Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ISSN 0391-5239

Pubblicazione bimestrale
Anno XCI

3-4/2016

CEDAM

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

Wolters Kluwer

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1 - DCB Milano
Pubblicazione bimestrale - Con I.P.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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 Macrì, 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, 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.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CEDAM

Pubblicazione bimestrale
Anno XCI

3-4/2016

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

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

SOMMARIO DEL PRESENTE FASCICOLO (3-4/2016)

Parte Prima
DOTTRINA

Articoli

Bruno Inzitari, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)* ..... Pag. 629

Giovanni Romano, *Stabilità del sistema, prevenzione delle crisi bancarie e riforma delle banche popolari. osservazioni a margine del d.l. n. 3/2015* 664

Giuseppe Fauceglia, *Riflessioni sul secondo comma dell'art. 64 l. fall.* 712

Giuseppe Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali* 723

Giuseppe Rocco, *IVA e transazione fiscale: le prospettive alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia e del diritto europeo* 742

Problemi della pratica

Giuseppe Verna, *Misurazione del danno patito dai creditori per la continuazione dell'impresa in perdita ed applicazione di corretti principi contabili* 777

Sante Casonato, *La quantificazione del danno nei conflitti da eterodirezione societaria* 805

Osservatorio straniero

Víctor Martínez Mulero, *I dispositivi di "seconda opportunità" per le persone fisiche in stato di insolvenza nella prospettiva spagnola* 835

Parte Seconda
GIURISPRUDENZA

Principali note ed osservazioni a sentenza

Angelo Napolitano, *I limiti della cognizione dei fatti estintivi dei crediti ammessi nello stato passivo* 851

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIULIA RICCI, *Sulla tutela giurisdizionale dei diritti nella fase di ripartizione dell'attivo fallimentare* 867

ANDREA PENTA, *Domande concordatarie depositate in pendenza di istanze di fallimento* 886

PAOLO BUTTURINI, *Cessione di ramo di azienda e responsabilità dell'acquirente per i debiti* 914

GIACINTO PARISI, *Nullità del precetto per mancanza dell'avvertimento relativo alla procedura da sovraindebitamento* 928

ANNA MOSCARIELLO, *La prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» e «in occasione» di un concordato preventivo con continuità aziendale* 945

BENEDETTO FARSACI, *Concordato preventivo con continuità aziendale e piano di scissione societaria parziale* 992

GIULIA RUGOLO, *Il «nuovo» concordato in percentuale: tra precedenti storici e prospettive di riforme. Profili applicativi* 1008

ANDREA NAPOLITANO, *Azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: corresponsabilità dell'attestatore del piano* ex *art. 182*-bis *l. fallim. e criteri di quantificazione del danno* 1053

ANDREA TANGA, *Insinuazione al passivo di creditore assegnatario e vicende del privilegio che assisteva il credito originario* 1068

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Azienda

Cessione - Cessione di ramo di azienda - Debiti inerenti al ramo - Responsabilità dell'acquirente - Debiti non inerenti al ramo - Responsabilità dell'acquirente del ramo – Esclusione – Cass., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319, con nota di PAOLA BUTTURINI 905

Concordato preventivo

Concordato preventivo "con riserva" - Scadenza del termine - Declaratoria d'inammissibilità - Nuova domanda di concordato ordinario – Condizioni – Cass., Sez. I, 31 marzo 2016, n. 6277, con nota di ANDREA PENTA 832

Continuità aziendale - Scissione parziale post omologa - Ammissibilità - Oggetto della verifica del Tribunale - Miglior soddisfazione dei creditori – Trib. Ravenna, decr. 29 ottobre 2015, con nota di BENEDETTO FARSACI 985

Diritto intertemporale - Applicazione della legge n. 132/2015 ai procedimenti iniziati col deposito della domanda di concordato con riserva – Esclusione – Trib. Ravenna, decr. 27 novembre 2015, con nota di GIULIA RUGOLO 1003

Fallimento

Accertamento del passivo - Efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di approvazione dello stato passivo - Fatti estintivi del credito

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sopravvenuti all'ammissione - Esclusione del credito ammesso - Cass., Sez. I, 14 gennaio 2016, n. 525, con note di ANGELO NAPOLITANO e GIULIA RICCI 849
Accertamento del passivo - Fallimento conseguente a concordato preventivo - Crediti prededucibili - Crediti sorti "in occasione" e "in funzione" di un concordato preventivo con continuità aziendale - Crediti estranei - Prededuzione nel successivo fallimento – Trib. Milano, decr. 3 aprile 2014, con nota di ANNA MOSCARIELLO 939
Ammissione al passivo - Credito proveniente da assegnazione in sede di espropriazione presso terzi - Terzo debitore sottoposto a procedura concorsuale - Insinuazione al passivo del creditore assegnatario - Ammissibilità – Trib. Salerno, Sez. III civ., 19 settembre 2015, con nota di ANDREA TANGA 1064
Ammissione al passivo - Credito proveniente da assegnazione in sede di espropriazione presso terzi - Credito pignorato - Natura privilegiata - Assegnazione - Terzo sottoposto a procedura concorsuale - Insinuazione al passivo del creditore assegnatario - Privilegio - Esclusione Trib. Salerno, Sez. III civ., 19 settembre 2015, con nota di ANDREA TANGA..... 1064
Sovraindebitamento - Precetto - Mancato avvertimento circa la possibile attivazione della procedura da sovraindebitamento - Opposizione agli atti esecutivi - Nullità - Esclusione - Mera irregolarità – Trib. Roma, Sez. II Lav., 19 gennaio 2016, n. 363; Trib. Milano, Sez. esec. mob., ord. 23 dicembre 2015, con nota di GIACINTO PARISI 928

Società

Fallimento delle società - Società per azioni - Responsabilità degli amministratori e sindaci - Azione esercitata nel fallimento - Responsabilità concorrente dell'attestatore del piano di ristrutturazione dei debiti – Ammissibilità – Trib. Venezia, Sez. spec. Impresa, ord. 19 maggio 2015, con nota di ANDREA NAPOLITANO .. 1040
Fallimento delle società - Società per azioni - Responsabilità degli amministratori e sindaci - Azione esercitata nel fallimento - Obblighi di ricapitalizzazione - Sospensione in pendenza di procedure di composizione concordata della crisi - Quantificazione del danno - Trib. Venezia, Sez. spec. Impresa, ord. 19 maggio 2015, con nota di ANDREA NAPOLITANO 1040

INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE *

2014

Aprile

3 Trib. Milano, decr.*, in tema di accertamento del passivo nel fallimento conseguente a concordato preventivo 939

2015

Maggio

19 Trib. Venezia, Sez. spec. impresa, ord.*, in tema di fallimento di s.p.a. e responsabilità di amministratori e sindaci 1040

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

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Giugno

30 Cass., Sez. III, n. 13319*, in tema di cessione di ramo d'azienda ... 905

Settembre

19 Trib. Salerno, Sez. III civ.*, in tema di ammissione al passivo di credito proveniente da assegnazione in sede di espropriazione presso terzi 1064

Ottobre

29 Trib. Ravenna, decr.*, in tema di concordato preventivo con continuità aziendale 985

Novembre

27 Trib. Ravenna, decr.*, in materia di concordato preventivo ed applicazione della legge n. 132/2015 ai procedimenti iniziati col deposito della domanda di concordato con riserva 1003

Dicembre

23 Trib. Milano, Sez. esec. mob., ord.*, in tema di sovraindebitamento 929

2016

Gennaio

14 Cass., Sez. I, n. 525*, in tema di efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di approvazione dello stato passivo 849

19 Trib. Roma, Sez. II Lav., n. 363*, in tema di sovraindebitamento .. 928

Marzo

31 Cass., Sez. I, n. 6277*, in tema di concordato preventivo "con riserva" 882

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ARTICOLI

Bruno Inzitari
Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Privato
presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

BRRD, *BAIL IN*, RISOLUZIONE DELLA BANCA IN DISSESTO, CONDIVISIONE CONCORSUALE DELLE PERDITE (D.LGS. N. 180 DEL 2015)

Abstract: Il n D.lgs. 180/2015 ha attuato in Italia la Direttiva di recupero e di risoluzione della Banca (BRRD), direttiva 2014/59 / UE. Durante la recente crisi finanziaria, un certo numero di banche sono state ricapitalizzate e sostenute con l'utilizzazione di fondi pubblici perché considerate "troppo grandi per fallire". Il livello di sostegno statale è stato senza precedenti ma il denaro dei contribuenti non può essere utilizzato in questo modo a scapito di altri obiettivi pubblici. Risoluzione significa ristrutturazione della banca realizzata da una autorità di risoluzione, attraverso l'uso delle misure di risoluzione che prevedono il *burden sharing*, la cessione ad un ente ponte, il *bail in*, per garantire la continuità delle sue funzioni, conservazione della stabilità finanziaria e ripristino della redditività di tutta o parte di tale istituzione, mentre le restanti parti sono sottoposte a procedura ordinaria di insolvenza.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Gli aiuti di stato. - 3. Il dissesto o il rischio di dissesto. - 4. Il dissesto o il rischio di dissesto: la procedura di risoluzione. - 5. Il carattere concorsuale della procedura di risoluzione. - 6. L'*ente-ponte* e la società veicolo. - 7. Il provvedimento di cessione e potere di cessione. - 8. Il *bail-in.* - 9. Il *burden sharing*: partecipazione dei creditori all'assorbimento delle passività. - 10. *No Creditor Worse Off*, NCWO. - 11. Salvaguardie e tutela giurisdizionale. - 12. Conclusioni.

1. *Premessa*.

All'esigenza di stabilità, il sistema economico e politico degli anni trenta dette risposta attraverso la nazionalizzazione di gran parte del sistema bancario e sino agli anni novanta in una fase di crescita economica difficilmente replicabile, la proprietà pubblica delle banche, oggi sostituita da una generale privatizzazione del sistema bancario, ha certamente contribuito a fornire certezze e presidiare la stabilità. In ogni caso attraverso il ricorso di ultima istanza alle risorse pubbliche è stato possibile in passato neutralizzare o limitare le conseguenze pregiudizievoli delle crisi bancarie sulla economia reale.

Nel passato in Italia la soluzione alla crisi o al dissesto della banca è stata prevalentemente trovata attraverso processi di acquisizione e assor-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

bimento dell'istituto in crisi da parte di altre banche. Le politiche di aggregazione attraverso fusioni societarie, cessioni di attività e passività, acquisto di aziende o rami di aziende, nella cornice dell'azione di supervisione istituzionale della Banca d'Italia (che talora è stata definita quale *moral suasion*), hanno consentito di scongiurare il precipitare della crisi ed hanno permesso di salvare la continuità dei rapporti attivi e passivi nelle mani di altri operatori bancari in grado, o messi in grado attraverso aiuti pubblici o del sistema di garanzia, di assorbire il dissesto con l'integrazione e la riorganizzazione [1].

Il cambiamento nel ciclo economico, le modificazioni della stessa struttura della azienda bancaria, sempre meno interessata ad occupare il mercato con diffuse reti di sportelli oggi troppo costosi in relazione agli oneri connessi alle strutture ed al personale e soprattutto superati dalla sempre più diffusa utilizzazione dei servizi di *home banking*, rendono sicuramente più difficili e più incerte tali soluzioni negoziali.

Nello stesso tempo la disciplina europea non consente l'erogazione di aiuti pubblici in quanto incompatibile con le regole della concorrenza.

La crisi o il dissesto e financo l'insolvenza devono trovare necessariamente una soluzione diversa che consenta il raggiungimento di concorrenti obiettivi: la conservazione in continuità dell'azienda bancaria o almeno di parte di essa, l'assenza al ricorso a fondi pubblici. Di qui la necessità di addossare l'onere delle perdite sugli investitori (azionisti, creditori e depositanti) per consentire la tutela dei contribuenti.

La risposta a tali esigenze è stata fornita dalla Dir. 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento *Bank Recovery and Resolution Directive* (in seguito *BRRD*) [2].

In Italia il D.Lgs. 16 novembre, n. 180 e del D.Lgs. della stessa data n. 181, che nel recepire la *BRRD* hanno modificato il testo unico bancario, il testo unico della finanza ed anche alcuni articoli della legge fallimentare,

---

[1] V. B. INZITARI, *La disciplina della crisi nel testo unico bancario*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di ricerca giuridica, n. 75, Roma, 2014, p. 121 ss.

[2] V. G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, p. 189 ss.; L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di ricerca giuridica, n. 75, Roma, 2014, p. 147 ss.; A. GARDELLA, *Il* bail-in *e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 587 ss.; G. PRESTI, Il bail-in, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 39 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per la diffusa inquieta apprensione con cui è stata accolta, ha indotto a pensare (ricorrendo a famose e significative parole) che il *bail-in* sia lo spettro che si aggira per l'Europa.

Delle diverse *misure di risoluzione* [3] la riduzione delle azioni, come pure la riduzione e conversione dei crediti, sono sicuramente le più innovative. Esse possono essere applicate indipendentemente dall'avvio di una procedura di risoluzione, e costituiscono uno dei tratti significativi del procedimento di assorbimento delle perdite, insieme con il *bail-in.* Quest'ultima espressione, che il legislatore italiano ha mantenuto e ripreso da quella originaria della direttiva, è definita all'art. 1, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 180 del 2015, la *riduzione o conversione in capitale dei diritti degli azionisti o dei creditori* e può essere intesa quale misura di *ricapitalizzazione interna*, vale a dire un salvataggio interno, realizzato con mezzi propri.

L'interesse per la del tutto nuova e certamente, si può dire, rivoluzionaria disciplina è divenuto un caso di grande rilievo, quando nei giorni immediatamente successivi alla entrata in vigore dei due decreti legislativi (16 novembre), la Banca d'Italia, nella nuova qualità di autorità di risoluzione, ha applicato (in data 22 novembre) la disciplina della risoluzione a quattro banche [4] in stato di grave crisi e per le quali era stata da tempo adottata ed era in corso la procedura di amministrazione straordinaria ai sensi degli artt. 70 e ss. TUB.

---

[3] Così definite dall'art. 39 nel D.Lgs. n. 180 del 2015, la cui disciplina si applica alle banche aventi sede legale in Italia, alle società italiane capogruppo di un gruppo bancario e società appartenenti a un gruppo bancario ai sensi degli artt. 60 e 61 del TUB alle società incluse nella vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65, comma 1, lett. c), e h), del TUB, alle banche aventi sede legale in Italia incluse nella vigilanza consolidata di uno stato membro.

La disciplina della risoluzione si applica anche alle *SIM* rientranti nel novero dell'art. 55-*bis*, comma 1, del TUF, che prestano servizi o attività di investimento consistenti in *a) negoziazione per conto proprio; b) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; c) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione*. Il capo II-*bis* del TUF (rubricato "*Risoluzione delle SIM*", composto dagli articoli da 60-*bis*.1 a 60-*bis*.4), prevede che le SIM rientranti nel menzionato art. 55-*bis*, comma 1, possono essere sottoposte a "riduzione o conversione di azioni o di altre partecipazioni e di strumenti di capitale", a "risoluzione", ovvero a "liquidazione coatta amministrativa", previste dall'art. 20 del D.Lgs. n. 180 del 2015, al ricorrere dei presupposti dell'art. 17 del medesimo decreto. Sembra si possa dire che la disciplina della risoluzione di cui al D.Lgs. n. 180 del 2015, si applichi alle SIM allorquando la natura della attività svolta comporta l'assunzione di obbligazioni che impegnano il suo patrimonio verso terzi ed il mercato.

[4] Le quattro banche sono: Banca delle Marche s.p.a., Cassa di Risparmio di Ferrara s.p.a., Banca dell'Etruria e del Lazio s.p.a., Cassa di Risparmio di Cheti s.p.a., successivamente citate per brevità quali «*quattro banche*».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'adozione per la prima volta delle misure previste dalla direttiva e dal D.Lgs. n. 180 del 2015, ha comportato diversi effetti: l'avvio della procedura di risoluzione delle *quattro banche*, la contemporanea chiusura della amministrazione straordinaria, l'integrale riduzione delle azioni e delle obbligazioni subordinate (peraltro collocate oltre che alla clientela *corporate* anche presso investitori *retail*), la costituzione di quattro enti-ponte [5], destinatari rispettivamente delle quattro aziende bancarie attraverso provvedimenti di cessione attuati dalla Banca d'Italia, quale autorità di risoluzione.

Va osservato che in questo primo intervento, avvenuto quando l'aggravarsi della crisi delle *quattro banche*, non consentiva per esse né la prosecuzione della procedura di amministrazione straordinaria, né l'acquisizione da parte di un altro gruppo bancario, la misura del *bail-in* non è stata applicata, né poteva essere applicata, in quanto la legge di delegazione europea 2014, n. 114, all'art. 8, comma 1, lett. b) [6], prevedeva che il *bail-in*, di cui al capo IV della Direttiva *BRRD*, si applicasse dal 1° gennaio 2016.

La Banca d'Italia, quale autorità di risoluzione, in questo caso ha avviato, le misure previste dal D.Lgs. n. 180 del 2015, previa autorizzazione della Commissione Europea, Direzione Generale della Concorrenza sulla base di quanto previsto dalla Comunicazione UE del 30 luglio 2013, C 216/1 in materia di "*burden sharing*". Quest'ultima, quindi solo al fine di una rapida ricollocazione sul mercato, ha consentito che il Fondo di risoluzione mettesse a disposizione della ricapitalizzazione delle *quattro banche* rilevanti risorse. Va sottolineato che se fosse stato applicato il *bail-in* l'impatto sulle passività, sarebbe stato assai più esteso (con conseguente ancora più ampia ed impopolare perdita dei diritti di credito degli obbligazionisti e dei creditori, compresi quelli dei depositanti), rispetto a quello che, grazie al contributo del Fondo di risoluzione, la Banca d'Italia ha disposto.

La novità dell'applicazione di una siffatta procedura, almeno nel grande pubblico del tutto inattesa, come pure l'incidenza di tali misure sui diritti patrimoniali e corporativi dei titolari degli strumenti finanziari coinvolti, hanno dato luogo (giustificatamente o meno), a diffuse reazioni, alle quali il legislatore ha reagito aprendo la possibilità di riconoscere un indennizzo ai soli investitori *retail*, delle *quattro banche* che fossero effet-

---

[5] Prima con il D.L. 22 novembre 2015, n. 183 successivamente, nella legge di stabilità 2016, L. 28 dicembre 2015, n. 280 la disciplina è confluita all'art. 1, nei commi 842-861. Al comma 854 della legge di stabilità, è stata disposta la abrogazione del D.L. 22 novembre n. 183, versandone l'intero contenuto nei commi 842 e ss. della legge di stabilità e prevedendo la salvezza degli effetti già prodotti per effetto del decreto legge abrogato.

[6] Pubblicata in G.U. 31 luglio 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tivamente inconsapevoli del rischio nel momento in cui effettuarono o furono indotti all'investimento (7). Successivamente tuttavia tale originaria previsione è stata rivista con il proposito di ampliare la misura del ristoro secondo modalità più rapide e tendenzialmente automatiche (8).

2. *Gli aiuti di stato.*

Le ragioni che hanno condotto alla introduzione della *BRRD* del 2014 e i successivi decreti n. 180 e 181 del 2015, risiedono nella generale e consolidata esperienza comune a tutti i paesi dell'Unione Europea per la quale quando la crisi della banca volge al dissesto o al rischio di dissesto (9), in mancanza di una soluzione di mercato (10), quale l'acquisto o la fusione con altri soggetti bancari disponibili alla aggregazione, l'unica

(7) La legge di stabilità 2016, L. 28 dicembre 2015, n. 208, di poco successiva all'applicazione delle misure di risoluzione sulle *quattro banche*, all'art. 1, commi 855 e 856, ha previsto la istituzione di un Fondo di solidarietà alimentato sino ad un massimo di 100 milioni di euro, dal Fondo interbancario di tutela dei depositi, istituito ai sensi dell'art. 96 del TUB, stabilendone la operatività nei limiti delle risorse disponibili e in conformità al quadro normativo europeo sugli aiuti di Stato. Ai commi successivi (857) si prevedeva che il Ministro dell'Economia avrebbe dovuto emanare un regolamento per stabilire le modalità di gestione del Fondo di solidarietà; le modalità e le condizioni di accesso al Fondo di solidarietà, e i termini per la presentazione delle istanze di erogazione delle prestazioni; i criteri di quantificazione delle prestazioni, determinate in importi corrispondenti alla perdita subita, fino a un ammontare massimo; le procedure da esperire, che in tutto o in parte anche di natura arbitrale; il comma 858 prevedeva che la procedura arbitrale avrebbe dovuto accordare l'eventuale indennizzo sulla base dell'accertamento delle responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal TUF relativi alla sottoscrizione o al collocamento degli strumenti finanziari subordinati di cui al comma 855. L'accesso all'indennizzo era peraltro riservato agli investitori persone fisiche, imprenditori individuali, nonché imprenditori agricoli o coltivatori diretti.

(8) Il D.L. 3 maggio 2016, n. 59, agli artt. 8, 9, 10, ha previsto per i clienti delle *quattro banche* che hanno acquistato le obbligazioni in data anteriore al 12 giugno 2014, data di entrata in vigore della direttiva per il risanamento e la risoluzione, *BRRD*, l'erogazione da parte del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi quale gestore del Fondo di solidarietà istituito dall'art. 1, comma 855, della legge di stabilità 2016, di indennizzi forfettari automatici pari all'80% del corrispettivo pagato per le obbligazioni subordinate, a condizione che ricorrano determinate condizioni di dimensioni del patrimonio mobiliare, di reddito, ecc., prevedendo in ogni caso l'accesso alla procedura arbitrale prevista dalla legge di stabilità 2016 come unico rimedio ai clienti che hanno realizzato gli acquisti in data successiva alla entrata in vigore della *BRRD* o come facoltà per tutti i clienti.

(9) Questa situazione, secondo quanto previsto dall'art. 17 del D.Lgs. n. 180 del 2015, è contrassegnata dal fatto che risultano gravi irregolarità, *dissesto regolamentare*, o risultino perdite di eccezionale gravità oppure le attività siano inferiori alle passività, *dissesto patrimoniale*, oppure la banca non risulti in grado di pagare i propri debiti alla scadenza *dissesto finanziario*.

(10) Soluzione peraltro non sempre realizzabile e che, in contesti caratterizzati dalla recessione, risulta sempre più ardua.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alternativa alla liquidazione consiste nella erogazione in varie forme di aiuti pubblici.

Tale soluzione è ormai impraticabile per diversi concorrenti motivi. Si ritiene non più sostenibile e fonte di dannose distorsioni, far cadere l'onere dei salvataggi bancari sui contribuenti attraverso l'utilizzazione delle risorse pubbliche. Gli elevati oneri assunti dagli Stati ricadono infatti non solo sui contribuenti ma compromettono l'equilibrio dei bilanci pubblici. Si è detto così che, nel caso in cui sono destinati al risanamento della banca fondi pubblici, «*citizens have* (...) *paid twice, with costs of a taxpayer bailout followed by the pain of recession* (...) *and spending cuts*».

Inoltre tali interventi non risultano compatibili con le regole della concorrenza stabilite nella disciplina dell'Unione Europea (art. 101 TFUE ss.). L'intervento pubblico o *bail out*, inevitabilmente falsa le regole della concorrenza e finisce addirittura per premiare quegli operatori bancari che non hanno fatto buon uso delle risorse che provenivano dalla raccolta ovvero che hanno avuto un comportamento qualificabile quale *moral hazard*. L'intervento pubblico comporta una distorsione nel mercato e finisce per dare un sostegno e premiare quelle banche la cui *governance* ha agito in violazione dei principi della *sana e prudente gestione* sino a provocarne il dissesto, consentendone una artificiosa permanenza sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio, con pregiudizio per le posizioni degli altri competitori che affrontano rischi e oneri senza aiuti esterni.

La Commissione Europea con la Comunicazione 30 luglio 2013, relativa *alla applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, ha sancito tale impostazione (che ha poi costituito il principio di fondo della Direttiva *BRRD*) affermando il principio secondo cui per limitare le distorsioni della concorrenza tra le banche e ovviare al cosiddetto rischio morale, gli aiuti di stato dovrebbero essere limitati al minimo necessario e il beneficiario dovrebbe sopportare una adeguata partecipazione ai costi di ristrutturazione. La banca e i detentori del suo capitale dovrebbero pertanto contribuire il più possibile alla ristrutturazione mediante proprie risorse [11].

---

[11] V. Comunicazione Commissione Europea "Comunicazione sul settore bancario" (2013/C 216/01), che ai punti 15-20 dispone i principi sulla «*condivisione degli oneri*» secondo i quali «il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizioni che rappresentano un'adeguata condivisione degli oneri da parte di coloro che hanno investito nella banca» (punto 15): «prima di concedere ad una banca qualsiasi tipo di aiuto alla ristrutturazione - che si tratti di misure di ricapitalizzazione o di sostegno a fronte di attività deteriorate - dovrebbero essere esaurite tutte le misure che generano capitale, tra cui la conversione del debito di rango inferiore, a condizione che siano rispettati i diritti fondamentali e non sia

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Commissione ha quindi stabilito il principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte degli azionisti e dei creditori subordinati secondo modalità che consistono nell'assorbimento delle perdite con il capitale ordinario, il capitale ibrido e il debito subordinato.

La Comunicazione del 30 luglio 2013 costituisce un precedente fondamentale per la valutazione della compatibilità degli interventi di sostegno e dell'ammissibilità degli aiuti di Stato. Essa per la sua importanza è gravida di indicazioni che presentano un carattere di sostanziale vincolatività (12). Se si considera che, successivamente alla Comunicazione entrava in vigore il D.Lgs. n. 180 del 2015, che dava attuazione alla *BRRD* e che dal 1° gennaio 2016 la disciplina del *bail-in* è applicabile in tutti i paesi dell'Unione, deve ritenersi che le soluzioni di sostegno fatte valere in passato non risultano più praticabili se non in casi eccezionali.

Questi principi hanno trovato una significativa applicazione nel nostro paese in relazione alla crisi della banca TERCAS ed alla posizione che la Commissione Europea ha assunto in relazione al contenuto ed alle modalità dell'intervento di sostegno realizzato.

In passato in Italia il sostegno alla ristrutturazione degli enti creditizi è avvenuto attraverso interventi del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FIDT) autorizzati dalla Banca d'Italia sulla base dell'art. 96-*bis* TUB e dell'art. 29 dello statuto del FIDT, che prevede la possibilità di intervento in due casi: *a*) quando sussistano prospettive di risanamento; *b*) quando sia prevedibile un minor onere rispetto a quello riveniente dall'intervento in caso di liquidazione (13).

---

messa a rischio la stabilità finanziaria. Poiché qualsiasi aiuto alla ristrutturazione è necessario per impedire l'eventuale fallimento disordinato di una banca, per ridurre gli aiuti al minimo necessario le misure di ripartizione degli oneri devono essere rispettate a prescindere dalla solvibilità iniziale della banca. Prima di concedere aiuti per la ristrutturazione a favore di una banca, gli Stati membri dovranno pertanto garantire che gli azionisti e i detentori di capitale subordinato di detta banca provvedano a fornire il necessario contributo oppure costituire il quadro giuridico necessario per ottenere tali contributi» (punto 19).

(12) La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una domanda di rinvio pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale slovena in ordine al carattere vincolante della Comunicazione in parola. Sono significative le conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl presentate il 18 febbraio 2016 nella Causa C-526/2016 che ha ritenuto che la predetta Comunicazione non è un atto strettamente vincolante per gli Stati membri che potrebbero essere autorizzati a derogare al principio del *bail-in*, il quale peraltro è compatibile con il sistema del legittimo affidamento e con il diritto di proprietà.

(13) Tra gli interventi più significativi si può ricordare nel 1999 l'erogazione di 1000 miliardi di lire al Banco di Sicilia e alla Sicilcassa per compensare il *funding gap* nel trasferimento delle attività.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel caso della banca TERCAS nel 2013 la Banca d'Italia ha autorizzato un intervento di sostegno attraverso l'erogazione da parte del FIDT di un contributo a fondo perduto di 265 milioni di euro per la copertura del deficit patrimoniale al fine di consentire alla Banca Popolare di Bari di contenere in modo significativo l'onere della acquisizione della banca TERCAS e di un ulteriore contributo a titolo di garanzia sino 30 milioni di euro a copertura degli oneri fiscali che fossero dovuti nel caso in cui il predetto contributo a fondo perduto di 265 milioni di euro non avesse beneficiato dell'esenzione dalla imposizione fiscale (14).

In relazione a questo intervento la Commissione europea ha avviato il procedimento di cui all'art. 108, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (carattere abusivo dell'aiuto di Stato), ed ha ritenuto, dopo una lunga interlocuzione con le autorità italiane, che tale intervento costituisse aiuto di Stato, suscettibile di comportare un vantaggio selettivo, con distorsione della concorrenza e incidenza sugli scambi degli Stati membri. La Commissione ha altresì ritenuto che la natura privatistica del FIDT non escluda il carattere pubblico dell'intervento, in quanto quest'ultimo agisce in adempimento di un mandato pubblico autorizzato, coordinato e deciso dalla Banca d'Italia. Conseguentemente con decisione del 23 dicembre 2015, [C (2015) 9526], la Commissione ha imposto all'Italia il recupero dell'intero aiuto di Stato concesso, con riferimento a Banca TERCAS, dal FIDT.

3. *Il dissesto o il rischio di dissesto.*

La Direttiva *BRRD*, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e i D.Lgs. nn. 180 e 181 del 2015, sulla base dei principi da ultimo ribaditi con la citata comunicazione della Commissione Europea del 2013, regolano la crisi della banca attraverso una serie di strumenti che in caso di dissesto sono articolati nella risoluzione e nel *bail-in*.

---

(14) A questo riguardo vanno considerati i commi 627 e 628, dell'art. 1, legge di stabilità 2014 (L. n. 147 del 2014), che rispettivamente prevedevano: «ai fini del riassetto economico e finanziario dei soggetti in amministrazione straordinaria, gli interventi di sostegno disposti dal Fondo interbancario di tutela dei depositi non concorrono alla formazione del reddito dei medesimi soggetti» (comma 627); «l'efficacia delle disposizioni è subordinata all'autorizzazione della Commissione Europea» (comma 628). Nel caso TERCAS, il FIDT versò l'intero importo di 30 milioni prima che la Commissione prendesse una decisione in merito alla esenzione fiscale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le previsioni del decreto D.Lgs. n. 180 del 2015, pongono mano al risanamento ed alla risoluzione (*recovery and resolution*) attraverso procedure di intervento dell'autorità di risoluzione (la Banca d'Italia) che si articolano secondo una progressione di provvedimenti e rimedi variamenti dimensionati rispetto agli obiettivi concretamente perseguibili.

Il *dissesto* o il *rischio di dissesto* della banca costituiscono il primo presupposto. Si tratta di una nuova categoria che si differenzia da quella più generica di crisi, né coincide con quella della insolvenza che si manifesta in una banca solo in presenza di un dissesto particolarmente grave.

L'art. 17, comma 2, del D.Lgs. n. 180 del 2015, identifica il dissesto nella ricorrenza, anche in via alternativa di: *a*) irregolarità nell'amministrazione o violazione di disposizioni legislative, regolamentari oppure statutarie di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio della attività bancaria; *b*) perdite patrimoniali di eccezionale gravità e tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di parte significativa di esso; *c*) attività inferiori alle passività; *d*) incapacità di pagare i creditori alla scadenza.

Il grave deterioramento del patrimonio oppure le gravi irregolarità della amministrazione (elementi questi che nella comune esperienza difficilmente si manifestano separatamente) sono quindi i presupposti che caratterizzano il dissesto. Quando invece si prevede che tali situazioni si possano verificare in un prossimo futuro la banca è considerata a *rischio di dissesto*.

La banca viene considerata inoltre in *dissesto* o a *rischio di dissesto* allorquando, sebbene la situazione di crisi non sia tale da comportare la necessità di porre rimedio ad una grave perturbazione dell'economia e di preservare la stabilità finanziaria, venga comunque prevista l'erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore (15).

Nel caso in cui non sia ragionevolmente possibile prospettare misure effettivamente idonee a superare e risolvere la crisi in tempi adeguati, attraverso l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale o per mezzo di un'attività di vigilanza (16), la Banca d'Italia, in qualità di autorità di risoluzione, procede alla individuazione della procedura che risulta più idonea a contrastare e risolvere il dissesto.

---

(15) Tale previsione è esclusa quando ricorrano le condizioni di straordinarietà che consentono in certe circostanze il sostegno pubblico straordinario previsto dall'art. 18, D.Lgs. n. 180 del 2015.

(16) Ci si riferisce alle misure di intervento precoce o all'amministrazione straordinaria, art. 17, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 180 del 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'assorbimento delle passività rappresenta in ogni caso lo strumento necessario di intervento. A seconda delle dimensioni e della gravità del dissesto, la procedura può essere articolata solo attraverso la riduzione e conversione delle passività, art. 20, comma 1, lett. a), oppure attraverso interventi più ampi e pervasivi secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 1, lett. *b*), D.Lgs. n. 180 del 2015.

L'intervento di cui alla lett. a) viene disposto se il *dissesto* è suscettibile di essere risolto attraverso la sola riduzione e conversione delle azioni, delle altre partecipazioni e degli strumenti di capitale emessi dalla banca, in modo tale che con l'assorbimento di tali passività possa essere ripristinato l'equilibrio patrimoniale richiesto per la corretta continuazione dell'attività bancaria.

La formulazione delle disposizioni di legge e le successive previsioni sulla procedura di risoluzione inducono a ritenere che tale intervento sia ammissibile quando, sulla base della valutazione compiuta dalla Banca d'Italia, risulti che esso sia idoneo a rimediare al dissesto senza ricorso alle altre misure previste per la procedura di risoluzione (cessione a terzi, ad *ente-ponte*, ecc.).

La riduzione e la conversione possono in questo caso consentire agli azionisti che abbiano perso la qualità di soci ma abbiano ancora interesse nella banca, oppure a tutti coloro che intendano investire per il rilancio della banca stessa, di intervenire con i necessari aumenti di capitale e conferire le risorse necessarie per ricostituire il patrimonio, in misura tale da ripristinare i requisiti di capitale richiesti e consentire la continuazione della attività bancaria.

Le decisioni negoziali degli investitori seguono e devono essere conformi alla decisione della Banca d'Italia, assunta sulla base della *valutazione* che, l'Autorità di vigilanza deve compiere ai sensi degli artt. 23 e 26, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2015. Tale *valutazione* (che l'art. 23, comma 1, espressamente stabilisce debba essere *equa, prudente e realistica delle attività e passività*) costituisce così la premessa della decisione. La stessa rileva l'esistenza dei presupposti per l'attuazione delle diverse azioni e individua quelle più appropriate in relazione al *piano di risoluzione* (art. 24, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 180 del 2015) [17].

---

[17] L'espressione «*azione di risoluzione*» è assunta dall'art. 1, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 180 del 2015 per indicare la decisione di sottoporre un soggetto a risoluzione ai sensi dell'art. 32, l'esercizio di uno o più poteri di cui al Titolo IV, Capo V oppure l'applicazione di una o più misure di risoluzione di cui al Titolo IV, Capo IV.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Conseguentemente l'intervento che eventuali investitori intendano realizzare per la ricapitalizzazione ed il rafforzamento del patrimonio nella misura richiesta dalle norme prudenziali, deve necessariamente essere previsto nel *piano di risoluzione* che la Banca d'Italia elabora sulla base della *valutazione*.

L'interesse degli investitori alla ripatrimonializzazione della banca non può ritenersi infatti di per sé sufficiente, ma deve piuttosto trovare giustificazione nella *valutazione* dell'autorità di vigilanza ed essere quindi previsto dal *piano di risoluzione*. Questo infatti deve determinare i soggetti coinvolti, le dimensioni e le modalità degli interventi e ne deve prevedere i possibili risultati, accertandone l'ammissibilità quale strumento effettivamente necessario ed idoneo alla soluzione del dissesto della banca.

4. *Il dissesto o il rischio di dissesto: la procedura di risoluzione*.

Nel caso in cui la riduzione e la conversione previste dall'art. 20, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 180 del 2015, non consentano di rimediare allo stato di *dissesto* o al *rischio di dissesto*, tale obiettivo, secondo quanto previsto dallo stesso art. 20, lett. b), potrà essere perseguito attraverso la *procedura di risoluzione*.

Con l'apertura della *procedura di risoluzione* disposta dalla Banca d'Italia, decadono gli organi di amministrazione e controllo dell'*ente sottoposto a risoluzione*, sono sospesi tutti i diritti corporativi e patrimoniali dei soci, vengono nominati dall'autorità di risoluzione uno o più commissari speciali (unitamente ad un comitato di sorveglianza), con poteri di rappresentanza dell'ente e di promozione ed attuazione degli atti e delle misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione (artt. 34 e 35, D.Lgs. n. 180 del 2015).

Va considerato peraltro che, secondo quanto disposto dall'art. 32 comma 1, n. 5), D.Lgs. n. 180 del 2015, la Banca d'Italia potrebbe disporre la permanenza nella carica dei componenti dell'organo di amministrazione e di controllo o dell'alta dirigenza. Tale soluzione, ai sensi del comma 1 dell'art. 22, D.Lgs. n. 180 del 2015, può essere adottata nel caso in cui sia ritenuta necessaria per conseguire gli obiettivi della risoluzione.

La lettura delle disposizioni mostra come la risoluzione sia una procedura del tutto nuova che si differenzia nella portata ed incidenza sia da quelle previste nel testo unico bancario (amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa) che dal fallimento, e dall'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, come pure da qualsiasi altro procedimento di amministrazione giudiziale o di commissariamento. La risoluzione si caratterizza infatti quale procedura deputata alla realiz-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zazione nel più breve tempo possibile della ristrutturazione del patrimonio e degli assetti della banca, secondo il *programma di risoluzione* predisposto dalla Banca d'Italia.

L'attuazione del *programma di risoluzione* viene realizzato (sulla base delle modalità stabilite dall'art. 34, D.Lgs. n. 180 del 2015), indirettamente dalla Banca d'Italia attraverso la sua esecuzione da parte di commissari speciali.

L'autorità di risoluzione nomina i commissari speciali ed assegna loro compiti che sono sensibilmente diversi rispetto a quelli previsti per i commissari straordinari nella amministrazione straordinaria o per il commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa. La durata necessariamente limitata della procedura di risoluzione richiede infatti interventi da realizzarsi secondo una articolazione temporale contenuta, idonea a consentire la riorganizzazione e la rimozione delle irregolarità o la liquidazione. I commissari speciali danno di fatto esecuzione agli atti previsti nel *programma di risoluzione*. Non a caso si è detto che essi svolgono nella sostanza una funzione di meri commissari *ad acta, quali semplici attuatori di decisioni adottate ex ante e non modificabili* (18).

Deve essere inoltre considerato che l'apertura della procedura di risoluzione, inevitabilmente comporta pericolosi effetti di caduta reputazionale, come pure di discontinuità operativa, tutti suscettibili di pregiudicare la stabilità dell'*ente sottoposto a risoluzione* sino a provocare il pericoloso contagio ad altri enti creditizi ed al mercato.

Se dunque il *programma di risoluzione* ha come obiettivo il mantenimento della continuità aziendale della banca, può risultare necessario contestualmente all'avvio della risoluzione, secondo modalità necessariamente unitarie, applicare anche le misure previste dall'art. 39, D.Lgs. n. 180 del 2015, vale a dire la cessione ad un terzo o un *ente-ponte* dei rapporti giuridici. Tali rapporti a loro volta devono essere necessariamente identificati nel *programma di risoluzione* e devono essere valutati come funzionali alla costituzione della nuova azienda bancaria destinata ad essere collocata sul mercato.

La procedura di risoluzione consente, infatti, all'autorità di risoluzione, una volta effettuato l'assorbimento delle passività, di scomporre i diversi rapporti giuridici che costituiscono gli elementi dell'*ente sottoposto*

---

(18) Cfr. G. SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, 2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

a risoluzione e di scegliere quelli valutati come idonei a costituire gli elementi patrimoniali funzionali per la continuazione dell'attività bancaria.

I provvedimenti posti in essere dalla autorità di risoluzione trovano la loro giustificazione nella finalità della ricomposizione del patrimonio al fine di rendere possibile la continuazione dell'attività da parte di un soggetto del tutto nuovo. Conseguentemente gli atti che vengono disposti necessariamente prescindono dai criteri di giustificazione causale, di proporzione e di equilibrio delle prestazioni che sovraintendono nel diritto comune il corretto trasferimento dei diritti e dei beni.

L'incisione che viene realizzata dai provvedimenti della Banca d'Italia sul patrimonio dell'*ente sottoposto a risoluzione* potrebbe in astratto apparire pregiudizievole ma al contrario è giustificata e risulta senz'altro corretta secondo la *valutazione* dell'azione di risoluzione. La causa giustificatrice risiede nella costruzione di un patrimonio idoneo a consentire la continuità dell'attività bancaria per la migliore e più ampia tutela del risparmio (peraltro costituzionalmente garantita dall'art. 47 Cost.), dei creditori e per la stabilità del sistema e del mercato.

Si deve quindi escludere il ricorso da parte dei soggetti i cui diritti siano stati incisi da tali provvedimenti ai consueti mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Di conseguenza, nel delineare gli effetti della risoluzione l'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015, con disposizione generale, riferita sia alla revocatoria ordinaria che fallimentare, stabilisce che *gli atti posti in essere nel corso della risoluzione non sono soggetti ad azioni revocatorie*.

In questo modo la Banca d'Italia, pone mano ad un processo di rifondazione dell'azienda bancaria per mezzo della formazione di un patrimonio che è composto da "elementi prescelti" del patrimonio dell'*ente sottoposto a risoluzione*. Da un tale processo scaturisce una azienda che è diversa, separata e distinta rispetto alla precedente tanto nella composizione patrimoniale e societaria, quanto nella *governance*. Dalle ceneri dell'originario *ente sottoposto a risoluzione*, per effetto della applicazione della risoluzione, delle misure di riduzione, conversione e di *bail-in*, l'autorità di risoluzione costituisce nella sostanza una nuova banca.

5. *Il carattere concorsuale della procedura di risoluzione.*

La procedura di risoluzione si apre con il provvedimento di avvio della risoluzione. Questo segna l'inizio di un procedimento volto a sottoporre il patrimonio dell'*ente sopposto a risoluzione* a diverse articolate misure, dirette a realizzare la migliore tutela dei creditori, attuando la immediata distribuzione della perdita tra questi secondo criteri concorsuali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'avvio della procedura comporta l'assoggettamento dell'*ente sottoposto a risoluzione* ai poteri della Banca d'Italia quale autorità di risoluzione. Tali effetti sono riconducibili ad un vero e proprio *spossessamento*: viene meno ogni potere decisionale dell'assemblea, si verifica la decadenza degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza, i commissari assumono la rappresentanza legale, i poteri dell'assemblea e dell'organo di amministrazione e di controllo e danno attuazione alle misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione, sulla base di quanto disposto dalla Banca d'Italia (art. 37, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2015).

Mentre la riduzione e la conversione disposte dalla Banca d'Italia danno luogo alla ricostruzione dell'equilibrio del patrimonio attraverso azioni volte a nettarlo dalle passività, le azioni recuperatorie esercitate dai commissari speciali, quali l'azione di responsabilità sociale e dei creditori e le azioni revocatorie, sono dirette al rafforzamento del patrimonio.

Ai commissari viene infatti riconosciuta (art. 35, D.Lgs. n. 180 del 2015), non solo la legittimazione che spetta ai commissari straordinari nella procedura di amministrazione straordinaria a promuovere l'azione sociale di responsabilità contro i membri degli organi di amministrazione e di controllo, ma viene attribuita anche la legittimazione, che spetta al curatore e al commissario liquidatore, a promuovere l'azione dei creditori sociali, nonché l'azione del creditore sociale contro la società e l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento [19].

L'esercizio di tali azioni nello stesso tempo assolve alla funzione di riequilibrare il danno subito dalla società e dai creditori sociali per il comportamento pregiudizievole degli organi di amministrazione e controllo o degli enti che esercitavano attività di direzione e controllo, come pure per il depauperamento subito per effetto di atti di disposizione suscettibili di essere revocati. Invero la funzione non è solo quella di contribuire al rafforzamento del patrimonio aziendale nella prospettiva del collocamento dell'azienda bancaria nel mercato, ma anche una funzione deterrente, retributiva e risarcitoria nei confronti degli organi di amministrazione e controllo in relazione al danno subito dalla banca per effetto di una gestione pregiudizievole che ha portato al dissesto ed al depauperamento del

---

[19] L'art. 35, comma 3, prevede la legittimazione alla proposizione di tali azioni contro i membri degli organi amministrativi e di controllo e il direttore generale, contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, contro la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

patrimonio, conseguente al compimento di atti di disposizione revocabili durante la crisi che ha preceduto l'insolvenza.

L'esercizio di tali azioni è ritenuto nel sistema della risoluzione una attività necessaria al fine di consentire o agevolare gli obiettivi di superamento del dissesto. Tali azioni, infatti, devono essere esercitate anche nel caso in cui non siano stati nominati i commissari. L'ultimo comma dell'art. 35 e dell'art. 36, D.Lgs. n. 180 del 2015, prevede infatti che in mancanza di nomina dei commissari l'esercizio di tali azioni spetta al soggetto a tal fine designato dalla Banca d'Italia. In questo modo l'autorità di risoluzione attraverso un commissario *ad acta*, propone azioni di responsabilità e azioni revocatorie che una volta instaurate potranno essere successivamente cedute unitamente agli altri rapporti giuridici pendenti alla nuova banca, la quale potrà avvantaggiarsi dei proventi risultanti per un ulteriore rafforzamento del patrimonio.

La previsione della legittimazione della banca in risoluzione alla promozione delle azioni di responsabilità e revocatorie nell'interesse non solo della società ma anche della massa dei creditori sociali, conferma la natura concorsuale della procedura, come peraltro suffragato anche da diversi altri elementi.

La natura concorsuale risulta infatti dalle modalità con cui vengono attuate le misure della riduzione e della conversione delle passività esistenti. Esse infatti realizzano una distribuzione della perdita tra i creditori «in modo uniforme nei confronti di tutti gli azionisti e i creditori dell'ente appartenenti alla stessa categoria, proporzionalmente al valore nominale dei rispettivi strumenti finanziari o crediti, secondo la gerarchia applicabile in sede concorsuale e tenuto conto delle clausole di subordinazione» (così l'art. 52, comma 2, lett. a, D.Lgs. n. 180 del 2015). Si tratta di una particolare e nuova forma di liquidazione la quale, piuttosto che compiersi attraverso il concorso dei creditori sul ricavato che deriva dalla realizzazione del patrimonio, viene attuata con la partecipazione dei creditori sulla perdita patrimoniale che già si è manifestata e che, sulla base delle previsioni operate nella *valutazione* di cui agli artt. 23 ss., D.Lgs. n. 180 del 2015, sicuramente verrebbe confermata o addirittura aumentata nel caso in cui si procedesse alla liquidazione dei beni.

La procedura di risoluzione dà luogo, quindi, a una liquidazione non delle attività ma delle passività e si realizza attraverso una distribuzione delle perdite, cosiddetto *burden sharing*, secondo un criterio strettamente concorsuale. Questo è garantito da un lato dal principio della *par condicio creditorum* e dall'altro dal principio del *no worse creditor off* (c.d. NWCO) in quanto, come stabilito dall'art. 52, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 180 del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2015, le misure di riduzione conversione sono disposte «in misura tale da assicurare che nessun titolare degli strumenti, degli elementi o delle passività ammissibili... riceva un trattamento peggiore rispetto a quello che riceverebbe se dell'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione, secondo la liquidazione coatta amministrativa dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura applicabile».

A conferma della natura concorsuale della procedura di risoluzione vanno lette le previsioni dell'art. 36, D.Lgs. n. 180 del 2015, le quali, in relazione alla legittimazione alla proposizione del ricorso per la dichiarazione di insolvenza, nella sostanza: *a*) parificano i commissari speciali ai commissari liquidatori della liquidazione coatta amministrativa; *b*) estendono l'applicazione delle disposizioni penali del titolo VI della legge fallimentare alla banca in risoluzione; *c*) applicano la disciplina degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori.

Nel caso in cui alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione la banca si trovi in stato di insolvenza, ai commissari speciali, oppure nel caso in cui questi non siano stati nominati al soggetto espressamente designato dalla Banca d'Italia, è riconosciuta la legittimazione a proporre ricorso per la dichiarazione di insolvenza. L'art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2015, estende infatti alla procedura di risoluzione i principi della liquidazione coatta amministrativa, prevedendo espressamente l'applicazione dell'art. 82, comma 2, del TUB.

Una volta dichiarato lo stato di insolvenza gli organi della procedura di risoluzione, i commissari speciali se sono stati nominati, oppure altrimenti un soggetto appositamente designato dalla Banca d'Italia, hanno il compito di esercitare le azioni revocatorie fallimentari. L'art. 36, comma 3, D.Lgs. n. 180 del 2015, prevede infatti attraverso gli strumenti della legge fallimentare l'esercizio delle azioni revocatorie. I commissari per la ricostituzione del patrimonio possono esercitare le azioni revocatorie ai sensi degli artt. 64, 65, 67 comma 1, 69, 69-*bis*, della legge fallim. I termini per l'esercizio dell'azione decorrono dalla data di avvio della risoluzione (art. 36, comma 3, D.Lgs. n. 180 del 2015).

