere di sospendere singoli atti d'esecuzione, direi in particolare – oltre al caso già visto – in relazione alle vendite, in presenza di gravi e giustificati motivi.

Viene poi specificata l'inefficacia verso i creditori anteriori degli atti di disposizione dei beni effettuati in violazione del piano o dell'accordo (il che fa pensare ad una apposita revocatoria, ma sempre ad iniziativa dei creditori stessi). L'accertamento di tale inefficacia è conosciuta dal giudice del sovraindebitamento.

È anche disciplinato il pagamento dei crediti sorti in occasione od in funzione della procedura con criterio analogo a quanto dettato dall'art. 111 *bis* legge fallim. in tema di crediti prededucibili in materia fallimentare. Si tratta quindi del compenso dell'OCC, del liquidatore, dell'eventuale legale, delle altre spese di procedura. Che però per espressa disposizione non possono gravare i beni soggetti a pegno ed ipoteca.

Sono quindi crediti preferenziali (rientranti quindi nella categoria di quelli previsti dall'art. 182 *quater* legge fallim.) che appunto come tali non prevalgono sull'attivo riservato (ai titolari di prelazioni reali), con l'implicita eccezione del compenso del liquidatore per la porzione di esso riferibile alla liquidazione dei beni soggetti a prelazione, nonché delle altre spese strettamente legate alla suddetta liquidazione⁽⁸⁵⁾.

Va poi specificato che, tra i crediti preferenziali di cui s'è detto, sono anche quelli relativi ai finanziamenti effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato, per i quali l'art. 12, comma 5 afferma la prededucibilità in caso di successiva pronuncia di fallimento.

Si tratta dei finanziamenti disciplinati in materia concordataria proprio dall'art. 182 *quater* legge fallim. In particolare essi dovranno essere espressamente previsti dal piano, mentre l'assenza di una norma specifica rende dubbia la necessità dell'indicazione della loro natura prededucibile nel provvedimento che accoglie la domanda di ammissione.

⁽⁸⁵⁾ Si tratta della regola generale, pur relativa alla materia fallimentare ma espressione di una *eadem ratio*, di cui alla nota Cass., 11 gennaio 1995, n. 251, in *Fallimento*, 1995, p. 828.

Ritengo che invece la norma derogatoria, di cui al comma 3 dell'art. 182-*quater* legge fallim., proprio per sua natura non sia applicabile al nostro caso.

Mi sembra poi inapplicabile il disposto di cui all'art. 182 *quinquies*, comma 1, legge fallim. non solo per il mancato richiamo, ma per la diversità di disciplina della continuità in sede di sovraindebitamento rispetto a quella prevista in sede concordataria (presupposto di tale finanziamento è dato fra l'altro dall'attestazione relativa alla funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, non prevista nel nostro caso), mentre poi quanto all'ipotesi del comma 3 della stessa norma, oltre a quanto appena notato, l'applicabilità va esclusa senz'altro in ragione del fatto che essa si riferisce al caso del concordato con riserva.

Sorgendo esigenze del tipo di quelle indicate dalla norma appena citata, bisognerà piuttosto verificare la possibilità di accedere all'autorizzazione prevista in generale per atti di straordinaria amministrazione dall'art. 10, comma 3 *bis*.

Circa l'ambito di applicazione della disciplina del finanziamento, escluso che il riferimento dell'art. 12 alla sola ipotesi dell'accordo possa essere decisivo (infatti che la disposizione disciplini le sorti del relativo credito in sede fallimentare non esclude che tali crediti possano aversi anche nel piano del consumatore), direi che i finanziamenti in esecuzione afferiscono essenzialmente all'ipotesi dell'impresa in crisi. Ma fermo restando che i limiti di applicazione di questo come di altri aspetti della disciplina non potranno che essere rimessi alla verifica del relativo riscontro giurisprudenziale, non vedo ostacoli al riconoscimento della natura preferenziale quantomeno al credito derivante da un finanziamento sorto in funzione della presentazione anche del piano del consumatore.

Con riguardo infine alla durata del procedimento, se una norma specifica sussiste con riferimento alla liquidazione, per le altre procedure nulla è detto.

In proposito circa le problematiche inerenti le disposizioni in ordine alla ragionevole durata del procedimento ed agli aspetti inerenti la relativa responsabilità (c.d. L. 24 marzo 2001, n. 89, c.d. "legge Pinto"), occorre distinguere fra le fasi appartenenti al procedimento volto all'omologa, certamente regolate dalla richiamata disposizione e quella relativa all'esecuzione del piano, che deve essere considerata del tutto estranea alla problematica in esame, non essendo soggetta al controllo giudiziario⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ Ciò forse spiega in parte il fatto che invece la legge fissa direttamente il termine (quattro anni) per la durata dell'intera liquidazione di cui alla sezione II, in cui il ruolo del giudice ancorché in alcuni casi eventuale, risulta maggiormente pregnante. Peraltro la pre-

Piuttosto la durata qui rileva sotto il profilo della fattibilità (se già il piano prevede una durata eccessiva, ovvero irragionevole al punto da non garantire un'effettivo soddisfacimento dei crediti⁽⁸⁷⁾), ovvero dei presupposti per la declaratoria di cessazione degli effetti del piano ai sensi dell'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b), il tutto con il limite temporale massimo per la proposizione della relativa istanza da parte del creditore di cui al successivo comma 4 (un anno dal termine fissato per l'ultimo adempimento).

Quanto infine ai rapporti fra esecuzione delle procedure ed espropriazione forzata, intervenuta l'omologa quest'ultima diviene improcedibile (salvo il subentro del liquidatore); alla cancellazione del pignoramento provvederà però il giudice del sovraindebitamento ai sensi dell'art. 13, dopo la vendita; se però il piano non prevede la vendita, allora vi provvederà il g.e. ma solo quando gli verrà provata l'avvenuta esecuzione del piano (dimostrata dal decreto di cancellazione *ex art. 13* della trascrizione del decreto d'apertura o di quello d'omologa).

8. *Vicende delle procedure.*

Tipica di questa fase è la possibilità di inadempimento o di impossibilità sopravvenuta, o ancora di mancata costituzione delle garanzie, ipotesi che comportano su istanza di parte la risoluzione dell'accordo, salva possibilità di modificare la proposta o il piano in caso di non imputabilità ai sensi dell'art. 13, comma 4-*ter*.

A questo proposito viene in rilievo cosa si debba intendere per inadempimento rilevante ai fini della risoluzione.

fissione *ex lege* della durata si giustifica in tal caso altresì col fatto che la liquidazione non è preceduta da un piano come invece nelle nostre procedure.

⁽⁸⁷⁾ Per il piano del consumatore o per l'accordo relativo a debitori non imprenditori non può farsi capo alla giurisprudenza in tema di ragionevole durata del piano concordatario, infatti basata su concetti aziendalistici qui del tutto estranei. Sarà quindi necessario un riferimento specifico, rilevante caso per caso, e che sappia contemperare le esigenze di soddisfacimento in tempi ragionevoli con le capacità reddituali e patrimoniali del debitore: ancora una volta tale giudizio non potrà che essere basato sulle possibili alternative, ed in particolare su quella liquidatoria. In caso di accordo inerente un'impresa, cfr. Trib. Avezano, 22 ottobre 2014 www.ilcaso.it, il quale indica come durata realistica in relazione alla possibilità di ridurre il rischio di mal prevedere le tendenze future, quella che va dai tre ai cinque anni, per cui in caso di durata superiore occorrono un'adeguata motivazione e misure atte a prevenire rischi non pronosticabili. Si reperisce peraltro un orientamento, Trib. Modena, 13 giugno 2013, in www.ilfallimentarista.it, in base al quale in materia di accordi ai fini del giudizio di ammissibilità non si potrebbe andare oltre ai limiti massimi previsti dalla citata legge Pinto, applicandosi per il concordato liquidatorio quello previsto per le procedure espropriative individuali e per quello in continuità quello previsto per i fallimenti.

Secondo la regola generale, esso dev'essere di non scarsa importanza e quindi caratterizzato da un significativo scostamento rispetto alla percentuale prevista.

Viene qui in rilievo allora se la percentuale offerta sia orientativa o vincolante, con la conseguenza in quest'ultimo caso che ogni minima differenza dalla stessa potrebbe giustificare la domanda di risoluzione.

In proposito il debitore in linea generale non è tenuto a vincolarsi ad un minimo garantito con efficacia obbligatoria⁽⁸⁸⁾, e ciò forse neppure in ipotesi di continuità poiché come già osservato nel nostro caso quest'ultima modalità non è vincolata all'attestazione del miglior soddisfacimento (ferma sempre anche qui la valutazione di convenienza in sede di contestazione, ma si tratta altra questione).

Tuttavia ove l'accordo fosse caratterizzato da un precedente vincolo circa la cessione della maggior parte del patrimonio (c.d. accordo "blindato"), si può ritenere che la sottrazione dei beni alla disponibilità dei creditori e la mancata assunzione da parte del liquidatore del rischio dei risultati della liquidazione, impongano che la percentuale offerta debba essere oggetto di vincolo giuridico. Diversamente, sottraendosi alla procedura competitiva ed esclusa l'applicabilità della disciplina delle offerte concorrenti (art. 163 *bis* legge fallim.) non si comprenderebbe che interesse stia perseguendo il debitore visto che anche l'accordo liquidatorio deve tendere al miglior realizzo.

Quanto alle modalità per la risoluzione è previsto che essa sia pronunciata su ricorso da proporsi entro sei mesi dalla scoperta ma non oltre un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento

Ci si può poi domandare se anche in quest'ambito si applichi il principio della sopravvivenza delle garanzie in caso di risoluzione dell'accordo, naturalmente nei limiti della percentuale che esse garantiscono, come affermato nel caso di risoluzione del concordato e di conseguente procedura fallimentare⁽⁸⁹⁾. La *ratio* espressa dalle decisioni in materia di concordato

⁽⁸⁸⁾ Vedi *retro*, § 6.1. Con riferimento in generale al concordato liquidatorio cfr. *retro*, nota 70. Oggi peraltro con l'introduzione del comma 4 dell'art. 160 legge fallim. a seguito della L. n. 132/2015, per tutti i concordati liquidatori l'obbligo in parola è stato istituzionalizzato, fissandosi la percentuale nel venti per cento. Ciò rappresenta un'indubbia differenza di disciplina rispetto all'accordo che invece, come detto nel testo, è ancorato al solo limite del soddisfacimento del credito in misura non economicamente irrilevante.

⁽⁸⁹⁾ Su cui già Cass., sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Fallimento*, 1997, p. 722; In tal senso anche Cass., 28 dicembre 2005, n. 28878, secondo cui le garanzie offerte dal debitore in ambito concordatario hanno la funzione di consentire l'ammissione alla procedura concorsuale e implicano a carico di chi le presta l'assunzione del rischio dell'insuccesso dell'operazione concordataria.

parrebbe deporre per l'estensione del principio alla risoluzione dell'accordo e susseguente liquidazione.

Tra le vicende dell'accordo viene poi in rilievo l'ipotesi in cui, dolosamente o con colpa grave, sia sottratto attivo od occultato passivo, nel qual caso si procede all'annullamento su ricorso di qualsiasi creditore (art. 14) da proporsi entro sei mesi dalla scoperta e non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento.

L'accordo può poi essere revocato d'ufficio quando durante la procedura vengono posti in essere atti diretti a frodare i creditori (art. 11, comma 5).

Inoltre in base alla stessa disposizione da ultimo richiamata in caso di mancato pagamento entro 90 giorni dalla scadenza dei debiti verso amministrazioni pubbliche ed enti previdenziali (art. 11, comma 5) si ha la cessazione dell'efficacia dell'accordo in via automatica.

Effetto risolutivo automatico dell'accordo ha la pronuncia di fallimento (ad esempio quando frattanto sia fallita la società di cui è socio illimitatamente responsabile il sovraindebitato, o altrimenti si ritenga lo stesso fallibile da parte del tribunale). Tale effetto però, come si è già notato, non comporterà la revocabilità ai sensi dell'art. 67 legge fallim. degli atti (es. vendite), pagamenti e garanzie posti frattanto in essere in esecuzione dell'accordo.

In base all'art. 12, comma 4, l'obbligatorietà dell'accordo e gli effetti preclusivi dell'esecuzione per i creditori posteriori vengono meno automaticamente in caso di inadempimento dei crediti impignorabili e tributi IVA e ritenute⁽⁹⁰⁾, ma il relativo accertamento dev'essere richiesto e su esso deve pronunciarsi il giudice.

Come previsto dall'art. 14-*quater*, su istanza del debitore o di uno dei creditori o del debitore il giudice dispone la conversione in liquidazione in caso di annullamento dell'accordo, di cessazione di diritto di entrambe le procedure *ex* art. 11, comma 5 (mancato pagamento nei novanta giorni dalle scadenze di piano dei debiti verso p.a. e enti previdenziali e di atti in fronde posti in essere nel corso della procedura); di cessazione degli effetti del piano del consumatore per aumento o diminuzione del passivo o sottrazione dell'attivo (art. 14 *bis*, comma 2, lett. a); e di risoluzione dell'accordo (o di cessazione effetti del piano ai sensi dell'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b), quindi per ipotesi analoghe a quelle previste per la risoluzione dell'accordo) ove determinate da causa imputabile.

⁽⁹⁰⁾ Per i quali ultimi però cfr. *retro*, nota 61.

È vero che l'ultimo periodo della norma, che per quanto qui interessa si riferisce alla risoluzione, inizia con l'espressione "*La conversione è altresì disposta...*", ma non mi pare che, a tenore dell'*incipit* dello stesso articolo che apertamente subordina la conversione all'istanza, in questo caso si possa pensare all'iniziativa ufficiosa.

Tutte queste procedure seguono anch'esse il rito di cui agli artt. 737 ss. cod. proc. civ.

Importante sottolineare che, nonostante l'annullamento o la risoluzione, non vengono pregiudicati i diritti acquisiti dai terzi in buona fede in base alla procedura (art. 14, comma 4)

Per il piano del consumatore l'art. 14 *bis* prevede una disciplina del tutto analoga, sebbene con qualche lieve modifica terminologica.

ABSTRACT: This paper aims to address the most sensitive issues relating to over-indebtedness, particularly with regard to the procedures of agreement and plan of the consumer. The most important aspects concern the admission, homologous and enforcement phases, but also general aspects that must be considered for the study of the two procedures and in order to examine their practical implications. Furthermore the article examines other issues relating to credit, unrelated goods and enforcement, for which there are no established guidelines.

GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507

Pres. A. Didone - Est. Cristiano Magda

MES S.r.l. c. Fallimento Messina S.r.l.

Società - Società a responsabilità limitata - Partecipazione a società di persone - Società di fatto - Delibera autorizzativa - Nullità - Amministratori - Rappresentanza - Limiti ai poteri

(Cod. civ. art. 2361, comma 2)

Non può ammettersi che la società di capitali che abbia svolto attività di impresa, operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle eventuali conseguenze negative derivanti dal suo agire (ivi compreso il fallimento per ripercussione nel caso in cui sia accertata l'insolvenza della società di fatto) in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori non rispettando le disposizioni di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ.

Società - Società a responsabilità limitata - Partecipazione a società di persone - Società di fatto - Delibera autorizzativa - Nullità - Liquidazione - Società di fatto in liquidazione

(Cod. civ. artt. 2361, comma 2; 2479, comma 2, n. 5; 1418, comma 3; 2332, commi 2 e 4)

Quand'anche si volesse aderire all'opinione secondo cui il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ. comporta l'invalidità o l'inefficacia dell'assunzione della partecipazione o del vincolo associativo, tale fenomeno non resterebbe irrilevante per l'ordinamento, in quanto non varrebbe a determinare la caducazione retroattiva dell'esistenza dell'ente, attesa la disciplina peculiare del contratto di società, espressa dall'art. 2332 cod. civ., ritenuto applicabile anche alle società di persone.

Fallimento - Fallimento delle società - Partecipazione di società di capitali a società di persone - Società di fatto holding - Fallimento - Estensione - Soci illimitatamente responsabili - Società occulta - Art. 147, comma 5, legge fallim. - Responsabilità da eterodirezione

(Legge fallim. art. 147; cod. civ. artt. 2497 ss.)

L'art. 147 legge fallim. non si presta, come è stato rilevato in dottrina, all'estensione al dominus (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto)

Fallimento - Fallimento delle società - Società di fatto - Partecipazioni di società - Affectio societatis - Vincolo sociale - Comune intento sociale - Prova - Prova a favore - Prova contraria

(Cod. civ. artt. 2247, 2267, 2297, 2497)

La prova della sussistenza della società di fatto deve essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci. Il fatto che le singole società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una holding di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l'insolvenza a richiesta di un creditore.

Fallimento - Fallimento delle società - Imprenditore individuale - Imprenditore occulto - Società occulta - Estensione fallimento - Applicazione estensiva

(Cod. civ. art. 2082; legge fallim. art. 147 comma 5)

Il riferimento all'imprenditore individuale contenuto nell'art. 147, comma 5, legge fallim. ha valenza meramente indicativa dello "stato dell'arte" dell'epoca in cui la norma, pur eccezionale, è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve attualmente trovare applicazione, né adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione. Un'interpretazione che conducesse all'affermazione dell'applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell'imprenditore individuale) in essa espressamente considerato, risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

La Corte (*omissis*).

1) Con il primo motivo i ricorrenti contestano che possa configurarsi la partecipazione di fatto di una società di capitali ad una società di persone.

Osservano al riguardo che l'art. 2361 c.c., comma 2 – nel prevedere che l'assunzione da parte della s.p.a. della partecipazione in altre imprese, comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, deve essere deliberata dall'assemblea e che di tale partecipazione gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa al bilancio – costituisce norma inderogabile, posta a tutela dei soci e dei creditori della s.p.a., che altrimenti vedrebbero la società assumere, a loro insaputa, lo status di soggetto fallibile per obbligazioni altrui, pur in assenza di insolvenza, come avviene per il caso di fallimento in estensione.

Identica conclusione varrebbe, poi, anche per le s.r.l. (che, ai sensi dell'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c. sono annoverate fra le persone giuridiche che possono partecipare a società di persone), stante il disposto dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5, che riserva alla competenza dei soci la decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale od una rilevante modificazione dei loro diritti.

2) Col secondo motivo i ricorrenti lamentano violazione dell'art. 147, comma 5, l.fall. che consente l'estensione del fallimento alla società di fatto solo quando il socio già fallito sia un imprenditore individuale e non anche quando sia una società di capitali e che costituirebbe norma non suscettibile di interpretazione estensiva od analogica.

3) I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, devono essere respinti. 3.1) Questa Corte, con la recente sentenza n. 1095/016, ha già affrontato, risolvendola in senso positivo, la questione dell'ammissibilità di una società di fatto (occulta o comunque irregolare, ai sensi dell'art. 2297 c.c.) fra società di capitali, allorché la partecipazione sia assunta

dall'amministratore in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361 c.c., comma 2.

La pronuncia si fonda sostanzialmente sul rilievo che colui che entra in contatto con l'ente – società deve poter confidare sulla spendita del nome dello stesso da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza: agli amministratori è infatti conferito un potere di rappresentanza generale e le limitazioni ai loro poteri non sono opponibili ai terzi, ai sensi dell'art. 2384 c.c., anche se pubblicate, salvo che si provi che questi ultimi abbiano agito scientemente in danno della società. Ciò vale anche nell'ipotesi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere gestorio: l'eventuale rilevanza esterna di tale dissociazione si porrebbe infatti in contrasto con le finalità perseguite dal legislatore della riforma del diritto societario – di incentivare il reperimento di capitale di rischio e di credito favorendo la tutela del mercato, la stabilità dell'agire sociale e la certezza dei traffici – in quanto minerebbe alla base ogni possibilità di garantire ai terzi la necessaria sicurezza in ordine alla validità degli atti compiuti dall'organo che ha formalmente la rappresentanza della società (Cass. 18754/07).

Il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori mediante il compimento di atti eccedenti i poteri loro conferiti è stato perciò interamente trasferito sulla società, offrendo ai terzi la sicurezza che essa farà fronte in ogni caso agli atti posti in essere, in suo nome e per suo conto, dall'organo gestorio.

Non può in conseguenza ammettersi che la società di capitali, la quale abbia svolto attività di impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle eventuali conseguenze negative derivanti dal suo agire (ivi compreso il fallimento per ripercussione nel caso in cui sia accertata l'insolvenza della società di fatto) proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori.

In definitiva, secondo Cass. n. 1095/016, la partecipazione acquisita dall'amministratore senza osservanza dei requisiti legali prescritti è pienamente valida: l'inadempimento dell'organo gestorio avrebbe rilevanza meramente interna, giustificando l'adozione dei rimedi rispetto ad esso predisposti (azione sociale di responsabilità, revoca, denuncia al tribunale), ma non varrebbe a determinare la nullità dell'acquisto compiuto o l'inefficacia dell'attività imprenditoriale di fatto svolta. 3.2) In questa sede non appare necessario richiamare ulteriormente l'amplessissima motivazione che sorregge la decisione.

Ciò che preme, piuttosto, sottolineare è che, quand'anche si volesse aderire all'opposta opinione dottrina e giurisprudenziale, secondo cui il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361 c.c., comma 2, comporta l'invalidità o l'inefficacia dell'assunzione della partecipazione o del vincolo associativo, il fenomeno non resterebbe irrilevante per l'ordinamento, in quanto non varrebbe a determinare la caducazione retroattiva dell'esistenza dell'ente, attesa la disciplina peculiare del contratto di società, espressa dall'art. 2332 c.c., ritenuto applicabile anche alle società di persone.

Questa Corte ha infatti ripetutamente affermato che la declaratoria di nullità del contratto costitutivo di una società di persone è equiparabile, "*quoad effectum*", allo scioglimento della stessa (Cass. nn. 9124/015, 3166/99, 565/95): trattandosi di un ente collettivo, per il quale vale il principio di effettività dell'attività di impresa svolta, ed il cui agire esula dall'orbita meramente negoziale ed assume una sua autonoma rilevanza, la patologia insanabile che affligge la società si converte in causa di scioglimento, con conseguente necessità di nomina dei liquidatori, ai sensi dell'art. 2332 c.c., comma 4.

La società di fatto nulla continua dunque ad esistere sino alla definizione dei rapporti giuridici pendenti, con la conseguenza che rimangono fermi i diritti acquisiti nei suoi con-

fronti dai terzi creditori di buona fede e, soprattutto, che rimane ferma la sua soggezione al fallimento in caso che ne venga accertata l'insolvenza.

3.3) Può aggiungersi, infine, con esclusivo riferimento alle s.r.l., che l'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c. – che detta prescrizioni in tema di bilancio delle società in nome collettivo e in accomandita per azioni i cui soci illimitatamente responsabili siano unicamente società di capitali – si limita ad annoverare le s.r.l. fra le società che possono assumere partecipazioni in società di persone.

Il riferimento contenuto nella norma all'art. 2361 c.c., comma 2, vale ad individuare la fattispecie (partecipazione in impresa comportante l'assunzione della responsabilità illimitata) da cui deriva l'obbligo di redazione del bilancio secondo la disciplina richiamata, ma non estende le prescrizioni formali di cui all'art. 2361 cit. alle s.r.l.

Va escluso, poi, che la partecipazione della s.r.l. ad una società di persone rientri nelle operazioni comportanti “una rilevante modificazione dei diritti dei soci che, ai sensi dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5, sono riservate alla competenza dell'assemblea: la modifica derivante dall'acquisto della partecipazione consiste infatti nell'assunzione da parte della s.r.l. della responsabilità illimitata per le obbligazioni della partecipata, mentre non muta la posizione dei soci, che continuano ad essere vincolati nei limiti del conferimento.

L'operazione di acquisto potrebbe piuttosto rientrare fra quelle, sempre riservate alla competenza dell'assemblea dei soci, che comportano “una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo”, ma in questo caso occorrerebbe accertare che la partecipazione in una società personale sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare in concreto l'oggetto.

Al di là di tale ipotesi, nella specie non dedotta dai ricorrenti, l'acquisto resta dunque un atto gestorio riservato agli amministratori, efficace sino al limite dell'agire intenzionale dannoso dei terzi, di cui all'art. 2475-ter c.c.

Va, in conclusione, ribadito che, accertata l'esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società di capitali, il fallimento di queste ultime costituisce una conseguenza “*ex lege*” prevista dalla l.fall., art. 147, comma 1, senza necessità dell'accertamento della loro specifica insolvenza (Cass. n. 1095/016 cit.).

3.4) Quanto alla questione sollevata col secondo motivo, appare opportuno premettere che, nell'ipotesi contemplata dalla l.fall., art. 147, comma 5, l'indagine del giudice deve essere indirizzata all'accertamento sia dell'esistenza di una società occulta (o di fatto) cui sia riferibile l'attività dell'imprenditore già dichiarato fallito, sia della sua insolvenza, posto che il fallimento di tale società costituisce presupposto logico e giuridico della dichiarazione di fallimento, per ripercussione, dei soci illimitatamente responsabili. Va escluso, in sostanza, che il fallimento di questi ultimi possa essere dichiarato in forza di un accertamento meramente incidentale della ricorrenza fra gli stessi e il fallito di una c.d. supersocietà di fatto, non solo perché la sentenza dichiarativa ha natura costitutiva ed efficacia *ex nunc* (onde non si vede come il fallimento dei soci possa conseguire ad una dichiarazione di fallimento meramente virtuale, od implicita, della società) ma anche perché all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti). 3.4) La censura offre anche lo spunto per alcune precisazioni, che si rendono necessarie onde evitare il rischio che l'art. 147, comma 5 l.fall. venga utilizzato per aggirare le disposizioni dettate dall'art. 2476 c.c., comma 7 e art. 2497 c.c. ed evitare l'esercizio di un'azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti.

Come è stato correttamente rilevato in dottrina, la norma non si presta, infatti, all'estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto). La prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci.

Il fatto che le singole società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una holding di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l'insolvenza a richiesta di un creditore.

3.5) Ciò precisato, il collegio condivide l'orientamento, maggioritario in dottrina, secondo cui un'interpretazione dell'art. 147, comma 5 l.fall., che conducesse all'affermazione dell'applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell'imprenditore individuale) in essa espressamente considerato, risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.: invero, una volta ammessa la configurabilità di una società di fatto partecipata da società di capitali e la conseguente sua fallibilità ai sensi della l.fall., art. 147, comma 1, non v'è alcuna ragione che, nell'ipotesi disciplinata dal ridetto 5 comma – in cui l'esistenza della società emerga in data successiva al fallimento autonomamente dichiarato di uno solo dei soci – possa giustificare un differenziato trattamento normativo, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo.

Non può infatti concepirsi diversità di trattamento fra due fattispecie che presentano identità di *ratio*.

Va escluso, d'altro canto, che il carattere eccezionale della disposizione (che, secondo quanto si legge nella relazione ministeriale di accompagnamento al D.Lgs. di riforma della legge fallimentare, ha recepito l'orientamento giurisprudenziale in tema di fallibilità della c.d. società occulta) ne impedisca un'applicazione più ampia di quella consentita dalla sua formulazione letterale: è stato infatti correttamente rilevato che il divieto di applicazione analogica delle leggi eccezionali, sancito dall'art. 14 preleggi, non comporta anche il divieto di una loro interpretazione estensiva, volta ad individuare tutte le ipotesi in esse disciplinate e che ne sono fuori solo in apparenza, perché non esplicitamente menzionate.

Va allora considerato che, anteriormente all'entrata in vigore, nel 2003, del D.Lgs. di riforma del diritto societario, la giurisprudenza negava la possibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone (per tutte: Cass. n. 5636/88) e che il dibattito intorno alla configurabilità di una società di fatto o occulta fra società di capitali, ed alla conseguente fallibilità di queste ultime quali soci illimitatamente responsabili, si è sviluppato solo dopo la riforma della legge fallimentare: appare dunque evidente che il legislatore della riforma ha codificato l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva il fallimento delle società occulte tenendo conto che esso si era formato sul presupposto (dato per scontato) che le società in questione potessero essere costituite solo fra persone fisiche.

Tali considerazioni appaiono sufficienti ad attribuire al riferimento all'imprenditore individuale contenuto nella l.fall., art. 147, comma 5 valenza meramente indicativa dello "stato dell'arte" dell'epoca in cui la norma è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva che, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve

attualmente trovare applicazione, ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione.

Ciò che, del resto, trova indiretta conferma nell'ordinanza n. 15/016 della Code Costituzionale che, nel dichiarare inammissibile la q.l.c. dell'art. 147, comma 5, ha fra l'altro evidenziato come i giudici rimettenti abbiano omesso di verificare previamente la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata della disposizione censurata.

4) Con il terzo motivo i ricorrenti, lamentando violazione dell'art. 2697 c.c., sostengono che le circostanze di fatto sulle quali la corte del merito ha fondato il proprio convincimento risulterebbero indicative non già dell'*affectio societatis*, ma dell'*affectio familiaris* di M.R. nei confronti della madre e della moglie (amministratrici uniche, rispettivamente, di Messina s.r.l. e di MES s.r.l.), che l'avrebbero indotto a svolgere attività esecutive per conto delle due società, compatibilmente con i suoi impegni di lavoro.

Il motivo, che sembra contestare il solo accertamento concernente la qualità del M. di socio della s.d.f., è inammissibile, in quanto si limita ad affermare l'errata valutazione da parte della corte del merito del complesso degli elementi probatori acquisiti, senza però specificare quali di essi siano stati in concreto travisati, né indicare le ragioni che avrebbero dovuto condurre ad una loro diversa interpretazione.

5) Parimenti inammissibile, infine, è l'ultimo motivo del ricorso, con il quale si contesta che il curatore abbia fornito la prova dell'insolvenza della MES e di M.R.

Come già rilevato dalla corte territoriale i ricorrenti sono infatti privi di interesse al predetto accertamento, atteso che il loro fallimento è stato dichiarato per ripercussione del fallimento della società di fatto da essi costituita con Messina s.r.l., di cui sono soci illimitatamente responsabili e della quale non pongono in dubbio l'insolvenza.

Il ricorso va, in conclusione, interamente rigettato.

(*omissis*).

La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica

Abstract: La Suprema Corte affronta nuovamente il tema della super-società di fatto e più in generale il tema dell'abuso della personalità giuridica da parte di un imprenditore, individuale o collettivo, che strumentalizzi una o più società di capitali, per abusare della responsabilità limitata. Il commento ricostruisce in particolare i vari passaggi riguardanti il superamento delle questioni poste dall'art. 2361 cod. civ., la conversione delle cause di nullità in cause di liquidazione e le due strade per arrivare al fallimento della *holding*, quella in via ascendente per responsabilità risarcitoria da abuso del dominio *ex art. 2497* e quella in via discendente per estensione della responsabilità patrimoniale *ex art. 147 comma 1, legge fallim.* Infine viene analizzata la scelta della suprema Corte di ammettere l'*efficiente* applicazione *estensiva* della norma di cui all'art. 147, comma 5, al fallimento dell'imprenditore collettivo oltre che a quello individuale. In realtà il legislatore ha voluto espressamente renderla norma eccezionale inapplicabile in particolare alle società di capitali in quanto sarebbe l'unico varco vero allo squarcio del velo della personalità che resta una scelta sistematica netta ed insuperabile.

SOMMARIO: 1. L'impostazione della Suprema Corte in ordine alla portata delle prescrizioni di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ. - 2. La conversione delle cause di invalidità in cause di scioglimento e liquidazione della supersocietà di fatto. - 3. Fallimento in estensione *ex art. 147 legge fallim.* e fallimento autonomo per responsabilità da abuso

del dominio. - 4. La natura eccezionale del comma 5 dell'art. 147 legge fallim. - 5. Il risultato finale offerto dal sistema.

1. *L'impostazione della Suprema Corte in ordine alla portata delle prescrizioni di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ.*

Nell'ultimo anno la Cassazione si è pronunciata ripetutamente sulla fenomenologia della *holding* di fatto tra più società di capitali e persone fisiche a seguito delle riforme⁽¹⁾.

La Corte innanzitutto risolve la questione dell'ammissibilità di una società di fatto (occulta o comunque irregolare, ai sensi dell'art. 2297 cod. civ.) fra società di capitali, allorché la partecipazione sia assunta dall'amministratore in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361 comma 2, cod. civ.⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Fallimento*, 2016, 524, con nota di F. ANGIOLINI, *Consulta e S.C. a confronto su partecipazione societaria di fatto e fallimento*; in *Giur. it.*, 2016, 1138, con nota di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, e O. CAGNASSO, *L'acquisto da parte della s.r.l. di una partecipazione a responsabilità illimitata*, in *Società*, 2016, 453 s. con nota critica di F. FIMMANÒ, *L'estensione 'inversa' del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci – s.r.l. controllanti e 'subornati'*. Al riguardo si veda anche M. SPIOTTA, *I "soci di fatto" falliscono anche se persone giuridiche* (Cass., 13 giugno 2016, n. 12120), in *Nds*, 17, 2016, 140 s., che – dopo aver evidenziato come nella motivazione si avverta l'eco di una certa impostazione dottrinale – si chiede se la pronuncia consenta di superare definitivamente il timore di legittimare una sorta di «società del fatto compiuto» a scapito dei «paletti preventivi» posti dall'art. 2361, comma 2, cod. civ. (come già puntualmente M. SPIOTTA, *Società di fatto o "del fatto compiuto"?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 438 s.). Cass., 13 giugno 2016, n. 12120, in questa *Rivista*, 2016, II, 1222, con nota di G. FAUCEGLIA, *Verso la "fallimentarizzazione" del diritto societario ovvero la giurisprudenza della Cassazione nell'età dell'incertezza*, con nota di A. PENTA, *La contemplatio domini in ambito fallimentare*, con nota di D. RESTUCCIA, *La Corte di Cassazione riconosce l'ammissibilità di una supersocietà di fatto: il difficile rapporto con l'attività di direzione e coordinamento*; in *Fallimento*, 2016, 1186, con nota di F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*. Anche la sentenza in epigrafe Cass., 20 maggio 2016, n. 10507, è stata già oggetto di ampio e lucido commento di L. ABETE, *Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta: "controindicazioni" applicative*, in *Società*, 2017, 169 s. I giudici di legittimità si erano pronunciati prima delle riforme nel senso della inammissibilità (cfr. per tutte Cass., sez. un., 17 ottobre 1988 n. 5636, in *Giur. it.*, 1989, I, 59; Cass., 2 gennaio 1995 n. 7, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 35; Cass., 19 novembre 1981 n. 6151, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2897, in *Riv. not.*, 1982, 283, in questa *Rivista*, 1982, II, 302, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE; App. Milano, 25 maggio 2004, in *Banca, borsa*, 2006, 22, con nota di M. GARCEA, *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione?*; in *Giur. comm.*, 2005, 269, con nota di F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*).

⁽²⁾ La norma sancisce, come noto, che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese da cui derivi una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, debba essere

La pronuncia si fonda sostanzialmente sul rilievo che colui che entra in contatto con l'ente – società deve poter confidare sulla spendita del nome dello stesso da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza: agli amministratori è infatti conferito un potere di rappresentanza generale e le limitazioni ai loro poteri non sono opponibili ai terzi, ai sensi dell'art. 2384 cod. civ., anche se pubblicate, salvo che si provi che questi ultimi abbiano agito scientemente in danno della società. Ciò vale anche nell'ipotesi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere gestorio: l'eventuale rilevanza esterna di tale dissociazione si porrebbe infatti in contrasto con le finalità perseguite dal legislatore della riforma del diritto societario – di incentivare il reperimento di capitale di rischio e di credito favorendo la tutela del mercato, la stabilità dell'agire sociale e la certezza dei traffici – in quanto minerebbe alla base ogni possibilità di garantire ai terzi la necessaria sicurezza in ordine alla validità degli atti compiuti dall'organo che ha formalmente la rappresentanza della società

La partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non richiede il rispetto della preventiva deliberazione autorizzativa dei soci, *trattandosi di mero atto gestorio dell'organo amministrativo*, con la conseguenza che l'efficacia dell'assunzione della partecipazione, in costanza dei necessari elementi idonei a configurare un rapporto societario, comporta la dichiarazione di fallimento della società di fatto così costituita⁽³⁾.

deliberata dall'assemblea, stabilendo altresì che delle partecipazioni così acquisite gli amministratori debbano dare specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.

(³) Si erano espressi a favore di questa impostazione: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8 Luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 89, con nota di F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, p. 91 s.; Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1425; in *Fallimento*, 2008, p. 1328 con nota di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *Nuovo dir. soc.*, 12, 2008, 86, con nota di M. SPIOTTA, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Bolzano, 3 ottobre 2008, in *Giur. it.*, 2009, 2459; Trib. Prato, 10 novembre 2010, in questa *Rivista*, 2010, 382; Trib. Napoli, 19 gennaio 2011, *www.ilfallimento.it*; App. Catanzaro, 30 Luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, 433, con nota di M. SPIOTTA, cit.; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 392; Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 906; Trib. Milano, 28 marzo 2013; Trib. Vibo Valentia, 21 marzo 2013, *inedito*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in questa *Rivista*, 2014, 63, con nota di F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. super-società e sulla estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*; Trib. Nola, 29 maggio 2013, in *Foro nap.*, 2014, 975; Trib. Gela, 15 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 30 maggio 2013, in *Società*, 2014, 816, con nota di F. ATTANASIO, *Riflessioni sull'ammissibilità di una società di fatto tra persone fisiche e giuridiche* (che non si pronuncia sul fallimento; App. Caltanissetta 28 Luglio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Fermo, 31 agosto 2016 in *www.ilcaso.it*. In senso contrario, invece: Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1442, con nota di G. COTTINO in *Nds.*, 9, 2007, 59, con nota di M.