È significativa l'espressa previsione dell'ultimo comma dell'art. 36, D.Lgs. n. 180 del 2015, che esclude l'esperibilità delle azioni volte alla revoca dei pagamenti previste dall'art. 67, comma 2, della legge fallim. Corrisponde ad una generale esigenza far sì che sia assicurata la massima continuità nell'attività della banca in quanto se venisse compromessa la certezza dell'efficacia solutoria dei pagamenti verrebbe messa in dubbio la stessa stabilità ed efficienza del mercato. Tutti gli atti di pagamento effet-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tuati dalle banche, indipendentemente dalla condizione di crisi o di dissesto ed indipendentemente dal fatto che i pagamenti siano avvenuti in tempi immediatamente antecedenti alla procedura di risoluzione, debbono necessariamente mantenere carattere di definitività. Il rischio o il timore di subire la revocatoria dei pagamenti verrebbe infatti a comportare nel pubblico dei depositanti, nella clientela, nei creditori e comunque in tutti i terzi, reazioni che comprometterebbero la continuità della banca, sino a rendere vani tutti i possibili interventi volti alla risoluzione ed al superamento della crisi.

La dichiarazione di insolvenza della banca in risoluzione comporta anche l'applicazione della disciplina penale del fallimento di cui agli artt. 219 ss. legge fallim. Emerge però a questo riguardo un'importante particolarità strettamente collegata alla natura di questa procedura che, come abbiamo visto, non risolve il dissesto o l'insolvenza con la liquidazione ma piuttosto con la liberazione del patrimonio dalle passività. Questo comporta che l'insolvenza si manifesta e deve essere presa in considerazione nel momento di avvio della procedura di risoluzione in quanto successivamente essa viene superata, anzi assorbita per effetto della attuazione del *programma di risoluzione*, il cui scopo consiste espressamente nel superamento del dissesto e dell'insolvenza attraverso l'assorbimento delle passività attuato con la riduzione dei crediti.

L'art. 36, comma 3, D.Lgs. n. 180 del 2015, in considerazione di tali peculiarità prescrive l'irrilevanza del superamento dello stato di insolvenza nel corso della procedura, ai fini della configurazione dei reati fallimentari e della punibilità dei comportamenti penalmente sanzionati. Per questo motivo fissa quale presupposto per l'applicazione degli artt. 216 ss. legge fall. il manifestarsi e l'accertamento dell'insolvenza con riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione. È così espressamente previsto che tali norme penali fallimentari «trovano applicazione anche quando lo stato di insolvenza è superato per effetto della risoluzione».

6. *L'*ente-ponte *e la società veicolo*.

Come già detto, l'assorbimento delle perdite, attraverso la riduzione e la conversione, può risultare non sufficiente a consentire il superamento del dissesto. Di qui la necessità di dare contestualmente corso alle misure di risoluzione stabilite dall'art. 39, D.Lgs. n. 180 del 2015. Queste sono alternativamente o cumulativamente applicabili e consistono nella cessione di beni e rapporti giuridici a un soggetto terzo, a un *ente-ponte*, a una società veicolo e nella applicazione del *bail-in.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Abbiamo visto che la Banca d'Italia sulla base della *valutazione* predispone il *programma di risoluzione* e attraverso l'applicazione delle diverse misure, effettua una operazione di scomposizione e ricomposizione delle risorse aziendali. In questo modo l'autorità di risoluzione, utilizzando i beni e rapporti giuridici attivi e passivi del patrimonio del precedente *ente sottoposto a risoluzione*, viene a formare il patrimonio aziendale di un nuovo ente.

Le operazioni di riduzione e conversione effettuate consentono di dotare il nuovo ente di un patrimonio in equilibrio, in modo tale che esso sia idoneo allo svolgimento dell'attività bancarie [20]. Una volta assorbite le perdite, le misure di risoluzione previste dall'art. 39, D.Lgs. n. 180 del 2015, offrono le condizioni per la prosecuzione della gestione dell'azienda o delle parti di essa ritenute idonee ad una prosecuzione dell'attività, aprendo la strada, quindi, al superamento del dissesto.

Al fine di realizzare una definitiva separazione e distacco dalle vicende patrimoniali ed anche reputazionali del precedente *ente sottoposto a risoluzione*, l'attività bancaria può essere condotta da un nuovo soggetto [21]. La cessione di beni e rapporti giuridici ad un soggetto terzo o ad un *ente-ponte* o a una società veicolo per la gestione delle attività, sono strumenti attraverso i quali si realizza la complessiva ingegneria di risoluzione.

L'*ente-ponte* viene costituito con una funzione meramente strumentale di gestione di beni e rapporti giuridici e di mantenimento della continuità delle funzioni essenziali precedentemente svolte dall'*ente sottoposto a riso-*

---

[20] La prima applicazione del D.Lgs. n. 180 del 2015, che si è avuta a pochi giorni dal sua entrata in vigore, costituisce un rilevante precedente. La Banca d'Italia, con i provvedimenti del 22 novembre 2015, emessi ai sensi dell'art. 32, ha sottoposto le *quattro banche* a risoluzione, ha determinato nello stesso tempo la chiusura della precedente procedura di amministrazione straordinaria ed ha nominato i commissari speciali ed il comitato di sorveglianza della banca in risoluzione.

In questo caso, come si è sopra già accennato, le misure di risoluzione adottate non comprendevano la applicazione del *bail-in*, in quanto la legge di delegazione europea 2014, n. 114, all'art. 8, comma 1, lett. b), prevedeva che lo strumento del *bail-in* si applicasse dal 1° gennaio 2016. La copertura delle perdite quantificate sulla base della valutazione provvisoria *ex* art. 25 del D.Lgs. n. 180, è stata disposta dalla Banca d'Italia con provvedimento di riduzione delle riserve, delle azioni (*capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare*), e delle obbligazioni subordinate (*riduzione del valore nominale degli elementi di classe 2, computabili nei fondi propri*).

[21] Non a caso allorquando, con D.L. 22 novembre 2015, n. 183, sono stati costituiti quattro enti-ponte ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, la locuzione *nuova* ha contraddistinto la denominazione di tutte e quattro le società per azioni destinatarie dei patrimoni delle *quattro banche*, proprio al fine di assicurare anche sul piano della individuazione della ragione sociale il completo distacco dal precedente ente sottoposto risoluzione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

luzione, al fine di consentire la successiva collocazione sul mercato dell'azienda bancaria attraverso la cessione a terzi delle partecipazioni al capitale oppure dei diritti o ancora delle attività e passività trasferite all'*ente-ponte*.

Tale funzione strumentale emerge anche dalle previsioni relative ai requisiti per l'esercizio dell'attività bancaria. Nella cornice dell'*ente-ponte* essa può essere consentita in via provvisoria anche se non sono soddisfatti i requisiti richiesti. Ciò evidentemente al solo scopo di non interrompere la continuità dell'attività bancaria ed evitare quindi ulteriori perdite di valore del patrimonio e pregiudicare la stabilità del sistema.

L'*ente-ponte* viene appositamente costituito (22) con nomina degli organi di amministrazione e controllo da parte della Banca d'Italia. L'intera conformazione è di stretta competenza della autorità di risoluzione, la quale redige il testo dello statuto e con apposito provvedimento, ne dispone l'adozione unitamente all'assegnazione ai suoi organi delle strategie e del profilo di rischio.

Lo scopo e i limiti di intervento dell'*ente-ponte* sono quindi scanditi dallo statuto e dal provvedimento e sono necessariamente circoscritti alle finalità di mantenimento del valore e della continuità, particolarmente con riguardo alla salvaguardia dei rapporti con la clientela, al fine di consentire entro un arco di tempo assai circoscritto, la collocazione della banca sul mercato (23).

Si deve ritenere dunque che all'*ente-ponte* siano consentite azioni e operazioni volte alla conquista di nuovi mercati o all'allargamento dell'attività purché coerenti con il raggio di azione temporale dell'*ente-ponte* stesso. Deve inoltre considerarsi che tali azioni ed iniziative potrebbero risultare non compatibili con la disciplina della concorrenza considerato che il nuovo soggetto bancario temporaneamente condotto dall'*ente-ponte* si potrebbe avvalere rispetto agli altri *competitors*, della posizione di vantaggio raggiunta per effetto della avvenuta applicazione delle misure di risoluzione.

---

(22) Nel caso delle *quattro banche* con D.L. 22 novembre 2015, n. 183.

(23) Gli ulteriori elementi della strategia e del profilo di rischio indicati dalla Banca d'Italia sono volti a porre in essere politiche e azioni gestionali e commerciali prudenti e sostenibili; ad adottare iniziative volte ad assicurare continuità alle funzioni essenziali svolte a favore delle comunità locali; a rinsaldare i legami con la clientela e i territori di elezione e per tale via preservare il valore aziendale; a perseguire una prudente crescita dell'attività creditizia, prevalentemente a favore del settore *retail* e delle piccole e medie imprese, sulla base di una adeguata valutazione del merito creditizio attuale e prospettico dei sovvenuti; a favorire il processo di dismissione sul mercato della banca in linea con le indicazione della autorità di risoluzione; ad applicare rigorose politiche di remunerazione del personale; a rafforzare il senso di appartenenza e identità con la banca delle risorse umane.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'*ente-ponte* assolve alla funzione di separare con un secco e deciso iato l'originario *ente sottoposto a risoluzione* dal soggetto destinato al mercato e costituisce l'involucro organizzativo, conformato quale società per azioni, totalmente controllato dalla Banca d'Italia con il quale, successivamente all'applicazione della risoluzione, l'azienda bancaria viene messa nelle condizioni di poter operare nel mercato.

Si tratta di condizioni che il mercato dovrà valutare ed apprezzare. L'azienda potrà così operare attraverso l'intervento di terzi che ne ritengano conveniente l'acquisizione la quale potrà avvenire con l'acquisto delle partecipazioni o con la fusione con soggetti bancari già esistenti oppure mettendo mano ad ulteriori ricapitalizzazioni.

In ogni caso le possibilità che l'azienda bancaria che risulta all'esito della risoluzione e della gestione provvisoria attuata dall'*ente-ponte*, possa continuare ad operare utilmente nel mercato e nel rispetto dei requisiti prudenziali, dipende strettamente dall'ulteriore consolidamento del patrimonio. Questo potrà essere realizzato sia per l'effetto dell'impegno e dell'investimento che potrà essere attuato da soggetti terzi, sia dall'ingresso di una *governance* completamente nuova e di una altrettanto rinnovata compagine sociale.

Quanto alla società veicolo essa è costituita su disposizione della Banca d'Italia, che nomina gli organi di amministrazione e controllo, definendone le attribuzioni e le remunerazioni [24].

La cessione dei beni e dei rapporti giuridici ad essa è sostanzialmente servente rispetto alla cessione ad un terzo, ad un *ente-ponte* o all'applicazione del *bail-in*, e conseguentemente l'art. 39, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015, prescrive che essa non può essere disposta se non congiuntamente alle altre misure appena citate.

Tale cessione inoltre può essere disposta solo in presenza di particolari presupposti (art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2015), riconducibili nella sostanza: *a*) all'esigenza di agevolare il funzionamento dell'*ente sottoposto a risoluzione* o dell'*ente-ponte*; *b*) alla massimizzazione dei proventi ricavabili dalla liquidazione; *c*) ad evitare quegli effetti negativi nei mercati finanziari che si potrebbero verificare con l'applicazione di una procedura concorsuale.

---

[24] Il capitale dell'ente-ponte, come pure della società veicolo, è interamente o parzialmente detenuto dal fondo di risoluzione o da autorità pubbliche (art. 47, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

7. *Il provvedimento di cessione e potere di cessione*.

L'espressione cessione di cui agli artt. 39-47, D.Lgs. n. 180 del 2015, comprende nello stesso tempo il trasferimento dei diritti di credito, dei diritti reali o rapporti giuridici attivi e passivi, ma comprende anche il potere della Banca d'Italia di disporre autonomamente ed unilateralmente tali trasferimenti e di conformarne le dimensioni, il contenuto, la portata e tutte le modalità e financo gli effetti.

Il trasferimento è dunque l'atto dispositivo della autorità di risoluzione con cui si realizza la separazione e il definitivo distacco di quelle parti del patrimonio - vale a dire dei beni e dei rapporti giuridici attivi e passivi - destinate a trovare continuità nel mercato rispetto a quelle parti che hanno subito la riduzione o che comunque non sono suscettibili di ulteriore continuità.

Il trasferimento di beni e diritti non discende dalle volontà negoziali del cedente e del cessionario, che la legge stessa stabilisce che non siano richieste. L'art. 47, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015, prevede espressamente che le cessioni non richiedono il consenso di soggetti diversi dal cessionario. Il trasferimento è il frutto del solo esercizio di un potere riconosciuto alla Banca d'Italia di disporre di tutte le risorse che dopo l'assorbimento delle perdite, risultino nel patrimonio dell'originario *ente sottoposto a risoluzione*. Essa ne dispone mediante un atto di attribuzione patrimoniale, definito *provvedimento di cessione*, ad un soggetto terzo o all'*ente-ponte*. Si tratta quindi di un trasferimento di beni e rapporti giuridici che viene realizzato per effetto dell'esercizio di un potere di cessione *sui generis*, di diritto speciale.

L'art. 39, D.Lgs. n. 180 del 2015, nello stabilire le diverse misure di risoluzione, determina le modalità che devono essere rispettate e le finalità che devono essere perseguite dall'autorità di risoluzione nell'esercitare il potere di cessione. A seconda del soggetto destinatario della cessione, il trasferimento di beni rapporti giuridici, che viene realizzato con la cessione, risulta di volta in volta espressione di una operazione sostanzialmente diversa.

Se il destinatario della cessione è un soggetto terzo, le azioni, le partecipazioni, tutti i diritti, le attività e le passività vengono scambiate contro un corrispettivo che il terzo potrà corrispondere ai titolari delle azioni o partecipazioni oppure all'*ente sottoposto a risoluzione*. Se invece il destinatario è l'*ente-ponte*, l'oggetto della cessione è il medesimo ma a differenza del caso precedente, non viene prevista la corresponsione di un corrispettivo, trattandosi di una successione nei diritti e nelle attività o nelle passività che non ha carattere di collocazione sul mercato ma piutto-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sto di trasferimento del tutto transitorio, propedeutico ad una collocazione futura dell'azienda bancaria. Se infine destinatario della cessione è una società veicolo per la gestione delle attività, la cessione è relativa soltanto a quei beni e rapporti giuridici che è opportuno staccare dalla più ampia cessione effettuata ad un terzo o all'*ente-ponte*, al fine di massimizzare il valore oppure al fine di consentirne la liquidazione assieme alla stessa società veicolo.

La cessione riveste caratteri del tutto speciali anche riguardo agli effetti. Sulla base di quanto stabilito all'art. 47, D.Lgs. n. 180 del 2015, la pubblicazione nel sito internet di Banca d'Italia ha efficacia di pubblicità notizia, dichiarativa e costitutiva ivi compresi l'efficacia di cui agli artt. 1264, 2022, 2355, 2470, 2525, 2556 c.c. ([25]). Il trasferimento dei beni e dei diritti è indenne dalle eccezioni del contraente ceduto, questo può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto ma non quelle fondate su altro rapporto col cedente (art. 47, comma 4), e comporta a favore del cedente anche in deroga agli artt. 1273, 2112, 2558, 2560, effetti liberatori dagli obblighi di adempimento (art. 47, comma 5).

La cessione sul piano sostanziale ha poi effetti di separazione patrimoniale, in quanto gli azionisti ed i creditori dell'*ente sottoposto a risoluzione*, come pure i terzi i cui diritti, attività o passività non sono oggetto di cessione, subiscono l'estinzione di qualsiasi pretesa sui diritti, sulle attività e passività oggetto della cessione, come pure nei confronti degli organi di amministrazione e controllo o dell'alta dirigenza del cessionario (art. 47, comma 7, D.Lgs. n. 180 del 2015) ([26]).

([25]) La Banca d'Italia sulla base del potere ad essa riconosciuto di determinare la decorrenza dei provvedimenti di avvio della risoluzione (l'art. 32, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015) costruisce una opportuna sequenza temporale dei diversi provvedimenti. Ciò al fine di soddisfare nello stesso tempo l'esigenza di contemporanea applicazione delle diverse misure (richiesta per l'efficacia dell'intervento e la stabilità del sistema) e l'esigenza di consequenzialità giuridica dei diversi passaggi. Nella risoluzione delle *quattro banche* la decorrenza dell'avvio della risoluzione è stato fissato alle ore 22 del 22 novembre; la nomina degli organi della risoluzione nello stesso momento; la cessione dell'azienda bancaria dall'ente in risoluzione all'ente-ponte alle ore 00,01 del giorno di costituzione dell'ente-ponte, la cui costituzione decorreva dalle ore 00.00 del 23 novembre 2015. Da quanto descritto può ricavarsi l'unitarietà del provvedimento ma anche la necessità di una scansione temporale che dia conto e giustificazione della consequenzialità dei diversi passaggi.

([26]) Agli azionisti e creditori è riconosciuta la tutela secondo il principio del *No Worse Creditor Off* (NWCO) di cui all'art. 87, D.Lgs. n. 180 del 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

8. *Il* bail-in.

L'applicazione della misura del *bail-in* di cui all'art. 48, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 180 del 2015, può risultare risolutiva quando l'assorbimento delle perdite costituisce misura sufficiente a prospettare il risanamento della banca sottoposta a risoluzione. In questo caso l'obiettivo del risanamento viene raggiunto nel momento in cui l'assorbimento delle perdite consente di ripristinare il patrimonio del soggetto sottoposto a risoluzione nella misura necessaria al rispetto dei requisiti prudenziali e idonea a ristabilire la fiducia del mercato [27].

La riduzione del valore delle passività cedute o la conversione delle passività in capitale, realizzate attraverso il *bail-in* è anche funzionale alla creazione delle condizioni per gli ulteriori interventi previsti dall'art. 48, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 180 del 2015. Questi potranno essere realizzati da parte di coloro che saranno i destinatari finali della cessione, vale a dire i soggetti di cui all'art. 39, D.Lgs. n. 180 del 2015.

Sulla base della *valutazione*, effettuata ai sensi degli artt. 23 ss., D.Lgs. n. 180 del 2015, l'importo del *bail-in* deve essere tale da consentire almeno per un anno il rispetto dei requisiti prudenziali ed idoneo a ristabilire nel mercato una fiducia sufficiente nei confronti dell'*ente sottoposto a risoluzione* (art. 51, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 180 del 2015). Inoltre deve essere tenuto conto dell'eventuale contributo del fondo di risoluzione (art. 51, comma 1, lett. c, D.Lgs. n. 180 del 2015). Nel caso in cui venga applicata anche la misura della cessione ad una società veicolo delle attività, deve anche essere effettuata una prudente stima del fabbisogno di

---

[27] Nella prima applicazione della procedura di risoluzione sulle *quattro banche*, nonostante l'avvenuta riduzione delle riserve, azioni e obbligazioni subordinate, la cessione dei beni e rapporti giuridici della banca sottoposta a risoluzione presentava un deficit di cessione particolarmente elevato che, in ogni caso, non avrebbe potuto essere risolto con un ulteriore assorbimento delle passività. L'applicazione del *bail-in* avrebbe consentito una più ampia distribuzione della perdita sugli obbligazionisti senior e sugli altri creditori ma, al tempo, questa misura non era ancora applicabile. La copertura di tale *deficit*, per il quale l'ente in risoluzione era debitore verso l'ente-ponte, è stata quindi realizzata con somme versate all'ente-ponte direttamente dal fondo di risoluzione, a sua volta istituito presso la banca d'Italia ai sensi dell'art. 79, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 180 del 2015. Il fondo, a sua volta, è stato surrogato nel corrispondente credito dell'ente-ponte nei confronti della banca in risoluzione. Quest'ultima pertanto non disponendo più di alcun attivo per effetto dell'avvenuto provvedimento di cessione dei beni e dei rapporti giuridici attivi e passivi all'ente-ponte e risultando gravata solo da passività (oltre che per il debito verso il Fondo di risoluzione anche per obbligazioni subordinate non suscettibili di essere ridotte e non cedute all'ente-ponte), ha rinunciato all'autorizzazione bancaria ed è stata posta in liquidazione coatta amministrativa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

capitale della stessa società veicolo (art. 51, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 180 del 2015).

L'assorbimento delle perdite attraverso il *bail-in* avviene nell'ordine progressivamente correlato al diverso grado di rischiosità della posizione creditoria, sulla base di quanto indicato dall'art. 52, D.Lgs. n. 180 del 2015. Fino alla concorrenza delle perdite può essere disposta la riduzione delle riserve, delle azioni ordinarie, degli strumenti ibridi, delle obbligazioni subordinate, delle obbligazioni non subordinate (*senior*), dei depositi ([28]).

Sono escluse dall'applicazione del *bail-in* le passività indicate nell'art. 49, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2015 (depositi protetti, passività garantite, disponibilità detenute in regime di separazione patrimoniale, ecc.).

Inoltre possono essere escluse ulteriori e diverse passività (art. 49, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015) al fine di preservare la continuità dell'*ente sottoposto a risoluzione*, di evitare il contagio e gravi ricadute sull'economia del paese, di evitare perdite di valore maggiori di quelli conseguenti al *bail-in*. Tale esclusione deve soddisfare uno specifico scrutinio avendo riguardo ai presupposti elencati al comma 3 dell'art. 49, oltre che al processo di autorizzazione di cui al comma 4.

Alla copertura delle passività può concorrere anche il fondo di risoluzione ai sensi dei commi 5 e 6 dell'articolo citato sempre ed in quanto gli azionisti ed i creditori abbiano contribuito al ripianamento delle perdite in

---

([28]) L'art. 96 *bis*.1, del TUB aggiornato dal D.Lgs. 16 novembre 2015 e dal successivo D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 30, nel disciplinare i sistemi di garanzia dei depositanti, stabilisce che sono ammissibili al rimborso i crediti relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione sotto forma di depositi o sotto altra forma (conti correnti, conti di deposito nominativi, depositi di risparmio nominativi), gli assegni circolari e gli altri titoli di credito ad essi assimilabili, sino all'ammontare di € 100.000 per ciascun depositante. Il limite appena indicato non si applica, ai sensi del comma 4 dell'art. 96 *bis*.1, nei nove mesi successivi al loro accredito ai depositi di persone fisiche aventi ad oggetto importi derivanti da: *a*) operazioni relative a corrispettivi derivanti dal trasferimento o dalla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazione; *b*) divorzio, pensionamento, scioglimento di rapporto di lavoro, invalidità o morte; *c*) pagamento di prestazioni assicurative, risarcimenti, indennizzi per danni da reato contro la persona o per ingiusta detenzione. Ai fini del calcolo del limite di rimborso di € 100.000 viene altresì specificato al comma 5 che: *a*) il conto intestato ad un ente senza personalità giuridica viene inteso come unico deposito indipendentemente dal fatto che una pluralità di soggetti partecipi all'ente come socio o come associato; *b*) nel caso di cointestazione del conto a ciascuno dei cointestatari viene riconosciuto il pieno indennizzo nel rispetto dei limiti della propria quota e fino alla concorrenza di € 100.000 per ciascuno dei cointestatari; *c*) le somme che costituiscono oggetto di deposito rimborsabile debbono essere calcolate al netto della compensazione di eventuali debiti del depositante esigibili al momento degli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

misura pari ad almeno l'8% delle passività totali e il contributo del fondo di risoluzione non superi il 5% delle stesse passività totali.

Va considerato che uno dei pilastri della *BRRD* e del D.Lgs. n. 180 del 2015 è l'assunto che il *bail-in* può operare ed avere efficacia a condizione che le banche siano dotate di un livello di passività suscettibili di essere soggette al *bail-in* adeguato rispetto alle esigenze di assorbimento che le situazioni di crisi o di dissesto possono rendere necessarie. A tal fine viene previsto uno specifico obbligo di dotazione di passività idonee ad essere assoggettate al *bail-in* ([29]).

Spetta alla Banca d'Italia, secondo quanto previsto dall'art. 50, D.Lgs. n. 180 del 2015, il compito di fissare per ciascuna banca il requisito minimo di passività soggette al *bail-in*. Esso viene determinato nella misura necessaria a far sì che il soggetto abbia risorse sufficienti (vale a dire passività soggette al *bail-in*: passività *eligible* o *bail-in able*) affinché l'eventuale avvio di una procedura di risoluzione possa consentire il raggiungimento degli obiettivi di risoluzione già descritti all'art. 21, D.Lgs. n. 180 del 2015. Tali condizioni si realizzano laddove: *a*) le passività siano sufficienti ad assorbire le perdite e assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e di capitale previsti per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; *b*) le passività siano adeguate al profilo di rischio della banca; *c*) le passività siano idonee a fronteggiare le eventuali ripercussioni negative sulla stabilità finanziaria che potrebbero derivare dal dissesto della banca anche per effetto del contagio di altri enti.

9. *Il* burden sharing*: partecipazione dei creditori all'assorbimento delle passività*.

Dal complesso della disciplina introdotta con il decreto n. 180 del 2015 e dalla natura delle misure di risoluzione emerge che le modalità attraverso le quali vengono affrontate, regolate e risolte le situazione di crisi, quali quelle di incapienza patrimoniale e di insolvenza, risultano diverse e possono apparire addirittura opposte rispetto a quelle con le

---

([29]) In esecuzione della Dir. 2014/59/EU, l'EBA nel documento 3 luglio 2015 (*MREL*) ha pubblicato *standard* tecnici sul requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili, *eligibile liabilitie*, e norme tecniche sul riconoscimento contrattuale del *bail-in*. Si ritiene infatti che *in the future, shareholders and creditors will have to internalise the burden of bank failure, minimising moral hazard and risks to taxpayers*, e tali requisiti sono necessari *to avoid institutions structuring their liabilities in a way that impedes the effectiveness of the bail-in or other resolution tools, and to avoid the risk of contagion or a bank run*, *the Directive requires that institutions meet at all times a robust minimum requirement for own funds and eligible liabilities (MREL)*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quali nella tradizione di diritto civile e fallimentare viene regolata la responsabilità del debitore.

Le procedure esecutive individuali e concorsuali sono gli strumenti con cui viene realizzata la soddisfazione del credito, la quale in caso di insolvenza avviene parzialmente e nella misura della percentuale che deriva dal concorso dei creditori, salvo incrementi dell'attivo conseguenti all'utile esercizio di revocatorie e azioni di responsabilità oppure ad esiti particolarmente positivi della liquidazione.

La perdita e la determinazione dell'ammontare della perdita che derivano dalla crisi del debitore e dalla sua insolvenza si determinano nel diritto comune con il riparto di quanto ricavato dalla liquidazione del patrimonio. La regola della responsabilità patrimoniale, secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) viene attuata attraverso la conversione in moneta corrente di tutti gli elementi che compongono il patrimonio. La *Versielberung* del patrimonio consente infatti di trasformare beni materiali o immateriali nell'equivalente costituito dalla liquidità monetaria destinata a risarcire i creditori per l'inadempimento da essi subìto, in misura proporzionale ai rispettivi crediti, attraverso l'assegnazione delle somme effettuate nel rispetto ed in attuazione del principio del concorso.

Secondo il sistema di tradizione romanistica, che tuttora informa la generalità degli ordinamenti giuridici, la garanzia patrimoniale viene realizzata con lo scioglimento totale del patrimonio nel suo valore complessivo e funzionale alla ripartizione tra i creditori concorrenti. Conseguentemente, in caso di insufficienza del patrimonio del debitore, la perdita per i creditori è costituita da quella complessiva parte dei crediti, che la conversione del patrimonio in moneta corrente non è stata in grado di coprire o, se si vuole usare una espressione del nuovo sistema della risoluzione, di assorbire.

In conclusione, la perdita subita dai creditori per incapienza del patrimonio sotto un profilo strettamente funzionale, non può che recare con sé il venir meno del patrimonio, il quale, attraverso la trasformazione in valori monetari distribuiti ai creditori, cessa definitivamente la sua esistenza.

Questo sistema di principi e di regole, secondo la nuova disciplina europea, viene ritenuto oggi non più compatibile con la natura della banca e le esigenze della stabilità del mercato. La distruzione di valore che può discendere dalla liquidazione è superiore all'utilità che può derivare ai creditori dal riparto del ricavato dalla liquidazione del patrimonio, il cui ammontare potrebbe risultare del tutto esiguo o addirittura essere presso-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ché assente e comunque essere distribuito con le modalità e con i tempi non brevi della liquidazione concorsuale.

L'attività bancaria consiste in una articolatissima serie di rapporti attivi e passivi che possono essere realizzati e gestiti solo in presenza di continuità. In mancanza, gli effetti pregiudizievoli ricadono non solo sui creditori (depositanti, obbligazionisti, rapporti interbancari, ecc.), ma anche sui debitori della banca destinatari dei diversi impieghi (affidamenti, impegni in servizi di riscossione, di presentazione, di operazioni autoliquidanti, ecc.). Le conseguenze della liquidazione comportano un effetto domino sul territorio, vengono a contagiare altri operatori bancari ed altri operatori economici, determinano una caduta dell'affidabilità del sistema non facilmente recuperabile, possono condurre a pericolose crisi sistemiche nazionali o addirittura nell'area dell'Unione.

In tale contesto la risoluzione prevista dal decreto n. 180 del 2016 è una operazione di ingegneria giuridica e contabile che deve essere attuata con adeguata perizia. Debbono essere utilizzati all'occorrenza tutti gli strumenti previsti, secondo criteri di contestualità e coordinamento, affinché dalla contemporanea e complessiva applicazione delle diverse misure possa essere raggiuto il risultato del superamento o comunque la soluzione al dissesto ([30]).

Posto che il *deficit* patrimoniale misura le dimensioni dell'intervento di ricapitalizzazione e di patrimonializzazione e che le passività che gravano sul patrimonio segnano l'entità del dissesto, la procedura di risoluzione interviene sulle passività e ne determina la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione della attività bancaria.

Con la procedura di risoluzione vengono così distribuite le perdite sugli azionisti ed i creditori della banca. La condizione essenziale è che questi ultimi con la liquidazione concorsuale del patrimonio avrebbero in realtà subìto analogo o maggiore pregiudizio. Se la banca fosse stata liquidata, essi avrebbero cioè sopportato almeno la stessa perdita, in quanto le azioni sarebbero state integralmente svalutate e, per l'incapienza dell'attivo, i crediti azzerati non sarebbero stati soddisfatti.

L'anticipazione degli effetti dell'incapienza dell'attivo, sulla base di una valutazione prospettica di quelli che sarebbero gli esiti per i creditori e per gli azionisti di una liquidazione del patrimonio attraverso le classiche procedure concorsuali, comporta l'anticipazione del concorso dei creditori alle perdite al momento della apertura della procedura di risoluzione.

([30]) Vedi nt. 25.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Quella *Verlustgemeinschaft* - comunità della perdita - cui partecipano tutti i creditori dell'insolvente, piuttosto che essere determinata dagli esiti della liquidazione, viene costruita *ex ante* dalla procedura di risoluzione attraverso l'immediata cancellazione dei diritti degli azionisti e dei creditori, nella misura necessaria al superamento del dissesto e comunque in misura non superiore alla perdita che questi avrebbero subìto per effetto della liquidazione.

Come è stato osservato «il principio di fondo della risoluzione è che il trattamento degli azionisti e creditori "simula" il trattamento che ad essi spetterebbe ove al momento dell'avvio della risoluzione si applicasse la procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa o analoga» ([31]). È questa una similitudine che riassume e fa emergere l'aspetto più innovativo della nuova procedura di crisi, che distribuisce la perdita in una fase temporale anticipata rispetto a quella in cui il patrimonio sarebbe stato liquidato.

L'immediata e tempestiva distribuzione delle perdite tra i creditori costituisce il principio ordinante sulla base del quale la procedura di risoluzione realizza il superamento della situazione di dissesto, in quanto l'attribuzione dell'onere delle perdite, *burden sharing*, agli azionisti e ai creditori costituisce la leva con la quale vengano adottate e possano avere efficacia le diverse misure di risoluzione.

Attraverso tali norme si consente di emancipare la procedura di crisi dalla necessità di onerosi interventi esterni e di affrancare il dissesto dall'obbligo di porre in essere la liquidazione della banca, aprendo piuttosto alla possibilità di realizzare nello stesso tempo, il governo, la limitazione ed il contenimento delle stesse perdite.

10. No Creditor Worse Off*, NCWO*.

Come già anticipato la correttezza del procedimento di assorbimento delle passività e di distribuzione delle perdite sui creditori è garantita dalla previsione del principio cardine definito nel *jargon* quale *No Creditor Worse Off* (NCWO), affermato diffusamente nel decreto n. 180 del 2015.

Il principio è stabilito dall'art. 52, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 180 del 2015, il quale in materia di procedura di *bail-in* delinea le regole per il trattamento degli azionisti e dei creditori. Lo stesso è confermato nel titolo

---

([31]) Così S. FORTUNATO nella relazione *Misure di risoluzione e liquidazione*, del Seminario FIDT tento a Roma il 22 gennaio 2016, *La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'Unione Bancaria Europea.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

VI, *Salvaguardie e tutela giurisdizionale,* all'art. 87, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2105, ove si afferma che in caso di applicazione del *bail-in*, gli azionisti e i creditori, i cui crediti siano stati ridotti o convertiti, non possono subire perdite maggiori di quelle che avrebbero subito se l'*ente sottoposto a risoluzione* fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione.

Lo stesso art. 87, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015, prevede l'estensione dello stesso principio all'ipotesi in cui sia stata effettuata la cessione parziale dei diritti, attività o passività dell'*ente sottoposto a risoluzione*, stabilendo in questo caso che gli azionisti ed i creditori che non sono stati ceduti non debbano subire un trattamento peggiore di quello che avrebbero ottenuto se l'ente fosse stato liquidato.

La *valutazione* [32] che, come già descritto, deve precedere e che costituisce il presupposto per l'avvio della risoluzione o la riduzione o conversione di azioni di altre partecipazioni o strumenti di capitale (art. 23, D.Lgs. n. 180 del 2015), fornisce all'autorità di risoluzione diversi elementi idonei a giustificare i predetti interventi.

Gli stessi sono ricavabili dalle disposizioni contenute all'art. 24, comma 1, D.Lgs. n. 180 del 2015 ed, in coerenza con la natura e finalità della procedura, consistono: 1) nella determinazione quantitativa dell'entità della riduzione e conversione necessaria a coprire le perdite per assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e conseguentemente; 2) nella identificazione delle diverse categorie di azionisti e creditori sui quali, in conformità con il rispettivo ordine di priorità applicabili in sede concorsuale, ricade il peso delle perdite; 3) nella stima del trattamento che ciascuna categoria di azionisti e creditori riceverebbe se l'ente, piuttosto che essere sottoposto a risoluzione fosse sottoposto a liquidazione coatta amministrativa.

Quindi la Banca d'Italia quale autorità di risoluzione in sede di *valutazione* deve effettuare un preliminare apprezzamento del principio di *No Creditor Worse Off* (NCWO). A tal fine debbono essere prese in considerazioni alcune ipotesi, tra le quali: la durata della procedura di liquidazione coatta amministrativa che viene stimata in dieci anni, con una realizzazione degli attivi con operazioni di cessioni in blocco nei primi due anni; la stima dello scenario liquidatorio delle immobilizzazioni immateriali, delle attività fiscali, delle partecipazioni, delle immobilizzazioni materiali, dei crediti opportunamente svalutati a seconda che si tratti di crediti *in bonis*, in sofferenza o deteriorati, apportando quindi le dovute

---

[32] Di cui si riferito diffusamente al par. 4.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

svalutazioni. Devono essere inoltre stimati i costi della procedura di liquidazione tra i quali quelli derivanti dall'interruzione anticipata dei rapporti di lavoro in relazione alle risorse impiegate, nonché dei costi per spese legali connesse al possibile contenzioso anche riferito alla formazione dello stato passivo.

I valori del presumibile realizzo degli attivi al netto dei costi della procedura di liquidazione devono essere quindi rapportati al fabbisogno espresso dalla complessiva esposizione debitoria della banca, con una stima articolata in relazione alle differenti categorie di creditori sociali, nel rispetto dell'ordine di soddisfazione stabilito dalla legge in sede concorsuale, in modo tale da valutare l'avvenuto rispetto del criterio del NCWO.

Poiché come si è analizzato il processo di distribuzione della perdita avviene, sulla base di stime previsionali, la disciplina del D.Lgs. n. 180 del 2015 prevede opportunamente un importante momento di verifica dei presupposti delle azioni di risoluzione e dei suoi effetti sui soggetti coinvolti attraverso una ulteriore stima effettuata da un esperto indipendente, appositamente incaricato dalla Banca d'Italia (art. 88, D.Lgs. n. 180 del 2015). La *valutazione della differenza di trattamento* deve determinare il trattamento che azionisti e creditori, e se del caso anche il sistema di garanzia dei depositanti, avrebbero ricevuto se l'ente fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa e quindi accertare l'eventuale differenza di trattamento che essi hanno ricevuto per effetto delle azioni di risoluzione.

Di conseguenza l'art. 89, D.Lgs. n. 180 del 2015, stabilisce un principio volto a mitigare *ex post* le conseguenze subite dagli azionisti e dai creditori per effetto dell'azione di riduzione e riconosce loro, laddove avessero subito perdite maggiori di quelle che essi avrebbero sopportato in caso di liquidazione coatta amministrativa, il diritto di ricevere a titolo di indennizzo una somma equivalente alla differenza determinata sulla base della *valutazione della differenza di trattamento.*

Tale diritto è correttamente definito con riferimento alla figura dell'indennizzo e non del risarcimento del danno, in quanto non ha la funzione di reintegrare un danno contrattuale o extracontrattuale, né di porre rimedio alla violazione di un diritto assoluto o relativo, né tantomeno di rimediare ad un fattispecie di indebito bensì piuttosto ha la funzione di riconoscere una somma a titolo di rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati.

Il principio di diritto dal quale si muove la previsione dell'indennizzo previsto dall'art. 89, D.Lgs. n. 180 del 2015, è nella sostanza il medesimo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che regola la rettifica del contratto di cui all'art. 1430 c.c.. Va osservato che mentre in quest'ultima fattispecie le obbligazioni che discendono dalla rettifica del contratto ricadono sui contraenti che si sono avvantaggiati dell'errore di calcolo, secondo una logica che ripercorre la *ratio* dell'indebito, nel caso dell'indennizzo previsto dall'art. 89, l'onere della corresponsione dell'indennizzo stesso non può certamente ricadere sull'*ente-ponte* cessionario dell'azienda bancaria o comunque sul patrimonio oggetto della cessione. I patrimoni di questi ultimi sono infatti estranei tanto ai procedimenti di conversione e riduzione a suo tempo realizzati dall'autorità di risoluzione, quanto all'atto di cessione a suo tempo attuato dalla stessa. Conseguentemente il comma 2 dell'art. 89, pone tale indennizzo a carico del fondo di risoluzione. Quest'ultimo sulla base dei nuovi dati potrebbe a sua volta ridimensionare l'entità del suo intervento, compensando quindi l'onere dell'erogazione di tali indennizzi.

11. *Salvaguardie e tutela giurisdizionale*.

La tutela giurisdizionale contro gli atti relativi alla misure di gestione della crisi spetta, secondo quanto stabilito all'art. 95, D.Lgs. n. 180 del 2015, al giudice amministrativo ed alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi del D.Lgs. n. 180 del 2015, si applicano gli artt. 119, 128, 133, 135 del Codice del processo amministrativo.

L'esigenza di assicurare rapidità, certezza ed effettività alle procedure di risoluzione, viene garantita dalla significativa e sostanzialmente assorbente limitazione delle possibilità di sospensione del provvedimento da parte del giudice amministrativo. Infatti l'art. 95, comma 2, D.Lgs. n. 180 del 2015, stabilisce una generale presunzione di contrarietà all'interesse pubblico della sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministero dell'Economia, che potrebbe essere vinta (trattandosi almeno astrattamente di una presunzione semplice), solo con una prova contraria la quale in realtà appare assai difficilmente ipotizzabile e dimostrabile, considerato che l'intera procedura di risoluzione assolve e realizza un interesse pubblico alla stabilità ed alla tutela, anche costituzionalmente garantita, del risparmio (art. 47 Cost.) (33).

---

(33) La necessità di contemperare le esigenze della tutela cautelare con l'interesse ad evitare il pregiudizio che inevitabilmente si accompagna alla sospensione dell'efficacia degli atti, dei contratti e dei procedimenti è ormai emersa anche in altri importanti settori dell'ordinamento, quale quello disciplinato dal codice degli appalti che all'art. 204 ha previsto la modificazione dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, prevedendo che «nella

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'attuazione della procedura di risoluzione si articola in atti dell'autorità di risoluzione. Questi a loro volta sono accompagnati da diversi atti di autonomia privata che vengono realizzati con l'intervento attivo di altri operatori, destinatari diretti o indiretti delle misure di cessione di cui all'art. 39, D.Lgs. n. 180 del 2015. Di qui la necessità della previsione di principi che possano assicurare la definitività delle misure adottate nella procedura.

L'esito della procedura dipende infatti dall'affidamento che i terzi potranno avere circa l'incontestabilità e l'incontrovertibilità delle diverse misure di risoluzione adottate. Essa viene assicurata dalla previsione del comma 2 dell'art. 95, D.Lgs. n. 180 del 2015, secondo cui l'eventuale annullamento dei provvedimenti relativi alle misure di gestione della crisi lascia impregiudicati sia gli atti amministrativi adottati, sia i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia o dai commissari, sulla base del provvedimenti annullati.

Questo risultato viene raggiunto con l'attribuzione al giudice amministrativo del compito di accompagnare la decisione sulla legittimità dell'atto impugnato con la valutazione della necessità di tutelare gli interessi dei terzi in buona fede che hanno acquistato azioni, partecipazioni, diritti, attività e passività di un *ente sottoposto a risoluzione* a seguito del ricorso agli strumenti di risoluzione o all'esercizio dei poteri di risoluzione (art. 95, comma 3, D.Lgs. n. 180 del 2015). Quando il giudice ravvisi la necessità di tutelare i predetti interessi, l'annullamento del provvedimento che venisse pronunciato lascia impregiudicati gli atti amministrativi adottati e i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia o dai commissari speciali sulla base del provvedimento annullato ([34]).

La tutela giurisdizionale avanti al giudice amministrativo viene quindi compenetrata con le esigenze di definitività e incontestabilità della risoluzione. L'annullamento se pronunciato non comporta la rimozione degli atti impugnati ma mantiene una funzione si potrebbe dire figurativa

---

decisione cautelare il giudice tiene conto (…) delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione».

([34]) La salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura è prevista nel diritto fallimentare in caso di revoca del fallimento (art. 18, comma 15, legge fallim.). V. anche l'art. 121, comma 2, del codice del processo amministrativo che prevede il mantenimento del contratto stipulato in presenza di violazioni del procedimento (previste al comma 1 dell'art. 121) «qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti», precisando che tra di esse rientrano «quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possano essere rispettati solo dall'esecutore attuale».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e dà luogo piuttosto ad una tutela per equivalente, vale a dire in forma risarcitoria. L'ammissibilità di quest'ultima dipenderà naturalmente dalla sussistenza dei presupposti richiesti dal diritto comune sotto il profilo della prova del danno, sia nelle sue componenti che nel rapporto di causalità.

Sempre al fine di consentire all'autorità di risoluzione di realizzare e portare a termine gli obiettivi della risoluzione l'ultimo comma dell'art. 95, D.Lgs. n. 180 del 2015, prevede che il giudice su istanza della Banca d'Italia (soggetto terzo che non è parte del processo) disponga la sospensione del giudizio in corso per un periodo che l'autorità di risoluzione stimi congruo al perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 21, D.Lgs. n. 180 del 2015.

Sulla base di questa previsione, su istanza della Banca d'Italia, possono essere raggiunti risultati assimilabili non solo alla moratoria conosciuta nel concordato per i procedimenti esecutivi, ma anche a quelli che si verificano con l'interruzione (in questo caso sospensione) dei giudizi conseguente all'apertura della procedura concorsuale.

Attraverso la cristallizzazione dei rapporti processuali in corso, può venire escluso il rischio che, per effetto della prosecuzione dei giudizi, vengano emessi provvedimenti o anche soltanto maturino giudizi che possano modificare elementi del patrimonio e quindi compromettere sul piano funzionale o dei valori, l'efficienza o l'efficacia delle misure in corso di applicazione nel procedimento di risoluzione. La sospensione del giudizio consente all'autorità di risoluzione di disporre del rapporto oggetto del giudizio in corso secondo le modalità ritenute opportune a conseguire gli obiettivi della risoluzione.

Si tratta di una ulteriore manifestazione degli speciali *poteri accessori* attribuiti dall'art. 61, D.Lgs. n. 180 del 2015, alla Banca d'Italia al fine di rimuovere ogni possibile ostacolo all'utilizzazione delle risorse che provengono dall'*ente sottoposto a risoluzione* per la migliore e più efficiente e rapida costruzione del patrimonio della nuova azienda bancaria. Sulla base di quanto previsto dal citato art. 61 l'autorità di risoluzione può infatti disporre che gli strumenti finanziari, i diritti, le attività e le passività siano acquistati liberi da ogni peso ed onere, può disporre l'estinzione di ogni diritto di opzione in relazione alle azioni ed alle partecipazioni, può disporre la esclusione o la sospensione delle negoziazioni e quotazioni degli strumenti finanziari, può disporre il subentro del cessionario nei diritti ed obblighi dell'*ente sottoposto a risoluzione* con esclusione dei diritti ed obblighi del cedente, e nei rapporti processuali anche

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

in deroga ai generali principi dell'art. 111 c.p.c. sulla successione nel diritto controverso (35).

12. *Conclusioni.*

Nei paragrafi precedenti sono state rappresentate le principali innovazioni introdotte in Italia con il recepimento delle *BRRD* per la risoluzione delle crisi bancarie.

È stato illustrato il carattere di assoluta novità rispetto ai tradizionali strumenti conosciuti nel nostro sistema per la gestione della crisi e dell'insolvenza anche con riguardo alla sfera della tutela giurisdizionale.

La prima applicazione anche se riferita a quattro banche italiane di dimensione contenuta, e dunque meno suscettibili di creare effetti sistemici, ha provocato significativi effetti nella percezione dei rischi del sistema bancario da parte dell'opinione pubblica e dei risparmiatori.

È attualmente in corso un intenso dibattito tra autorità europee ed italiane, esponenti della dottrina ed operatori circa i principi cui l'applicazione delle nuove regole deve ispirarsi (36).

Per alcuni «uno strumento - il *bail-in* - pensato per ridurre l'impatto di una crisi non deve creare le premesse per renderne una più facile» (37). Nello stesso tempo si ribadisce che «non ci sono eccezioni al *bail-in*, a seconda delle circostanze, le autorità possono decidere di applicarlo su strumenti diversi, ma coprire almeno l'8 % degli attivi» (38).

I principi del divieto degli aiuti di stato e dell'assorbimento delle perdite attraverso il *bail-in*, che oggi sembrano inconciliabili dovranno necessariamente trovare, anche con il contributo che verrà dalla Corte di Giustizia Europea, una composizione.

---

(35) L'incidenza della *resolution* sui diritti patrimoniali e sulla loro tutela ha suscitato alcune primi interventi sul tema della compatibilità con le regole e i principi costituzionali: v. G. GUIZZI, *Il* bail-in *nel nuovo sistema delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485; L. DI BRINA, *Salvataggi bancari e dubbi costituzionali: il precedente dell'Austria*, in *www.firstonline.it*; *Risoluzione delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della carta dei diritti fondamentali dell'UE e della costituzione nazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2015 e sulla irreversibilità della nuova disciplina v. G. SANTONI, *op. cit*.

(36) Sul punto v. G. BOCCUZZI, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie: alcune riflessioni critiche*, in *Bancaria*, 2015.

(37) Così I. VISCO in un intervento al Workshop sulla stabilità del sistema bancario presso l'Istituto Universitario Europeo il 5 maggio 2016.

(38) Così la sig.ra M. VESTAGER, Commissario Europeo della concorrenza, in una intervista a *Repubblica* del 28 aprile 2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Imprescindibile sarà la messa a regime della *Bank Union* nei suoi tre pilastri: il *Single Supervisory Mechanism* (SSM), il *Single Resolution Mechanism* (SRM) ed il *DGS* (*deposit guarantee scheme*).

Il *Meccanismo Unico di Supervisione* vede agire in modo sempre più unitario la vigilanza della BCE e delle autorità nazionali. Questa è esercitata dalla BCE sulle banche *significant* (129 gruppi, di cui 15 italiani, che pur rappresentando solo il 3% delle banche attive dell'eurozona, detengono l'85% degli attivi del sistema) e dalle autorità nazionali sulle altre 3.500 banche *less significant*, nell'ambito di linee guida uniformi stabilite dalla BCE, che all'occorrenza può avocare la supervisione.

Il *Single Resolution Mechanism* (SRM) per la gestione centralizzata delle procedure di risoluzione delle banche in crisi, affidata appunto ad un'unica autorità europea, il *Single Resolution Board* (SRB) che utilizza gli strumenti della *BRRD* per assicurare la gestione unitaria delle crisi ed evitare distorsioni competitive.

Il *DGS* (*deposit guarantee scheme*) costituito mediante conferimenti a carico di tutte le banche dell'euro area con propria e diretta capacità di intervento finanziario che integrerà i sistemi nazionali per la garanzia dei depositi.

Allo stato l'istituzione di un sistema armonizzato di garanzia di assicurazione dei depositi a livello europeo, anche causa della diversità delle posizioni emerse tra i diversi paesi dell'area euro, è ancora in fase di elaborazione.

ABSTRACT: *The D.lgs n. 180/2015 has implemented in Italy the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) Directive 2014/59/UE. During the recent financial crisis, a number of banks were bailed out with public funds because they were considered "too big to fail". The level of state support was unprecedented and the taxpayers' money can't be used in this way at the expense of other public objectives. Resolution' means the restructuring of a bank by a resolution authority, through the use of resolution tools (burden sharing, bridge bank, bail in), to ensure the continuity of its critical functions, preservation of financial stability and restoration of the viability of all or part of that institution, while the remaining parts are put into normal insolvency proceedings.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIOVANNI ROMANO (*)
Dottore di ricerca in Diritto della Banca e del Mercato Finanziario
nell'Università degli Studi di Siena

STABILITÀ DEL SISTEMA, PREVENZIONE DELLE CRISI BANCARIE E RIFORMA DELLE BANCHE POPOLARI. OSSERVAZIONI A MARGINE DEL D.L. N. 3/2015

Abstract: Il D.L. n. 3/2015 ha introdotto una radicale riforma delle Banche popolari, forzando le maggiori a dismettere la forma cooperativa mediante trasformazione in s.p.a. Un percorso evolutivo che, in ragione del criterio prescelto dal legislatore (semplice superamento di una predeterminata soglia dell'attivo), nel medio-lungo termine verosimilmente interesserà anche le entità di minori dimensioni. Questo profondo riassetto del sistema bancario italiano è stato motivato, essenzialmente, dall'esigenza di rendere coerente lo schema organizzativo delle Popolari con una operatività percepita come ormai troppo vicina alla pura lucratività, nonché di intervenire per rafforzare un settore ritenuto, a cagione delle debolezze intrinseche al tipo cooperativo, inadeguato a reggere l'impatto dell'Unione bancaria europea. Esistono, tuttavia, molteplici argomenti capaci di far dubitare della bontà di queste affermazioni, lasciando emergere più di qualche perplessità circa l'opportunità del drastico intervento riformatore.

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni introduttive sul D.L. n. 3/2015 di riforma delle Banche popolari. - 2. La reale portata e le implicazioni del processo di destrutturazione delle società di credito popolare. - 3. Le Banche popolari tra mutualità e specificità della relativa funzione creditizia. - 4. (*segue*) Un rapido sguardo agli statuti. - 5. Forma cooperativa e attività bancaria nel diritto europeo. - 6. L'impatto della normativa prudenziale e di gestione delle crisi bancarie di ultima generazione. - 7. (*segue*) I paradigmi del nuovo diritto della crisi delle imprese bancarie e la loro (discutibile) logica di fondo. - 8. Guardando al futuro, cercando di non dimenticare il passato.

1. *Brevi considerazioni introduttive sul D.L. n. 3/2015 di riforma delle Banche popolari.*

Molti dei commentatori del D.L. n. 3/2015, che forza le più grandi tra le Banche cooperative popolari (e in vario modo incentiva le altre) a

(*) Il presente contributo costituisce, con l'aggiunta delle note, una rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del Convegno in ricordo di Gustavo Minervini "*La riforma delle banche popolari: dalla mutualità alla contendibilità*", Siena, 22-23 gennaio 2016, i cui atti sono in corso di pubblicazione in un fascicolo speciale della rivista telematica *Ianus*, 2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trasformarsi in s.p.a. (1), hanno ben messo in evidenza i numerosi dubbi circa la costituzionalità della novella, apparsa sotto diversi aspetti - specialmente per il criterio ordinatorio prescelto (mero superamento di una predeterminata soglia di attivo quale fonte dell'obbligo di detta trasformazione) - contraria ai canoni della proporzionalità e della ragionevolezza, nonché agli artt. 41, 45 e 47 Cost. (2). Le osservazioni di questa dottrina sono così penetranti e ben formulate che non occorre in questa sede dilungarsi troppo sulle singole questioni. A tale riguardo, il discorso potrà perciò essere limitato ad alcune rapidissime osservazioni ulteriori.

La prima è che un altro motivo di perplessità circa la legittimità costituzionale del provvedimento sembrerebbe lasciarsi apprezzare rispetto a quanto ancora di recente ribadito dalla Consulta, vale a dire l'impossibilità di ricorrere allo strumento del D.L. quando, come nel nostro caso, si tratti di realizzare una riforma organica e di sistema (3).

La seconda notazione riguarda il più specifico profilo in ordine ad una possibile violazione dei criteri di generalità e astrattezza della legge, oltre che del canone di cui all'art. 3 Cost., con riguardo alla possibile "preselezione" delle entità da attrarre nel campo delle trasformazioni forzate

---

(1) Sulla riforma delle Popolari sia consentito il rinvio a V. SANTORO-G. ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle Banche popolari*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 210 ss.

(2) V. A. NIGRO, *I ntervento* al Convegno in ricordo di Gustavo Minervini "*La riforma delle banche popolari: dalla mutualità alla contendibilità*", Siena, 22-23 gennaio 2016; S. MAZZAMUTO, *L a riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 3 ss.; F. DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, in *Foro it.*, 2015, V, col. 193 ss.; M. SAGLIOCCA, *I l "nuovo" diritto di recesso nella trasformazione di banche popolari in società azionarie*, in *Riv. not.*, 2015, I, p. 939 s., spec. nt. 1, ove pure si ricorda come un un ricorso per la dichiarazione di incostituzionalità del D.L. n. 3/2015 sia attualmente pendente (ricorso per legittimità costituzionale della Regione Lombardia n. 58 del 29 maggio 2015, in G.U. 1ª Serie Speciale - Corte costituzionale, n. 28 del 15 luglio 2015). *Contra*, nel senso che «il fatto che la [rilevante soglia] sia indicata in un valore numerico determinato e non tramite una variabile, rende[rebbe] il discrimen assolutamente oggettivo e immune da eventuali errori, che finirebbero per condurre a potenziali disuguaglianze nell'assoggettamento alla norma», M. IRRERA-I. POLLASTRO, *La riforma annunciata delle banche popolari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, XX, p. 11. E v. pure E. BANI, *Cambia il rapporto tra socio e società nelle (*ex*) grandi banche popolari*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, Padova, 2015, p. 156 s.

(3) V. Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220, in G.U. 24 luglio 2013, n. 30, spec. *sub* 12.1, ove si è ritenuto che riforme del genere «non possono essere interamente condizionate dalla contingenza sino al punto da costringere il dibattito parlamentare sulle stesse nei ristretti limiti tracciati dal secondo e terzo comma dell'art. 77 Cost., concepiti dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali, resi necessari e improcrastinabili dall'insorgere di "casi straordinari di necessità e d'urgenza"». Presupposti, questi ultimi, di altrettanto dubbia ricorrenza al tempo del varo della riforma delle Popolari (v. gli Autori cit. alla nt. precedente).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

previste dal provvedimento (4). Ci consta, in effetti, che, nonostante si fosse ad un certo momento proposto di emendare il testo del D.L. nel senso di far coincidere la discriminante soglia patrimoniale con quella (30 mld. di attivo) rilevante ai fini della qualificazione delle banche quali enti creditizi *significant* (5), il Governo abbia giustificato la definitiva scelta a favore del ben più contenuto valore degli 8 mld. considerando la soglia individuata dal diritto europeo troppo elevata per il sistema bancario italiano. Il che - si è detto - avrebbe finito per lasciare fuori alcune Popolari che si voleva invece ricondurre nel perimetro della progettata ristrutturazione (6). In termini più puntuali, è anzi possibile notare come al momento della stesura del decreto fosse in corso l'incorporazione della Popolare di Marostica da parte della Popolare dell'Alto Adige, operazione interessante attivi (2,004 e 6,159 mld. rispettivamente) tali che, sommati tra loro, davano il valore più prossimo a quello poi in effetti scelto dal legislatore, il quale potrebbe aver semplicemente pensato di sfruttare l'occasione per ricomprendere nella riforma un'ulteriore entità (quella risultante dalla fusione in discorso) che vi sarebbe invece sfuggita se l'asticella fosse stata fissata in corrispondenza di un qualche più elevato valore (7).

In terzo luogo, se già alcuni studiosi hanno evidenziato quelle che, nella prospettiva delle scienze economiche, sono le perplessità in ordine alla effettiva rispondenza della riforma ai fini di un equilibrato funzionamento del sistema creditizio (8), vorremmo dal canto nostro ricordare come, pure nella prospettiva dei giuristi, sia parimenti acquisita la convinzione che il riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. rechi implicita la necessità di predisporre molteplici e differenziati modelli organizzativi d'impresa ad uso degli operatori (9).

---

(4) Il punto è segnalato da S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 5.

(5) Bisogna anche ricordare che sul D.L. il Governo sì è poi determinato a porre la questione di fiducia. In ogni caso, sull'*iter* della riforma v. D. SICLARI, *La conversione in legge del decreto-legge n. 3 del 2015 sulle banche popolari: spunti dal dibattito parlamentare*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 229 ss.

(6) In questo senso il sottosegretario al MEF, P.P. BARETTA, *Così si conserva l'identità*, in *Milano Finanza*, 21 marzo 2015, p. 14.

(7) Sul punto cfr. anche gli argomenti (e le critiche) di F. FIORDIPONTI, *U na scelta impopolare: la mutualità misurata con criterio quantitativo*, in *Financial Community Hub*, 5 giugno 2015, reperibile all'indirizzo *www.fchub.it*, p. 5; ID., *L o scopo mutualistico: un'assenza certificata*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, III, p. 425 s.

(8) V. G(IO.) FERRI, *La banca senza qualità. Sui presupposti teorici della demutualizzazione per editto delle banche popolari*, relazione al Convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit.

(9) Cfr. E. CUSA, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tanto preliminarmente osservato sul *metodo* della riforma delle Banche popolari, nei seguenti paragrafi cercheremo di spiegare le ragioni per cui la destrutturazione della loro natura cooperativa appaia scelta fortemente criticabile anche - e soprattutto - nel *merito*.

2. *La reale portata e le implicazioni del processo di destrutturazione delle società di credito popolare.*

Per una piena intellegibilità delle valutazioni che seguiranno, riteniamo tuttavia necessaria un'ulteriore premessa.

Nei primi commenti, si è da più parti detto che il D.L. n. 3/2015 conterrebbe non una, bensì due riforme delle Banche popolari: la prima riguardante solamente i "grandi" istituti; la seconda concernente invece tutte le Popolari, cioè anche quelle attualmente non interessate dall'obbligo di ricondurre i propri attivi entro la soglia ovvero di trasformarsi. La "prima riforma" ha incontrato il consenso di diversi Autori, consenso essenzialmente motivato in base all'argomento del progressivo, forse ormai irrecuperabile, allontanamento delle grandi Popolari dall'ambito della cooperazione a carattere di mutualità, sicché, rispetto ad esse, si sarebbe finalmente assistito all'acquisizione (*recte*, imposizione) di uno *status* coerente con le loro caratteristiche funzionali (10). La "seconda riforma", vale a dire quella attuata attraverso una rivisitazione del rapporto tra normativa codicistica e speciale disciplina della cooperazione bancaria, è stata giudicata ancor più positivamente in quanto, al fine di preservare il modello, il legislatore avrebbe inteso incrementare gli strumenti di patrimonializzazione e di buon governo delle Popolari minori, mirando ad irrobustirne la solidità patrimoniale e gestionale (11).

A nostro sommesso parere, questa chiave di lettura non è condivisibile. È evidente, infatti, che il criterio intorno al quale ruota l'intera filosofia della riforma (una statica e predeterminata soglia di attivo quale *trigger* dell'alternativa tra un'autocondanna dell'impresa alla propria marginalità

Stato e Costituzioni economiche europee, Torino, 2013, p. 76 s., ove riferimenti alle pertinenti opinioni della dottrina costituzionalistica.

(10) Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"*; in Id. (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 3 ss.; E. BANI, *op. cit.*, p. 146 ss.; M. IRRERA-I. POLLASTRO, *op. cit.*, p. 8 ss.

(11) Cfr. R. COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 575 ss.; ma v. pure C. FIENGO, *Il* restyling *delle banche popolari con attivo inferiore alla soglia di otto miliardi di euro*, intervento al Convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

economica e l'obbligo di abbandono dell'originario modello cooperativo-popolare) finirà inevitabilmente per condizionare anche lo sviluppo e la *governance* delle Popolari "residue", secondo una concezione che nel credito popolare sembrerebbe ormai scorgere un fenomeno d'ostacolo alla realizzazione di certi processi di transizione verso un nuovo ordine economico (12), e, quindi, in certo senso, da rendere anche giuridicamente fenomeno "ad esaurimento" (13).

La riforma, dunque, interviene sulla categoria delle Popolari in quanto tale. E ciò rende appunto necessario riflettere, specialmente nella prospettiva dei già richiamati principi di ragionevolezza e proporzionalità, sulle *reali* motivazioni a base della stessa. È chiaro, infatti, che, focalizzando l'attenzione sulle sole Popolari maggiori, potrebbe risultare istintivo argomentare in ragione della (relativa) importanza sistemica di questi enti creditizi e della loro dubbia residua natura mutualistica (14), e, quindi, più facile giustificare un intervento certamente assai intrusivo negli ambiti dell'autonomia privata e della libertà d'impresa, ma, forse, appunto necessario per ragioni di coerenza e di stabilità del sistema (15). Se, invece, la riforma viene letta nel suo complesso, la risposta non può,

---

(12) Cfr., in questo senso, gli argomenti di G. ALPA, *La riforma delle banche popolari. Riflessioni di metodo sull'utilizzo di un modello innovativo*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 129 ss.

(13) Del che il Governo non ha fatto certo mistero, avendo in più occasioni chiarito come l'obiettivo ultimo del provvedimento fosse in effetti da identificarsi nell'introduzione di incentivi alla trasformazione in enti lucrativi anche da parte delle Popolari residue. Per una più puntuale dimostrazione, sorretta dalla disamina del dato positivo, v. V. SANTORO-G. ROMANO, *op. cit.*, *passim*.

(14) Per una più compiuta rassegna delle opinioni messe in campo, cfr., da ultimo, E. RICCIARDIELLO, *La riforma delle Banche popolari nella legge di conversione del D.L. 24 gennaio 2015 n. 3 tra capitalismo ed esigenze di vigilanza uniforme*, in corso di pubblicazione in *Banca Impresa Società*, che abbiamo potuto consultare per cortesia dell'Autore.

(15) Anche se neppure questo appare, in verità, un modo di ragionare del tutto convincente. V., al riguardo, le condivisibili critiche di M. LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari* , relazione al Convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit., il quale, muovendo dalla constatazione per cui «[n]essuna deroga è prevista per le popolari che, pur superando [il rilevante] valore dell'attivo, soddisfino già pienamente tutti i requisiti prudenziali in materia di fondi propri o, quantomeno, che presentino consistenze del patrimonio di vigilanza allineate ai migliori della classe», parla di una riforma riposante su di un «eccesso di rigidità semplificatoria ispirata verosimilmente da un (malinteso) principio di precauzione». Per un approfondimento in questo senso, sia concesso il rinvio a quanto già abbiamo osservato in G. ROMANO, *La riforma delle Banche popolari tra "argomenti" di diritto interno e "ragioni" di diritto europeo*, *paper* presentato al VII Convegno Annuale dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale sul tema "*L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*", Roma, 26-27 febbraio 2016, e reperibile *on-line* in *www.regolazionedeimercati.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

evidentemente, risultare così intuitiva, specie alla luce di una serie di considerazioni fondate su precisi dati sistematici che cercheremo di evidenziare.

3. *Le Banche popolari tra mutualità e specificità della relativa funzione creditizia.*

In una voce del *Digesto* pubblicata ormai qualche tempo fa, i Proff. Belli e Brozzetti esprimevano la convizione per cui, nel corso della relativa esperienza giuridica, le Banche popolari altro non avessero fatto se non storicamente anticipare molti dei problemi che le cooperative in genere - almeno quando avessero raggiunto certe dimensioni - avrebbero successivamente sperimentato, e che «le modificazioni [...] che già si [erano] realizzate, quelle in atto e quelle futuribili [...] [avrebbero] fini[to] per aggredire [...] il concetto medesimo di mutualità e quindi la *sostanza* e la *forma* della cooperazione» (16).

Il che, se si pensa alla evoluzione del nostro diritto cooperativo, è quanto in effetti è accaduto, specie con l'avvio - a partire dagli anni '70, e poi con un'accelerazione sempre più vistosa, che ha avuto il suo *zènit* nella L. n. 59/1992 (17) - della c.d. stagione della "ricapitalizzazione cooperativa", con la quale, in sostanza, si è prodotta la definitiva presa d'atto del venir meno - o comunque del significativo mutare - dell'incidenza delle ideologie tradizionali in ordine al modo d'essere e alla funzione svolta dall'impresa cooperativa sul mercato (18). Per chi abbia una certa dimestichezza con la materia, non sarà però difficile scorgere, all'interno di questa generale cornice, una certa diversità d'atteggiamento della nostra dottrina, la quale, mentre ha costantemente approcciato allo studio dell'evoluzione del fenomeno cooperativo con mentalità sostanzialmente positiva, mettendosi alla costante ricerca di accomodanti formule argomentative che potessero evitare traumatiche crisi da rigetto dei trapianti "capitalistici" resisi via via necessari per permettere alle imprese della specie di continuare a

---

(16) F. BELLI-A. BROZZETTI, *Banche popolari*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. comm.*, II, Torino, 1987, p. 158. Problema, questo, avvertito anche da importanti studiosi del diritto cooperativo di altri Paesi. In quello stesso torno di tempo, cfr., ad es., H.H. MÜNKNER, *Experiences with the cooperative law in the federal republic of Germany*, in *Le società cooperative negli anni novanta. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno internazionale in memoria di Piero Verrucoli (Genova 18-19 maggio 1990), Milano, 1993, p. 113 ss.

(17) Sull'importanza fondamentale di quella legge nell'evoluzione del nostro diritto cooperativo, v., da ultimo, A.BASSI, *Un bilancio della riforma dello scopo mutualistico dieci anni dopo*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 67.

(18) Cfr., per tutti, V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 31 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stare efficientemente sul mercato (19), ha viceversa ritenuto quasi sempre pendente sulle Banche popolari - che di quel tipo di evoluzione, per molti aspetti, erano state invero le antesignane (20) - la spada di Damocle di una loro rappresentazione alla stregua di società mai troppo fedeli allo scopo mutualistico (21).

Nel contesto della recente riforma, questa presunta ed irrimediabile deviazione delle Popolari da un canone di purezza mutualistica (ormai in verità inapplicabile al fenomeno cooperativo *tout court*), ha costituito un argomento per il quale non è stata data alcuna possibilità d'appello. Lo ha ben evidenziato la dottrina (22), quando ha notato quel passaggio della Relazione per la conversione del D.L. in cui è stato puntualmente riproposto il noto giudizio a suo tempo espresso da Giuseppe Ferri, secondo cui le Banche popolari avrebbero solo la forma cooperativa, ma non anche la sostanza della mutualità (23). In realtà, è nostra personale convinzione (24) che nell'opinione del Prof. Ferri si sia per lungo tempo preteso di ritrovare l'appiglio, forte dell'autorevolezza del grandissimo commercialista, di un giudizio per lo più negativo verso un disciplinare - quello del

---

(19) Cfr., per un'efficace ricostruzione, A. BUCELLI, *Cooperazione, proprietà e funzione sociale*, in L. Bagnoli (a cura di), *La funzione sociale della cooperazione*, Roma, 2010, p. 73 ss.

(20) Cfr., ad es., quanto già affermava V. SANTORO, *Le banche popolari ed il modello della "*public company*"*, relazione (inedita, ma dei cui contenuti abbiamo preso conoscenza per cortesia del Professore) svolta in occasione della giornata di studio su "*Le Banche Popolari nel quadro dei recenti sviluppi dell'ordinamento creditizio*", Lanciano, 14 marzo 1995, p. 2 del dattiloscritto (per il quale «[n]ella tradizione del nostro ordinamento [...] le banche popolari non solo sono delle cooperative, ma sono le cooperative per eccellenza, soggetti che fanno da "battistrada" rispetto all'introduzione, nell'ordinamento positivo, delle norme sulla cooperazione»); ma v. pure, in merito alla riconducibilità dell'intuizione di una possibile convivenza tra cooperatori e finanziatori (*id est*, soci di puro capitale) al modello ottocentesco della *Volksbank* tedesca, poi preso a riferimento da Luzzatti, G. ROMANO, *Dalla* Volksbank *alla Banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in *Ianus*, 2013, n. 9, p. 245 ss.

(21) Non v'è dubbio, infatti, che (quasi tutta) la produzione scientifica sull'argomento sia stata caratterizzata da uno spirito polemico che ha prodotto un sostanziale appiattimento su di un atteggiamento "sterile", puntualmente capace di evidenziare i problemi senza (quasi) mai offrire soluzioni che potessero contribuire a migliorare il funzionamento di un formula che, nonostante tutto, si è dimostrata di successo e che, a nostro giudizio, potrebbe avere ancora molto da dire in futuro. Cfr., in questo stesso senso, i rilievi di F. ROSSI, *La* corporate governance *nelle banche popolari alla luce delle nuove disposizioni di vigilanza*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2008, IV, p. 670.

(22) Cfr. G. SANTONI, *Il commiato delle grandi popolari dal modello cooperativo*, relazione al Convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit.

(23) G. FERRI, *Banca popolare*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 13.

(24) Pienamente condivisibili, sotto tale aspetto, gli argomenti di M. PIPITONE, *Luigi Bragantini e gli statuti delle banche popolari*, in L. BRAGANTINI, *G li statuti delle banche popolari*, a cura di M. Pipitone, Roma, 2008, p. XV ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

D.Lgs. n. 105/1948, legge speciale delle Banche popolari a quell'epoca vigente - nei cui confronti, invero, si riversavano molte delle critiche rivolte alla stessa disciplina comune di cui agli artt. 2511 ss. cod. civ. '42 (25), non a caso definita come «una delle più oscure del diritto commerciale» (26). E può osservarsi, d'altro canto, come, a dispetto della apparente chiarezza sottesa alla perentoria affermazione, nel pensiero dello stesso Ferri (27), la cooperativa invero non si differenziasse dalla società "ordinaria" sotto il profilo della *causa* del contratto sociale (in entrambi i casi ritenuta propriamente lucrativa), bensì sotto quello strutturale afferente l'organizzazione e le modalità di conduzione dell'*impresa*, sì da rendere la ritenuta assenza di "sostanza" cooperativa in capo alle Popolari una declamazione dottrinale il cui preciso significato finiva per dover essere ricercato attraverso un processo ermeneutico tutt'altro che immediato (28). In più, con la riforma societaria del 2003, riposante bensì su di una concezione giuridicamente unitaria del fatto cooperativo, ma poi declinata nelle due sottospecie delle cooperative a mutualità prevalente e di quelle "diverse" (29), continuare a ragionare in termini di rigida contrapposizione tra lucro e mutualità diviene ancora più difficile di quanto non fosse in passato, dal momento che per lo stesso diritto comune la funzione mutualistica di una

---

(25) Emblematico di questo atteggiamento quanto scriveva, ad es., A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Cod. civ. comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 1988, p. 304 ss., nel cui pensiero, alla constatazione secondo la quale a colpire maggiormente era «l'assenza, nel caso delle banche popolari, di una regolamentazione dei profili mutualistici tradizionali del fenomeno», si affiancava subito la precisazione che, comunque, tali banche si presentavano come «molto vicine allo schema del codice». In senso analogo cfr. pure M. PORZIO, *La cooperazione di credito*, in V. Buonocore (a cura di), *Cooperazione e cooperative*, Napoli, 1977, p. 175.

(26) G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1999, p. 9.

(27) V., in particolare, G. FERRI, *La cooperativa come società*, in *Riv. società*, 1957, p. 251 ss.

(28) Così già V. SANTORO, *Profili funzionali e operativi delle casse rurali e artigiane*, Milano, 1984, p. 6 ss. In ordine alla difficoltà di comprendere il preciso significato dell'affermazione di Ferri, «nel tempo degradata a vero e proprio *slogan*», v., adesso, anche G.L. CARRIERO, *Impresa bancaria e crisi di modelli normativi: il caso delle popolari*, in *Financial Community Hub*, 5 febbraio 2016, reperibile all'indirizzo *www.fchub.it*. Sull'argomento si intrattiene diffusamente anche M. CARLIZZI, *Osservazioni intorno alla riforma delle banche popolari*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 47 ss., il quale pure giunge a ritenere (a p. 53) l'argomentazione del legislatore della riforma «quanto meno superficiale».

(29) Area in cui il D.Lgs. n. 310/2004, in virtù del coordinamento operato con l'introduzione dell'art. 150-*bis* TUB, ha poi proceduto ad inquadrare le Banche popolari. Sulla riforma del diritto cooperativo in senso "duale", v., tra gli altri, E. TONELLI, *Artt. 2511-2512*, in M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, 4, Torino, 2003, p. 12 ss.; A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, *passim*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cooperativa ben può essere, oggi, non prevalente, il che vale quanto dire che essa non sarà - non dovrà necessariamente essere - l'unica determinante di quello scopo mutualistico che le società cooperative sono tenute a perseguire (art. 2511 cod. civ.) ([30]).

Ci piace qui ricordare uno scritto dei primi anni novanta in cui il Prof. Bassi, di fronte alla concezione della c.d. "mutualità esterna" che stava allora affermandosi, avanzava il dubbio che una visione, diciamo così, "micro", legata cioè alla sola dimensione causale del contratto sociale, non fosse da sola più capace di spiegare la complessità contemporanea del fenomeno cooperativo ([31]). In quella stessa sede, Egli pure sosteneva che, probabilmente, sebbene al di fuori del sistema delle Centrali cooperative, un'azione di questo tipo venisse svolta anche dalle Banche popolari quale attività di promozione delle economie zonali di riferimento ([32]). Erano proprio quelli, in effetti, gli anni in cui il movimento cooperativo rivendicava la possibilità di svolgere sul mercato una funzione correttiva che andasse ben al di là delle sole compagini sociali, ossia della funzione mutualistica tradizionalmente intesa ([33]), secondo una concezione "promozionale" della mutualità cooperativa che, con riguardo all'azione delle Popolari, era stata invero ben identificata sin

---

([30]) Sul recupero del significato del modello cooperativo delle Popolari dopo la riforma societaria, cfr., in particolare, C. COSTA, *La riforma delle società e le banche cooperative*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, vol. IV, Torino, 2007, p. 1117 ss.; M. PIPITONE, *A ppunti per un commento all'art. 150*-bis *Testo unico bancario*; *L'estensione alle banche popolari della riforma del diritto societario (art. 150*-bis *Testo unico bancario): verso la fine del problema interpretativo?*, entrambi in ID., *B anche popolari. Un profilo giuridico*, Roma, 2009, pp. 23 ss. e 67 ss.; G. PETRELLI, *L e banche cooperative nella riforma del diritto societario*, Consiglio nazionale del notariato, *Studio n . 5617/I*, 2005, spec. p. 17 ss.

([31]) V. A. BASSI, *M utualità "esterna" e contratto di società cooperativa*, in G. Schiano di Pepe-F. Graziano (a cura di), *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, Padova, 1997, p. 5 ss.

([32]) *Ibidem*. Sul punto cfr., in seguito, pure P. MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 585 ss.

([33]) V., per tutti, C. NAPOLITANO, *I fondi mutualistici per la promozione e l'incremento della cooperazione: una qualificazione della mutualità*, in G. Schiano di Pepe-R. Genco (a cura di), *Cooperative e gruppi di società*, Milano, 1992, p. 180 ss., ove si faceva presente come il «problema [ormai] non [fosse più] quello di una definizione dello scopo mutualistico, ma di una sua qualificazione specifica per la società cooperativa»; non essendo più possibile esaurire, nelle mutate condizioni, la funzione sociale della cooperativa nel limitato scopo di provvedere, tramite la gestione di servizio, ai bisogni delle classi economicamente subalterne, il detto scopo avrebbe dovuto essere piuttosto «individuat[o] nella promozione di una nuova imprenditorialità cooperativa, volta all'incremento dell'occupazione, alla tutela dei consumatori, alla difesa dell'ambiente e della salute, alla valorizzazione del risparmio degli associati [*etc.*]».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dalla metà degli anni '60 (34). Solo che, per qualche ragione che facciamo davvero fatica a comprendere sino in fondo, riguardo a queste ultime la dottrina, come sopra anticipavamo, si è dimostrata molto meno predisposta a liberarsi di quel *tabù* per cui l'attenzione verso la molteplicità di fattori alla base delle varie concezioni "economicistiche", "sociologiche" o altre simili della mutualità delle nostre banche, non potrebbe assumere alcun rilievo per l'analisi giuridica, al più valendo ad agevolare la semplice «comprensione meta-giuridica del fenomeno» (35). Eppure, è noto come, sul piano funzionale, la distinzione operata tra una mutualità prevalente - e perciò agevolata - e una "diversa" - a sua volta espressione di un capitalismo democratico non sovvenzionato (36) -, intendesse rispondere proprio all'intento di consacrare nelle formule della legge i numerosi distinguo sulla funzione economica delle cooperative già presenti nel discorso giuridico precedente, i quali, del resto, altro non rappresentavano se non il tentativo di adeguamento del sistema ai mutamenti prodottisi all'interno dello stesso mondo cooperativo (37).

---

(34) V. L. BRAGANTINI, *op. cit.*, p. 35 s.: «lo scopo [...] di arrecare giovamento ai modesti imprenditori e risparmiatori locali, [...], l'assistenza che la banca popolare riserva per benefica tradizione alle istituzioni locali delle zone in cui opera, finiscono con il creare fra la banca popolare e la propria originaria zona di lavoro vincoli strettissimi che si propagano quali benefiche radici a tutto il territorio nel quale successivamente la banca si trova ad operare»; «[l]a banca popolare trae la sua linfa da tante radici situate e in quella località ove ha la sede e nelle finitime a mezzo di una rete di sportelli e a mezzo di un corpo sociale che l'accompagna nell'approfondimento e nell'allargamento territoriale del suo lavoro».

(35) Così, ancora dopo la riforma societaria, D. ALBAMONTE, *L a disciplina delle banche popolari alla luce del nuovo diritto societario*, in *Mondo bancario*, 2005, V, p. 49, nt. 1.

(36) Cfr., da ultimo, M. SEPE, *Finalità e disciplina del recesso nella riforma delle banche popolari: prime riflessioni*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 115; ma, al riguardo, v. già le note intuizioni di G. MINERVINI, *L a cooperazione e lo Stato*, in *La riforma della legislazione sugli organismi cooperativi*, Atti del convegno di studio di Perugia, 19-21 maggio 1969, Roma, 1969, p. 83.

(37) Se si tiene conto di ciò «[è] abbastanza chiaro» - è stato detto - «che lo sbocco, che dal punto di vista funzionale potremmo definire diarchico, appar[iva] come un traguardo quasi obbligato. Da un lato, non si può, né si deve, come si è scritto con felice espressione, ripudiare "l'incomodo fardello della cooperazione pura" e "la ricongiunzione causale, e dunque ancora una volta concettuale e dommatica, per quel tanto che possa influire sulla prassi, tra il contratto associativo (...) e le singole successive operazioni di scambio e di utenza"; e, dall'altro, occorre recepire normativamente in maniera chiara e senza aggettivi che riguardino l'"interno" e l'"esterno" della mutualità e sulla base dell'esperienza accumulata in quest'ultimo sessantennio, la nuova funzione della società cooperativa non incentrata sulla "gestione di servizio" e protesa all'aiuto e all'integrazione delle economie dei singoli soci». Così V. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 514, riferendosi ad un indirizzo già tracciato negli scritti di G. OPPO,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ciò che più colpisce, allora, è il modo in cui la Relazione al D.L. n. 3/2015, pretendendo di definire le Banche popolari come imprese la cui forma cooperativa fungerebbe da mero schermo di una natura assorbentemente lucrativa, finisce per contraddire l'impostazione unitaria (faticosamente) conseguita con la riforma societaria (38), alla luce della quale, peraltro, non può certo sostenersi - se non a prezzo di una evidente incoerenza sistematica, che il D.L. aggraverebbe per il fatto di intervenire strutturalmente sulle sole Popolari - che le cooperative "diverse" siano imprese lucrative *tout court* (39). Né, di fronte al dato sistematico scolpito dalla stessa riforma societaria, appare corretto - altra cosa che la Relazione invece fa - argomentare *a contrario* dal diverso statuto legislativo delle BCC (40). L'incomunicabilità dei due "statuti" non può (non poteva) essere letta, infatti, come un segnale di precarietà o inferiorità di un modello rispetto all'altro, ma, al contrario, come dimostrazione dell'eguale valore che per l'ordinamento di settore essi posseggono (possedevano), «idone[i] come sono a rappresentare, con modalità diverse, ogni possibile aspetto della mutualità bancaria» (41).

L'essenza della società cooperativa e i progetti di riforma, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 290 ss.; ID., *Futuro della cooperativa e futuro della cooperazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 1 ss.

(38) Il che, in sostanza, viene realizzato per tramite di una presunzione assoluta che ricorda assai da vicino quelle che si utilizzano quando si vuole «invert[ire] l'onere della prova [ne]i processi truccati. Non dovrebbero essere le grandi popolari a dimostrare che sono diverse dalle banche SpA. Invece, dovrebbero essere i proponenti della riforma a dimostrare in maniera inequivocabile che le grandi popolari sono come le SpA. [...] [Tale] ragionamento è viziato [anche] perché non si dà loro un'altra via d'uscita. In altri termini, se fosse vero che le grandi popolari non sono più banche cooperative allora si dovrebbe dare loro l'opzione di tornare a esserlo anziché forzarle a divenire SpA» (G(IO.) FERRI, *P erché è saggio accantonare il decreto sulle banche popolari*, in *Financial Community Hub*, 6 marzo 2015, reperibile all'indirizzo *www.fchub.it*). Su questa frequente tendenza all'*Inversionsmethode*, ossia a «conseguire dall'elaborazione teorica del concetto di banca popolare la sua disciplina, e non viceversa», v., tra i giuristi, G. PETRELLI, *L e banche cooperative*, cit., p. 18 s.

(39) Con la riforma societaria avevamo invero appreso che «la cooperativa che [...] non rispetti la prevalenza non è una *non cooperativa*, non è una società *non mutualistica*, ma una *cooperativa diversa*»; diversa perché non presenta quei caratteri di "particolare meritevolezza" tali da garantirle il godimento delle agevolazioni di carattere tributario, così come esige l'art. 45 Cost. quando chiama la legge a promuovere e favorire l'incremento della cooperazione, ma, comunque, è cooperativa che «poss[iede] una *funzione sociale*, un *valore intrinseco*, [...] che l[a] *distingue dalle imprese ordinarie lucrative*», secondo una gradazione del fenomeno regolato che, agli occhi della richiamata norma costituzionale, dovrebbe allora rendere possibile «la percezione delle *diversità* [quale] caratteristica degli ordinamenti moderni», senza tuttavia mai giungere ad essere eretta a parametro di un *discrimen* che operi a fini di «*inclusione o espulsione dalla fattispecie*» (Relazione al D.Lgs. n. 6/2003, § 15; enfasi nostra).

(40) Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di A. NIGRO, *Intervento*, cit.

(41) M. PIPITONE, *Banche popolari*, cit., p. 63.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. (segue) *Un rapido sguardo agli statuti.*

Commentando le importanti riforme che stavano allora interessando la cooperazione, alla vigilia dell'entrata in vigore del TUB, un studioso del calibro del Prof. Oppo, aveva reso avvertiti di come la continua riaffermazione legislativa del carattere cooperativo delle Banche popolari non potesse intendersi come fatto meramente nominalistico, «perché le affermazioni legislative non sono mai tali (e meno che mai lo sono quando incidono in materia controversa tra gli interpreti)». Da qui l'invito - purtroppo spesso ignorato dalla dottrina - a «non [...] escludere dalla cooperativa e dalla cooperazione ciò che la legge vi include, ma [a] ricercare quale sia il senso della cooperazione e della stessa mutualità compatibile con tale scelta legislativa» (42). In effetti, è nostra ulteriore convinzione che lo studio delle Banche popolari abbia fortemente risentito anche della scarsa attenzione - con alcune pregevoli eccezioni (43) - per le norme contenute negli statuti di queste società cooperative, ove ci sembra invece ancora possibile scorgere dei sicuri residui della loro funzione mutualistica, in pieno accordo alle norme ad esse applicabili per l'art. 150-*bis* TUB (44).

Ci riferiamo, innanzitutto, alla c.d. "clausola di garanzia" (45) per cui le azioni del socio di Banca popolare si intendono, sin dall'origine e per patto

---

(42) G. OPPO, *Finalità mutualistiche e carattere lucrativo nelle società cooperative*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle società cooperative*, Padova, 1992, p. 3; del quale v., poi, ID., *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 653 ss.

(43) La più recente delle quali è rappresentata dallo studio di L. SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte" (Evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra "forma" e "sostanza" di società cooperativa)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 594 ss. In precedenza, v., invece, C.E. BALOSSINI, *Aspetti operativi negli statuti delle banche popolari italiane*, Milano, 1975, spec. pp. 198 ss. e 222 ss.; e D.U. SANTOSUOSSO, *Cooperazione e mutualità nelle banche popolari: disciplina giuridica e prassi statutaria*, in *Dir. banc. merc. fin*., 1991, III, p. 313 ss. Tutti questi studi, peraltro, assumono grande rilevanza per aver visto la luce nelle diverse e cruciali fasi che più profondamente hanno inciso sull'evoluzione del nostro ordinamento bancario generale, e, al suo interno, sull'esperienza storica del credito popolare. Il primo, lo studio di BALOSSINI, veniva pubblicato in prossimità della prima direttiva comunitaria in materia bancaria; il secondo, quello di SANTOSUOSSO, alla vigilia del recepimento della seconda direttiva, sotto la cui influenza, anche nel nostro paese, si sarebbe decisamente virato verso il modello della banca universale, ossia dell'ente creditizio massimamente "despecializzato"; il terzo, quello di SALAMONE, in costanza della riforma societaria di inizio millennio, con cui il legislatore avrebbe deciso (*rectius*, confermato) la collocazione delle Popolari nell'area della cooperazione "diversa".

(44) E v. adesso, con la consueta chiarezza, M.PORZIO, *R elazione di sintesi* al Convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit.

(45) V., esemplificativamente, art. 20 st. Banca popolare di Milano (agg. 6 agosto 2015); art. 19 st. Banca popolare dell'Emilia Romagna (agg. 16 aprile 2016); art. 18 st. Banco popolare (agg. 2 giugno 2016); art. 11 st. Banca popolare di Cortona (agg. 17 maggio 2015);

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sociale, vincolate a favore della banca, sì da garantire gli impieghi che questa intenda deliberare a favore dei propri membri, evidente residuo di un singolare meccanismo di compenetrazione e vicendevole influenza tra rapporto sociale e rapporto mutualistico (46).

Ma ci riferiamo pure a tutta un'altra serie di clausole che, a nostro modesto parere, lasciano ben cogliere il significato dell'esperienza storica del credito popolare, permettendo di gettare luce sulle ragioni del suo perdurante "esserci" (47) tra i due poli della mutualità e di un'attività creditizia da condursi secondo certi canoni di specificità. In questo senso rilevano, per es., tutte quelle clausole che, da un lato, impongono agli amministratori di preferire le operazioni minori e più frazionate, mentre, dall'altro, vietano radicalmente quelle di carattere puramente speculativo (48).

Si tratta di clausole riguardo alle quali, comprensibilmente, il Prof. Salamone, in quel Suo scritto che già abbiamo ricordato, si chiedeva se fosse ad esse ancora possibile ricollegare un qualche valore giuridico precettivo, ovvero se non si avesse ormai a che fare con un mero residuo sociologico della mutualità passata delle Popolari (49). A noi pare che

---

art. 17 st. Banca popolare etica (agg. 28 nov. 2015); art. 15 st. Banca popolare del Frusinate (agg. 19 marzo 2016).

(46) Cfr., in tal senso, P. VITALE, *Sull'ammissibilità della incorporazione di una società immobiliare da parte di una cooperativa di credito (alla stregua della giurisprudenza della cassazione e della legge bancaria)*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 145. La stessa clausola, peraltro, come è agevole intuire, assume rilevanza anche nel senso di rendere operativo un criterio di preferenza nell'accesso alla prestazione creditizia, posto che, *ceteris paribus*, la Popolare preferirà il soggetto che ad ulteriore garanzia delle proprie obbligazioni possa offrire il valore rappresentato dalle azioni. Seri studi sulla clausola di garanzia presente negli statuti delle Banche popolari sono stati condotti da M. PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, Roma, 1997, *passim*; ID., *B anche popolari*, cit., pp. 97-263; e da G. GIANNELLI, *Esclusione del socio di banca popolare, clausola di garanzia e circolazione delle azioni*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, vol. IV, Milano, 2002, p. 177 ss. Sulle origini e prime applicazioni della clausola, ci permettiamo di rinviare pure a G. ROMANO, *Le Banche popolari nel Codice di commercio del 1882: consolidamento e primi sviluppi del modello*, in *Archivio CERADI-Luiss*, marzo 2015, disponbile all'indirizzo *www.archivioceradi.luiss.it*, p. 25 ss. A favore della sua validità, dopo la riforma societaria, cfr., inoltre, C. COSTA, *op. cit.*, p. 1133.

(47) Cfr. F. MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, p. 155; ID., *Trasformazione* , relazione al Convegno in ricordo di Gustavo Minervini "*La riforma delle banche popolari*", cit.

(48) V., ad es., art. 5 st. Banco popolare; art. 5 st. Banca popolare di Milano; art. 3 st. Banca popolare di Bari (agg. 27 gennaio 2016); art. 2 st. Banca popolare di Cortona; art. 28 st. Banca popolare etica.

(49) V. L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 620 per il tale interrogativo e *passim* per la disamina delle clausole in dicorso.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

queste clausole abbiano una rilevanza giuridica notevole, specie dal punto di vista della *governance* di una cooperativa bancaria, perché dire che in una Banca popolare devono essere preferite le operazioni più frazionate e quelle a favore degli operatori economici minori, significa porre una precisa regola di responsabilità nel mandato degli amministratori. Dette clausole, infatti, incidono senza dubbio in senso fortemente restrittivo sulla possibilità per i gestori di accettare per l'istituto proprio quelle operazioni che, per ammontari interessati e rendimenti attesi, dovessero in ipotesi presentarsi come le più lucrose, ma che, per apparire contrarie ai "princìpi del credito popolare", vengono espunte dal novero delle operazioni ammissibili, o, comunque, circondate da evidenti cautele a tutela della valore economico che il socio attribuisce alla sua partecipazione nella cooperativa di credito popolare. Ecco, allora, come le dette clausole, evidentemente rispondenti al divisato programma di sostegno dei medio-piccoli operatori dell'economia, finiscano per determinare un'azione della Banca popolare improntata, *in piena aderenza al canone cooperativo*, ad una «"non illimitata lucratività" dal punto di vista oggettivo» (50).

Parimenti, ma sul versante questa volta del lucro soggettivo dei soci, v'è anche da segnalare come gli statuti delle Popolari, molto spesso, declinino le destinazioni "altruistiche" di parte degli avanzi di gestione non già, come sembrerebbe dover avvenire a termini dell'art. 32, comma 2, TUB, alla stregua di destinazioni puramente residuali, bensì come vere e proprie pre-deduzioni dall'utile netto prima della sua distribuzione ai soci (51). Il che, in pratica, finisce per delineare un sistema di "mutualità esterna" nella sostanza non dissimile a quello imposto alle BCC e alle altre cooperative, ancorché svolgentesi al di fuori del "centralistico" sistema dei fondi mutualistici, ciò che allora consente alla singola Popolare di contribuire in piena autonomia allo sviluppo dell'economia dei territori di riferimento.

Quanto, invece, alle clausole che fanno divieto di compimento di ogni operazione di "mera speculazione", crediamo che ad esse possa ancora ragionevolmente attribuirsi il significato, che diviene ancor più chiaro nel concorso di ulteriori definizioni dello scopo sociale (52), di dover la Popo-

---

(50) Così lo stesso L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 626 ss.; ma, nello stesso senso, prima del TUB, cfr. le intuizioni di L. BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle Casse rurali e delle Banche popolari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, I, p. 202.

(51) Cfr. ancora L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 621 s.; e, da ultimo, M. PIPITONE, *Art. 32*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. I, Torino, 2013, p. 278.

(52) V., ad. es., art. 5 st. Banco popolare; art. 2 st. Banca popolare dell'Emilia Romagna;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lare dare preferenza ad un'attività «di scambio tra un bene bancario il più possibile personalizzato offerto ad un operatore economico di piccolo calibro e di una zona determinata, e la prevedibile disponibilità a domandare quel bene da parte dello stesso, di cui è conosciuta l'affidabilità economica e l'onorabilità morale. La "assenza di speculazione", costantemente ribadita dalle norme statutarie, diviene un'espressione di tale mutualità, ed altro non vuol dire se non che [...] l'intermediazione [...] è basata su un rapporto di fiducia: il fine del produttore, in altri termini, non è quello di massimizzare il profitto assolutamente ed esclusivamente, ma di ottenere il guadagno aiutando il cliente ad ottenere il proprio, ed essendo a sua volta facilitato dalla conoscenza del cliente medesimo» (53).

Diviene allora agevole spiegare perché le Banche popolari si presentino, ancora oggi, quali banche, per così dire, "non finanziarizzate", ma che invece saldamente mantengono il *relationship lending* quale perno intorno al quale sviluppare la propria tradizionale attività d'intermediazione creditizia (54). E non può farsi a meno di notare, in proposito, l'evidente assonanza tra la clausola statutaria in discorso e la lettera dell'art. 45 Cost. Tornano particolarmente utili, a tale riguardo, le considerazioni contenute in un risalente scritto del Prof. Simonetto, il quale osservava come nella «norma [costituzionale] non si esclude [invero] che la mutualità possa avere fini economici e nemmeno si esclude che possa quindi avere fine di guadagno, bensì si esclude soltanto il fine di speculazione privata, ossia la esasperazione capitalistica del fine di lucro», per la cui definizione rileva «tecnicamente anche il modo del perseguimento, con operazioni di traslazione di valori nel tempo e/o nello spazio» (55). E si pensi, a proposito di "finanziarizzazione" delle banche e di perseguimento esasperato del lucro mediante operazioni della specie (56), alla sempre crescente assunzione, in questi ultimi anni, da parte delle stesse banche, di posizioni su strumenti finanziari derivati (appunto detti) "speculativi", ossia conclusi non già per

---

art. 3 st. Banca popolare di Bari; art. 3 st. Banca popolare del Frusinate; art. 2 st. Banca popolare di Cortona.

(53) D.U. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 331.

(54) Cfr. G(IO.) FERRI, *La banca senza qualità*, cit.

(55) E. SIMONETTO, *La clausola che esclude la costituzione di riserve ex art. 2525 e la clausola che stabilisce la liquidazione della quota del socio uscente al valore nominale. Loro invalidità*, in *Boll. Ass. Tecn. Banche Pop.*, 1969, p. 5 ss. (ora anche in ID., *La cooperativa*, Padova, 1986, p. 253 ss., spec. p. 279 s., testo e nt. 18).

(56) Sul punto v., in generale, P. FERRO-LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 133 ss.; nonché M. COSSU-P. SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente. Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 401 ss.; e F. GALGANO, *I titoli di credito*, Padova, 2009, p. XIV.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

finalità di gestione dei rischi inerenti all'attività ordinariamente condotta dall'intermediario, bensì al solo scopo di intraprendere «a rent-seeking activity that redistributes existing wealth rather than creating new wealth. When rent-seeking exhausts valuable resources like time, money, or human ingenuity, the zero-sum game becomes a negative-sum game that reduces net social welfare» (57).

Se si tiene conto di tutto ciò, non sarà difficile comprendere perché, non solo gli economisti, ma di recente anche i giuristi, abbiano iniziato a rendersi conto di come siano proprio le regole legali e statutarie che tipicamente governano le banche cooperative a poter spiegare alcune importanti lezioni dell'ultima grave crisi, tra cui il fatto «that cooperative banks proved considerably more resilient than corporate ones» (58). Al punto che proprio nella banca cooperativa si è ritenuto possibile scorgere, in certo senso, un "naturale" elemento di *ring fencing*, ossia, per utilizzare una terminologia assai in voga dopo la crisi, di segregazione strutturale tra "*casino*" e "*utility*" *banking* (59).

In definitiva, il modello della Banca popolare sembra essere rimasto nel tempo sostanzialmente fedele ad un metodo di lavoro ispirato al «motto luzzattiano "non molto a pochi, ma poco a molti"» (60). E se volessimo trovare un referente giuridico di questo concetto, potremmo pensare al principio della parità di trattamento di cui all'art. 2516 cod. civ. Le regole

---

(57) Così L.A. STOUT, *Derivatives and the Legal Origin of the 2008 Credit Crisis*, in 1 *Harvard Bus. L. Rev.* (2011), p. 13; ma, in argomento, si rilegga anche E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi*: market failure *o* regulation failure*?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 652 ss.

(58) Così, da ultimo, M. MARIN, *Organizational Form and Financial Stability: Lessons from Cooperative Banks in the US and UK*, di prossima pubblicazione in *Banking and Finance L. Rev.*, ma già disponibile all'indirizzo *www.ssrn.com*, il quale osserva come «cooperative banks [...] face internal limits on growth and investment. More importantly, the cooperative model includes various disciplinary mechanisms to ensure that management acts in the best interests of the firm's customers, who have little interest in profits. These include clear statutory purposes, democratic governance, fiduciary duties, strict conflict of interest rules, independent oversight committees, and restrictions on compensation. Most of these features go much further and address the profit motive more directly than the post-Crisis reforms».

(59) Cfr. P. MOTTURA, *B anche cooperative e crisi finanziaria. Forme istituzionali da valorizzare con modelli di governance appropriati*, in *Bancaria*, 2011, n. 12, p. 2 ss.; ID., *La corporate governance nel credito cooperativo. La specificità delle banche popolari*, intervento al convegno Adeimf 2011 su "*Corporate governance e gestione dei rischi: gli insegnamenti della crisi*", Milano, 2-3 febbraio 2012, disponibile all'indirizzo *www.adeimf.it*.