Come noto l'art. 2361, comma 2, cod. civ., esige che l'assunzione di partecipazioni in società di persone, almeno per le società per azioni, deve essere deliberata dall'assemblea ed evidenziata poi in nota integrativa. La preventiva delibera, secondo una parte della giurisprudenza, sarebbe posta a tutela dei soci, che hanno il diritto di decidere se effettuare un investimento che sottrae la porzione di patrimonio sociale alle regole che disciplinano l'amministrazione e la redazione del bilancio delle società di capitali, mentre l'evidenza della partecipazione nella Nota integrativa andrebbe a tutela dei creditori sociali, affinché abbiano la consapevolezza (ed il conseguente monitoraggio), delle reali condizioni di rischio e di garanzia, influenzate dalle vicende della società partecipata. Si è rilevato che sarebbe incongruo che "in antinomia a tali principi, i soci ed i creditori di una spa vedessero la loro società acquisire, a loro insaputa e inconoscibilità, lo status di soggetto fallibile in assenza di insolvenza" (4). Questa giurisprudenza di merito ha perciò ritenuto che le disposizioni di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ. siano preclusive rispetto alla configurazione di un rapporto partecipativo di fatto od occulto, e comunque attuato sulla base di *facta concludentia* e non di una delibera assembleare espressa, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 147, comma 1, legge fallim., ad una società irregolare, o di mero fatto, fra società di capitali (5).

IRRERA; App. Torino, (decr.) 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2219, con nota di G. COTTINO; in *Nuovo dir. soc.*, 18, 2007, 59, con nota di M. IRRERA; in *Riv. dott. comm.*, 2008, 316, con nota di A. BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*; in *Riv. dir. impresa*, 2008, 315, con nota di A. DI FEBBO, *Società di fatto, società a responsabilità limitata e partecipazione di società di capitali in società di persone*; App. Bologna, 11 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1293 con nota di F. PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*; in *Riv. dir. soc.*, 2010, 99, con nota di A. DI FEBBO, *La partecipazione di fatto di società di capitali in società di persone. Profili sostanziali*; Trib. Forlì, 9 febbraio 2008 n. 794, in *Giur. it.*, 2008, 1425; in *Fallimento*, 2008, 1328 con nota di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, in *Nds*, 12, 2008, 86, con nota di M. SPIOTTA, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; App. Napoli 5 giugno 2009, *Nuovo dir. soc.*, 16, 2009, 42, con nota di F. ANGIOLINI, *L'estensione del fallimento della società di fatto alla s.r.l. socia*; App. Venezia, 10 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 14 maggio 2012, *inedito*; Trib. Mantova 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 906; Trib. Santa Maria Capua Vetere, (decr.) 15 gennaio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Foggia, 3 marzo 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 745; Trib. Bergamo 19 marzo 2015; Trib. Como, 7 maggio 2015, *www.ilfallimentarista.it*. Per una panoramica del dibattito cfr. L. ABETE, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2016, p. 1362 ss.

(4) App. Torino 30 luglio 2007, cit.

(5) Il legislatore, invero, non richiede che l'autorizzazione dell'assemblea sia espressa e preventiva, sicché la stessa potrebbe intervenire a ratifica della operazione compiuta dagli amministratori, ovvero manifestarsi anche successivamente, laddove l'assemblea approvi il progetto di bilancio predisposto dagli amministratori e nel quale questi danno specifica

In senso diametralmente opposto si è mossa altra giurisprudenza basata sulla disposizione di cui all'art. 2384 cod. civ.⁽⁶⁾ che, introducendo il principio della rappresentanza generale degli amministratori, travolgerebbe, nell'interesse preminente dei terzi, ogni argine all'efficacia esterna di atti *ultra vires*.

Il tema è stato riproposto dalla Corte costituzionale nell'ordinanza del 12 dicembre 2014, n. 276⁽⁷⁾ e poi nella decisione del 29 gennaio 2016, n. 15⁽⁸⁾, che ha dichiarato la questione posta inammissibile in quanto i giudici rimettenti non si erano espressi sull'eventualità che una società di capitali partecipi ad una società di persone anche per fatti concludenti, senza osservare le prescrizioni dettate dall'art. 2361 cod. civ. e solo una interpretazione favorevole a tale eventualità, infatti, avrebbe, eventualmente, potuto consentire l'applicazione dell'art. 147, comma 5, legge fallim., di cui si chiedeva l'illegittimità costituzionale nella parte in cui prevede l'applicazione al solo imprenditore individuale.

In ogni caso, gli ostacoli evidenziati per le società per azioni potrebbero, come rileva anche la Consulta, non riguardare le società a responsabilità limitata alle quali da un lato non è applicabile per rinvio espresso l'art. 2361 cod. civ., ma che dall'altro lato, a norma dell'art. 111-*duodecies* disp. att. cod. civ., sono annoverate tra le persone giuridiche che possono partecipare a società personali⁽⁹⁾. Il legislatore, parla semplicemente di società in nome collettivo e società in accomandita semplice non facendo riferimento al fatto che la stessa società debba essere regolare, sicché potrebbe anche implicitamente dedursi la possibilità di dare vita a società

informazione nella Nota integrativa del bilancio. Ciò che deve affermarsi è comunque che la decisione sia presa consapevolmente in seno a una assemblea quale frutto del suo deliberato, sicché a nulla vale a tal fine una decisione extrassembleare.

⁽⁶⁾ Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, cit., 1330, che in realtà *prova troppo* quando afferma che escludere la costituzione per *facta concludentia* di una società di persone tra società di capitali significherebbe negare l'ammissibilità della stessa società di fatto tra società di capitali. Infatti non va escluso che il legislatore abbia voluto raggiungere proprio questo risultato. Nello stesso senso Trib. Prato, 10 novembre 2010, in questa *Rivista*, 2011, II, 382 s.

In tema Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525,

⁽⁷⁾ Corte cost., 12 dicembre 2014 n. 276, in *Fallimento*, 2015, 414, con nota di F. ANGIOLINI, «*Super-società*» di fatto: la Consulta non «scioglie la riserva».

⁽⁸⁾ In *Fallimento*, 2016, 524, con nota di F. ANGIOLINI, *Consulta e S.C. a confronto su partecipazione societaria di fatto e fallimento*.

⁽⁹⁾ La norma, infatti, prevede che «qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili di cui all'art. 2361, comma secondo siano spa, sapa o srl, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per la spa. Esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 D.lgs 9 aprile 1991 n. 127 ed in presenza dei presupposti ivi previsti».

irregolari o più semplicemente di fatto⁽¹⁰⁾. Ciò che l'art. 2361 cod. civ. consente, infatti, è la partecipazione “*in altre imprese comportante una responsabilità illimitata*” e la società di fatto è sicuramente tale.

Per le società a responsabilità limitata pare quindi, in assenza di prescrizioni normative, che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rappresenti, come afferma la Cassazione, un atto gestorio proprio degli amministratori, non rimesso alla competenza dei soci ai sensi dell'art. 2479, comma 2, n. 5, cod. civ. Ciò anche se, *a contrario*, va rilevato che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale potrebbe essere la partecipazione in oggetto⁽¹¹⁾. Non vi sarebbero preclusioni per l'applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ., in quanto nella Srl sussistono interessi interni paragonabili a quelli di una spa⁽¹²⁾. Le limitazioni al potere degli amministratori previste per quest'ultima, sussistendo l'*eadem ratio*, si giustificerebbero anche per questo tipo di società. Resta infine la considerazione che l'ordinamento delle società di persone non impone generalmente la forma scritta per esprimere la volontà sociale, ed è quindi preferibile ritenere che la s.r.l. possa assumere tale qualifica senza una formale deliberazione o attraverso comportamenti concludenti anche in una società palese.

In ogni caso, nonostante le diverse aperture⁽¹³⁾, parte della giurisprudenza ha continuato ad affermare che l'assenza della necessaria delibera

⁽¹⁰⁾ A sostegno dell'ammissibilità sarebbe per qualcuno il fatto che la fattispecie della “*super-società*” di fatto è per certi versi ammessa *tout court* dal medesimo comma 1 dell'art. 147 legge fallim. (il capo III del titolo V del libro V espressamente richiamato nel corpo dell'art. 147, comma 1, legge fallim., contempla pur all'art. 2297 cod. civ., il modello della collettiva irregolare, alla cui disciplina si ricollega, come mera variante, la società di fatto esercente attività d'impresa commerciale, sicché la possibilità di soci illimitatamente responsabili non persone fisiche, che lo stesso art. 147 comma 1 prospetta, va riferita sia al modello che alla sua pura e semplice variante (L. ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 2009, p. 1119).

⁽¹¹⁾ O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. V, Padova, 2007, p. 298 ss.

⁽¹²⁾ A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2007, 118. In senso conforme, ritenendo di dover ritenere applicabile l'art. 2361 anche alle s.r.l., M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 1334.

⁽¹³⁾ Nel senso della possibilità di partecipare *per facta concludentia* con le relative conseguenze: Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, cit.; Trib. Nola, 23 maggio 2013, cit.; Trib.

assembleare renderebbe “*inefficace*” la partecipazione, con ogni conseguente effetto sulla configurabilità della società di fatto tra o con società di capitali, in quanto la violazione del precetto precluderebbe la riferibilità o imputabilità giuridica, non dei singoli atti compiuti, ma dell’attività d’impresa unitariamente considerata (intesa come coordinamento temporale e funzionale dei singoli atti) ed effettivamente svolta dagli amministratori⁽¹⁴⁾.

Secondo la Suprema Corte chi entra in contatto con l’ente deve poter confidare sulla spendita del nome dello stesso da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza senza dover avere l’onere di accertare se siano stati rispettati o meno i procedimenti *endo-corporativi* per quelle operazioni che gli amministratori potrebbero porre in essere con i terzi⁽¹⁵⁾. Agli amministratori dunque sarebbe conferito un potere di rappresentanza generale – sino al punto in cui la legge “consente di conferirlo” ed il terzo deve poter contare su tale estensione restando così indifferente la divisione delle varie competenze – e, al contempo, non vi sono norme che dettano una diversa disciplina per i limiti legali.

La norma di cui 2384 cod. civ. rappresenterebbe proprio un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell’inopponibilità, attribuendo all’ente la possibilità di sollevare *l’exceptio doli*. Pertanto, l’assenza della delibera assembleare dovrebbe considerarsi inopponibile ai terzi, tranne qualora si provi che gli stessi hanno agito intenzionalmente a danno della società.

L’ordinamento, in linea generale, esclude la nullità o l’inefficacia di un atto posto in essere dall’organo gestorio senza il rispetto delle regole sull’autorizzazione assembleare, quando richieste, al fine di privilegiare

Reggio Calabria, 8 aprile 2013, cit.; App. Catanzaro, 30 luglio 2012, cit.; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, cit.; Trib. Vibo Valentia, 10 giugno 2011, in *Giur. mer.*, 2012, 656, con nota di M. FRANCHI, *Appunti sulla partecipazione di una S.r.l. ad una società di persone*; Trib. Prato, 10 novembre 2010, cit.

⁽¹⁴⁾ App. Napoli, 5 giugno 2009, cit.; App. Venezia, 10 dicembre 2011, cit.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 gennaio 2015, cit.; Trib. Foggia, 3 marzo 2015, cit.; Trib. Como, 7 maggio 2015, cit.; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, cit.; Trib. Mantova, 8 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 1001; Trib. Bergamo, 19 marzo 2015, cit.). In tema cfr. anche L. DELLA TOMMASINA, *Dissociazione fra gestione e rappresentanza nella società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. Società*, 2015, 657.

⁽¹⁵⁾ Nella stessa linea nella dottrina più recente: M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministrativo di S.r.l.*, in *Riv. Società*, 2014, 35, secondo cui “l’ambito della opponibilità al terzo coincide con quello che si pone al di là del perimetro massimo dei poteri rappresentativi che, in qualunque caso, l’autonomia privata potrebbe attribuire agli amministratori, ivi comprese quelle operazioni che gli amministratori, sia pure a certe condizioni potrebbero efficacemente realizzare con i terzi”.

una tutela obbligatoria rispetto ad una reale. E l'art. 2361 cod. civ. non rappresenterebbe una norma di divieto, né una condizione di efficacia dell'atto da parte degli amministratori autorizzati. Il potere gestorio e rappresentativo, anche per le materie sottoposte all'assemblea, rimarrebbe sempre in capo agli amministratori.

Per i giudici di legittimità la delibera va insomma intesa a guisa di una "autorizzazione", distinta come tale dall'atto gestorio, e per l'effetto inidonea a configurare patologie invalidanti⁽¹⁶⁾, in linea con l'impostazione secondo cui l'art. 2361 cod. civ. "*mira a rimuovere un limite ai poteri gestori all'unico fine di esonerare gli amministratori da responsabilità sociale, mentre l'assunzione della partecipazione resta valida ed efficace*", anche in considerazione del fatto che la delibera non è soggetta a iscrizione e pertanto "*non sarebbe ragionevole, nel bilanciamento degli interessi dei creditori della società di capitali e di quelli della società di fatto che sull'unicità del centro d'imputazione abbiano confidato, preferire i primi*".

Per la Cassazione "*nessuna disposizione sancisce il divieto di assumere la partecipazione in una società che preveda la responsabilità illimitata della società azionaria – esistendo, al contrario, una norma di permesso – né commina al riguardo, ai sensi dell'art. 1418, 3° comma, c.c., la nullità della partecipazione stessa, sol perché manchi la previa deliberazione assembleare o l'indicazione nella nota integrativa; quanto all'inadempimento degli amministratori a detto obbligo di darne notizia nella nota integrativa al bilancio, ancor più dubbio è che da ciò possa derivare, quale adempimento successivo all'assunzione della partecipazione ed in mancanza di espressa previsione contraria, tale conseguenza*". La nullità contemplata dall'art. 1418 "*postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto*", ma in questo caso, al contrario, la partecipazione è ammessa. Il legislatore della riforma, invero, aveva di fronte il chiaro testo di divieto previsto al preesistente art. 2361, comma 1, cod. civ., ("*non è consentita*"), che ben avrebbe potuto mutuare nella sua struttura: ma ha dettato una disposizione abilitativa costruita all'inverso. Condizionare la sussistenza di una società di fatto al rispetto delle indicazioni normative andrebbe in contrasto anche con il "*principio*

⁽¹⁶⁾ Sul piano definitorio, può parlarsi "*di autorizzazione (sulla falsariga della previsione generale di cui all'art. 2364 c.c., comma 2, n. 5), quale atto che integra poteri già esistenti in capo all'organo amministrativo; ma ciò potrebbe non risolvere ancora la questione, posto che non dice se essa, nel diritto privato societario, costituisca una condizione di efficacia dell'atto dell'organo autorizzato opponibile a chiunque, o se abbia solo una valenza organizzativa interna: fine al quale provvede allora il ricordato art. 2384 c.c.*" (Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, cit.).

dell'apparenza" in forza del quale, proprio al fine di tutelare i terzi, viene considerata centro di imputazione di rapporti giuridici una società priva degli elementi costitutivi che non sarebbe comunque l'ipotesi in esame che, al contrario, riguarderebbe proprio "l'effettiva collaborazione d'impresa tra più soggetti, non situazioni meramente apparenti per i terzi". Accanto ai soci devono essere tutelati anche i creditori in quanto, a seguito dell'assunzione di responsabilità illimitata, aumenta l'esposizione debitoria dell'ente con conseguente concorso dei creditori della conferitaria sull'intero patrimonio sociale, anche in considerazione che la delibera assembleare non è soggetta ad iscrizione. L'art. 2361 cod. civ. non pare estendere il precetto relativo all'autorizzazione assembleare anche alla s.r.l., ma "intende solo dire che la società personale interamente partecipata da società di capitali sarà soggetta alle medesime prescrizioni di bilancio, mentre le partecipanti avranno l'obbligo del consolidamento" (17). Ma se si ammette che la partecipazione di una spa sia comunque efficace in assenza dell'autorizzazione, la stessa sarebbe tanto più superflua qualora la partecipazione riguardi una srl, essendo difficile immaginare che i soci non siano a conoscenza dell'operato dell'organo gestorio avendo poteri di indirizzo e di controllo sulla società. In ogni caso "dovrebbe accertarsi che la partecipazione sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare l'oggetto in concreto" ed anche i diritti dei soci non risultano modificati, continuando ad essere vincolati entro il conferimento (ma unicamente quelli della partecipante stessa che diviene illimitatamente responsabile). L'indicazione contenuta nell'art. 2497, n. 5, cod. civ. può rappresentare una limitazione legale al potere degli amministratori, ma, in particolare, solo al "loro potere decisionale"; quindi l'operazione modificativa dell'oggetto sociale compiuta in assenza della delibera esporrebbe gli amministratori ad una eventuale azione di responsabilità o a revoca, ma non andrebbe a travalicare il limite al potere di rappresentanza, nei rapporti esterni: l'operato resterebbe impegnativo per la società perché la legge consente di conferire quei poteri agli amministratori, anche se a quelle condizioni.

Secondo tale impostazione va dunque valorizzato l'accento posto sull'eccesso dai poteri agli amministratori conferiti per legge ed anche da quelli che essa "consente di conferire" loro. La riserva "posta dall'art. 2384 c.c., comma 2 post riforma rappresenta un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell'inopponibilità, attribuendo alla società una vera e propria *exceptio doli*, volta a

(17) Cass., 21 gennaio 2016 n. 1095, cit.

garantire che la regola del contenuto inderogabile della rappresentanza non sia utilizzata per finalità contrastanti con gli interessi tipici che il legislatore ha inteso tutelare”. Qui la soluzione prescelta per la tutela dei terzi non utilizza il criterio della tutela dell’affidamento incolpevole, ma è più radicale, ricorrendo il legislatore ad un’astrazione del potere di rappresentanza dal sottostante potere di gestione.

Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori non operano nei confronti dei terzi, salva la prova che essi abbiano intenzionalmente agito in danno della società: onde si esclude sia la sussistenza di un onere del terzo di accertarsi preventivamente dell’esistenza di tali limitazioni, sia la rilevanza della mera conoscenza delle stesse da parte del terzo. Del resto, sarebbe assai semplice, per gli amministratori della società, aggirare le norme sulla responsabilità patrimoniale e quelle a ciò collegate, invocando la mancata autorizzazione in caso di risultati negativi e, invece, acquisire gli effetti favorevoli di quella partecipazione.

2. La conversione delle cause di invalidità in cause di scioglimento e liquidazione della supersocietà di fatto.

La Suprema Corte tiene in ogni caso a sottolineare che quand’anche si volesse aderire all’opposta opinione dottrinale e giurisprudenziale, secondo cui il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all’art. 2361, comma 2, cod. civ., comporta l’invalidità o l’inefficacia dell’assunzione della partecipazione o del vincolo associativo, il fenomeno non resterebbe irrilevante per l’ordinamento, in quanto non varrebbe a determinare la caducazione retroattiva dell’esistenza dell’ente, attesa la disciplina peculiare del contratto di società, espressa dall’art. 2332 cod. civ. (18), ritenuto applicabile anche alle società di persone (19).

La declaratoria di nullità del contratto costitutivo di una società di persone è equiparabile, “*quoad effectum*”, allo scioglimento della stessa:

(18) Sul tema anche G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 1, cit., 490; Id., *Nullità della società*, in NICCOLINI-STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, Napoli, 2004, 99.

(19) In tal senso G. COTTINO, *Sulla disciplina dell’invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 302, ove osserva che “*dal momento dell’entrata nel traffico giuridico si tratta di regolare una situazione il cui vizio di origine non le impedisce di combaciare nella sua estrinsecazione concreta con la fattispecie di una società di fatto: di fatto due o più soggetti realizzano un’attività societaria, così come avviene nel caso in cui, senza l’osservanza di alcuna formalità, altri soggetti diano corso in comune, allo scopo di dividerne gli utili, all’esercizio di un’attività economica*”.

trattandosi di un ente collettivo, per il quale vale il principio di effettività dell'attività di impresa svolta, ed il cui agire esula dall'orbita meramente negoziale ed assume una sua autonoma rilevanza, la patologia insanabile che affligge la società si converte in causa di scioglimento, con conseguente necessità di nomina dei liquidatori, ai sensi dell'art. 2332 cod. civ., comma 4. La società di fatto nulla continua dunque ad esistere sino alla definizione dei rapporti giuridici pendenti, con la conseguenza che rimangono fermi i diritti acquisiti nei suoi confronti dai terzi creditori di buona fede e, soprattutto, che rimane ferma la sua soggezione al fallimento in caso che ne venga accertata l'insolvenza⁽²⁰⁾.

Il fenomeno della “*super-società*” di fatto, quand'anche fosse viziato sul piano genetico, produce comunque delle conseguenze rilevanti di natura sostanziale. Se infatti, propendendo in astratto per una interpretazione più rigida e restrittiva, si giungesse ad affermare che il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361 cod. civ., comporta l'inefficacia o la nullità dell'assunzione della partecipazione o del vincolo associativo nella “*super-società*” di fatto, bisogna pur sempre considerare che, in forza di un principio di conservazione degli atti posti in essere in forza di un contratto di società nullo, l'attività di fatto compiuta dall'ente dovrebbe comunque continuare ad avere rilevanza. Nella fattispecie non ci troviamo al cospetto di una società di persone regolarmente costituita ed iscritta al Registro delle imprese e della quale una o più srl acquistano quote di partecipazione, ma al contrario si tratta di una partecipazione nascente dalla costituzione “di fatto” e per comportamenti concludenti di un centro autonomo di imputazione di diritti soggettivi, attivi e passivi. Qui non si tratta della inefficacia di un acquisto di quote, ovvero di una vicenda in cui la società vede venir meno uno dei soci senza generare lo scioglimento dell'intero contratto sociale. Come noto, nel contratto di società la tendenziale plurilateralità associativa comporta che il venir meno di una delle parti del contratto, a differenza di quanto accade nei negozi di scambio, non genera la fine dell'intero contratto, a meno che quella parte (ed il relativo conferimento) non fosse essenziale al raggiungimento dello scopo sociale. Nella casistica in esame non parliamo dell'acquisto di una quota, ma parliamo dell'assunzione di una partecipazione generata da *facta concludentia* “costitutivi” dell'ente. Dunque il vizio generato dal mancato rispetto delle norme di legge contenute nell'art. 2361, comma 2, cod.

⁽²⁰⁾ Come in verità da lungo tempo sostenuto: F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, p. 298 s.

civ. (da cui trova origine la “*super-società*” di fatto) sarebbe così sanzionato con la nullità dell’intero rapporto, che si convertirebbe quindi sempre e comunque – nel sistema del diritto societario – in una causa di scioglimento con la necessaria apertura della fase liquidatoria⁽²¹⁾. Quando dal comportamento concludente nasce infatti il centro autonomo di imputazione dei rapporti soggettivi, attivi e passivi, la regola diventa la liquidazione, per la necessità di definire i rapporti pendenti. “*La società nulla è considerata, per il passato, una società valida e, per il futuro, una società valida in stato di liquidazione*”⁽²²⁾, senza caducazione retroattiva della sua esistenza, in forza della peculiarità delle nullità societarie, applicabili anche alle società di persone, ai sensi della valenza generale del principio di cui all’art. 2332, commi 2 e 4, cod. civ.⁽²³⁾ che deroga alla regola, prevista per i contratti di scambio, “*quod nullum est nullum producit effectum*”⁽²⁴⁾.

Dal verificarsi di una causa di scioglimento non discende l’automatica estinzione in quanto si rende necessario, preliminarmente, adempiere alle obbligazioni assunte dall’ente o meglio alla definizione dei rapporti pendenti. E così dovranno essere definiti tali rapporti, con evidenti effetti sui diritti dei terzi in buona fede. Dunque sarebbe accertata l’esistenza di una “*super-società*” di fatto sciolta cui resta applicabile lo statuto della società in nome collettivo irregolare e lo statuto dell’imprenditore commerciale a cominciare dal fallimento. La peculiarità dei contratti societari ed in particolare la loro funzione organizzatoria danno luogo non solo alla costituzione di un rapporto giuridico tra i contraenti, ma alla istituzione di un’organizzazione per l’esercizio di un’attività, alla nascita di un soggetto che a sua volta intraprende rapporti con i terzi. Ciò impone la necessità di valorizzare le conseguenze derivanti dallo svolgimento dell’attività da parte dell’ente, ragion per cui acquistano rilevanza giuridica (e vanno necessariamente regolamentati) gli effetti prodotti dal fatto verificatosi ed ineli-

(21) F. FIMMANÒ, *Sub art. 2497 commi 3-4*, in SBISÀ (a cura di), *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, p. 152 s.

(22) In questo caso quindi non sarebbero comunque travolti gli atti posti in essere sino a quel momento che rimangono vincolanti per la compagine sociale né i relativi effetti complessivi. Gli effetti dell’invalidità della società, infatti, in deroga ai generali principi dell’ordinamento sulla nullità del contratto, non retroagiscono e sono applicabili anche alle società di persone. In tema cfr. M. SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, cit., 431.

(23) Cfr. Cass., 19 gennaio 1995, n. 565, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1165, con nota di G. COTTINO, cui *adde* Cass., 6 maggio 2015, n. 9124, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 3, 458, richiamate nella motivazione.

(24) M. SPIOTTA, *I “soci di fatto” falliscono* cit., p. 7.

minabile consistente nell'avvenuto esercizio dell'attività sociale. Ne consegue che deve ritenersi vigente nel nostro ordinamento un generale principio – valevole per le società di capitali, come per quelle personali – per cui le cause di invalidità del contratto costitutivo provocano la caducazione della società, fermo restando gli effetti prodotti medio tempore, mediante l'esercizio di attività esterna⁽²⁵⁾.

Si deve rimarcare che sarebbe contrario al principio di buona fede, canone conformante tutte le relazioni tra privati, la condotta di chi, dopo aver concluso ed eseguito un contratto secondo una forma diversa rispetto a quella programmata, pretenda, nel caso in cui il risultato conseguito sia difforme rispetto a quello sperato, di liberarsi dal vincolo negoziale. È agevole osservare che il piano della volontà è distinto rispetto a quello della sua manifestazione e, quindi, della forma tramite la quale essa è indirizzata al suo destinatario. La nullità per mancanza dell'elemento della volontà deriva dalla completa assenza della determinazione soggettiva di regolare i propri interessi e, proprio perché si caratterizza per l'inesistenza sul piano empirico della componente volitiva, prescinde dal problema della manifestazione e, quindi, della forma. Le disposizioni di cui all'art. 2332 comma 2 ss. cod. civ. sono espressione di un principio generale, per cui la dichiarazione di nullità non ha effetto retroattivo e comporta gli effetti propri dello scioglimento e della liquidazione della società⁽²⁶⁾.

In definitiva alla invalidità della partecipazione assunta da parte della srl nella ipotizzata società di fatto non consegue la caducazione con effetti *ex tunc* della stessa, con la conseguenza che l'eventuale dichiarazione di nullità lascia pur sempre sopravvivere sino alla sua pronuncia la compagine sociale che abbia agito, consentendone l'assoggettabilità alla liquidazione concorsuale, in caso di insolvenza.

⁽²⁵⁾ App. Napoli 14 gennaio 2013, *inedito*. La Cassazione ha affermato che la declaratoria di nullità della società di persone che ha operato come tale va equiparata, *quoad effectum*, allo scioglimento della stessa, sia perché è possibile applicare in via analogica l'art. 2332 cod. civ. (in quanto espressione di una regola estensibile alla totalità dei rapporti sociali di fatto), sia perché può farsi ricorso alla categoria concettuale della fattispecie contrattuale di fatto, con la conseguenza che la dichiarazione di nullità lascia sopravvivere fino alla sua pronuncia una compagine sociale che abbia agito (Cass., 19 gennaio 1995, n. 565, *Giur. it.*, 1995, I, p. 1165 con nota di G. COTTINO).

⁽²⁶⁾ Alla nullità del contratto di società di persone non si applica la regola prevista per i contratti di scambio, secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, ma la suddetta previsione generale valida per i contratti associativi, con la conseguenza che, allorché accerta la nullità, il giudice provvede alla nomina del liquidatore (App. Napoli, 14 gennaio 2013, cit., che rileva come le norme di cui all'art. 2332 cod. civ. non sono eccezionali e sono richiamate anche dalle altre società di capitali e le cooperative e di cui all'art. 20 del D.Lgs. n. 96/2001, regolante la invalidità della società tra avvocati).

3. *Fallimento in estensione ex art. 147 legge fallim. e fallimento autonomo per responsabilità da abuso del dominio.*

La Suprema Corte dopo aver accertato l'ammissibilità del fenomeno rileva che nell'ipotesi contemplata dalla legge fallim., art. 147, comma 5, l'indagine del giudice deve essere indirizzata all'accertamento sia dell'esistenza di una società occulta (o di fatto) cui sia riferibile l'attività dell'imprenditore già dichiarato fallito, sia della sua insolvenza, posto che il fallimento di tale società costituisce presupposto logico e giuridico della dichiarazione di fallimento, per ripercussione, dei soci illimitatamente responsabili. Va escluso, in sostanza, che il fallimento di questi ultimi possa essere dichiarato in forza di un accertamento meramente incidentale della ricorrenza fra gli stessi e il fallito di una c.d. supersocietà di fatto, non solo perché la sentenza dichiarativa ha natura costitutiva ed efficacia *ex nunc* (onde non si vede come il fallimento dei soci possa conseguire ad una dichiarazione di fallimento meramente virtuale, od implicita, della società) ma anche perché all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti). La censura offre alla cassazione lo spunto per alcune precisazioni, che – i giudici affermano – necessarie onde evitare il rischio che l'art. 147, comma 5, legge fallim. venga utilizzato, per aggirare le disposizioni dettate dall'art. 2476, comma 7, cod. civ. e art. 2497 cod. civ. ed evitare l'esercizio di un'azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti.

La norma – secondo i giudici di legittimità – non si presta all'estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto)⁽²⁷⁾. La prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci. Il fatto che le singole

(27) Aderendo alla posizione più volte espressa: F. FIMMANÒ, *L'estensione «inversa»*, cit., 458, e prima ancora Id., *Sub art. 2497 commi 3-4, Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, in *Commentario alla riforma delle società*, coordinato da P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2012, 171 s.

società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una *holding* di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l'insolvenza a richiesta di un creditore.

Sulla base di queste premesse, tuttavia, la Cassazione ritiene che un'interpretazione dell'art. 147, comma 5, legge fallim., che conducesse all'affermazione dell'applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell'imprenditore individuale) in essa espressamente considerato, risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.: invero, una volta ammessa la configurabilità di una società di fatto partecipata da società di capitali e la conseguente sua fallibilità ai sensi della legge fallim., art. 147, comma 1, non vi sarebbe alcuna ragione che, nell'ipotesi disciplinata dal 5 comma – in cui l'esistenza della società emerge in data successiva al fallimento autonomamente dichiarato di uno solo dei soci – possa giustificare un differenziato trattamento normativo, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo. Non potrebbe infatti concepirsi – sempre secondo il Collegio – diversità di trattamento fra due fattispecie che presentano identità di *ratio*. Andrebbe cioè escluso che il carattere eccezionale della disposizione ne impedisca un'applicazione più ampia di quella consentita dalla sua formulazione letterale. Il divieto di applicazione analogica delle leggi eccezionali, sancito dall'art. 14 preleggi, non comporterebbe anche il divieto di una loro interpretazione estensiva, volta ad individuare tutte le ipotesi in esse disciplinate e che ne sono fuori solo in apparenza, perché non esplicitamente menzionate⁽²⁸⁾. Il riferimento all'imprenditore individuale contenuto nella legge fallim., art. 147, comma 5, avrebbe, perciò, valenza meramente indicativa dello "stato dell'arte" dell'epoca in cui la norma è stata concepita, non potendo essere di osta-

(28) Per la suprema Corte "va allora considerato che, anteriormente all'entrata in vigore, nel 2003, del D.Lgs. di riforma del diritto societario, la giurisprudenza negava la possibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone (per tutte: Cass. n. 5636/88) e che il dibattito intorno alla configurabilità di una società di fatto o occulta fra società di capitali, ed alla conseguente fallibilità di queste ultime quali soci illimitatamente responsabili, si è sviluppato solo dopo la riforma della legge fallimentare: appare dunque evidente che il legislatore della riforma ha codificato l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva il fallimento delle società occulte tenendo conto che esso si era formato sul presupposto (dato per scontato) che le società in questione potessero essere costituite solo fra persone fisiche".

colo ad una sua interpretazione estensiva che ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione ⁽²⁹⁾.

Orbene questa impostazione esige un necessario inquadramento di fondo.

Il tema dell'imputazione dell'interesse imprenditoriale nella gestione dell'impresa riguarda l'ampia e diversificata casistica in cui l'imprenditore, individuale o collettivo, che spende il proprio nome nell'esercizio dell'attività economica, è in realtà *dominato o influenzato* da altro imprenditore, individuale o collettivo. Le riforme del diritto societario e del diritto fallimentare hanno affrontato, in modo articolato, la questione del rapporto esistente nell'ordinamento giuridico tra titolarità formale dell'impresa, imputazione dei relativi atti, imputazione dell'interesse *imprenditoriale* e responsabilità patrimoniale e/o risarcitoria ⁽³⁰⁾.

Il sistema delle responsabilità di *chi nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui* svolge attività di direzione coordinamento di società, titolari dell'impresa, risulta strutturato, a seguito delle riforme, su due modelli alternativi, nessuno dei quali basato sul criterio formale della *spendita del nome*. E ciò non perché nell'ordinamento esista un criterio di imputazione sostanziale dell'attività *diverso*, come si è tentato per anni di affermare, ma perché il legislatore riconosce e disciplina la ricorrenza di un interesse imprenditoriale di chi esercita il dominio, che può coincidere o meno con quello del titolare dell'impresa.

Questo sistema è basato sugli artt. 2497 ss. cod. civ. e sull'art. 147 legge fallim., che letti in modo combinato creano uno spartiacque tra due versanti: quello delle società di persone ed in accomandita per azioni, dove si rafforza e si amplia la regola della responsabilità illimitata dei soci (anche se persone giuridiche) *e della conseguente estensione del fallimento*, e quello delle altre società di capitali dove viene definitivamente esclusa, a beneficio di una diversa forma di responsabilità "da abuso del dominio". Per

⁽²⁹⁾ Ciò troverebbe "indiretta conferma nell'ordinanza n. 15/016 della Corte Costituzionale che, nel dichiarare inammissibile la q.l.c. dell'art. 147, comma 5, ha fra l'altro evidenziato come i giudici rimettenti abbiano omesso di verificare previamente la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata della disposizione censurata".

⁽³⁰⁾ È stato autorevolmente evidenziato che titolarità è comunque concetto diverso da imputazione nel senso che il primo è concetto formale e il secondo no: pur confluendo normalmente in capo alla medesima persona la titolarità dell'impresa e l'imputazione dell'interesse imprenditoriale, può accadere che tale interesse faccia capo (anche) ad altri e per l'effetto diverga da quello del titolare (V. BUONOCORE, voce *Impresa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2008, p. 768).

queste ultime società la responsabilità limitata si conferma *non coesistente al riconoscimento* della personalità giuridica, il cui *velo* resta tuttavia impenetrabile.

Il legislatore ha scelto così di *marcare l'autonomia giuridica delle singole società* di capitali, garantendo la certezza della responsabilità limitata in caso di uso e *sanzionandone viceversa l'abuso*. Nella stessa direzione va ad esempio la disciplina dei c.d. finanziamenti del socio di società a responsabilità limitata e dei finanziamenti infragruppo, in cui pure si rifiuta l'adozione di modelli di squarcio della personalità tipici di altri ordinamenti, per adottare modelli basati sulla responsabilità *da abuso del diritto*.

L'art. 2497 cod. civ. conferma che l'attività di dominio è di per sé lecita e configura *una situazione soggettiva attiva* di cui può, e talora deve, farsi uso⁽³¹⁾: non contrasta con i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico il fatto che il centro decisionale delle strategie venga posto al di fuori delle singole società controllate⁽³²⁾.

L'attività di dominio diviene fonte di responsabilità *diretta* solo se abusiva, e *l'abuso* si verifica là dove il *dominus* la eserciti *nell'interesse imprenditoriale* proprio od altrui, e comunque *non nell'interesse del dominato*, e là dove venga svolta in violazione dei criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

Nel sistema concepito dal legislatore non occorre neppure accertare che l'interesse perseguito dalla condotta unitaria sia quello del *dominus*, ma è sufficiente che sia un interesse *extrasociale* rispetto a quello delle società eterodirette. Mentre nella disciplina di cui agli artt. 2373 e 2391, cod. civ., in tema di delibere assembleari e consiliari, *l'interesse altrui* è un interesse extrasociale individuale od occasionale del socio o dell'amministratore, di fatto o di diritto, nel sistema di cui all'art. 2497, cod. civ., è *proprio l'interesse che costituisce la ragione determinante del controllo* ed è un interesse alla direzione dell'impresa dominata. Si tratta evidentemente di un interesse imprenditoriale diverso da quello sociale della società abusata. Dall'altro lato

(31) Sul dovere di esercizio della direzione unitaria in particolare: L. ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fallimento*, 2000, p. 1098 s.; B. LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1489; P.G. MARCHETTI, *Controllo e poteri della controllante*, *ibidem*, II, 1556 s.; U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. Società*, 2009, p. 122 s.; F. FIMMANÒ, *I "Gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle Società*, in *Riv. not.*, 1996, p. 522 s.

(32) Al riguardo C. BLATTI-G. MINUTOLI, *Il fallimento della holding personale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 428.

la clausola generale di correttezza funziona da regola di comportamento e indirizza proprio l'esercizio *non abusivo* della direzione unitaria.