(60) O. FANTINI, *Banca popolare*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 252: «le banche popolari debbono compiere operazioni frazionate, cercando di andare incontro, di preferenza, ai piccoli e medi operatori industriali, commercianti, agricoltori, artigiani, professionisti».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del credito popolare, infatti, oltre ad assicurare il riferito beneficio di un maggior frazionamento del rischio (61), possono, a ben vedere, altresì dirsi attuazione di questo principio, il quale, come ben spiegato in altra sede dal Prof. Bassi, condiziona la gestione dell'azienda cooperativa non solo *in positivo*, quale tendenziale obbligo di contrarre, subordinatamente alla tutela dell'interesse sociale, ma anche *in negativo*, «nel senso che la società è tenuta a non accogliere quelle domande dei soci che assorbano le disponibilità e impediscano di far fronte alle ragionevolmente prevedibili richieste di altri soci». In questo modo, allora, «la società applica il principio anche con riferimento alle possibili pretese dei soci attualmente non richiedenti» (62). D'altro canto, all'interno dell'organizzazione di tipo cooperativo, la figura del "socio tiranno" potrebbe identificarsi proprio in colui che, per il proprio tornaconto personale, riesca ad assorbire tutte le potenzialità erogative dell'azienda, accaparrandosi tutta o la più gran parte dei benefici della gestione mutualistica (63).

Le clausole che abbiamo da ultimo richiamato ci paiono rilevanti proprio in questo senso. Si pensi alle recenti vicende di Banca Etruria, dove è venuta fuori una insolita ed eccessiva esposizione della banca verso

---

(61) Il che, insieme alla regola del voto capitario e alla previsione di un numero minimo considerevole di soci, può costituire anche una tecnica di mitigazione dei pericoli nascenti dalla comune coincidenza nel socio di Banca popolare della personale qualifica di imprenditore, di proprietario *pro quota* e di cliente della banca, ossia una regola per la disciplina di «un problema di conflitto d'interessi, in qualche modo analogo al rapporto banca/industria» (G. PRESTI, *Il governo delle banche popolari e di credito cooperativo*, in *Banca Impresa Società*, 1998, p. 158). Del resto, la clausola statutaria che sancisce l'obbligo per gli amministratori di dar preferenza alle sovvenzioni minori, storicamente, venne pensata proprio per evitare che l'azienda bancaria venisse posta ad esclusivo servigio delle ragioni dei "grandi clienti" (*id est*, fosse dominata, nella determinazione degli impieghi, dagli interessi dei maggiori azionisti), laddove, di converso, il modello cooperativo avrebbe dovuto lasciarsi apprezzare in quanto capace di «impedire l'assalto da parte di un gruppo che [avesse voluto] diventare padrone della Banca per valersene nel suo interesse di cliente: la banca cooperativa appartiene effettivamente ai clienti (fu fondata per loro), ma a clienti numerosi fra cui il credito va frazionato» (U. GOBBI, *Le società anonime in regime corporativo*, in ID., *Scritti vari di economia*, Milano, 1934, p. 526 s.). Per le stesse ragioni, proprio le Popolari furono tra le prime aziende di credito in Italia a circondare di cautele ancor maggiori quei casi che, più degli altri, potevano prestarsi ad abusi, vale a dire l'accesso al credito da parte degli amministratori e dei dipendenti; il che, quando non del tutto vietato dagli statuti, avrebbe dovuto avvenire nell'osservanza di norme rigorose e procedure speciali. Cfr., *amplius*, G. ROMANO, *Le Banche popolari nel Codice di commercio*, cit., p. 76.

(62) A. BASSI, *Art. 2516*, in G. Presti (a cura di), *Società cooperative*, nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2007, p. 82.

(63) V., ad es., quanto già rilevava, con specifico riguardo ai soci-dipendenti delle Popolari, V. SANTORO, *Patti parasociali, cooperative e banche popolari*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, vol. I, t. 3, Milano, 1999, p. 1231 ss., spec. p. 1236 s.; ma, più in generale, cfr. pure P. VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, p. 155 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attività *non-core* e intraprese riferibili a soggetti ad essa in vario modo collegati: cioè la Banca popolare era andata al di là di quanto scritto nello statuto. In tutta onestà, non crediamo si sia trattato di un fallimento del modello in sé, ma, tutto al contrario, di un fallimento prodotto dal tradimento di quel modello (64). Così come tradimento del modello è stato, in molti casi, il sostanziale immobilismo dei consigli (65): «[n]on vi ha nulla di più pericoloso» - era detto nel primo *Manuale* stilato dall'associazione di categoria - perché, in questo modo, i «consiglieri [...] a poco a poco si rinchiudono in una cerchia ristretta di idee ed intendimenti e divengono i soli ed assoluti padroni degli istituti» (66); «[n]ulla di più contrario» - soggiungeva Gobbi - «allo spirito della cooperazione» (67).

La vera sfida, allora, come anche altri hanno ritenuto (68), era quella di ricercare gli strumenti adeguati per risolvere le disfunzioni che alcuni

---

(64) Cfr., in prospettiva storica, S. La Francesca, *Storia del sistema bancario italiano*, Bologna, 2004, p. 70 s.; nonché, in riferimento ai recenti accadimenti, le considerazioni di L. Zingales, *B anche, non la carità ma il diritto*, in *Il Sole 24Ore*, 13 dicembre 2015: «È vero, come scrivono alcuni giornali, che in Banca Etruria ci fossero molti prestiti ai consiglieri di amministrazione e parti correlate? Se così fosse, sono state seguite le norme di legge? I collegi sindacali, la Consob e la Banca d'Italia si sono preoccupati di controllare che queste norme fossero seguite? Queste responsabilità civili devono essere accertate, per assicurarsi che in futuro ci sia la massima attenzione su questi temi in tutte le banche».

(65) Per una investigazione del *trade-off* tra benefici e costi di una maggiore stabilità nel tempo del *management*, resa possibile dalla tipica formula organizzativa delle banche cooperative, v., di recente, M. Stefancic, *Investigating Management Turnover in Italian Cooperative Banks*, in *J. of Entr. and Org. Div. - Special Issue on Cooperative Banks*, vol. 3, n. 1, 2014, p. 131 ss. Per un'analisi di tipo giuridico, cfr., più in generale, V. Santoro, *Amministratori di cooperative e interessi dei soci*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, I, p. 15 ss.; G. Santoni, *La* governance *delle banche popolari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 505 ss.

(66) E. Levi, *Manuale per le banche popolari cooperative italiane*, Milano, 1883, p. 37, ove veniva perciò proposto di inserire in statuto la norma per cui, a cadenza triennale, si sarebbe dovuto procedere alla rielezione di un terzo dei consiglieri, in modo tale da dare all'assemblea la possibilità di mutare, ove opportuno, l'indirizzo aziendale senza tuttavia esporre la gestione della banca a scosse troppo repentine e violente. Come si ricorderà, precisi limiti alla rieleggibilità degli amministratori delle cooperative, onde evitare che la debolezza della proprietà derivante dal voto capitario, l'elevata dispersione della base sociale e il conseguente assenteismo assembleare potessero, di fatto, tradursi in una continua autoperpetuazione delle tecnostrutture, erano stati introdotti dal D.Lgs. n. 6/2003 nell'art. 2542 cod. civ., ma subito dopo eliminati dal D.Lgs. n. 310/2004. Assai critici verso questa scelta, ritenuta diretta conseguenza di una pronta «reazione della "corporazione" degli amministratori», G. Marasà, *Governo e "controllo" delle banche popolari prima e dopo le recenti modifiche del t.u.b. e del t.u.i.f.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 519; e G. Presti, *Amministrazione e controllo nelle cooperative*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *op. cit.*, p. 971 s.

(67) U. Gobbi, *La cooperazione e il codice di commercio*, in *Reale Ist. Lombardo di scienze e lett.*, 1891, XXIV, p. 476.

(68) V. G(io.)Ferri, *La banca senza qualità*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

profili di debolezza della specifica forma di *ownership* e tipologia di *business model* possono ingenerare (69), non certo quella di individuare nella trasformazione preventiva in s.p.a. lo strumento ultimo per una "buona *governance*" delle nostre banche (70).

5. *Forma cooperativa e attività bancaria nel diritto europeo.*

Dal punto di vista dei rapporti col diritto europeo vi sarebbe molto da dire, a cominciare dal fatto che non è vero, contrariamente a quanto spesso si ripete, che la banca in forma cooperativa incarnerebbe, sotto diversi aspetti, un modello confliggente o, quantomeno, ormai di fatto incompatibile col diritto bancario dell'Unione, e che, nello specifico, la disciplina domestica in fatto di Banche popolari sia stata considerata contraria alle libertà economiche dei Trattati.

Da quest'ultimo punto di vista, basterà qui ricordare come la procedura aperta per accertare la possibile violazione delle norme in tema di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali sia stata archi-

---

(69) Sul tema della *governance* delle cooperative, v., per un'analisi di tipo funzionale, il recente contributo di A. ZANOTTI, *La governance societaria: società per azioni e cooperative a confronto*, Soveria Mannelli, 2013, p. 187 ss. Con riguardo alle banche italiane, cfr., per una discussione delle ultime tristi vicende, B. PICCONE, *La farsa mascherata della banca del territorio e dei debitori di riferimento*, 15 dicembre 2015, in *www.econopoly.ilsole24ore.com*. Per alcune proposte, con riguardo alle Popolari, rinviamo a G. ROMANO, *La riforma delle Banche popolari*, cit., p. 15 ss.

(70) V. gli argomenti di M. LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma*, cit.; e di V. SANTORO, *Governance* , relazione al Convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit. Certo è, comunque, che le Popolari abbiano pagato, a prezzo assai caro, l'incapacità di autoriformare la propria *governance*. Cfr., in tal senso, M. ONADO, *Le Popolari pagano l'incapacità di riformarsi*, in *Il Sole 24Ore*, 21 gennaio 2015, p. 3. Per onestà, vi sarebbe anche da sottolineare come, in passato, grazie alla tradizionale elasticità applicativa degli istituti tramite cui gli interessi di settore vengono perseguiti, una Vigilanza attenta sia riuscita, in diverse occasioni, a risolvere in maniera efficace e tempestiva situazioni aziendali critiche riconducibili alle tipiche debolezze della proprietà cooperativa e ai conseguenti problemi d'agenzia che possono pregiudicare la sana e prudente gestione dell'impresa bancaria. Emblematici, in questo senso, i casi giunti all'attenzione di Cons. Stato, 16 marzo 1966, n. 146, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1966, II, p. 151, con nota di BATTAGLIA; e di Cons. Stato, 14 novembre 1994, n. 882, *ivi*, 1995, II, p. 706, entrambi concernenti l'assoggettamento di una Popolare ad amministrazione straordinaria a cagione di gravi irregolarità identificate nella presenza di «assetti societari e gestionali non coerent[i] con i principi e le regole che presiedono al corretto esercizio dell'attività bancaria, in specie quella svolta in forma cooperativistica». Sicché corretto appariva il rilievo di G. PRESTI, *Il governo*, cit., p. 155, nt. 25, allorquando Egli osservava come «[s]ul punto relativo all'operato degli amministratori [andasse] comunque rammentata la particolarità, di estremo rilievo nella prospettiva della *corporate governance*, dell'ordinamento bancario [...] consistente nella circostanza che le gravi irregolarità nella gestione sono uno dei possibili motivi di sottoposizione della banca ad amministrazione straordinaria e a liquidazione coatta amministrativa».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

viata, senza irrogazione di sanzioni alcuna, per aver la Commissione riconosciuto: *i*) la natura cooperativa *de jure e de facto* delle nostre banche; *ii*) la piena compatibilità della loro disciplina con quella dei Trattati; *iii*) la pari diginità del modello della società cooperativa e della società per azioni per l'esercizio dell'impresa bancaria; *iv*) la compatibilità della forma cooperativa con la quotazione dei titoli sul mercato di borsa (71).

La prima affermazione, invece, è assai comune in letteratura, e la Relazione al D.L. n. 3/2015 la ripropone nei più circostanziati termini per cui il cammino verso l'*Unione bancaria* in ambito europeo richiederebbe la razionalizzazione delle forme organizzative dell'impresa creditizia (72). Questa conclusione, tuttavia, è frutto di un vero e proprio pregiudizio interpretativo, avviatosi con le riforme degli anni '90 e poi nel tempo consolidatosi, secondo cui il processo d'integrazione comunitaria si fonderebbe su di un evidente *favor* legislativo per la banca in forma di s.p.a. (73). Il che non sembra però essere stato mai realmente dimostrato, atteso che, a dire il vero, il diritto bancario comunitario, disponendo l'armonizzazione delle condizioni per l'esercizio dell'attività creditizia, non si è mai spinto sino ad introdurre vincoli di forma giuridica, come del resto dimostra il fatto che la gran parte degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, pur chiamati a dar attuazione alle norme di armonizzazione, consentono tuttora l'esercizio dell'attività bancaria nelle forme tipologiche più varie (74). Diviene anzi possibile

---

(71) Cfr., a dispetto di quanto da ultimo affermato da F. CAPRIGLIONE, *La riforma*, cit., p. 19, testo e nt. 31, le puntuali ricostruzioni della vicenda operate da F. CAPELLI, *La disciplina applicabile in Italia alle banche popolari cooperative, alla luce delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di circolazione dei capitali*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2006, p. 643 ss.; e M. PIPITONE, *Osservazioni sulla procedura d'infrazione n. 2002/4715 riguardante la normativa sulle banche popolari italiane*, in *Cred. pop.*, 2006, p. 525 ss. (pubblicato anche in ID., *Banche popolari*, cit., p. 55 ss.).

(72) Sull'*Unione bancaria europea*, senza che vi sia qui necessità e bisogno di attardarsi a ricordare in cosa una tale profondissima innovazione consista, v., per tutti, i vari contributi raccolti in D. BUSCH-G. FERRARINI (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015, *passim*.

(73) Cfr., all'epoca, F. CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in Id. (a cura di), *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993, p. 53; cui *adde* G. D'AMICO, *A rt. 31*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 182.

(74) CFR. V. SANTORO, *A rt. 33*, in F. Belli *et alt.* (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Bologna, 2003, p. 505. Anzi, se in alcuni Paesi la convinzione circa l'utilità di avviare radicali processi di "privatizzazione" ha recato seco anche una profonda "demutualizzazione" dei settori bancario e assicurativo (è il caso delle *building societies* e delle mutue assicuratrici inglesi, trasformate in *public-listed companies*), in taluni

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

osservare come, sin dall'avvio dello stesso del processo di armonizzazione, l'avvertita esigenza di fondo fu, semmai, di segno esattamente opposto, vale a dire quella di ricomprendere bensì le cooperative di credito nel processo di coordinamento (75), ma secondo modalità che fossero rispettose del valore della diversità tra tipi di imprese (76). Pertanto, nel suo riferirsi ad ogni tipologia di ente creditizio, la legislazione bancaria europea evidenziò sin da subito l'esigenza di «*tenere conto, se necessario, delle differenze obiettive*» - allora sicuramente assai profonde (77) - «*dei loro statuti e dei loro compiti peculiari previsti dalle legislazioni nazionali*» (78). A ciò si aggiunge adesso (79) una presa di posizione ancor più esplicita e significativa: «[p]*er assicurare una cultura bancaria dell'Unione sostenibile e diversificata, che risponda principalmente all'interesse dei cittadini dell'Unione, è opportuno incoraggiare*» - si dice - «*le attività bancarie su piccola scala come quelle delle "unioni di credito" e delle banche cooperative*» (80).

Come si vede, il legislatore europeo non si limita più ad affermare, in termini meramente *negativi*, la necessità di tener in conto - e quindi

---

altri, per contro, la strada prescelta è strata proprio quella di orientare il sistema della banca pubblica verso la formazione di gruppi a struttura cooperativa (è il caso francese), ovvero quello di mantenere il tradizionale sistema a "tre pilastri" fondato sulla compresenza di banche pubbliche, private e cooperative (è il caso tedesco). Cfr. P. MOTTURA, *Banche cooperative e crisi finanziaria*, cit., p. 13 ss.

(75) Cfr., *ex plurimis*, A.F. PANZERA, *Sistema bancario italiano e ordinamento comunitario*, Milano, 1991, p. 38. Aspetto che assumeva rilevanza in relazione ad intuitive ragioni connesse all'avviata opera di realizzazione del mercato interno, ciò che richiedeva tanto omogenei livelli di protezione del risparmio, quanto la creazione di imprescindibili condizioni di eguaglianza nella concorrenza tra i diversi operatori di mercato (v. il Considerando 4 Dir. 1977/780/CEE).

(76) Cfr., variamente, P. TROBERG, *Le cooperative di credito e il coordinamento del diritto bancario nella Cee*, in *Coop. cred.*, 1981, p. 61 ss.; F. CASTIELLO, *La riforma della legge bancaria. Profili pubblicistici*, Torino, 1993, p. 115; ID., *La direttiva CEE 1977/780 e i riflessi sullo "statuto" delle Casse rurali ed artigiane*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guglielmo Roehrssen*, Padova, 1991, p. 139 ss.; A. RINELLA, *L'evoluzione dell'ordinamento del credito nella comunità europea ed i sistemi Raiffeisen. La seconda direttiva di coordinamento e leggi di finanziamento*, in *Le società cooperative negli anni novanta*, cit., p. 347 ss.

(77) Cfr. R. DI SALVO, *I Sistemi di banche cooperative in Europa. Governance, assetti strategici e tendenze evolutive*, in *Coop. cred.*, 2010, p. 85.

(78) Così ancora il Considerando 4 Dir. 1977/780/CEE, poi puntualmente trasfuso nel Considerando 5 delle successive Dirr. 2000/12/CE e 2006/48/CE.

(79) Dopo che, ad ulteriore conferma dell'inesistenza di qualsivoglia incompatibilità tra forma cooperativa e attività bancaria, regole appositamente riferibili alle "Società cooperative europee-istituti di credito" erano state stabilite nel Reg. n. 1435/2003. Cfr., *praecipue*, P. MARANO, *La Società Cooperativa Europea e le politiche comunitarie per reti e gruppi di imprese*, in *Riv. coop.*, 2006, p. 16.

(80) Così il Considerando 49 della Dir. 2013/36/UE, meglio nota come CRD IV.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rispettare - i diversi "statuti" riguardanti le forme organizzative d'impresa che le legislazioni nazionali vogliano ammettere all'esercizio dell'attività creditizia (81), ma, dinnanzi a tali diversità, riconosce a se stesso ora il compito di "incoraggiare" proprio le cooperative di credito. Il che chiaramente implica un'azione normativa e istituzionale *positiva* che, nel sistema delle fonti, richiama assai da vicino quei pro-attivi compiti rispettivamente attribuiti alla Repubblica e all'Unione dagli artt. 45 Cost. e 3, par. 3, TUE; norme, queste ultime, che, a loro volta, non si limitano a riconoscere, in modo statico, la funzione sociale della cooperazione e il bene giuridico rappresentato dalla concorrenza intracomunitaria, esigendo, invece, in maniera dinamica ed effettiva, la "promozione" della cooperazione e l'"adoperamento" per lo sviluppo di una sostenibile ed equilibrata economia sociale di mercato, alla quale proprio la cooperazione è collegata da un rapporto di intima connessione storico-concettuale, oltre che operativa (82). Il che è del tutto comprensibile se si pensa che la realizzazione dell'"economia sociale di mercato" (83) non potrebbe certo prescindere dalla «promozione pubblica dei modelli organizzativi di impresa privata ritenuti maggiormente idonei ad inverare i principi costituzionali dell'Unione europea e di alcuni dei suoi Stati membri», dal momento che «una migliore regolamentazione dei diversi modelli organizzativi delle imprese (senza limitarsi ad una sempre più articolata *governance* di un unico modello funzionale, corrispondente alla società lucrativa) può certamente contribuire a rendere l'economia europea più a misura delle persone» (84), come lo stesso art.

---

(81) Concetto ancora comunque ribadito nel Considerando 12 della stessa CRD IV, nel quale, anzi, a voler essere precisi, non si ritrova più il precedente inciso «*ove necessario*», quasi a volersi implicitamente ricollegare tale giudizio al fatto stesso dell'*esistenza* di «*differenze oggettive*» tra gli «*statuti*» e le «*finalità*» delle varie categorie tipologiche di enti creditizi identificabili in base ai diritti nazionali.

(82) Cfr. la relazione (elaborata su richiesta del Comitato economico e sociale europeo) del CENTRO INTERNAZIONALE DI RICERCA E DI INFORMAZIONE SULL'ECONOMIA PUBBLICA, SOCIALE E COOPERATIVA, *L'economia sociale nell'Unione Europea*, 2010, part. p. 8 ss., ove si evidenzia come l'economia sociale sia «storicamente legata alle associazioni popolari e alle cooperative, che ne costituiscono la spina dorsale. Il sistema di valori e i principi di condotta delle associazioni popolari, rispecchiati nel movimento cooperativistico storico, sono gli stessi che hanno plasmato il moderno concetto di economia sociale».

(83) Espressione che non costituisce più solamente la formula con cui si indica la teorizzazione di un astratto modello economico, esprimendo, ormai, un concetto giuridico vincolante. Cfr., sul punto, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 2 ss. e 49 ss.; E. CUSA, *op. cit.*, pp. 7 ss. e 73 ss.

(84) Così E. CUSA, *op. cit.*, p. IX s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3 TUE esige allorquando chiama l'Unione a promuovere valori quali l'inclusione socio-economica (85) e la solidarietà intergenerazionale (86).

A ciò non fa eccezione, come visto, l'attività bancaria, la cui specialità, se certamente evidenzia particolarissime esigenze di regolazione per ritrovarsi essa a "maneggiare" quel delicatissimo bene che in economia in genere, e nei sistemi finanziari in particolare, è la "fiducia", non esige, né in alcun modo giustifica, astratte limitazioni e generalizzate censure preventive in punto di scelta da parte dei privati delle forme organizzative d'impresa (87). Il discorso non muta neppure se l'indagine viene spostata, come la stessa Relazione sembrerebbe suggerire, sul piano del sistema unico di vigilanza in cui si concreta il 1° pilastro dell'*Unione bancaria*. Nell'ambito del Reg. SSM (88), a rilevare sono, innanzitutto, i criteri di determinazione della significatività di un ente creditizio ai fini della (semplice) modulazione proporzionale dell'azione di vigilanza. Di contro, essi non valgono in alcun modo ad imporre limitazioni di sorta all'autonomia privata in punto di scelta delle forme societarie disponibili per l'attività bancaria, scelta che, anzi, lo stesso legislatore europeo esige sia rispettata (89). Pertanto, pur volendo qui omettere ogni considerazione ulteriore in merito alla irragionevolezza del criterio quantitativo prescelto dal legislatore quale limite di "tollerabilità sistemica" della conservazione della forma cooperativa

---

(85) Sulla necessità di predisporre (e conservare) una corretta architettura istituzionale dei sistemi bancari onde rimediare all'errore di ritenere possibile la promozione di stabili forme di inclusione finanziaria attraverso un'innovazione stimolata da modelli di regolazione largamente riposanti su (di una esasperata concezione de) la *efficient market hypothesis*, cfr. il bel saggio di P. MOTTURA-U. FILOTTO, *Le ragioni della biodiversità nell'industria bancaria. Stabilità, etica, risposte al mercato*, in *Bancaria*, 2010, n. 10, p. 10 ss.

(86) Cfr., a tale riguardo, le argomentazioni di G(IO.) FERRI, *La banca senza qualità*, cit.

(87) In definitiva, può dirsi che il lungo cammino «verso l'accettazione della "specificità" dell'attività degli intermediari bancari» (G. TONIOLO, *Il profilo economico*, in G. Guarino-G. Toniolo (a cura di), *La Banca d'Italia e il sistema bancario 1919-1936*, Roma-Bari, 1993, p. 48), se ha, ormai da molto tempo, prodotto un diritto speciale dell'impresa bancaria capace di tener conto della sua pratica ed essenziale irriducibilità agli schemi di altre tradizionali figure giuridiche nel campo del commercio (in questo senso già U. CAJANI, *La tutela del risparmio e la disciplina del credito nella legislazione italiana*, Milano, 1939, p. 2), non ha mai richiesto il "sacrificio" del modello imprenditoriale cooperativo, il quale, dopo quello delle società lucrative, è sicuramente il più diffuso nell'Unione europea (cfr. ancora E. CUSA, *op. cit.*, p. 75).

(88) Trattasi del Reg. UE n. 1024/2013, che, come noto, attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

(89) V. il Considerando 17 e l'art. 1, comma 3, Reg. SSM, ove è detto che, nell'assolvimento dei compiti che le sono affidati, la BCE deve tener conto «*della diversità degli enti creditizi* [vigilati]*, delle loro dimensioni e del loro modello societario, nonché dei vantaggi sistemici della diversità nel settore bancario dell'Unione*».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

in capo alle Popolari (90), l'argomento che pretenderebbe di giustificare la riforma in ragione dell'esigenza di evitare un'eccessiva frammentazione del controllo unico di cui al SSM, "compendiando" e "razionalizzando" le forme organizzative dell'impresa bancaria, non ha alcun appiglio positivo, essendo, come s'è appena visto, la diversità istituzionale, organizzativa e operativa dei soggetti vigilati un dato che necessariamente si impone alla BCE.

6. *L'impatto della normativa prudenziale e di gestione delle crisi bancarie di ultima generazione.*

Fermo quanto appena sopra detto, ciò che trovasi affermato nella Relazione al D.L. n. 3/2015 riguardo al mutato quadro normativo europeo, in cui spicca, a fianco dell'accentramento delle funzioni di vigilanza, il nuovo regime di gestione e risoluzione delle crisi bancarie, richiede, a nostro modo di vedere, una valutazione ulteriore e meno formale, che tenga conto cioè di un dato sostanziale tutto sommato ovvio, ma, a ben vedere, determinante. La considerazione in discorso riguarda il fatto che all'interno del nuovo *framework* dell'*Unione bancaria*, i processi di supervisione (*SSM*) e di gestione e risoluzione delle crisi (*SRM*) (91), altro non costituiscono se non i momenti del controllo circa l'osservanza - e di individuazione degli opportuni "rimedi" in caso contrario - di precetti che stanno a monte, vale a dire delle complesse e numerose regole tecniche di Basilea III che, trasposte in norme giuridiche, compongono la disciplina prudenziale dei soggetti vigilati di cui al pacchetto CRD IV/CRR (92).

In relazione a queste ultime norme, se la dottrina giuridica ha di recente sottolineato l'esigenza di rimeditare con grande attenzione il loro stesso «processo di formazione» (93), quella economica, dal canto suo, ha

---

(90) V. *supra*, par. 1.

(91) V. la Dir. 2014/59/UE che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento; e il Reg. UE n. 806/2014, che fissa, in parallelo al nuovo riparto di competenze di cui al Reg. SSM, le norme e le procedure uniformi per la risoluzione di tali intermediari.

(92) L'ultimo provvedimento citato è, più precisamente, il Reg. UE n. 575/2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento.

(93) Così V. Calandra Buonaura, *L' influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, intervento in occasione della presentazione del VII Convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del Diritto commerciale su "*L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi*", Roma, 10 luglio 2015, accessibile all'indirizzo *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, p. 3, ritenendo che tale processo, in pratica, finisca per «delega[re] pressoché integralmente la [...] concreta elaborazione [delle norme] ad organi tecnici», perciò stimolando «una riflessione critica cui il giurista non può sottrarsi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sollevato l'interrogativo se non siano proprio i nuovi congegni di regolamentazione prudenziale e di vigilanza adottati in risposta alla crisi - con i quali finiscono inevitabilmente per interagire, su di un ulteriore livello, gli altrettanto innovativi strumenti di gestione e risoluzione delle crisi bancarie - a rendere ormai insostenibilmente costosi determinati modelli d'impresa bancaria (94). È chiaro, infatti, come, su di un secondo livello, quello del SRM appunto, un modello d'impresa bancaria verso il quale sia la stessa concezione regolatoria del rischio bancario a relazionarsi in modo assai sfavorevole, possa apparire insostenibile agli occhi dei regolatori e degli stessi Stati, non più disposti a - e per vero neppure in condizione di - attingere alle proprie finanze per risolvere le crisi degli intermediari (95).

Si ha in effetti la sensazione che anche tra i giuristi dotati di maggiore sensibilità storica e (*lato sensu*) politica nell'approccio allo studio del diritto bancario, stia diffondendosi la convinzione che la riforma delle Popolari, benché comportante un indubbio sacrificio - non solo di un parti-

---

[...]. Le perplessità derivano dal fatto che questo metodo finisce per privare della funzione legislativa le assemblee parlamentari e gli organismi di rappresentanza politica cui in primo luogo spetterebbe il compito di valutare i provvedimenti sotto il profilo dei valori e degli interessi. Quelle che si tende a definire come norme "tecniche" volte a garantire la stabilità del sistema finanziario (definizione sulla quale si fonda l'attribuzione di competenza ad organismi formati da tecnici) sono spesso il frutto di scelte di natura politica in merito agli interessi da privilegiare e tutelare che non dovrebbero essere sottratte alla competenza ed alla responsabilità degli organismi di rappresentanza. La questione presenta particolare importanza per quanto riguarda la disciplina del settore bancario per l'influenza che le scelte che si adottano possono avere sul sistema economico nel suo complesso. [...] [G]li strumenti che si utilizzano non sono neutrali nei loro effetti: è sufficiente considerare in proposito il difficile equilibrio tra regole prudenziali ed efficiente esercizio della funzione di intermediazione quale condizione indispensabile per garantire lo sviluppo economico che non può essere lasciato alla valutazione tecnica di chi ha come missione unicamente il compito di garantire la stabilità e rappresenta soltanto un polo dei molteplici interessi che occorre considerare».

(94) Cfr. R. MASERA, *Le banche regionali nel nuovo quadro regolamentare europeo e in un confonto con gli Stati Uniti*, in *Il Risparmio*, 2014, n. 3, p. 7 ss.; R. GUIDA-R. MASERA (a cura di), *Does one size fit all? Basel rules and SME financing*, Bologna, 2015, *passim*; nonché, da ultimo, quanto osservato da G(IO.) FERRI, *L a banca senza qualità*, cit.

(95) Sul passaggio dal "vecchio" al "nuovo" sistema di gestione delle crisi bancarie, cfr., in generale, A. GARDELLA, *Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework*, in D. Busch-G. Ferrarini (a cura di), *op. cit.*, p. 373 ss. (pubblicato anche in italiano, col titolo *Il* bail-in *e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 587 ss.); G. PRESTI, *Il* bail-in, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 339 ss.; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, *ivi*, p. 391 ss.; O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in *www.regolazionedeimercati.it*; E. SPINA-I.G. BIKOULA, *Dal* bail-out *al* bail-in. *La BRRD e il quadro di prevenzione, gestione e risoluzione delle crisi nell'Usione Bancaria*, Roma, 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

colare modo di fare banca, a sua volta frutto di una precisa cultura e di una felice esperienza storica, bensì anche di veri e propri diritti soggettivi (96) - fosse in qualche modo necessaria proprio alla luce dei cambiamenti prodotti dalle recenti riforme dei sistemi bancari (97). Le radicali scelte del D.L. n. 3/2015, in altri termini, non andrebbero lette come una mera risposta del Governo italiano alla specifica fase congiunturale (98), bensì risponderebbero, più nel profondo, all'esigenza di adeguare l'ordinamento creditizio italiano alle severe modalità con cui il diritto bancario europeo di ultima generazione esige che l'attuale fase del ciclo economico sia governata (99).

Tuttavia, quando si afferma che rispetto al mutato quadro della regolamentazione bancaria e finanziaria la conformazione societaria di tipo cooperativo delle Banche popolari, disincentivando gli investimenti, le renderebbe maggiormente prone al fallimento perché inadeguate a reggere l'impatto della nuova regolamentazione (100), si dice un qualcosa - almeno è questo il nostro sommesso avviso - che l'interprete non necessariamente deve accettare per forza come tale, recependolo passivamente e basta. Appare invece necessario ricostruire la catena eziologica dei fattori che, a livello regolamentare, producono un tale esito e criticare, ove lo si ritenga necessario, le scelte di politica legislativa che stanno alla base delle norme

---

(96) Da questo punto di vista, il D.L. n. 3/2015 si inserisce in un più generale contesto, quello delle ultime riforme bancarie appunto, caratterizzato da una sempre più incisiva deviazione da fondamentali regole del diritto societario e concorsuale, nonché, talvolta, dello stesso diritto comune delle obbligazioni, tale che ci si può domandare se non sia legittimo discorrere di un «"diritto societario della crisi delle imprese bancarie" [...] così incisivamente derogatori[o] rispetto al regime comune, da costituire [ormai] un sistema disciplinare autonomo, fonte di regole e principi generali, dal cui stesso bacino attingere criteri ed elementi per la regolazione di eventuali lacune». Così M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme,* di prossima pubblicazione in M.P. Chiti-V. Santoro (a cura di), *L' unione bancaria*, p. 14 s. del dattiloscritto, consultato per cortesia dell'Autore. In merito ai rapporti tra la BRRD e le direttive europee in materia societaria, cfr. anche le *Conclusioni* dell'Avvocato generale N. WAHL nella causa C-526/14, *Kotnik et alt.*, attualmente all'esame della Corte di Giustizia, spec. p. 16 ss.

(97) Cfr., all'interno di un'analisi che rimane comunque molto equilibrata, G. SANTONI, *Il commiato*, cit.

(98) Così, invece, V. LEMMA, *"Too big to be popular": il limite all'attivo delle banche popolari*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 185.

(99) Cfr. G.L. CARRIERO, *op. cit.* Per un'autorevole critica alla accresciuta pervasività del sistema di regole europee in materia bancaria, v., da ultimo, G.B. PORTALE, *La* corporate governance *delle società bancarie*, in *Riv. società*, 2016, p. 48 ss.

(100) Cfr. S. ROSSI, *Audizione nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 2844, di conversione in legge del decreto-legge n. 3 del 2015, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*, Roma, 17 febbraio 2015, p. 4 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che un tale stato di cose determinano. Ciò, si badi bene, non per il gusto di alimentare uno sterile dibattito polemico, ma perché, pur nella consapevolezza della difficile reversibilità - quantomeno nel breve termine - di molte delle scelte di politica legislativa da ultimo compiute, crediamo che il compito dei cultori del diritto, specie nel momento attuale, non possa essere solamente quello di farsi interpreti dell'arido testo della legge, almeno non nella misura in cui ciò implichi la totale subordinazione del discorso giuridico a talune concettualizzazioni ritenute approssimative (101).

Riprendendo allora le fila del nostro discorso, la prima cosa che ci sentiremmo di affermare riguarda la constatazione - invero assai banale - di come la concezione regolatoria del rischio bancario non possa in alcuna maniera - né potrebbe in nessun caso - risultare neutra rispetto alla struttura morfologica verso cui il mercato deve orientarsi per potervisi conformare: sulla struttura del mercato creditizio le scelte politiche che stanno alla base della regolamentazione inevitabilmente finiscono per incidere in maniera determinante (102). Ecco perché, a cospetto dei numerosi fallimenti di un approccio che, nei suoi modelli di riferimento, pare ancora nutrire incompromessa fiducia nei postulati teorici intorno ai quali tutto il sistema del diritto bancario internazionale venne originariamente eretto (103), i

---

(101) I c.d. giuristi teorici, del resto, godono, o dovrebbero godere, per intuibili ragioni, del vantaggio di una certa estraneità rispetto ai contingenti compromessi politici da cui la norma giuridica scaturisce, e dovrebbero perciò ritenersi, almeno in astratto, capaci di percorrere «quegli itinerari intellettuali che agli altri sono preclusi» (R. PARDOLESI-M. GRANIERI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in *Foro it.*, 2012, V, col. 247 ss.).

(102) V., per il passato, la vivida analisi di A. PISANI MASSAMORMILE, *La legge bancaria e la struttura del credito*, in M. Porzio (a cura di), *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua "storia segreta"*, Bologna, 1981, p. 129 ss.; mentre, con riguardo alle recenti riforme,CFR., *ex multis*, E. SPINA-I.G. BIKOULA, *op. cit.*, p. 119 ss.; e F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, estratto dal n. 2/2016, reperibile all'indirizzo *www.dirittobancario.it*, p. 2, che parla di una evidente «tendenza del regolatore speciale a privilegiare la grande dimensione aziendale» quale strumento per l'innesco di maggiore competitività all'interno del settore creditizio.

(103) V. l'autorevole critica di E. MONTANARO, *Regole di Basilea e modelli di vigilanza: quale convergenza?*, in *Moneta e Credito*, 2013, p. 415 ss., per la quale, lungi dal voler intervenire sulle caratteristiche strutturali e allocative dei sistemi finanziari da cui ha avuto origine la crisi, ma semplicemente intendendo rendere più costose, in termini di assorbimento di capitale e di liquidità, specifiche aree di operatività delle banche, anche la nuova versione dell'accordo di Basilea replicherebbe la incrollabile convinzione che la piena liberalizzazione dei movimenti di capitale, l'innovazione finanziaria e l'espansione internazionale delle banche, in uno la capacità dei regolatori di misurare correttamente e di vigilare efficacemente sui rischi, consentiranno ai sistemi finanziari di svolgere le proprie funzioni allocative in modo più efficiente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

regolatori, in maniera in certo senso controintuitiva rispetto agli insegnamenti della crisi (104), si stanno orientano verso riforme che siano funzionali alla creazione di strutture bancarie sempre più grandi e integrate (105). Varrà però la pena, da un lato, sottolineare come, a detta di molti, la recente stretta regolatoria, anziché alleviare, rischi di aggravare ulteriormente il *trade-off* tra profittabilità e stabilità del *business* bancario che la crisi ha evidenziato (106); e, dall'altro, ricordare come, il più delle volte, i processi aggregativi non abbiano mostrato la capacità di realizzare le sinergie *ex ante* prospettate sulla carta (107).

Si dice anche che non vi sia più spazio per l'intermediazione bancaria tradizionale e che, di conseguenza, la banca cooperativa incarnerebbe un modello ormai arcaico, necessariamente da superare (108). Ma, così argo-

---

(104) Sul crollo, di fronte alla crisi, del "mito" del gigantismo d'impresa quale miglior strumento per la ricerca dell'efficienza in nome di pretese economie di scala e di produzione congiunta, v., con specifico riguardo alle banche, A. Brozzetti, *C oncentrazione bancaria: da mito a incubo? Il ruolo della regolamentazione rispetto alla forma del gruppo*, Pisa, 2011, p. 15 ss.

(105) Cfr. F. Capriglione, *La riforma*, cit., p. 25; e G. Alpa, *op. cit.*, p. 135.

(106) Cfr. C. Frigeni, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013, p. 37; M. Tonveronachi, *L'unione bancaria europea. Di nuovo un disegno istituzionale incompleto*, in *Moneta e Credito*, 2013, p. 397 ss., spec. p. 410 s.; nonché quanto rilevato da F. Tutino, *Raccolta, liquidità, patrimonio in Basilea 3: impatti su strategie e gestione delle banche*, in F. Tutino-G. Birindelli-P. Ferretti (a cura di), *Basilea 3*, Milano, 2011, p. 361 ss., spec. p. 391: «una lettura congiunta delle [nuove] regole consente di focalizzare l'attenzione sugli impatti che ne scaturiscono sulla redditività bancaria. Sarà necessario, in futuro, valutare in quale modo i vincoli potranno essere rivisti per attenuare gli effetti che ne scaturiscono sulla redditività in termini limitativi: possono minare, infatti, la stessa stabilità delle banche».

(107) Cfr. M. Brogi, *L a riforma delle banche popolari*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 34; nonché i dati esibiti e le considerazioni svolte da G. Ammendola-G. Montesi-G. Papiro, *Banche troppo grandi per funzionare*, 2 settembre 2015, in *www.lavoce.info*. Che quello di favorire le concentrazioni sia il più credibile e verosimile obiettivo alla base della riforma delle Popolari, è dimostrato, tra le varie altre cose, dal fatto che, se lo scopo fosse stato solamente quello - comprensibile e legittimo - di mettere "in sicurezza" le entità più deboli del comparto, sarebbe bastato fare applicazione di quelle norme, di derivazione europea, che offrono oggi alle competenti autorità di settore strumenti assai incisivi a fini di prevenzione dei dissesti bancari, tra cui quelle che, al ricorrere di certi presupposti, consentono di richiedere o imporre proprio il cambiamento della forma societaria della singola banca che si trovi a rischio di decozione. Cfr. V. Santoro-G. Romano, *op. cit.*, p. 228 ss., spec. p. 234, testo e nt. 98, ove si argomenta in base ai nuovi artt. 69-*sexies*, comma 3, lett. c), e 69-*noviesdecies*, comma 1, TUB. Per non parlare poi dei numerosi interventi di sistema e settoriali messi in campo negli ultimi mesi dal legislatore per tentare di affrontare il "nodo sofferenze", che, come noto, dopo tanti anni di recessione economica, affligge trasversalmente l'intero sistema bancario nazionale.

(108) Cfr. M. Anolli, *Le prospettive sul piano aziendale di un sistema creditizio in transizione*, relazione al convegno "*La riforma delle banche popolari*", cit.; V. De Bustis,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mentando, crediamo si finisca per eludere la domanda davvero rilevante. Il fatto che per l'intermediazione tradizionale, specie in ragione di una politica monetaria europea mirata a tassi prossimi allo zero (109), vi sia attualmente poco spazio, infatti, non equivale necessariamente a dire che di essa non vi sia neppure più bisogno (110). E se questo bisogno ancora sussistesse - ecco il punto -, l'attuale quadro normativo permetterebbe agli operatori di mercato che volessero assumere il compito di soddisfarlo, di provvedervi sottostando a oneri regolamentari proporzionati ai rischi che essi assumono? Stando a quanto affermano le stesse istituzioni europee quel bisogno sussiste ancora, ma le regole sono oltremodo onerose (111). Lo ha detto dapprima il Comitato economico e sociale europeo (112), e da ultimo, la Commissione (113), sottolineando l'importanza di una profonda revisione dell'attuale approccio regolatorio a favore di un sistema di oneri di patrimonializzazione ad intensità crescente, graduati in base a dimensioni e tipologia di *business model*, di modo che sia possibile conservare alle banche tradizionali specificità operativa e redditività, e, in maniera ancor più puntuale, l'opportunità di definire un vero e proprio diritto prudenziale speciale, pensato allo scopo precipuo di favorire il ruolo delle banche cooperative a sostegno dell'economia (114). Il tutto lungo direttrici

---

Riforma delle popolari e sana gestione aziendale in un'ottica manageriale, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 47 ss.

(109) Sul tema cfr., in generale, C. BORIO-L. GAMBACORTA-B. HOFMANN, *The influence of monetary policy on bank profitability*, BIS WP no. 514, October 2015.

(110) Basti pensare, proprio nell'attuale momento storico, ai preoccupanti dati relativi all'incremento dei soggetti e operatori dell'economia a "rischio usura". Cfr. UNIONCAMERE, *Studio conoscitivo sul fenomeno dell'usura. Sulle tracce di un crimine invisibile*, maggio 2014.

(111) È affermazione assai ricorrente, del resto, quella secondo cui, nel sistema armonizzato dei RWA, un peso oltremodo eccessivo e sbilanciato riceverebbe, ai fini dei presidi patrimoniali, proprio il rischio di credito, rispetto ad altri rischi che sono invece tipici delle grandi banche di altri Paesi, così penalizzando in modo molto forte la tradizionale attività creditizia. Cfr. S. MACCARONE, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, relazione al Convegno "*Meccanismo Unico di Risoluzione: sfide e opportunità per il sistema bancario italiano*", Siena, 13 maggio 2016, reperibile all'indirizzo *www.disag.unisi.it/it/ricerca/seminari-e-convegni/convegni/2016*, p. 10 s.; L. BECCHETTI, in L. BECCHETTI-S. BRAGANTINI, *Sulla trasformazione delle banche popolari in Spa*, in *Il Mulino*, 2015, n. 2, p. 242 s.; G(IO.) FERRI, *Perché è saggio accantonare il decreto*, cit.; S. COSCI-R. GUIDA-V. MELICIANI-V. SABATO, *Basel III and the financing of Italian small firms*, in R. GUIDA-R. MASERA (a cura di), *op. cit.*, p. 140 s.

(112) CFR. CESE, *Il ruolo delle banche cooperative e delle casse di risparmio nella coesione territoriale – proposte per un quadro di regolamentazione finanziaria adattato* (2015/C 251/02), 25 febbraio 2015, *passim*.

(113) COMMISSIONE EUROPEA, *Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali*, COM(2015) 468 final, 30 settembre 2015, spec. p. 24.

(114) Non è un certamente un caso che questo obiettivo venga indicato in un docu-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

miranti al conseguimento di obiettivi che, allora, si presenterebbero di segno diametralmente opposto rispetto a quelli sottesi al disegno di omologazione istituzionale e di riduzione del pluralismo bancario realizzato dal legislatore italiano (115).

7. (segue) *I paradigmi del nuovo diritto della crisi delle imprese bancarie e la loro (discutibile) logica di fondo.*

Il discorso sin qui svolto in relazione al modo d'essere dell'attuale regolamentazione bancaria potrebbe apparire assai astratto, se non proprio del tutto fumoso. In realtà, crediamo che i concetti segnalati assumano un

---

mento per larga parte dedicato alla predisposizione di un quadro di regole che, muovendosi al di là del perimetro dell'intermediazione bancaria, possa agevolare lo sviluppo di canali alternativi per l'accesso diretto delle imprese al mercato dei capitali. Non sarà al riguardo inutile ricordare come anche negli Usa, vale a dire in un sistema di gran lunga meno bancocentrico del nostro, ove la gran parte dei finanziamenti esterni dell'economia proviene dai mercati finanziari, il fabbisogno di credito delle PMI venga per due terzi ancora soddisfatto dalle banche, prevalentemente da quelle locali e cooperative (cfr. R. Masera, *op. cit.*, *passim*). La ragione di ciò è chiara ove si tengano a mente, da un lato, i fondamenti teorici propri dell'intermediazione bancaria (v. *infra*, par. 7) e, dall'altro, le peculiari caratteristiche che il debitore in questo caso presenta (es., un'intrinseca minore trasparenza dei bilanci; l'inevitabile intreccio dell'impresa con la situazione economico-finanziaria del proprietario-imprenditore), ciò che allora rende insurrogabile da parte degli anonimi mercati finanziari la funzione tipica dell'intermediario bancario disposto ad impegnarsi in duraturi processi di aggiornata "*intelligence*" sui tessuti produttivi locali ove operano le imprese minori, le quali, a loro volta, nell'intermediario di riferimento possono ritrovare un soggetto in grado di offrire quei servizi capaci di rispondere alle esigenze della specifica fase del relativo *business life-cycle*. Cfr., in letteratura, G. Cau-R. De Bonis-F. Farabullini-A. Salvio, *Rischiosità dei prestiti ed efficienza allocativa: ci sono differenze tra banche popolari e banche società per azioni?*; A. Di Majo-M.G. Pazienza-B. Triberti, *Le scelte di finanziamento delle imprese minori: teorie e analisi del caso italiano*, entrambi in R. De Bruyn-G(io.) Ferri (a cura di), *Le banche popolari nel localismo dell'economia italiana*, Roma, 2005, pp. 125 ss. e 331 ss.; E. Burlando, Corporate governance *e atteggiamento verso il rischio delle banche popolari*, in *Cred. pop.*, 2000, p. 521 ss.; S. Cosci-R. Guida-V. Meliciani-V. Sabato, *op. cit.*, p. 141 ss.; mentre, con riguardo alle persistenti difficoltà nell'accesso al credito da parte delle imprese italiane di minori dimensioni, v. quanto da ultimo riferito da R. Bocciarelli-D. Colombo, *P mi, non solo banca per il dopo-crisi: spazio a bond, Ace, fondo di garanzia*, 14 maggio 2016, in *www.ilsole24ore.com*.

(115) Riflessioni che, *mutatis mutandis*, sembra ora possibile estendere alla progettata creazione di un "macrogruppo" nazionale del credito cooperativo cui vorrebbe essere strumentale la recente riforma introdotta dagli artt. 1-2-*bis* del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18 (conv. in L. 8 aprile 2016, n. 49). In argomento, cfr. F. Capriglione, *L'autoriforma delle Banche di Credito Cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 47 ss.; Id., *La Camera approva la riforma delle BCC. Verso il tramonto della cooperazione di credito?*, marzo 2016, in *www.dirittobancario.it*. Per i prodromi, v., invece, M. Lamandini, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 56 ss.; e I. Sabbatelli, *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo*, in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 207 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

significato assai più immediato e concreto non appena si tenga conto di un cruciale argomento di vertice le cui implicazioni si riflettono, come tra breve cercheremo di dimostrare, in maniera determinate sull'intera conformazione degli istituti giuridici che, in un contesto di riforme che non si fa fatica a definire epocali, regolano oggi l'attività bancaria.