Lo stesso sistema delle presunzioni (artt. 2497 *sexies* e *septies* cod. civ.) evidenzia implicitamente che *il dominio* non ha modalità tipiche di attuazione e quindi neppure di accertamento quando si verifica *di fatto*, soprattutto attraverso direttive impartite *fuori da schemi organizzativi e/o negoziali* (e comunque senza rilievo esterno, perché indirizzate esclusivamente verso la società dominata) e frutto di *un potere effettivo*. D'altra parte l'eterodirezione è cosa completamente diversa dalla partecipazione alla gestione (o *dalla ingerenza nella stessa*) che invece ha una sua regolamentazione e che può *soltanto* rappresentare in taluni casi un indice rivelatore dell'attività di dominio.

Quest'ultima si concretizza insomma nello svolgimento di una funzione finanziaria, e più precisamente *capitalistica* di direzione *strategico-finanziaria*, accompagnata (solo eventualmente) dal potere di nominare e di revocare le persone preposte allo svolgimento di funzioni direttive o dal potere di amministrazione diretta. Questa attività si traduce nel costante e stabile coordinamento e approvvigionamento dei mezzi di cui dispongono o necessitano le società dominate od anche nelle sole politiche di finanziamento⁽³³⁾. In particolare l'organizzazione unitaria dei flussi finanziari e di rapporti intersocietari, spesso caratterizzati da fideiussioni⁽³⁴⁾ e dal travaso di risorse finanziarie, anche mediante operazioni comuni a più società del gruppo che rappresenta la modalità più frequente con la quale si attua questa attività. Il *dominus* può essere *un socio* (di maggioranza) oppure un perfetto estraneo alla società, che ne dipende economicamente o finanziariamente⁽³⁵⁾, od anche l'amministratore (di diritto o di fatto), senza che però rilevi, ai fini della configurazione del fenomeno, che tale dominio venga esercitato in virtù di poteri formali o meno. I concetti di *controllo* ed

⁽³³⁾ In tema U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, p. 168.

⁽³⁴⁾ Sul rapporto tra concessione di reiterate fideiussioni e qualità di socio nelle società di persone mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *Il fallimento del fideiussore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 619.

⁽³⁵⁾ Anche nel caso dell'impresa *illecita*, la capogruppo invece di svolgere attività economica in via diretta, dirige e coordina, *scatole vuote* dolosamente precostituite all'indempimento delle obbligazioni da assumere ed alla conseguente insolvenza (al riguardo Trib. Vicenza, 23 novembre 2006, in *Fallimento*, 2007, p. 415). In questo contesto si pensi addirittura al caso limite dell'impresa mafiosa che *domina* imprese di terzi imponendo una condotta economica attraverso pratiche di tipo intimidatorio (come avviene in alcuni specifici settori in determinate aree del Paese dove il mercato di certi servizi o prodotti è *controllato*).

eterodirezione operano su piani differenti: sebbene nella pratica si possano sovrapporre. Il sistema di cui all'art. 2497 cod. civ. ammette l'esercizio dell'attività di dominio anche in mancanza del controllo sulla società⁽³⁶⁾ e la sussistenza di quest'ultimo non esclude che l'attività di direzione sia esercitata da un soggetto differente. Il fenomeno del gruppo, così, non si identifica con quello del controllo: le società controllanti, collegate o controllate, possono rappresentare un gruppo unitario soltanto quando sono *dominate* manifestando l'espressione di una «struttura economica unitaria», al cui interno è naturale l'esercizio da parte della *holding* dell'attività di dominio⁽³⁷⁾.

La responsabilità da abuso del dominio è una responsabilità *da attività* e non *da atti*, più rigorosa di quella derivante dalla violazione per colpa di un dovere di condotta⁽³⁸⁾. Il sistema normativo di cui agli artt. 2497 ss. cod. civ. riguarda l'attività di dominio e non il soggetto che la esercita. Il *dominus*, che svolge l'attività e che ha il relativo potere-dovere della direzione e del coordinamento, deve adottare tutte le misure e le cautele previste dalla legge per evitare il danno.

Quando il dominio dell'impresa eterodiretta avviene mediante direttive impartite di *fatto o addirittura in modo segreto*, evidentemente non sarà possibile rinvenire alcuna relazione sulle ragioni delle operazioni contrarie all'interesse della dominata, con le relative conseguenze sul piano probatorio.

D'altra parte se nel diritto commerciale esiste un diretto rapporto tra informazione e responsabilità⁽³⁹⁾, nel senso che quest'ultima è direttamente proporzionale alla quantità e qualità delle informazioni offerte, ed in questo preciso senso vanno anche le norme sulla pubblicità commerciale dell'eterodirezione e sugli obblighi di cui agli artt. 2497 *bis* e *ter* cod. civ., è logico e coerente che il legislatore abbia voluto prevedere delle esimenti

⁽³⁶⁾ A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 - sexies e 2497 - septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 997.

⁽³⁷⁾ L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 38.

⁽³⁸⁾ Per alcuni versi assimilabile a quanto previsto dal legislatore all'art. 2050 cod. civ. per l'esercizio di attività pericolosa. Si è tuttavia affermato che la prova liberatoria prevista nella disposizione, comportando una valutazione della condotta del soggetto agente, ricondurrebbe la fattispecie entro uno schema di imputazione soggettiva (per *culpa lievissima*) e non oggettiva (C. CASTRONOVO, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 4; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, II ed., Milano, 2005, p. 149).

⁽³⁹⁾ Mi permetto sul problema di rinviare a F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008, p. 12 s.

solo per chi esercita il dominio informando i terzi, sanzionando chi viceversa esercita il dominio in modo occulto.

Di converso, a norma dell'ultima parte dell'art. 2497, comma 1, cod. civ. (secondo cui non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette) spetterà alla *holding* (*nel nostro caso alla supersocietà*) provare eventualmente che, a fronte del sacrificio degli interessi della dominata, questa abbia goduto vantaggi compensativi, anche indiretti o ragionevolmente attesi, conseguibili e prevedibili, derivanti dall'appartenenza al gruppo.

L'attività di dominio sui veicoli societari può essere esercitata da un ente, da una persona fisica o giuridica e più in generale da qualsiasi soggetto di diritto. Il sistema normativo di cui agli artt. 2497 ss., cod. civ., come da ultimo ha sancito la Cassazione, non esclude *la persona fisica* anche perché l'agente o gli agenti che attuano la condotta sono alla fine *comunque* persone fisiche (imprenditori individuali, soci di holding di fatto od occulte, amministratori di fatto o di diritto).

Tutto ciò non perché nell'espressione *ente* di cui agli artt. 2497 ss., cod. civ., sia compresa anche l'entità persona fisica ma perché il principio della responsabilità da abuso del dominio contenuto nel microsistema di cui agli artt. 2497 ss., riguarda innanzitutto la persona fisica. In buona sostanza mentre la responsabilità di una persona giuridica o di un soggetto di diritto, può essere anche *oggettiva* (e non *indiretta* come taluno la qualifica), quella della persona fisica non può essere tale. Quindi il sistema di cui agli artt. 2497 ss. cod. civ., oltre a sancire un principio dell'ordinamento, ha fatto in modo che la relativa condotta fosse ascrivibile, non solo come in passato all'agente persona fisica della controllante, ma anche all'ente giuridico. Consente in buona sostanza non l'imputazione degli atti, ma *l'imputazione* dell'attività di abusivo dominio.

D'altra parte non avrebbe alcun senso logico-giuridico affermare che se il *dominus* è una società di fatto tra più persone fisiche risponde dell'abusivo dominio e se è una singola persona fisica invece no. Tale sperequazione contrasterebbe col criterio ermeneutico di coerenza e congruenza dell'ordinamento giuridico e soprattutto con il principio costituzionale di uguaglianza, visto che non è possibile trovare *aliunde* casi in cui il soggetto danneggiato riceve o meno tutela⁽⁴⁰⁾ a secondo che il danneg-

(40) Sull'ingiustificato vuoto di tutela e sulle conseguenze che deriverebbero dalla mancata applicazione dell'art. 2497, comma 1, cod. civ., sia ai gruppi c.d. a raggiera che

giante sia persona giuridica o fisica. Laddove il *dominus* sia una singola persona fisica, per dichiararne l'eventuale insolvenza occorrerà dimostrare la sua qualità di imprenditore individuale che esercita professionalmente l'attività organizzata di direzione e coordinamento, viceversa l'accertamento di una società di fatto tra più persone fisiche rende più agevole farne discendere il carattere imprenditoriale, visto che è sicuramente più arduo eccipirne il carattere *occasionale* ⁽⁴¹⁾. Quindi, la direzione strategico-finanziaria delle società *dominate*, quando per professionalità, organizzazione ed *economicità* configura attività imprenditoriale, costituisce, anche in assenza di spendita del nome, esercizio diretto dell'impresa e non mediato o indiretto ⁽⁴²⁾. E non v'è differenza se il *dominus* è persona fisica ⁽⁴³⁾, in quanto sia "nell'imprenditorialità sociale, che nell'imprenditorialità individuale, ciò che caratterizza l'imprenditore è il genere di attività svolta e le

ai gruppi c.d. a catena, cfr. M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 113 s.

⁽⁴¹⁾ L'ammissibilità della cd. *holding* individuale (che abbiamo definito *holder*) è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina, orientata prevalentemente ad escluderla (cfr. in particolare T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 323; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, pp. 147 e 165; FANELLI, *Le partecipazioni sociali reciproche*, Milano, 1957, p. 9; E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, p. 287; GALGANO, *I gruppi di società*, in *Trattato diretto* da GALGANO, Torino, 2001, p. 53; ma in senso diverso F. GALGANO, *Direzione e Coordinamento di società cit.*, 59). Viceversa orientata in positivo la giurisprudenza cfr. Cass., 29 novembre 2006, n. 25275; Cass., 13 marzo 2003, n. 3724; Cass., 9 agosto 2002 n. 12113, in *Fallimento*, 2003; Cass., 7 luglio 1992, n. 8271, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 7; Cass., 26 febbraio 1990 n. 1439 in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366; App. Catania 18 gennaio 1997, in *Fallimento*, 1997, 625; in questa *Rivista*, 1997, II, 415 con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Sulla holding persona fisica e sull'estensione all'imprenditore individuale della procedura concorsuale di gruppo*; App. Roma, 4 febbraio 1981, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, II, 166; Trib. Brescia, 4 febbraio, 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2004, f. 14/15, 76; Trib. Siena, 27 maggio 1991, in *Foro pad.*, 1996, I, 160; Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, 1218; Trib. Modena, 25 giugno 1998, in *Giur. comm.*, 1999, II, 322, con nota di R. GUIDOTTI; Trib. Aosta, 13 maggio 1998, in *Dir. prat. soc.*, 2004, n. 21, 77. La soluzione, secondo cui la capogruppo può essere anche una impresa individuale mentre le imprese controllate devono avere forma societaria, è stata già accolta dall'ordinamento tedesco (cfr. V. EMMERICH-M. HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar*, II ed., München, 2001; V. EMMERICH-J. SONNENSCHNEIN-M. HABERSACK, *Konzernrecht*, VII ed., München, 2001; K. HOPT, *Le droit des groupes de sociétés: expériences allemandes, perspectives européennes*, in *Rev. des Soc.*, 1987, 371; M. LUTTER, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, in *ZGR*, 1987, 324; M. S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, in *Riv. Società*, 1986, p. 1299).

⁽⁴²⁾ Come sostenuto da F. GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 401.

⁽⁴³⁾ Si è rilevato che l'attitudine del coordinamento della capogruppo ad operare con modalità economiche si presenta con modalità e con identiche funzioni nelle due figure della società e della persona fisica *holding* (Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, 565 con nota di F. SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*).

modalità operative inerenti ... e la differenza attiene essenzialmente alla prova delle varie componenti dell'impresa, non all'essenza della figura dell'impresa" (44).

Diversa è la *ratio* delle norme di cui all'art. 147, legge fallim., che *hanno natura eccezionale* perché non impattano sulla tutela ma sulla *fallibilità o meno* del soggetto, che, a prescindere dalla condotta, assume sin dall'origine un particolare regime di responsabilità patrimoniale. Il socio di una società in nome collettivo fallisce in estensione anche se non ha avuto alcuna partecipazione alla gestione e si è completamente disinteressato delle vicende sociali (45).

4. La natura eccezionale del comma 5 dell'art. 147 legge fallim.

Le vecchie tecniche giurisprudenziali di reazione *all'abuso della personalità giuridica*, ed in particolare quella dell'estensione del fallimento (come intesa finora) dalla società di capitali ai soci, sono dunque superate dal nuovo impianto normativo che si muove su un doppio binario: l'estensione della responsabilità derivante dalla *eccezione tipologica* e la responsabilità risarcitoria derivante dall'attività di abuso del dominio sull'impresa.

Quando l'impresa o le imprese *dominate* sono società di capitali *eterodirette* contro l'interesse sociale, e cioè utilizzate come veicolo di una condotta economica e strategica unitaria *nell'interesse extrasociale*, la questione non è più l'imputazione sostanziale degli atti (46), né l'abuso della

(44) In tal senso già Cass., 9 agosto 2002 n. 12113, cit., 609.

(45) L'indirizzo ricostruttivo, prevalente in dottrina – cfr. tra gli altri G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, p. 892 s.; A. Nigro, *Articolo 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 2172 s. – e condiviso dalla giurisprudenza dominante – cfr. Cass., 24 luglio 1997, n. 6925; Cass., 4 giugno 1992, n. 6852; Cass., 5 marzo 1987, n. 2311; Cass., 6 novembre 1985, n. 5394; Cass., 30 marzo 1977, n. 1221; App. L'Aquila, 19 marzo 2012, in *Fallimento*, 2012, 881 – reputa che il socio illimitatamente responsabile non è imprenditore commerciale, neppure indiretto: il fallimento personale – si opina – è conseguenza della qualità di socio (illimitatamente responsabile), è fallimento che dipende dal fallimento sociale. Tale orientamento qualifica conseguentemente come norma eccezionale la disposizione di cui all'art. 147, comma 1, legge fallim., laddove prevede, in deroga all'art. 1 legge fallim, il fallimento di soggetti che imprenditori non sono e laddove prescinde, in deroga all'art. 5 legge fallim., dalla loro personale insolvenza.

(46) W. BIGIATI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; Id., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Padova, 1962.

personalità giuridica⁽⁴⁷⁾, né lo squarcio della segregazione⁽⁴⁸⁾, né la simulazione di società⁽⁴⁹⁾, né la trasformazione tacita in società in nome collettivo irregolare⁽⁵⁰⁾, né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 cod. civ.⁽⁵¹⁾, ma appunto *l'abuso del dominio*.

A differenza della teoria dell'imprenditore occulto, che mirava a ricostruire la responsabilità del soggetto nel cui interesse veniva svolta l'attività senza spenderne il nome, nel sistema concepito dal legislatore non occorre neppure accertare che l'interesse *imprenditoriale* perseguito sia quello del *dominus*, ma è sufficiente che sia un interesse *extrasociale* rispetto a quello delle società eterodirette.

La normativa di cui agli artt. 2497 ss. del codice civile, unitamente a quella di cui all'art. 147 legge fallim., esclude la possibilità dello *squarcio della segregazione* mediante la "estensione" della responsabilità, che rimane una tecnica possibile solo per i *tipi* che contemplano una connaturata responsabilità illimitata dei soci o di alcuni di essi (gli accomandatari)⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁷⁾ Sul tema dell'abuso della personalità giuridica cfr. tra gli altri A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, vol. 9, tomo 2, Torino, 1993, p. 433; B. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 679 s.; M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999; V. FRANCESCHELLI-M. LEHMANN, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, p. 71 s.

⁽⁴⁸⁾ Ci riferiamo ad elaborazioni ispirate alle tecniche utilizzate in altri ordinamenti, ed in particolare a quella del *piercing the corporate veil* (cfr. M. TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova 1999, 2; J. GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, p. 358) e della *Durchgriffshaftung* (al riguardo per tutti l'autorevole ricostruzione di G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da PORTALE-COLOMBO, 1 **, Torino, 2004).

⁽⁴⁹⁾ Nel senso che la società rappresenterebbe solo una simulazione per occultare nei confronti dei terzi la diversa volontà dei soci riconducibile alle cause di nullità di cui all'art. 2332 cod. civ. (Cass., 30 giugno 1955, n. 2016, in questa *Rivista*, 1955, II, 609, V. SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 290; A. CICU, *Simulazione di società commerciali*, ivi, 1936, II, p. 141).

⁽⁵⁰⁾ F. FERRARA JR., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 668.

⁽⁵¹⁾ Il riferimento è alla nota teoria dell'imprenditore indiretto, in base alla quale la persona giuridica sarebbe solo uno strumento del linguaggio che riassume quella speciale disciplina che, in deroga al diritto comune, l'ordinamento avrebbe previsto per limitare la responsabilità delle persone fisiche in presenza di determinati presupposti, a condizione che siano rispettate le regole del diritto societario e la cui violazione comporta abuso della personalità giuridica e ripristino della regola della responsabilità illimitata (F. GALGANO, *I gruppi di società cit.*, p. 231 s.; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 233).

⁽⁵²⁾ La scelta del legislatore di circoscrivere l'estensione a quei soli soci responsabili illimitatamente per mero connotato tipologico della società può generare qualche dubbio sulla fallibilità in estensione dell'accomandante che si è ingerito nella gestione, che pure risponde illimitatamente per tutte le obbligazioni sociali a norma dell'art. 2320 cod. civ. In

Il nuovo comma 1 dell'art. 147, legge fallim., infatti, circoscrive espressamente la regola dell'estensione ai soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili, di società appartenenti «ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del Titolo V del Libro V del codice civile»⁽⁵³⁾. Per queste ultime in assenza di dati formali per l'imputazione della responsabilità, la scelta normativa non è l'esistenza nell'ordinamento di criteri di imputazione sostanziale diversi dalla *spendita del nome* oppure l'assimilazione, altrettanto sostanziale ed improbabile, tra socio illimitatamente responsabile e imprenditore individuale, ma una vera e propria eccezione normativa che altri ordinamenti hanno peraltro abbandonato⁽⁵⁴⁾. Eccezione che il legislatore fallimentare inevitabilmente (e per alcuni versi

passato abbiamo sostenuto la tesi della fallibilità con la precisazione che l'estensione non poteva riguardare l'accomandante occulto se non si dimostrava anche l'ingerenza nella gestione (al riguardo mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *Affectio societatis, affectio familiaris ed accomandante occulto*, in *Riv. not.*, 1996, II, p. 1246 s.). Tuttavia il sistema delineato dal legislatore potrebbe portare all'assimilazione della responsabilità dell'accomandante ingerito col socio unico di società di capitali che non goda della limitazione, tenuto conto che la responsabilità non è istituzionale né tipologica ma una conseguenza di una violazione (diversamente era orientata la giurisprudenza prima della riforma Cass., 6 giugno 2000 n. 7554, in *Fallimento* 2001, 555; Cass., 28 aprile 2004 n. 8093, in *Fallimento* 2005, 905; e la dottrina prevalente: R. VIGO, *Il fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSA MAGGIORE-C. COSTA, Torino, 1997, p. 760). Sul tema cfr. G.M. PLASMATI, *Il divieto di ingerenza negli affari sociali ex art. 2320 c.c. e il fallimento del socio accomandante alla luce della legge di riforma fallimentare*, in *Contr. e impr.*, 2007, 855.

⁽⁵³⁾ Cass., 12 novembre 2008, n. 27013 (con nota di F. Platania, *L'estensione del fallimento all'unico socio di società di capitali*, in *Fallimento*, 2009, 1399) rimarca che l'applicabilità dell'art. 147 legge fallim. è subordinata alla duplice condizione che il socio sia illimitatamente responsabile e che l'ente sia costituito nelle forme e con i caratteri della società con soci a responsabilità illimitata; il medesimo art. 147 legge fallim. si riferisce esclusivamente alle società di persone e non è pertanto applicabile alle società di capitali, in cui la responsabilità illimitata rappresenta un'eventualità collegata all'assunzione da parte del socio, nel corso della vita sociale e con riferimento ad uno specifico periodo, di una responsabilità personale e solidale, in conseguenza della concentrazione nelle sue mani della totalità delle azioni o delle quote (artt. 2362 e 2497 cod. civ.) e quale riflesso del suo potere di determinare in via assoluta la volontà dell'ente.

⁽⁵⁴⁾ È stato evidenziato che il principio antico dell'automatico assoggettamento dei soci illimitatamente responsabili al fallimento in ripercussione della procedura aperta a carico della società (già contenuto nell'art. 847 del codice di commercio del 1882) è una scelta normativa che non presenta connotati di necessità (A. NIGRO, *Articolo 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da JORIO, Vol. II, Torino, 2007, 2169). Tant'è che molte legislazioni lo hanno da tempo superato (da ultime la legge di riforma spagnola del 9 luglio 2003 e quella francese del 26 luglio 2005, al riguardo G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 372) e viene auspicato da più parti che lo faccia anche il nostro legislatore (in tal senso e per una ricostruzione storica cfr. da ultimo A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, p. 1039 s.).

pleonasticamente) ha esteso anche alle persone giuridiche che rivestano la qualità di soci illimitatamente responsabili della fallita. Tant'è che a differenza del vecchio sistema la novella risolve in maniera definitiva l'antica questione dell'unico azionista (o quotista) al quale indipendentemente dal tempo e dalla cronologia delle obbligazioni assunte, non può più essere esteso il fallimento⁽⁵⁵⁾.

Tuttavia questa restrizione dell'alveo di applicazione produce un risultato sistematico ben più rilevante: la tecnica dell'estensione, mentre nelle società contemplate nel nuovo comma 1 dell'art. 147 legge fallim. *non produce alcun superamento del diaframma della personalità, nelle altre società di capitali lo avrebbe prodotto*. Tant'è che l'approdo finale della *teoria dell'imprenditore occulto* era la ripercussione del fallimento *sul socio tiranno*. In estrema sintesi tale teoria partendo, come noto, dalla disciplina, di cui all'art. 147 legge fallim., del fallimento del socio occulto di società palese, passando, attraverso l'applicazione analogica della norma citata, al fallimento del socio occulto di società occulta e della società stessa, arrivava ad affermare sempre in via analogica, il fallimento dell'imprenditore individuale occulto che dirigeva il suo prestanome. Tale impostazione, attraverso poi la trasposizione nell'ambito delle società di capitali, arrivava a teorizzare il fallimento del socio tiranno, cioè del socio che si serve della società come cosa propria al fine di perseguire fini ed interessi del tutto personali⁽⁵⁶⁾. La ricostruzione per cui il socio illimitatamente responsabile fallisce anche se non se ne spende il nome – funzionale ad affermare che nell'ordinamento oltre alla spendita del nome esiste un criterio di imputazione sostanziale degli atti di impresa in capo al soggetto nel cui interesse vengono posti in essere – non serviva al risultato teorico di giustificare la

⁽⁵⁵⁾ Pur allorché costoro abbiano assunto, ai sensi rispettivamente degli artt. 2325, comma 2, e 2462, comma 2, cod. civ., illimitata responsabilità per le obbligazioni sociali (al riguardo: L. Abete, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2016, p. 1358 s.).

⁽⁵⁶⁾ W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto*, cit.; Id., *Difesa dell'Imprenditore occulto* cit.; Id., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1180; Id., *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, p. 623; Id., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, *ivi*, 1954, I, 2, 691; Id., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, *ivi*, 1959, I, 2, 149; Id., *"Imprese di finanziamento" come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto*, *ivi*, 1967, IV, 49. *Contra*: per primo T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, p. 405; Id., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, *ivi*, 1957, I, p. 1443.

norma di cui all'art. 147, legge fallim., ma di estenderla a fattispecie non espressamente contemplate.

La restrizione dell'alveo di applicazione traccia una linea di demarcazione netta nel senso che la norma costituisce una eccezione per i soci illimitatamente responsabili di alcuni tipi di società⁽⁵⁷⁾. Tant'è che fuori da questi casi non c'è la responsabilità patrimoniale "automatica" in estensione, ma deve esserci altro: l'autonomo accertamento dell'abuso del *dominio* sull'impresa. In questa indagine il momento centrale non è dato da indici formali come la qualità di socio unico (diretto o indiretto), oppure l'esistenza di un *contratto di dominazione*, ma dalla configurazione di una attività di direzione strategico-finanziaria dell'impresa, individuale o collettiva, *abusiva* cioè contro l'interesse dell'impresa eterodiretta e in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale.

Insomma mentre le norme di cui agli artt. 147 comma 1, legge fallim., e 2497 cod. civ. possono condurre alla insolvenza della società di capitali senza "*squarciare il velo della personalità giuridica*" l'applicazione estensiva dell'art. 147 comma 5, legge fallim., condurrebbe alla estensione del fallimento della persona giuridica ad altri soggetti minando "*l'orrore del legislatore verso la rottura del tabù dell'autonomia patrimoniale perfetta*" e generando quella confusione patrimoniale che la Corte costituzionale stessa ha inteso evitare seppure con sentenze "elusive". Non intendiamo prendere posizione sulla scelta del legislatore e dell'ordinamento ma questo resta il punto vero della macro-questione. Se la Consulta un giorno propendesse per la "*soluzione efficientista*" prospettata dalla Cassazione ciò significherebbe rompere una muraglia impenetrabile. Difatti le considerazioni della Suprema Corte possono anche condividersi sul piano logico ma resta che adottare questa soluzione significa aprire ad una rivoluzione copernicana del sistema che intende sanzionare l'abuso ma non mettere in discussione l'uso, ovvero la certezza del diritto di partecipare ad una persona giuridica con autonomia patrimoniale perfetta senza che gli argini della stessa possono essere estesi od allargati.

5. Il risultato finale offerto dal sistema.

Il sistema delle responsabilità di chi nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui svolge attività di direzione e coordinamento di società,

⁽⁵⁷⁾ In tal senso ormai consolidato in giurisprudenza, cfr. tra le altre Cass., 4 giugno 1992, n. 6852, in *Fallimento*, 1992, p. 928; Cass., 24 luglio 1997, n. 6925, in questa *Rivista*, 1998, II, p. 906.

titolari dell'impresa, risulta dunque strutturato su due modelli alternativi: la responsabilità patrimoniale in estensione e la responsabilità risarcitoria per abuso del dominio. La prima soluzione presenta i vantaggi competitivi della estensione patrimoniale dell'insolvenza a fronte della tecnica alternativa, meno efficiente, in cui il curatore della società dominata dichiarata insolvente acquista, a seguito dell'assoggettamento a procedura concorsuale, la legittimazione ad esercitare la sola azione risarcitoria spettante ai creditori, e non anche quella spettante ai soci, nei confronti della *holding*, in virtù di un riferimento normativo espresso: l'art. 2497 ultimo comma cod. civ. Tuttavia nella quasi totalità dei casi le società dominate sono utilizzate da imprenditori (individuali o in società di fatto con altri soggetti), come mero strumento abusivo (adoperato come una cosa propria per definirlo alla Bigiavi) ⁽⁵⁸⁾, e non certo sulla base di un contratto sociale. La situazione tipo più ricorrente è infatti che una o più persone si servono di una o più società di capitali per frammentare e segregare attività e patrimoni, *subornando* le stesse società ad una strategia complessiva che può avere connotazioni patologiche.

Se l'imprenditore si serve di società strumentali in maniera conforme alla legge, e soprattutto alla sua *ratio* (sul rispetto della quale anche altri soggetti hanno fatto affidamento), allora è corretto e doveroso che egli si giovi del beneficio della responsabilità limitata. Ma se viceversa opera nell'interesse imprenditoriale contrario a quello delle società utilizzate ed in violazione dei principi di corretta gestione (rendendole meri veicoli strumentali all'interesse proprio od altrui), deve diventare in qualche modo responsabile in via diretta per il pregiudizio patrimoniale provocato alle *subornate* verso i creditori di queste. Ed è irrilevante, a tal fine, se sia una persona fisica o giuridica, e nel primo caso se abbia o meno rivestito cariche formali di amministratore o legale rappresentante. Qualora, infatti, il travalicamento delle forme societarie avvenga, non in relazione alla gestione di singole società prescindendo da ogni rapporto con le altre società facenti parte del medesimo gruppo, ma con interventi e modalità coordinate, in attuazione di un progetto unitario, non si è in presenza di un amministratore, ma di chi attua, nei fatti, il governo dell'impresa unitariamente considerata ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ W. Bigiavi, *Società controllata e società adoperata «come cosa propria»*, in *Giur. it.*, 1959, 1, p. 623.

⁽⁵⁹⁾ Peraltro la Cassazione ha affermato che l'abuso delle controllate da parte della *holding* può essere realizzato anche mediante una ingerenza diretta dei soci, come ammini-

Orbene questo schema presenta due situazioni assolutamente ricorrenti: la prima è che le società di capitali spesso non hanno alcuna *affectio societatis* rispetto alle persone fisiche che le dominano e la seconda è che, nella pratica, quella che emerge è la insolvenza delle società di capitali *subornate* e solo partendo da questa insolvenza si cerca di arrivare alla sovrastruttura (e non viceversa). La responsabilità del *dominus*, individuale o collettivo, per abuso di eterodirezione sulla dominata insolvente può infatti generarne a sua volta l'autonoma insolvenza (e non l'estensione) a due condizioni: che i creditori danneggiati non siano stati soddisfatti e che ricorrano i presupposti soggettivi della fallibilità. Il *dominus* (soggetto fisico o giuridico, individuale o collettivo), tuttavia, non sarà automaticamente e necessariamente insolvente e fallibile, come accade col sistema dell'estensione per il socio illimitatamente responsabile nelle ipotesi contemplate dall'art. 147 Legge fallim., trattandosi di responsabilità comune risarcitoria. Occorrerà accertare se il *dominus* sia o meno capiente e quindi in grado o meno di soddisfare le pretese creditorie rappresentate dal passivo delle società dominate assoggettate a procedura concorsuale ed, in secondo luogo, accertare se abbia esercitato l'attività di direzione abusiva con quelle caratteristiche di stabilità, professionalità ed organizzazione che integrano lo *status* di imprenditore commerciale. Pertanto laddove venga dimostrato che l'abuso del *dominio* abbia avuto i descritti caratteri tipici dell'attività d'impresa e laddove il *dominus* si riveli insolvente potrà essere dichiarato fallito in via autonoma ed i creditori delle società eterodirette concorreranno sul suo patrimonio con i suoi creditori diretti⁽⁶⁰⁾. Nella maggior parte dei casi è il curatore della società *subornata* e fallita ad agire per ottenere il fallimento in estensione di altre società di capitali socie, semmai, unitamente a persone fisiche della "super-società" di fatto (basta leggere nelle varie sentenze, comprese quelle della Corte costituzionale, il substrato fattuale delle vicende).

stratori di fatto, in uno schema in cui le due figure di *dominus* abusivo e gestore di fatto non sono alternative, ma si cumulano e coesistono (Cass., 23 giugno 2015 n. 12979, in *DeJure*).

⁽⁶⁰⁾ In tal senso già F. FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in nota a Trib. Vicenza, 23 novembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 415, cui aderisce F. ANGIOLINI, *Dal caso Caltagirone al dominus abusivo: la responsabilità della holding nella insolvenza delle controllate*, in nota ad App. Bologna, 23 maggio 2007, in *Società*, 2008, 323; C. BLATTI, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l'autonomia delle società controllate*, in *Fallimento*, 2008, 568; e G. COTTINO in nota ad App. Torino, 30 luglio 2007 cit., 2223 (che parla di una responsabilità azionabile dal curatore del fallimento della società soggetta a tale direzione e coordinamento e che potrebbe portare, ove si traducesse in una condanna al risarcimento del danno della società dominante, anche al suo fallimento, ma se ed in quanto essa fosse diventata a sua volta insolvente).

La Cassazione in epigrafe condivide che l'art. 147 comma 1 legge fallim., non consente comunque di arrivare *in via ascendente* dalla società di capitali fallita (utilizzata come veicolo strumentale) alla società di fatto (od occulta) *holding*, ma viceversa esige, come emerge dallo stesso art. 147 legge fallim., la previa dichiarazione di insolvenza della società di persone, anche se di fatto (od occulta), per produrre poi *in via discendente* il fallimento in estensione della (o delle) società di capitali in successione almeno logica (anche se non cronologica laddove siano contestuali)⁽⁶¹⁾. Né a questo fine è ipotizzabile un fallimento virtuale prima di una sua effettiva dichiarazione o comunque un accertamento meramente incidentale di una “*super-società*” di fatto⁽⁶²⁾, come presupposto per la richiesta di estensione del fallimento ai soci, considerato il carattere costitutivo della sentenza di fallimento che ha efficacia *erga omnes* ed *ex nunc*. Tra la pronuncia di fallimento della società e quella dei soci illimitatamente responsabili, “*esiste un rapporto di dipendenza unidirezionale*”, nel senso che, anche se non è vero il contrario, “*la dichiarazione di fallimento del socio trova il suo presupposto nella dichiarazione di fallimento della società, la cui eventuale nullità infatti travolge anche l'altra dichiarazione*”⁽⁶³⁾.

Tuttavia, come visto, non è allo stato immaginabile che ai sensi del comma 5 dell'art. 147 Legge fallim. dopo il fallimento di una società possa conseguire il fallimento anche del socio di fatto/società, come testualmente escluso dalla disposizione normativa che non a caso rimarca il termine “*individuale*”. Quest'ultima norma prevede infatti che l'estensione del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili possa conseguire unicamente all'iniziale fallimento di un *imprenditore individuale* ed utilizza quindi un'espressione riferita (e riferibile) soltanto all'imprenditore-persona fisica⁽⁶⁴⁾. Di conseguenza non è possibile

(61) F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit.; Id., *sub* art. 2497 commi 3-4, cit. 170 s.; Id., *Abuso di direzione e coordinamento*, cit., p. 267 s.; Per una ricostruzione complessiva della fenomenologia: N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e «superamento» della spendita del nome*, in *Riv. Società*, 2015, p. 1054 s.; A. BASSI, *Il fallimento della società con soci illimitatamente responsabili*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, 2016, p. 2766 s.

(62) Cfr. già W. BIGIAVI, *La sentenza c.d. di estensione del fallimento alla società occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 448, con riferimento anche alla scelta del legislatore francese dell'epoca di escludere il *faillite de fait*.

(63) Cass., 6 febbraio 2003 n. 1751, in *Fallimento*, 2004, 2; App. Bologna, 11 giugno 2008, cit., 1296. Sui profili processuali, cfr. M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento del socio*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 429 s.

(64) Il comma 5 dell'art. 147 legge fallim. recepisce – come sottolinea la Relazione Ministeriale – il noto orientamento giurisprudenziale in tema di società occulta, secondo cui

estendere il fallimento iniziale di una società di capitali ad una società di fatto, sia essa formata solo da società di capitali o anche da persone fisiche. Trattandosi di norma eccezionale⁽⁶⁵⁾, l'eventuale superamento in via interpretativa non può basarsi su un'applicazione meramente analogica, ma estensiva. Tuttavia anche quest'ultima trova un argine impenetrabile nella diversità *ordinamentale* delle due situazioni giuridiche e nessuna impostazione "efficientista" può superare il sistema⁽⁶⁶⁾. Non è sufficiente il richiamo "al paradigma costituzionale dell'eguaglianza, stante l'identità di *ratio*", quale affermata con la pronuncia n. 10507 del 20 maggio 2016, ed "all'insegna del principio di effettività". Vero è che il comma 5 dell'art. 147 legge fallim. "*inquadra un più ampio fenomeno di accertamento della reale impresa, definito anche, in dottrina, come subornazione dell'imprenditore palese da parte dell'imprenditore occulto*", ma lo fa nei limiti della invulnerabilità *quasi sacra* della personalità giuridica. D'altra parte la stessa Cassazione ha avuto modo di affermare che nei confronti delle norme di carattere eccezionale non è preclusa l'interpretazione estensiva, "*la quale si deve limitare a ricondurre, sotto la norma interpretata, quei casi che solo apparentemente ne sembrano esclusi, ma che in realtà il legislatore, stando all'obiettiva ratio della norma medesima, ha*

la mancata esteriorizzazione della società non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità anche della società occulta e degli altri soci, ove l'esistenza della stessa venga successivamente scoperta. Necessario e sufficiente a tal fine è che i terzi provino successivamente l'esistenza del contratto di società e che gli atti posti in essere in nome proprio siano comunque riferibili a tale società (al riguardo Cass., 10 febbraio 2006 n. 2975, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., 26 marzo 1997 n. 2700, in *Fallimento*, 1997, 1009; Cass., 30 gennaio 1995 n. 1110, *ivi*, 1995, p. 927).

⁽⁶⁵⁾ Anche una certa giurisprudenza di merito, come la cassazione che si commenta, ha ritenuto applicabile l'art. 147, comma 5, legge fallim. "*anche all'ipotesi di società di fatto risultante dopo la dichiarazione di fallimento di una società di capitali*": App. Caltanissetta, 28 luglio 2014, *ilcaso.it*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, *cit.*; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, *cit.*; Trib. Benevento, 5 luglio 2012, *inedito*; Trib. Gela 15 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Prato, 10 novembre 2010, *cit.*; Trib. Vibo Valentia, 10 giugno 2011, *cit.* Cfr., in tema, anche P. Menti, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, 2011, p. 1237.

⁽⁶⁶⁾ Occorre dare la giusta rilevanza alle preoccupazioni di chi evidenzia i pericoli sottesi ad un abuso del ricorso alla figura della supersocietà. È la stessa Suprema Corte, in alcuni brevi ma molto incisivi passaggi, "ad evidenziare come questa ricostruzione teorica non possa, e non debba, in alcun modo limitare l'utilizzo strumentale di una o più società di capitali al fine di una diversificazione e delimitazione degli investimenti e della responsabilità, dato che un sistema di direzione coordinato, di per sé non trasmoda in un abuso, posto che proprio tale schema organizzativo è immanente al paradigma delle diverse responsabilità limitate" (D. RESTUCCIA, *La Corte di Cassazione riconosce l'ammissibilità di una supersocietà di fatto: il difficile rapporto con l'attività di direzione e coordinamento*, in questa *Rivista*, 2016, 5).

inteso ricomprendersi" (67). Ma non è questo il caso visto che la riforma rafforza il criterio formale d'imputazione alla stregua della spendita del nome che permane quale impregiudicata regola generale. Cosicché la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 147 cod. civ. – cui è sotteso l'opposto il criterio sostanziale d'imputazione alla stregua della spendita dell'interesse – è norma che "fa eccezione a regola generale" (68).

Quindi ove si configuri una società sottostante all'attività d'impresa apparsa in un primo momento come gestita da un unico titolare, l'estensione del fallimento dovrà necessariamente passare attraverso il fallimento della società (di fatto od occulta) e solo come effetto di quest'ultimo potrà essere estesa ai soci illimitatamente responsabili non falliti, anche non persone fisiche (69). È evidente che anche nel caso del fallimento della "super-società" l'estensione non sarebbe l'effetto del superamento della personalità giuridica che resta intatta ed impenetrabile, ma la conseguenza di una mera eccezione tipologica, l'essere cioè socio illimitatamente responsabile di un certo tipo di società.

La norma insomma non si presta all'estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell'insolvenza di società strumentali utilizzate in un gruppo *verticale*, ma tutt'al più all'estensione ad un gruppo *orizzontale* di società (socie tra loro ed eventualmente di persone fisiche) *non soggetto a direzione e coordinamento*. Non va dimenticato, al riguardo, che nella società di fatto le partecipazioni ed i poteri di tutti i soci, anche se persone giuridiche, si presumono uguali, visto che le norme dettate in materia di società semplice prevedono esattamente questo in assenza di diverse previsioni contrattuali (70). Ed occorre per tutti l'attività comune, l'effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite dei soggetti interessati, il vincolo di

(67) L. ABETE, *Il fallimento della supersocietà* cit., 179, che richiama Cass., sez. lav., 3 giugno 1976, n. 2004; Cass., 13 settembre 2004, n. 18419.

(68) Cfr. in tal senso L. ABETE, *op. ult. cit.*, p. 180; P. Piscitello, in AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale Breve]*, cit., p. 116, secondo cui "non può essere (...) affermata sulla base dei dati normativi esistenti l'estensione delle procedure all'imprenditore occulto".

(69) In questo senso cfr. già F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit., 94; alla impostazione aderisce D. RESTUCCIA, *Brevi note sul fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni superate e problemi ancora aperti*, in questa *Rivista*, 2010, I, 128; in tema cfr. pure App. Torino, 30 luglio 2007, cit., secondo cui non è perciò ammissibile l'istanza di estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, senza previa o contestuale istanza di estensione del fallimento alla società occulta o apparente.

(70) In particolare si tratta degli artt. 2253, comma 2, cod. civ. ("*Se i conferimenti non sono determinati, si presume che i soci siano obbligati a conferire, in parti eguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale*"), 2257, comma 1, cod. civ. ("*Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri*") e 2263, comma 1, cod. civ. ("*Le parti spettanti ai soci nei guadagni e*

collaborazione tra i soci” (c.d. *affectio societatis*). Ecco che anche la giurisprudenza favorevole alla configurabilità della “*super-società*” di fatto continua a confondere talora, nell’applicare la tecnica dell’estensione, l’*affectio societatis* tra persone fisiche e persone giuridiche, con l’abuso strumentale delle seconde da parte delle prime.

Il fallimento in estensione di società di capitali in quanto socie (tra loro od anche con persone fisiche) per *facta concludentia* di una “*super-società*” di fatto riguarda fattispecie concrete in cui, almeno sul piano logico (se non su quello cronologico, essendo possibile la contestualità), venga accertata prima l’insolvenza della “*super-società*”, visto che l’estensione ai soci-persone giuridiche è solo un effetto tipologico. Quindi non può mai avere alla base l’iniziativa di un curatore di una Srl che tenta di risalire alla capogruppo dal basso. Deve trattarsi viceversa del caso in cui il creditore dimostra che c’è un intero gruppo insolvente dove una o più società di capitali partecipano e controllano una società di persone (la “*super-società*” di fatto).

Ma in questo caso i giudici di merito devono innanzitutto accertare la c.d. *affectio societatis* in grado di provare l’effettiva esistenza di una società occulta costituita con la partecipazione di srl, e semmai della società originaria fallita. Insomma tutto si fonda sull’accertamento dell’effettiva sussistenza dell’*affectio societatis* tra le persone giuridiche e non sull’(ab)uso delle stesse, quali veicoli strumentali dominati da parte di persone fisiche (eventualmente in società-*holding di fatto* tra loro). Questa ultima ipotesi non potrebbe mai configurare l’eccezione tipologica di cui all’art. 147 comma 1 Legge fallim., ma sarebbe un *escamotage* diretto a costruire per analogia una *factio*, che viceversa configura una situazione sanzionata dall’ordinamento in termini di responsabilità risarcitoria derivante da attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* contro l’interesse sociale delle persone giuridiche eterodirette ed abusate⁽⁷¹⁾.

nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti. Se il valore dei conferimenti non è determinato dal contratto, esse si presumono eguali”).

⁽⁷¹⁾ Si vedano al riguardo, ad esempio, le fattispecie concrete esaminate da: Trib. Nola, 28 settembre 2011, *il Fallimentarista.it*; App. Napoli, 24 gennaio 2012, cit.; Trib. Roma, 21 novembre 2011, cit.; Trib. Venezia, 11 ottobre 2012, *ilfallimentarista.it*, con nota di A. Zorzi, *Fallimento della holding società di fatto sulla base di crediti risarcitori per abusiva attività di direzione e coordinamento*; Trib. Salerno, 11 giugno 2012, in questa *Rivista*, 2014, 514 s. con nota di F. MURINO, *Brevi note sul fallimento della holding personale (persona fisica e società di fatto tra persone fisiche) e sugli incerti confini tra responsabilità civile ed impresa commerciale*; Trib. Parma, 13 marzo 2014, cit. (che parla di società “*completamente asservite alle esclusive esigenze finanziarie e personali della famiglia*”). Analogamente Trib. Torre Annunziata, 9 maggio 2013, in questa *Rivista*, 2014, 375 s., con nota di L. Macchia-

Se ci fosse *affectio societatis* – e non abuso strumentale – la “*super-società*” non dovrebbe mai agire *contro* l’interesse dei propri soci (persone giuridiche), cosa che invece accade tipicamente. L’*affectio*, infatti, presuppone il perseguimento di un comune interesse sociale, e viceversa l’abuso del dominio sulla presunta socia utilizzata come strumento è proprio una prova contraria dell’esistenza di una *super-società* con soci persone giuridiche e costituisce prova a favore viceversa dell’esistenza di una *holding* di fatto che controlla in posizione di dominio le medesime persone giuridiche abusate. Mentre l’abuso del dominio si concretizza nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento nell’interesse proprio od altrui, l’*affectio* anche per *facta concludentia* si manifesta nel perseguimento di un interesse comune.

Il concetto di *affectio* può sembrare vago ma in realtà è un sinonimo della “*comunione di scopo*” dei contratti plurilaterali associativi previsti dal codice civile del 1942, e possiamo declinarlo in altro modo, ad esempio come interesse sociale, ma il senso non cambia. Non si può certo affermare nello schema più ricorrente (nella pratica) che le società subornate, abusate e strumentalizzate pongano in essere *facta concludentia* che ne cristallizzano l’*affectio societatis* (od il perseguimento dell’interesse sociale o della comunione di scopo) e quindi la partecipazione di fatto con chi ne abusa utilizzandole come mero strumento o “*adoperandole come cosa propria*”, come avrebbe detto Walter Bigiavi⁽⁷²⁾. È vero piuttosto l’esatto contrario. Quel che avviene nella realtà operativa configura una partecipazione della società di fatto alle società di capitali controllate ed abusate e non – viceversa – una la struttura associativa capovolta, dove è impossibile che le controllanti siano abusate dalla controllata e dove quindi l’estensione diventa – per così dire – “*inversa*”.

La *comunione di scopo*, l’*interesse sociale*, il *vincolo di collaborazione* tra i soci, il patrimonio e l’attività comune⁽⁷³⁾, l’effettiva partecipazione ai

rulo, *I presupposti di fallibilità di una holding società di fatto*; Trib. Pordenone, 13 giugno 2014 e Trib. Pordenone, 24 giugno 2014, *inediti*; App. Napoli, 1° agosto 2014, cit.; Trib. Roma, 19 dicembre 2012, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 4 febbraio 2016, *ivi* (le ultime due sentenze riferite con il medesimo percorso all’*holder* persona fisica). Cass., 23 giugno 2015 n. 12979, cit., delinea una fattispecie in cui l’abuso delle controllate da parte della *holding* è realizzato mediante una ingerenza diretta dei soci come amministratori di fatto in uno schema in cui le due figure di *dominus* abusivo e gestore di fatto non sono alternative, ma cumulative.

(72) W. BIGIAVI, “*Società controllata e società adoperata ‘come cosa propria’*”, cit., p. 623.

(73) Si è evidenziato che persino se ci si volesse limitare ad ammettere la configurabilità di una società di fatto fra la società di capitali fallita e uno o più soci “*tiranni*” nessuno dei quali eserciti anche una propria autonoma impresa, sarà stabilmente carente il requisito della

profitti ed alle perdite dei soggetti interessati e riassuntivamente (e convenzionalmente) l'*affectio*⁽⁷⁴⁾ si concretizzerebbero per le s.r.l. – a seguire tale impostazione – paradossalmente nel fatto di farsi abusare nell'interesse esclusivo degli altri soci, persone fisiche, in una sorta di *societas leonina*⁽⁷⁵⁾ o di *affectio*, per così dire, *masochista*.

Attenta dottrina ha precisato che questa impostazione, peraltro seguita dalla sentenza in epigrafe, rilevarebbe *sul piano della prova* e non del fenomeno. Ciò in quanto esiste un'ampia casistica ove i requisiti per la configurazione di una *holding*, persona fisica, integrerebbero la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 147, legge fallim. con la configurazione di

formazione di un fondo comune, in quanto il patrimonio della persona giuridica non è giuridicamente suscettibile di confluire in via di fatto in un coacervo patrimoniale più ampio (N. RONDINONE, "Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e «superamento» della spendita del nome", cit., p. 1075).

⁽⁷⁴⁾ Trib. Milano, 30 settembre 2013, cit., rileva che della super-società di fatto costituiscono elementi essenziali, nei rapporti interni tra le parti, l'accordo avente ad oggetto l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili; il fondo comune costituito da conferimenti dei soci finalizzati all'esercizio dell'attività medesima; l'*affectio societatis*, cioè il vincolo di collaborazione in vista dell'esercizio dell'attività, l'alea comune dei guadagni e delle perdite, nonché, nei confronti dei terzi, l'esteriorizzazione del vincolo sociale, ossia l'idoneità della condotta complessiva di uno dei soci ad ingenerare all'esterno il ragionevole convincimento dell'esistenza della società (Cass., 22 febbraio 2008, n. 4529, in *Banca Dati Eutekne*; Cass., 20 aprile 2006, n. 9250, *ivi*; Cass., 18 dicembre 1998, n. 12663, *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, in *Fallimento*, 1991, p. 473; Cass., 7 marzo 1984, n. 1573, in *Mass. Giur. it.*, 1984).

⁽⁷⁵⁾ La giurisprudenza di legittimità già da oltre un ventennio si è pronunciata in relazione al campo di estensione del divieto, imposto ai soci delle società, di assumere un patto tendente a restringere il rischio d'impresa, sancendo che il divieto sancito dall'art. 2265 cod. civ., valevole per ogni modello societario, è volto ad evitare non solo clausole statutarie, ma anche accordi parasociali che alterino tra i soci la ripartizione interna del rischio d'impresa, in modo tale che uno o più soci siano esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite e risultino in questo modo deresponsabilizzati rispetto all'esercizio prudente ed avveduto dei diritti sociali, o al contrario abbia solo gli svantaggi e le responsabilità derivanti dal vincolo sociale, in difformità all'interesse della società e all'obiettivo di salvaguardia. Il divieto in questione, in effetti, si basa sul principio per il quale è carattere essenziale di ogni società – qualunque ne sia il tipo e l'organizzazione – la partecipazione dei soci ai risultati dell'attività sociale, sicché un patto che "avesse la funzione essenziale di eludere il divieto dell'art. 2265 c.c. diverrebbe un negozio in frode alla legge non meritevole di autonoma tutela ed incorrente a sua volta nella previsione di nullità dell'articolo citato" (Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Società*, 1995, 178 s., con nota di E. BAFFI, *Il patto leonino nell'ambito di partecipazione a scopo di finanziamento*; in *Giur. comm.*, 1995, II, 478, con nota di A. CIAFFI, *Finanziaria regionale e patto leonino*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1161, con nota di C. TEDESCHI, *Sul divieto di patto leonino* e in *Notariato*, 1995, 244, con nota di U. La Porta, *Patti parasociali e patto leonino*). Cfr. in tema anche N. ABRIANI, *Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, *Quaderni di Giur. Comm.*, 1994; A. SRAFFA, *Patto leonino e nullità del contratto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, p. 956 s.

un gruppo nel senso proprio con le relative conseguenze⁽⁷⁶⁾. In realtà non si è mai posto in dubbio tutto questo, anzi si è sempre affermato che si tratta della *c.d. seconda via* nell'ambito delle tecniche di reazione all'abuso della personalità⁽⁷⁷⁾. Tuttavia la ricostruzione che passa attraverso l'art. 2497 cod. civ. e la responsabilità risarcitoria non è affatto dettata dal tema o dalle esigenze della prova, ma è anzi il risultato della mera osservazione fenomenica. La casistica alternativa descritta e sviluppata in modo analitico dalla detta dottrina è assolutamente possibile ma non riguarda la fattispecie *de qua*, ossia quella di una società di capitali fallita usata, prima del fallimento, “*come mero strumento e come cosa propria*” dalla *holding* o dall'*holder* persona fisica. Il curatore di una società subornata di questo tipo non ha da trovare la tecnica più efficiente – che sarebbe peraltro quella proposta dalla Cassazione in epigrafe attraverso l'applicazione estensiva del comma 5 dell'art. 147 legge fallim. e di cui si è detto – né ha da individuare quella tecnica che sul piano probatorio risulti più agevole, ma viceversa deve scegliere quella impostazione che risponde sul piano delle norme dell'ordinamento alla realtà fattuale e fenomenica che si è prodotta. Ciò non esclude che esistano tanti altri casi in cui ad esempio una effettiva *holding* di fatto, semmai eterodiretta a sua volta da un *holder* persona fisica⁽⁷⁸⁾, abbia svolto attività di eterodirezione, anche mediante vantaggi compensativi, di tante altre società che potranno ricadere nell'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 147 legge fallim.

⁽⁷⁶⁾ L. ABETE, *Il fallimento della supersocietà (di fatto)*, cit., p. 181 s.

⁽⁷⁷⁾ Si da F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, p. 301 s.

⁽⁷⁸⁾ «È configurabile una *holding* di tipo personale allorquando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime, non limitandosi, così, al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio. A tal fine è necessario che la suddetta attività, di sola gestione del gruppo (cosiddetta *holding pura*), ovvero anche dinatura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta *holding operativa*), si esplichi in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, fonte, quindi, di responsabilità diretta del loro autore, e presenti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima» (Cass., sez. un., n. 25275/2006). Non sussiste incompatibilità tra la contemporanea sussistenza di un *holder* persona fisica e una società capogruppo delle società dirette dal primo: si tratta di una possibile coesistenza sia fenomenica (attenendo a due assetti organizzativi che possono emergere in fatto accanto alla regolazione formale dell'assetto giuridico-societario), sia giuridico-valoriale (ciascuna entità essendo esposta a regole di responsabilità proprie di comparti non di per sé sovrapponibili).

È necessario insomma “*constatare i fenomeni giuridici quali sono, quali si trovano nel sistema positivo, non negarli o storpiarli per ragioni a priori*” (79).

FRANCESCO FIMMANÒ
*Professore ordinario di Diritto commerciale
nell'Università del Molise*

(79) Si tratta del noto avvertimento metodologico lucidamente espresso da F. FERRARA SR., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 638.

TRIBUNALE DI FIRENZE, Sez. III Civ., 11 novembre 2016

Est. Crolla

Fallimento M.B. v. M.G.M.L.

Fallimento - Azione revocatoria - Atti a titolo gratuito - Trascrizione sentenza fallimento - Reclamo - Giudice delegato - Accertamento della gratuità

(Legge fallim., artt. 36; 64; cod. civ., artt. 156; 337-septies; 2929-bis; art. 12, comma 1, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv., con mod., dalla L. 6 agosto 2015, n. 132)

È atto a titolo gratuito la disposizione patrimoniale effettuata dal fallito in prossimità dell'apertura del concorso a favore del proprio coniuge, in esecuzione degli accordi di separazione personale, ove la stessa non rechi al disponente alcun vantaggio. Deve essere respinto il reclamo proposto ex art. 36 della legge fallim. dal coniuge assegnatario avverso la trascrizione effettuata dal curatore ai sensi dell'art. 64, comma 2, legge fallim., ove il giudice delegato, nel merito, accerti la natura di gratuità dell'attribuzione in termini di mancanza di vantaggi per il fallito.

(*Omissis*)

Nell'ambito della procedura fallimentare sopra rubricata il curatore acquisiva al fallimento, mediante trascrizione presso l'Agenzia delle Entrate, Ufficio Provinciale del Tesoro, Servizi di Pubblicità Immobiliare, i diritti immobiliari di cui all'atto del notaio (*Omissis*).

In particolare con tale atto, in esecuzione di quanto tra i coniugi previsto nel ricorso per omologa della separazione consensuale che aveva dato luogo al giudizio definito con decreto di omologa del Tribunale di Firenze del 30 marzo 2016, il B.M. trasferiva a M.G.M.L. la piena proprietà di un fabbricato sito in (*Omissis*).

Avverso la trascrizione della sentenza ha proposto reclamo M.G.M.L. sostenendo come l'atto dispositivo fosse stato compiuto non a titolo gratuito e che lo stesso si inserisse nell'assetto economico della separazione dei coniugi, che provvedeva il concorso del M. al mantenimento della moglie e dei figli che, ancorché maggiorenni, erano privi di redditi; uno di essi era anche affetto da seri problemi di salute psichica.

Residuavano, inoltre, tra gli ex coniugi, sempre a dire della ricorrente, pendenze economiche riconducibili al versamento da parte del padre defunto della M. in favore del B. della somma di euro 110.000.

Ha chiesto la reclamante che fosse dichiarata l'inefficacia e/o l'invalidità della trascrizione.

Si è costituita la curatela, la quale ha dedotto l'infondatezza dei motivi posti a sostegno del reclamo, affermando la natura gratuita dell'atto dispositivo e chiedendo che il reclamo fosse rigettato.

Il reclamo è infondato.

Viene posta all'attenzione di questo giudice la questione dell'applicabilità dell'art. 64, comma 2 della legge fallim. nella nuova formulazione che prevede che i beni oggetto di atti a titolo gratuito compiuti nei due anni anteriori alla sentenza di fallimento sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento.

Si tratta di beni costituiti da (*Omissis*) trasferiti da B.M. a M.G.M.L. in forza di rogito notarile del 18 aprile 2016, in esecuzione di un impegno che il B. aveva assunto con ricorso di separazione consensuale omologata con decreto del 30 marzo 2016.

La reclamante contesta la natura gratuita dell'attribuzione patrimoniale, affermando che il trasferimento delle unità immobiliari sancito dall'atto notarile costituisce attuazione di una più ampia regolamentazione economica intervenuta in sede di accordi di separazione (*Omissis*).

Secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass. n. 8678/2013; Cass. n. 5476/2006; Cass. n. 5741/2004), le attribuzioni di beni mobili o immobili disposte nell'ambito degli accordi di separazione personale da un coniuge in favore dell'altro rispondono, di norma, ad un intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia che sfugge, da un lato, alle connotazioni di una vera e propria donazione (di per sé estranea ad un contesto caratterizzato dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro, a quelle di un atto di vendita (non fosse altro per l'assenza di un prezzo corrisposto), e svela, dunque, una sua tipicità, che può colorarsi dei tratti propri dell'onerosità o della gratuità a seconda che l'attribuzione trovi o meno giustificazione nel dovere di compensare e/o ripagare l'altro coniuge del compimento di una serie di atti a contenuto patrimoniale, anche solo riflesso, da questi posti in essere nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale.

Spetta dunque al giudice del merito, investito della domanda di inefficacia dell'atto dispositivo svolta da un terzo creditore ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. o dal fallimento del coniuge disponente, ai sensi dell'art. 64 della legge fallim. di accertare, in concreto, se l'attribuzione del cespite debba ritenersi compiuta a titolo oneroso od a titolo gratuito.

Ciò premesso elementi significativi per individuare la natura dell'atto dispositivo per cui è processo possono essere tratti dalla sospetta tempistica entro la quale gli accordi di separazione sono stati conclusi.

L'omologa della separazione è del 30 marzo 2016 e l'atto notarile risulta stipulato il successivo 18 aprile 2016, due giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento; al momento dell'omologa della separazione, il marito aveva compiuto 86 anni ed era gravemente malato, mentre i cinque figli avevano un'età che va dai 45 ai 51 anni; è di tutta evidenza che si è in presenza di un atto di spoglio da parte dell'imprenditore, ormai prossimo al fallimento, strumentale alla sottrazione del bene al concorso dei creditori.

Nel ricorso per omologa non si fa alcuno specifico riferimento alle pendenze patrimoniali tra i coniugi maturate durante la convivenza, né viene prospettata la sussistenza dei presupposti per l'applicazione degli artt. 156 e 337-*septies* cod. civ.

È del resto accertato che il B., al momento della separazione, versasse in situazione economica disastrosa (tanto da essere dichiarato fallito a distanza di pochi giorni) e, quindi, non si vede come in qualità di coniuge più forte economicamente avrebbe dovuto e potuto corrispondere un assegno alla moglie.

Non è stata fornita prova né della sussistenza di un obbligo del B. di corrispondere un assegno ai figli ormai maggiorenni, né dell'esistenza di un grave handicap di uno dei figli ai fini del trattamento previsto dall'art. 337-*septies* cod. civ.

Sfornita di prova è anche l'asserito prestito (dedotto solo con il presente reclamo) di euro 110.000 dalla moglie al marito.

L'attribuzione patrimoniale di cui è processo appare quindi priva di corrispettivo.

Le spese del presente procedimento seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Visti gli artt. 64 e 36 della legge fallim.;
rigetta il reclamo (*Omissis*).

La c.d. “revocatoria semplificata”, ovvero l’acquisizione al fallimento dei beni oggetto di atti a titolo gratuito tramite trascrizione *ex art. 64, comma 2, legge fallim.*

Abstract: Muovendo dal decreto con il quale il giudice del Tribunale di Firenze rigetta il reclamo proposto dalla coniuge del fallito avverso la trascrizione della sentenza di fallimento *ex art. 64, comma 2, legge fallim.* in relazione ad un’attribuzione posta in essere nell’ambito degli accordi di separazione (atto a titolo gratuito), l’Autore tratteggia i punti salienti della c.d. “revocatoria semplificata”, introdotta dal D.L. n. 83/2015, conv. in L. n. 132/2015, fornendo anche un’analisi comparata con l’art. 2929-*bis* cod. civ., norma pure introdotta da tale intervento legislativo, che consente al creditore individuale di procedere ad esecuzione in relazione a negozi gratuiti compiuti dal debitore dopo il sorgere dell’obbligazione, attraverso la trascrizione del pignoramento.

SOMMARIO: 1. Il caso in esame. - 2. Genesi e contenuto dell’art. 64, comma 2, legge fallim. - 3. Comparazione fra norme: analogie e differenze fra l’art. 64, comma 2, legge fallim. e l’art. 2929-*bis* cod. civ. - 4. Annotazioni conclusive.

1. *Il caso in esame.*

Intervenuto il fallimento di un imprenditore individuale – anziano e gravemente malato –, il curatore constata che due giorni prima della sentenza dichiarativa di fallimento il debitore trasferiva alla moglie la proprietà dell’immobile sede del domicilio coniugale, in esecuzione del decreto di omologazione della loro separazione, emesso dal competente tribunale il mese precedente l’apertura del concorso.

Il curatore – rilevato, da una parte, che l’immobile risultava colpito da ipoteche esattoriali a fronte di debiti tributari e contributivi, dall’altra, che il trasferimento non prevedeva alcun corrispettivo, dovendosi dunque ritenere “atto a titolo gratuito” – provvede a trascrivere la sentenza di fallimento presso la competente Agenzia del Territorio, ai sensi dell’art. 64, comma 2, legge fallim., dandone comunicazione al fallito con lettera raccomandata, regolarmente ritirata⁽¹⁾.

Avverso la trascrizione (atto del curatore), propone reclamo al giudice delegato *ex art. 36* della legge fallim., come richiamato dal secondo comma dell’art. 64, la coniuge del fallito.

Ella deduce la natura non gratuita dell’attribuzione patrimoniale, ritenendo che la stessa trovi funzione causale nell’assolvimento dei doveri di

⁽¹⁾ E ciò avuto anche riguardo alla previsione di cui all’art. 26, comma 3, legge fallim., che equipara, quale strumento di comunicazione legale, la spedizione a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento alla notifica.

mantenimento da parte del coniuge tanto nei suoi confronti – e ciò anche transattivamente per rilevate pregresse pendenze finanziarie (asseriti debiti del marito verso la moglie) –, quanto nei confronti dei figli, tutti disoccupati per quanto ultra-quarentenni, uno dei quali, peraltro, affetto da rilevate patologie.

Il giudice del procedimento, sentite le parti, rigetta il reclamo, condannando la soccombente alla refusione delle spese di lite, sulla base dei seguenti motivi.

Ricorda, preliminarmente, il giudice del Tribunale di Firenze, come l'attribuzione di beni disposta da un coniuge a favore dell'altro nell'ambito degli accordi di separazione personale risponda – di norma – all'intento di sistemare i rapporti economico-patrimoniali della coppia, non potendosi qualificare, tale disposizione, né come donazione, in un contesto di "disgregazione" del vincolo coniugale, né come vendita, in assenza d'un qualche corrispettivo.

Tale attribuzione, rileva il giudice estensore, possiede una propria peculiarità, connotabile da onerosità o gratuità a seconda che vi sia, o meno, giustificazione sotto il profilo dell'esistenza di un dovere di compensare l'altro coniuge per atti di natura patrimoniale da questi posti in essere durante il coniugio, nell'interesse del nucleo familiare.

Spetta, in questo contesto, al giudice del merito, accertare se, nel concreto della fattispecie – e sulla base dei sopra menzionati principi –, l'attribuzione patrimoniale sia da ritenersi negozio posto in essere a titolo oneroso o gratuito.

Muovendo da queste premesse, il giudice del foro fiorentino, rileva come, nel caso in esame, la natura (gratuita) dell'attribuzione patrimoniale, possa, in primo luogo, essere tratta proprio "*dalla sospetta tempistica entro la quale gli accordi di separazione sono stati conclusi*": l'omologa dell'accordo di separazione è avvenuta circa un mese prima del fallimento ed il rogito notarile, due giorni prima dell'apertura del concorso.

In secondo luogo, rileva il giudice, assumono rilevanza l'età e lo stato di salute del disponente, nonché l'anagrafe dei figli – tutti, invero, in piena età lavorativa.

D'altra parte, nel ricorso per l'omologazione della separazione non è stata data prova circa la pendenza di rapporti economici fra i coniugi, così come non è stato prospettato alcun presupposto per il mantenimento del coniuge, né dei figli maggiorenni; né – tantomeno – tali circostanze, sono state provate in sede di reclamo *ex art. 64, comma 2, legge fallim.*

Il disponente, al momento della separazione, versava in una situazione di obiettiva difficoltà finanziaria da non poter essere ritenuto parte eco-

nomicamente “forte”, nell’impossibilità, pertanto, di corrispondere un qualche assegno all’altro coniuge.

Il giudice, nel respingere il reclamo, conclude, così, per la gratuità del negozio: “*l’attribuzione patrimoniale di cui è processo appare [...] priva di corrispettivo*”, rilevando come, nel caso in esame, si verta, piuttosto, in un contesto di “*atto di spoglio da parte dell’imprenditore ormai prossimo al fallimento, strumentale alla sottrazione del bene al concorso dei creditori*”.

2. *Genesis e contenuto dell’art. 64, comma 2, legge fallim.*

Il secondo comma dell’art. 64 della legge fallim. è stato introdotto dall’art. 6, comma 1-*bis*, del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, in L. 6 agosto 2015, n. 132 (“Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria”)⁽²⁾.

Fra le misure apportate da tale provvedimento, si segnala, fra l’altro – vista la chiara affinità con l’art. 64, comma 2, legge fallim. –, l’introduzione, in materia di esecuzioni individuali, dell’art. 2929-*bis* cod. civ. (“Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito”)⁽³⁾.

(2) Fra i primi, hanno commentato il D.L. n. 83/2015, con riferimento alla c.d. “revocatoria semplificata”: F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, p. 88 ss.; S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2016, p. 440 ss.; G. FAUCEGLIA, *Riflessioni sul secondo comma dell’art. 64 legge fallim.*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 712 ss.; M. FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 2015; M. SANDULLI, *La inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in M. SANDULLI-G. D’ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 1 ss.; S. MANCINELLI, *Appunti sulla nuova inefficacia “automatica” per gli atti a titolo gratuito*, in *www.centrostudiconcorsuali.it*, 2015; L.M. QUATTROCCHIO, *Analisi del novellato art. 64 legge fallim.*, in *www.ildirittodegliaffari.it.*, 2015; A. PEZZANO, *Atti a titolo gratuito*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al D.L. n. 83/2015 conv. in L. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 49 ss.; L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2015; A. FAROLFI, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015 – Fallimento: le novità di agosto*, in *www.ilfallimentarista.it.*, 2015.

(3) Hanno commentato il D.L. n. 83/2015, nella prospettiva dell’art. 2929-*bis* cod. civ., fra gli altri: G. OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c.*, Torino, 2015; T. SCARFÒ, *Il nuovo articolo 2929-bis del codice civile: una norma dirimpente?*, in *Gazzetta for.*, settembre-ottobre 2015, p. 206 ss.; A. TESTA, *Atti di donazione: gli effetti del nuovo articolo 2929-bis del Codice Civile*, in *www.altalex.com*, 2015; A. ANTONUCCI, *L’azione revocatoria “semplificata”: dubbi di costituzionalità dell’art. 12 D.L. n. 83/2015*, in *www.ilcaso.it*, 2015.

Tale norma – come diremo meglio oltre – consente al creditore che agisca nell’ambito di un procedimento esecutivo, di procedere ad esecuzione forzata sui beni del debitore iscritti in pubblici registri ove gli stessi siano stati oggetto di atti di protezione e/o disposizione gratuita compiuti dal medesimo debitore dopo il sorgere della propria obbligazione, attraverso la trascrizione del pignoramento – e ciò anche in mancanza d’una pronuncia giurisdizionale in ordine all’efficacia dell’atto.

La trascrizione presso i pubblici registri deve essere effettuata entro un anno dalla trascrizione del negozio giuridico ritenuto lesivo delle ragioni del creditore; il debitore e gli altri interessati possono proporre opposizione all’esecuzione al fine di contestarne la natura di gratuità ovvero di negare l’esistenza e/o la conoscenza del pregiudizio.

Quanto premesso, il secondo comma dell’art. 64 della legge fallim., introdotto, peraltro, solo in sede di conversione del D.L. n. 83/2015, prevede che i beni trasferiti dal fallito a titolo gratuito nei due anni anteriori all’apertura del concorso – con l’eccezione dei regali d’uso e degli atti compiuti in adempimento di doveri morali ovvero a scopo di pubblica utilità, se proporzionati al patrimonio del debitore⁽⁴⁾ – siano acquisiti alla procedura concorsuale mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento presso i pubblici registri⁽⁵⁾.

Considerata la natura dichiarativa della pronuncia di inefficacia degli

⁽⁴⁾ In ordine ai profili generali degli atti a titolo gratuito *ex art. 64 legge fallim.*, sotto il profilo della sussistenza dell’elemento, ai fini della relativa qualificazione, della “*spontanea alienazione priva di corrispettivo in assenza di un obbligo imposto dalla legge*”: A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 64 ss. Con riferimento all’ampia casistica dei negozi gratuiti *ex art. 64 legge fallim.*: M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, p. 64 ss. Circa l’inefficacia (di diritto) degli atti gratuiti: G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 655 ss.

⁽⁵⁾ Approfondisce gli aspetti legati alle modalità di redazione e presentazione della nota di trascrizione, anche sotto il profilo tecnico, G. FREZZA, *Trascrizione, con funzione di annotazione, della sentenza di fallimento che dichiara l’inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 403 ss.; l’Autore dà conto, fra l’altro, della natura della trascrizione *ex art. 64*, comma 2, legge fallim., rilevando come la stessa – che non avrebbe funzione di pubblicità notizia (inidoneità a garantire la continuità *ex art. 2650 cod. civ.*), né dichiarativa (non vi sarebbe opponibilità *erga omnes*, ma inefficacia “relativa”), né, infine, costitutiva (l’inefficacia opera *ipso iure*) – assuma piuttosto valenza di “annotazione” (al di là del termine – “trascrizione” – utilizzato dal legislatore della Miniriforma), ricordando il meccanismo pubblicitario della sentenza di revoca, sia in sede ordinaria, sia in sede fallimentare (ferme, peraltro, le diversità circa la natura degli effetti: là, giudiziali, qua, legali), consentendo, da un lato, l’applicazione del principio della continuità delle trascrizioni, dall’altro, di dar concretezza all’inefficacia *ex lege*, sotto il profilo dell’immediata acquisizione del bene alla procedura.

atti a titolo gratuito⁽⁶⁾, l'effetto "protettivo" in funzione delle ragioni dei creditori si produce, *ipso iure*, con la stessa sentenza di fallimento, assumendo piuttosto rilevanza, la trascrizione della sentenza di fallimento, quale manifestazione della volontà del curatore di agire ai sensi e per gli effetti dell'art. 64, comma 2, legge fallim. e, dunque, di far valere l'inefficacia nei confronti del fallito e dei terzi.

Il secondo comma dell'art. 64 legge fallim., sul presupposto della pregiudizialità degli atti a titolo gratuito, introduce un'inversione – più che dell'onere della prova (il curatore deve pur sempre provare la gratuità del negozio giuridico ritenuto lesivo delle ragioni dei creditori) – dell'iniziativa giudiziale in capo al fallito e agli altri interessati⁽⁷⁾.

(6) Diversamente dalla sentenza d'inefficacia degli atti revocabili ex art. 67 della legge fallim., avente natura costitutiva: Cass., sez. un., 13 giugno 1996, n. 5443, in *Fallimento*, 1996, p. 999, che vale anche con riferimento all'azione revocatoria ordinaria; in senso conforme, fra le altre: Cass., sez. I civ., 17 maggio 2012, n. 7774, in *Fallimento*, 2013, p. 203; Cass., sez. I civ., 11 novembre 2003, n. 16905, in *Foro it.*, 2004, p. 410; Cass., sez. I civ., 9 settembre 2001, n. 1831, in *Corr. giur.*, 2001, p. 453; Cass., sez. I civ., 4 febbraio 1987, n. 1001, in *Fallimento*, 1987, p. 604. In dottrina, fra gli altri: B. QUATRARO-M. GIORGETTI-A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare. Azione surrogatoria*, I, Milano, 2009, p. 378 ss., secondo cui, in relazione alla sentenza revocatoria ordinaria, ma con riferimento anche alla sentenza di revocatoria fallimentare, "ove si ritenesse che l'inefficacia sia coeva al compimento dell'atto revocato (come avverrebbe se si accogliesse la tesi favorevole alla natura dichiarativa della azione revocatoria), il negozio compiuto non avrebbe i requisiti per determinare il trasferimento della titolarità del diritto in capo all'acquirente"; in senso conforme, *ex plurimis*: G. RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, p. 185 ss.; P. PAJARDI, *Il sistema revocatorio*, Milano, 1990, p. 75 ss. *Contra*, nel senso, cioè, della natura dichiarativa della sentenza di revoca: R. NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), F. GALGANO (diretto da), *Commentario del codice civile. Libro VI. Della tutela dei diritti* (artt. 2900-2904), Bologna, 2008, p. 189 ss.; N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Torino, 1973, p. 147 ss.

(7) È stato, al riguardo, rilevato come, una volta "proposto dal beneficiario dell'atto contestato il reclamo contro la produzione degli effetti della trascrizione ex art. 64, comma 2, legge fall., spetti poi al curatore fallimentare, che insista nella pretesa di acquisizione del bene, fornire la prova dei presupposti della dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione dello stesso": S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit.; in senso conforme: "in caso di giudizio sarà il curatore che assumerà la posizione processuale di attore, son tutti i relativi oneri. Se è vero che l'inefficacia si è prodotta, l'intervenuto reclamo suppone la 'richiesta' di verificare le condizioni di legittimità del provvedimento, di cui si dovrà far carico il curatore": M. SANDULLI, *La inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit.; è stato, poi, rilevato come venga "offerto al terzo un rimedio lontano anni luce dai principi in tema di tutela giurisdizionale, visto che il reclamo contro gli atti del curatore pertiene agli atti di amministrazione mentre questo è, all'evidenza, un atto che comporta la sottrazione di un diritto": M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit.