Per esporre questo argomento di vertice occorre uscire per un momento dal ristretto campo di nostra competenza - salvo poi subito rientrarvi per cercare di trarne le debite conseguenze - e guardare a quanto di recente affermato da una certa dottrina economica, la quale, con un giudizio assai schietto, ha sostenuto come il tratto più evidente di tutti i provvedimenti varati in materia bancaria negli ultimi anni sia la mancanza di una corretta visione su cosa debba fare il sistema bancario e su cosa debba fare il sistema finanziario. In altri termini, ci si troverebbe di fronte ad un esiziale errore di fondo, in una vera e propria "bolla regolamentare", che avrebbe non solo determinato un progressivo svilimento del ruolo della banca, ma anche concretato la vera causa dei bassi *standard* creditizi, dell'aumento del rischio sistemico nelle banche e dell'eccessivo indebitamento macroeconomico. Questo errore consisterebbe nella (politicamente desiderata) sostituzione, all'interno della regolamentazione prudenziale, della teoria della finanza a quella dell'intermediazione bancaria, ossia alla teoria propria, in principio deputata a governare il settore. E, come ben si sa, mentre «la teoria dell'intermediazione bancaria verte su come governare l'asimmetria informativa tra prenditore e prestatore» (la banca esiste proprio per svolgere questa specifica funzione di intermediazione), quella della finanza, almeno nella sua concezione *mainstream*, «postula invece una situazione di informazioni e mercati completi» [116]. Le conseguenze

---

[116] Così G(IO.) FERRI, *La banca senza qualità*, cit., richiamandosi ai fondamentali studi di E. FAMA, *The Behaviour of Stock-Market Prices*, in 38 *J. Bus.* (1965), p. 34 ss.; *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, in 25 *J. of Fin.* (1970), p. 383 ss.; e *What's different about banks*, in 15 *J. of Monetary Econ.* (1985), p. 29 ss., ove, in particolare, viene spiegato il vantaggio comparato delle banche rispetto al mercato dei capitali in virtù della maggiore capacità delle prime nel fornire creditobasato su informazioni private (e non su informazioni pubbliche). Secondo la teoria dell'intermediazione bancaria, insomma, le banche si specializzano nel produrre informazioni e nel disegnare contratti di prestito volti a prevenire il razionamento del credito dei debitori, ogni qualvolta prevalga l'asimmetria informativa. Un approcio sano richiederebbe allora «di considerare che solo parte limitata delle attività bancarie - es., i titoli che le banche detengono per investimento - possono essere fruttuosamente trattati come *commodity risks* (rischi oggettivi, che non mutano al mutare del soggetto che li detiene), mentre, al contrario, il grosso delle attività bancarie - specie i prestiti - sono rischi idiosincratici la cui quantificazione richiede che si associno loro non solo le proprietà oggettive derivate dalle *hard information* e le distribuzioni statistiche dei rischi, ma anche l'abilità nello *screening* e *monitoring* dietro a quei prestiti».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di ciò sarebbero devastanti (117), sicché per restituire stabilità alle banche non basterebbe chiedere sempre più capitale (118), ma occorrerebbe «in primo luogo rimettere "in fase" la regolamentazione con la teoria che dovrebbe determinarla» (119).

Il rilievo sembra colpire nel segno, dal momento che questa inversione di paradigmi teorici sembrerebbe adesso stare pure alla base dello stravolgimento di quelli giuridici prodotto dalla BRRD, la cui logica di funzionamento, come più sopra abbiamo ricordato, costituirebbe uno dei motivi per cui il nostro legislatore avrebbe reputato necessario superare la forma cooperativa delle Banche popolari a fini di (un successivo *risiko* bancario che possa garantire) rafforzamento sistemico (120). Il coinvolgimento forzoso dei creditori delle banche nel *bail-in*, infatti, è quanto di più lontano vi possa essere dal fisiologico svolgimento della funzione di monitoraggio delegato che, nella teoria tradizionale dell'intermediazione bancaria, i depositanti rilasciavano alle stesse banche ai fini della selezione dei potenziali debitori, della valutazione della relativa solvibilità e del monitoraggio del rapporto d'affidamento. Il sistema era completato dalla vigilanza pubblica sugli intermediari e da strumenti che consentissero alle autorità di settore di poter contare su (la *moral suasion* e su) meccanismi di supporto e solidarietà tra gli appartenenti al settore per definire con

---

(117) Basterà qui richiamare, a mo' d'esempio, i noti problemi prodotti dalla scissione tra attività di finanziamento e attività di produzione delle informazioni resa possibile dal fenomeno delle cartolarizzazioni alla base della crisi dei mutui *sub-prime*. Cfr., per tutti, C. Brescia Morra, *Le carenze della regolamentazione*; E. Barucci-M. Morini, *Cartolarizzazioni: che cosa non ha funzionato*, entrambi in E. Barucci-M. Messori (a cura di), *Oltre lo shock. Quale stabilità per i mercati finanziari*, Milano, 2009, pp. 40 ss. e 49 ss.

(118) Sarà forse il caso di ricordare come questo aspetto fosse stato puntualmente segnalato nel c.d. Rapporto Liikanen: «Basel III/CRDIV will strengthen banks' capital base, thus reducing the probability of failure by tightening and improving the quality of the risk-weighted capital requirements. However, the crisis has illustrated the problems associated with risk-based capital requirements if certain risks are not reflected adequately (or at all). Market (especially tail-risks) and operational risks arising from complex market activities may not be covered fully by the model-based capital requirements; nor may systemic risks arising from major trading operations. The increase in capital requirements has taken bank business models as a given and does not aim to address complexity in the banking system» (*High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector - Final Report*, Brussels, 2 October 2012, p. 92).

(119) Sono ancora parole di G(io.)Ferri, *La banca senza qualità*, cit., il quale identifica l'avvio del segnalato processo di spostamento verso i paradigmi teorici della finanza nell'avvento della seconda versione dell'accordo di Basilea. In argomento v., per tutti, C. Costa, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in questa *Rivista*, 2008, p. 98 ss.; P. Pogliaghi-W. Vandali-C. Meglio (a cura di), *Basilea II, IAS e nuovo diritto societario*, Roma, 2007, *passim*.

(120) V. *supra*, par. 6.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

successo gli esiti dei commissariamenti, evitando che i creditori - da deposito o altra fonte - perdessero alcunché e in questo modo prevenendo, quanto più possibile, effetti di contagio e ripercussioni negative a livello di sistema (121). Il tutto in un quadro riconducibile alla scelta di vertice di tutelare il risparmio «*in tutte le sue forme*» (art. 47 Cost.).

Con le nuove norme sulla risoluzione, invece, nel momento stesso in cui la scelta politica diviene quella di "responsabilizzare" maggiormente non solo gli azionisti, ma anche i creditori delle banche - affinché questi abbiano un più forte *incentivo a vigilare* sul loro funzionamento (122) -, i termini del rapporto tradizionale si ritrovano praticamente capovolti (123), e il risparmio bancario perde d'improvviso quella "sacralità" cui per lungo tempo i risparmiatori erano stati abituati dal nostro legislatore (124).

Ciò che ne deriva, allora, non è solamente un "semplice" problema di rafforzamento delle regole di condotta degli intermediari verso gli inve-

---

(121) V., tra i tanti, le ricognizioni di O. CAPOLINO, *op. cit.*, *passim*; S. MACCARONE, *op. cit.*, *passim*; e F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre*, cit., p. 3 ss.

(122) V. il Considerando 67 BRRD, ove si dice che «[c]on lo strumento del bail-in si consegue tale obiettivo garantendo che gli azionisti e creditori dell'ente in dissesto sostengano perdite adeguate e si facciano carico di una quota adeguata dei costi derivanti dal dissesto dell'ente. Lo strumento del bail-in darà pertanto agli azionisti e ai creditori degli enti un maggiore incentivo a vigilare sul buon funzionamento dell'ente in circostanze normali ed è conforme alla raccomandazione del Consiglio per la stabilità finanziaria in base alla quale i poteri di svalutazione del debito e di conversione previsti per legge sono inclusi in un quadro di risoluzione come opzione aggiuntiva, unitamente ad altri strumenti di risoluzione». Sul punto cfr., in senso critico, V. SANTORO, *C risi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in G. Guizzi-A. Paciello (a cura di), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, 2016, p. 219 s., il quale dubita fortemente che un ragionamento di questo tipo possa reggere «per i creditori non garantiti, i quali non hanno, almeno per il momento, un efficace sistema di allarme che li metta in guardia della rischiosità del loro investimento».

(123) Osserva F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre*, cit., p. 1 ss., come «il regolatore europeo [abbia avuto] riguardo ad una visione di mercato decisamente diversa rispetto a quella cui faceva riferimento la normativa vigente in Italia fino a tutto il 2015. Più in particolare, sembra che il legislatore europeo presupponga l'esistenza di un mercato *maturo* ed *efficiente*, [il] che [...] appare poco in linea con le modalità in cui attualmente trova esplicazione il rapporto banca-cliente. Il presupposto [...] è, infatti, l'esistenza di condizioni ottimali di mercato, idonee cioè a consentire livelli di informazione degli operatori economici e degli investitori talmente approfondite da orientarli, in maniera consapevole, verso banche di sicuro affidamento [...]. Ne consegue l'esigenza di analizzare la portata innovativa dei menzionati provvedimenti normativi avendo riguardo alla realtà sopra descritta, nella quale la gran parte dei risparmiatori dovrebbe essere in grado di orientarsi verso operatori finanziari meritevoli della *fiducia* loro attribuita a seguito di valutazioni responsabili; e ciò, individuando, in un primo momento, la solidità economico-patrimoniale di questi ultimi, per poi effettuare scelte negoziali adeguate alle aspettative di rendimento correlate alla profilatura di rischio attribuita ai risparmiatori dalle banche in sede di negoziazione».

(124) Cfr. V. SANTORO, *Crisi bancarie*, cit., p. 217.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stitori, direzione nella quale in effetti si muovono la MiFID II e altri provvedimenti (125), ma un'esigenza molto più profonda, ossia la necessità di metabolizzare - in un contesto di profonda mutazione del significato dell'art. 47 Cost. (126) - un poderoso effetto che la disciplina della risoluzione, «innestata su di un sistema come il nostro, basato sulla banca universale», appare in grado di produrre, vale a dire quello «di ridurre drasticamente la distanza tra servizi bancari (in senso stretto) e servizi di investimento» (127).

---

(125) Cfr., anche per ulteriori riferimenti, C. CORVESE-M.E. SALERNO-V. SANTORO, *I servizi di investimento: dalla trasparenza alla cura dell'investitore*, in *www.regolazionedeimercati.it*, *passim*; nonché, in merito alla possibilità di considerare, a seguito dell'entrata in vigore delle regole sul *bail-in*, le obbligazioni bancarie prodotti complessi da trattare secondo le regole del Reg. UE n. 1286/2014 sui c.d. PRIIPs (*packaged retail and insurance-based investment products*), le intuizioni di V. SANTORO, *Crisi bancarie*, cit., p. 227 ss. Del resto, come osserva G. PRESTI, *Il* bail-in, cit., p. 356, con il *bail-in* si produce uno «sgretolamento della linea di distinzione tra capitale di rischio e capitale di credito, tra pretesa residuale e pretese fisse. Lo strumento del *bail-in* implica che anche i creditori siano soggetti, non solo economicamente, ma anche giuridicamente al rischio d'impresa e che la loro pretesa, benché per quanto riguarda la *upside opportunity* continui a rimanere fissa, dal punto di vista del *downside risk* non è più contrapposta a quella dei soci, ma solo graduata rispetto a essi».

(126) Cfr. V. SANTORO, *Prevenzione e "risoluzione" della crisi delle banche*, in *www.regolazionedeimercati.it*, p. 16 s.; e O. CAPOLINO, *op. cit.*, p. 29 s., i quali, argomentando alla luce della modifica dell'art. 81 Cost. (che sembrerebbe adesso dare giustificazione costituzionale all'obiettivo stabilito dal Considerando 45 e dall'art. 31, par. 2, lett. c), BRRD, inteso a tutelare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico a favore delle banche in dissesto), rilevano come, nonostante resti comunque fermo il principio di tutela del risparmio «*in tutte le sue forme*» (dal depositante inconsapevole all'investitore), sia ormai ben possibile che le tutele vengano differenziate tra depositanti e investitori, e anche tra gli stessi depositanti, i quali dovrebbero tuttavia continuare ad essere maggiormente tutelati rispetto ai restanti creditori (cfr. artt. 34, par. 1, lett. h) e 108 BRRD).

(127) A mutare, cioè, è «il concetto stesso di investimento», il quale si dilata «fino a ricomprendere categorie, come i depositi, che nel sentire comune del risparmiatore non possiedono (possedevano?) il tratto caratteristico della rischiosità». Così R. LENER, *Bail-in: una questione di regole di condotta? Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, estratto dal n. 2/2016, reperibile all'indirizzo *www.dirittobancario.it*, p. 2, per il quale è altresì innegabile che «la nuova disciplina delle crisi bancarie stia inesorabilmente, anche se forse non (del tutto) consapevolmente, avvicinando i depositi bancari agli strumenti finanziari», nonostante i primi ancora non siano qualificati «né [come] strument[i] finanziar[i], né [come] prodott[i] finanziar[i], a mente del contorto art. 1, comma 1, lett. *u*, t.u.f.» (ID., *Assetto della nuova disciplina e tutela dell'investitore/risparmiatore tra TUF e TUB: limiti e prospettive*, relazione al Convegno "*Meccanismo Unico di Risoluzione*", cit., p. 3). Analogo effetto è percepito dalla dottrina economica: cfr. A. ROSELLI, *Bail-in e tutela del depositante*, in *www.apertacontrada.it*, 22 novembre 2015, secondo cui, «[l]a esclusione, di fatto, dei depositanti dalle perdite ha avuto alla sua radice la nozione [...] della "banca" come istituzione di interesse pubblico [...] e dei depositi come "moneta"», mentre adesso, «[d]elle due qualificazioni dell'istituzione bancaria come soggetto di pubblica utilità e come operatore di mercato, il *bail-in* sposta il baricentro verso la seconda».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se questa scelta a favore dello "slittamento" della banca verso il mercato (128) *anche* nella materia delle crisi di settore muova nella giusta direzione, è certo ancora troppo presto per dirlo. Il dibattito è comunque già aperto tra coloro che nella nuova disciplina scorgono un elemento di progresso, un processo per una *creative destruction* capace di dare una scossa salutare a un sistema bancario autoreferenziale e inefficiente e stimolare la *governance* a maggiore responsabilità e capacità innovativa (129), e coloro che, viceversa, avversano ognuno di questi argomenti (130).

Rispetto a temi così impegnativi, a noi non resta che procedere per argomentazioni assai essenziali e rapide notazioni.

In primo luogo, quella che abbiamo più sopra identificato come inversione dei paradigmi teorici del diritto bancario, ci sembrerebbe capace di produrre conseguenze pratiche ancor più rilevanti nella misura in cui, anziché intervenire in prima battuta sulla complessità degli intermediari bancari (131), il legislatore lascia questo profilo sostanzialmente invariato e d'improvviso presume un contesto di mercato poco aderente alla realtà dei fatti (132), onerando gli investitori di un'opera di monitoraggio cui gli stessi - con ogni probabilità - non sono pronti sotto molteplici aspetti (in alcuni

---

(128) Anziché di un suo "ritorno alla banca" come da alcuni auspicato: cfr. A. NIGRO, *Dalla banca alla banca*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, I, p. 11 ss.; ma v. pure le considerazioni di S. MACCARONE, *op. cit.*, p. 12. In prospettiva del tutto diversa muove, invece, il ragionamento di F. FIORDIPONTI, *Ancora perplessità sul decreto salvabanche*, in R. LENER (a cura di), *Il bail-in*, *Quaderni di Minerva Bancaria*, Roma, 2016, p. 33 ss.

(129) Insiste molto nel sottolineare come il *bail-in* non valga a sostituire la responsabilità del banchiere, ma solo la garanzia pubblica nel contesto delle crisi, G. PRESTI, *Il* bail-in, cit., p. 340.

(130) Cfr., per le due posizioni, la bella analisi di L. ERZEGOVESI, *Il bail-in e le banche italiane: due visioni e tre risposte concrete. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, estratto dal n. 2/2016, reperibile all'indirizzo *www.dirittobancario.it*, p. 1 ss.; ma v. pure G. GABBI, *Bail-in e rischio sistemico: i costi della stabilità*, relazione al Convegno "*Meccanismo Unico di Risoluzione*", cit., p. 1 ss.

(131) Osserva R. LENER, *Bail-in*, cit., p. 2, come il segnalato assottigliamento del confine tra banca e mercati, che la BRRD sembrerebbe produrre, sia qualcosa di ancor più singolare «se si considera che [...] in Europa si [vanno] affermando istanze favorevoli alla separazione tra banche commerciali e banche di investimento». In argomento v., *amplius*, gli interventi di AA.VV. al convegno "*Il tramonto della banca universale?*", Napoli, 4 marzo 2016, alcuni già disponibili all'indirizzo *www.regolazionedeimercati.it*; nonché K. ALEXANDER, *Regulating the Universal Model Banking in Europe*, in D. Busch-G. Ferrarini (a cura di), *op. cit.*, p. 475 ss.; e A. NIGRO, *Dalla banca alla banca*, cit., *passim*.

(132) V. F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre*, cit., p. 3, il quale parla apertamente di una «discrasia esistente tra la realtà normativa e quella fattuale e, dunque, [di un] divario riscontrabile tra l'ipotesi teorica cui ha fatto riferimento il regolatore europeo ed il concreto contesto sistemico nel quale il complesso dispositivo di cui trattasi deve trovare applicazione».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

casi, anche culturali), e della cui reale efficacia ai fini di un miglioramento della *governance* bancaria è dato seriamente dubitare, almeno nel contesto attuale (133).

Non disponiamo di sufficiente competenza per descrivere con precisione cause ed effetti degli elementi di incertezza di cui potrebbero soffrire gli investitori (anche professionali), ma, stando a quanto ci dicono gli economisti, la questione è assai seria e lo scudo della MiFID II non pare sufficiente (134). Neppure vogliamo entrare nei tanti - troppi e troppo complessi - aspetti di dettaglio della vicenda delle quattro banche italiane e dei risparmiatori che per primi hanno conosciuto la scure del *write-down* all'interno della risoluzione bancaria (135), così come pure - per quanto la tentazione sia forte - ci asterremo da ogni valutazione in merito alla peculiarità (anomalia?) di un sistema (*recte*, di un'interpretazione) che, *de facto*, vale a rendere l'autorità di concorrenza "decisore di ultima istanza" delle risoluzioni bancarie in Europa (136). Prescindendo da tutto ciò, e volendo

---

(133) Cfr., per un'analisi comparata dei possibili costi/benefici del nuovo regime, C. GOODHART-E. AVGOULEAS, *Critical Reflections on Bank Bail-ins*, in 00 *J. of Fin. Reg.* (2015), p. 1 ss., spec. p. 15 per ciò che concerne l'aspetto segnalato nel testo; cui *adde* A. DE ALDISIO, *op. cit.*, p. 439 s.

(134) Cfr., diffusamente, L. ERZEGOVESI, *op. cit.*, p. 3 ss.

(135) In argomento rinviamo a F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre*, cit., *passim*; G. SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, estratto dal n. 2/2016, reperibile all'indirizzo *www.dirittobancario.it*, p. 1 ss.; P. FIORIO, *La responsabilità delle good banks per la vendita delle azioni e delle obbligazioni risolte e le procedure di indennizzo a carico del fondo di solidarietà. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, *ivi*, p. 1 ss.; e I. MECATTI, *Il decreto salva banche*, in corso di pubblicazione in M.P. Chiti-V. Santoro (a cura di), *op. cit.*, consultato per cortesia dell'Autrice. Sui temi di vertice riguardanti la compatibilità delle regole sulla risoluzione bancaria con la tutela dei diritti fondamentali in Europa, v., inoltre, E. VAN HEDEGGHEM, *Bank Resolution and Fundamental Rights*, Tesi di Master, Universiteit Gent, 2013-2014, *passim*; G. GUIZZI, *Il* bail-in *nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485 ss.; L. DI BRINA, *"Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, II, p. 184 ss.; R. LENER, *Profili problematici del* bail-in, in Id. (a cura di), *op. cit.*, p. 23 ss.; nonché le *Conclusioni* dell'Avvocato generale N. WAHL nella causa C-526/14, cit., p. 12 ss.

(136) Cfr. E. MONTANARO-M. TONVERONACHI, *Il vincolo degli aiuti di Stato nell'ambito del meccanismo unico di risoluzione: il caso di quattro piccole banche italiane*, relazione al Convegno "*Meccanismo Unico di Risoluzione*", cit., *passim*. Il riferimento è, come si sarà inteso, alla vicenda che ha visto contrapposte l'Italia e la Commissione europea, la quale, nonostante la previsione di un *burden sharing* preventivo (sotto forma di azzeramento delle azioni e di conversione delle obbligazioni subordinate in azioni), ha ritenuto incompatibile con la propria *Comunicazione* in materia di aiuti di Stato al settore finanziario del 30 luglio 2013 la proposta per un intervento di sostegno da parte del FITD, per essere la partecipazione delle banche al fondo di natura obbligatoria (costitutendo anzi condizione di rilascio

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pure prescindere dall'evidente anomalia italiana rappresentata da un'eccessiva allocazione di obbligazioni bancarie (*senior* e subordinate) presso investitori poco sofisticati (137), viene comunque da chiedersi - ed è questa la seconda considerazione - se, alla luce del segnalato processo che sembra condurre le norme giuridiche assai lontano dagli assunti tradizionali della teoria dell'intermediazione bancaria, non fosse tutto sommato prevedibile quanto la successiva cronaca finanziaria ha documentato: un profondo clima di incertezza cui è conseguita, in un contesto di scemata fiducia verso il sistema bancario, una perdita di depositi delle banche commerciali stimato in diverse decine di miliardi di euro e una forte destabilizzazione dei valori di borsa da parte di un mercato che, lungi dal discernere secondo criteri scientifici, ha reagito alle forti svalutazioni degli attivi delle banche risolte nella convinzione che tutto il settore bancario italiano avesse accantonato troppo poco per le perdite sui crediti (138). Il che si è ripercosso anche sulla reputazione delle autorità di settore, lasciando emergere severi dubbi in merito alle ragioni per cui non sia stato possibile smaltire gli *stock* di crediti ad incaglio e sofferenza già nel corso delle precedenti gestioni commissariali (139). Il tutto con un parimenti prevedibile - ed in effetti già da più parti previsto - incremento dei costi della provvista bancaria quale diretta conseguenza del coinvolgimento nelle "perdite da risoluzione" dei detentori di passività bancarie in passato soggette a rischi assai remoti (140).

---

della licenza bancaria), oltre che per la circostanza di essere il fondo stesso sottoposto al controllo dell'autorità di vigilanza nazionale. In argomento v., diffusamente, S. MACCARONE, *op. cit.*, *passim*; I. MECATTI, *op. cit.*, p. 2 ss. del dattiloscritto; e F. FIORDIPONTI, *Ancora perplessità*, cit., p. 35 ss., il quale sottolinea la diversa prospettiva delle autorità nazionali (per le quali «sembrava prevalere l'attenzione alla misura del sacrificio imposto a investitori e risparmiatori, per evidenti ragioni di loro tutela») e della Commissione (le cui indicazioni «punta[va]no piuttosto ad escludere un'ingerenza pubblica, capace di provocare distorsioni al regime di libera concorrenza»). In argomento v., più in generale, anche le *Conclusioni* dell'Avvocato generale N. WAHL nella causa C-526/14, cit., p. 7 ss.

(137) Essenzialmente nei portafogli delle famiglie: cfr. V. SANTORO, *Crisi bancarie*, p. 227; L. ERZEGOVESI, *op. cit.*, p. 7.

(138) Cfr. S. MACCARONE, *op. cit.*, p. 4; G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, relazione al convegno "*Meccanismo Unico di Risoluzione*", cit., p. 1 ss.; ID., *Tre interrogativi*, cit., p. 1 s.

(139) Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre*, cit., p. 5.

(140) Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre*, cit., p. 10; M. TONVERONACHI, *op. cit.*, p. 410 s.; G. PRESTI, *Il* bail-in, cit., p. 357 s. La stringente logica della BRRD - che al riguardo costringe le banche ad essere indebitate "a puntino" per preservare la concreta efficacia di un'eventuale *bail-in* (v. il c.d. *Minimum Requirement of Own Funds and Eligible Liabilities* ("MREL") di cui all'art. 45 BRRD) sta inoltre esponendo - forse era prevedibile anche questo - le banche con *focus* sul *retail*, tradizionalmente orientate ad una raccolta preva-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le nuove regole sulla risoluzione, in definitiva, sembrano tenere in scarsa considerazione quanto - tanto o poco che sia (141) - sappiamo sui fenomeni di *bank run* (142), lasciando emergere sotto vesti solo apparentemente nuove diversi interrogativi del passato (143). Certo, lo strumentario proprio del regime *ante*-BRRD non sempre ha funzionato al meglio, e nel corso degli anni si sono resi necessari interventi legislativi *ad hoc* per consentire forme di sostegno pubblico (144). A tale riguardo, tuttavia, senza che occorra qui snocciolare dati (invero mai troppo precisi) in merito a quali Stati abbiano maggiormente contribuito al salvataggio delle proprie banche, diverse considerazioni sembrano possibili, a partire da quella per cui ad aver creato reali rischi sistemici sono state le dimensioni e la complessità degli intermediari, nonché le interconnessioni tra essi e i mercati finanziari in genere (*too big, complex and interconnected to fail*) (145). In

---

lentemente composta da depositi, ad un deciso ritorno di pressione concorrenziale in ragione della tendenza, già in atto, di altre categorie di intermediari verso una ricomposizione del proprio passivo a favore di forme meno esposte o sottratte al *bail-in* (cfr. E. SPINA-I.G. BIKOULA, *op. cit.*, p. 134 ss.).

(141) Cfr. L. ERZEGOVESI, *op. cit.*, p. 11.

(142) Cfr. gli argomenti sollevati da G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 1 ss.; e da A. DE ALDISIO, *op. cit.*, p. 438 s.; e v., inoltre, il severo giudizio di P. CIOCCA, *Sulla natura del problema bancario*, in *www.apertacontrada.it*, 29 aprile 2016: «il "bail-in" [è] una discutibile idea, ancor peggio realizzata. Lo scenario peggiore è che i risparmiatori si spaventino e ritirino i finanziamenti alle banche costringendole a ridurre a propria volta i prestiti all'economia. Ciò sarebbe traumatico in Italia, nel passaggio da un regime in cui per decenni i creditori delle banche non avevano mai subìto perdite a un regime in cui le subirebbero». Al punto che, come noto, il Governo è dovuto intervenire con straordinarie misure di indennizzo a favore degli investitori, il che potrebbe peraltro costituire un precedente difficile da gestire in futuro, rischiando di creare un sistema di gestione delle crisi capace, nel suo concreto funzionamento, di avvitarsi su se stesso (v. S. MACCARONE, *op. cit.*, p. 8). Ulteriori riflessioni in D. VATTERMOLI, *Il* bail-in, in corso di pubblicazione in M.P. Chiti-V. Santoro (a cura di), *op. cit.*, pp. 1 ss. e 22 ss. del dattiloscritto, che abbiamo potuto consultare per cortesia dell'Autore.

(143) Cfr. ancora G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 6, che si interroga sul reale grado di «compatibilità tra la massima libertà di concorrenza con la stabilità sistemica, almeno intesa in senso nazionale»; nonché V. SANTORO, *Crisi bancarie*, cit., p. 221, alle cui orecchie, a questo punto, «"suona" incerta l'affermazione (che si ripete in ogni documento, in ogni direttiva, in ogni regolamento [...]) che fra gli scopi degli interventi della Commissione europea vi sia quello di garantire l'integrità del mercato e la fiducia nel sistema finanziario europeo attraverso la protezione dei consumatori e degli investitori».

(144) Cfr., per tutti, O. CAPOLINO, *op. cit.*, p. 2, testo e nt. 10; V. SANTORO, *Crisi bancarie*, cit., p. 217 s.

(145) Cfr. G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 4; ID., *Tre interrogativi*, cit., p. 2 s.; O. CAPOLINO, *op. cit.*, p. 4; L. ERZEGOVESI, *op. cit.*, p. 4; L. BECCHETTI, *op. cit.*, p. 241. L'esperienza di questi ultimi anni, in effetti, ha insegnato che a recar danni irreparabili al "sistema" non sono gli incrementi delle partite di prestiti dete-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

effetti, il meccanismo di compartecipazione alle perdite da parte delle varie categorie di *stakeholders* secondo il nuovo concetto-istituto del *bail-in* era stato inizialmente pensato proprio per fronteggiare problemi di questa portata (146), laddove una massiccia ricapitalizzazione forzosa rappresenti l'unica soluzione praticabile per istituzioni di grandi o grandissime dimensioni per le quali si dimostri infattibile la cessione totale o parziale del complesso aziendale senza l'intervento del supporto pubblico, e ciò anche al fine precipuo di tener conto del potenziale distruttivo dello strumento e dei possibili riflessi in termini di *bank run*, aumento dei costi di finanziamento e riflessi sulle economie nazionali (147).

In questi termini esso è stato in effetti concepito negli Stati Uniti (148), i quali, così come si sono guardati bene dal seguire un approccio di tipo "*one-size-fits-all*" nel recepimento di Basilea III (149), si sono guardati altrettanto bene «dall'inserire tramite il *Dodd Frank Act* del 2010 nel vecchio *Federal Deposit Insurance Act* regole automatiche che imponessero l'internalizzazione delle perdite fino a colpire i depositi non assicurati delle *depository institutions*» (150). In Europa si è prescelta, ancora una volta, una soluzione diversa (151), la quale tuttavia, alla prima prova dei fatti, ha

---

riorati, bensì le perdite in conto capitale subite dagli intermediari in conseguenza di *fire-sales* e *deleveraging* improvviso di cospicue posizioni assunte in strumenti finanziari, laddove le grandi banche universali globali sono risultate largamente esposte ai rischi degli stessi mercati, poi rivelatisi altamente connessi, e alle stesse controparti. Su questi temi, in una letteratura assai vasta, v., indicativamente, E. BARUCCI-F. PIEROBON, *Investment banking: non la causa ma il cuore della crisi*; E. BARUCCI-D. MAGNO, *Il propagarsi della crisi: svalutazioni, rischio liquidità, ricapitalizzazioni*, entrambi in E. Barucci-M. Messori (a cura di), *op. cit.*, pp. 99 ss. e 145 ss.; S. ECCHIA *et. alt.*, *La deriva dell'operatività e della regolamentazione delle banche nel contesto delle cause e degli effetti della crisi*, in V. Santoro-E. Tonelli (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, vol. II, Milano, 2013, p. 29 ss.

(146) In accordo ai *Key Attributes for Effective Resolution Regime for Financial Institutions* stilati dal *Financial Stability Board*: cfr. G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria europea*, Roma, 2015, p. 71; E. SPINA-I.G. BIKOULA, *op. cit.*, pp. 55 e 98; A. DE ALDISIO, *op. cit.*, p. 393 s.

(147) V. ancora G. BOCCUZZI, *op. cit.*, p. 106.

(148) Dove il *bail-in* essenzialmente si applica alle *Sistemically Important Financial Institutions* ("SIFIs"). V. A. ROSELLI, *Esiste il bail-in negli Stati Uniti?*, in *www.apertacontrada.it*, 2 marzo 2016; ID., *Bail in*, cit., nt. 1. Ulteriori riferimenti in D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 3 del dattiloscritto.

(149) V. la dottrina cit. *supra*, nt. 94.

(150) P. CIOCCA, *op. cit.*, nt. 11.

(151) Nella versione finale della BRRD, a differenza della proposta iniziale, l'ambito di applicazione della disciplina non viene più condizionato al requisito della rilevanza sistemica dell'ente creditizio da misurarsi sulla base di *hard triggers* individuati attraverso indicatori quantitativi predefiniti, essendosi ritenuto che, avendo, «in potenza, tutti gli enti [...] natura sistemica, per preservare la stabilità finanziaria [sia] essenziale che le autorità siano in grado di procedere alla risoluzione riguardo a qualsiasi ente» (Considerando 29).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

suscitato notevoli perplessità in ragione delle eccessive rigidità di una procedura della cui reale utilità sembrerebbe doversi dubitare allorquando si tratti di «affrontare la fisiologica rimozione dal mercato delle banche inefficienti, che per dimensione non minacci l'intero sistema» (152).

Si è allora forse colto nel vero quando si è detto che il *bail-in* serve in realtà a scaricare *ex abrupto* sul risparmio gli errori compiuti in passato nel governo dell'economia (153). Trattasi di una tesi assai forte, ma che riscuote autorevoli adesioni, scorgendo nell'esigenza di una via d'uscita dal circolo vizioso creatosi tra debiti bancari e sovrani la fondamentale *ratio* della BRRD, cosa che peraltro ne spiegherebbe la portata retroattiva (154). Il tutto coperto dall'argomento dell'inaccettabilità per il futuro di meccanismi di socializzazione delle perdite (e di correlato incentivo agli azzardi morali) che chiamino i contribuenti a farsi carico dei costi delle crisi (155). Argomento valido in astratto (156), ma forse fallace in concreto, atteso che lo *status* "coatto" di contribuente e quello di risparmiatore, che invece origina da una volontaria scelta d'affidamento di parte della propria ricchezza al sistema bancario, spesso coincidono nella stessa persona, sicché «proteggere il primo a scapito del secondo [potrebbe risultare] privo di senso», in quanto «[a]l risparmiatore/contribuente può apparire preferibile pagare maggiori imposte piuttosto che perdere i danari investiti in banche dissestate» (157).

In ogni caso, e per ricollegare queste considerazioni al tema principale dello scritto, in un contesto in cui le banche, strette in una morsa di bassi

---

(152) *In terminis*, G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 9. In merito all'opportunità di applicare le regole sulla risoluzione a fattispecie di crisi "idiosincratiche", riguardanti specifici istituti di credito che non presentino una reale minaccia per la stabilità nel suo complesso, cfr. pure le perplessità di A. ROSELLI, *Bail in*, cit.; nonché il giudizio assai severo di P. SAVONA, *Ancora si sentono fandonie sull'utilità del bail-in*, in *Milano Finanza*, 23 febbraio 2016, p. 2, secondo il quale il meccanismo del *bail-in* sarebbe ben lontano dal rappresentare una misura pareto-efficiente rispetto al sistema della garanzia pubblica, dal momento che «la collettività [finirebbe per] paga[re] un onere maggiore di quello che avrebbe sopportato se lo Stato fosse stato chiamato a intervenire pro-quota». *Contra*, G. PRESTI, *Il* bail-in, cit., p. 361.

(153) Così P. SAVONA, *op. loc. cit.*

(154) Cfr. V. SANTORO, *Crisi bancarie*, cit., p. 218 s.; A. ROSELLI, *Bail in*, cit.; D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 22 del dattiloscritto.

(155) Cfr., per tutti, A. DE ALDISIO, *op. cit.*, p. 412 s.

(156) V. C. GOODHART-E. AVGOULEAS, *op. cit.*, p. 15.

(157) P. CIOCCA, *op. cit.*; cui *adde* A. ROSELLI, *Bail in*, cit., il quale, richiamandosi agli argomenti di A.D. PERSAUD, *Why Bail-In Securities Are Fool's Gold*, in *Peterson Institute for International Economics*, PB 14-23, November 2014, osserva che «[n]ella crisi idiosincratica il costo per [il contribuente] potrebbe essere sopravvalutato, in quella sistemica ineliminabile».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ricavi e alti costi (regolatori e di *funding*), fanno fatica a stare al passo dei rigorosi requisiti prudenziali, il rischio sempre più concreto è quello di una rarefazione del credito all'economia, un rischio che gli interventi di riforma praticati sul settore delle banche cooperative, a parer nostro (e non solo), aggravano notevolmente. Ciò crediamo rappresenti un ulteriore errore nel processo di governo dell'economia, atteso che, come visto, il problema di fondo non è rappresentato dalla morfologia in sé del nostro sistema bancario, nella quale può ancora oggi scorgersi «un buon compromesso fra la tradizione imperniata sulla legge del 1936 e le tendenze internazionali di matrice [...] anglosassone» (158), ma dall'applicazione - la si ritenga, in senso lato, politicamente "strumentalizzata" o meno - di paradigmi quantomeno discutibili.

Nonostante l'ansia regolatoria appaia allo stato attuale tutta alimentata dall'opposta convinzione (159), se c'è una cosa che la crisi ha dimostrato è che la stabilità bancaria non dipende solo dall'astratta capacità di capitalizzazione di un modello rispetto ad un altro e dalla capacità - intimamente connessa alla prima - dello stesso di produrre il maggior ritorno possibile per gli azionisti; cruciale rilievo assumono anche altri fattori, quali la maggiore stabilità della raccolta e la minore volatilità degli utili, la diversificazione e il frazionamento degli impieghi, una ridotta prociclicità dell'offerta di credito, *etc.* (160). E se, per quanto detto, è per lo meno dubbio che la stabilità dei sistemi finanziari possa essere preservata senza un'adeguata tutela degli investitori, proprio nella tendenza verso il monomorfismo istituzionale è senz'altro possibile rinvenire una spiegazione - ancorché parziale - di alcuni dei principali

---

(158) P. CIOCCA, *op. cit.*

(159) Il discorso vale non solo per la disposta demutualizzazione delle Popolari, ma anche per per la riforma delle BCC (v. *supra*, nt. 115), anch'essa interpretata come un altro «caso esemplare di messa in sicurezza rispetto al rischio di *bail-in*» (L. ERZEGOVESI, *op. cit.*, p. 10).

(160) Per alcuni riferimenti alla copiosa letteratura che, in quegli stessi elementi in passato percepiti come gravi fattori di debolezza, ha ritenuto possibile riscoprire degli specifici punti di forza della banca in forma cooperativa, v. G. ROMANO, *La riforma delle Banche popolari*, cit., p. 31, nt. 17; nonché, in prospettiva ancora più ampia, il recente volume di O. BUTZBACH-K. VON METTENHEIM, *Alternative Banking and Financial Crisis*, London-New York, 2016, *passim*. Cfr. poi lo stesso Rapporto Liikanen, ove (a p. 58) si sottolinea come non vi sia prova certa che alla base della minore redditività media di questa categoria di intermediari vi siano inefficienze operative, ben essendo possibile per contro sostenere che il più basso livello di profitti esibito, oltre ad essere compensato dalla maggiore stabilità derivante da un loro tipico «more risk-averse approach to banking in general», sia conseguenza della semplice, ma decisiva, «unwillingness to enanche current profits by giving up customer value».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

problemi che la crisi ha definitivamente messo a nudo come "non risolti" (161).

8. *Guardando al futuro, cercando di non dimenticare il passato.*

Di riforma delle Banche popolari si discuteva ormai da parecchio tempo. Le prime avvisaglie di quello che sarebbe stato il successivo contrasto di idee in merito alla compatibilità/incompatibilità della forma cooperativa di queste banche con un sistema del credito da orientarsi verso la libera - nel senso di non istituzionalmente costretta - ricerca di una maggiore "efficienza sistemica" si sono manifestate (almeno) a partire dalla fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80, sotto la spinta delle prime direttive comunitarie in materia bancaria.

Indicative, in merito ai "valori" cui orientare il riformando ordinamento del credito e al ruolo da riconoscere alle "diversità" bancarie, le opposte prese di posizione della nostra dottrina. Da un lato, si sosteneva, con grande convinzione, che «l'istanza riformatrice [...], ove estesa alle banche popolari, non [potesse] non tener conto [...] che [...] volerle ricondurre in stretti schemi operativi, rivolti prevalentemente in ambito cooperativistico, [avrebbe] rischia[to] di conseguire, a livello di sviluppo economico generale, effetti negativi» (162). Dall'altro, con grande equilibrio - e anche con grande lungimiranza, tenuto conto di quanto si sarebbe verificato nei decenni a venire - , si replicava che «[c]on ogni probabilità [era] l'ottica stessa in cui muov[eva]no le proposte di revisione nel senso della "uniformizzazione" [...] ad essere errata. Tali proposte, a ben vedere, ruotano pressoché esclusivamente intorno al *nodo* (o "mito") dell'*efficienza*, dell'efficienza aziendale e, poi, del sistema: intendendosi in effetti per efficienza non già l'idoneità a raggiungere i propri obiettivi e neppure la *economicità* ([quale] connotato [...] imprescindibile, per la esistenza stessa dell'impresa), bensì la massima possibile "accumulazione", a livello di singola unità operativa, e poi, di sistema. Questa efficienza - è il postulato esplicito o sottinteso - [...] richiede *necessariamente* l'eliminazione di vincoli derivanti dalla configurazione dei soggetti e "cristallizzati" nelle discipline di subsettore» (163).

---

(161) V. P. Mottura-U. Filotto, *op. cit.*, *passim*; M. Di Antonio, *Quali banche dopo la crisi? Dal "modello unico" alla pluralità di business e di regole*, in *Bancaria*, 2012, n. 1, p. 30 ss.

(162) F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 213 ss., spec. p. 230.

(163) A. Nigro, *Pluralismo istituzionale e pluralismo funzionale delle imprese bancarie*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In effetti, già negli anni '70, l'assetto istituzionale dei sistemi finanziari e bancari stava subendo una profonda trasformazione «a causa della combinazione e dell'interazione sinergica di cambiamenti convergenti che trovavano origine nella politica, nell'economia, nella finanza, nel pensiero economico e nel progresso tecnologico»; «[i]n questo contesto economico-finanziario e in questo clima politico e ideologico [...] era necessario attuare una deregolamentazione che consentisse la formazione di banche più grandi, più diversificate e, soprattutto, più integrate e simbiotiche con i mercati mobiliari. I regolatori dell'attività bancaria condivisero questa diffusa necessità di cambiamento, corrisposero alle istanze di liberalizzazione e ridisegnarono i modelli regolamentari da un lato abbattendo le barriere strutturali che costringevano e condizionavano le strategie imprenditoriali delle banche e dall'altro introducendo il modello della regolamentazione prudenziale dell'attività bancaria fondato sull'adeguatezza del patrimonio rispetto ai rischi intrinseci dell'attività stessa» (164).

Il dibattito, naturalmente, era destinato a rinvigorirsi al momento dell'emanazione del TUB (165), ma, alla fine, le tesi degli "abolizionisti" risultarono soccombenti di fronte alla presa d'atto che il mantenimento dell'assetto cooperativo delle Popolari avrebbe potuto ancora giustificarsi in ragione di una una loro «economicità di gestione, una loro funzione economica brillantemente assolta [nel corso degli] anni, elementi che ne giustifica[rono] la salvaguardia dall'espansione concettuale della banca s.p.a.» (166). Queste osservazioni trovarono, di lì a poco, ulteriore conferma in uno studio economico della Banca d'Italia che aveva permesso di

---

nelle prospettive di riforma, in C.M. Mazzoni-A. Nigro (a cura di), *Credito e moneta*, Milano, 1982, p. 187 ss.

(164) P. MOTTURA, *B anche cooperative e crisi finanziaria*, cit., p. 3.

(165) V. quanto da ultimo ricordato da M. PORZIO, *R elazione di sintesi* , cit.

(166) F. MAIMERI, *Le banche cooperative*, cit., p. 155; ma v. anche A. RANIERI, *Intervento*, in P. Pecorari (a cura di), *Le banche popolari nella storia d'Italia*, Venezia, 1999, p. 227 ss.: «nel '93 [...] si discuteva se fosse il caso di mantenere in vita la formula di banca popolare [...] o se, viceversa, tutte le banche dovessero essere società per azioni. [...] Partendo da[l] [superamento delle specializzazioni imposte dalla legge del '36], gli abolizionisti ritenevano che tutte le componenti del sistema si dovessero appiattire nella formula unica della società per azioni. E il progetto legislativo in discussione era formulato secondo questa tendenza. Non fu difficile convincere il legislatore [...] che comunque la formula aveva funzionato bene; che la formula - seppure con qualche differenza - è presente in altri Paesi europei [...] ed extraeuropei; che [...] solo le popolari hanno assicurato, e assicurano, la presenza di banche assolutamente private, ad azionariato veramente diffuso, libere da condizionamenti di interessi particolari; le uniche che possano sottrarsi a scalate da parte dei soli noti grandi gruppi [...]. Il legislatore ha raccolto il senso di tutto ciò e il Testo Unico del '93 ha riconosciuto e confermato la identità istituzionale della formula».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

osservare: *i*) una maggiore specializzazione di queste banche nei confronti delle società non finanziarie e la minore incidenza dei prestiti erogati a imprese pubbliche; *ii*) una maggiore specializzazione nei prestiti alle famiglie; *iii*) una consistenza media del credito erogato inferiore a quello della restante parte del sistema creditizio; *iv*) lo scarso livello delle risorse che (anche) le (maggiori) Popolari destinavano al finanziamento dell'attività di borsa, in considerazione del proprio impegno nel finanziamento dell'attività produttiva; *v*) la maggiore redditività e patrimonializzazione e la minore rischiosità delle Popolari rispetto alle altre banche; *vi*) la non incidenza, nel complesso, della sottrazione al rischio di scalate e concentrazioni "ostili" derivante dalla loro peculiare forma giuridica sull'attenzione dei gestori verso i profili di efficienza tecnica (167). La peculiare conformazione societaria delle Popolari, per giunta, era sempre valsa a conferir loro la capacità - per lungo tempo apprezzata dalla stessa Vigilanza - di garantire gestioni bancarie più stabili (168), per essere le valutazioni della proprietà e del *management* più saldamente ancorate ai valori economici fondamentali ed alle prospettive di più lungo termine in cui tipicamente si pone quel capitale di "risparmio" - piuttosto che di "speculazione" - cui esse tradizionalmente si rivolgono (169).

---

(167) Cfr. R. De Bonis-B. Manzone-S. Trento, *La proprietà cooperativa: teoria, storia e il caso delle banche popolari*, in *Temi di discussione del Servizio studi della Banca d'Italia*, n. 238, 1994.

(168) Cfr., ad es., le osservazioni dell'allora Direttore centrale per la Vigilanza presso la Banca d'Italia V. Desario, *La valutazione delle aziende di credito: il caso delle Banche Popolari*, in *La valutazione delle aziende di credito*, Atti dell'Incontro di studio di Catania del 5 aprile 1986, pubblicati in un numero speciale del *Boll. Ass. Tecn. Banc. Pop. It.*, 1986, p. 58 ss.: «L'azionariato diffuso - quando risultano preservate le condizioni per un'effettiva partecipazione alla vita sociale - è sicuro presupposto di autonomia decisionale e operativa e valida garanzia perché le finalità d'impresa in senso stretto vengano perseguite [...] e assicura al management la possibilità di attuare strategie di sviluppo che prontamente possono adeguarsi alle trasformazioni del mercato. [...] [L]'assenza strutturale e non modificabile di una proprietà concentrata e la permanenza del connesso limite individuale ai possessi azionari, riducono, almeno tendenzialmente, la valutazione dell'impresa bancaria cooperativa al nucleo essenziale dei fattori patrimoniali e reddituali, attuali e prospettici».

(169) Cfr. L. Salerno, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 363; nonché P. Marano, *Banche popolari*, cit., p. 586 s., che nella conservazione delle Popolari scorse la «volontà di dare vita a (*recte*: incentivare la formazione) di banche, anch'esse "private" quanto ai soggetti proprietari, [ma] in cui le scelte siano determinate dal piccolo risparmio e cioè da soci la cui volontà [...] è valutata [...] senza riferimento alla misura della partecipazione al capitale; specie ove si consideri che la "privatizzazione" delle banche-spa ha dato vita - forse inevitabilmente - alla formazione di assetti proprietari in cui il controllo [...] è riconducibile a quote minoritarie, espressioni del grande capitale, e nelle quali un ruolo sempre più importante è svolto dal capitale "estero"». Richiama questo concetto, da ultimo,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In un primo momento, l'ultima grave crisi finanziaria sembrava aver «riporta[to] a livello di consapevolezza e richiama[to] da una condizione di oblio concetti e valori che appartenevano già alla conoscenza [ma che] erano stati dimenticati [...] per il fatto di non essere allineat[i] con lo sviluppo travolgente della finanza di mercato, di caratterizzarsi con forme istituzionali e modelli di governance "arcaici"», laddove, invece, «[o]gni società civile [dovrebbe essere lasciata libera di] produ[rre] spontaneamente le soluzioni che servono, o meglio le servono per il suo progresso» (170). Inoltre, le evidenze empiriche avevano permesso, una volta di più, di apprezzare la fedeltà delle Popolari alla propria *mission* economica e istituzionale, sì da assicurarne ancora l'inquadramento nel campo del "credito minore" alla stregua di banche svolgenti un'efficiente funzione di "complemento" del mercato del credito e di "integrazione" finanziaria a sostegno della piccola e media impresa (171).

Su questo scenario di fondo viene a stagliarsi con violenza l'ultima legge di riforma, la quale, come si vede, vale a riaprire improvvisamente il dibattito sulla direzione che la regolamentazione è in grado di imprimere allo sviluppo dell'ordinamento del credito e alla sua stessa architettura istituzionale. Leggendo gli argomenti dei sostenitori della riforma, si ha spesso la sensazione (172), a dispetto di quanto la crisi ha insegnato (173), di trovarsi di fronte ad un riflusso di certe concezioni radicali di mercato

---

G.L. CARRIERO, *op. cit.*, facendo riferimento ad un «organismo che, in quanto caratterizzato da regole di "democrazia azionaria" e di solidarismo sociale, sia idone[o] a consentire l'accesso del risparmio popolare al diretto investimento azionario a fini di partecipazione effettiva all'impresa (art. 47, co. 2, Cost.)».

(170) P. MOTTURA, *B anche cooperative e crisi finanziaria*, cit., p. 2.

(171) Cfr., *praecipue*, J. MATTEI-F. MIGLIETTA-S. SYLOS LABINI, *An Analysis of the Behavior of Cooperative and Joint Stock Banks in Italy*, in 71 *Int'l Res. J. of Fin. and Econ.* (2011), p. 175 ss.; G. MICHETTI, *Banche popolari e sostegno ai territori: un'analisi negli anni della crisi*, in *Cred. pop.*, 2013, p. 83 ss.; e, in seno allo stesso FMI, N. JASSAUD, *Reforming the Corporate Governance of Italian Banks*, IMF WP/14/181, September 2014, p. 19: «Due to their legal status and geographical remit, cooperatives tend to have no exposure to global financial markets and the international economy and focus mainly on servicing local borrowers. Italian [Banche popolari] lend up to two-thirds of their funds to [SMEs] and have been the main provider of credit to those firms since 2008».

(172) Condivisa anche da M. BROGI, *op. cit.*, p. 40; R. COSTI, *op. cit.*, p. 582; e G. FABI, *Popolari, un modello da difendere*, in F. DEBENEDETTI-G. FABI, *Popolari addio? Il futuro dopo l'abolizione del voto capitario*, Milano, 2015, p. 100 ss. Per riflessioni di più ampio respiro sulle motivazioni ideologiche messe in campo nel dibattito sui contenuti della riforma, cfr. anche S. DI NOLA-M. VATIERO, *Origine politica ed "evoluzionismo" negli assetti di governo delle imprese*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, p. 107 ss.