L'azione difensiva offerta dall'art. 64, comma 2, legge fallim. è il reclamo di cui all'art. 36 della legge fallim., applicabile – oltreché agli atti di natura gestionale ed amministrativa del curatore (nel cui ambito la trascrizione è pur sempre riconducibile) – alle autorizzazioni e/o ai dinieghi del comitato dei creditori, nonché alle condotte omissive da parte di entrambi tali organi della procedura⁽⁸⁾.

Il reclamo è proposto avanti al giudice delegato, per violazione di legge⁽⁹⁾, entro il termine di otto giorni dalla conoscenza dell'atto posto in essere dal curatore o dal comitato dei creditori, ovvero, in caso di omissioni da parte di entrambi, dalla scadenza del termine indicato nella diffida rivolta loro da chi ne abbia interesse⁽¹⁰⁾.

Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, senza alcuna formalità, salvo che essa non sia necessaria ai fini del contraddittorio⁽¹¹⁾.

(8) È dibattuta la questione in ordine alla necessità della difesa tecnica da parte della curatela nell'ambito del procedimento di reclamo ex art. 36 legge fallim.; per la necessità del patrocinio legale, trovando applicazione le regole dei procedimenti in camera di consiglio: C. FERRI, *Art. 26*, in A. JORIO (diretto da), M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, Bologna, 2006, p. 513; *contra*: G. ABETE, *Art. 36*, in A. JORIO (diretto da), M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., p. 610, e S. SCARAFONI, *I rapporti fra gli organi della procedura*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Torino, 2009, p. 464, sul presupposto che il procedimento verta su situazioni giuridiche soggettive che non assurgono al rango di diritti soggettivi, avuto anche riguardo alla mancanza di qualsiasi formalità, sotto l'aspetto procedurale, della norma ex art. 36 legge fallim.

(9) Dà conto delle diverse opinioni in ordine al perimetro delle “violazioni di legge”, con riferimento alle condotte del curatore e/o del comitato dei creditori, A. TENCATI, *Gli organi del fallimento*, in P. CENDON (a cura di), *Impresa e fallimento*, Milano, 2016, p. 270 ss., giungendo alla sintesi che, ferme le insindacabili scelte del curatore sotto il profilo del merito e/o della discrezionalità gestionale (ove conformi a razionalità e regole tecniche), “il reclamo in questione può censurare qualunque azione od omissione del curatore (e/o del comitato dei creditori) contraria non solo ad espresse disposizioni che regolano la loro attività, bensì anche ai principi informativi ‘dell'ordine pubblico economico’”; in senso conforme: M. CATALDO, *Il controllo sugli atti del curatore ed il regime della responsabilità*, in *Fallimento*, 2007, p. 1013 ss.

(10) Ricorda la necessità che il reclamo avverso la condotta del curatore e/o del comitato dei creditori sia preceduto da formale diffida ad adempiere in ordine al “proprio dovere, sicché solo a seguito della diffida ci si trova in presenza di un'omissione definitiva che può essere oggetto di reclamo”, S. SCARAFONI, *I rapporti fra gli organi della procedura*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, cit., p. 461.

(11) Sottolinea il profilo “agile” del procedimento avanti al giudice delegato ex art. 36 legge fallim., con riferimento al rispetto, quale unico limite, dell'effettiva instaurazione del contraddittorio, anche in relazione ai mezzi di prova ed agli altri elementi istruttori posti a base della decisione del giudice delegato, S. SCARAFONI, *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., p. 463. Sottolinea la natura gestoria del provvedimento con il quale il giudice delegato provvede in luogo del curatore e/o del comitato dei creditori in relazione a con-

Ai sensi del secondo comma dell'art. 36 della legge fallim., avverso il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla comunicazione; il tribunale, sentito il curatore e la parte reclamante, decide con decreto motivato non soggetto a gravame, entro il termine di trenta giorni, ancora omessa ogni formalità che non sia necessaria ai fini del contraddittorio⁽¹²⁾.

Ove, ad essere accolto, sia un reclamo concernente un'omissione del curatore, quest'ultimo sarà tenuto ad agire nei termini previsti dal provvedimento; ove il reclamo concerna invece un'omissione da parte del comitato dei creditori, sarà il giudice delegato, con il provvedimento di accoglimento del reclamo, a provvedere in sostituzione del comitato.

3. *Comparazione fra norme: analogie e differenze fra l'art. 64, comma 2, legge fallim. e l'art. 2929-bis cod. civ.*

Sia l'art. 64, comma 2, legge fallim., sia l'art. 2929-*bis* cod. civ. rispondono ad un intento comune: rafforzare le tutele delle ragioni del creditore (individuale o concorsuale che sia); d'altra parte, tali norme, collocandosi in contesti e sistemi diversi, non possono certo dirsi perfettamente sovrapponibili, presentando – al pari – analogie e differenze.

Quanto alle prime, un'iniziale analogia attiene alla tecnica legislativa in ordine alla presunzione di pregiudizialità del negozio giuridico ed al conseguente “ribaltamento” dell'iniziativa giudiziale circa l'accertamento della natura dell'atto nel campo del debitore e dei propri aventi causa.

dotte omissive loro riconducibili, sotto il profilo dell'esercizio di un (pur sussistente, residuo) potere sussidiario di direzione da parte del giudice, A CASTAGNOLA, *Il giudice delegato e le declamazioni del legislatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 61 ss.

⁽¹²⁾ Il provvedimento del Tribunale fallimentare che decide sul reclamo avverso il decreto del giudice delegato ex art. 36, comma 2, legge fallim., non può essere oggetto di ricorso per cassazione; in questo senso, vd. Cass., sez. I civ., 1° giugno 2012, n. 8870, in *Fallimento*, 2013, p. 368: “*il decreto col quale il tribunale fallimentare provvede, ai sensi dell'art. 36 legge fallim., sul reclamo avverso il decreto del giudice delegato adito contro gli atti di amministrazione del curatore (nella specie, lo scioglimento dal contratto preliminare) non ha natura decisoria, in quanto non risolve una controversia su diritti soggettivi, rientrando viceversa tra i provvedimenti di controllo sull'esercizio del potere amministrativo del curatore. Ne consegue che esso non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., potendo i terzi interessati contestare gli effetti dell'attività nelle sedi ordinarie (nella specie, innanzitutto, nella sede naturale del giudizio ex art. 2932 cod. civ. o endoconcorsuali ex artt. 93 e 103 legge fallim.)*”; in senso conforme, cfr., fra le altre, Cass., sez. I civ., 26 novembre 2010, n. 24019, in *Fallimento*, 2011, p. 749; Cass., sez. I civ., 30 luglio 1996, n. 6909, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass., sez. I civ., 14 febbraio 1995, n. 1584, in *Fallimento*, 1995, p. 1012.

Una seconda analogia attiene agli effetti che entrambe le norme producono verso i terzi: l'inefficacia dell'atto diviene loro opponibile (*rectius*, rilevabile) dal momento della trascrizione del titolo presso i pubblici registri (pignoramento per il creditore individuale, sentenza dichiarativa di fallimento per la massa)⁽¹³⁾.

Le due norme presentano, infine, una sostanziale affinità sotto il profilo della natura degli atti "sanzionabili"; l'art. 64, comma 2, legge fallim., fa riferimento agli atti a titolo gratuito, l'art. 2929-*bis* cod. civ., ai vincoli di indisponibilità e/o di alienazione a titolo gratuito: ciò che rileva, ai fini della operatività di entrambe le norme, è, in ogni caso, la causa concreta del negozio giuridico ritenuto pregiudizievole delle ragioni creditorie, in termini di sussistenza o meno del requisito della "onerosità".

Sotto questo profilo, ogni atto compiuto dal debitore nel biennio *ante* fallimento – ove anche riconducibile ad un accordo di separazione personale –, come rilevato dal giudice del foro fiorentino con il decreto in commento, sarà connotato da gratuità qualora non rechi al disponente alcun concreto vantaggio di natura patrimoniale.

A questo riguardo, la Cassazione, circa la qualità delle attribuzioni "familiari" in prossimità del fallimento – si configurino esse quali donazioni, esecuzioni di accordi di separazione personale o costituzione di fondo patrimoniale –, ritiene che: "*ai fini dell'azione di inefficacia di cui all'art. 64 legge fallim., atti a titolo gratuito non sono solo quelli posti in essere per spirito di liberalità, che è requisito necessario della donazione, ma anche gli atti caratterizzati semplicemente da una prestazione in assenza di corrispettivo. Ne consegue che, l'attribuzione patrimoniale effettuata da un coniuge, poi fallito, a favore dell'altro coniuge in vista della loro separazione, va qualificata come atto a titolo gratuito ove non abbia la funzione di integrare o sostituire quanto dovuto per il mantenimento suo o dei figli [...]. La valutazione di gratuità ed onerosità di un negozio, ai fini dell'art. 64 legge fallim. deve essere compiuta con riguardo alla causa, non ai motivi*

(13) In senso conforme, M. SANDULLI, *La inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit., il quale, in ordine alla "automaticità" della inefficacia dell'atto tramite trascrizione *ex art. 2929-bis* cod. civ. rispetto alla previsione *ex art. 2901* cod. civ., rileva che: "*la norma dell'art. 2901 c.c. non suppone una inefficacia automatica, ma richiede una sentenza che dichiari l'inefficacia, da sempre ritenuta una sentenza che, revocando il trasferimento, costituisce una nuova posizione del creditore che potrà agire a tutela del proprio credito sul bene anche se uscito dal patrimonio del debitore. Quindi, in questo caso, si hanno due variazioni rispetto ai principi ritenuti sino ad ora non derogabili: a) la sentenza che riconosce il credito, e quindi costituisce titolo esecutivo, ha efficacia nei confronti di un soggetto che non ha partecipato al giudizio; b) la trascrizione del pignoramento sostituisce una sentenza che ha natura costitutiva*".

dello stesso, per cui deve escludersi che atti a titolo gratuito siano solo quelli posti in essere per spirito di liberalità, essendo lo spirito di liberalità richiesto per la donazione [...], mentre non è indispensabile negli altri contratti a titolo gratuito, che sono quelli in cui una sola parte riceve e l'altra, sola, sopporta un sacrificio” (14).

Tornado al raffronto – adesso sotto il profilo delle differenze – fra le due norme, si rileva, in primo luogo, come, in relazione al *quando*, l'art. 64, comma 2, legge fallim., sanziona d'inefficacia gli atti gratuiti compiuti dal debitore nel biennio *ante* fallimento (15); l'art. 2929-*bis* cod. civ., gli atti gratuiti compiuti dal debitore (solo) dopo il sorgere del debito.

In secondo luogo, la trascrizione *ex* art. 64, comma 2, legge fallim. non è sottoposta ad alcun termine decadenziale (16) (fermo peraltro l'interesse

(14) Così, Cass., sez. I civ., 24 giugno 2015, n. 13087, in *Giur. it.*, 2015, p. 11; in senso conforme, vd. Cass., sez. I civ., 10 aprile 2013, n. 8678, in *Notariato*, 2013, 4, p. 364; Cass., sez. I civ., 2 febbraio 2006, n. 2325, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2936; Cass., sez. I civ., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Foro it.*, 2000, I, 2936. Sempre in relazione alla prospettiva della necessità di valutare, nel concreto, la sussistenza o meno d'un vantaggio patrimoniale, ove anche solo indiretto o mediato, in capo al *solvens*, vd. Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. it.*, 2010, p. 18150, la quale, trattando un caso di adempimento di obbligazioni fra società dello stesso gruppo (pagamento del debito da parte di società terza, poi fallita), rileva, da una parte, che è “*il pregiudizio provocato dall'atto di disposizione del proprio patrimonio a divenire elemento essenziale per giustificare la sanzione dell'inefficacia delle disposizioni, proprio in funzione della tutela di interessi i cui titolari sono chiaramente individuati subito nella parte iniziale dell'art. 64, con riferimento al destinatario del beneficio dell'inefficacia relativa (i creditori del disponente)*”, dall'altra, sotto il profilo della causa del negozio, che “*i concetti di 'gratuità' ed 'economicità' vengono assunti nel loro significato economico proprio, con spostamento della loro qualificazione dal negozio all'attribuzione patrimoniale: per la quale deve tenersi conto dell'interesse economico che si intende realizzare, anche in via mediata, attraverso la complessa operazione economica, da parte di chi apparentemente paga il debito altrui senza corrispettivo: nell'ambito, quindi, del regolamento globale degli interessi non limitato al singolo 'atto di disposizione' da lui compiuto*”, concludendo che “*può essere esclusa la gratuità del negozio, quando la società disponente abbia comunque realizzato un suo vantaggio economico: in quanto, ancorché manchi il corrispettivo immediato in termini di diretta sinallagmaticità, tuttavia può verificarsi, da parte dell'impresa che svolga la sua attività economica a monte, o a valle, di quella del disponente, l'acquisizione di un'utilità economica in rapporto di causalità mediata e indiretta con la prestazione eseguita; che tuttavia si traduca in un vantaggio patrimoniale concreto. Altrimenti il terzo, adempiendo ad un debito non proprio, si procura comunque una diminuzione patrimoniale, costituente un nocumento, che restando perciò stesso estraneo all'esercizio dell'impresa, diviene come tale, immeritevole di tutela nell'ambito della disciplina dello statuto di questa; ed a maggior ragione al lume della disposizione revocatoria della legge fallim., art. 64*”; in senso conforme, vd., anche, Cass., sez. I civ., 21 maggio 2010, n. 12507, in *Fallimento*, 2010, p. 1331.

(15) Del resto, l'art. 41 della legge fallim. già sancisce l'inefficacia degli atti compiuti dal debitore *post* fallimento.

(16) Quale effetto, assimilato, della natura dichiarativa della pronuncia che riconosce la gratuità del negozio: Cass., sez. I civ., 30 settembre 2011, n. 20067, in *Fallimento*, 2012, p. 736. In dottrina, fra gli altri: A. PATTI, *Art. 64*, in A. JORIO (diretto da), M. FABIANI

del curatore a trascrivere con tempestività la sentenza di fallimento al fine di “sterilizzare” i diritti dei terzi in buona fede); la trascrizione *ex art.* 2929-*bis* cod. civ. è, invece, sottoposta al termine decadenziale di un anno dalla trascrizione del negozio (pena il venire meno del potere per il creditore individuale di agire anticipatamente *in executivis*).

V'è, peraltro, chi ritiene – sul presupposto che gli atti a titolo gratuito rientrano nella più ampia categoria degli atti “revocabili” *ex art.* 67 della legge fallim. – che la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento sia sottoposta ai termini decadenziali di cui all'art. 69-*bis* della legge fallim. (17).

Un'ulteriore differenza attiene agli strumenti di tutela per il debitore ed ogni altro interessato: in base all'art. 64, comma 2, legge fallim. è proponibile – come visto – il reclamo *ex art.* 36 della legge fallim.; in base all'art. 2929-*bis*, comma 4, cod. civ., l'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 ss. cod. proc. civ.

Ne deriva che, in caso di reclamo *ex art.* 36, l'azione dovrà essere esercitata entro il termine – invero assai ristretto (18) – di otto giorni dalla

(coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., p. 872 ss.; C. D'ARRIGO, *Atti a titolo gratuito e pagamento di debiti scaduti*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 1, Torino, 2009, p. 545 ss.; M. CULTRERA, *Gli atti a titolo gratuito e gli atti tra coniugi*, in L. GHIA-F. SEVERINI-C. PICCININI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Torino, 2010, p. 60 ss.; M.E. GALLESIO PIUMA, *Art. 64*, in F. GALGANO (A CURA DI), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare. Artt. 64-66*, Bologna-Roma, 2003, p. 55 ss.

(17) M. SANDULLI, *La inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit.: “*come effetto della unitarietà del sistema discende che: 1) anche per far valere l'inefficacia ex art. 64 è (era) necessaria una pronuncia giudiziale; 2) l'azione è soggetta a termini di decadenza di cui all'art. 69-bis*”; in senso conforme, peraltro nei limiti del solo termine triennale *ex art.* 69-*bis* legge fallim., vd. L.M. QUATTROCCHIO, *Analisi del novellato art. 64 l. fallim.*, cit.: l'art. 69-*bis* prevede “*un doppio limite temporale all'esercizio delle azioni revocatorie: tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque non oltre cinque anni dal compimento dell'atto. Vi è, quindi, il contemporaneo decorso di due termini di diversa durata e con un differente dies a quo; quale dei due scade per primo, vale a determinare la decadenza dall'esercizio dell'azione revocatoria. Evidentemente, soltanto la prima parte della norma trova applicazione con riguardo all'inefficacia degli atti a titolo gratuito di cui all'art. 64, comma 1, legge fallim.: l'unico termine di decadenza è quello costituito dal decorso di tre anni dalla dichiarazione di fallimento*”.

(18) Per i profili di criticità del rimedio *ex art.* 64, comma 2, legge fallim., sotto l'aspetto della eccessiva brevità del termine per l'esercizio dell'azione, anche in relazione ai possibili profili di rilevanza costituzionale nella prospettiva delle tutele del fallito e (soprattutto) del terzo, vd. M. SANDULLI, *La inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit., secondo il quale: “*l'eccessiva brevità del termine di impugnazione può certamente ledere il diritto di difesa costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost.*”. In senso conforme, A. FAROLFI, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015 – Fallimento: le novità di agosto*, cit., il quale, al di là del momento da cui decorrano gli otto giorni, rileva che “*la ‘tensione*”

conoscenza (legale) della trascrizione della sentenza di fallimento; in caso di opposizione all'esecuzione *ex art. 2929-bis*, comma 4, cod. civ., senza alcun vincolo decadenziale, fintantoché non sia peraltro esaurito il processo esecutivo.

Circa la natura del rimedio, sommario (*recte*, “senza formalità”), dalla natura camerale in ambito endofallimentare e circoscritto alle violazioni di legge, il reclamo *ex art. 36* della legge fallim.; dalla cognizione piena, sia sotto l'aspetto sostanziale, sia sotto l'aspetto processuale, l'opposizione *ex art. 2929-bis* cod. civ.⁽¹⁹⁾.

Un'ultima differenza atterrebbe al perimetro degli effetti della trascrizione verso i terzi.

operata dalla norma sui diritti di difesa tanto del fallito quanto, soprattutto, del terzo avente causa, appare evidente, posta la natura prevalente sommaria del procedimento ex art. 36 l. fall., destinato a chiudersi con un decreto motivato del G.D. non soggetto a gravame (ma eventualmente a ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111 Cost.). V'è pertanto da chiedersi se sia ammissibile, accanto al reclamo per l'atto del curatore rappresentato dalla trascrizione della sentenza, una diversa prospettiva di tutela a cognizione piena, volto ad accertare ad esempio che l'atto non era in realtà a titolo gratuito o che, sempre esemplificativamente, l'atto riguardava beni diversi da quelli su cui è avvenuta la trascrizione della sentenza di fallimento (anche ipotizzando un procedimento di rivendica ex art. 103 legge fallim.)”.

⁽¹⁹⁾ Con riferimento, ancora, all'inadeguatezza del reclamo *ex art. 36* legge fallim.: M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit., secondo il quale appare “inaccettabile il rimedio offerto al terzo che subisce l'effetto di inefficacia dell'atto. Il nuovo art. 64 prevede, così, che il terzo possa dolersi dell'inefficacia proponendo reclamo *ex art. 36* legge fallim.; viene, dunque, offerto al terzo un rimedio lontano anni luce dai principi in tema di tutela giurisdizionale, visto che il reclamo contro gli atti del curatore pertiene agli atti di amministrazione mentre questo è, all'evidenza, un atto che comporta la sottrazione di un diritto”. In senso conforme, A. PEZZANO, *Atti a titolo gratuito*, cit., segnala “la assoluta negazione della tutela giurisdizionale a favore del terzo titolare di un diritto in una fase antecedente l'acquisizione del suo bene da parte del curatore [...] Il diritto di difesa del terzo viene in tal modo neutralizzato, in quanto l'accertamento sull'efficacia dell'atto a titolo gratuito, che prima era oggetto di un giudizio a cognizione piena, viene oggi interamente demandato alla valutazione della gratuità dell'atto da parte, non di un giudice, ma di un suo ausiliario, pur assurdo ad organo della procedura fallimentare”; in senso ancora conforme, G. FAUCEGLIA, *Riflessioni sul secondo comma dell'art. 64 legge fallim.*, cit.: “la norma, così come formulata, mi pare affetta da incostituzionalità, pur nell'ambito della disciplina dell'esecuzione concorsuale limitare gli strumenti del diritto di difesa al solo art. 36 legge fallim., a fronte di effetti concreti così rilevanti, come l'immediata apprensione del bene nell'attivo fallimentare, soffre di *vulnus difficilmente giustificabili*”. In relazione al rimedio previsto in ambito di art. 2929-bis cod. civ. (opposizione all'esecuzione *ex artt. 615 ss. cod. proc. civ.*), segnala, quale possibile *vulnus* per gli opposenti, la carenza di un'espressa, specifica disciplina circa gli effetti sospensivi dell'azione, A. ANTONUCCI, *L'azione revocatoria “semplificata”: dubbi di costituzionalità dell'art. 12 D.L. n. 83/2015*”, cit.: “il recupero a posteriori della cognizione sulla revocatoria è soggetto a due handicap: quello probatorio e quello, ancor più grave, legato agli effetti sospensivi dell'opposizione, che sono affidati alla discrezionalità del giudice dell'esecuzione, nei parametri di cui all'art. 624 cod. proc. civ. Con ulteriore rimessione alla magistratura di disagevoli valutazioni discrezionali”.

Mentre l'art. 64, comma 2, legge fallim. non pare idoneo a “travolgere” i diritti degli aventi causa dell'*accipiens* del fallito che avessero trascritto prima del curatore, dovendosi ritenere applicabile il principio generale *ex art. 2901*, ultimo comma, cod. civ., l'art. 2929-*bis* cod. civ. – disponendo che «quando il pregiudizio deriva da un atto di alienazione il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario» (anche se terzo in buona fede?) – garantirebbe, al contrario, una sorta di diritto di sequela sul bene ai fini della (sempre esperibile?) pignorabilità, andando così ad incidere, in maniera oltremodo rilevante, sui diritti degli aventi causa del beneficiario del debitore⁽²⁰⁾.

D'altra parte, tale previsione, di particolare *favor* nella prospettiva del creditore, troverebbe giustificazione nella condotta di particolare “dolo” del debitore, andando egli a disporre del proprio patrimonio (solo) una volta che l'obbligazione sia sorta, dunque con una presupposta, se non preordinata, pregiudizialità del relativo negozio in danno delle ragioni del creditore.

4. *Annotazioni conclusive.*

Il nuovo secondo comma dell'art 64 della legge fallim. ha certamente dotato la curatela fallimentare di uno strumento incisivo, consentendole di ottenere, con immediatezza, effetti d'inefficacia verso i terzi in relazione agli atti gratuiti (invero già previsti dal primo comma dell'art. 64) compiuti dal debitore nel biennio *ante* fallimento.

Prima dell'introduzione di tale norma, la curatela aveva sì la possibilità di beneficiare dell'inefficacia dell'atto, ma solo dopo aver ottenuto una

⁽²⁰⁾ In questo senso, è stato rilevato come sia “vero che se la nuova norma dovesse riguardare una pignorabilità del bene alienato, anche qualora il bene fosse uscito dalla sfera patrimoniale del beneficiario dell'atto a titolo gratuito con il quale sia stato perpetrato il danno nei confronti del creditore, si tratterebbe di una vera rivoluzione ai principi generali ed, in primo luogo, di una vera e propria ‘violenza’ normativa al principio consacrato nell'articolo 2740 cod. civ., ma è altrettanto vero che, se così non fosse, la concreta portata della norma sarebbe del tutto relativa”: A. TESTA, *Atti di donazione: gli effetti del nuovo articolo 2929-bis del Codice Civile*, cit.; in senso conforme: T. SCARFÒ, *Il nuovo articolo 2929-bis del codice civile: una norma dirompente?*, cit.: “una pignorabilità come quella disposta dall'art. 2929-bis dovrebbe ritenersi necessariamente assistita da una sorta di diritto di seguito o di sequela che rende ‘reale’ il diritto all'perimento all'azione esecutiva da parte del creditore, diversamente opinando la concreta portata della norma sarebbe del tutto relativa in quanto il beneficiario dell'atto potrebbe porre in essere, a sua volta, un ulteriore atto di trasferimento del bene al fine di far trasmigrare immediatamente e facilmente la sua situazione al di fuori del perimetro applicativo della nuova norma”.

(definitiva) pronunzia giurisdizionale di accertamento in ordine alla gratuità dello stesso.

Adesso, il curatore non ha più alcun onere di introdurre il giudizio: egli potrà, con la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento, acquisire il bene alla procedura, per poi liquidarlo non appena sia definito il reclamo che il fallito o qualsiasi interessato vadano a proporre *ex art. 36* della legge fallim., con i conseguenti benefici in termini cautelari.

In conclusione, con l'art. 64, comma 2, legge fallim. si compie – pur con i ricordati limiti – l'intento del legislatore di approntare, nell'ambito delle procedure concorsuali, strumenti sempre più efficaci e rapidi nell'interesse dei creditori sociali.

LORENZO GAMBÌ

Dottore commercialista in Firenze

TRIBUNALE DI MILANO, Sez. II, decr. 10 novembre 2016

Pres. Paluchowski - Rel. D'Aquino

Distribuzione s.p.a. c. Immobiliare R. s.p.a in liquidazione

Concordato preventivo - Giudizio di omologazione - Atti di frode - Opposizione - Ammissibilità

(Legge fallim., artt. 173, 180, 181)

Gli atti di frode compiuti dal debitore che costituiscono presupposto per la revoca dell'ammissione devono essere accertati dal Tribunale nel giudizio di omologazione se gli stessi sono stati dedotti come motivo di opposizione di un creditore, restando irrilevante la mancata segnalazione del commissario giudiziale al fine di instaurare il procedimento per la revoca.

Concordato preventivo - Atti di frode - Potenzialità decettiva - Approvazione dei creditori - Irrilevanza

(Legge fallim., art. 173, 180)

La fattispecie degli atti di frode che integra il presupposto per l'interruzione della procedura e impedisce l'omologazione del concordato è integrata dal comportamento del debitore contrario a correttezza e potenzialmente idoneo a violare il principio del consenso informato, anche nell'ipotesi in cui, con condotte successive anteriori alla votazione, il debitore abbia fornito ai creditori le informazioni necessarie e questi abbiano approvato la proposta.

(*Omissis*)

L'adunanza dei creditori è stata differita più volte per consentire approfondimenti da parte dell'organo commissariale. La proposta originaria, a seguito di ripetute richieste di chiarimenti e integrazioni da parte del Collegio dei commissari giudiziali, è stata oggetto di modifica in data 22.02.2016 (*omissis*). Nella proposta integrativa sono state descritte alcune operazioni straordinarie compiute dalla società ricorrente nell'anno 2014, che hanno impattato negativamente sul patrimonio della società, sia sottraendo risorse all'attivo concordatario, sia incrementando il passivo, nonché alterando l'ordine delle cause legittime di prelazione.

(*Omissis*)

Nella relazione *ex art. 172 l. fall. (omissis)* sono state ripercorse le operazioni straordinarie già analizzate nella proposta modificativa del 22.02.2016. Il Collegio dei commissari giudiziali ha ritenuto che i fatti indicati, per come rappresentati anche alla luce della proposta integrativa, non potessero costituire atti in frode.

(*Omissis*)

Decisamente più complessa è la questione che solleva [*omissis*] la quale deduce fatti che avrebbero dovuto indurre il Collegio dei commissari giudiziali a introdurre procedimento *ex art. 173 l. fall.*, in quanto le suddette operazioni straordinarie compiute nel 2014 costituirebbero atti in frode dei creditori.

Essendo pacifico che il procedimento *ex art. 173 l. fall.* non è stato incardinato, né i commissari giudiziali hanno valutato opportuno incardinarlo neanche successivamente in pendenza del procedimento di omologa, confermando in data 7.11.2016 il proprio parere favorevole finale, si pone il problema di valutare se questi fatti possano essere valutati quali fatti ostativi all'omologa del concordato sul presupposto che, ove tali fatti fossero stati veicolati in

un formale procedimento *ex art. 173 l. fall.* – e questo anche in fase successiva alla votazione dei creditori – avrebbero potuto condurre alla revoca della proposta di concordato.

Al riguardo si osserva, ancorché tale questione non sia stata trattata nelle difese delle parti, che non può considerarsi discriminante in fase di omologa del concordato preventivo il fatto che vengano poste all'attenzione del Tribunale circostanze ostative all'omologa, riguardo alle quali il commissario giudiziale non abbia formalmente introdotto un procedimento di revoca della proposta di concordato. Il commissario giudiziale, quando introduce il procedimento di revoca della proposta concordataria, non assume formalmente il ruolo di parte del procedimento concordatario, ma solleva all'attenzione del Tribunale fatti originariamente non conosciuti o, comunque, non esaminati dall'ufficio (ancorché verificatisi dopo l'apertura della procedura), fonte di revoca della domanda di concordato.

Questo potere-dovere dell'organo commissariale sussiste anche successivamente all'adunanza dei creditori e all'approvazione del concordato da parte dei creditori, come reso evidente dall'ultimo comma dell'*art. 173 l. fall.*, che consente l'incardinazione di questo procedimento "se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato". Se, quindi, questi fatti possono essere portati all'attenzione del Tribunale anche in fase di omologa dall'organo commissariale, previo incardinamento di un procedimento *ex art. 173 l. fall.* all'interno del (o contestualmente al) procedimento di omologa, questo avviene perché si sollecita il potere officioso del Tribunale di revocare la domanda di concordato.

Ritenere che tali fatti non possano essere rilevati dal Tribunale in sede di omologa per il solo fatto che il procedimento di revoca non sia stato incardinato, vieppiù in un caso in cui su questi fatti si è sviluppato un contraddittorio pieno, significa far prevalere il dato puramente formale della mancanza dell'atto di impulso dell'organo commissariale (che continua a non essere parte nel procedimento *ex art. 173 l. fall.*) sul dato sostanziale che i fatti sono stati comunque portati all'attenzione del giudice. Per di più, se si tratta di fatti potenzialmente ostativi all'omologa, non rileva affatto che la conoscenza di tali fatti avvenga per iniziativa dell'organo commissariale o dei creditori oppONENTI, perché ciò che rileva è che il fatto ostativo all'omologa sia al contempo atto potenzialmente fonte di revoca della proposta concordataria e che venga portato all'attenzione dell'ufficio.

Del resto, proprio il fatto che circostanze ostative alla prosecuzione del procedimento concordatario perché indiziarie o sintomatiche di atti in frode (che avrebbero dovuto condurre alla revoca della proposta, con arresto della procedura concordataria) possano essere portate all'attenzione del Tribunale anche in fase successiva alla votazione dei creditori, a termini dell'*art. 173, ult. co., l. fall.*, dimostra che si tratta di circostanze, al contempo, ostative all'omologa del concordato, fase distinta rispetto all'approvazione dei creditori. E non si vede come possa essere omologato un concordato relativamente al quale vengano prospettati atti in frode solo per il fatto (formale) che il Commissario giudiziale non abbia promosso il procedimento *ex art. 173 l. fall.*, perché questi fatti, ove conosciuti dall'ufficio, determinano il rigetto della domanda di omologa negli stessi termini in cui avrebbero provocato la revoca della domanda di concordato, arrestando in ogni caso il procedimento concordatario, benché dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori. Deve, quindi, concludersi che, ove fatti di frode (che avrebbero condotto all'apertura di un procedimento *ex art. 173 l. fall.*) vengano portati all'attenzione dell'ufficio da un creditore o da un interessato opponente in sede di giudizio di omologa, gli stessi costituiscono circostanze ostative all'omologa stessa, perché in ogni caso le stesse potrebbero essere oggetto di rilievo officioso da parte dell'ufficio al fine della declaratoria di inammissibilità o della revoca della proposta di concordato.

Detto questo, i fatti riportati dall'opponente costituiscono atti in frode ai creditori.
(*Omissis*)

La questione che si pone – sulla quale insistono specificamente ricorrente e opponente – è se tali atti di frode possano essere ostativi all'omologazione (negli stessi termini in cui sarebbero forieri della revoca della domanda di concordato *ex art. 173 l. fall.*), una volta che i creditori abbiano votato e approvato la proposta.

Si afferma nella giurisprudenza di legittimità che gli atti di frode vanno intesi, sul piano oggettivo, come le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza, a fronte di una precedente rappresentazione del tutto inadeguata, purché siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla sola consapevole volontarietà della condotta, di cui, invece, non è necessaria la dolosa preordinazione (Cass., Sez. I, 9 luglio 2014, n. 17191).

(*Omissis*)

Secondo questa lettura, propugnata dal ricorrente, i creditori sarebbero arbitri di valutare la portata decettiva delle informazioni originariamente a loro veicolate e che, laddove questa portata decettiva fosse stata rimossa da un atto successivo del proponente (integrazione della proposta), non sarebbe più possibile per il tribunale esaminare tali fatti quali ostativi all'omologa, come esaminatosi *supra*.

Attitudine decettiva che, secondo il ricorrente, dovrebbe ritenersi definitivamente superata per il fatto che i creditori hanno approvato la proposta concordataria e che tale approvazione sia stata fatta nella piena consapevolezza della sussistenza, consistenza, portata e valenza giuridica di tali atti compiuti dalla ricorrente nel corso dell'esercizio 2014.

Questa conclusione non è condivisa dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., Sez. I, 26 giugno 2014 n. 14552), secondo cui l'accertamento di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 l. fall., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento. In tale arresto la Suprema Corte ha osservato che tale principio di diritto “non vale, certo, a reintrodurre il giudizio di meritevolezza” relativo alla condotta dell'imprenditore ma perché mira comunque a colpire comportamenti reticenti ostativi alla formazione di un consenso informato del ceto creditorio e idonei di per sé ad avere efficacia decettiva del consenso. E questa idoneità decettiva degli atti fraudolenti come descritti è anticipata anche al solo momento della “potenzialità decettiva”, per cui assume rilievo ai fini della revoca dell'ammissione al concordato anche ove l'inganno dei creditori non si sia effettivamente realizzato.

(*Omissis*)

L'esistenza o l'accertamento di atti in frode da parte del commissario giudiziale non vale a eliminare la loro valenza potenzialmente decettiva, negli stessi termini della consumazione di un reato o evento di “pericolo” (se non di “attentato”), ovvero con funzione general preventiva e questo ancorché i creditori abbiano votato favorevolmente la proposta medesima. La soglia di attenzione dell'ordinamento per gli atti in frode, come enunciata dalla Suprema Corte, è anticipata a un momento anche di mera potenziale decettività, la quale può essere rilevata dal Tribunale indipendentemente dall'avvenuta approvazione del concordato.

(*Omissis*)

Tale rigoroso orientamento della Suprema Corte merita condivisione per le ragioni che seguono.

Se si favorisse l'interpretazione secondo cui sarebbe sempre possibile sanare la condotta fraudolenta iniziale (ove vi sia prova che questa omissione sia voluta e venga rimossa per effetto di induzione nell'imprenditore alla *disclosure* per effetto dei rilievi dell'organo commissariale), si favorirebbero condotte opportunistiche che subordinerebbero la manifestazione di queste condotte al puro caso in cui l'organo commissariale "scoprisse" tali condotte. (*Omissis*)

Vi è una ulteriore ragione per sostenere questa interpretazione. Ove si ritenesse che la completa ostensione delle cause che avrebbero condotto alla revoca della proposta precludesse la revoca stessa, ciò equivarrebbe a sostenere che i creditori, oltre a votare sulla convenienza della proposta, rinuncerebbero a far valere il procedimento di revoca della proposta per i fatti che sono stati oggetto di analisi nella relazione commissariale. Ma i creditori non sono parti del procedimento di revoca del concordato *ex art. 173 l. fall.*, perché tale procedimento non è a loro rivolto. Gli stessi non possono, quindi, disporre del superiore interesse a che le condotte decettive non vengano poste in essere e questo momento va determinato al momento in cui viene confezionata la proposta concordataria, perché rileva di per sé indipendentemente dal fatto che i creditori sappiano di queste condotte e votino la proposta. E questo spiega ulteriormente perché l'art. 173, ult. co. l. fall. consenta l'esercizio di questo "potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito" (Cass., 14552/14). (*Omissis*)

Condividendosi le motivazioni espresse dall'opponente deve ritenersi che gli atti di frode possano essere rilevati dopo la votazione favorevole dei creditori e indipendentemente dalla medesima.

(*Omissis*)

Il coordinamento tra il procedimento di revoca del concordato preventivo ed il giudizio di omologazione, e la funzione general preventiva degli atti in frode ai creditori. Rilievi processuali

Abstract: Con la pronuncia in epigrafe il Tribunale di Milano ha accolto l'opposizione all'omologazione del piano concordatario fondata sul compimento di atti in frode ai creditori rilevanti *ex art. 173 legge fallim.* Il presupposto dell'interruzione della procedura è stato ravvisato nel comportamento del debitore che, in sede di ammissione, aveva omesso la documentazione inerente alcune operazioni straordinarie precedentemente compiute, e, solo in seguito e su sollecitazione del commissario giudiziale, aveva integrato la proposta fornendo le informazioni mancanti prima della votazione. Si esaminano i profili di coordinamento tra i procedimenti di revoca e di omologazione e la configurazione degli «atti in frode» rilevanti ai fini dell'interruzione della procedura.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli atti in frode ai creditori dedotti nel giudizio di omologazione. Il procedimento di revoca. - 3. (*segue*) Il coordinamento con l'oggetto del giudizio di omologazione. - 4. (*segue*) Il coordinamento tra i procedimenti *ex artt. 173 e 180 legge fallim.* - 5. La soluzione applicata dal provvedimento in epigrafe. - 6. Incidenza sul procedimento concordatario degli «atti di frode» *ex art. 173 legge fallim.* La funzione general preventiva dell'accertamento. - 7. (*segue*) L'orientamento maggioritario e la lesione del consenso informato. - 8. Conclusione.

1. *Premessa*

Nel corso di una procedura di concordato preventivo, su ripetute richieste di chiarimenti del commissario giudiziale, prima della votazione il debitore presentava una proposta integrativa in cui dava atto di alcune operazioni straordinarie, compiute prima dell'ammissione alla procedura, che avevano diminuito il patrimonio della società e alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione. Nella relazione *ex art. 172 legge fallim.*, il commissario giudiziale escludeva che tale comportamento costituisse atto in frode ai creditori *ex art. 173 legge fallim.*, di conseguenza, si procedeva con l'adunanza, in cui i creditori approvavano la proposta. Nel giudizio di omologazione, un creditore si opponeva affermando che il comportamento del debitore integrasse la fattispecie degli «atti di frode» ostativi alla prosecuzione della procedura. Con il decreto in epigrafe il Tribunale ha accolto l'opposizione e negato l'omologazione del concordato.

Tra le questioni affrontate, dal punto di vista processuale merita rilievo l'affermazione per cui nel giudizio di omologazione *ex art. 180 legge fallim.* il Tribunale può accertare il compimento di atti di frode del debitore, anche nel caso in cui il commissario giudiziale nella relazione *ex art. 172 legge fallim.* l'abbia escluso e, dunque, sia mancata l'instaurazione del procedimento di revoca *ex art. 173 legge fallim.* In secondo luogo il Tribunale ha accolto una definizione degli «atti di frode» che ne esalta la funzione general preventiva, e su tale premessa ha ravvisato il fatto ostativo alla prosecuzione nel comportamento del debitore che abbia occultato operazioni straordinarie anteriori all'ammissione, pur avendole dichiarate nel corso della procedura e prima dell'adunanza, in modo da garantire ai creditori la completezza dell'informazione ai fini del voto.

2. *Gli atti in frode ai creditori dedotti nel giudizio di omologazione. Il procedimento di revoca.*

La questione processuale risolta con la prima massima interessa il coordinamento procedimentale tra il giudizio di omologazione, in cui emergano fatti rilevanti *ex art. 173 legge fallim.*, ed il subprocedimento di revoca previsto dalla stessa norma.

L'art. 173 legge fallim. disciplina la revoca dell'ammissione al concordato preventivo al verificarsi di determinati presupposti. La norma, immutata dopo gli interventi del 2005 e 2006, è stata oggetto di revisione nei suoi aspetti procedurali ad opera del decreto legislativo «correttivo» 12 settembre 2007, n. 169, ed integrata da ultimo con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella L. 17 dicembre 2012, n. 221.

Vigente la disciplina originaria, l'art. 173 legge fallim. costituiva una delle «valvole di sicurezza» dell'intero procedimento, in quanto, nel generale contesto di autoregolamentazione contrattuale delle parti private, attuava il controllo di legittimità posto a garanzia della correttezza e buona fede dei contraenti, al pari degli accertamenti previsti nelle fasi di ammissione, approvazione ed omologazione. A tal fine, quando emergevano comportamenti fraudolenti del debitore o la mancanza (sopravvenuta od originaria) delle condizioni di ammissibilità, su impulso del commissario giudiziale e del giudice delegato il Tribunale interrompeva la procedura di concordato e dichiarava il fallimento, la cui incombenza gravava come una «spada di Damocle» sul debitore, al fine di disincentivarne condotte scorrette⁽¹⁾.

Quando il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80, ha riscritto gli artt. 160 e 163 legge fallim., riducendo il vaglio di ammissibilità ad una verifica meramente documentale, egli artt. 180 e 181 legge fallim. eliminando i giudizi del Tribunale sulla convenienza della proposta e sulla meritevolezza del debitore, agli interpreti fu restituita una procedura concordataria dalla dimensione privatistica fortemente accentuata, al punto da far dubitare della persistente vigenza dell'istituto della revoca, che era ancora fondato sui presupposti della mancanza delle condizioni di ammissibilità o del compimento di atti in frode *ex art. 173 legge fallim.* (2).

(1) L'espressione risale a PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 2001, 1175; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in JORIO-SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, IV, 261 ss.; AMBROSINI, *La revoca dell'ammissione al concordato*, in VASSALLI-LUISSO-GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, IV, p. 311 ss.; FILOCAMO, *Sub art. 173*, in FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Milano, 2014, p. 2317 ss.; PENTA, *La revoca dell'ammissione alla procedura e la risoluzione del concordato preventivo*, in GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2011, IV, p. 590 ss.; FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento*, in FAUCEGLIA-PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 1691 ss.; TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 655 ss.; PAJARDI-PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 857 ss.; GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, p. 730 ss.; LICCARDO, *Sub art. 173*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 2168 ss.; GABOARDI, *Sub art. 173*, in CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, III, p. 652 ss.

(2) *Ex multis* CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in PUNZI-RICCI, *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 marzo 2005, n. 80*, Padova, 2005, p. 208 ss.; FABIANI, *Subartt. 6-7*, in JORIO-FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lgs. 5/2006)*, Bologna, 2006, I, p. 141 ss.; *contra* v. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI-CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 247 ss.

Con il decreto «correttivo» del 2007, tuttavia, è stata assicurata la vigenza della norma, che veniva confermata nei presupposti sostanziali e modificata negli aspetti procedurali. Negli anni seguenti si è dunque avvertita la necessità di coordinare il controllo di legittimità, previsto dall'art. 173 legge fallim., con la predominante connotazione contrattuale del concordato preventivo.

Il subprocedimento per la revoca dell'ammissione è instaurato d'ufficio dal Tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale⁽³⁾, che abbia scoperto il compimento di atti in frode ai creditori antecedenti o coevi rispetto alla domanda di ammissione (art. 173, comma 1), o compiuti nel corso della procedura, o quando risultino mancanti le condizioni di ammissibilità (art. 173, comma 3). L'instaurazione del procedimento viene comunicata dal commissario al P.M. ed ai creditori⁽⁴⁾ tramite posta elettronica certificata ex art. 171, comma 2, legge fallim., i quali possono presentare istanza di fallimento; per tale motivo, il procedimento è disciplinato tramite rinvio all'art. 15 legge fallim. Il giudizio si conclude con decreto, che può disporre la revoca o il non luogo a provvedere e, nel caso in cui sia stata proposta istanza di fallimento e ne siano stati accertati i presupposti, al decreto si aggiunge la sentenza di fallimento, reclamabile ex art. 18 legge fallim. (art. 173, comma 2)⁽⁵⁾.

Sotto il profilo temporale di applicazione, l'art 173, comma 3, legge fallim. dispone che il procedimento di revoca può essere instaurato «durante la procedura di concordato [...] in qualunque momento». Si ritiene dunque che il procedimento sia applicabile dal momento in cui la proce-

⁽³⁾ Nel senso che tale segnalazione non costituisca elemento necessario per l'instaurazione del procedimento, v. *infra* nel testo; in dottrina CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2013, doc. n. 336, p. 52 ss.; ID., *Il concordato preventivo*, cit., 311; GALLETTI, *op. cit.*, 733.

⁽⁴⁾ Riconoscono ai creditori la qualità di parti processuali del procedimento di revoca, anche in considerazione della facoltà di proporre istanza di fallimento, CENSONI, *op. loc. ult. cit.*; FILOCAMO, *op. loc. cit.*; GALLETTI, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁾ Sulla reclamabilità del decreto che provvede sulla revoca quando questa non sia seguita dalla sentenza di fallimento, in mancanza di espressa previsione si è ritenuto applicabile l'art. 739 cod. proc. civ., v. AMBROSINI, *op. cit.*, 318 ss.; FAUCEGLIA, *op. cit.*, 1708; oppure il reclamo previsto dall'art. 183 legge fallim., da MONTANARI, *Sul regime impugnatorio della revoca dell'ammissione al concordato preventivo non seguita da dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, 341 ss.; che il decreto non sia reclamabile, in analogia con quanto previsto per il decreto di inammissibilità della proposta dall'art. 162 legge fallim., CENSONI, *op. ult. cit.*, 317. In quest'ultimo senso, in giurisprudenza v. Cass., 8 maggio 2014, n. 9998, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; da ultimo, le Sezioni Unite con la pronuncia del 28 dicembre 2016, n. 27073, in *www.giustiziacivile.com*, 2017, con nota di FARINA, hanno escluso la ricorribilità per cassazione del decreto che abbia deciso esclusivamente sulla revoca, premessa la natura non decisoria del provvedimento.

dura ha inizio con il decreto di ammissione *ex art. 163 legge fallim.* ⁽⁶⁾, fino all'emanazione del decreto conclusivo del giudizio di omologazione ⁽⁷⁾ o, secondo una diversa interpretazione, finché questo non sia diventato definitivo ⁽⁸⁾. Nella prima ipotesi, ai fini della revoca acquisterebbero rilievo gli atti in frode emersi fino al termine del giudizio di omologazione, nella seconda le stesse circostanze potrebbero essere rilevate finché non siano scaduti i termini per proporre reclamo o il reclamo non sia stato rigettato *ex art. 183 legge fallim.* ⁽⁹⁾.

L'applicabilità del procedimento di revoca durante l'intero corso della procedura determina dunque la possibilità che l'accertamento previsto dall'art. 173 legge fallim. si sovrapponga al giudizio di omologazione, con conseguente necessità di coordinamento.

3. (segue) *Il coordinamento con l'oggetto del giudizio di omologazione.*

La questione è risolta dal provvedimento in epigrafe nel senso riportato dalla prima massima. Il giudice meneghino, innanzi al quale gli atti di frode *ex art. 173 legge fallim.* erano stati dedotti come motivo di opposizione all'omologazione *ex art. 180, comma 4, legge fallim.*, ha accertato la ricorrenza della fattispecie nello stesso giudizio di omologazione, senza ritenere necessario instaurare il subprocedimento di revoca, ed ha conseguentemente rigettato la domanda di omologazione del concordato.

La sussistenza del potere di accertamento dei fatti rilevanti *ex art. 173 legge fallim.* nel giudizio di omologazione era stata affermata dalla dottrina prevalente, con riferimento sia all'ipotesi in cui il Tribunale li abbia rilevati

⁽⁶⁾ FILOCAMO, *op. cit.*, 2330; NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 547, secondo cui la possibilità di instaurazione del procedimento di revoca «in ogni momento» è stata disposta al fine di escludere l'insorgere di preclusioni in ordine al controllo del Tribunale sulla persistenza delle condizioni di ammissibilità.

⁽⁷⁾ GALLETTI, *op. cit.*, 735; Trib. Tivoli, decr., 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 857 ss., con nota di PENTA, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*; Trib. Nocera Inferiore, 19 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 2, p. 259 ss., con nota di BRENCIA, *Osservazioni a margine dei poteri del tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo*.

⁽⁸⁾ Per rigetto o mancata proposizione del reclamo, v. MAFFEI-ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1156; FILOCAMO, *op. loc. cit.*; LICCARDO, *op. cit.*, 2173.

⁽⁹⁾ *Contra* DE CRESCIENZO, *Sub art. 173*, in JORIO-FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lgs. 5/2006)*, Bologna, 2007, II, p. 2471, nel senso che il termine preclusivo per l'apertura del giudizio di revoca sarebbe l'instaurazione del giudizio di omologazione.

d'ufficio, sia che siano stati dedotti a fondamento di opposizioni all'omologazione. Distinguere le due ipotesi si è reso necessario dopo le modifiche apportate dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80 all'art. 180 legge fallim., a norma del quale la cognizione del Tribunale è destinata a mutare, per approfondimento e modalità, a seconda che siano o meno proposte opposizioni⁽¹⁰⁾.

Nel caso in cui siano proposte opposizioni dai creditori o da qualsiasi interessato a norma dell'art. 180, comma 4, legge fallim., il giudizio di omologazione si svolge in contraddittorio tra le parti e si procede con la fase istruttoria, compatibilmente con le forme del procedimento camerale⁽¹¹⁾. Ai fini della presente indagine assume rilievo la possibilità che con l'opposizione si faccia valere il compimento di atti in frode che impediscono la prosecuzione del procedimento, eventualità concordemente ammessa⁽¹²⁾ (salvo poi stabilire in quali forme debba svolgersi tale accertamento, v. *infra*).

⁽¹⁰⁾ L'eliminazione del giudizio di meritevolezza dell'imprenditore, la previsione del procedimento camerale in cui si svolge un giudizio di natura contenziosa e l'instaurazione della fase istruttoria soltanto nel caso in cui siano proposte opposizioni, sono alcune delle principali novità sostanziali e procedurali del giudizio di omologazione, per approfondimenti si rinvia a CENSONI, *op. cit.*, p. 321 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2015, p. 515 ss.

⁽¹¹⁾ Si ritiene che con le opposizioni non venga ampliato l'oggetto della cognizione del Tribunale (salvo il caso del c.d. *cram down*, con il quale la "minoranza schiacciata", alle condizioni previste dal comma 4 dell'art. 180 legge fallim., può proporre la contestazione della convenienza della proposta in raffronto con la prospettiva del fallimento), ma muti soltanto il grado di approfondimento dell'accertamento tramite lo svolgimento della fase istruttoria, CENSONI, *op. loc. cit.*; PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in BUONOCORE-BASSI, *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, p. 587 ss.; BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, p. 189 ss.; Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, p. 39 ss., con nota di PATTI, *Esclusione della sindacabilità dal tribunale della fattibilità del piano nel concordato preventivo*; in *Foro it.*, 2012, I, p. 136 ss., con nota di FABIANI, *I disorientamenti della nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato e della cessione dei beni*; in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 718. *Contra* nel senso che le opposizioni ampliavano l'oggetto del giudizio di omologazione non soltanto con l'opposizione sulla convenienza, ma anche aprendo alla cognizione sulla legittimità sostanziale della proposta, NORELLI, *op. cit.*, p. 497 ss.; Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *www.ilcaso.it*. Non può qui essere approfondita la questione riguardante il giudizio sulla fattibilità del piano, della quale si discute se vada ricompresa tra le condizioni di ammissibilità e dunque costituisca oggetto dell'accertamento officioso del Tribunale, per la quale si rinvia alle opere citate. Sulla fase istruttoria che si instaura in seguito alla proposizione di opposizioni, nel senso che siano ammissibili solo le prove documentali o di facile acquisizione, maggiormente compatibili con le forme camerali, v. CENSONI, *op. cit.*, p. 345, *contra* ritengono ammissibile qualsiasi mezzo istruttorio, MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 1200; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *op. cit.*, p. 877.

⁽¹²⁾ FERRO, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in JORIO-FABIANI,

Se invece non sono proposte opposizioni, l'art. 180, comma 3, legge fallim. stabilisce che il Tribunale deve verificare «la regolarità della procedura e l'esito della votazione».

Datala genericità delle espressioni usate, l'interpretazione prevalente ha identificato l'oggetto minimo dell'accertamento officioso, sinteticamente espresso nella «regolarità della procedura», come il complesso delle condizioni di ammissibilità e procedibilità della domanda. In tal modo si è voluto evitare il ridimensionamento del giudizio di omologazione ad un'attività «prettamente notarile», e garantirne la funzione di «espressione di assenso ad un determinato atto, filtrata attraverso il *logos*», ossia la cognizione dell'organo designato⁽¹³⁾. L'accertamento officioso delle condizioni di procedibilità comprende, dunque, l'insussistenza dei fatti ostativi alla prosecuzione, quali gli atti di frode di cui all'art. 173, commi 1 e 3, legge fallim.⁽¹⁴⁾ È escluso, invece, dall'oggetto dell'accertamento il giudizio sulla convenienza del concordato, che, quale valutazione sul contenuto della proposta e per la sua incidenza sul diritto sostanziale dei creditori, costituisce un profilo censurabile esclusivamente dalla «minoranza schiacciata» alle condizioni previste *ex art.* 180, comma 4, legge fallim. (c.d. *cram down*), come modificato da ultimo dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134.

L'accertamento d'ufficio, in sede di omologazione, delle condizioni di procedibilità, tra cui gli atti in frode *ex art.* 173 legge fallim., è coerente con la natura officiosa dell'instaurazione del subprocedimento di revoca. Si è concluso che per tutto il corso della procedura (art. 173 legge fallim.), e nel giudizio di omologazione in particolare, al Tribunale compete il

Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, Bologna, 2010, p. 1036 ss.

⁽¹³⁾ TEDOLDI, *op. cit.*, p. 648; CENSONI, *op. loc. cit.*; FERRO, *op. cit.*, p. 1068; NORELLI, *op. cit.*, p. 510 ss.; FILOCAMO, *Sub art. 180*, in FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2419 ss.; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 1196; PAGNI, *op. cit.*, p. 580; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *op. cit.*, p. 880; Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

⁽¹⁴⁾ Va rilevato che una dottrina minoritaria ha escluso che nell'ambito della cognizione officiosa del Tribunale in sede di omologazione sia compreso l'accertamento (negativo) delle condizioni di procedibilità di cui all'art. 173 legge fallim., v. GALLETTI, *op. cit.*, p. 738 ss.; in tal senso anche Trib. Novara, 6 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 1° febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 379, sul presupposto che tale controllo sarebbe impedito dalla sopravvenuta approvazione dei creditori. Si è inoltre sostenuto che il controllo della «regolarità della procedura» comprenderebbe esclusivamente gli aspetti di regolarità «procedurale», con riferimento alla verifica del superamento delle maggioranze, v. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fallimento*, 2007, p. 1273; BOSTICCO, *La «resurrezione giurisprudenziale» dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, p. 1448.

medesimo potere officioso di accertamento degli atti di frode, che potrebbero emergere dal fascicolo d'ufficio o dal parere del commissario giudiziale *ex art.* 180, comma 2, legge fallim. ⁽¹⁵⁾.

Da queste sommarie osservazioni emerge che l'art. 173 legge fallim. non soltanto disciplina il procedimento di revoca da instaurare al ricorrere dei presupposti stabiliti, ma radica anche un potere «immanente» del Tribunale, esercitabile d'ufficio, che costituisce il «baricentro» del controllo giurisdizionale nella procedura riformata, e ciò sia chetale accertamento debba svolgersi previa instaurazione del procedimento di revoca, sia che i presupposti emergano in sede di omologazione ⁽¹⁶⁾.

4. (segue) *Il coordinamento tra i procedimenti ex artt. 173 e 180 legge fallim.*

La conclusione esposta rende necessario stabilire quale sia la forma dell'accertamento degli atti di frode nel giudizio di omologazione, se il Tribunale debba disporre la revoca dell'ammissione *ex art.* 173 legge fallim. o dichiarare la non omologabilità del concordato *ex art.* 180 legge fallim. ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ La conclusione dovrebbe valere anche se si accogliesse l'interpretazione minoritaria in ordine all'ampiezza dell'accertamento e dei poteri officiosi del tribunale in sede di omologazione. Per la conclusione di cui nel testo, v. Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, in *Foro it.*, 2014, I, 3170 ss., con nota di FABIANI, *La ricerca di un equilibrio fra poteri del giudice ed interesse delle parti nel concordato preventivo*; Cass., 16 maggio 2014, n. 10778, in *Foro it.*, Rep., 2014, Concordato preventivo, n. 291; Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2012, I, 136; in *Fallimento*, 2011, 933 ss., con nota di AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*; App. L'Aquila, 10 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2012, p. 1479; Trib. Monza, 2 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Novara, 6 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bari, decr., 25 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008, p. 682 ss., con nota di GENOVIVA, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del decreto «correttivo»*; prima della riforma, v. Cass., sez. un., 6 settembre 1990, n. 9201, in *Fallimento*, 1991, 348. *Contra* Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Foro it.*, 2012, I, 135; v. anche Trib. Pescara, decr., 16 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 1212 ss., con nota di GENOVIVA, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*; VITIELLO, *Sub art. 180*, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, p. 2105 ss. Nel senso che i fatti che sarebbero presupposto della revoca non siano rilevabili d'ufficio nel giudizio di omologazione, ma solo a seguito di opposizione, v. GALLETTI, *op. cit.*, p. 738.

⁽¹⁶⁾ TEDOLDI, *op. loc. cit.*, per cui la cognizione nel giudizio di omologazione ha sempre ad oggetto il merito, nel senso che essa verte su quanto emerso dagli atti, e in particolar modo dagli atti del commissario giudiziale; FILOCAMO, *Sub art. 173*, cit., p. 2329; BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) nuovo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, 689, in nota a Trib. Torino, 12 dicembre 2006 e Trib. Milano, 9 marzo 2007.

⁽¹⁷⁾ Cass., 16 maggio 2014, n. 10778, cit.

Sono prospettabili diverse possibilità di coordinamento dei due procedimenti.

Secondo una prima ricostruzione, tacitamente accolta dal provvedimento in epigrafe, gli atti di frode possono costituire oggetto di accertamento nel giudizio di omologazione senza alcuna variazione rispetto al procedimento delineato dall'art. 180 legge fallim., quale "contenitore" che rispetta le garanzie minime richieste dall'art. 173 legge fallim. mediante rinvio all'art. 15 legge fallim.⁽¹⁸⁾. Si è sostenuto che tale soluzione sarebbe l'unica praticabile, poiché, vista la parziale coincidenza dell'oggetto dell'accertamento nei due procedimenti, l'avvio del giudizio di omologazione costituirebbe il momento preclusivo per l'instaurazione del procedimento di revoca⁽¹⁹⁾. Il rapporto tra le due "cause" viene ricondotto all'istituto della continenza di cause, con la conseguenza che, se i due procedimenti si trovassero contestualmente pendenti, si renderebbe necessaria la riunione *ex art. 273 cod. proc. civ.*⁽²⁰⁾. In caso di accertamento della sussistenza di condizioni ostative alla prosecuzione, tra cui gli atti in frode, il procedimento si conclude con il decreto motivato che nega l'omologazione *ex art. 180, comma 5, legge fallim.*⁽²¹⁾.

Per Altri, deve distinguersi a seconda che i fatti di cui all'art. 173 legge fallim. facciano ingresso nel giudizio di omologazione tramite opposizione o mediante rilievo d'ufficio. Soltanto nel primo caso, infatti, lo strumento dell'opposizione determinalo svolgimento del giudizio in contraddittorio tra le parti e l'apertura della fase istruttoria, assumendo caratteristiche strutturali compatibili con quelle previste per il subprocedimento di revoca dal combinato disposto degli artt. 173 e 15 legge fallim.⁽²²⁾. Ove invece gli stessi fatti siano rilevati d'ufficio dal Tribunale nel giudizio di omologazione, perché, ad esempio, risultanti dal parere depositato dal commissario non costituito o veicolati da una richiesta di fallimento del P.M., il

⁽¹⁸⁾ FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2014, doc. n. 434, p. 18 ss.; NORELLI, *op. cit.*, p. 547 ss.

⁽¹⁹⁾ Secondo l'A. ciò non contrasterebbe con l'applicabilità temporale del procedimento di revoca «per tutto il corso della procedura», in quanto quest'ultima previsione sarebbe finalizzata soltanto ad escludere l'insorgere di preclusioni all'accertamento dei fatti ostativi alla prosecuzione, v. NORELLI, *op. loc. cit.*

⁽²⁰⁾ Con la precisazione che non si tratterebbe di continenza e riunione in senso tecnico, in quanto i procedimenti sarebbero sempre pendenti innanzi allo stesso ufficio giudiziario.

⁽²¹⁾ NORELLI, *op. loc. cit.*

⁽²²⁾ FERRO, *op. loc. cit.*; TEDOLDI, *op. cit.*, 665; FILOCAMO, *Sub art. 180, cit.*, p. 2448 ss.; *contra* CENSONI, *op. cit.*, 344 ss.

procedimento previsto dall'art. 180, comma 3, legge fallim. non assume le modalità previste dall'art. 173 legge fallim., in particolare per l'assenza dell'istruttoria, e si rende necessario «innestare» all'interno del giudizio di omologazione il subprocedimento per la revoca. Al fine di garantire il contraddittorio sui fatti rilevati d'ufficio, si ritiene che il Tribunale debba emettere un decreto di convocazione delle parti con l'indicazione dei fatti stessi⁽²³⁾.

Quest'ultima interpretazione è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha inoltre precisato che, nel caso in cui il procedimento di revoca *ex art. 173 legge fallim.* venga «innestato» in quello di omologazione, i due giudizi, contestualmente pendenti, non sono autonomi e separati, bensì costituiscono distinte fasi di un unico procedimento. Ciò in quanto, stante la pregiudizialità dell'ammissione alla procedura rispetto all'omologazione del piano, ove in sede di udienza *ex art. 173 legge fallim.* fosse pronunciata la revoca dell'ammissione, verrebbe meno il presupposto per procedere al giudizio di omologazione⁽²⁴⁾.

Infine, secondo una diversatesi, i procedimenti di omologa e di revoca non sono in alcun caso sovrapponibili, nemmeno quando siano proposte opposizioni all'omologazione, poiché restano insuperabili differenze strutturali tra i procedimenti delineati dagli artt. 173 e 180 legge fallim. Si fa riferimento, ad esempio, alle diverse facoltà del creditore assenziente, che può segnalare il compimento di atti di frode ma non proporre opposizione all'omologazione, o, all'opposto, ai «soggetti interessati» legittimati a proporre opposizione all'omologazione ma non a segnalare atti in frode *ex art. 173 legge fallim.* Ciò impedisce di assorbire l'accertamento dei fatti presupposto della revoca all'interno del giudizio di omologazione, anche quando siano stati dedotti a fondamento di un'opposizione, e fa sorgere la necessità di sospensione del giudizio di omologazione in attesa dell'esito del procedimento di revoca dell'ammissione⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Trib. Nocera Inferiore, 19 luglio 2010, cit.; TEDOLDI, *op. loc. cit.*; FILOCAMO, *op. loc. cit.*; MAFFEIALBERTI, *op. cit.*, p. 1193 ss.; VITIELLO, *op. loc. cit.*

⁽²⁴⁾ Cass., 29 luglio 2014, n. 17191, in *D&G*, 2015, che, su questo presupposto, ha dichiarato ammissibile l'istanza di fallimento *ex art. 173 legge fallim.* proposta nel giudizio di omologazione, in pendenza del procedimento di revoca.

⁽²⁵⁾ CENSONI, *op. cit.*, 318 ss.; PENTA, *La revoca dell'ammissione alla procedura e la risoluzione del concordato preventivo*, cit., 95 ss.; *contra* Cass., 29 luglio 2014, n. 17191, cit. Alla medesima soluzione dovrebbe accedersi ove si escluda che il giudizio di omologazione, in assenza di opposizioni, abbia ad oggetto l'accertamento negativo dei fatti ostativi alla prosecuzione *ex art. 173 legge fallim.*, e si ritenga, al contrario, che proprio tale norma costituisca il limite esterno dell'oggetto del giudizio di omologazione e, dunque, si accetti un'interpretazione restrittiva del controllo della «regolarità formale» *ex art. 180, comma 3*,

5. La soluzione applicata dal provvedimento in epigrafe.

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto di esercitare il potere officioso di accertamento degli atti di frode nello stesso giudizio di omologazione in cui tali fatti avevano fatto ingresso per mezzo dell'opposizione di un creditore. Escludendo, seppur tacitamente, l'ipotesi dell'«innesto» del subprocedimento di revoca nel giudizio pendente e la necessità di sospendere quest'ultimo, il giudice milanese ha confermato la concezione del potere officioso di accertamento *ex art. 173 legge fallim.* come un dato «sostanziale» immanente dell'organo giurisdizionale per l'intero corso della procedura ⁽²⁶⁾.

Da ciò discende la considerazione per cui la segnalazione del commissario giudiziale prevista dall'art. 173, comma 1, legge fallim., non raffigura un elemento indispensabile per l'esercizio di tale potere, trattandosi di un dato meramente formale che non può incidere sull'esercizio di un potere sostanziale ⁽²⁷⁾. Viene così confermata la frequente osservazione per cui i fatti previsti dall'art. 173 legge fallim. possono essere segnalati al Tribunale anche dai creditori e dal P.M., o rilevati d'ufficio, in qualsiasi momento della procedura, senza distinzione tra le ipotesi di cui ai commi 1 e 3 ⁽²⁸⁾.

Va inoltre rilevato che la natura officiosa dell'instaurazione del procedimento per l'accertamento degli atti in frode, unitamente al profilo dell'applicabilità temporale dell'art. 173 legge fallim. «in qualsiasi momento» nel corso della procedura, hanno comportato l'esclusione della qualità di

legge fallim., v. *sub* note 14 e 15. V. anche GALLETTI, *op. loc. cit.*, secondo il quale, quando il Tribunale riceve la segnalazione del compimento di atti di frode dopo l'approvazione e prima del giudizio di omologazione, a seconda della percezione dell'urgenza del provvedere potrebbe scegliere se fissare l'apposita udienza *ex art. 173 legge fallim.* o rimettere l'accertamento degli stessi fatti al giudizio di omologazione.

⁽²⁶⁾ V. *sub* par. 3, in fine.

⁽²⁷⁾ Si ritiene infatti che la previsione espressa di tale segnalazione abbia il solo scopo di porre in capo al commissario giudiziale il preciso dovere di «riferire immediatamente» al Tribunale della conoscenza di tali presupposti, come naturale risvolto degli ampi poteri di indagine e vigilanza dell'organo *ex artt. 167, comma 1, 171 e 172 legge fallim.*, v. *ex multis* GALLETTI, *op. cit.*, 737; PERRINO, *Sub art. 173*, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2042.

⁽²⁸⁾ Cass., 24 aprile 2014, n. 9271, in *Mass. Giust. civ.*; CENSONI, *op. cit.*, p. 309; GALLETTI, *op. loc. cit. Contra*, nel senso che il potere di sollecitare l'apertura del procedimento di revoca compete esclusivamente al commissario giudiziale, C. App. Napoli, 21 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 248; FAUCEGLIA, *op. cit.*, p. 1702; MANDRIOLI, *Il concordato preventivo*, in PANZANI, *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 727 ss., sostiene l'interpretazione letterale per cui soltanto nelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 173 legge fallim. la segnalazione degli atti di frode potrebbe provenire da soggetti diversi dal commissario; sull'irrazionalità di tale distinzione, v. *ex multis* GALLETTI, *op. loc. cit.*

parti del procedimento di revoca in capo ai creditori⁽²⁹⁾. In caso contrario, l'instaurazione del procedimento dovrebbe ritenersi preclusa dopo l'approvazione del concordato, che varrebbe come una rinuncia dei creditori a far valere i presupposti per la revoca. A tale proposito si rendono necessarie ulteriori riflessioni, inerenti l'oggetto della tutela del procedimento di revoca.

6. *Incidenza sul procedimento concordatario degli «atti di frode» ex art. 173 legge fallim. La funzione general preventiva dell'accertamento.*

Come emerge dalla seconda massima, il Tribunale, conformandosi ad un precedente arresto della Cassazione, ha interpretato estensivamente la nozione degli «atti di frode» rilevanti ex art. 173 legge fallim., ritenendola comprensiva di ogni comportamento potenzialmente ostativo alla formazione del consenso informato necessario per l'approvazione della proposta. È stata considerata irrilevante la circostanza che l'inganno ai creditori non si fosse effettivamente consumato, in seguito alla *disclosure* del debitore. Quest'ultimo, dopo ripetute sollecitazioni del commissario giudiziale, prima della votazione aveva integrato la proposta informando i creditori di alcune operazioni straordinarie compiute prima dell'ammissione che avevano inciso negativamente sul patrimonio ed alterato l'ordine delle cause di prelazione.

La decisione deriva dall'individuazione dell'interesse tutelato dal subprocedimento di revoca, e, più in generale, dalla previsione degli atti in frode come causa di improcedibilità del concordato, a tutela dell'interesse generale alla correttezza e buona fede delle parti nell'autoregolamentazione concordataria, al fine di garantire che l'espressione del voto da parte dei creditori sia il frutto di un giudizio consapevole sulla convenienza della proposta⁽³⁰⁾. Rispetto a questi, si colloca in secondo piano l'interesse al

(29) *Contra* nel senso che il rilievo officioso nel giudizio di omologazione di fatti che costituiscono presupposto per la revoca sia impedito dall'approvazione dei creditori, v. Trib. Firenze, 1° febbraio 2006, cit.; nel senso che «la revoca non è più affidata alla dialettica processuale tra tribunale-organo della procedura-debitore», FAUCEGLIA, *Paternalismo giudiziario ed esigenza di tutela dei creditori nella disciplina del concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 122; CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, cit., 53. Peraltro, l'esclusione della qualità di parti in capo ai creditori nel procedimento di revoca non potrebbe sostenersi nell'eventualità in cui questi presentino istanza di fallimento ex art. 173, comma 2, legge fallim., v. *sub* nota 4.

(30) Cass., 26 giugno 2014, n. 14552, in *Foro it.*, 2014, I, 3170 ss., con nota di FABIANI, cit.; in *Giur. it.*, 2015, 1, 84 ss., con nota di GRIFFINI, *Atti di frode e parziale reintroduzione, per via pretoria, del giudizio di meritevolezza.*

concreto soddisfacimento del credito nella misura stabilita nella proposta, anche in caso di avvenuta approvazione dei creditori.

Si tratta di una ricostruzione minoritaria in giurisprudenza ma autorevolmente sostenuta in dottrina⁽³¹⁾, che va attentamente coordinata alle modifiche che nello scorso decennio hanno riscritto il concordato preventivo.

La soppressione del giudizio di meritevolezza in sede di omologazione del concordato ad opera del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 ha comportato una necessaria riqualificazione della nozione degli «atti di frode» ai creditori rilevanti al fine dell'interruzione della procedura. Per rispettare il complessivo *favor* del legislatore per la soluzione concordataria e la sua rinnovata dimensione privatistica, accompagnati da un generale ridimensionamento del ruolo dell'organo giurisdizionale, è stato necessario definire tale fattispecie in modo da evitare che, per via pretoria, continuasse a svolgersi un giudizio di meritevolezza della persona del debitore, connotato da risvolti sanzionatori⁽³²⁾. Esclusa tale finalità, all'accertamento degli «atti di frode» *ex art. 173 legge fallim.* è stata attribuita la funzione di tutela dell'interesse dei creditori, in primo luogo, a ricevere una corretta informazione dal debitore, e, in secondo luogo, al concreto soddisfacimento dei propri diritti⁽³³⁾.

Inizialmente, la giurisprudenza di legittimità ha definito la categoria degli atti in frode rilevanti *a contrario* rispetto all'oggetto dell'abrogato giudizio di meritevolezza, e, considerandole fattispecie esemplificate nell'art. 173, commi 1 e 3, legge fallim., ne ha ravvisato il tratto distintivo nell'occultamento di «situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta»⁽³⁴⁾.

Successivamente, nel perimetro tracciato da questa definizione, si sono formati due orientamenti.

Secondo l'orientamento fatto proprio dal Tribunale di Milano e precedentemente espresso da una pronuncia di legittimità, l'accertamento

⁽³¹⁾ FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, cit., spec. p. 12 ss.

⁽³²⁾ TEDOLDI, *op. loc. cit.*; FABIANI, *op. cit.*, p. 13; GABOARDI, *op. cit.*, p. 652.

⁽³³⁾ CENSONI, *op. loc. cit.*

⁽³⁴⁾ Al fine di escludere dalla categoria delle condotte rilevanti *ex art. 173 legge fallim.* quelle idonee a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento dei creditori, v. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; FABIANI, *op. loc. ult. cit.*; GALLETTI, *op. cit.*, p. 747. Per l'orientamento contrario, v. Cass., 25 gennaio 2007, n. 1655, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2033, nota di DIDONE, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*

degli atti in frode dei creditori impedisce la prosecuzione del procedimento (ex artt. 173 o 180 legge fallim.) «indipendentemente dal voto espresso dai creditori, e, quindi, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento»⁽³⁵⁾.

Come anticipato, tale impostazione consegue all'individuazione dell'interesse tutelato dall'art. 173 legge fallim. nella correttezza e buona fede imposte in ogni forma di autoregolamentazione contrattuale⁽³⁶⁾, e, di conseguenza, nel principio del consenso informato dei creditori. Ciò implica che, se il debitore viene meno all'obbligo di fornire una completa informazione al ceto creditorio al fine di falsare la valutazione sulla convenienza e influire sull'esito della votazione, egli viola immediatamente il principio di correttezza e buona fede, e pone in pericolo la formazione del consenso informato. Gli atti in frode, dunque, hanno la duplice caratteristica di violare immediatamente la regola che impone correttezza alle parti di un rapporto contrattuale e di creare un potenziale ostacolo alla formazione del consenso informato dei creditori in sede di votazione.

Stanti queste premesse, riconoscere all'accertamento di tale fattispecie una funzione general preventiva, significa anticipare la tutela alla soglia della potenzialità decettiva, in modo da rendere irrilevante l'effettiva consumazione della lesione del consenso informato⁽³⁷⁾. Ciò si traduce, sul piano pratico, nell'inutilità del "ravvedimento operoso" del debitore, che tramite *disclosure* abbia appianato l'asimmetria informativa e posto rimedio all'iniziale condotta scorretta, prima e in vista della votazione⁽³⁸⁾.

Dunque, anche se un comportamento successivo del debitore ha messo i creditori in condizione di prestare un consenso informato, l'approvazione della proposta non ha la capacità di rendere irrilevanti la violazione della correttezza e la messa in pericolo del principio del consenso informato, quali interessi generali tutelati dall'art. 173 legge fallim. inteso in funzione general preventiva.