(173) Cfr., *ex plurimis*, il notevole lavoro di L.A. STOUT, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations and the Public*, Oakland, CA, 2012, *passim*; nonché, con specifico riguardo alle banche, G(IO.) FERRI, *Dalla finanza degli*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

postulanti l'indiscussa superiorità del modello a proprietà azionaria - specie in virtù del vaglio cui l'efficienza della relativa gestione sarebbe sottoposta ad opera del mercato stesso - rispetto a quello cooperativo (174). Eppure, ciò che più colpisce è proprio il contesto generale in cui il legislatore italiano ha deciso di compiere questa drastica scelta. A più riprese si è sentito dire che la riforma si è fatta perché "lo chiedeva l'Europa" (175). Tuttavia, se di un'Europa davvero "*overbanked*" volesse parlarsi, la percepita saturazione non potrebbe che concernere quel «pervasivo [...] modello di *business* d[ella] banca universale» in cui a dominare è la componente «dell'intermediazione in valori mobiliari, il *trading* su derivati e il finanziamento ai governi ed enti pubblici», atteso che «solo il 31% del bilancio aggregato delle banche della zona Euro è fatto di prestiti all'economia reale» (176). Non è allora forse un caso che si stia tentando di correre ai ripari, indicando tra le priorità anche quella di un possibile recupero dello specifico ruolo della cooperazione di credito (177).

Quest'ultimo ci sembrerebbe un approccio più equlibrato e corretto. Se limitare le operazioni consentite alle sole attività di banca commerciale potrebbe, in realtà, non rappresentare in sé la soluzione ai grandi mali dei sistemi bancari contemporanei (178), altrettanto certo è che ciò neppure

---

shareholders a quella degli stakeholders: l'impatto della crisi, in A. Quadrio Curzio (a cura di), *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, Milano, 2009, p. 115 ss.

(174) Cfr. N. JASSAUD, *op. cit.*, p. 29, ove il "suggerimento" a favore della trasformazione delle maggiori Popolari in s.p.a. veniva motivato in ragione dell' asserita capacità del cambiamento di «improve governance and [...] create incentives for new shareholders to inject fresh capital, rationalize costs, and provide opportunities for mergers»; ma v. pure G. VEGAS, *Audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge C.2844, di conversione in legge del decreto-legge n. 3 del 2015, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*, 11 febbraio 2015, p. 2, ove si è espressa la convinzione che «il passaggio al modello di società per azioni renderà senz'altro più agevole e meno onerosa la contendibilità del controllo; ciò, a sua volta, finirà per condizionare positivamente l'efficienza e la redditività del comparto, accrescendone, in ultima analisi, l'attrattività nei confronti degli investitori».

(175) Radicalmente critico, rispetto all'impiego di questo *slogan*, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 3.

(176) Così E. SPINA-I.G. BIKOULA, *op. cit.*, p. 120, riportando i dati indicati nel *Report* del Comitato scientifico dell'ESRB, *Is Europe Overbanked?*, no. 4, June 2014, p. 10, ove pure si rileva che: *i*) «[t]he European banking system has reached a size where its marginal contribution to real economic growth is likely to be nil or negative» (p. 42); *ii*) «[g]rowth has been concentrated in the largest banks, which have also become more leveraged» (p. 2); *iii*) «these developments might impair growth in the real economy» (p. 10); *iv*) «larger banking systems also tend to be populated by riskier banks, both in terms of their individual probability of default and their exposure and contribution to systemic risk» (p. 17).

(177) V. *supra*, nt. 112-113 e testo corrispondente.

(178) Cfr. M. TONVERONACHI, *op. cit.*, p. 411; M. ONADO, *Le tre sfide delle banche*, 1 giugno 2016, in *www.ilsole24ore.com*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

possa essere conseguito tramite la *reductio ad unum* del pluralismo istituzionale e operativo (179). Come è stato ancora di recente osservato, «[u]no dei limiti più seri dell'intera costruzione regolamentare è quello di essere un esercizio prudenziale statico, non interessato alla principale funzione di interesse generale che dovrebbe essere svolta dalle banche, che è quella di finanziare un'economia in crescita» (180). La vera sfida, sarebbe, allora, quella di studiare e regolare in maniera proporzionale e specifica i problemi generati da ogni categoria tipologica astrattamente disponibile per l'esercizio dell'attività bancaria (181), cercando di non dimenticare che i processi di demutualizzazione avviati in nome di un qualche interesse "superiore" non rappresentano certo una novità e che essi, in passato, non hanno mai pienamente garantito i risultati sperati (182).

È quantomeno imprudente, crediamo, decidere i cambiamenti, specie se così radicali, semplicemente bollando alcune specificità del sistema come zavorre di cui occorre al più presto liberarsi, specie laddove a ciò si addivenga - come sembrerebbe dedursi dai più recenti sviluppi della

---

(179) V. la dottrina cit. *supra*, nt. 161.

(180) M. TONVERONACHI, *op. cit.*, p. 411.

(181) Trattasi, in verità, di un obiettivo minimo, essenziale, che ci pare però imprescindibile ove si voglia coniugare in maniera ragionevole l'impellente bisogno di regole uniformi per i mercati europei, di modo da impedire il riprodursi di quegli arbitraggi regolamentari alla base dei vari episodi di crisi, con l'altrettanto importante - ed anzi insopprimibile - esigenza di non sacrificare eccessivamente la libertà di iniziativa economica dei privati. Si tratta, in altre parole, di ricercare soluzioni capaci di evitare che l'uniformazione sfoci in vera e propria "omologazione", col rischio di sacrificare oltremodo tutte quelle realtà non capaci di organizzarsi secondo modelli operativi che siano in grado di sostenere i costi delle nuove regole. Sul principio di proporzionalità, anche quale espressione giuridica di un essenziale criterio di ragione, v., in generale, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, *passim*; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, reperibile nel sito *www.cortecostituzionale.it*; nonché, nello specifico contesto della regolazione bancaria, A. ANTONUCCI, *Despecializzazione e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, IV, p. 236 ss.; A. DE SERRES-M. JAEGER-JN. ORY, *Have cooperative banks lost their soul? The "me-too" effect of regulation*, Working paper, disponibile sul sito *www.euricse.eu*. In chiave di pura analisi economica v. poi M. COMANA, *La convergenza del sistema bancario italiano verso i modelli europei: opportunità di evoluzione o minaccia di omologazione?*, in *Il Risparmio*, 2015, n. 2, p. 19 ss.

(182) Cfr., *praecipue*, lo studio di P. BATTILANI-H.G. SCHRÖTER, *Demutualization and its Problems*, *Quaderni DSE Working Paper No. 762*, Università di Bologna, reperibile in *www.ssrn.com*; nonché, per ciò che riguarda note vicende storicamente ricollegabili alla (più o meno indotta) demutualizzazione di intermediari bancari in forma cooperativa, le riflessioni di P. MOTTURA, *Lo strano caso di Northern Rock*, in *Banca Impresa Società*, 2010, p. 19 ss.; e JL. BANCEL, *La "demutualizzazione" delle banche cooperative*, in *Popolis*, 2015, n. 4, p. 14 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

regolamentazione bancaria - riponendo fiducia assoluta nel libero esplicarsi delle forze di mercato. Ciò non solo in quanto le nuove soluzioni che si immaginano «non hanno passato test di laboratorio *in vitro*, [ma] sono sperimentati *in vivo* e possono avere effetti collaterali anche gravi» (183) - il che allora suggerirebbe un approccio regolatorio ispirato ad una più equilibrata logica di complementarietà, anziché di totale sostituibilità tra banche (che fanno le banche) e (banche che si orientano verso i) mercati (184) -; ma anche perché l'eterogeneità morfologica nei sistemi bancari sembra un fattore necessario non solo per assicurare il soddisfacimento di bisogni plurimi e differenziati, ma, alla fine dei conti, anche una maggiore stabilità dei sistemi medesimi (185).

ABSTRACT: *The law decree no. 3/2015 implemented a drastic reform of Italian* Banche popolari *("*Popolari*"), forcing the largest of them to convert from co-operative societes into joint-stock companies. An evolutionary path that, in the light of the chosen criterion (a given asset treshold as the trigger for such mandatory conversion), in the mid to long term will likely involve the smaller entities as well. Such a massive reorganization of the Italian banking system has been essentially motivated by the need to make the organizational structure of Popolari coherent with their business model, considered being in no respect different from that of any profit-maximization entity, and to take action to strengthen a sector - the cooperative one indeed - reckoned poorly equipped to adequately cope with the recent European Banking Union legislation. However, both these arguments are controversial, making the convenience of the reform far from obvious.*

(183) L. ERZEGOVESI, *op. cit.*, p. 2.

(184) Cfr. G(IO.) FERRI, *La banca senza qualità*, cit.

(185) P. MOTTURA-U. FILOTTO, *op. cit.*, *passim*; R. AYADI *et alt.*, *Investigating Diversity in the Banking Sector in Europe. Key Developments, Performance and Role of Cooperative Banks*, CEPS, Brussels, 2010; H. HESSE-M. EIHÁK, *Cooperative Banks and Financial Stability*, IMF WP/07/02, January 2007.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIUSEPPE FAUCEGLIA (*)
Ordinario di diritto commerciale nell'Università degli Studi di Salerno

RIFLESSIONI SUL SECONDO COMMA DELL'ART. 64 LEGGE FALLIM.

Abstract: Il saggio analizza le novità conseguenti all'introduzione del comma 2 dell'art. 64 legge fallim., delineando le differenze, anche con riferimento al perimetro applicativo, con l'art. 2929-*bis* c.c., sempre introdotto dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. Si evidenziano inoltre, le condizioni e le incongruenze sostanziali e processuali del principio dell'immediata acquisizione al patrimonio del fallito dei beni "oggetto" degli atti a titolo gratuito.

SOMMARIO: 1. L'art. 64, comma 2, legge fallim. e l'art. 2929-*bis* c.c.: due norme a confronto. - 2. Le modalità di apprensione dei beni nell'attivo fallimentare. - 3. Il *vulnus* dei diritti dei soggetti coinvolti nella vicenda.

1. *L'art. 64, comma 2, legge fallim. e l'art. 2929-*bis *c.c.: due norme a confronto.*

La tesi secondo il comma 2, art. 64 legge fallim. si limita ad introdurre una disciplina analoga e speculare rispetto a quella prevista (nello stesso contesto del D.L. n. 83/2015, come convertito in L. 21 agosto 2015, n. 13)dall'art. 2929-*bis* cod. civ., risulta essere stata esposta già in sede di conversione del decreto legge: nella Relazione, infatti, si evidenzia che lo strumento processuale semplificato apprestato dalla disciplina civilistica avrebbe potuto trovare applicazione anche nel fallimento, sostituendo al pignoramento la sentenza dichiarativa di fallimento (1). Non a caso, già nei primi commenti è stato evidenziato che l'art. 64, comma 2, legge fallim. ha

(*) Il presente contributo riproduce il contenuto, completato da note bibliografiche, della relazione al Convegno, organizzato dal "Libero Osservatorio del Diritto", tenuto il 15 aprile 2016 presso l'Aula Magna dell'Università per Stranieri di Perugia, sul tema "L'art. 2929 bis c.c. e l'art. 64, comma 2°, l. fall.: un rinnovato equilibrio tra la tutela del credito e l'esercizio dell'autonomia privata?".

(1) È ovvio che l'art. 2929-*bis* c.c. è destinato ad operare soltanto nell'ambito della esecuzione forzata individuale, ed in quanto tale non è in grado di incidere sull'assetto derivante dagli artt. 64 e 66 legge fallim.: VIOLANTE, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929 bis c.c. introdotto con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132*, in *Riv. esec. forzata*, 2015, p. 590.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

natura di semplice chiarimento, «essendo pacifico che, siccome il curatore rappresenta la massa dei creditori, può conseguentemente avvalersi di tutte le disposizioni che disciplinano l'esecuzione forzata sui beni del debitore, comprese anche quelle contenute nell'art. 2929 bis c.c.» (2). Ciò nonostante, una prima riflessione si impone in relazione al perimetro applicativo rispettivamente assegnato all'art. 2929-*bis* c.c. e all'art. 64 legge fallim. nuova formulazione, e tanto nella prospettiva di verificare se siano state presupposte le medesime "*categorie negoziali*" di riferimento. Invero, l'art. 2929-*bis* c.c., forse proprio perché dettato in tema di processo esecutivo individuale (*rectius*, procedura espropriativa (3)), fa riferimento nella stessa rubrica ai «*beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*»; mentre l'art. 64 legge fallim., seguendo la tradizione lessicale tipica del concorso, fa riferimento agli «*atti a titolo gratuito*» (comma 1), anche se, nel comma 2, specificamente la novella si riferisce «*ai beni oggetto degli atti di cui al 1° comma*» ovvero, ancora una volta, «*agli atti a titolo gratuito*».

In realtà, la formulazione del comma 2 dell'art. 64 legge fallim. stravolge l'impostazione che la legge fallimentare aveva assegnato all'intera disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori (così viene rubricata la Sezione III), introducendo una formulazione che prescinde dal "*contratto*" o dal "*negozio*" pregiudizievole per riguardare, invece, "*l'oggetto*" delle disposizioni ovvero i "*beni*". Questa opzione lessicale, giustificabile nel contesto della procedura esecutiva individuale, resta meno comprensibile nel contesto della procedura esecutiva collettiva o concorsuale, se non per gli effetti "*acceleratori*" di cui innanzi si dirà, e che sembrano caratterizzare - a detrimento della tutela delle posizioni soggettive dei terzi e dello stesso debitore - il dato rilevante del recente intervento legislativo.

Nella medesima prospettiva di analisi, si pone la comparazione lessicale tra l'art. 2929-*bis* c.c., che fa riferimento ad «*un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione*», e l'art. 64, comma 1, legge fallim. che si riferisce agli "*atti a titolo gratuito*", dovendo, per quest'ultima ipotesi, verificarsi se il perimetro degli atti presupposti nelle due norme sia lo stesso ovvero se, nella disciplina concorsuale, resti confi-

---

(2) LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, 2015, p. 89.

(3) Nell'accezione in cui questa espressione viene utilizzata, anche in ordine alla distinzione tra il profilo attinente alla ritualità degli atti compiuti e quello relativo alla conformità dell'esecuzione forzata con il diritto sostanziale. Senza la pretesa di essere esaurienti: BOVE, *Dell'espropriazione*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, Milano, 2016, *sub art. 2910*, p. 187 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nato ai soli atti a titolo gratuito, essendo evidente che gli atti che configurano un vincolo di indisponibilità con coincidono (necessariamente) con gli atti a titolo gratuito.

Senza la pretesa di essere esaurienti, basta ricordare che nel contesto applicativo dell'art. 64 legge fallim., la fattispecie di atti a titolo gratuito sono individuati: (a) nell'adempimento del debito altrui, per il quale, come è noto, l'assunzione del debito, a mezzo di delegazione, espromissione o accollo, si ritiene conservare carattere neutro rispetto alla distinzione dei negozi secondo il criterio della gratuità o dell'onerosità, dovendo piuttosto accertarsi la natura dell'obbligazione assunta dal terzo, in dipendenza di un rapporto di provvista, dal quale risulti un interesse patrimoniale del soggetto tenuto all'adempimento (4); (b) nella garanzia prestata per debito altrui, rispetto alla quale non solo si sono poste le tradizionali problematiche della contestualità tra la prestazione di garanzia e la erogazione del credito, ma si è affermata la tendenza a qualificare la stessa, in termini di gratuità o di onerosità, in virtù della causa concreta del negozio fonte di garanzia (5); (c) nella compravendita con patto di riservato dominio, trascritto in ragione di un contratto munito di data certa anteriore al fallimento (6). Si tratta, però, nel complesso di fattispecie che, pur in qualche modo, interferendo con il disposto dell'art. 64 legge fallim., si collocano in quella terra di mezzo dell'azione revocatoria fallimentare o dell'azione di simulazione, non incidendo significativamente sull'inefficacia immediata ed *ex lege* dell'atto a titolo gratuito. In effetti, l'inefficacia dell'atto è qui giustificata dalla sua "*gratuità*", che determina un danno per i creditori da considerarsi *in re ipsa* ovvero da una mera presunzione di danno (7), ed ancora da una sanzione a carattere obiettivo che opera in modo automatico (8). Invero, in ragione proprio dell'"inefficacia" prevista dalla legge, si è dubitato della stessa pertinenza dell'art. 64 legge fallim. al sistema revocatorio, se non fosse per il suo presupposto, rilevante *ex se* ed indi-

---

(4) Cass., 29 maggio 2003, n.8690, in *Fallimento*, 2004, p. 270; PATTI, *Sub art. 64*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2006, p. 322.

(5) L'esempio è dato dalla garanzia nell'ambito dei rapporti infragruppo, laddove emerge l'interesse economico di gruppo e il c.d. vantaggio compensativo: Trib. Genova, 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460 con nota di Costantino. Per una ricostruzione del dibattito sul tema: BERTACCHINI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. I casi di inefficacia e di revocabilità previsti dalla legge fallimentare*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, t. 2,Torino, 2016, p. 1397 ss.

(6) Trib. Bologna, 14 dicembre 2007, in *Giuraemilia.*

(7) Come si esprime TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, inquesta *Rivista*, 2010, I, p. 36.

(8) LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, p. 385.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

viduato proprio nella sentenza dichiarativa di fallimento, nonché per l'espressa previsione di inefficacia nei confronti della massa dei creditori (9). In questo contesto, ai fini della inefficacia dell'atto importa solo il dato oggettivo del suo compimento, rapportato al tempo in cui esso risulta essere stato compiuto (due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento), senza alcuna rilevanza di situazioni soggettive ed in particolare della conoscenza o conoscibilità dello stato di insolvenza dell'imprenditore (10).

Si colloca, invece, nella prospettiva propria degli atti a titolo gratuito di cui all'art. 64 legge fallim. quella giurisprudenza che ha ritenuto rientri nella norma la donazione effettuata dai genitori in favore della figlia, con l'unica limitazione rappresentata da un *modus* simbolico consistente nell'onere imposto alla donataria di versare in favore dei donanti, in caso di locazione dei beni a terzi, la differenza tra i canoni e le spese di sostentamento della donataria (11) ovvero l'ipotesi di un onere posto a carico del donatario (12); ed ancora si ritiene assorbito nella declaratoria di inefficacia *ex* art. 64 legge fallim. il trasferimento a titolo gratuito effettuato dal marito alla moglie ed avente ad oggetto l'unico immobile di sua proprietà in occasione della loro separazione personale (13). In questa prospettiva, pare importante rilevare che il dato qualificante resti la estraneità evidente dell'atto all'esercizio dell'impresa (14), e come tale non meritevole di tutela nell'ambito della disciplina dello statuto dell'impresa ovvero non compatibile con lo scopo economico perseguito attraverso l'esercizio dell'attività tipica dell'imprenditore commerciale (15). Sino a giungere alla costruzione che della nozione di "*gratuità*" ha fatto la Corte di Cassazione, secondo cui in tema di dichiarazione di inefficacia degli atti a titolo gratuito *ex* art. 64 legge fallim., la valutazione di gratuità o onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta (16) e non già ai motivi.

---

(9) A. PATTI, *Sub art. 64*, cit., p. 872.

(10) Ciò spiega perché la diversità dei presupposti sostanziali non consente, in assenza dei presupposti di autorizzazione alle rispettive azioni, il mutamento della domanda dell'azione revocatoria in inefficacia dell'atto *ex lege*, principio affermato dalla giurisprudenza: Cass., 7 marzo 2007, n. 5264, in *Fallimento*, 2007, p. 968; Cass., 20 giugno 2000, n. 8375, *ivi*, 2001, p. 654; Cass., 20 marzo 1999, n.2589, *ivi*, 2000, p. 161. Sulla diversità delle azioni, tra le quali non è configurabile litispendenza: Cass., 18 giugno 1980, n. 3854, in questa *Rivista*, 1980, II, p. 345.

(11) Trib. Sulmona, 19 maggio 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 997.

(12) Trib. Vicenza, 1 aprile 2011, in *www.ilcaso.it.*

(13) Cass., 24 giugno 2015, n.13087, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

(14) Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, in *Fallimento*, 1992, p. 922.

(15) JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000, p. 428.

(16) Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Fallimento*, 2010, p. 545, con nota di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Questa linea interpretativa caratterizza l'intera giurisprudenza sul tema, escludendosi che nella nozione rientrino solo gli atti negoziali posti in essere per spirito di liberalità, essendo tale requisito richiesto per la donazione *ex* art. 769 c.c.; mentre non è indispensabile negli altri contratti a titolo gratuito, cioè quelli in cui una sola parte riceve e l'altra sopporta un sacrificio, unica essendo l'attribuzione patrimoniale [17]. Se la conclusione di "sanzionare" atti estranei al normale esercizio dell'impresa resta idonea a giustificare il profilo dell'immediata "apprensione" del curatore dell'"oggetto" dell'atto gratuito, dovrebbe restare estranei al comma 2 dell'art. 64 legge fallim., per essere attratti nella disciplina della revocatoria, quegli atti compiuti in ragione di scelte imprenditoriali, quali la costituzione da parte di una società per azioni di patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-*bis* c.c.).

In sostanza, può ritenersi che nel contesto della disciplina concorsuale, l'ambito di applicazione della norma ha riguardato gli "*atti a titolo gratuito*", con riferimento appunto alla "*fattispecie*"; con ciò implicando, a seguito della riforma del 2015, il necessario scrutinio sul "*se*" il comma 2 dell'art. 64 legge fallim. si riferisca, invece, ai soli effetti del negozio [18], con particolare riferimento "apprensivo" all'oggetto.

2. *Le modalità di apprensione dei beni nell'attivo fallimentare.*

Ad una prima lettura pare che l'area degli "*atti*"ricoperti dal comma 1 dell'art. 64 abbia una maggiore estensione rispetto agli effetti relativi all'"oggetto", come indicato nel comma 2, nel senso che il riferimento da quest'ultimo compiuto agli "*atti del 1° co*" debba essere specificato in ragione dell'espressione "*i beni oggetto*", con riferimento alla *res* che risulta sottratta all'attivo del fallimento ovvero alla necessaria sua materialità, non potendo essere acquisiti nell'attivo - per impossibilità di fatto oltre che giuridica - i finanziamenti a titolo gratuito o infragruppo, e i pagamento dei debiti altrui, ferma restando la possibilità pur sempre riconosciuta di far dichiarare la inefficacia *ex lege* di tali atti (in sostanza per questi ultimi troverebbe applicazione il comma 1 dell'art. 64 legge fallim., ma non

---

PENTA, *La prospettiva della gratuità degli atti ex art. 64 l. fall.*; e in *Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di DI BIASE, *La rilevanza della "causa concreta" nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*; Cass., 28 ottobre 2011, n. 22518, in PAPAGNI, *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, Milano, 2013, pp. 46-47.

(17) Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 829.

(18) OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c.*, Torino, 2015, p. 4 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'effetto immediatamente "apprensivo" del comma 2) (19). Del resto, è la stessa *ratio* della norma a prevederne un "rientro" immediato nell'attivo, non "*mediato*" da alcuna preventiva sentenza di accertamento, laddove dispone che "*i beni*" oggetto degli atti a titolo gratuito «*sono acquisiti mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento*». Resta evidente, pertanto, il riferimento ai beni immobili, ai beni mobili registrati, nonché agli altri "beni" che conoscono un particolare regime pubblicitario (ad esempio le quote di s.r.l.). Questa lettura che presuppone un legame diretto tra il regime pubblicitario e il fenomeno dell'immediata apprensione della *res*, resta confermata da alcune modalità operative che sono state individuate dai tribunali fallimentari (20) per procedere all'apprensione dei beni nella massa attiva, che possono così sintetizzarsi: *a*) in presenza di beni immobili, essi sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa (in tal senso, il curatore procederà alla trascrizione della sentenza dichiarativa redigendo due note: la prima avente ad oggetto la trascrizione della sentenza di fallimento *ex* art. 88, comma 2, legge fallim., con effetti di pubblicità notizia, a favore della massa dei creditori e contro il fallito (con riferimento all'intero compendio immobiliare e a diritti reali di cui il fallito risulta titolare); ed una seconda nota, finalizzata all'acquisizione dei beni nel concorso (ovvero nella espropriazione collettiva già iniziata con la dichiarazione di fallimento (*ex* art. 64, comma 2); *b*) in presenza di beni mobili iscritti nei pubblici registri, la sentenza va notificata ai pubblici registri, allegando l'estratto della sentenza ed indicando chiaramente i criteri identificativi del bene (es. numero della targa) oppure seguendo le regole proprie dell'apprensione dei beni nel processo esecutivo (es. per quanto riguarda le navi, si rinvia alle norme di esecuzione dettate dal codice della navigazione); *c*) mentre per le quote di s.r.l. si fa riferimento alla disciplina del Registro Imprese per la pubblicità e per le azioni ai diversi regimi di circolazione (legittimazione), con riferimento particolare a quello della gestione accentrata degli strumenti finanziari. In sostanza, nel contesto delle regole proprie del processo esecutivo collettivo, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce il *prius* ovvero il presupposto dell'esecuzione concorsuale, che si concretizza nell'immediato effetto apprensivo in assenza di qualsiasi intermediazione giudiziaria, diversamente che nella ipotesi prevista dall'originaria conforma-

---

(19) Cfr. BOGGIALI-RUOTOLO, *Le novità in materia fallimentare introdotte dalla legge di conversione del decreto legge 27 giugno 2015, n. 3*, in *Cons. Naz. Notariato, Notizie*, n. 149 del 7 agosto 2015.

(20) Trib. Siracusa, sez. fallim., 8 marzo 2016, in *www.ilcaso.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione dell'art. 64 legge fallim., che sul piano processuale presupponeva (ed ancora presuppone per gli atti che non consentono l'immediata apprensione dell'"oggetto" del negozio) una sentenza dichiarativa di inefficacia, con conseguente (ora generalizzata anche agli effetti previsti dal comma 2) imprescrittibilità dell'azione, siccome qualificata come di accertamento negativo, contrariamente alla natura costitutiva della sentenza di inefficacia prevista *ex* art. 67 legge fallim., siccome operante un accertamento modificativo *ex post* di una situazione giuridica preesistente.

Resta, in ogni caso, applicabile l'esenzione prevista dall'ultima parte del comma 1 dell'art. 64 legge fallim., «*esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante*», laddove appare più immediato il riferimento normativo alla "*donazione*", confermata - in qualche modo - dall'ulteriore presupposto esentivo della "*proporzione*". Anche in questo caso, più che un mero giudizio di proporzionalità contabile o quantitativo tra l'atto e il patrimonio, si tende a valutare l'intento perseguito dal disponente (21), avuto riguardo ad un criterio di normalità dell'atto rispetto alle abitudini e alla posizione economico-sociale del disponente stesso (anche se l'individuazione di tali atti viene svolta in termini restrittivi, trattandosi di eccezione alle regole generali) (22).

Per quanto il legislatore della novella del 2006 abbia lasciato inalterato il testo dell'art. 64 legge fallim., da ciò ricavandosi ancora persistente la distinzione rispetto all'art. 67 legge fallim. - laddove gli atti, le garanzie e i pagamenti sono assoggettati alla regola della revocatoria, mentre gli atti di cui all'art. 64 sono privi di effetti - è rimasta sino alla novella del 2015 inalterata l'affermazione secondo cui l'azione di inefficacia relativa agli atti

---

(21) Cass., 7 aprile 1972, n. 1045, in *Giur. it*., 1973, I, c. 614; Cass., 10 giugno 1968, n. 1785, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1828. Naturalmente, se la liberalità non risulta proporzionata al patrimonio del donante, la inefficacia colpisce l'atto gratuito nella sua interezza e non nei soli limiti della sproporzione (MAFFEI ALBERTI, *Fallimento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XIII, p. 7).

(22) FIGONE, *Atti di liberalità ed obblighi morali*, in *Fallimento*, 2000, p. 306; Pret. Torino, 28 giugno 1993, in *Dir. fam*., 1994, p. 701, che distingue tra liberalità donative e non donative (arg. *Ex* art. 770 c.c.), e tra queste ricomprende anche quelle eseguite in conformità agli usi. Sul tema: D'ARRIGO, *Atti a titolo gratuito e pagamenti anticipati*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, vol. II, Torino, 2012, p. 98 ss., e per quanto riguarda l'esclusione dall'esenzione della donazione remuneratoria, p. 107 ss. (sul tema: Cass., 3 marzo 2009, n. 622, in *Notariato*, 2009, p. 622, secondo cui essa «consiste nell'attribuzione gratuita compiuta spontaneamente e nella consapevolezza di non dover adempiere alcun obbligo giuridico, morale, sociale per compensare i servizi resi dal donatario»).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gratuiti resta dichiarativa (23), con la conseguenza che (come già detto) l'azione non si prescrive, e dunque non sarebbe soggetta neppure al termine decadenziale di tre anni, che l'art. 69-*bis* legge fallim. riferisce esclusivamente alle revocatorie fallimentari in senso stretto (24).

In una prospettiva di concreta operatività, era stato detto che il curatore può far valere tale inefficacia in due modi: apprendendo direttamente i beni oggetto dell'azione, qualora questi si trovano ancora nelle disponibilità del fallito, con la redazione dell'inventario; oppure, qualora il bene più non si rinvenga nella concreta disponibilità del fallito, proponendo un'azione di cognizione ordinaria finalizzata ad ottenere una sentenza dichiarativa di inefficacia *ex lege* dell'atto (25).

Viene, pertanto, quasi da pensare che i ritardi nella giustizia sono stati semplicemente risolti mediante la prescrizione dell'acquisizione al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento.

3. *Il* vulnus *dei diritti dei soggetti coinvolti nella vicenda.*

Gli effetti della noma restano, però, devastanti dal punto di vista della tutela dei soggetti coinvolti, nonché sulla certezza delle situazioni giuridiche, e ciò in una misura ancora più intensa rispetto a quanto già registrato nel dibattito sull'art. 2929-*bis* c.c. (26). In effetti, mentre l'art. 2929-*bis* ha come riferimento un atto a titolo gratuito successivo al sorgere del credito, nel presupposto che il credito sia oggettivamente preesistente all'atto (con effetti distintivi tra esistenza del credito ed accertamento del credito); l'art. 64 legge fallim. fa riferimento semplicemente ai due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento, invero non al presupposto del credito nella sua configurazione sostanziale ma ad un elemento tipico dell'esecuzione col-

---

(23) Con la conseguenza che la relativa eccezione - anche riconvenzionale svolta dal curatore Cass., 17 maggio 2012, n. 7774, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce "*Fallimento*", n. 372, per paralizzare la pretesa del creditore - è rilevabile d'ufficio e gli interessi e la rivalutazione sono dovuti dal giorno dell'atto dichiarato inefficace. Sull'imprescrittibilità dell'azione, perché di mero accertamento, Cass., 30 settembre 2011, n. 20067, in *Unijuris*.

(24) MONTANARI, *Riduzione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2005, p. 1029, che esprime una opinione più corretta dal punto di vista dell'interpretazione letterale, ma probabilmente meno aggregante sul fronte della certezza delle situazioni giuridiche. Sul tema, anche BERTACCHINI, *op. ult. cit.*, p. 1398, che ritiene più coerente con il sistema, una lettura estensiva dell'espressione "azioni revocatorie", con la conclusione che i suddetti termini trovano applicazione anche alle ipotesi di cui agli artt. 64 e 65 legge fallim.

(25) Sul tema: D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, p. 89 ss.

(26) OBERTO, *op. ult. cit.*, p. 17 ss., specie pp. 26-27.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lettiva concorsuale ovvero la dichiarazione di fallimento. Balza, inoltre, agli occhi l'evidente dilatazione temporale: un anno nell'art. 2929-*bis* c.c. rispetto ai due anni dell'art. 64 legge fallim., la cui disposizione non ha tenuto neppure conto dei dimidiati termini della revocatoria fallimentare (ancora più rilevanti posto che la inefficacia opera anche se il disponente al tempo dell'atto non era neppure imprenditore commerciale, quindi a prescindere da ogni condizione soggettiva del disponente dichiarato successivamente fallito [27]). A tanto si aggiunge la diversità degli strumenti di tutela: nell'art. 2929-*bis*, «*il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni di cui all'art. 615 e 617 cpc*»; nell'art. 64 legge fallim. la reazione di "*ogni interessato*" è affidata al reclamo avverso la trascrizione a norma dell'art. 36 legge fallim., che avviene automaticamente, a prescindere da qualsiasi obbligo informativo (anche contestuale) da parte del curatore. In sostanza, escluso che sussista un obbligo del curatore di rendere informati i soggetti dell'intervenuto adempimento pubblicitario, nella specie, è sufficiente la mera trascrizione per conseguire gli effetti dell'immediata apprensione del bene, e ciò anche nei riguardi del beneficiario della disposizione, oltre che del fallito [28].

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: *a*) il ristrettissimo termine di otto giorni dalla conoscenza dell'atto, che qui si intende riferito, per gli effetti tipici, alla trascrizione nei registri immobiliari, della sentenza dichiarativa di fallimento, termine per altro non soggetto alla sospensione feriale (ai sensi dell'art. 36-*bis* legge fallim.); *b*) la limitazione del mezzo esclusivamente alla "violazione di legge", con tutti i limiti della censura che lo strumento ha conosciuto nella esperienza della prassi fallimentare; *c*) l'assunzione della decisione a mezzo di decreto motivato, con violazione di qualsiasi profilo di necessario approfondimento "cognitorio", che, probabilmente, la questione meriterebbe; *d*) non si comprende come "lo stru-

---

[27] Per l'irrilevanza della stato di insolvenza del debitore al momento in cui l'atto gratuito è stato compiuto: Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 360.

[28] Non possono non richiamarsi le osservazioni su altro tema svolte da GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, I, Torino, 2012, p. 223 ss., secondo cui norme di tal fatta lasciano pur sempre aperto il problema della natura dell'effetto trascrittivo, prima ancora che quello della obbligatorietà della formalità.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento di reazione" previsto dal comma 2 dell'art. 64 legge fallim. possa ritenersi compatibile con il principio secondo il quale il reclamo *ex* art. 36 legge fallim. contro gli atti del curatore non ha natura decisoria, in quanto non risolve una controversia su diritti soggettivi, rientrando invece tra i provvedimenti di controllo sull'esercizio di poteri amministrativi del curatore; *e)* il ricorso per Cassazione, poi, resta limitato nell'ambito dell'art. 111 Cost. ([29]). Si manifesta, in effetti, un vero e proprio squilibrio di interessi (che non poteva riscontrarsi nella previgente disciplina che, comunque, imponeva un giudizio di accertamento) tra i soggetti coinvolti nella vicenda ([30]). Non può ritenersi che una rapida definizione delle procedure concorsuali e l'immediata tutela dei creditori concorsuali, realizzata con l'acquisizione di beni alla massa, possa sopravanzare di tale misura quella, pure in astratto ipotizzabile, della tutela del terzo beneficiario nel contesto di un giusto processo (sia pure da svolgersi nelle forme tipiche della cognizione camerale). Invero, mentre l'art. 2929-*bis* c.c. attua una "tutela anticipata" del creditore, nel senso che solo l'opposizione all'esecuzione potrà essere la sede processuale in cui potrà realizzarsi l'equilibrio degli interessi contrapposti; l'art. 64, comma 2, legge fallim. realizza un tratto di immediata "autotutela" consistente nell'apprensione del bene alla massa (addirittura, configurandolo come "atto amministrativo" che incide su diritti di soggetti diversi dal fallito), limitando i mezzi processuali di reazione e non individuando una sede processuale in cui questi possano idoneamente esplicarsi.

Per quanto riguarda l'applicabilità della norma ai fallimenti dichiarati in data antecedente all'entrata in vigore del comma 2 art. 64 legge fallim., è opportuno rilevare come non possa il tema risolversi alla stregua di quanto già è avvenuto in relazione all'art. 2929-*bis* c.c. ([31]), per il quale la giurisprudenza di merito ha ritenuto l'applicabilità della novella anche gli atti compiuti prima della sua entrata in vigore. In effetti, il tema viene qui risolto dal legislatore, che con l'art. 23, comma 3, del D.L.n. 83/2015, ha ritenuto l'art. 64, comma 2, legge fallim. applicabile ai soli fallimenti dichiarati in data successiva all'entrata in vigore del suddetto decreto.

La formulazione del comma 2, con rinvio agli atti del comma 1, esclude la diretta applicabilità dell'apprensione fallimentare rispetto ai

---

([29]) Cass., 1° giugno 2012, n. 8870, in *Rep. Foro it*., 2012, voce "*Fallimento*", n. 313.

([30]) Sono interessanti, sebbene rese in altro contesto, le osservazioni di BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, p. 50 ss.

([31]) Trib. Ferrara, 10 novembre 2015, in *Cons. Naz. Notariato, Notizie* del 5 febbraio 2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

terzi subcontraenti o subacquirenti (a fronte della cui posizione resterebbe esperibile la sola azione revocatoria), con la conseguenza che l'acquisto del terzo subacquirente a titolo oneroso è fatto salvo se il terzo era in buona fede al momento dell'acquisto, essendo irrilevante la sua eventuale mala fede successiva (32).

Qui, però, si pone un problema tipico degli effetti della trascrizione anche per i terzi in buona fede: l'opinione tradizionale faceva salvi gli effetti della trascrizione dell'atto, compiuta prima della sentenza dichiarativa di fallimento, e l'art. 17 legge fallim. ha spostato tale effetto all'iscrizione della sentenza nel Registro delle imprese; il comma 2 dell'art. 64 legge fallim. menzionando «*la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento*» avvalora la tesi che, in relazione ai principi propri della pubblicità immobiliare, gli effetti della trascrizione dell'atto del terzo sono opponibili alla massa solo se precedenti alla trascrizione della sentenza dichiarativa, primo atto dell'esecuzione concorsuale e del fenomeno dell'apprensione materiale. Resta, però, pur sempre controverso il caso in cui il subacquirente a titolo oneroso abbia acquistato, prima della iscrizione della sentenza nel Registro delle imprese, beni non soggetti a pubblicità, per i quali, però, si possono richiamare le opinioni contrastanti in ordine al se resti sufficiente provare che il subacquirente conosceva che l'atto intercorso tra il fallito e il suo dante causa fosse un atto a titolo gratuito (33), oppure se sia necessaria la prova che egli fosse a conoscenza dello stato di insolvenza del primo (34).

ABSTRACT: *The essay analyzes the recent additions to article 64 of Italian Insolvency Law (R.D. 16 march 1942,n. 267), with a detailed study of the article 2929 bis of Italian Civil Code, introducted by L. 6 august 2015, n. 132, defining the conditions and the incongruity, in the Substantive and Procedural Law, of the principle of the immediate acquisitions of the insolvent for the assets of gratitous acts.*

---

(32) Sul tema: BERTACCHINI, *op. ult. cit.*, p. 1398; v. in tema di azione revocatoria ordinaria: Cass., 23 febbraio 2012, n. 2772, in *Diritto Giustizia online*, 2012, secondo cui il curatore ha l'onere di provare la mala fede del terzo, consistente nella conoscenza della gratuità dell'atto di acquisto da parte del suo dante causa, da ciò facendo derivare la consapevolezza della natura pregiudiziale dello stesso.

(33) FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1979, p. 464.

(34) GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 167.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIUSEPPE FAUCEGLIA
Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Salerno

L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DELL'INDEBITAMENTO BANCARIO TRA SPECIALITÀ NEGOZIALE E REGOLE CONCORSUALI

Abstract: Lo scopo del presente saggio è di esaminare gli accordi di ristrutturazione del debito con le banche e gli intermediari finanziari al fine di dimostrare le differenze tra la disciplina generale degli accordi di ristrutturazione del debito e l'accordo con i creditori. La ricerca riguarda il processo che porta alla conclusione dell'accordo e l'intervento della Corte, con un controllo particolare sui creditori che hanno deciso di non partecipare all'accordo.

SOMMARIO: 1. L'integrazione dell'art. 182-*bis* legge fallim. - 2. La nozione di crisi di impresa con prevalente indebitamento bancario. - 3. Profili negoziali e vincoli procedurali. - 4. La distinzione dei creditori in "categorie". - 5. La partecipazione informata alle trattative. - 6. La sorte delle ipoteche. - 7. Il ruolo del Tribunale.

1. *L'integrazione dell'art. 182-*bis *legge fallim.*

È opinione diffusa che l'art. 182-*septies* legge fallim., introdotto dal D.L. n. 83/2015, convertito in L. 6 agosto 2015, n. 132, integri la generale disciplina che si rinviene nell'art. 182-*bis* legge fallim. e nelle altre norme a quest'ultimo collegate [1]: il comma 1 della norma in commento, nel dettare il presupposto dell'indebitamento e gli effetti dell'accordo, dispone semplicemente che «*la disciplina dell'art. 182 bis … è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto*». In tal modo vengono prospettate molteplici possibilità applicative dell'accordo in oggetto, come sviluppato all'interno di un piano di ristrutturazione che riguardi anche "altri creditori" o come autonomo strumento per risolvere la crisi di

[1] LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, Milano, 2015, p. 67; RANALLI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, in *IlFallimentarista.it*, 23 luglio 2015; 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.; NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182* septies *legge fallim.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, p. 1182 ss.; VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Dir. Banc.*, 2015, p. 72 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prevalente natura bancaria e/o finanziaria, fermi restando «*i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari*» (comma 1, ult. parte). In questa prospettiva, non viene escluso l'utilizzo dell'accordo finanche nel contesto di un piano di concordato preventivo in continuità aziendale, con effetti negoziali esclusivamente riguardanti il ceto bancario. In quest'ultima ipotesi, se mai, il profilo da scrutinare resta quello della compatibilità e/o sovrapposizione della procedura per l'omologazione dell'accordo prevista dall'art. 187-*septies* (specie in relazione ai suoi effetti sui creditori non aderenti) e quella che si conclude nel concordato con il decreto di omologazione di cui all'art. 180 legge fallim., non essendo, però, in discussione che in ragione del contenuto non tipizzato della domanda e del piano concordatario, all'interno di quest'ultimo possa recepirsi un accordo di ristrutturazione concluso con alcuni soltanto dei creditori [2]. In questa prospettiva, l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari risulta specificamente destinato ad agevolare il procedimento di ristrutturazione dei debiti tramite un separato accordo di ristrutturazione raggiunto con banche ed intermediari finanziari. Il presupposto per l'applicazione della normativa speciale è, dunque, individuato dal legislatore nella qualità dell'indebitamento dell'impresa, che deve restare caratterizzato dalla circostanza che almeno la metà delle complessiva debitoria [3] sia rappresentata da crediti vantati da banche o da intermediari finanziari, ivi comprese le società veicolo per la cartolarizzazione dei crediti (il richiamo è qui svolto anche con riferimento ai soggetti disciplinati dagli artt. 106 e 107 del TUB e dall'art. 18 del TUF). Si è detto, pertanto, che la *ratio* della disciplina può rinvenirsi nell'esigenza di superare il dissenso opportunistico di parte dei creditori bancari a fronte di un accordo di ristrutturazione proposto dal debitore. Infatti, come si legge nella Relazione di accompagnamento al Decreto legge, «non sono pochi i casi in cui la maggioranza (spesso la larga maggioranza) delle banche creditrici concorda con le proposte dell'imprenditore, ma alcune di esse, solitamente quelle che vantano crediti di importo minore, si dichiarano contrarie, impedendo così il successo delle operazioni». La conseguenza applicativa, già delineata nei primi commenti sulla norma, risiede nella possibilità di ampliare le possibilità applicative

---

[2] Trib. Roma, 26 maggio 2015, decreto 20/15, inedito.

[3] RANALLI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *Il Fallimentarista*, 23 luglio 2015, denuncia un'evidente imprecisione tecnica della norma, infatti per poter essere qualificato come "prevalente", l'«indebitamento verso intermediari finanziari dovrebbe essere maggiore della metà dell'indebitamento complessivo e non invece - come indicato dalla norma - "non inferiore"».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'accordo di ristrutturazione, facilitandone l'accesso a mezzo di una sistemazione negoziale dell'indebitamento bancario, seguendo la impostazione già sperimentata in altri ordinamenti, come dimostrato dalla recente introduzione nell'ordinamento francese della "*sauvegarde financière accélerée*" (4) e dal ricorso nell'esperienza anglosassone allo "*scheme of arrangement*" (5), utilizzato proprio al fine di prevenire l'insolvenza (6). Pare opportuno, inoltre, considerare come il nuovo strumento resti funzionale al superamento di quelle criticità emerse nella prassi degli accordi di ristrutturazione - nell'ambito dei quali ai creditori non aderenti va assicurato l'integrale pagamento del credito, anche laddove questo risulti contestato nell'*an* e nel *quantum* (7) - esso potendo ovviare alle difficoltà ostative al conseguimento degli effetti propri dell'accordo, in costanza del necessario pagamento integrale di crediti (pure se) contestati.

2. *La nozione di crisi di impresa con prevalente indebitamento bancario.*

L'art. 182-*septies* introduce una nozione di «*crisi di impresa con prevalente indebitamento verso intermediari finanziari*», con conseguente indicazione di uno strumento di superamento della crisi che, innovativamente, viene ritagliato non già sulle caratteristiche dell'impresa debitrice, ma su quelle dei creditori, individuati in un'area ristretta in cui rientrano tutte le fattispecie nelle quali le passività bancarie e finanziarie abbiano carattere

---

(4) CARMELLINO, *Le droit francais des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, p. 1062, n. 40.

(5) IODICE, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, p. 1093 ss.

(6) Dell'utilizzo di questi strumenti ne offre conto anche la Relazione, secondo cui l'art. 187-*septies* si propone di tradurre queste esperienze «adattandole alle esigenze e alle caratteristiche della realtà e dell'ordinamento italiano».

(7) Trib. Vicenza, 17 maggio 2013(decr.), in *www.ilcaso.it*, secondo cui «nell'accordo di ristrutturazione (sia nella fase cautelare che in quella dell'omologazione) non deve essere disposto accantonamento per il credito contestato (che non va conteggiato nelle percentuali di legge), in quanto tale credito, se ed in quanto verrà accertato, dovrà essere pagato al 100% al di fuori dello stesso accordo, il quale non è destinato a perdere efficacia per questo solo motivo». *Contra:* Trib. Salerno, 21 maggio 2014 (decr.), inedito, secondo cui «Nell'accordo di ristrutturazione sussiste l'obbligo del debitore di prevedere l'integrale pagamento anche dei crediti contestati, sia pure oggetto di iniziative giudiziarie o di istanze di mediazione, dovendo questi essere qualificati come crediti non aderenti». La problematica resta diversa dall'altra, che risiede nel valutare se i crediti contestati debbano o meno concorrere a determinare la quota complessiva dei crediti in ordine ai quali calcolare il 60% richiesto quale presupposto della domanda (per l'affermativa: Trib. Bologna, 17 novembre 2011; sul tema: VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 944; FRASCAROLISANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 128).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di sostanziale prevalenza quantitativa rispetto al complessivo indebitamento [8]. In sostanza, il fine del legislatore è quello di favorire il rapido raggiungimento delle ristrutturazioni stragiudiziali che, prevenendo l'apertura di una procedura concorsuale, si fondano su accordi convenzionali tra debitore e finanziatori, operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime di alcuni dei creditori bancari e finanziari, in deroga agli artt. 1372 e 1411 cod. civ. In questa prospettiva, se la norma conserva, così come l'art. 182-*bis* legge fallim., la funzione prevalente di rappresentare uno strumento tipicamente negoziale per la soluzione della crisi, con un intervento giudiziale "marginale", essa, però, finisce per distaccarsi dal precedente normativo, laddove introduce un effetto vincolante per i creditori non aderenti e ridisegna un diverso ruolo del Tribunale, rispetto a quello delineato dall'art. 182-*bis*legge fallim., nel cui contesto il Giudice è chiamato a verificare la sussistenza delle condizioni per assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti in termini sia temporali che di integrità del soddisfo [9]. Si passa, cioè, da un controllo sul contenuto e sugli effetti dell'accordo, in termini di tenuta dello stesso nei confronti dei creditori non aderenti, proprio dell'art. 182-*bis*, ad un controllo legato a profili procedimentali, in termini di correttezza dello svolgimento del processo formativo dell'accordo stesso, che si appunta su caratteristiche riguardanti la "*negoziazione secondo buona fede*", con utilizzo di criteri (significativamente valorizzati) relativi ad obblighi di notiziazione e significazione (specie) nei confronti dei non aderenti, e con un successivo e peculiare richiamo alla "convenienza", espressamente limitata, nell'ipotesi di opposizione, alla posizione di quei creditori estranei all'accordo ma che ne subiscono gli effetti. Vi è, forse, il tentativo, a fronte di un limitato utilizzo dell'art. 182-*bis* e in costanza di una disciplina più favorevole del concordato preventivo - ora però significativamente incisa dal ritorno ad una concezione restrittiva dello strumento [10], finanche precluso nella forma del concordato preventivo liquidatorio nei recenti progetti di riforma [11] - di ampliare la gamma delle

---

[8] LAMANNA, *op.ult.cit.*, p. 68.

[9] Per una ricostruzione del dibattito sviluppatosi in ordine al controllo attribuito al Tribunale negli accordi di ristrutturazione: GIORGI, *Poteri del giudice dell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del credito*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 418 ss.