Da ciò deriva l'affermazione dell'indisponibilità, da parte dei creditori, degli interessi coinvolti nel procedimento di revoca e l'esclusione della loro qualità di parti⁽³⁹⁾, in modo coerente, da un lato, con il profilo temporale

⁽³⁵⁾ Cass., 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

⁽³⁶⁾ FABIANI, *op. loc. cit.*; PERRINO, *op. cit.*, p. 2040; LICCARDO, *op. cit.*, p. 2170; GALLETTI, *op. loc. cit.*

⁽³⁷⁾ *Contra*, nel senso che in tal modo tramite l'art. 173 legge fallim. si reintroduca la funzione sanzionatoria in precedenza svolta dal giudizio di meritevolezza, CENSONI, *op. loc. cit.*; GRIFFINI, *op. cit.*, p. 87.

⁽³⁸⁾ FABIANI, *op. cit.*, p. 19.

⁽³⁹⁾ V. *sub* nota 30.

di applicabilità dell'art. 173 legge fallim., che non prevede il limite temporale costituito dalla fase di approvazione; e, dall'altro, con il potere officioso di instaurazione del procedimento di revoca (o di accertamento nel giudizio di omologazione anche in assenza di opposizioni *ex art.* 180, comma 3, legge fallim.), caratteristico della tutela di interessi generali.

7. (segue) *L'orientamento maggioritario e la lesione del consenso informato.*

È stato osservato che tale ricostruzione rivelerebbe la reintroduzione, sotto diversa forma, del giudizio di meritevolezza a fini esclusivamente sanzionatori. Ciò sarebbe incompatibile con il nuovo strumento concordatario, per quanti ritengono che la *ratio* della riforma fosse affidare al vaglio dei creditori ogni valutazione esorbitante dagli aspetti di legittimità della procedura⁽⁴⁰⁾.

Per tale motivo, si è affermato che quando il principio del consenso informato non abbia concretamente subito alcuna lesione, per intervenuta *disclosure* anteriore alla votazione, non si può ritenere integrata la fattispecie interruttiva se non restituendo all'art. 173 legge fallim. una funzione sanzionatoria di un comportamento che, seppur scorretto dal punto di vista formale, non avrebbe arrecato alcun danno agli interessi coinvolti⁽⁴¹⁾.

Per questi motivi, la prevalente giurisprudenza di legittimità ha ravvisato negli «atti di frode» nelle condotte con cui siano state omesse o falsate le informazioni necessarie al ceto creditorio e che, dunque, abbiano realizzato l'effetto di favorire l'approvazione della proposta incidendo sulla valutazione della sua convenienza. Diversamente, se prima della votazione i creditori sono stati messi in condizione di prestare il consenso informato, il mancato avveramento dell'inganno impedisce l'integrazione del presupposto di cui all'art. 173 legge fallim., configurabile alla stregua di un tentativo non sanzionabile⁽⁴²⁾.

(40) CENSONI, *op. loc. cit.*; BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta...con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in questa *Rivista*, 2012, p. 630 ss.; parla di «autotutela informata» dei creditori, AMBROSINI, *I l sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 941 ss.

(41) AMBROSINI, *op. cit.*, p. 947.

(42) Cass., 29 luglio 2014, n. 17191, cit.; Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, cit.; Cass., 18 aprile 2014, n. 9050, in *Foro it.*, 2014, I, 3170 ss., con nota di FABIANI, cit.; *D&G*, 2014, 22 aprile, con nota di BRUNO, *È possibile trasformare il concordato preventivo in fallimento*; Cass., 15 ottobre 2013, n. 23387, in *Fallimento*, 2013, 1452; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; in dottrina cfr. ampiamente CENSONI, *op. cit.*, 24; GALLETTI, *op. cit.*, p. 750 ss.

Così definita, la fattispecie integrante gli atti di frode *ex art. 173 legge fallim.* richiede il concorso di due circostanze. In primo luogo, che il debitore abbia posto in essere attività idonee a falsare od occultare informazioni necessarie per la prestazione del consenso informato. In secondo luogo, è necessario che la votazione si sia svolta e che l'esito sia stato favorevole per effetto della falsità o dell'incompletezza delle informazioni fornite.

Dal punto di vista processuale, si impone così un limite iniziale "intrinseco" per l'instaurazione del procedimento di revoca, coincidente con l'avvenuta votazione, poiché fino a quel momento la fattispecie dell'atto in frode *ex art. 173 legge fallim.* non può essere compiutamente integrata. Non potrebbe sanzionarsi, infatti, il comportamento del debitore potenzialmente decettivo finché la lesione del principio del consenso informato non si sia avverata dispiegando i propri effetti sull'esito favorevole della votazione⁽⁴³⁾.

La conclusione contrasta, peraltro, con il tenore letterale della norma e l'interpretazione generalmente accolta, secondo cui il profilo temporale di applicazione del procedimento di revoca percorre l'intero corso della procedura, dal momento iniziale segnato dal decreto di apertura *ex art. 163 legge fallim.* (v. *supra*).

8. Conclusione.

Emerge, a tal punto, la necessità di delineare una nozione degli «atti di frode» che, depurata dai risvolti meramente sanzionatori che connotavano il giudizio di meritevolezza, sia conforme agli aspetti procedurali della revoca *ex art. 173 legge fallim.*, in particolare l'applicabilità temporale e l'instaurazione officiosa.

Se il comportamento scorretto del debitore emerge nella fase anteriore alla votazione in modo che i creditori ne abbiano consapevolezza e possano esprimere un voto consapevole, si pone la necessità di stabilire la prevalenza tra l'interesse generale alla correttezza del debitore, cui il legislatore ha dato rilievo nella previsione della possibilità di instaurazione d'ufficio e «in qualunque momento» del procedimento di revoca, e l'interesse dei creditori a disporre dei propri crediti secondo valutazioni consapevoli.

A parere di chi scrive, dagli aspetti procedurali ora richiamati può dedursi la netta prevalenza dell'interesse generale su quello individuale⁽⁴⁴⁾. In primo luogo, come affermato nel provvedimento in epigrafe,

(43) CENSONI, *op. cit.*, p. 24; FAUCEGLIA, *op. cit.*, p. 122 ss.; GRIFFINI, *op. cit.*, p. 87.

(44) V. FABIANI, *op. cit.*, 18, nel senso che proprio nella procedura riformata sia necessaria la previsione di controlli per evitare la deriva nell'abuso del diritto.

se si consentisse al debitore il “ravvedimento” tramite *disclosure* in qualsiasi momento anteriore alla votazione, si favorirebbero comportamenti scorretti e potenzialmente decettivi, con maggiore probabilità di effettiva consumazione dell’inganno ogniqualvolta il debitore abbia la percezione, a ridosso della votazione, di non essere scoperto; sarebbe dunque elusa la simbolica funzione del procedimento di revoca di “intimidire” il debitore con la prospettiva del fallimento⁽⁴⁵⁾.

In secondo luogo, l’interpretazione qui ritenuta preferibile e accolta dal decreto del Tribunale meneghino in commento appare necessaria per evitare un’*interpretatio abrogans* dell’art. 173 legge fallim. Se si accedesse alla soluzione contraria, per cui fino alla votazione sarebbe sempre consentito al debitore effettuare *disclosure* e rimettersi “in regola” con la procedura, si renderebbe l’istituto della revoca un inutile duplicato del giudizio di omologazione. Affermando che il Tribunale potrebbe rilevare il compimento di atti in frode soltanto in seguito all’approvazione, si collocerebbe il procedimento di revoca in una fase in cui alla stessa funzione sarebbe preposto il giudizio di omologazione, che ha ad oggetto *ex art.* 180, comma 3, legge fallim. proprio l’accertamento della «regolarità della procedura», e, dunque, della persistenza delle condizioni di ammissibilità e dell’insussistenza delle condizioni ostative descritte dall’art. 173 legge fallim. come «atti di frode» (v. *supra*)⁽⁴⁶⁾.

GIULIA RICCI
Dottoranda di ricerca
nell’Università degli studi Roma Tre

⁽⁴⁵⁾ V. *sub* nota 1; Filocamo, *Sub art. 173*, cit., p. 2319.

⁽⁴⁶⁾ A maggior ragione si dovrebbe pervenire a tale conclusione ove si condividesse l’impostazione minoritaria sull’oggetto del giudizio di omologazione e sui poteri del tribunale *ex art.* 180 legge fallim., v. *sub* note 14-15.

TRIBUNALE DI TRIESTE, 23 ottobre 2015

Giud Venier

Fallimento Welding Montaggi S.r.l. c. Isopan S.p.a.

Fallimento - Azione revocatoria fallimentare - Dies a quo di decorrenza periodo sospetto - Data di deposito sentenza dichiarativa

(Legge fallim. artt. 16, 67, 69 bis)

Il periodo sospetto legale decorre dalla data del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento e non dalla data dell'iscrizione del fallimento nel registro delle imprese.

(*Omissis*)

Il Fallimento Welding Montaggi S.r.l. ha richiesto la revoca, ex art. 67, II co. L.F. di tre pagamenti, per complessivi Euro 40.045,15, eseguiti dalla Welding Montaggi S.r.l. *in bonis* in favore della Isopan S.p.a. entro il semestre antecedente al fallimento, dichiarato con sentenza depositata in data 18.09.2013 [...], e la condanna alla restituzione della corrispondente somma. La curatela ha allegato come la prova della conoscenza, in capo alla creditrice, dello stato di insolvenza della debitrice emerga dalla presentazione da parte della prima di istanza di fallimento in data 5.2.2013, rinunciata proprio a seguito dei pagamenti di cui è causa.

Si è costituita la resistente che ha chiesto, in via principale, il rigetto della domanda avversaria, rimarcando l'irrelevanza e inidoneità degli elementi offerti dalla ricorrente a dare conto della effettiva conoscenza dello stato di insolvenza della debitrice[...]. In via subordinata, ha contestato la revocabilità di pagamenti [...] effettuati in data 19.3.2013 e 20.3.2013, rilevando come il periodo sospetto debba essere fatto decorrere non dalla data di deposito della sentenza di fallimento, ma da quello della sua iscrizione nel registro delle imprese – nella specie avvenuta il 23.9.2013 – che segna il momento di produzione degli effetti per i terzi.

Ritenuta la causa matura per la decisione sulla base degli atti e disposto lo scambio di note conclusive, il procedimento è stato riservato in decisione.

La domanda è fondata e va pertanto accolta.

La prima questione controversa è costituita dalla sussistenza o meno del presupposto soggettivo dell'azione revocatoria ex art. 67, II co. L.F., non essendo stata contestata l'effettuazione dei pagamenti.

(*omissis*)

Ciò posto, la resistente ha contestato che due dei pagamenti [...] rispettivamente dd. 19.3.2013 e 20.3.2013, non siano stati effettuati all'interno del periodo sospetto di sei mesi prescritto dall'art. 67, comma 2, L.F., il quale dovrebbe decorrere non dalla data del deposito della sentenza di fallimento (18.9.2013), ma da quello successivo della sua iscrizione nel registro delle imprese (23.9.2013) ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 16 L.F.

Quest'ultima norma, introdotta dal D.Lgs. 5/2006, distingue gli effetti della sentenza di fallimento verso il fallito e verso i terzi, disponendo, quanto a questi ultimi, il prodursi "*dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma*".

La *ratio* della disposizione va individuata nella tutela dei terzi di buona fede, esposti altrimenti alla sanzione dell'inefficacia dell'atto negoziale compiuto nei confronti del fallito ignorando l'intervenuta dichiarazione di fallimento.

Una tale tutela è ipotizzabile solo in relazione agli atti, e ai relativi effetti, successivi rispetto alla sentenza di fallimento: i terzi sono quindi resi edotti che, a partire da una certa data, individuata dall'iscrizione (o annotazione) della sentenza nel registro delle imprese e conoscibile con l'ordinaria diligenza, non spiegheranno nei loro confronti efficacia gli atti eseguiti verso o dal fallito.

Viceversa, per gli atti (quali i pagamenti) posti in essere anteriormente alla dichiarazione di fallimento, nessun rilievo in termini di tutela del terzo di buona fede può assumere l'annotazione della sentenza nel registro delle imprese, proprio in quanto l'atto risulta già compiuto; a tale fattispecie è quindi estranea l'esigenza, sottesa al secondo comma dell'art. 16 L.F., di evitare ai terzi il prodursi di conseguenze pregiudizievoli prima di avere avuto notizia legale dell'apertura della procedura concorsuale.

Ulteriore elemento, testuale, che induce a considerare quale *dies a quo* per il computo, a ritroso, del periodo sospetto la data della dichiarazione (e quindi di pubblicazione della sentenza) di fallimento è offerto dall'art. 67, II co. L.F., il quale fa appunto riferimento "*alla dichiarazione di fallimento*", momento a decorrere dal quale, con la nomina del curatore, viene a esistere il solo soggetto legittimato a esercitare l'azione revocatoria fallimentare, e a partire dal quale quindi il diritto può essere fatto valere (v. Cass. 5.12.2003, n. 18607).

Conseguentemente, essendo anche i pagamenti effettuati il 19.3.2013 e il 20.3.2013 avvenuti nel semestre anteriore alla pubblicazione (in data 18.9.2013) della sentenza di fallimento, va integralmente accolta la domanda proposta ex art. 67, II co. L.F. della curatela. (*omissis*).

TRIBUNALE DI MILANO, 23 gennaio 2014

Pres. e Rel. Lamanna

Grandi Molini Italiani S.p.a. c. Fallimento Panificio Fratelli Massetti S.r.l.

Fallimento - Azione revocatoria fallimentare - Dies a quo di decorrenza periodo sospetto - Annotazione registro delle imprese

(Legge fallim. artt. 16, 67, 69 bis)

Il periodo sospetto legale decorre dalla data dell'iscrizione del fallimento nel registro delle imprese e non dalla data del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento.

(*Omissis*)

1. Con ricorso depositato in data 22.2.2013 la società Grandi Molini Italiani S.p.a. ha proposto opposizione avverso lo stato passivo del fallimento della società Panificio Fratelli Massetti S.r.l. lamentando che la sua domanda di insinuazione al passivo sia stata accolta – per importo di Euro 107.612,74 – in via meramente chirografaria, anziché con il riconoscimento della prelazione ipotecaria che essa aveva richiesto, reputando il giudice delegato che l'ipoteca iscritta non si fosse consolidata e fosse quindi revocabile ex art. 67, comma 1, n.4 l.fall., in quanto la decorrenza a ritroso del periodo di revocabilità avrebbe dovuto fissarsi nella data di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento (deposito in cancelleria: 03.02.2012).

L'opponente critica tale opinione assumendo che, invece, la decorrenza del periodo sospetto avrebbe dovuto essere rapportata alla data di iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese (06.02.2012); da tale premessa discenderebbe che il periodo di revocabilità di sei mesi sarebbe interamente decorso, così risultando consolidata l'ipoteca in quanto iscritta il 04.08.2011.

Il curatore del fallimento non si è costituito in causa.

(*omissis*)

3. Nel merito reputa il Tribunale che la tesi prospettata dall'opponente sia fondata.

Vero è che le norme dettate dalla legge fallimentare in materia di inefficacia e revocabilità di atti fanno indistintamente riferimento, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza a ritroso del periodo sospetto, alla data della dichiarazione di fallimento, il che, nel vigore del testo originario di tale normativa, senza dubbio indicava la data di pubblicazione della sentenza, intendendosi per tale la data di deposito in cancelleria.

Tuttavia l'attuale testo dell'art. 16, comma 2, l.fall., come risulta modificato a seguito delle recenti leggi di riforma, statuisce che l'efficacia verso i terzi della sentenza dichiarativa di fallimento comincia a decorrere dalla data della sua avvenuta iscrizione nel registro delle imprese (tanto che, conseguentemente, mentre il termine per il reclamo decorre per il debitore dalla data della notificazione della sentenza, per tutti gli altri interessati decorre, ai sensi dell'art. 18, comma 4, dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese).

Costituisce dunque regola generale quella, fissata dalla predetta norma, che distingue la data di decorso degli effetti della sentenza ora verso il fallito, ora verso terzi.

Siccome non è dubbio che l'inefficacia degli atti per effetto della revocatoria incida sulla posizione dei terzi, già questo dovrebbe bastare per concluderne che, in tema di revocatoria, il periodo sospetto debba conteggiarsi a partire dalla iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese.

Tale conclusione è peraltro avallata da altri riferimenti normativi inequivoci.

Primo fra tutti, l'art. 69-*bis*, comma 2, l.fall., a tenore del quale "*Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segue la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*". È dunque testuale, da parte di tale disposizione, il riferimento ad una decorrenza che comincia dalla data di pubblicazione nel Registro delle imprese. In tal caso, il riferimento letterale è fatto, stante il regime di *consecutio*, alla pubblicazione della domanda di concordato, ma sarebbe incongruo che il medesimo principio non si applicasse anche in caso di sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata al di fuori del fenomeno della *consecutio*, essendo identici i presupposti di applicazione della regola d'inefficacia.

Semmai è da ritenere che l'art. 69-*bis* altro non faccia che dare applicazione, in parte *de qua*, al citato art. 16, laddove tale norma fissa in linea generale il principio di efficacia verso i terzi a partire dalla pubblicazione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese.

Il legislatore ha peraltro mostrato di voler applicare coerentemente tale principio anche in ogni altro ambito in cui rilevi la posizione dei terzi.

Così per l'art. 168, comma 1, l.fall.: "*Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore*". Il secondo periodo del comma terzo di tale norma soggiunge che: "*Le ipoteche giudiziali iscritte nei no-*

vanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato”.

L'art. 184, comma 1, suggella in via generale il medesimo principio con riferimento agli effetti della procedura di concordato preventivo globalmente intesa statuendo che: “Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso”.

L'art. 182bis, commi 2-6, l.fall. statuisce a sua volta, quanto agli accordi di ristrutturazione dei debiti, dando coerente attuazione alla predetta regola che viene ripetuta tal quale in ciascuno dei suddetti commi per molteplici ma analoghe finalità, che:

“(…) L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati. Si applica l'articolo 168, secondo comma.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d), (3) e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale (4) pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione (…)

Tutte le suddette disposizioni normative integrano pertanto un quadro coerente ed univoco, in forza del quale può ormai ritenersi positivamente posto il principio secondo cui gli effetti delle procedure concorsuali verso i terzi possono prodursi solo a partire dalla data di iscrizione nel Registro delle imprese degli atti da cui tali effetti promanano.

In materia di revocatoria ciò implica la decorrenza a ritroso del periodo sospetto a far tempo dalla data di iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel Registro delle imprese, salvo il caso di *consecutio*, in cui il periodo sospetto retroagisce – come si è detto poc'anzi – alla data di iscrizione in tale registro del ricorso di ammissione al concordato.

Resta solo da aggiungere che questo stesso Tribunale ha già prospettato ed applicato coerentemente tale soluzione con un altro precedente emesso nella contigua materia dell'inefficacia dei pagamenti *ex art. 44 l.fall.* (cfr. Tribunale di Milano 8 maggio 2012, n. 5309, in Banca dati de www.ilFallimentarista, DE JURE).

Alla luce delle precedenti considerazioni, e tenuto conto che, decorrendo a ritroso dalla data di iscrizione della sentenza di fallimento nel Registro delle imprese, il periodo di re-

vocabilità di 6 mesi applicabile *in casu* era già interamente decorso alla data di iscrizione dell'ipoteca, l'opposizione va accolta.

(*omissis*).

La decorrenza del periodo sospetto nella revocatoria fallimentare: data del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento o sua annotazione nel registro delle imprese?

Abstract: La nota esamina due decisioni di segno opposto in tema di fissazione del *dies a quo* del periodo sospetto legale dell'azione revocatoria fallimentare, fatto decorrere, rispettivamente, dal deposito della sentenza dichiarativa di fallimento e dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese. Esposta la *ratio* della norma che tutela il terzo che abbia ignorato la dichiarazione di fallimento, l'autore ritiene che la sua applicazione non possa estendersi al di là della disciplina dello spossessamento, aderendo così alla tesi che fissa il *dies a quo* nel deposito della sentenza dichiarativa. Infine, lo scritto affronta il tema – estraneo alle decisioni annotate – della revocabilità degli atti compiuti nel periodo che intercorre fra il deposito della sentenza e la sua annotazione nel registro delle imprese.

SOMMARIO. 1. La questione. - 2. Gli argomenti delle due decisioni. 3. - Il fondamento della disciplina. 4. - Qualche considerazione d'insieme. - 5. La revocabilità degli atti "protetti" dalla buona fede.

1. *La questione.*

I due provvedimenti che si annotano⁽¹⁾ hanno risolto in maniera diametralmente opposta una questione che in dottrina non risulta essere stata dibattuta, vale a dire la decorrenza del periodo sospetto legale dell'azione revocatoria fallimentare: i due tribunali la fissano, rispettivamente, nella data di annotazione della sentenza nel registro delle imprese (tribunale di Milano) piuttosto che nella data del suo deposito in cancelleria (tribunale di Trieste).

Invero, la questione dovrebbe essere, in linea di principio, marginale, dato che l'estratto della sentenza dichiarativa deve essere trasmesso (*anche telematicamente*, dice l'art. 17, ult. comma, legge fallim.) all'ufficio del registro delle imprese⁽²⁾ entro il giorno successivo al deposito, sicché

⁽¹⁾ Il primo è un decreto collegiale, reso in sede di opposizione al passivo, mentre il secondo è un'ordinanza pronunciata in procedimento sommario *ex art. 702 bis* cod. proc. civ.

⁽²⁾ Se il fallimento è stato dichiarato dal tribunale nel cui circondario si trova la sede effettiva – essendo la sede legale ubicata presso altro circondario – l'annotazione deve essere eseguita sia presso l'ufficio del luogo in cui si trova la sede legale che presso quello del luogo dove la procedura è stata aperta (art. 17, comma 2), sicché l'effetto dichiarativo dell'anno-

l'annotazione dovrebbe essere pressoché immediata, in ragione dei rilevanti effetti (nei confronti dei terzi) che la riforma della legge fallimentare assegna alla pubblicità⁽³⁾.

Il punto controverso consiste nell'applicabilità anche all'azione revocatoria – o, meglio, al terzo convenuto – della regola contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 16, ult. comma, legge fallim., a mente della quale “*gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 17, secondo comma*”. È dunque della portata di questa norma che si discute.

2. *Gli argomenti delle due decisioni.*

Il tribunale di Milano muove dal presupposto che fra i terzi menzionati dall'ultimo comma dell'art. 16 debba annoverarsi anche il convenuto in revocatoria.

L'affermazione è supportata da una pluralità di argomentazioni, tratte – eccetto la prima – dalla disciplina delle procedure minori: l'art. 69 *bis*, comma 2, a mente del quale, in caso di consecuzione del fallimento a procedura di concordato preventivo, il periodo sospetto decorre dall'iscrizione nel registro delle imprese della domanda di concordato; l'art. 168, commi 1 e 3, nei quali si fissa la decorrenza degli effetti della procedura nei confronti dei creditori e si statuisce l'inefficacia legale delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori, sempre con riferimento alla pubblicazione della domanda⁽⁴⁾; l'art. 184, comma 1, che specularmente attribuisce carattere concorsuale ai creditori aventi titolo anteriore alla pubblicazione del ricorso introduttivo; infine, l'art. 182 *bis*, che, nei commi dal secondo al sesto, fa costante riferimento alla pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese.

Da questa rassegna, il tribunale trae la convinzione che “*tutte le suddette disposizioni integrano un quadro coerente ed univoco, in forza del quale può ormai ritenersi positivamente posto il principio secondo cui gli effetti delle procedure concorsuali verso i terzi possono prodursi solo a partire dalla data di iscrizione nel registro delle imprese degli atti da cui tali effetti promanano*”.

tazione può dirsi realizzato solo col compimento di entrambe le pubblicazioni (GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, VII ed., Torino 2014, p. 96, nt. 2).

⁽³⁾ Merita osservare che a Milano l'annotazione avvenne il secondo giorno successivo al deposito, mentre a Trieste appena il quinto.

⁽⁴⁾ Una disposizione analoga si trova oggi nell'art. 182 *septies*, comma 3.

La decisione del tribunale di Trieste è succintamente motivata con una sola argomentazione: la tutela dei terzi di buona fede che ignorino la dichiarazione di fallimento è ipotizzabile solo in relazione ad atti che siano successivi alla dichiarazione di fallimento, mentre per gli atti anteriori non ha evidentemente senso discutere di buona o mala fede, con riferimento a un fatto non ancora accaduto. L'argomento trova poi conferma nella circostanza che la norma dell'art. 67, comma 2, è rimasta intatta, dove fa riferimento – per la decorrenza del periodo sospetto – alla *dichiarazione di fallimento*, senza menzionarne la pubblicità.

3. *Il fondamento della disciplina.*

Nel fallimento, la norma dell'art. 16, ult. comma, prima proposizione – che prevede la decorrenza degli effetti dalla data del deposito della sentenza – non fa altro che rispondere all'esigenza di legare il vincolo di indisponibilità che colpisce l'intero patrimonio a un unico atto – la sentenza, appunto – essendo evidentemente impossibile associare quegli effetti al compimento delle formalità previste nell'esecuzione individuale, che sono diverse per ciascuna categoria di beni e devono essere eseguite per ciascun diritto assoggettato a esecuzione⁽⁵⁾.

Di conseguenza, se nell'esecuzione individuale la tutela del terzo è affidata alle regole ordinarie che presidiano la circolazione dei diritti, quegli strumenti di tutela non sono utilizzabili nel fallimento: e difatti fino al 2006 il terzo di buona fede era sprovvisto di tutela⁽⁶⁾.

Già nel vigore del codice di commercio la dottrina più autorevole riteneva che il cd. spossessamento operasse per il solo fatto dell'avvenuto deposito della sentenza, essendo irrilevante la buona fede del terzo che l'avesse ignorata⁽⁷⁾. La legge del 1942 non ha innovato il sistema: l'art. 16,

⁽⁵⁾ Peralto, l'adozione delle regole ordinarie sarebbe comunque insufficiente, dal momento che il fallimento incide anche sulla legittimazione ad assumere nuove obbligazioni e a eseguire pagamenti, così come colpisce beni già esistenti ma non individuati e beni sopravvenuti: v. DE FERRA, *Degli effetti del fallimento per il fallito*, in DE FERRA-GUGLIEMUCI, *Effetti del fallimento per il fallito (artt. 42-50)*, Commentario Scialoja e Branca legge fallimentare a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, Bologna-Roma, 1986, p. 1.

⁽⁶⁾ Il vincolo di indisponibilità opera a prescindere da "ogni indagine sulla concreta conoscenza del fallimento da parte dei destinatari di quegli atti, ovvero sull'idoneità o meno di questi ultimi ad arrecare pregiudizio alla massa": Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1348; Cass., 7 luglio 1981 n. 4434, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 637.

⁽⁷⁾ BONELLI, *Del fallimento*, nel *Commentario al Codice di commercio*, Milano, 1923, p. 382.

comma 3, prevedeva la provvisoria esecutività della sentenza⁽⁸⁾ e gli artt. 42, 44 e 45 si limitavano (come ancor oggi si limitano) a ricondurre i diversi effetti da essi previsti alla *data della dichiarazione di fallimento*; la costante giurisprudenza – anche della Corte costituzionale⁽⁹⁾ – aveva affermato che tali effetti si producono automaticamente *erga omnes*, indipendentemente dalla conoscenza effettiva che si abbia della dichiarazione medesima⁽¹⁰⁾ e anche a prescindere dall'avvenuta esecuzione delle formalità pubblicitarie previste dall'art. 17 legge fallim.⁽¹¹⁾

Quest'ultima norma era intesa, prima della riforma, nel senso di fondare in capo a chiunque una presunzione assoluta di conoscenza della dichiarazione di fallimento: dunque, il terzo che, pur ignorando in perfetta buona fede l'avvenuta dichiarazione di fallimento, avesse compiuto – con o senza la collaborazione del fallito – qualsiasi atto idoneo a incidere sul suo patrimonio, non godeva di alcuna tutela, essendo l'atto destinato a rimanere privo di effetti nei confronti dei creditori (salva solo la facoltà del curatore di non avvalersi dell'inefficacia).

Col D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 – il cui art. 14 ha introdotto nell'ultimo comma dell'art. 16 legge fallim. la norma che ci interessa – il quadro muta, nel senso che la tutela del terzo è affidata a un'unica segnalazione pubblicitaria: l'annotazione della sentenza nel registro delle imprese.

4. *Qualche considerazione d'insieme.*

Per inquadrare correttamente – senza sopravvalutazioni – la norma che tutela il terzo, va ricordato che la Relazione illustrativa al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 precisa che la previsione dell'efficacia della sentenza a far data dal suo deposito in cancelleria – previsione rimasta intatta – ha carattere di principio generale: ne dovrebbe dunque seguire, anzitutto, che l'opposta regola, che riconduce la decorrenza di certi effetti del fallimento all'esecuzione della pubblicità, ha carattere eccezionale, sicché è di stretta lettura.

⁽⁸⁾ Oggi non più menzionata, in ragione della regola generale contenuta nell'art. 282 cod. proc. civ., come modificato nel 1990.

⁽⁹⁾ Corte cost., 6 giugno 1995, n. 228, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1706 e in questa *Rivista*, 1995, II, p. 93; Corte cost., 23 giugno 1998, n. 234, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1828.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. un. 16 gennaio 1991, n. 334, in questa *Rivista*, 1991, II, p. 783; Cass., 7 luglio 1981, n. 4434, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 637. La giurisprudenza si è consolidata su massime tralaticie.

⁽¹¹⁾ In questi termini le due sentenze della Corte costituzionale, citate nella nota 8.

Ora, che la inopponibilità al terzo della dichiarazione di fallimento non annotata sia subordinata alla sua buona fede – potendo perciò il curatore fornire la prova del fatto che il fallimento gli era comunque noto – è affermazione generalmente condivisa in dottrina, essendo fondata sul principio contenuto nell'art. 2193, comma 1, cod. civ.⁽¹²⁾: di conseguenza, la nuova disposizione – che assegna rilevanza alla buona fede, in termini di ignoranza dell'avvenuta dichiarazione di fallimento – non può che essere riferita alle ipotesi in cui di buona fede possa aver senso discutere e fra esse non si vede come possa annoverarsi la revoca di atti compiuti in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento⁽¹³⁾, come ha condivisibilmente motivato il Tribunale di Trieste.

Benché sia certamente vero che le disposizioni citate nella decisione del tribunale di Milano disegnano un sistema nel quale gli effetti degli atti iniziali delle procedure minori – ma non del fallimento – decorrono dalla pubblicazione nel registro delle imprese del primo atto rilevante per i terzi, va osservato che nulla autorizza a considerare queste regole quale emersione di un principio generale, applicabile anche al di là della disciplina in cui esse sono collocate.

Anzitutto, non è conducente il richiamo alla disciplina degli accordi di ristrutturazione: trattandosi di contratti (e non di procedimenti che iniziano con una domanda giudiziale o con un provvedimento giurisdizionale), non si vede quale riferimento temporale – diverso dall'iscrizione dell'accordo, fino a quel momento ignoto a chi non vi abbia preso parte – si sarebbe potuto adottare per la decorrenza dei diversi effetti menzionati dalle norme citate nella sentenza.

Ma anche il richiamo alla disciplina del concordato non dovrebbe essere sopravvalutato.

L'avvio della procedura non determina per il debitore la completa perdita della legittimazione a disporre del proprio patrimonio: il c.d. spossessamento attenuato – consistente nella compressione della legittima-

⁽¹²⁾ Anche se si registra una difformità di vedute in punto di conseguenze della mancata annotazione, essendoci da un lato chi ritiene che il difetto determini l'assoluta inopponibilità della sentenza e di tutti i suoi effetti (GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 95 ss.) e chi, d'altra parte, assume una posizione restrittiva, in forza della quale il terzo potrebbe soltanto opporre ai creditori gli atti per la cui opponibilità ai terzi rileva la buona fede di chi li ha compiuti (ROCCO DI TORREPADULA, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2006, p. 696).

⁽¹³⁾ Noto essendo che nell'azione revocatoria fallimentare la buona fede del convenuto rileva solo in quanto abbia ad oggetto lo stato di insolvenza della controparte poi fallita, all'epoca però pienamente legittimata a compiere l'atto revocando.

zione del debitore, che rimane limitata agli atti di ordinaria amministrazione (salva autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione) – opera, infatti, solo dal momento dell’ammissione alla procedura, col decreto previsto dall’art. 163, essendo norma eccezionale, di portata limitata al concordato “in bianco”, quella dell’art. 161, comma 7, che anticipa lo spossessamento attenuato al momento del *deposito del ricorso* (14). E si deve aggiungere, per inciso, che proprio quest’ultima disposizione mina l’omogeneità del panorama delineato dal tribunale di Milano, giacché essa fa appunto riferimento al *deposito del ricorso* e non alla sua *pubblicazione* nel registro delle imprese (15).

Pare piuttosto doversi considerare che nella redazione della disciplina del concordato – e, in particolare, di quelle norme che fissano vari effetti alla data di pubblicazione del ricorso introduttivo – il legislatore ha avuto presenti esigenze diverse da quelle che lo hanno mosso a introdurre l’innovazione oggi contenuta nell’ultimo comma dell’art. 16. Se per il fallimento il problema principale è quello di coordinare la disciplina dello spossessamento con l’esigenza di tutelare il terzo di buona fede, nel concordato la gamma di atti che il debitore o i terzi possono compiere nel lasso di tempo che corre fra il deposito e l’annotazione della domanda è limitata, sicché ha maggior senso legare a questo adempimento gli effetti alla pubblicità, lasciando così del tutto scoperto il periodo intermedio, nel corso del quale il terzo è protetto anche a prescindere dalla buona fede (salvo che nel concordato “in bianco”, per gli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione); e, in questo quadro, è coerente la norma dell’art. 69 *bis*, comma 2, la cui portata resta però limitata al contesto in cui è inserita, vale a dire la consecuzione di procedure (16).

Vi è, infine, un ulteriore argomento – stavolta di carattere pratico – che sostiene la tesi qui preferita.

Che il periodo sospetto legale non possa decorrere dalla pubblicità della sentenza dipende dall’esigenza di fissare (almeno) il *dies a quo* nel

(14) Così ARATO, in AA.VV. *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, tomo III, Torino, 2016, p. 3342; STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Milano, 2016, p. 97.

(15) Considerato che il compimento dell’atto di straordinaria amministrazione non autorizzato è sanzionato con l’inefficacia – non mitigata dalla facoltà del terzo di provare la propria buona fede – la discrasia con la disciplina del concordato “pieno” non pare spiegabile se non con la sciatteria che connota sistematicamente la tecnica di redazione delle ormai innumerevoli modifiche subite dalla legge fallimentare.

(16) Si può, peraltro, aggiungere che la norma dell’art. 69 *bis*, comma 2, non è coeva a quella dell’art. 16 ult. comma, essendo stata introdotta successivamente, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

caso in cui il fallimento abbia colpito un imprenditore non iscritto nel registro delle imprese (compresa la società irregolare, di fatto o occulta), essendo inaccettabile che dall'irregolarità derivi ai creditori l'ulteriore pregiudizio di vedere consolidati atti pregiudizievoli, in attesa dell'esaurimento del procedimento previsto dagli artt. 2190 cod. civ. e 16, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581⁽¹⁷⁾.

5. La revocabilità degli atti "protetti" dalla buona fede.

La fissazione del *dies a quo* nella data di deposito della sentenza apre però il problema del regime degli atti compiuti dal debitore o nei suoi confronti, che sfuggano alla sanzione dell'inefficacia comminata dall'art. 44 legge fallim., in quanto compiuti in data anteriore all'annotazione della sentenza nel registro delle imprese, benché dopo il suo deposito (ovviamente per il caso in cui il curatore non sia in grado di provare la mala fede del terzo).

Premesso che non sembra si possa dubitare del fatto che – una volta dichiarato il fallimento – non debba esserci soluzione di continuità fra il regime della revocabilità (degli atti anteriori) e quello dell'inopponibilità (degli atti successivi), autorevole dottrina⁽¹⁸⁾ ha ritenuto che gli atti protetti dalla buona fede non sfuggano comunque all'azione revocatoria (o di inefficacia legale, se ricadenti nell'ambito di applicazione degli artt. 64 e 65 legge fallim.), la cui portata deve dunque essere estesa fino al momento in cui la dichiarazione di fallimento non abbia prodotto integralmente i propri effetti protettivi sul patrimonio del debitore. Così opinando, vi sarebbe una perfetta continuità temporale fra gli atti anteriori, efficaci ma revocabili, e gli atti successivi, inefficaci *ex lege*.

La condivisibile opinione potrebbe però incontrare l'obiezione che – se combinata con la decorrenza del periodo sospetto dalla data del deposito della sentenza – finirebbe per produrre (sebbene solo nei confronti dei terzi di buona fede) una dilatazione (ancorché di pochi giorni, auspicabilmente) del periodo sospetto al di là della sua durata prevista dalla legge.

L'obiezione non pare però insuperabile, sol che si ricordi come, in epoca anteriore alla riforma, si ritenessero revocabili gli atti compiuti nel corso del concordato preventivo non andato a buon fine dopo l'ammis-

(17) Procedimento che il curatore deve senz'altro essere considerato legittimato a promuovere, onde assicurare la pubblicità della sentenza e, così, la piena opponibilità degli effetti derivanti dallo spossessamento del fallito.

(18) GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 97.

sione (perché non approvato, non omologato, risolto o annullato), pur essendo contemporaneamente affermata, nel fallimento consecutivo, la decorrenza del periodo sospetto dalla data di ammissione del debitore alla procedura minore ⁽¹⁹⁾.