[10] AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 359 ss.; ma soprattutto i lucidi saggi di BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *Fallimenti&Società.it*; e di FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it.*

[11] LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fallimento*, 2016, p. 389.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

soluzioni negoziali della crisi. Può individuarsi, in tal senso, un'area di strumenti dal contenuto variamente negoziale, che sono contraddistinti ora da una adesione volontaria ad un accordo proposto dal debitore (art. 182-*bis*) nel presupposto adesivo del sessanta per cento dei crediti; ora da una significativa incidenza della regola della maggioranza, indicata nel settantacinque per cento dei crediti bancari, nei confronti dei soggetti non consenzienti (art. 187-*septies*) che restano estranei all'accordo; per finire ad ipotesi che prevedono l'applicazione pura e semplice della regola della maggioranza, a loro volta distinte in ragione del contenuto del piano proposto, con modalità agevolate in termini di percentuale di soddisfo dei creditori, nel concordato preventivo con continuità aziendale, rispetto alle varie tipologie del concordato liquidatorio. Sia pure in differenti prospettive, la regola della "maggioranza" assume una centralità in ordine ai presupposti dello strumento utilizzato, solo che nelle prime due ipotesi essa si consegue in dipendenza di dichiarazioni individuali assunte nell'ambito del procedimento formativo del "contratto", sostanzialmente affidato allo sviluppo delle trattative tra debitore e creditori indifferenziati (art. 182-*bis* legge fallim.) ovvero nel contesto, più vincolante e stringente, di un procedimento formativo, caratterizzato da regole di comportamento particolarmente significative, e come tale sottoposto, nel suo stesso sviluppo fenomenologico, al controllo successivo del tribunale (art. 187-*septies* legge fallim.). Diversamente, per il concordato preventivo, può menzionarsi una "deliberazione" (che si sviluppa in un "locus" ovvero l'adunanza dei creditori e che può attuarsi in un arco temporale ad essa successivo), intesa come dichiarazione di una volontà ulteriore rispetto a quella dei soggetti che hanno concorso a formarla, ovvero come volontà di una collettività certamente "involontaria" e non organizzata, ma almeno contraddistinta da una certa omogeneità di interessi (12). Si tratta di istituti che intendono pur sempre assicurare la salvaguardia dell'impresa come "valore", tutelandone la continuità e che si contrappongono ad altri istituti meramente liquidatori, pure se caratterizzati dal contenuto negoziale, ad oggi fortemente limitati dalle nuove regole in tema di concordato a contenuto liquidatorio. Questi profili consentono di distinguere l'accordo di cui all'art. 187-*septies* dalla c.d. moratoria, pure disciplinata nell'art. 187-*septies*, che pure conosce cadenze procedurali e conseguenze in parte simili all'accordo, posto che la moratoria resta funzionale non già a trovare una soluzione negoziale alla crisi, quanto al

(12) SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata,* Milano, 1984, p. 120 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tempo necessario per assumere quelle necessarie informazioni, che poi condurranno il debitore a proporre ai creditori una compiuta regolazione del debito bancario (13). Del resto, la naturale provvisorietà della moratoria resta confermata anche dallo stesso art. 182-*septies* che esplicitamente utilizza l'espressione "*in via provvisoria*", in tal modo collocando la convenzione di moratoria in un'area anticipatrice della crisi, posto che l'interesse del debitore è quello di evitare che vi siano aggressioni al proprio patrimonio da parte dei creditori finanziari, quando, però, abbia (già) acquisito una certa tranquillità in ordine al fatto che iniziative giudiziarie non provengano da altri creditori (14).

3. *Profili negoziali e vincoli procedurali.*

La norma in commento prevede che il «*debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti*», in tal modo presupponendo che per realizzare gli effetti pretesi venga proposta una domanda al tribunale: non si tratta, pertanto, di un effetto "autoprodotto" dall'accordo, ciò, naturalmente, non influisce sul contenuto degli accordi raggiunti con i creditori aderenti, ma sulle deroghe previste degli artt. 1372 e 1411 c.c. nei confronti di quei creditori bancari non aderenti, che vedono significativamente limitata la rispettiva posizione negoziale. Il profilo lessicale induce a credere che l'autonomia privata non può da sola portare alla deroga di quelle disposizioni, ma che a tanto si pervenga solo ed esclusivamente in ragione di un procedimento, caratterizzato da fasi vincolanti dettate dalla norma, il quale si conclude con un giudizio valutativo, cui solo è attribuito l'effetto della deroga alla disciplina civilistica. In una prospettiva più generale può ritenersi che da sola non resti sufficiente l'autodeterminazione negoziale, la quale per poter realizzare i propri effetti richiede un intervento valutativo dell'autorità giudiziaria, in una funzione che resta collocata a metà tra l'integrazione del contratto e la conformazione realizzativa dell'efficacia dell'accordo. I creditori non aderenti si trovano, come opportunamente è stato evidenziato, ad essere vincolati ad un "patto" cui non hanno prestato adesione, sopportando, in tal modo, una eterodeterminazione della loro volontà contrattuale (nella specie, assolutamente "negativa"), la quale «trova la propria

---

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

(14) FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 1271, il quale esamina gli inconvenienti richiamabili soprattutto nella gestione dei rapporti bancari nel concordato in bianco.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fonte in una negoziazione privata che, per il fatto di essere condivisa dai partecipanti in modo maggioritario si estende, cioè ha effetti, anche nei confronti dei dissenzienti e non aderenti alla negoziazione, vale a dire dei creditori estranei all'accordo» (15). Resta, però, evidente come nella specie, non si tratta di "integrazione del contratto" (con effetti incidenti sul "contratto" in essere con i creditori non aderenti), quanto della rilevanza esterna ovvero della opponibilità dell'accordo di ristrutturazione, che non può in quanto tale essere ricostruito semplicemente come "fatto qualificato", per collegare allo stesso effetti incidenti sui terzi (16); nella specie, invece, è proprio l'"accordo" (quale atto) ad assumere rilievo regolatore di posizioni giuridiche soggettive appartenenti a soggetti che allo stesso non hanno prestato adesione. È opportuno, pertanto, interrogarsi sulla stessa correttezza del richiamo alle predette disposizioni del codice civile, poiché, nella specie, «non si tratta di estendere gli effetti del contratto o di concludere un accordo a favore del creditore non aderente, ma si tratta dell'applicazione del principio della maggioranza, che il legislatore ben può introdurre laddove vi sia un gruppo di soggetti aventi un comune interesse (solitamente nella gestione di un bene comune): in questo caso è del tutto coerente con i principi dell'ordinamento, la previsione che la volontà dei più debba prevalere come volontà della maggioranza (17). L'argomento, però, non può essere considerato pertinente, posto che manca negli "accordi" una "comunità" (in senso stretto) di creditori né sono previste modalità di formazione del consenso attribuibili alla collettività dei creditori (come nel concordato preventivo), né possono individuarsi interessi comuni, posto che la semplice qualità soggettiva dei creditori non può configurare una "comunione di interessi" tale da giustificare il meccanismo di formazione collettiva della volontà, come accade negli organismi a struttura corporativa o associativa. Il fenomeno, in sostanza, almeno nello sviluppo fenomenico della manifestazione delle volontà adesive o di dissenso resta di tipo "contrattuale", senza interferenze con fenomeni tipici delle regole maggioritarie (18), che qui si esplicano solo in relazione

(15) INZITARI, *op. ult. cit.*, pp. 520-521.

(16) La ricostruzione del rapporto tra integrazione del contratto e suoi effetti, nella prospettiva civilistica, si legge in FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2013, p. 8 ss.

(17) VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *www.ilcaso.it*, il quale riprende argomenti già esposti da GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, pp. 203-204.

(18) GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 192 ss., secondo il quale il grado o l'intensità della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

al risultato adesivo fissato dalla norma. La peculiare conformazione che la procedura conosce per conseguire gli effetti sulla posizione di "terzi", consente di superare quella interpretazione secondo la quale, «proprio il richiamo alle norme civilistiche in tema di relatività del contratto, artt. 1372 e 1411 c.c., costituirebbe un forte elemento letterale a sostegno della natura contrattuale degli accordi *ex* art. 187-*septies*, esplicitando l'intento di specificare che con l'estensione degli effetti anche ai creditori dissenzienti, non si è inteso snaturare l'istituto che continua ad essere qualificato come contratto» (19). È indiscutibile che l'accordo raggiunto con i creditori aderenti resti configurato come "contratto" (tanto che lo stesso potrebbe conservare effetti diretti o indiretti anche nell'ipotesi di mancata omologazione), ma, nella specie, si tratta di soppesare se "il contratto" in quanto tale possa conservare effetti nei confronti dei non aderenti, e ciò può avvenire solo se e quando l'accordo verrà omologato dal tribunale, ed in tal senso l'omologazione si colloca in un'"area" completamente diversa da quella negoziale, configurando il presupposto (al più) "di un contratto imposto". In sostanza, il "terzo", definito in termini negativi come soggetto rimasto estraneo al rapporto giuridico, ne subisce gli effetti, ma l'evidente limitazione della libertà negoziale, che resterebbe, se affidata ai soli "contraenti", fortemente intrisa da profili di illegittimità (anche costituzionale), non è collegata al presupposto (l'accordo raggiunto con la maggioranza dei creditori indicata dalla legge) ma all'atto finale del procedimento (al quale il terzo potrebbe non restare estraneo, come si vedrà) consistente nell'omologazione del tribunale. In tal modo, l'equilibrio tra la libertà negoziale e l'imposizione di effetti negoziali a soggetti estranei al contratto è individuata nell'esigenza, conforme all'assetto costituzionale e agli indirizzi provenienti dalla stessa Unione Europea, di prevenire o risolvere la crisi dell'impresa, con conseguente valorizzazione e salvaguardia dell'organizzazione produttiva, "mediata" dall'indicazione di regole di condotta da parte del debitore e dal controllo del rispetto delle predette regole di comportamento ("alla stregua del principio della buona fede") attribuita al tribunale e alla verifica, in caso di opposizione, del contenuto dell'accordo per quanto attiene la sfera degli interessi dei non aderenti (20).

---

comunanza di interessi è rimessa al legislatore, ritenendo che il presupposto della comunanza o convergenza di interessi, in cui più persone versano, possa risultare anche indipendentemente dalla loro volontà.

(19) APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *www.ilcaso.it.*

(20) Proprio questi motivi inducono a non ritenere fondata la giustificazione della disciplina nel mero tentativo di sanzionare comportamenti "opportunistici" dei non ade-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Questa tendenza ad espandere l'area degli accordi finalizzati alla soluzione della crisi ha comportato il travisamento, o meglio, l'osmosi di principi tipicamente negoziali (nel senso dell'adesione del singolo creditore alla proposta del debitore, in una prospettiva caratterizzata dalla dialettica "proposta-accettazione") ad altri di stampo latamente maggioritari, incompatibili con le categorie contrattuali, in tal modo esprimendo l'effetto tipico delle deliberazioni maggioritarie, connaturanti le adunanze dei creditori proprie del concordato preventivo (21). Vi è, però, che la regola maggioritaria vincolante si sviluppa, nel concordato preventivo, in un procedimento caratterizzato dall'incontro tra l'elemento negoziale (che si manifesta nel piano concordatario predisposto dal debitore quale "proposta" ai creditori) e quello processuale ovvero di controllo, dapprima, della fattibilità giuridica in sede di ammissione da parte del Tribunale e, dappoi, di fattibilità economica da parte dei creditori in una prospettiva di selezione delle informazioni - al fine di assicurare un consenso informato da parte del commissario giudiziale - e di controllo riservato al Tribunale in termini di "persistenza della fattibilità" del concordato (art. 173, ult. comma, legge fallim.). Queste regole risultano fortemente ridimensionate nell'art. 187-*septies*, esse iscrivendosi piuttosto nell'ottica degli effetti del contratto nei confronti dei terzi e del superamento delle regole tradizionali della intangibilità della posizione dei non aderenti all'accordo, problematica che, pure nella prospettiva civilistica, ha subito un significativo ridimensionamento (22). In questa

---

renti, che, in quanto tali, non potrebbero subire alcuna incisione diretta posto che il diniego rappresenta pur sempre una manifestazione di libertà negoziale. Per altro, gli effetti si produrranno solo ed esclusivamente con riferimento ai creditori bancari e finanziari, in una prospettiva di "selezione" degli interessi rinveniente nella norma e nella specifica finalità degli accordi, con espressa esclusione dei ceditori che non rivestono tale qualificazione soggettiva. NISIVOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 1184, secondo cui il sacrificio dei diritti dei terzi è giustificato solo se e quanto esso possa condurre al superamento della crisi d'impresa, considerato quale bene preminente e da ottenere a qualunque costo.

(21) DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *Giustiziacivile.com*, 26 giugno 2015, secondo cui la norma porterebbe al compimento il disegno di rendere gli accordi di ristrutturazione, piuttosto che contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati.

(22) Il tema non può essere sviluppato in questa sede, ma si rinvia a M. GIORGIANNI, *La partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio, Parte I, "Principio di relatività e partecipazione del terzo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 1062 ss., anche se la peculiarità dell'art. 182-*septies* legge fallim. esclude la ricorrenza della nozione dei negozi sul patrimonio altrui, così come delineata dalla dottrina civilistica tradizionale (il riferimento è a CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936). In realtà il pericolo è che la norma fallimentare dando diritto di cittadinanza al contratto a "sfavore del terzo", finisca per incidere, sotto il profilo civilistico generale, finanche sulla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prospettiva, sembra rinvenirsi la *ratio* sottesa alla norma: favorire accordi separati con i creditori non bancari, assicurando l'equilibrio delle posizioni nella ricerca dell'interesse tra le parti che resta affidato alla dinamica valutativa dei paciscenti; e riservare ad un diversa conformazione di interessi, non priva di un evidente effetto "impositivo", finalizzata a risolvere quella crisi caratterizzata da un prevalente indebitamento bancario. Un doppio binario, in cui non il contratto protetto, ma l'autonomia negoziale protetta o assistita è indicata quale elemento caratterizzante, in cui il profilo determinante, pertanto, resta quello della introduzione di regole che consentano (*rectius*, "giustifichino") la deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. In questa prospettiva, non pare configurare un'attrazione dell'accordo nel contesto del concordato preventivo, neppure la previsione che la relazione dell'ausiliario (di cui in seguito si dirà) debba essere trasmessa al pubblico ministero (art. 161, comma 5, legge fallim.), circostanza non rinveniente nell'art. 182-*bis*, ma prevista espressamente nell'art. 187-*septies*, ultimo comma.

4. *La distinzione dei creditori in "categorie".*

Nell'ambito del procedimento che porta alla realizzazione degli effetti dell'accordo, un primo elemento è individuato nell'introduzione obbligatoria delle "*categorie*" (l'utilizzo del plurale esclude che possa essere individuata una "*sola categoria*"), che non si presentano - come per le "classi" nel concordato preventivo - un elemento "possibile" perché lasciato alla libera predisposizione del piano, ma un dato indefettibile, obbligatorio e caratterizzante dell'accordo (è ben noto che questa tecnica fa rinvio alla Raccomandazione UE del 12 marzo 2014, che, per gli accordi di ristrutturazione, invita gli Stati membri a consentirne l'adozione anche solo da parte di "determinati tipi o classi di creditori" a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti ([23])). Nella specie, si tratta di delineare la definizione di "categoria", con riferimento a quei «*soggetti che tra di loro abbiano una posizione giuridica ed interessi omogenei*», e ciò sempre nell'ambito dei creditori bancari e finanziari (che resta, si ripete, elemento differente rispetto alla "comunanza di scopo", quale profilo caratterizzante

---

portata dell'art. 1321 c.c. (ciò rileva SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1027).

([23]) Per una rassegna delle problematiche: MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/848*, in *Fallimento*, 2015, p. 1049 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la causa "associativa" in senso lato (24)). In questa prospettiva, pertanto, possono essere individuate distinte categorie, a seconda, ad esempio, delle caratteristiche soggettive dei creditori (bancari e finanziari, assumendo una diversità di posizione tra soggetti che hanno erogato il credito e quelli che hanno operato nel settore del leasing o del factoring o di altre operazioni su strumenti finanziari) o distinguendo in ragione della "qualificazione" del credito (privilegiato o chirografario) oppure differenziando i soggetti in ragione delle operazioni che hanno posto in essere (mutui, aperture o anticipazioni di credito, sconto, ecc.), la suddivisione in categorie sembra possibile anche con riferimento alla collocazione basata sulle prelazioni, pur mancando nell'accordo il sistema satisfattivo secondo graduazione (25). Il profilo di maggiore interesse resta, invece, quello relativo al "tempo" in cui deve avvenire la individuazione delle "categorie", se già nella fase delle trattative oppure in sede di conclusione definitiva dell'accordo e/o della domanda di omologazione dello stesso. Mentre nella prospettiva del piano del concordato preventivo la individuazione delle "classi" deve essere rappresentata nella fase preliminare, ovvero nella redazione del piano, nella specie non si rinvengono ostacoli a ché le "categorie" possano essere individuate in sede di predisposizione dell'accordo, pur non nascondendo che la loro individuazione" *ex post*", sempre nel presupposto della omogeneità degli interessi, possa essere funzionale alla specifica esigenza di "favorire" o "forzare" l'adesione di determinati creditori. L'eventualità, però, può essere superata dalla verifica relativa al corretto andamento delle trattative, secondo il principio evocato dalla norma ovvero quello della "*buona fede*", che può costituire un utile criterio per escludere comportamenti devianti rispetto ad una corretta individuazione delle "categorie". In questo contesto, si ritiene non sia possibile delineare una categoria che contenga la sola posizione della banca dissenziente (in quanto, ad esempio, si tratta di una banca che ha una posizione giuridica o un interesse economico del tutto singolare, non assimilabile a quello delle altre banche), in tal caso alla banca dissenziente non potranno essere estesi gli effetti dell'accordo e, conseguentemente, essa manterrà il diritto ad essere trattata quale creditore estraneo, al quale il debitore deve assicurare l'integrale pagamento (26). Resta pur sempre possibile, invece, individuare una "ca-

---

(24) Senza la pretesa di essere esaurienti: FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 53 ss.

(25) LAMANNA, *op. ult. cit.*, pp. 68-69; Sulla formazione delle categorie: Trib. Forlì, 5 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*.

(26) INZITARI, *op. ult. cit.*, p. 522.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tegoria" che ricomprenda più creditori, tutti aderenti, cui viene riservato un trattamento differenziato e da loro espressamente accettato. Così come, proprio in ragione della conformazione delle "categorie", non è ammissibile una categoria di soli creditori dissenzienti. Ai creditori non aderenti non potrà essere riservato un trattamento peggiore di quello contrattato o negoziato con gli aderenti, restando questo un profilo, in caso di opposizione, sui cui si appunta il controllo del Tribunale sul "contenuto" dell'accordo e non solo sul procedimento, pur se la sperequazione nel trattamento potrebbe essere analizzata come una manifestazione della violazione del principio di buona fede. In tal senso, dovrebbe evitarsi il richiamo a principi in gran moda, come l'abuso del diritto, posto che non vi può essere abuso in un trattamento differenziato peggiorativo per i creditori non aderenti, ma semplicemente la violazione del principio di correttezza e di buona fede. Il controllo delle categorie nella prospettiva dell'estensione degli effetti dell'accordo, resta affidata al tribunale in sede di omologazione, laddove la verifica si appunta sulla circostanza che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo, «*abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti*». Il profilo del controllo, come sembra ricavarsi dalla lettera della norma, finisce per riguardare non già la individuazione delle "categorie" in quanto tale, ma solo ed esclusivamente la "omogeneità" della posizione giuridica ed economica dell'intermediario non aderente rispetto ai creditori inclusi nella "categoria" di riferimento, in una prospettiva valutativa che può ritenersi sostanzialmente simile a quella richiamata in tema di concordato preventivo. Sul tema, a fronte del rischio che la scelta allocativa sia "imposta" dalle banche più forti, non può ricorrersi a tesi, di ispirazione parasociologica, che intenderebbero attribuire al Tribunale un controllo "particolarmente occhiuto" quanto ai criteri di formazione delle categorie, così aprendo nuovamente la strada ad un pregnante controllo di merito sugli accordi, controllo che proprio il legislatore ha inteso ridimensionare dettando le stringenti modalità procedurali per pervenire agli accordi stessi. Pare, però, opportuno rilevare che, a differenza di quanto accade per il classamento dei creditori nel concordato preventivo, negli accordi non si rinviene un controllo sulla circostanza che «*il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*», proprio perché tale circostanza impeditiva non si rinviene nella disciplina generale degli accordi di ristrutturazione. Ulteriore presupposto, anche questo collegato alla formazione delle "categorie", è dato dalla circostanza che i crediti delle banche e degli intermediari finan-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria: elemento che configura, nella regola della maggioranza (negoziale) rafforzata, un presupposto indefettibile per poter procedere all'omologazione e conseguire gli effetti dell'accordo anche nei confronti delle banche non aderenti. Il consenso negoziale può essere acquisito con qualsiasi modalità, non essendo previste regole procedurali di acquisizione (come nel concordato preventivo), potendo lo stesso risultare anche da separati atti e documenti contrattuali (purché dotati di certezza in relazione alla provenienza e di attribuzione della dichiarazione), che potranno essere riproposti, anche con funzione prevalentemente espositiva o ricognitiva, nell'accordo di ristrutturazione che resterà oggetto di idonea pubblicazione, come di seguito si dirà.

5. *La partecipazione informata alle trattative.*

Resta di particolare rilevanza nel profilo procedurale come "conformato" dalla norma, il diritto alla partecipazione informata dei creditori nella fase delle trattative. È opportuno ricordare che nel concordato preventivo l'esercizio informato del diritto di voto del creditore è assicurato dall'attestazione del piano da parte di un professionista indipendente (elemento, peraltro, comune alle fattispecie qui considerate), dalla relazione del commissario, di cui i principali destinatari restano i creditori, nonché dal controllo sulla "fattibilità" del concordato esercitato dal Tribunale; e negli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l'informazione si esplica nelle dinamiche del rapporto negoziale tra debitore e creditori aderenti, nel mentre l'art. 182-*septies* prevede che il "profilo informativo" si realizzi nella comunicazione ai creditori dell'avvio delle trattative, delle quali il debitore deve mettere a conoscenza tutti i creditori nella condizione di parteciparvi secondo buona fede. Si ritiene che il debitore non deve limitarsi a dare notizia dell'inizio delle trattative, ma deve fare in modo che tutti i creditori interessati possano partecipare attivamente alla rimodulazione del debito, formulando controproposte e/o manifestando il proprio dissenso. La formulazione delle regole di condotta nella fase delle trattative riguarda tutti i creditori bancari, e la selezione o la formulazione del dissenso avverrà solo a seguito della partecipazione alle stesse (restando, in ogni caso, manifestazione negoziale di "non adesione" anche il solo comportamento concludente, come il non partecipare alla trattativa). L'espressione utilizzata, «*quando tutti i creditori siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede*», resta alquanto incerta nell'individuazione dei soggetti che sono tenuti al predetto obbligo di comportamento, mentre quest'ultimo riguarda natu-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ralmente il "debitore", resta dubbio se la partecipazione "in buona fede" alle trattative possa riguardare i creditori aderenti ed i creditori dissenzienti o non aderenti, posto che, soprattutto per questi ultimi, potrebbe aprirsi uno spazio valutativo in ordine ad un comportamento difforme dal precetto. Il profilo pare essere inciso dalla disposizione che attribuisce al tribunale, in sede di omologazione, la verifica sul se i creditori non aderenti «*abbiano ricevute complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative*». La norma sembra riferirsi ad informazioni che attengano la situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore antecedente all'accordo (27), nonché sul suo contenuto, ma si limita alla sola verifica della possibilità riconosciuta al creditore non aderente "di partecipare alle trattative", senza richiamare il profilo della buona fede. Sia pure in un contesto diverso da quello proprio del concordato preventivo (28), resta evidente, però, che non possono riproporsi le medesime conclusioni raggiunte per l'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis*, laddove per i creditori aderenti già la proposta rende percettibile a questi ultimi la situazione dell'impresa e ne consente di valutare le conseguenze nel concreto esplicarsi dell'autonomia negoziale. Nella specie, invece, trattandosi di estendere a terzi non aderenti l'efficacia dell'accordo raggiunto, resta fortemente caratterizzato l'obbligo informativo sia in termini di completezza che di idoneità rappresentativa della situazione economica e patrimoniale del debitore e sul contenuto dell'accordo stesso (29). Ciò farebbe ritenere che non sia previsto un obbligo di comportamento in buona fede del creditore non aderente, ma il distacco rispetto ai principi generali pare essere troppo evidente, posto che la violazione del precetto è utilizzabile *a posteriori* per valutare la lealtà delle parti che hanno partecipato alle trat-

---

(27) Si apre lo spazio per la qualità dell'informazione, che deve risultare, oltre che veritiera e completa, anche chiara e corretta, non essendo ammissibili condotte decettive (NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2014, p. 397).

(28) Si rinvia a BLANDINI, *Sulla consapevolezza nel concordato preventivo (tra poteri del tribunale e autodeterminazione dei creditori)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, t. III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1293 ss.)

(29) In questa prospettiva, contrariamente da quanto si ritiene nell'accordo di ristrutturazione (sul tema: SCIUTO, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in questa *Rivista*, 2015, I, pp. 556-557), pare necessario rappresentare anche i singoli trattamenti riservati a ciascuno dei creditori inclusi nella "categoria" di riferimento, senza con questo, naturalmente, richiamare sia pure indirettamente profili tipici della *par condicio.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tative. Escluso ogni rimedio di tipo contrattuale o risarcitorio, resta evidente che il comportamento del non aderente, non conforme ad una partecipazione secondo "buona fede" alle trattative, resterà rilevante ai fini del giudizio di omologazione, specie allorquando lo stesso creditore abbia proposto opposizione. La norma menziona "l'avvio" delle trattative, in tal modo prospettando un obbligo già sussistente nella prima fase della predisposizione di un piano di ristrutturazione del debito bancario, nel senso di escludere qualsiasi "contatto" preventivo, quale può definirsi "quel sondare il terreno" che costituisce il *prius* di ogni trattativa. L'espressione, però, anche al fine di evitare singolari interpretazioni in sede applicativa, mi pare riferirsi solo alle "*trattative vere e proprie*", e non già ai contatti preparatori con uno o più creditori, in ciò riprendendo quello sviluppo delle figure preparatorie al contratto, cui la tradizione civilistica fa riferimento nel contesto di cui all'art. 1337 c.c. Ciò resta confermato anche nell'opinione secondo la quale, pur in assenza di ulteriori precisazioni, si deve ritenere che la condizione non possa essere soddisfatta mediante una semplice comunicazione con la quale si rappresenti l'intenzione di procedere alla ristrutturazione dei debiti, ma occorre, invece, che vengano illustrate almeno le linee essenziali del piano di risanamento [30].

6. *La sorte delle ipoteche.*

Di particolare complessità resta l'interpretazione della disposizione secondo la quale «*l'aver iscritto ipoteca nei 90 gg. che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese, non costituisce idonea ragione per inserire il creditore bancario o finanziario, che a tale iscrizione abbia proceduto nel predetto termine, in un'autonoma categoria che eventualmente consideri quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari garantiti da ipoteca giudiziale*» [31]. Probabilmente, la disposizione può assumere un qualche rilievo nel contesto della buona fede che viene richiesta nelle fasi della trattativa, ben potendo, ad esempio, il creditore

---

[30] VAROTTI, *op. ult. cit.*, p. 7, secondo cui non basta che l'imprenditore invii ai creditori una lettera o una comunicazione con la quale rappresenti la necessità di procedere alla ristrutturazione del proprio passivo, ma occorre che sia fissato un incontro tra debitore, eventualmente assistito dai propri professionisti, e creditori nel corso del quale vengono illustrate almeno le linee essenziali del piano di risanamento.

[31] Sul tema: INZITARI, *op. ult. cit.*, pp. 525-526, secondo cui l'inserimento tra i creditori chirografari delle banche che hanno appreso ipoteca giudiziale nei termini indicati dalla norma, ha l'indubbio vantaggio di «esonerare il patrimonio disponibile per i creditori dall'onere delle ipoteche, migliorando sia la capacità di indebitamento del debitore, sia le complesse aspettative di soddisfazione dei creditori».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

bancario che sia stato notiziato dell'inizio delle trattative iscrivere ipoteca giudiziale al solo fine di negare il proprio consenso o di ostacolare l'accordo con altri creditori bancari, in tal modo vanificando il percorso virtuoso del superamento della crisi. L'esclusione del creditore dalla "categoria" dei privilegiati si presenta, dunque, come una "sanzione" a fronte di tali comportamenti ostruzionistici o opportunistici, da ciò la conseguenza di poter riservare a tali soggetti lo stesso trattamento negoziato con le banche titolari di un credito in chirografo. Di certo, l'effetto protettivo in oggetto non può parificarsi a quello previsto in tema di concordato preventivo (art. 168, comma 3, legge fallim.), laddove è la stessa norma ad escludere l'efficacia dell'iscrizione ipotecaria, mentre nella specie si tratta solo della previsione di assenza di omogeneità tra i crediti assistiti da ipoteca giudiziaria, appresa nei 90 gg. antecedenti alla pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese, dal novero della categoria di riferimento, con l'ovvia precisazione che l'autonomia che assiste il debitore può consentirgli pur sempre di includere detti crediti nell'ambito della categoria dei creditori bancari assistiti da ipoteca giudiziale (magari al fine esclusivo di prevenire il dissenso sull'accordo). Naturalmente, il credito in oggetto concorre a determinare, in ragione delle caratteristiche soggettive del creditore, la soglia del 50% dell'indebitamento necessaria per accedere all'accordo, nonché resta rilevante per la individuazione della (successiva) percentuale qualificata del settantacinque per cento, necessaria per estendere gli effetti dell'accordo nei confronti dei terzi non aderenti. In termini, poi, di valutazione di tale posizione in sede di opposizione, ne consegue che la prova della (migliore) soddisfazione non potrebbe essere fondata sull'assunta qualità prelatizia e ipotecaria del credito. Il profilo di maggior interesse è la sorte di tali ipoteche nel caso di esito negativo dell'accordo o di sua mancata omologazione, in tal caso nell'ipotesi di successivo deposito di una domanda di concordato ritroverebbe applicazione l'art. 168, comma 3, legge fallim. (con rinvio alla "protezione" anche nell'ipotesi di presentazione di una domanda di concordato prenotativo) e nel caso di dichiarazione di insolvenza si riaprirebbe lo spazio di una possibile revocatoria; mentre, nella diversa prospettiva della continuazione *in bonis* dell'attività di impresa, l'effetto della consolidazione resterebbe regolato dalla disciplina ordinaria.

7. *Il ruolo del Tribunale.*

La norma prevede che il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti dall'art. 182-*bis* legge fallim., deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al comma1 dell'art. 182-*bis* alle banche e agli

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per questi ultimi, il termine per proporre l'opposizione di cui al comma 4 dell'art. 182-*bis* decorre dalla data della notificazione del ricorso (si esclude, cioè, che il termine per l'opposizione resti collegato alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, come previsto dall'art. 182-*bis*, comma 4, legge fallim., che trova, invece, applicazione solo per i creditori non bancari). È indubbio che in relazione a tale profilo, si pongono possibili sovrapposizioni tra la disciplina generale degli accordi di ristrutturazione e quella speciale prevista per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari. Nell'ipotesi in cui, a seguito della notifica del ricorso e della documentazione non sia stata svolta alcuna opposizione da parte dei creditori bancari non aderenti, il controllo del tribunale potrebbe ritenersi perimetrato nell'ambito della tipologia e del contenuto del controllo richiesto dalle disposizioni generali. Il tema, però, risulta fortemente inciso dagli effetti che l'accordo riveste nei confronti dei soggetti non aderenti (diversamente che dall'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis*), per cui - nonostante il silenzio della norma - resterebbe attribuito un controllo almeno sull'adeguata informazione dell'avvio delle trattative e della sussistenza delle condizioni per parteciparvi "secondo buona fede" (altrimenti non giustificandosi, sia pure a fronte dell'inerzia oppositiva del creditore estraneo, la deroga alla disciplina di cui agli artt. 1372 e 1411 c.c.), e ciò in una prospettiva che assegna nella disciplina generale degli accordi di ristrutturazione un controllo di merito, oltre che di legittimità, al tribunale (32). In questa ipotesi, resterebbe, però, esclusa ogni valutazione sul contenuto dell'accordo, in termini di verifica sul se i creditori non aderenti «*possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*». Diversa si presenta, invece, l'altra ipotesi, dell' opposizione di creditori bancari non aderenti, i quali possono proporre eccezioni procedimentali, in quanto tali connesse al mancato rispetto di una delle tutele (in sede di formazione dell'accordo) previste a favore dei creditori dissenzienti, ed eccezioni contrattuali, in quanto tali riferibili al contenuto dell'accordo in relazione alle posizioni incise dallo stesso. Il Tribunale deve procedere, al fine di estendere gli effetti dell'accordo, in unico contesto deliberativo: *a*) ad una valutazione della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari

(32) Senza la pretesa di essere esaurienti: VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, p. 258 ss.; DE SANTIS, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2014, p. 1056 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

aderenti alla medesima categoria; *b*) alla verifica sul ricevimento di informazioni complete ed aggiornate sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, valutando se siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; *c*) valutazione del contenuto satisfattorio previsto nell'accordo rispetto alle alternative concretamente praticabili (c.d. giudizio di *cram down*). La norma, sia pure in modo non chiaro, prevede che il Tribunale compia una valutazione di merito, ciò ricavandosi anche dalla possibilità che possa nominare un ausiliario. La circostanza che il Tribunale possa nominare un ausiliario non pare elemento decisivo per far attrarre la figura dell'accordo in quella (diversa) del concordato preventivo, e ciò per un duplice ordini di motivi: il primo è che pure nell'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis*legge fallim. è ormai riconosciuta la possibilità al Tribunale di nominare un ausiliario, sia pure in assenza di una espressa previsione di legge, senza che ciò ponga in dubbio la natura negoziale dello stesso (almeno sotto tale profilo); la seconda è che il compito attribuito all'ausiliario resta significativamente diverso e meno intenso rispetto a quello del commissario giudiziale, cui è espressamente attribuita la qualità di "pubblico ufficiale" con significativi poteri di indagine, mentre nella specie la figura dell'ausiliario sembra più assimilabile a quella del consulente tecnico d'ufficio. Il compito attribuito all'ausiliario resta qui delimitato dalla verifica delle condizioni innanzi dette, laddove, però, il "previo accertamento" richiesto al tribunale, parrebbe superare il principio della corrispondenza tra l'accertamento e gli specifici rilievi determinati in ragione della "domanda di opposizione", ovvero in relazione agli specifici motivi di criticità esposti dall'opponente. Sembrerebbe, cioè, trattarsi di un "accertamento" che si sviluppa prescindendo dalle singole motivazioni di censura esposte dall'opponente, dovendo esso appuntarsi pur sempre sulla sussistenza delle condizioni di legge. Anche in questa prospettiva, però, pare criticabile l'opzione che verrebbe fuori dalla lettura della norma secondo cui potrebbe essere affidato all'ausiliario l'incarico di valutare se le trattative si siano svolte in buona fede, profilo che deve essere attribuito alla competenza esclusiva del giudice (in tal senso, più corretto pare il richiamo ai principi in tema di consulenza tecnica d'ufficio, laddove è precluso affidare all'ausiliario la soluzione di quesiti meramente giuridici); mentre uno spazio valutativo ampio va riconosciuto nell'ulteriore condizione indicata dalla norma ovvero se i creditori non aderenti «*possano risultare soddisfatti, in virtù dell'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*», posto che ciò qualifica una materia che richiede particolari competenze tecniche. Si tratta, però, di verificare il significato da

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attribuirsi all'avverbio "*concretamente*", che in una prospettiva estensiva potrebbe riferirsi a tutte le alternative potenzialmente richiamabili (es. concordato preventivo, fallimento, accordi di ristrutturazione in senso stretto, procedure espropriative individuali), mentre in un'accezione più ristretta, potrebbe appuntarsi sulle alternative concretamente praticabili al momento dell'avvio delle trattative, soluzione quest'ultima che appare preferibile, posto che un giudizio di "convenienza" può richiamarsi in ragione (solo) delle alternative praticabili nel momento stesso in cui la "trattativa" è stata iniziata. In ordine alla mancata omologazione va confermato che in tal caso l'accordo conserverà i propri effetti nei soli confronti dei creditori bancari aderenti (ciò potrebbe rivestire rilievo nell'ipotesi in cui grazie a questi accordi venga comunque raggiunta la percentuale di creditori aderenti pari al 60% come previsto nella disciplina generale di cui all'art. 182-*bis*), mentre i non aderenti dovranno essere soddisfatti nei limiti temporali indicati dall'art. 182-*bis* legge fallim. e per l'intero. Anche questa conclusione, in relazione ad una certa stabilità degli accordi raggiunti tra debitore e creditori bancari, pur se residuale rispetto all'impianto complessivo dell'accordo di ristrutturazione, conferma la peculiare "natura bifronte" della fattispecie disciplinata dall'art. 182-*septies* legge fallim. in uno spazio concettuale in cui il "contratto", non resta strumento da sé solo sufficiente a realizzare effetti (negativi) nella sfera giuridica dei creditori non aderenti.

ABSTRACT: *The aim of this essay is to inspect the debt restructuring agreements with banks and financial intermediaries in order to demonstrate the differences between the general discipline of debt restructuring agreements and the arrangement with creditors. The research regards the process that leads to the conclusion of the agreement and the Court's intervention, with a particular inspection on the creditors that decided not to participate in the agreement.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Giuseppe Rocco
Cultore della materia in diritto tributario nell'Università di Salerno
e Dottore commercialista in Avellino

IVA E TRANSAZIONE FISCALE: LE PROSPETTIVE ALLA LUCE DELLA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL DIRITTO EUROPEO

Abstract: Secondo l'autore, la pronuncia della Corte di Giustizia non sembra avere ricadute immediate sull'attuale interpretazione dell'art. 182-*ter* legge fallim. L'obbligo di pagamento integrale dell'IVA e delle ritenute, essendo stato qualificato di natura sostanziale dalla prevalente giurisprudenza interna, vanificherebbe, a priori, la comparazione che la Corte di Giustizia richiama. Peraltro detta comparazione, con l'alternativa del fallimento, risulterebbe problematica perché i termini del confronto non sarebbero omogenei. Alla fine viene proposto l'inquadramento della transazione fiscale tra le agevolazioni tributarie, favorendo così quei profili di deroga, pro e contro il contribuente, che potrebbero giustificare l'obbligo di pagamento integrale dell'IVA e delle ritenute.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il diritto europeo ammette il pagamento parziale dell'IVA. - 3. La sana concorrenza, i criteri di controllo da parte del giudice nazionale, e il contiguo ambito degli aiuti di Stato. - 4. La giurisprudenza interna circa la (in)tangibilità dell'IVA. - 5. (*Segue*) La giurisprudenza interna: in particolare la natura sostanziale della disposizione. - 6. Il problematico termine di raffronto dell'alternativa del fallimento. - 7. Gli aspetti sostanziali del procedimento tributario e la frontiera di una riscossione efficiente ma non aggressiva. - 8. Le tre fasi del procedimento della transazione fiscale. - 9. Il divieto di alterare l'ordine delle cause di prelazione e le particolarità dell'art. 182-*ter*. - 10. La natura di agevolazione tributaria dell'art. 182-*ter* e l'impugnativa del diniego di transazione. - 11. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Il diritto europeo ammette una legislazione nazionale che prevede il pagamento parziale dell'IVA, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, se l'alternativa del fallimento non consente un trattamento migliore.

Questa conclusione della Corte di Giustizia [1] riporta al centro del dibattito profili di diritto tributario, insiti nel trattamento dell'IVA, profili

[1] Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-546/14, *Degano trasporti*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di diritto europeo, concernenti anche il contiguo ma diverso ambito del recupero degli aiuti di stato, ma soprattutto profili del diritto fallimentare interno, riguardanti segnatamente l'intensità ed il perimetro del controllo del giudice, tutt'ora controverso, e la reale portata dell'inalterabilità dell'ordine delle cause legittime di prelazione. Che il nodo interpretativo, circa il trattamento dell'IVA, riguardasse non tanto il diritto europeo bensì più propriamente il diritto interno lo riscontriamo dalle conclusioni dell'Avvocato generale in cui si afferma che il giudice del rinvio sembra nutrire dubbi quanto all'interpretazione di talune disposizioni della legge fallimentare da parte della Corte di cassazione [2].

Come subito vedremo, le cautele apprestate dalla legge fallim. sono state ritenute sufficienti, dalla Corte di Giustizia, per ammettere il pagamento parziale dell'IVA, ma è anche vero che tali cautele vanno poi concretamente attuate sul campo in modo da rispettare, non solo nominalmente, il c.d. principio di effettività del diritto europeo. Non è un caso, infatti, che nello schema di riforma della legge fallim., sia previsto che il legislatore debba esplicitare i poteri del tribunale.

Pertanto, la regolamentazione dei tributi nel concordato preventivo si connota per una interessante trasversalità tra l'ambito fallimentare e quello tributario, nella dimensione sia interna che europea.

2. *Il diritto europeo ammette il pagamento parziale dell'IVA.*

La Corte di Giustizia ha statuito che il diritto europeo «…non osta a una normativa nazionale... interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento».

Per la soluzione dell'interrogativo sono stati decisivi due presupposti contenuti nella legge fallim., ovvero (*i*) quello che un esperto indipendente

---

[2] Al par. 44 delle conclusioni dell'Avvocato si afferma: «…Vorrei in ogni caso porre in rilievo che la conclusione che ho raggiunto riguarda esclusivamente l'interpretazione del diritto dell'Unione. Il giudice del rinvio sembra nutrire dubbi quanto all'interpretazione di talune disposizioni della legge fallimentare da parte della Corte di Cassazione. Non esprimo alcun parere in relazione ad altri possibili argomenti afferenti al diritto nazionale che possano aver orientato la Corte di Cassazione nelle sue decisioni».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attesti l'impossibilità di soddisfare detto credito in misura migliore rispetto all'alternativa del fallimento, (*ii*) quello del controllo che il giudice può esercitare in sede di opposizione all'omologazione.

Se l'Amministrazione finanziaria non concorda con le conclusioni dell'esperto, potrà proporre opposizione, come ogni altro creditore dissenziente, al pagamento parziale dell'IVA, attivando così il controllo del giudice fallimentare.

Questa è la breve e senz'altro condivisibile posizione della Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-546/14, *Degano trasporti*, secondo cui una interpretazione del diritto nazionale che preveda il pagamento soltanto parziale del credito IVA non costituisce un abbandono ingiustificato del tributo, ovvero non rappresenta una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'IVA. In particolare detta "rinuncia" non costituisce:

- né una violazione dell'obbligo degli stati membri di assicurare l'esatta riscossione dell'IVA (art. 273, comma 1, della Direttiva IVA);

- né una violazione dell'obbligo degli stati membri di riscuotere effettivamente le risorse proprie dell'UE (principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, o anche c.d. principio di effettività), tra cui rientra l'IVA, visto che sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito IVA, in verità enorme, e la messa a disposizione - di una piccolissima quota parte di tale gettito - del bilancio della UE delle corrispondenti risorse.

In definitiva sono state accolte le conclusioni dell'Avvocato generale, ma taluni punti, che pure potevano costituire una valida occasione di approfondimento, non sono stati richiamati dalla Corte. In particolare l'Avvocato generale:

- ha presupposto che la domanda di concordato debba essere respinta qualora il ricorrente abbia deliberatamente occultato parte dell'attivo o omesso di denunciare uno o più crediti (compresi i crediti IVA);

- si è altresì soffermato sulla differenza tra i concordati liquidatori ed i concordati in continuità, ricordando come in quest'ultimo caso un'efficace ristrutturazione di imprese sane, ma in difficoltà finanziarie, sia un ulteriore obiettivo meritevole di essere perseguito.

3. *La sana concorrenza, i criteri di controllo da parte del giudice nazionale, e il contiguo ambito degli aiuti di Stato.*

Secondo la Corte, il giudizio di un esperto indipendente, nonché la presenza di un controllo giudiziario, sono validi presìdi e salvaguardie affinché la "rinuncia" ad incassare l'IVA non alteri la sana concorrenza tra le imprese.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Invero, è opportuno ricordare che la natura armonizzata dell'IVA trova il suo fondamento nella necessità di garantire il funzionamento del mercato comune, che non tollera a sua volta una distorsione della concorrenza. È vero sì che il finanziamento della UE si fonda anche sull'IVA, ovvero si fonda su una piccola percentuale (0,30%) calcolata però su un gettito IVA enorme, ma ogniqualvolta c'è una errata applicazione della Direttiva IVA, il primo aspetto che viene in considerazione è quello del mercato comune e della concorrenza e senz'altro non quello, secondario e meramente consequenziale, del finanziamento del bilancio della UE.

La Corte di Giustizia, poi, ha attribuito un certo rilievo alla presenza di un controllo giudiziario.

Purtuttavia va rimarcato che il controllo da parte del giudice in sede di opposizione all'omologa del concordato è diversamente inteso e non ci sono chiari indirizzi giurisprudenziali circa l'interpretazione del comma 4 dell'art. 180 legge fallim.

Infatti, se la sindacabilità del piano nella fase iniziale dell'ammissione alla procedura è stata esattamente definita dalla giurisprudenza [3], essa nella successiva fase dell'omologa è ancora controversa: vi è chi la ritiene possibile a seguito dell'opposizione semplice di un creditore dissenziente [4] e chi invece la nega [5], perché avrebbe poco senso vietare il sindacato nella fase dell'ammissione, e poi consentirla *tout court* e incondizionatamente in sede di opposizione, proposta da un unico creditore dissenziente, in presenza finanche di una maggioranza schiacciante. Eppoi c'è il problema di stabilire se le «… alternative concretamente praticabili» siano circoscritte alla sola ipotesi del fallimento o vadano estese ai diversi piani di concordato che il debitore potrebbe proporre.

---

[3] Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, ha concluso che il sindacato del giudice, in sede di ammissione, è limitato alla verifica della sussistenza di un'assoluta e manifesta non attitudine del piano di concordato a raggiungere gli obiettivi prefissati. Che tali conclusioni non siano estensibili all'opposizione in sede di omologa, v. brevemente G.B. NARDECCHIA, *Fattibilità economica del concordato: non decide il giudice*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 gennaio 2014, p. 33.

[4] La locuzione «…qualunque interessato», *ex* art. 180, comma 2, legge fallim., ha un significato molto ampio, ricomprendendo anche quelli che non hanno preso parte all'adunanza, o perché non convocati, o perché non ammessi al voto o perché astenuti. Per un caso in cui l'Agenzia delle entrate, dapprima in sede di adunanza si era astenuta e poi aveva fatto pervenire, con successiva dichiarazione, voto contrario alla transazione fiscale, ma non al concordato, v. Cass., sez. I, 26 luglio 2012, n. 13284, che ha riconosciuto la legittimazione dell'Agenzia a proporre opposizione all'omologa.

[5] Così Trib. Rimini, decreto 10 settembre 2015, che a sua volta fa riferimento a Cass., sez. I, 4 luglio 2014, n. 15345.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'esigenza di un controllo non meramente formale è avvertita indirettamente dagli stessi imprenditori (Audizione Confindustria del 2 dicembre 2015 circa lo schema di ddl delega, di riforma organica delle procedure concorsuali) preoccupati da una distorsione della concorrenza favorita da soluzioni troppo agevoli, accompagnate poi da veri e propri abusi. Per tale motivo, ad es., sarebbe stato introdotto l'obbligo nei concordati liquidatori di offrire ai chirografari una percentuale di almeno il 20%, obbligo che secondo la dottrina non coglie nel segno e mal si comprende, ove si pensi che il timore della concorrenza avrebbe semmai dovuto riguardare le ipotesi di concordati in continuità assistiti da offerte minime ai creditori (6).

Altresì, sempre in tema di controllo, non sorprende che l'art. 6 dello schema di disegno di legge per la riforma organica della legge fallimentare preveda la necessità che vi sia «…l'esplicitazione dei poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica dello stesso».

Il tema del controllo è avvertito anche in ambito europeo: è stato evidenziato come sia già in vigore l'obbligo di un controllo più stringente da parte del giudice.

Infatti, sebbene il recupero dell'IVA non versata vada attuato secondo le norme nazionali vigenti in materia di fallimento (7), va considerato che, in maniera generalizzata, il diritto europeo (8) prevede una proporzionalità, ovvero prevede «L'omologazione giudiziaria del piano di ristrutturazione è

---

(6) A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm*., 2016, I, p. 21.

(7) Ad esempio nel contiguo ambito degli aiuti di Stato, dichiarati incompatibili, è oramai pacifico che l'attività di recupero è di competenza dello Stato interessato ed è disciplinata dal diritto interno. Si v. CGUE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio contro Commissione; per ulteriori riferimenti di giurisprudenza si legga la Comunicazione. In tal senso anche F. GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e le sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 2287. L'attività di recupero è improntata poi al rispetto dell'obbligo di leale collaborazione, di cui al comma 3 dell'art. 4 del Trattato sull'UE, che dispone «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

(8) Si veda il XIX considerando della Raccomandazione della Commissione Europea 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE, che gli Stati membri sono chiamati ad attuare sin dal 14 marzo 2015. In tal senso, e per i richiami di diritto europeo, P. VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezione unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Fallimento*, 2015, p. 435 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

necessaria per garantire che la limitazione dei diritti dei creditori sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che i creditori abbiano accesso a un ricorso effettivo, in piena conformità con la libertà d'impresa e il diritto di proprietà sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Pertanto il giudice dovrebbe respingere il piano di ristrutturazione se è probabile che il tentativo di ristrutturazione limiti i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione dell'impresa del debitore».

La Corte di Giustizia, invero, sulle modalità del controllo e sul perimetro dei compiti dell'esperto indipendente, è stata molto concisa.

Ma si ritiene che validi strumenti interpretativi possano essere individuati nel contiguo ambito degli aiuti di Stato dichiarati illegittimi, il cui recupero, «...va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione...» (art. 14, par. 3, del regolamento di procedura (CE) n. 659/1999).