ENRICO BRAN

*Professore aggregato di diritto fallimentare
nell'Università di Trieste*

⁽¹⁹⁾ Cass. 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fallimento*, 1996, p. 529; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3581, in *Giust. civ.*, 2012, p. 1847.

TRIBUNALE DI TRIESTE, 4 ottobre 2013

Pres. Picciotto – Est. Venier

Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia c. Fall. ALFA S.p.a.

Fallimento - Contributi pubblici - Fondi strutturali UE - Revoca contributi pubblici - Continuità aziendale - Perseguimento dei fini - Mantenimento del contributo

(Legge fallim. artt. 104, 104 bis; Reg. CE 1260/1999, art. 30; Reg. CE 1083/2006, art. 57)

L'intervenuto fallimento non costituisce causa automatica di revoca dei contributi concessi a valere su fondi strutturali, ai sensi dell'art. 30.4 del Reg. CE 1260/1999.

(Omissis)

La Regione Friuli Venezia Giulia (di seguito anche Regione), delegata alla gestione dei Fondi strutturali europei previsti dal Regolamento CE n. 1260/1999, dopo avere emanato con L.R. 26/2011 le norme specifiche per l'attuazione del Documento Unico di programmazione 2000-2006 – Obiettivo 2, approvato dalla Commissione CE con decisione n. C (2001) 2811 dd. 23.11.2011), con delibera n. 1593 dd. 1.7.2005 della Giunta Regionale approvava le graduatorie delle domande ammissibili a finanziamento, tra cui quella presentata da Alfa S.p.a. avente a oggetto la realizzazione di un programma d'investimento presso la sede legale volta a introdurre nell'azienda “*certificazione ambientale-innovazione di prodotto/processo – Analisi e ricerca di mercato*”.

Con decreto n. 3918 dd. 26.11.2007 del Vicedirettore Centrale della Direzione Centrale Attività Produttive era concesso a Alfa S.p.a. “*il contributo rideterminato di Euro 410.644,75*” [...].

Con decreto n. 1817 dd. 4.11.2011, rilevata l'intervenuta dichiarazione, con sentenza n. 25 dd. 4.10.2011, del fallimento di Alfa S.p.a. quale causa che “*non consente, anche in base alle indicazioni dell'Autorità di gestione, il rispetto dell'obbligo della stabilità delle operazioni di cui al citato Regolamento (CE) n. 1260/1999*”, era disposta la revoca del contributo.

La Regione presentava quindi domanda di ammissione tardiva ex art. 101 L.F. per il credito, conseguente alla disposta revoca, di complessivi Euro 513.094,20 (di cui Euro 436.130,34 in via privilegiata ex art. 24, commi 32, 33 e 36 L. 449/1997), che veniva respinta dal Giudice delegato con decreto comunicato il 4.12.2012 “*in quanto l'intervenuto fallimento non ha comportato modificazioni sostanziali all'operazione finanziata né ha prodotto vantaggi indebiti per la società fallita né la cessazione della sua attività, sicché è stato adempiuto l'obbligo di stabilità; in ogni caso, per l'avvenuto decorso del quinquennio di legge*”.

Ha proposto opposizione la Regione, deducendo come il fallimento rappresenti un evento idoneo a modificare sostanzialmente l'operazione ammessa a contributo e a compromettere il mantenimento della destinazione del bene contribuito, con conseguente impossibilità di perseguire le finalità di interesse pubblico sottese all'erogazione, integrando quindi presupposto legittimante la revoca ai sensi dell'art. 30, IV comma del Regolamento CE 1260/1999.

[...]

Si è costituita la Curatela, la quale [...] in via subordinata, ha rilevato come il presupposto della revoca del contributo sia identificato dall'art. 30, IV co. del citato Regolamento non già nel fallimento in sé e per sé considerato, ma nella modifica – soggettiva e oggettiva

– dell’operazione finanziata, modifica che, nel caso di specie, era esclusa, posto che la continuità aziendale era stata assicurata affidando la gestione dell’azienda in regime di comodato all’esito di procedura competitiva ex art. 104 *bis* L.F.; né – ha proseguito la resistente – si era verificato, a seguito del fallimento, alcun cambiamento nella struttura della proprietà, atteso che lo spossessamento previsto dall’art. 42 L.F. priva l’imprenditore della facoltà di disporre e amministrare il proprio patrimonio, ma non della titolarità della proprietà. La bontà di tali argomentazioni – ha concluso la Curatela – era confermata dall’attuale disciplina comunitaria dei Fondi Strutturali – Obiettivo 2 per il periodo di programmazione 2007-2013, la quale, con norma (contenuta nel Regolamento UE n. 539/2010) di carattere interpretativo e quindi retroattiva, esclude l’applicazione delle regole in tema di rispetto dei vincoli di stabilità dell’operazione finanziata (dettate dall’art. 57 del Regolamento CE n. 1083/2006, norma corrispondente all’art. 30 del Regolamento CE n. 1260/1999) “*ad alcuna operazione che subisca una modifica sostanziale in conseguenza della cessazione dell’attività produttiva dovuta a fallimento*”, così escludendosi che il fallimento possa rappresentare, di per sé, una violazione dell’obbligo di stabilità dell’operazione.

Così riassunti i termini della controversia e le rispettive difese delle parti, ritiene il Collegio che l’opposizione sia infondata e non possa pertanto essere accolta.

[...]

Nel merito, si osserva che il decreto n. 1817/2011, titolo della pretesa azionata dalla Regione, rilevato che “*il fallimento dell’impresa non consente, anche in base alle indicazioni dell’Autorità di gestione, il rispetto dell’obbligo della stabilità delle operazioni di cui al citato Regolamento CE n. 1260/1999*”, ha disposto la revoca del finanziamento concesso a Alfa S.p.a.

Deve quindi accertarsi se l’intervenuto fallimento dell’impresa beneficiaria di finanziamento nell’ambito del Docup 2000-2006 Obiettivo 2 configuri o no idoneo motivo di revoca del contributo stesso, legittimando conseguentemente l’ammissione al passivo del credito della Regione a titolo di restituzione.

L’art. 30, IV comma del Regolamento CE n. 1260/1999, abrogato dal Regolamento CE n. 1083 dell’11.7.2006, ma applicabile *ratione temporis*, così dispone:

“*Gli Stati membri si accertano che la partecipazione dei Fondi resti attribuita ad un’operazione esclusivamente se quest’ultima entro cinque anni dalla data della decisione delle competenti autorità nazionali o dell’autorità di gestione relativa alla partecipazione dei Fondi, non subisce modificazioni sostanziali:*

a) che ne alterino la natura o le modalità di esecuzione, o che procurino un vantaggio indebito a un’impresa o a un ente pubblico, e

b) che determinino un cambiamento nella natura della proprietà di un’infrastruttura oppure la cessazione o il cambiamento di localizzazione di un’attività produttiva⁽¹⁾).

Secondo la disciplina citata, la modifica dell’operazione oggetto di aiuto dev’essere quindi, per rilevare ai fini della revoca, “*sostanziale*”, tale cioè da comportare uno sviamento dell’operazione rispetto alle finalità proprie costituite, in generale quanto all’Azione 2.3.1 del Docup 2000-2006, dalla “*realizzazione di interventi che favoriscono il rafforzamento del sistema imprese in termini di conoscenza, produttività e competitività attraverso l’acqui-*

(1) Coerentemente con il *Considerando* 41 del Regolamento, che condiziona la definitiva attribuzione dell’aiuto a un’operazione “*soltanto se la natura e le condizioni di realizzazione della stessa non subiscono una modifica importante, tale da sviare l’operazione sovvenzionata dal suo obiettivo iniziale*”.

sizione dei servizi reali” (così il bando approvato con D.G.R. 2956/2004, doc. 1) e, quanto specificamente all’agevolazione ottenuta da DLB S.p.a., dalla “realizzazione di un progetto finalizzato ad introdurre in aziendacertificazione ambientale-innovazione di prodotto/processo – analisi e ricerca di mercato” (v. decreto n. 3918/2011), richiedendosi a tal fine – come appare dall’utilizzo della congiunzione “e” tra la previsione della lettera a) e quella della lettera b) dell’art. 30 del Regolamento – sia l’alterazione della natura o delle modalità di esecuzione dell’operazione o l’acquisizione di un indebito vantaggio all’impresa, sia un mutamento nella natura della proprietà dell’infrastruttura o la cessazione o il cambiamento di localizzazione dell’attività produttiva.

Escluso che dal sopravvenuto fallimento della società beneficiaria derivi un mutamento nella proprietà dell’impresa, pacifico essendo che il fallimento priva l’imprenditore dell’amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42 L.F.), di cui egli rimane peraltro proprietario sino alla loro liquidazione, l’accertamento va condotto sotto i rimanenti profili dell’alterazione della natura o delle modalità di esecuzione, della sussistenza di un vantaggio indebito a un’impresa o a un ente pubblico, e della cessazione o cambiamento di localizzazione dell’attività produttiva.

Un tale accertamento va peraltro effettuato caso per caso, tenendo cioè conto delle specifiche modalità in cui si articola l’amministrazione della singola procedura fallimentare, non autorizzando la lettera e la *ratio* dell’art. 30, IV comma del citato Regolamento di ritenere che la dichiarazione di fallimento (invero dalla norma non menzionata) imponga di per sé stessa la revoca del finanziamento.

Del resto, che il fallimento non rappresenti *ex se* motivo di revoca del finanziamento appare confermato dall’art. 1 punto 8) del regolamento UE n. 539 del 16.6.2010 che, modificando l’art. 57 del Regolamento CE n. 1083/2006 (contenente le disposizioni in tema di obblighi di stabilità delle operazioni, già disciplinate dall’abrogato art. 30, IV comma del Regolamento CE n. 1260/1999), ha stabilito che “*i paragrafi da 1 a 4 non si applicano ad alcuna operazione che subisca una modifica sostanziale in conseguenza della cessazione dell’attività produttiva dovuta a fallimento*”. E invero tale disposizione, pur non integrante (a differenza di quanto sostenuto da parte resistente) norma di interpretazione autentica (la quale, derogando al principio della irretroattività della legge, deve risultare chiaramente dal suo contenuto, il quale deve non solo enunciare il significato da attribuire ad una norma precedente, ma anche la volontà del legislatore di imporre questa interpretazione, escludendone ogni altra; così Cass. 21.12.2012, n. 23827, in tema di norma comunitaria), è significativa della non configurabilità, per l’ordinamento comunitario, di un’automatica violazione dell’obbligo di stabilità in conseguenza della dichiarazione di fallimento.

Deve quindi affermarsi che non è la pronuncia di fallimento in sé e per sé considerata a rilevare ai fini della revoca dell’aiuto, ma lo stato di capacità o meno dell’impresa di perseguire le finalità finanziate: con la conseguenza che la revoca sarà giustificata nei casi in cui si accerti la concreta impossibilità di mantenere la continuità aziendale (ad esempio perché già cessata o irrimediabilmente pregiudicata prima della stessa dichiarazione di fallimento) e la procedura concorsuale persegua finalità meramente e immediatamente liquidativa.

Viceversa, nelle ipotesi in cui l’impresa, pur insolvente, sia attiva, il perseguimento della finalità liquidativa ben potrà essere assicurato, in via indiretta e onde evitare la disgregazione dei beni aziendali, con il mantenimento della continuità aziendale – in conformità alla volontà, sottesa alla riforma introdotta dal D.Lgs. 9.1.2006, n. 5 e confermata dalle modifiche successivamente apportate alla legge fallimentare (v. ad es. D.Lgs. 12.9.2007, n. 169), di conservare l’integrità dell’impresa fallita – ricorrendo a istituti quali l’esercizio provviso-

rio dell'impresa ex art. 104 L.F. (che postula proprio il compimento di attività imprenditoriale) e l'affitto dell'azienda ex art. 104 bis L.F., o alla stipulazione di contratti di comodato (conclusione – si rileva incidentalmente – non contrastante con il precedente decreto ex art. 99 L.F. dd. 30.10.2012 di questo Tribunale, allegato dalla ricorrente sub doc. 14, nel quale, pur dandosi atto del fatto che la dichiarazione di fallimento rappresenti motivo idoneo alla revoca del finanziamento “sostituendosi al pregresso esercizio di impresa l'attività degli organi della procedura volta alla liquidazione dei beni in vista del soddisfacimento dei creditori”, l'accoglimento dell'opposizione della Regione è stato concretamente disposto non in forza del fallimento, in quanto “nel caso in esame l'esercizio dell'impresa appare ... proseguire pur dopo la dichiarazione di fallimento...”, ma sulla ben diversa base dell'“ulteriore motivo di revoca costituito dalla cancellazione della fallita dall'Albo delle Imprese Artigiane, e quindi del venir meno – come sopra rilevato – di uno dei requisiti che condizionano espressamente l'ammissione prima e il mantenimento poi dell'aiuto”).

Nel caso di specie, emerge dalla documentazione prodotta dalla resistente che immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento il curatore richiese innanzitutto al giudice delegato una serie di autorizzazioni, riguardanti l'intervento della Cigs ex art. 3 L. 223/1991, la liquidazione delle rimanenze e la custodia attiva del complesso aziendale, “al fine di conservare la consistenza dell'azienda” (v. istanza e relativo decreto dd. 7.10.2011, all. 1), la stipulazione di nuovi contratti di somministrazione relativi alle utenze, “necessari al mantenimento dell'integrità del complesso aziendale e del relativo avviamento” (v. istanza e decreto dd. 26.10.2011, all. 2), e si attivò, immediatamente dopo, a porre in essere le “misure correttive” conseguenti ai rilievi critici mossi nel corso dell'ispezione disposta dall'Agenzia Italiana per il Farmaco – AIFA e volte ad assicurare il mantenimento delle autorizzazioni ministeriali, necessarie per “il mantenimento della funzionalità del complesso aziendale della fallita in termini di Officina Farmaceutica” (v., sub all. 3, istanza e decreto dd. 7.11.2011, il quale ultimo ribadisce altresì “che la continuità aziendale del sito produttivo appare prioritaria nell'interesse dei creditori, dei lavoratori e dell'attuale clientela”).

E, in effetti, l'inequivoca ed espresa finalità al cui perseguimento venne indirizzata tale complessa attività, è stata effettivamente perseguita con la stipulazione da parte del curatore, all'esito di procedura competitiva e previa autorizzazione del giudice delegato, del “contratto di comodato ed affitto di azienda” dd. 12.12.2011 e del “contratto di comodato di ramo di azienda” dd. 22.12.2011 (docc. 8 e 9), aventi a oggetto la “produzione e commercio di prodotti farmaceutici infusionali” (costituente il ramo d'azienda principale) e, rispettivamente, la “fabbricazione e commercio dei dispositivi medicali[...]”.

La dichiarazione di fallimento non ha quindi determinato alcuno degli effetti previsti dalle lettere a) – b) dell'art. 30, IV comma del Regolamento CE n. 1260/1999, avendo la stipulazione, seguita dall'effettivo adempimento (v. la documentazione sub all. 11, 12, 13, e 14 di parte ricorrente, che dà conto, tra l'altro, dei pagamenti di stipendi e relativi oneri accessori ai dipendenti richiamati in servizio dalla Cigs, e delle fatture di acquisto e vendita di beni e servizi), dei due contratti di comodato garantito la prosecuzione dell'attività di impresa sulla base delle pregresse modalità di esecuzione (ed escluso dunque qualsivoglia alterazione della natura o delle modalità di esecuzione dell'operazione o la cessazione o il cambiamento di localizzazione dell'attività produttiva), senza che ne sia derivato alcun “vantaggio indebito” (invero neppure specificamente individuato dalla Regione) in capo ad alcuno.

Né in contrario può fondatamente sostenersi che l'affidamento della gestione aziendale a terzi integri violazione del vincolo di stabilità sotto il profilo soggettivo, atteso che la norma comunitaria individua la violazione nel “cambiamento nella natura della proprietà di

un'infrastruttura”, non ravvisabile nella concessione in godimento, in forza di contratto di comodato o affitto, dell'azienda.

Va pertanto respinto il ricorso in opposizione presentato dalla Regione.

La peculiarità e complessità delle questioni giuridiche trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

visti gli artt. 98 e 99 R.D. 267/42

- rigetta il ricorso;
- compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

“Custodia attiva” dell'azienda fallita e mantenimento di contributi pubblici

Abstract: La nota affronta la questione della rilevanza del fallimento come motivo di revoca di contributi pubblici (comunitari, nella specie), il cui mantenimento dipenda dalla stabilità – sia sul piano soggettivo che oggettivo – dell'operazione finanziata. La decisione annotata esclude che il fallimento determini di per sé una violazione dell'obbligo di stabilità e valorizza le modalità con le quali il curatore aveva assicurato in una prima fase una pur minima continuità aziendale, anche in mancanza di esercizio provvisorio, per poi trasferire a terzi la gestione dell'azienda.

SOMMARIO: 1. La questione - 2. I fatti - 3. La posizione dell'amministrazione - 4. La decisione - 5 La “custodia attiva” come modalità di conservazione della continuità aziendale.

1. *La questione.*

Il decreto che si annota – reso in sede di opposizione al passivo – si segnala per un'attenta lettura del ruolo che può avere la continuità aziendale nel fallimento⁽²⁾, con riferimento alla sua rilevanza in punto di mantenimento di contributi pubblici, laddove la loro erogazione e mantenimento siano subordinate a vincoli di stabilità, sia della destinazione del contributo, sia dell'investimento finanziato.

⁽²⁾ Per scrupolo di precisione, va ricordato che il postulato della continuità aziendale (menzionato nell'art. 2423 *bis*, n. 1, cod. civ.) è di regola riferito all'impresa, piuttosto che all'azienda; com'è noto, esso consiste nella previsione che l'impresa sia in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro senza che vi sia né l'intenzione né la necessità di metterla in liquidazione, di cessare l'attività o di assoggettarla a procedure concorsuali. Il concetto di continuità aziendale può tuttavia – se non altro per comodità – riferirsi alla prosecuzione dell'attività dell'azienda, che nel fallimento assume particolare rilevanza in ordine alla conservazione della sua consistenza e delle sue qualità, prima fra tutte l'avviamento.

2. I fatti.

I fatti di causa muovono da un contributo erogato dalla Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia a valere su fondi strutturali comunitari, disciplinati dall'allora vigente Reg. CE 21 giugno 1999, n. 1260⁽³⁾.

Ottenuto nell'anno 2007 il contributo, l'impresa beneficiaria veniva dichiarata fallita nell'ottobre del 2011. Seguiva la revoca del contributo, motivata dall'avvenuto assoggettamento alla procedura concorsuale che – a detta dell'Ente – non avrebbe consentito il rispetto del vincolo di stabilità previsto dall'art. 30.4, Reg. 1260/99⁽⁴⁾.

L'istanza di ammissione al passivo del contributo, con relativi interessi⁽⁵⁾, veniva respinta con la motivazione che *“l'intervenuto fallimento non ha comportato modificazioni sostanziali all'operazione finanziata né ha prodotto vantaggi indebiti per la società fallita né la cessazione della sua attività sicché è stato adempiuto l'obbligo di stabilità”*⁽⁶⁾.

3. La posizione dell'amministrazione.

La Regione proponeva opposizione al passivo, insistendo sulla tesi che il fallimento determina uno sviamento dell'operazione rispetto alle finalità sue proprie, sviamento consistente nella modifica della natura e dell'esecuzione dell'iniziativa oggetto della sovvenzione, dipendente dal fatto che, con l'assoggettamento alla procedura, all'ordinaria attività d'impresa si sostituisce l'attività dei suoi organi, orientata al soddisfacimento dei cre-

⁽³⁾ Regolamento poi abrogato dal Reg. CE 11 luglio 2006, n. 1083.

⁽⁴⁾ La norma recita:

“4. Gli Stati membri si accertano che la partecipazione dei Fondi resti attribuita ad un'operazione esclusivamente se quest'ultima entro cinque anni dalla data della decisione delle competenti autorità nazionali o dell'autorità di gestione relativa alla partecipazione dei Fondi, non subisce modificazioni sostanziali:

a) che ne alterino la natura o le modalità di esecuzione, o che procurino un vantaggio indebito a un'impresa o a un ente pubblico, e

b) che determinino un cambiamento nella natura della proprietà di un'infrastruttura oppure la cessazione o il cambiamento di localizzazione di un'attività produttiva [...]”.

A sua volta, il Considerando 41 del Regolamento condiziona la definitiva attribuzione dell'aiuto a un'operazione “soltanto se la natura e le condizioni di realizzazione della stessa non subiscono una modifica importante, tale da sviare l'operazione sovvenzionata dal suo obiettivo iniziale”.

⁽⁵⁾ Credito munito del privilegio previsto dall'art. 24, commi 32, 33 e 36, L. n. 449/1997.

⁽⁶⁾ Omettiamo qui di considerare, trattandosi di questione di puro fatto, l'ulteriore eccezione avanzata dal curatore – e poi disattesa dal Tribunale – concernente l'avvenuto decorso del quinquennio che, ai sensi dell'art. 30.4 cit. costituisce il limite temporale dei vincoli.

ditori; si aggiungeva poi che, sul piano soggettivo, lo spossamento subito dall'imprenditore fallito costituisce violazione della lett. "b" dell'art. 30.4 del Regolamento (7), trattandosi di una sorta di mutamento della proprietà dell'impresa sovvenuta.

Per parte sua, il fallimento resisteva sulle conclusioni rassegnate dal curatore aggiungendo un ulteriore argomento – poi disatteso dal tribunale – fondato sull'inopponibilità del provvedimento di revoca, in quanto avente natura costitutiva e origine successiva all'apertura del concorso (8).

4. *La decisione.*

La questione è stata dunque decisa dal tribunale sulla base del disposto dell'art. 30.4 del Regolamento 1260/1999 e il punto centrale della controversia consiste nel quesito se il fallimento sia da considerarsi rilevante quale modifica "sostanziale" dell'operazione oggetto dell'agevolazione, così risultando legittimata la revoca del contributo.

Anzitutto, il decreto, accogliendo la tesi del fallimento resistente, afferma che la revoca può essere disposta solo in quanto si siano verificate entrambe le circostanze menzionate nelle lettere "a" e "b" della norma: occorre, in altri termini, che sussistano *sia* l'alterazione della natura o delle modalità di esecuzione dell'operazione o l'acquisizione di un indebito vantaggio all'impresa, *sia* un mutamento nella natura della proprietà dell'infrastruttura o la cessazione o il cambiamento di localizzazione dell'attività produttiva.

Un tanto premesso, la decisione sgombera il campo dall'errata affermazione che il fallimento comporterebbe una modifica soggettiva nella titolarità dell'impresa, pacifico essendo che l'apertura della procedura determina soltanto l'attribuzione al curatore della legittimazione ad amministrare e disporre del patrimonio del debitore, che ne rimane titolare.

Sempre in termini generali, il tribunale richiama la disciplina dei fondi strutturali comunitari, successiva rispetto a quella applicabile al rapporto in lite: in particolare, l'art. 1.8, lett. "b" del Reg. CE 539/2010, dd. 16 giugno 2010, ha modificato l'art. 57 del Reg. CE n. 1083/2006 (contenente le disposizioni in tema di obblighi di stabilità delle operazioni, già disciplinate dall'abrogato art. 30.4, che qui interessa), inserendovi un 5° comma, nel quale si precisa che "*i paragrafi da 1 a 4* [ndr.: quelli che disci-

(7) V. nota 4.

(8) Anche questo argomento rimane estraneo alla presente nota.

pliano la revoca, con disposizione analoga a quella già contenuta nell'art. 30.4 del precedente Regolamento 1260/1999] *non si applicano ad alcuna operazione che subisca una modifica sostanziale in conseguenza della cessazione dell'attività produttiva dovuta a fallimento*".

La novella – precisa ancora il tribunale – non ha carattere di interpretazione autentica, ma supporta comunque l'affermazione che, per l'ordinamento comunitario, la dichiarazione di fallimento non costituisce di per sé violazione dell'obbligo di stabilità e, così, ipotesi di revoca automatica. Questo approccio pare corretto: la nuova norma, infatti, si applica alle imprese che, in conseguenza del fallimento, abbiano cessato l'attività, così concretizzandosi una situazione che, nel vigore del precedente regolamento, avrebbe certamente legittimato la revoca; tuttavia, non sempre al fallimento consegue la rottura della continuità aziendale, sicché anche nel vigore della più rigida disciplina del 1999 la revoca non è, appunto, conseguenza automatica dell'assoggettamento dell'impresa a procedura⁽⁹⁾.

Essendo dunque irrilevante ai fini della revoca lo spossamento subito dall'imprenditore fallito e non automaticamente decisiva la dichiarazione di fallimento, la revoca può fondarsi sull'accertamento – da svolgersi in concreto, caso per caso – dell'avvenuta alterazione della natura o delle modalità di esecuzione, della sussistenza di un vantaggio indebito a un'impresa o a un ente pubblico (art. 30.4, lett. "a"), e della cessazione o cambiamento di localizzazione dell'attività produttiva (art. 30.4, lett. "b").

Per quanto in particolare attiene il primo gruppo di circostanze (quelle menzionate dalla lett. "a"), andrà valutata, se sussistente, la sopravvenuta incapacità dell'impresa di perseguire le finalità finanziate, anzitutto nel caso in cui il fallimento abbia determinato la rottura della continuità aziendale (che – precisa correttamente il tribunale – può essersi verificata già prima della sentenza); mentre tale incapacità dovrà essere esclusa qualora, nonostante il fallimento, la continuità aziendale si stia conservata.

⁽⁹⁾ Un cenno in questo senso si rinviene nella decisione n. 9244 d.d. 21 dicembre 2010 della Commissione (in G.U.C.E. 23 dicembre 2010), dove, al 4° *considerando*, si fa riferimento alla irregolarità che consiste nella "... mancata esecuzione ... di un'operazione cofinanziata dal bilancio comunitario in seguito al fallimento del beneficiario", dal che si evince che il fallimento non costituisce di per sé l'irregolarità, ma può determinarla, consistendo la medesima nella mancata esecuzione dell'operazione.

5. La “custodia attiva” come modalità di conservazione della continuità aziendale.

Un aspetto interessante della vicenda decisa dal tribunale risiede nelle modalità peculiari con le quali il curatore dell’impresa beneficiaria aveva assicurato una – parziale ma pur sempre significativa per le finalità qui in esame – continuità aziendale. In effetti, dal decreto emerge anzitutto che non fu disposto l’esercizio provvisorio (che ovviamente costituirebbe una modalità indiscutibile di conservazione della continuità) e la gestione dell’azienda fu affidata a un terzo⁽¹⁰⁾ a distanza di circa due mesi e mezzo dal fallimento. Il tribunale ha dunque valorizzato le modalità con le quali il curatore aveva provveduto – nel periodo intercorso fra il fallimento e la concessione della gestione al nuovo imprenditore – a salvaguardare la consistenza dell’azienda, per mezzo di una “custodia attiva”, che rappresenta una sorta di via di mezzo fra la piena continuità data dall’esercizio provvisorio (o dall’affidamento a terzi, sotto questo profilo equivalente) e la mera gestione liquidatoria. Nel concreto, i dipendenti erano stati messi immediatamente in CIGS, ma una parte di essi era stata via via richiamata, per assicurare l’esecuzione di una serie di attività imposte dall’autorità di vigilanza in relazione al mantenimento dell’autorizzazione amministrativa di cui l’azienda necessitava⁽¹¹⁾ e la cui revoca avrebbe determinato una consistente perdita di valori tangibili e intangibili⁽¹²⁾; inoltre, pur essendo stata sospesa l’attività produttiva, era stata assicurata la continuità di una serie di contratti di fornitura, utilizzando le scorte di magazzino⁽¹³⁾.

Al di là delle vicende del contributo oggetto della lite, è interessante rilevare come la conservazione delle continuità aziendale possa avvenire anche in un contesto non produttivo, nonostante l’intervenuto fallimento e anche al di fuori delle ipotesi tipiche di esercizio provvisorio o affidamento della gestione a terzi: d’altra parte, anche nelle imprese *in bonis* non è infrequente che la produzione sia sospesa e il personale collocato in cassa

(10) Più esattamente, il ramo principale fu concesso in comodato e il ramo secondario in affitto.

(11) Si trattava, infatti, di un’azienda farmaceutica, soggetta alla vigilanza dell’Agenzia Italiana del Farmaco – AIFA e la cui attività produttiva è soggetta ad autorizzazione, ai sensi del D.Lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

(12) Limitando gli esempi alle peculiarità della fallita, basti menzionare le autorizzazioni all’immissione in commercio (AIC) dei farmaci, destinate a decadere in caso di mancata produzione dei relativi prodotti.

(13) Trattandosi di farmaci, va osservato che l’impossibilità di venderli come tali – dipenda essa da ragioni regolatorie o, semplicemente, pratiche – li trasforma di diritto in rifiuti speciali, il cui smaltimento ha costi assai elevati.

integrazione, né ciò comporta che si debba necessariamente riscontrare una cessazione della continuità aziendale, con tutte le conseguenze che ne derivano⁽¹⁴⁾.

ENRICO BRAN
*Professore aggregato di diritto fallimentare
nell'Università di Trieste*

⁽¹⁴⁾ Al di là del mero piano contabile (art. 2423 *bis*, n. 1, cod. civ.), nell'ambito del fallimento può essere essenziale il mantenimento di concessioni, autorizzazioni o licenze o, come nel caso di specie, la conservazione di contributi pubblici, altrimenti destinati a essere recuperati in danno agli altri creditori.

*Se posso avere una raccolta
di volumi che si arricchisce
continuamente,*

è **La Mia Biblioteca**

*La Mia **Biblioteca*** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è **pensata per te,
richiedi subito una prova!**

lamiabiblioteca.com



 **Wolters Kluwer**

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretto da

A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa

€ 180

Cod. 00203117

Il Trattato, frutto dell'esperienza didattica e professionale dei Direttori e degli Autori, analizza in modo approfondito e trasversale, un settore del diritto penale di grande rilevanza nell'odierna vita economica e sociale, sensibile ai mutamenti non solo del mondo dell'impresa e del lavoro, ma anche dei mercati e dei consumatori.

L'Opera si sofferma su quattro grandi aree relative a:

- reati societari, finanziari e bancari
- reati tributari
- reati fallimentari
- responsabilità da reato dell'ente che può essere chiamato a rispondere dei reati commessi da dirigenti, dipendenti che operano in nome e per conto dell'ente stesso.

L'analisi delle **disposizioni del codice e della normativa complementare** parte da un'esegesi del dato normativo, arricchita dagli spunti offerti dalla **dottrina più accreditata** e dallo studio dell'applicazione effettuata dalla **Suprema Corte**,

dalle **Corti europee** e dai **Tribunali di merito**.

Il Trattato rappresenta un valido supporto per il professionista per l'inquadramento e l'aggiornamento della materia.



UTET GIURIDICA ® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

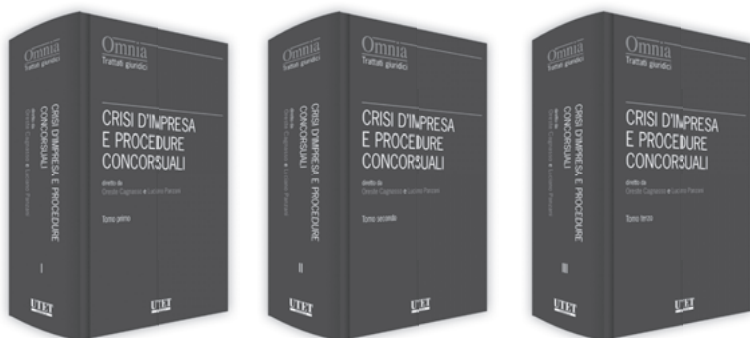
 shop.wki.it  02.82476.1
 info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

Y04EVBN

CRISI D'IMPRESA E PROCEDURE CONCORSUALI

diretto da Oreste Cagnasso e Luciano Panzani



€ 260

Cod. 00188309

Il Trattato approfondisce, con un **approccio multidisciplinare e trasversale**, la disciplina dell'intero diritto fallimentare, attraverso un **commento di alto profilo** e di taglio estremamente pratico che tiene conto della normativa vigente e dei progetti di riforma della materia.

Attraverso l'apporto derivante da una solida preparazione scientifica ed esperienza professionale, gli Autori analizzano in modo dettagliato **il dato normativo**, offrendo nel contempo una **panoramica sugli aspetti applicativi offerti dalla giurisprudenza di legittimità e di merito**, unitamente agli **orientamenti elaborati dalla dottrina** più significativa.

Particolare attenzione viene poi riservata agli **spunti offerti dai lavori della Commissione Rordorf** e alle numerose novità normative intervenute fino alla **legge 30 giugno 2016, n. 119 di conversione del d.l. n. 59/2016**, effettuando nel contempo una ricognizione del regime vigente in alcune delle più significative realtà europee e internazionali.

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y95ETBN - 16x24

 shop.wki.it  02.82476.794
 info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

MASSIMARIO DELLE OPERAZIONI SOCIETARIE

COMPLETATO CON LA GIURISPRUDENZA
DI MERITO E DI LEGITTIMITÀ

di ANGELO BUSANI

€ 150

Cod. 00201540

L'opera si caratterizza per la sua originalità nella trattazione giuridica: è al tempo stesso un **manuale** di diritto societario, un **commentario**, perché ciascun istituto è inquadrato nella normativa di riferimento, un **massimario**, perché ogni argomento è svolto utilizzando le massime, i principi di diritto, le regole generali enunciate dai giudici, di legittimità e di merito, con cui le disposizioni sono interpretate e applicate, ma è anche un **pronuario**, in quanto ogni argomento è corredato dei riferimenti alle raccolte, ai pareri, alle prese di posizione degli enti rappresentativi delle professioni interessate.

La seconda edizione dell'opera è stata ampliata: raccoglie **oltre 6000 casi** che possono presentarsi nella vita di una società; rifinita nella sua impostazione, al fine di favorire la ricerca dei materiali contenuti nel volume, ed **arricchita con tutta la giurisprudenza prodotta**, nelle **Corti di merito e in sede di legittimità**, in tema di "operazioni societarie".

La **sistematicità** dell'esposizione degli argomenti trattati, fatta per massime, principi e la **chiarezza** delle proposizioni ne fanno un'opera essenziale nel lavoro quotidiano dei professionisti del settore, e la scelta delle **soluzioni** – netta e lineare – una guida preziosa per chi, trovandosi di fronte a più orientamenti o a più soluzioni, riceve una indicazione primaria assai utile.



CURATORE FALLIMENTARE

*a cura di Michele Monteleone
in collaborazione
con A. Costa, L. Giarratana, L. Nisco*

€ 60

Cod. 00216486

L'opera fornisce ai professionisti un quadro d'insieme di tutti gli aspetti inerenti alla **corretta gestione delle procedure fallimentari**.

Gli Autori delineano il ruolo del Curatore Fallimentare, tratteggiando sia i **profili giuridici** che quelli di **gestione economico - aziendalistica** della procedura.

Nella Parte I del volume, attraverso indicazioni concrete e coordinate di orientamento (desunte dalla prassi), si perviene alla univoca **soluzione delle questioni applicative controverse**, anche attraverso l'esame delle disposizioni normative di riferimento, reinterpretate alla luce della recente novella legislativa introdotta con il D.L. 83/2015, conv. in L. 132/2015, nonché con il D.L. n. 59/2016, conv. in L. 119/2016, e infine il **D.L. del 22/10/2016, n. 193**, conv. in **L. 01/12/2016, n. 225**.

La variegata ed aggiornata illustrazione delle tematiche afferenti il governo della procedura fallimentare, insieme all'approfondimento anche teorico di ogni istituto, rende il lavoro un **funzionale strumento di consultazione**.

L'opera si avvale, inoltre, della **collaborazione di specialisti** dei settori aziendalistico, fiscale/tributario e penale.

Completano la trattazione le **formule finali**.



YZ6EVBN

 shop.wki.it  02.82476.1
 info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

IL CONTRATTO

di Rodolfo Sacco, Giorgio De Nova

€ 130

Cod. 00218872

L'Opera, frutto di una **riflessione sviluppata da due dei maggiori esperti a livello nazionale e internazionale**, offre un'analisi approfondita e ragionata delle disposizioni del codice civile relative agli elementi del contratto, al fine di meglio comprenderne i contenuti normativi e le eventuali situazioni patologiche che possono diventare oggetto di contenzioso.

Particolare attenzione viene poi riservata all'**interpretazione offerta dalle pronunce della Cassazione e della Corte costituzionale** al fine di coniugare l'inquadramento teorico con l'applicazione pratica e operativa.



UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y57EVBN

 shop.wki.it  02.82476.1
 info.commerciali@wki.it



Wolters Kluwer

When you have to be right

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Strada 1 Palazzo F6, 20090 Milanofiori Assago (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo contact@wkiert.it.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/DFSC, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android) scaricando l'App Edicola professionale.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167 INTESASANPAOLO - AG. ROMA intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. IBAN IT32K0306905070615222314167

- Carta di credito Visa, Master Card, Carta Sì, American Card, American Express, specificando il numero e la data di scadenza.

Abbonamento 2017

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 240,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 220,00 + iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 300,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 220,00 (esente IVA)



SERVIZIO CLIENTI CEDAM

► Informazioni commerciali ed amministrative:

tel. 02.824761 - Indirizzo internet: www.servizioclienti.wki.it - e-mail: servizio.clienti@wolterskluger.com

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.

Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.

Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/03, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1, Pal. F6 - 20090 Assago (MI)

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 677 del 12 novembre 2008

(ex registrazione presso il Tribunale di Padova al n. 470, del 22 marzo 1974)

Direttore responsabile: Concetto Costa

Proprietà letteraria - Stampato in Italia - Printed in Italy

Fotocomposizione: Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)

Stampa: GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)



€ 55,00 I.V.A. INCLUSA