C'è poi una esaustiva e precisa Comunicazione della Commissione UE, 2007/C 272/05 del 15 novembre 2007, secondo cui il recupero ha la finalità di ripristinare la situazione esistente prima della fruizione illegittima dell'aiuto e deve essere avviato senza indugio. Esso non può essere ostacolato dalle difficoltà finanziarie dell'impresa, che non costituiscono prova dell'impossibilità del recupero (CGUE, Causa C-52/84, Commissione contro Belgio). Pur tuttavia «... la mancanza di attivi recuperabili è il solo mezzo per uno Stato membro di dimostrare l'assoluta impossibilità di recuperare l'aiuto» (9).

Quanto alla legislazione applicabile, nel par. 45 si afferma che l'esecuzione delle decisioni di recupero è obbligatoria per tutti gli organi dello Stato, ivi compresi quelli giurisdizionali; e l'individuazione degli organi responsabili «... spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro...».

Poi nel par. 61 c'è la consapevolezza che in un contesto di risorse limitate il recupero potrebbe anche non avvenire. Infatti la Commissione UE prevede che nella maggior parte dei casi delle imprese insolventi «... non sarà possibile recuperare l'integralità dell'aiuto illegale e incompatibile (inclusi gli interessi) dato che i beni del beneficiario non saranno sufficienti

(9) CGUE, 2 luglio 2002, causa C-499/99, *Commissione* contro *Spagna*; per ulteriori riferimenti di giurisprudenza si legga il par. 20 della Comunicazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per soddisfare tutti i creditori. Di conseguenza non è possibile ripristinare interamente la situazione *quo ante* nel modo tradizionale. Visto che la finalità ultima del recupero consiste nel porre fine alla distorsione di concorrenza, la Corte di Giustizia ha statuito che la liquidazione del beneficiario in tali casi può essere considerata come un'opzione ammissibile al recupero».

Infine la Commissione ritiene che lo «... Stato membro si sia conformato alla decisione di recupero quando l'aiuto è stato integralmente rimborsato entro il termine prescritto oppure, nel caso di un beneficiario insolvente, quando la società sia stata liquidata a condizioni di mercato» (par. 69).

Ciò significa che, nell'ipotesi del fallimento, l'iscrizione al passivo fallimentare del credito per gli aiuti di Stato può essere sufficiente per ritenere eliminata la distorsione della concorrenza a patto che la procedura giunga alla liquidazione dell'impresa beneficiaria, ossia alla cessazione definitiva della sua attività [10].

Tuttavia, se l'attività dell'impresa fallita prosegue, anche attraverso una terza società neo costituita, quest'ultima, sempre secondo la Corte, è tenuta a restituire gli aiuti illegittimi, se viene dimostrato che l'acquisto degli attivi della società in liquidazione sia avvenuto «... senza versare in corrispettivo un prezzo conforme alle condizioni del mercato, o qualora la creazione di una società siffatta abbia avuto come effetto l'elusione dell'obbligo di restituzione di tali aiuti» (par. 109).

Anche la giurisprudenza europea offre interessanti spunti interpretativi.

Ad es., nel caso C-331/09, solo la società *Technologie Buczek*, facente parte di un gruppo, era stata dichiarata fallita, mentre per le altre società non si era dato prova dello stato di insolvenza; infine, pur dopo la sospensione dell'esecuzione della sentenza emessa per il recupero degli aiuti di Stato, le azioni intraprese dalle autorità polacche sono state così deboli e inconsistenti, da essere ritenute efficaci dai Giudici europei [11].

Nel caso C-243/10, la Repubblica italiana ha giustificato il mancato recupero degli aiuti di Stato illegittimi opponendo la difficoltà di individuare, in relazione ad una agevolazione collettiva, il vantaggio conseguito da ciascuna singola impresa. Non solo, ma la decisione di recupero era

---

[10] CGUE, 24 gennaio 2013, causa C-529/09, Commissione contro Regno di Spagna, *Megefesa*, par. 107.

[11] CGUE, 14 aprile 2011, causa C-331/09, Commissione contro Polonia, punti 54, 55, 56, 69, 70 e 72.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stata sospesa dal T.A.R. Sardegna con la motivazione che essa avrebbe causato un danno grave ed irreparabile, anziché incentrarsi, come afferma la Corte di Giustizia, sulla unica questione rilevante, che era quella della validità/invalidità della decisione di recupero (12).

Nel caso C-529/09, riguardanti le società *Megefesa - Indosa - CMD*, nella prima società mancava addirittura l'insinuazione al passivo degli aiuti di Stato da recuperare, nella seconda gli attivi erano stati trasferiti senza una procedura trasparente, mentre nella terza società gli attivi erano stati trasferiti, con plurimi passaggi, senza pubblicità e senza alcun corrispettivo (13).

Si può concludere che se il valore di mercato degli attivi è reale ed è correttamente determinato, finanche gli aiuti di Stato possono essere oggetto di "contrattualizzazione", ovvero di falcidia, in sede di riscossione. A maggior ragione ciò dovrebbe valere per l'IVA.

4. *La giurisprudenza interna circa la (in)tangibilità dell'IVA.*

Dopo il pronunciamento della Corte di Giustizia, si ritiene che la problematica dell'intangibilità dell'IVA e delle ritenute rimanga sul campo perché, come non è sfuggito al lettore, l'art. 182-*ter* legge fallim. non è stato demolito, ma è stata espunta solo la "comoda" motivazione del diritto europeo (14).

---

(12) CGUE, 29 marzo 2012, causa C-243/10, Commissione contro Italia, punto 36 (aiuti a favore industria alberghiera).

(13) CGUE, 24 gennaio 2013, causa C-529/09, Commissione contro Regno di Spagna, *Megefesa*, par. 109; per tali sintesi v. G. GALIZIA, *Rassegna della Corte di Giustizia*, in *Dir. prat. trib. int*., 2013, p. 641.

(14) Tuttavia si v. Trib. Livorno, 13 aprile 2016. Il tribunale ha respinto l'opposizione all'omologa, proposta dall'Agenzia, che riteneva illegittima la falcidia delle ritenute previdenziali, richiamando proprio la sentenza della Corte di Giustizia, in quanto sarebbe venuto «…meno l'argomento principale che aveva portato la Cassazione, con la sentenza 25 giugno 2014 n. 14447, a statuire per l'intangibilità dell'IVA». Più argomenti offre invece Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. III, 17 febbraio 2016 che ha omologato un concordato che prevedeva la soddisfazione solo parziale del credito IVA e per ritenute fiscali. In detta pronuncia, in particolare, viene fatto notare che l'attestazione dell'esperto, *ex* art. 160, comma 2, legge fallim., «…non potrebbe essere mai rilasciata», considerato che investe il trattamento di tutti i crediti e non solo di quelli IVA. Infatti i creditori privilegiati, postergati all'IVA nel caso di concordato preventivo, risulterebbero sicuramente trattati meglio nell'alternativo del fallimento, visto che gli spetterebbe il privilegio originario, di cui si riappropriano. Di converso, se pure si volesse consentire il pagamento integrale dell'IVA, i privilegiati di grado anteriore potrebbero proporre opposizione e la proposta concordataria, non essendo conveniente per questi ultimi rispetto all'alternativa del fallimento, non sarebbe omologabile. Concludono i giudici che tali contrasti potrebbe comporsi solo nell'ipotesi in cui sarebbero apportate risorse esterne.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dunque è opportuno riprendere i precedenti più rilevanti al fine di comprendere se gli altri argomenti, utilizzati dalla giurisprudenza nazionale per fondare l'assolutezza dell'obbligo di pagare integralmente l'IVA, siano ancora sufficienti, bastevoli e dunque vincolanti, per ritenere immutato il quadro interpretativo. E ciò a prescindere dai futuri interventi legislativi, che certamente non mancheranno. Anzi già nello schema di disegno di legge, recante la delega al governo per la riforma della legge fallim. (15), è disposto all'art. 6 che il trattamento del credito da IVA, nel concordato preventivo privo di transazione fiscale, deve adeguarsi alle pronunce della Corte di Giustizia.

Tra i precedenti più rilevanti circa l'obbligo di pagamento integrale dell'IVA va ricordata la Cass., sez. I, 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932, nonché Cass., sez. I, 25 giugno 2014, n. 14447, e recentemente Cass. pen., sez. III, 31 marzo 2016, n. 12912 (16). Invece, più possibilista, è Cass., sez. I, 4 maggio 2016, n. 8804, che, sostanzialmente, ha respinto il ricorso dell'impresa, perché nella proposta di concordato non era contenuta alcuna previsione, neanche di trattamento parziale, dell'IVA.

I profili affrontati dalla giurisprudenza possono così essere tripartiti.

Il primo profilo riguardava il rilievo da attribuire al consenso del fisco. Si è concluso che esso non è indispensabile per l'omologazione del concordato (17); ne scaturiva la facoltà e non l'obbligo per il debitore di avviare il procedimento della transazione fiscale (18). Infatti il fisco non

---

(15) Tra i punti sottolineati nella relazione del Presidente Rordorf vi è: definizione inequivoca della nozione di crisi, contenimento della prededuzione per evitare di frustrare le legittime aspettative dei creditori, l'ingresso anticipato nelle procedure per gli imprenditori in crisi con l'introduzione di una fase preventiva di allerta anche attraverso l'intervento dei principali creditori istituzionali (Agenzia delle entrate), l'introduzione di un'unica procedura di liquidazione destinata a sostituire l'attuale concordato preventivo di tipo liquidatorio,

(16) Anche App. Venezia, 30 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, ritiene che il concordato, essendo una procedura preventiva ed esecutiva su base negoziale, finalizzata ad evitare il fallimento, ben può sottostare all'obbligo di pagamento integrale di taluni crediti. Altresì Trib. Pordenone, 27 novembre 2014, condivide l'estensione del trattamento dell'IVA alle ritenute fiscali visto che si tratta di crediti «connotati dall'intervenuta appropriazione da parte del debitore di somme da questi raccolte per essere riversate all'Erario»; trattamento che però non si estende agli interessi ed alle sanzioni.

(17) Cass., sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373 precisa che dalla mera facoltatività della transazione fiscale discende che l'eventuale voto contrario dell'Amministrazione non impedisce l'approvazione della relativa proposta da parte della maggioranza dei creditori.

(18) M. FABIANI, *La falcidiabilità di tutti i crediti tributari e l'equivoco della lettura della Cassazione*, in *Fallimento*, 2014, p. 267 ritiene che la facoltatività delle transazione pone le basi per affermare che si tratti di un istituto eccezionale con il quale il debitore, sulla base di un accordo condiviso, ricerca il consenso dell'Amministrazione; alla fine l'autore conclude che ovemai dovesse prevalere la tesi dell'intangibilità dell'IVA andrebbe sollevata una que-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gode di una situazione di privilegio e dovrà «...accettare l'esito del procedimento come ogni altro creditore», ai sensi dell'art. 184 legge fallim. Ciò non preclude al debitore la possibilità di pagare parzialmente i debiti tributari, beninteso diversi dall'IVA e sempreché, ovviamente, ci si trovi in un contesto di risorse monetarie limitate. D'altronde, prosegue la Corte, se il voto favorevole dell'ufficio fosse stato indispensabile per la omologazione del concordato, si sarebbe dovuta prevedere, quantomeno, l'acquisizione anticipata di siffatto "veto", al fine di evitare, coerentemente con i principi del giusto processo, quei dispendi di tempo e di risorse che comporta, nei fatti, sia il procedimento della transazione fiscale, sia il procedimento di voto degli altri creditori.

Il secondo profilo consisteva nello stabilire quali siano gli effetti del "consolidamento" del debito tributario [19]; ma tale problematica è stata affrontata solo incidentalmente perché non rientrava nella materia del contendere. Tuttavia, tra le due opzioni possibili, quantificazione del debito esistente alla data del concordato, oppure definitiva cristallizzazione della pretesa tributaria, a mò di condono tombale, la Corte sembra privilegiare quest'ultima. Ciò si desumerebbe da un passaggio argomentativo, non condivisibile, in cui si afferma che il contribuente debitore, con la transazione, consegue il vantaggio «...della apprezzabile o assoluta certezza sull'ammontare del debito». Siffatta «...apprezzabile o assoluta certezza»

---

stione di costituzionalità, alla luce dell'art. 3 Cost. del combinato disposto degli artt. 160 e 182-*ter* legge fallim. G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 377, sottolinea che se l'utilizzo di tale strumento fosse obbligatorio, un concordato privo di una proposta transattiva con il fisco e gli enti previdenziali sarebbe inammissibile; V. ZANICHELLI, *La transazione fiscale*, in questa *Rivista*, 2012, p. 143 è dell'idea che l'attribuzione di un diritto di veto al fisco, costringendo il contribuente ad accettare *in toto* le pretese fiscali, mal si concilierebbe con la volontà del legislatore di favorire la soluzione concordataria; C. ATTARDI, *Sul carattere necessario del procedimento amministrativo di transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, I, p. 558, rileva che sarebbe incongruo consentire, attraverso un "non procedimento", il pagamento parziale dei tributi, nonostante sia stato apprestato dal legislatore un procedimento piuttosto qualificato, in cui interviene anche la direzione regionale. Non solo, ma anche l'effetto processuale della cessazione della materia del contendere è senz'altro di natura eccezionale. M. ALLENA, *La transazione fiscale*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, vol. IV, p. 607, ritiene criticabile la possibilità di proporre il concordato preventivo senza formulare contemporaneamente la proposta di transazione fiscale.

[19] Il consolidamento del debito fiscale, per la dottrina, costituisce uno dei punti qualificanti. In tal senso L. DEL FEDERICO, *La nuova transazione fiscale secondo il Tribunale di Milano: dal particolarismo tributario alla collocazione endoconcorsuale*, in *Fall.*, 2008, p. 343; F. RANDAZZO, *Il "consolidamento" del debito tributario nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 837 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

viene poi rimarcata in un successivo paragrafo della sentenza in cui si afferma «...non sono certo estranei all'ordinamento ipotesi di rinuncia dell'amministrazione all'accertamento (condoni c.d. tombali) o alla completa esazione dell'accertato in vista di finalità particolari...».

5. (Segue) *La giurisprudenza interna: in particolare la natura sostanziale della disposizione.*

Infine, riguardo alla terza questione, che è quella principale, circa l'obbligo di pagare integralmente l'IVA, la Corte di cassazione ha statuito che tale obbligo è assoluto ed è di natura sostanziale perché prescinde «... dalle particolari modalità con cui si svolge la procedura di crisi», ovvero prescinde dal se il debitore attivi o meno la transazione fiscale. Esso attiene ai c.d. requisiti di ammissibilità della domanda di concordato.

Alla luce di questa sintesi, parrebbe tutt'ora sostenibile l'assolutezza di tale trattamento, perché al di là della oramai acclarata inconsistenza della giustificazione europea, sarebbe poco credibile che il trattamento di un'imposta sia alla mercé del debitore, ovvero che possa dipendere dalla scelta discrezionale del debitore di attivare o meno la transazione fiscale.

Altresì la Cass., sez. I, 4 novembre 2011, n. 22931, aveva indugiato sulla legittimità di un siffatto obbligo in relazione al generale sistema dei privilegi e aveva concluso che il vincolo derivante dalla graduazione dei detti privilegi non riguarda l'IVA perché tale vincolo «…non astringe il legislatore che può, come nella fattispecie e per cause discrezionalmente individuate, attribuire un trattamento particolare a determinati crediti come avviene per la prededuzione, senza che ciò incida automaticamente sul trattamento degli altri».

La Corte cost., 15 luglio 2014, n. 225, dal canto suo, per giustificare l'alterazione del sistema dei privilegi, ha puntualizzato che non sussistono profili di intrinseca irragionevolezza nel super trattamento che il legislatore ha inteso assicurare all'IVA, sebbene in via ordinaria è attribuito, a tale tributo, soltanto un privilegio del 19° grado (par. 7.1 della sentenza).

Di contro, non mancano, soprattutto tra le corti di merito, posizioni contro l'intangibilità dell'IVA.

Ad es. Trib. Varese, sez. II, 30 giugno 2012, non ha condiviso l'orientamento della Cassazione perché una norma che prevede il pagamento integrale dell'IVA, a prescindere dall'attivazione della transazione fiscale, modificando di fatto la collocazione del credito, dovrebbe operare per tutte le procedure concorsuali. Ma così non è, perché la disposizione ad es. non vale per il fallimento. Pertanto, data anche la natura eccezionale della disposizione, inserita in un complesso iter procedimentale, appare

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

più coerente che l'obbligo di pagamento integrale dell'IVA rientri in quello "scambio" tra Erario e debitore proponente, realizzando da un lato il vantaggio del consolidamento del debito per il contribuente, e dall'altro il diritto ad ottenere l'intero importo dell'IVA e delle ritenute, per l'Erario.

Sempre a favore della falcidiabilità dell'IVA, App. Venezia, decreto 21 maggio 2013, e successiva App. Venezia, 23 dicembre 2013, n. 3055 che richiamano altri pronunciamenti di merito (App. Genova, 27 luglio 2013; Trib. Campobasso, 31 luglio 2013; Trib. Cosenza, 29 maggio 2013 e 22 luglio 2015; Trib. Como, 29 gennaio 2013; Trib. Varese, 30 giugno 2012; Trib. Perugia, 16 luglio 2012; Trib. La Spezia, 24 ottobre 2013; Trib. Sondrio, 12 ottobre 2013), il cui iter argomentativo può così essere riassunto:

- l'obbligo di pagare integralmente l'IVA non ha natura sostanziale, ma eccezionale, perché non può accettarsi che tale credito sia trattato in modo diverso nel concordato preventivo rispetto al concordato fallimentare ed alle procedure esecutive individuali, nelle quali la soddisfazione dell'IVA è possibile solo dopo che i creditori di rango poziore siano stati soddisfatti integralmente;

- tale eccezionalità non può non riverberarsi in modo diverso a seconda che il debitore decida di presentare una proposta di transazione fiscale, considerato peraltro che la Suprema corte ha ritenuto facoltativa e non obbligatoria la transazione fiscale;

- né l'art. 7 della legge n. 3 del 2012, in tema di concordato minore, contiene una interpretazione autentica dell'art. 182-*ter* legge fallim. in quanto proprio l'esigenza di ribadire il pagamento integrale dell'IVA risulta sovrabbondante e superflua qualora la disposizione sul pagamento integrale fosse stata sostanziale, come tale applicabile a tutte le procedure;

- l'inclusione della norma nel contesto normativo dell'art. 182-*ter* legge fallim., ne evidenzia la diretta attinenza con l'istituto del concordato preventivo; altresì, non va trascurato, l'intento sottostante alla riforma del concordato preventivo che è nel senso di facilitare l'uscita dalla crisi e non già di renderla più ardua;

- ne scaturisce anzitutto la natura procedimentale della transazione fiscale, alla luce del comma 5 dell'art. 182-*ter* legge fallim.

Anche Trib. Busto Arsizio, sez. II, 7 ottobre 2013, n. 15 formula le medesime osservazioni. Ma tale orientamento è stato poi capovolto con una successiva pronuncia (Trib. Busto Arsizio, sez. II, 17 marzo 2015), con la quale è stata preferita l'opzione interpretativa della Suprema corte, anche di quella penale, ovvero Cass. pen., sez. III, 31 ottobre 2013, n.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

44283 secondo cui l'IVA va sempre pagata per intero, a prescindere dall'attivazione o meno della transazione fiscale.

Si è anche sostenuto, nel tentativo di controbilanciare la tesi della natura solo procedimentale dell'art. 182-*ter* legge fallim., che i debitori, attivando la transazione fiscale, conseguirebbero l'effetto del divieto per l'ufficio «...di procedere ad ulteriori accertamenti anche qualora non sia maturata la decadenza» ([20]). Dunque la transazione fiscale avrebbe la duplice natura, tanto di istituto eccezionale, quanto di istituto procedimentale, essendovi «...associati sia aspetti relativi alla determinazione del credito, sia conseguenze in tema di estinzione dei giudizi pendenti».

Ma tale pendant lascia molto perplessi perché, già sotto un profilo pratico, non è possibile attribuire alla transazione fiscale il vantaggio di un "condono tombale", non solo inaspettato, ma anche a «buon mercato», e si correrebbe il serio rischio, stavolta davvero inevitabile, dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea contro l'Italia. Infatti sarebbe fin troppo semplice, per il debitore, limitarsi a dichiarare un esiguo debito IVA che offre di pagare per intero, nella consapevolezza di aver occultato, nelle dichiarazioni già presentate (penalmente non rilevanti per il falso in transazione che dovrebbe riguardare, più specificamente, la sola documentazione di cui all'art. 161 legge fallim.) un notevole debito, impossibile da scoprire e da accertare nel breve tempo richiesto per l'omologa del concordato.

6. *Il problematico termine di raffronto dell'alternativa del fallimento.*

La domanda posta dal Giudice del rinvio era quella di stabilire se risulta incompatibile «…un'interpretazione degli artt. 162 e 182-*ter* legge fallim. tale per cui sia ammissibile una proposta di concordato preventivo che preveda, con la liquidazione del patrimonio del debitore, il pagamento soltanto parziale del credito dello Stato relativo all'IVA, qualora non venga utilizzato lo strumento della transazione fiscale e non sia prevedibile per quel credito - sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente e all'esito del controllo formale del Tribunale - un pagamento maggiore in caso di liquidazione fallimentare» (par. 14 delle conclusioni).

La Corte di Giustizia (par. 29) ha risposto che la Direttiva ed il TUE «…non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, interpretata nel senso che un imprenditore in stato di

---

([20]) Si v. Trib. Benevento, 25 settembre 2014, in *www.ilcaso.it*, che richiama Trib. Ascoli Piceno, 14 marzo 2014.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito IVA attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento».

Come si può intuire, il criterio del raffronto, richiamato dalla Corte di Giustizia, è problematico da attuare, perché l'obbligo di pagamento integrale dell'IVA sussiste solo nei concordati preventivi, ma non nel fallimento, in cui, non essendoci nessuna "precedenza" del debito IVA, il trattamento sarebbe inevitabilmente peggiore.

Tale disomogeneità è costituzionalmente legittima. Infatti la Corte cost., 25 luglio 2014, n. 225 già ha precisato che non sussistono profili di intrinseca irragionevolezza del combinato disposto di cui agli artt. 160 e 182-*ter* legge fallim. che, ai fini dell'ammissibilità della piano di concordato, regolamenta diversamente dal fallimento il credito IVA, riservando ad esso un trattamento differenziato non solo rispetto ai crediti privilegiati in generale, ma anche nei confronti degli altri crediti tributari assistiti da privilegio.

Indugiando, ancora, su tale profilo della comparazione, si fa innanzitutto osservare che non è così scontato che essa vada effettuata unicamente rispetto all'alternativa del fallimento, così come invece risulta dalle affermazioni del giudice del rinvio, fatte proprie dalla Corte di Giustizia (21).

Infatti diverse sono le posizioni, in dottrina, secondo cui sarebbe riduttivo ritenere che tali alternative si esauriscano nella liquidazione fallimentare, dovendo invece il giudizio estendersi ai diversi piani di concordato che si potrebbero proporre. L'eventuale controllo del tribunale, indipendentemente dai motivi di opposizione, dovrà estendersi fino a valutare se la proposta sia la migliore possibile, secondo l'art. 160 legge fallim., alla luce degli elementi emersi, della relazione del commissario, anche in ordine alla formazione delle classi (22).

---

(21) Va ricordato, circa la relazione tra il rinvio e la pronuncia, che la Corte di Giustizia si pronuncia unicamente sugli elementi costitutivi del rinvio pregiudiziale di cui è investita. Per il principio di separazione delle competenze, la Corte di Giustizia non può pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale la cui compatibilità con il diritto europeo è oggetto del rinvio pregiudiziale. Peraltro, nemmeno può interferire con il giudice nazionale quanto alla concreta applicazione ai fatti della causa in modo difforme da quanto è stato sottoposto alla sua giurisdizione nella domanda pregiudiziale.

(22) In tal senso, e anche per una visione di insieme della problematica, V. GIORGI, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristruttura-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se invece si volesse circoscrivere il controllo del tribunale alla sola alternativa del fallimento, si fa osservare che un ipotetico confronto risulterebbe poco proficuo perché i termini di paragone sono disomogenei, in quanto l'obbligo di pagamento integrale dell'IVA, come già detto, è totale nel concordato preventivo, mentre non lo è nel fallimento.

Questa disomogeneità comporta che l'alternativa del fallimento è per definizione sempre peggiore per l'Amministrazione, mentre è sempre migliore per gli altri privilegiati, che vengono posposti all'IVA.

Infatti se l'Amministrazione ha un credito IVA di 1.000 e, nonostante sussista l'obbligo di pagarlo integralmente, si offre di pagarlo solo per 10, *a fortiori*, nell'alternativa del fallimento, non riceverebbe nulla, visto che il credito IVA godrebbe soltanto del 19° grado, ai sensi dell'art. 2778 c.c.

Dinanzi a questo nodo, purtuttavia, nell'attesa di probabili modifiche normative, si può profilare un diverso percorso interpretativo, come già evidenziato in altri scritti, e per fare ciò è necessario principiare dagli attuali orientamenti di diritto tributario.

7. *Gli aspetti sostanziali del procedimento tributario e la frontiera di una riscossione efficiente ma non aggressiva.*

L'art. 182-*ter* legge fallim. è una norma che delinea un procedimento e ciò non è una novità per il diritto tributario, perché anche la fase di riscossione dei tributi, e non soltanto quella di attuazione, si è caratterizzata negli ultimi anni per una spiccata procedimentalizzazione, la quale ha un rilievo sostanziale, e non meramente formale, essendo finalizzata, delineando un percorso, ad escludere margini di discrezionalità da parte dell'Amministrazione.

Altresì la matura autonomia ha parallelamente favorito negli ultimi anni la diffusione di forme di agevolazione vere e proprie anche nel predetto ambito della riscossione, che possono essere ricondotte a quel vivace dibattito, in corso, su autorità e consenso nell'imposizione tributaria [23].

---

zione del debito, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 408 ss. che propende per un concreto controllo.

[23] Che la transazione fiscale rientri nella prospettiva dei moduli consensuali v. L. DEL Federico, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 216; ID., *Le novità sui profili tributari del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2013, p. 1195 ss., che ricorda come negli ultimi nell'ambito della riscossione si siano fatte strada significative aperture verso apprezzabili forme di flessibilità, tra cui la dilazione e la transazione fiscale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si tratteranno dunque questi tre aspetti del procedimento, dell'autonomia e della dialettica nell'ambito della riscossione, che impattano e influenzano inevitabilmente l'istituto della transazione fiscale, che si ritiene un istituto unitario e inscindibile.

Invero, la potestà tributaria esprime una funzione pubblica primaria indeclinabile (artt. 23 e 53 Cost.) e la pretesa tributaria è sempre figlia di tale potestà; infine gli uffici finanziari sono al servizio dell'interesse fiscale della comunità (24). Le funzioni in materia di sistema tributario ovvero le funzioni operative sono state delegate alle Agenzie fiscali, alle quali sono stati trasferiti i rapporti giuridici, poteri e competenze (art. 57 del D.Lgs. n. 300 del 1999) e tali agenzie hanno personalità giuridica di diritto pubblico (art. 61).

Orbene, l'Amministrazione, anche quando incassa i tributi, non esercita un semplice diritto di credito bensì esercita una funzione pubblica ablativa (25), applicando le imprescindibili regole procedimentali fissate dal legislatore. Un'altra dottrina sottolinea come la riscossione delle imposte appartenga all'area del diritto pubblico, per cui l'amministrazione esercita un potere attraverso il quale costringe il contribuente ad una determinata prestazione economica (26).

Di recente (27) è stato affrontato il tema del contemperamento del dovere contributivo di cui all'art. 53 Cost. con altri valori sociali costituzionalmente garantiti, al fine di comprendere fino a che punto la riscossione dei tributi debba essere efficace, visto che la tutela dell'impresa e la sua sopravvivenza, la tutela del lavoro, della famiglia, della casa di abitazione, del risparmio, sono tutti valori in conflitto con la generica esigenza di una riscossione aggressiva; ma si è escluso che sia il principio di capacità contributiva a dover risolvere il dilemma fra riscossione aggressiva e riscossione mite. Sotto il profilo della giurisprudenza la cennata dottrina richiama la Corte cost., sentenza n. 89 del 1992, che dichiarò illegittimo il "fallimento fiscale", proprio perché la riscossione doveva essere sì efficiente, ma non spingersi fino a divenire vessatoria.

---

(24) M. Stipo, *Ancora sulla natura giuridica dell'accertamento con adesione del contribuente, ex D.LGS. 19 giugno 1997, n. 218, nella prospettiva del nuovo cittadino e della nuova Pubblica Amministrazione nell'ordinamento democratico*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1740.

(25) S. La Rosa, *Accordi e transazioni nella fase della riscossione dei tributi*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 315.

(26) G. Falsitta, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo,* in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, p. 1057.

(27) Così M. Basilavecchia, *Profili costituzionali della riscossione*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, I, p. 475.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Viene altresì richiamata Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170 che ha dichiarato illegittima la disposizione che estendeva retroattivamente il privilegio alle sanzioni (ult. periodo del comma 37 e comma 40 dell'art. 23 del D.L. n. 98 del 2011). Le ragioni a favore dell'incostituzionalità sono state individuate nella imprevedibilità dell'innovazione legislativa, emanata in assenza di particolare motivazioni, e nell'alterazione a favore dello stesso Stato, contemporaneamente legislatore e creditore, del rapporto con gli altri creditori concorrenti. In realtà nelle procedure in cui lo stato passivo è stato reso già esecutivo, la retroattività pregiudicava il legittimo affidamento e la certezza delle situazioni giuridiche conseguite dai creditori attraverso il giudicato endofallimentare.

Che si sia nell'ambito dell'area pubblica [28] è confermato peraltro dalla stessa giurisprudenza quando richiama il principio dell'indisponibilità del tributo, la peculiarità e l'eccezionalità della disciplina dell'IVA.

Poi sempre la dottrina [29] rileva come a ben riflettere la natura vincolata della riscossione discenda soprattutto dal contenuto vincolante degli atti sottostanti, governati dal principio della capacità contributiva (accertamenti, dichiarazioni, sentenze, ...); ma l'interesse pubblico, altrettanto indisponibile, perseguito con la riscossione, dato dalla certa e sollecita acquisizione dei tributi, non è governato dallo stesso principio.

Ragion per cui l'interesse alla riscossione non è aprioristicamente pregiudicato da soluzioni consensuali che eventualmente consentano livelli di soddisfacimento uguale, se non addirittura superiori.

In realtà l'interesse alla certa e sollecita riscossione dei tributi viene attuato anche con la standardizzazione, la celerità e la semplicità; ciò al fine di assicurare imparzialità e trasparenza [30]. Oramai la riscossione coattiva si caratterizza per la presenza di molteplici attività istruttorie

---

[28] Si v. anche V. BUSA, *La riscossione coattiva nell'unitario procedimento impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, I, p. 485 che individua come filo conduttore di diversi interventi normativi proprio la natura pubblicistica del servizio di riscossione. A tal fine vengono citate le disposizioni intese ad agevolare sia la conoscenza della realtà economica dei contribuenti, sia a potenziare e riqualificare la potestà amministrativa degli agenti secondo forme e modalità che favoriscono e privilegiano la riscossione spontanea rispetto alla coattiva. In particolare le disposizioni sono quelle disciplinanti il preavviso di fermo amministrativo e di ipoteca, la messa a disposizione dell'agente delle somme chieste a rimborso dal contribuente, la rateazione. Infine viene auspicato il riversamento dell'aggio ad un capitolo di entrata del bilancio dello Stato, che contribuirebbe ad affermare definitivamente la natura pubblicistica e non privatistica della funzione svolta dagli agenti di riscossione.

[29] S. LA ROSA, *Accordi e transazioni nella fase della riscossione dei tributi*, cit., p. 318.

[30] S. LA ROSA, *op. ult. cit.*, p. 318; M. INGROSSO, *Il ruolo del giurista nella elaborazione di una legge generale sull'attuazione dei tributi e la riserva di amministrazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, I, p. 1038 sottolinea che la riconduzione della funzione tributaria in una forma

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che danno luogo a veri e propri obblighi che la legge pone a carico della pubblica amministrazione.

Infatti l'attività di riscossione si connota, come già detto, per una spiccatissima procedimentalizzazione, che si espande fino all'imminenza del pignoramento, o meglio fino alla sua esecuzione (31). È vero sì che sovente le disposizioni sul ruolo "attualizzano" (32) un obbligo di pagamento altrove affermato (nella dichiarazione o nell'avviso di accertamento) e quindi spesso ne rappresentano una replica, ma il procedimento è essenziale e funzionale per legittimare, successivamente, l'eventuale esecuzione coattiva (33).

Sempre con riferimento alla importanza del procedimento, Corte cost., 9 novembre 2007, ord. n. 377, ha espressamente concluso che pure nelle ipotesi in cui il procedimento (34) sia il più scarno ed elementare esso si chiuderà comunque con l'emanazione di un atto amministrativo. Ne consegue ad es. che anche la cartella di pagamento va necessariamente motivata, oppure anche per la cartella di pagamento va indicato il nome del funzionario responsabile.

Pertanto il procedimento assume un rilievo in sé e permea ovviamente non solo l'ambito della riscossione ma tutte le attività svolte dall'Amministrazione. Si pensi ad es. alla violazione del termine dilatorio di sessanta giorni, per l'emanazione dell'accertamento: tale violazione comporta un vizio del procedimento che determina l'invalidità dell'avviso di accertamento prematuramente emanato (35).

---

procedimentale, è la garanzia dell'uguaglianza di trattamento e della corretta formazione della volontà degli uffici.

(31) Così M. BASILAVECCHIA, *La riscossione dei tributi*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 34.

(32) In tal senso F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2011, p. 279. Tuttavia va precisato che il contenuto degli atti, svolgenti questa funzione di replica, non è mai identico perché sotto il profilo sostanziale le sanzioni aumentano e aumentano anche gli interessi, mentre sotto il profilo formale operano delle preclusioni per il contribuente.

(33) Invero va ricordato che la Cass., sez. un., 15 marzo 2012, n. 4126, nell'affrontare proprio il tema dei titoli necessari per l'insinuazione al passivo, evidenzia che nelle procedure concorsuali non vi è la necessità di rispettare il procedimento tributario perché nessuna esecuzione individuale potrà mai essere intrapresa.

(34) L. PERRONE, *Riflessioni sul procedimento tributario*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 67 nel richiamare l'attualità del pensiero di Micheli, circa l'importanza del procedimento, ha espresso la posizione che il procedimento tributario è governato dallo Statuto dei diritti del contribuente e non dalla L. n. 241 del 1990. Tuttavia, si fa rilevare, che già l'art. 16 della L. n. 212 del 2000 è esplicito in tal senso perché prevede che le disposizioni in essa contenute valgono anche per l'agente della riscossione.

(35) Cass., sez. un., 29 luglio 2013, n. 18184 con riferimento al termine, di sessanta giorni, prescritto dal comma 7 dell'art. 12 dello Statuto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La procedimentalizzazione dell'attività di riscossione e delle sue fasi, quindi, non è fine a se stessa ma è strumentale per ridurre o per escludere margini di discrezionalità e per assicurare, nel contempo, le prerogative dell'Amministrazione.

Ad esempio, la rateizzazione dei tributi che prima del 1999 era ritenuta eccezionale, anche a causa della discrezionalità che ciò comportava, è ora divenuta un'agevolazione tributaria matura, standardizzata e vincolata, tanto è vero che ad oggi si contano circa due milioni di richieste di rateizzazione, dato inimmaginabile qualche anno fa. Attualmente la rateizzazione è configurabile come un diritto del contribuente: la principale e antica prerogativa dell'Erario, di incassare tutto e subito, retrocede dinanzi all'esigenza di rispettare l'integrità patrimoniale del contribuente, sempreché questi si trovi in una situazione di obiettiva difficoltà ([36]).

Queste soluzioni consensuali non sono in contrasto con il fine della maggiore economicità e proficuità dell'azione pubblica esattiva, e ciò a prescindere dal se si intervenga solo sui tempi ed i modi di riscossione o anche sugli importi ([37]), perché entrambi questi casi sono equivalenti sul piano della gestione dell'interesse acquisitivo ([38]).

8. *Le tre fasi del procedimento della transazione fiscale.*

È opportuno fare due premesse.

La prima è che il termine di transazione fiscale, contenuto nella rubrica dell'art. 182-*ter* legge fallim., è inadatto perché nessuna transazione, secondo la tradizionale accezione, è ravvisabile in detto articolo.

([36]) Per gli approfondimenti mi permetto di rinviare a G. ROCCO, *Diritto alla rateizzazione dei tributi: un bilanciamento tra la tutela del contribuente e l'interesse erariale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, p. 497.

([37]) Sugli importi pare sussistano le maggiori divergenze di fondo. Infatti, G. FALSITTA, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo*, cit., p. 1058, ritiene che, se è vero che in sede di riscossione all'Amministrazione sono attribuiti poteri dispositivi di varia indole e intensità, finalizzati ed esclusivamente funzionalizzati ad accrescere le possibilità del felice esito della riscossione, determinando nel contempo il minor pregiudizio per il contribuente, dall'altro lato si afferma che ciò che è consentito all'Amministrazione è scolpito nella Costituzione e denominasi perequato riparto dei carichi; se l'Amministrazione non può disporre di un credito incerto, illiquido ed inesigibile, a *fortiori* non può disporre dei crediti iscritti o iscrivibili a ruolo, che già sono certi, liquidi ed esigibili.

([38]) Così S. LA ROSA, *Accordi e transazioni nella fase della riscossione dei tributi*, cit., p. 322. L'Autore puntualizza che nel caso si intervenga sugli importi l'interesse acquisitivo viene sempre in qualche modo "gestito".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La seconda è che, quando l'art. 182-*ter* legge fallim. è stato emanato [39], ha risentito della normativa all'epoca in vigore, ad es. per i privilegi, che erano subordinati, per le imposte dirette, alla data di formazione del ruoli. Quindi ad es. i tributi diretti, recati da una comunicazione di irregolarità o da un avviso di accertamento, per i quali ancora non si fosse proceduto all'iscrizione a ruolo, non potevano tecnicamente rientrare tra i "crediti privilegiati".

Ecco il motivo di una certa vischiosità dell'art. 182-*ter* legge fallim., soprattutto quando si fa riferimento ai privilegi, alle iscrizioni a ruolo ed alle ripartizioni dei compiti tra Agenzia ed agente di riscossione. In particolare le modifiche del regime dei privilegi, introdotte con l'art. 23 del D.L. n. 98 del 2011 (da comma 37 a 40), possono così essere riassunte:

- anche i crediti per le imposte dirette, e non solo quelli relativi all'IVA, hanno la collocazione sussidiaria sul prezzo degli immobili in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, ai sensi del riformato art. 2776 c.c.;
- è stato soppresso il limite temporale del biennio, stabilito dall'art. 2752 c.c., per effetto del quale il privilegio generale mobiliare era riconosciuto solo ai tributi iscritti nei ruoli resi esecutivi nell'anno in cui il concessionario procedeva o interveniva nell'esecuzione e nell'anno precedente. Pertanto con tale norma il privilegio per i tributi diretti è oramai riconosciuto incondizionatamente, senza limiti temporali (comma 37, prima parte, art. 23 del D.L. n. 98 del 2011).

È stato esteso il privilegio anche alle sanzioni per le imposte dirette che in precedenza avevano collocazione meramente chirografaria (comma 37, prima parte).

Le predette due novelle sono state dichiarate retroattive, nonostante la loro portata chiaramente sostanziale (comma 37, ult. periodo). Ma poi è intervenuta Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170, che, dopo aver premesso il *thema decidendum*, dato dalla sola portata retroattiva, e non dall'estensione del privilegio alle sanzioni, ha dichiarato illegittimi l'ultimo periodo del comma 37 nonché il comma 40 (si v. anche Cass., sez. I, 22 novembre 2013, nn. 26208 e 26209).

Fatte queste due premesse, si ritiene che il richiamo alla capacità negoziale di diritto privato, che la dottrina ha prospettato in via generale

---

[39] Va ricordato che la "transazione fiscale" è stata introdotta con l'art. 146 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (decorrenza 16 luglio 2006), poi è stata estesa agli accordi di ristrutturazione dei debiti (D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169). Successivamente è stata inserita la sola dilazione di pagamento per l'IVA (art. 32 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185), poi estesa alle ritenute "operate e non versate" con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per l'inquadramento della transazione fiscale – più correttamente definibile "consolidamento del debito fiscale" - sia inutile perché il legislatore, in modo esplicito, avrebbe unicamente dettato i criteri di trattamento da riservare alla soddisfazione dei crediti tributari, così vincolando l'azione amministrativa e riducendo al massimo ogni possibile capacità negoziale da parte degli uffici.

Il procedimento di transazione fiscale, sotto il profilo sostanziale, si articola in tre momenti, che possono ritenersi inscindibili:

- la fase del consolidamento, per i debiti da dichiarazione, in cui l'Amministrazione accelera l'ordinario iter procedimentale;

- la fase del consolidamento, per i debiti da accertamenti, in cui l'Amministrazione addiviene ad una sorta di conciliazione giudiziale, ma con la differenza, rispetto all'iter ordinario, che in sede di transazione la "conciliazione" diviene possibile anche qualora ci si trovi in secondo grado; ma questa eccezione, recentemente, è venuta meno, essendo stata estesa a tutti i contribuenti con il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 156, in vigore dal 1° gennaio 2016. Permarrebbe, tuttavia, la possibilità di definire con la conciliazione i contenziosi pendenti in ultimo grado, dinanzi alla Cassazione, che per la gran massa dei contribuenti è esclusa;

- la fase del confronto tra il trattamento riservato ai crediti tributari e quello riservato ai crediti extratributari.

In relazione alle prime due fasi si esprime la posizione che la transazione non modifichi, se non per esigenze di celerità, gli altri procedimenti di natura ordinaria stabiliti dal legislatore tributario.

In particolare la debitoria derivante dalle dichiarazioni non può essere ridotta dall'Agenzia, neanche per le sanzioni. Se ciò fosse consentito, i dubbi di costituzionalità risulterebbero ancora più fondati e, in pratica, l'Agenzia avrebbe serie difficoltà ad esprimere un consenso. Dunque per la debitoria certa, l'importo nominale del credito non potrà essere ridotto e subirà soltanto la falcidia della percentuale concordataria. Infatti non è un caso che sia stata posta in dottrina [40] la questione se sia lecito, in presenza di imposte già accertate (in taluni casi anche in via definitiva), ridurre l'entità dell'obbligazione tributaria e come ciò possa giustificarsi alla luce dell'art. 23 Cost.

---

[40] Così E. DE MITA, *L'accordo fiscale ha come arbitro l'Agenzia*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 dicembre 2009, p. 21.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Invece per la debitoria *sub iudice* il debitore esprimerà nella proposta di transazione fiscale la propria posizione e poi, via via, nella fase istruttoria, si tenterà una quantificazione "condivisa".

In tale sede, si ritiene, che l'Amministrazione non possa però riconsiderare le maggiori somme derivanti da un avviso di accertamento, qualora il contribuente non lo abbia, semmai per dimenticanza, impugnato; oppure non è possibile rideterminare le sanzioni. Oppure, come è accaduto, non è possibile rideterminare al ribasso la dovuta IRAP in considerazione dell'incidenza notevole dei costi di lavoro dipendente sopportati dall'impresa insolvente, indeducibili o irrilevanti per la base imponibile, derogando così agli imperativi criteri di quantificazione stabiliti dal legislatore.

Semmai, il contribuente potrà chiedere, senza per questo escludere una parallela iniziativa dell'Amministrazione, l'attivazione dei normali poteri di autotutela al fine di rideterminare gli importi, ma solo se ci sono i presupposti che la legge prevede. Giammai invece l'ufficio potrà giustificare e motivare l'autotutela perché l'impresa ha chiesto il concordato (41).

Altresì l'attività finalizzata a definire il contenzioso, che si svolgerà sulla base della proposta di transazione fiscale, attivata dal contribuente, sarà retta dai normali principi e regole che gli uffici già applicano in sede di conciliazione giudiziale, *ex* art. 48 del D.Lgs. n. 546 del 1992, senza che si debba ricorrere ad altre regole.

In caso contrario, il principio dell'indisponibilità riemergerebbe con tutta la sua forza e l'attività dell'Amministrazione risulterebbe illegittima.

Tale conclusione si impone anche per una seconda ragione, di tipo eminentemente più pratico. Infatti non appare possibile accordare al contribuente un "doppio" sconto: dapprima annullando un carico tributario (semmai quello sanzionatorio) e successivamente in sede di voto accettando, per la parte del restante credito, una (seconda) falcidia.

Di recente è stato affermato che l'eventuale contenzioso pendente andrebbe definito nella sua interezza perché la *ratio* dell'istituto è quella di quantificare definitivamente la posizione debitoria; anche il tenore letterale della norma «…liti aventi ad oggetto i tributi di cui al 1° comma» farebbe intendere che la definizione debba riguardare tutte le liti transi-

---

(41) Sul tema dell'autotutela, M. CANTILLO, *Il controllo giudiziale del provvedimento di diniego di autotutela*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 310 ritiene che la doverosità dell'autotutela sussista solo nelle ipotesi di fatti o atti giuridici sopravvenuti rispetto al momento di consolidamento dell'atto. Su tale aspetto si può affermare che l'intervenuta proposta di concordato non può rientrare tra i fatti sopravvenuti, tali da giustificare l'autotutela.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gibili (42). Si ritiene che il tema vada ulteriormente approfondito. Già (43) si è espressa l'idea che dovrebbe essere il debitore a stabilire il campo di azione: potrà dunque decidere di includere taluni debiti e di escluderne altri.

Ciò ovviamente non comporta il dissolvimento del debito escluso, ma unicamente l'applicazione delle normali regole della legge fallim. Più precisamente, il comma 6 dell'art. 180 legge fallim. prevede per i debiti contestati, in relazione all'importo o alla garanzia, un obbligo di accantonamento di somme secondo le condizioni stabilite dal tribunale.

È ovvio che siffatto obbligo di accantonamento inciderà sull'attivo disponibile per il concordato, ma può verificarsi anche l'ipotesi inversa per cui può accadere che eventuali pagamenti provvisori, effettuati in pendenza del giudizio fiscale, debbano essere poi restituiti al contribuente nel caso di esito favorevole del contenzioso. Quindi un tributo può essere iscritto tanto nell'attivo concordatario disponibile o "recuperabile" tanto nel passivo per la parte non ancora pagata, scattando nel caso di "sopravvenienza" di crediti, l'istituto della compensazione *ex* art. 56 legge fallim. che favorirebbe l'Amministrazione, salvo patto contrario.

Non si rinvengono dalla lettura dell'art. 182-*ter* legge fallim. elementi letterali che escludano una proposta parziale di transazione. Un'altra dottrina, senza dilungarsi sulla questione, ha assunto una posizione favorevole (44). Tale conclusione a nostro avviso sarebbe rafforzata da quelle regole che impongono il pagamento integrale del debito IVA o che escludono dalla transazione i debiti di restituzione degli aiuti di Stato. Infatti, ove si condizionasse la transazione fiscale a tutti i tributi in astratto definibili si ridurrebbe notevolmente l'applicazione del predetto istituto. In caso contrario, se ci fosse un legame indissolubile tra tutti i diversi tributi, l'obbligo di pagare totalmente il debito IVA, per i contenziosi pendenti, farebbe naufragare le buone intenzioni, contrastando così l'intenzione del legislatore. È indubbio che una proposta complessiva determini un diverso potere contrattuale e quindi realizzerebbe appieno l'obiettivo di definire in tempi brevi la debitoria ma non per questo deve ritenersi obbligatoria.

---

(42) Così E. BELLI CONTARINI, *Con la transazione si fermano tutte le liti tributarie*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2016, p. 17.

(43) Mi si permetta di rinviare a *I privilegi tributari e il riparto dell'insolvenza tra interpretazione estensiva, eccesso di delega e transazione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, I, p. 511.

(44) P.G. DEMARCHI-C. GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 485.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La possibilità di "transigere" una parte del debito tributario sarebbe il logico corollario di altre norme, oltre a quella già vista in tema di accantonamento, che si applicherebbero nelle rinnovate procedure concorsuali.

Ad esempio l'adesione o il diniego alla proposta di concordato è espressa dalle Agenzie fiscali o dal Concessionario mediante il voto favorevole o contrario in sede di adunanza dei creditori, dove le maggioranze sono determinate in base all'ammontare dei crediti. Se vi è stata la suddivisione in classi, è necessario ai fini dell'approvazione del concordato, che la predetta maggioranza si verifichi nel maggior numero delle classi, ai sensi del comma 1, art. 177 legge fallim. Possiamo quindi assistere alla contemporanea presenza del medesimo creditore, portatore di diversi crediti, in più classi; se il creditore fa parte di una classe dissenziente e contesta la proposta di concordato il tribunale potrà omologare il concordato a patto che il "credito" possa risultare soddisfatto in misura non inferiore rispetto a quella conseguibile dalle alternative praticabili, *ex* comma 4, art. 180 legge fallim.

L'art. 177 legge fallim., ante 2005, non consentiva un voto parziale o divergente visto che il criterio di computo richiedeva sia la maggioranza di numero sia quella di somma; attualmente invece, ai fini del computo, il criterio si fonda unicamente sull'ammontare del credito, per l'approvazione del concordato.

Si è ritenuto che un doppio voto, semmai divergente nell'una e nell'altra classe, non è ammesso visto che il voto resta sempre unico e dovrà essere conteggiato nella classe di appartenenza per la percentuale di soddisfacimento prevista e nella classe dei chirografari per la parte residua del credito (45).

Un'altra dottrina, invece, ritiene, per tali creditori, il «...computo del voto dei creditori con prelazione per il raggiungimento della maggioranza nella classe nella misura dell'intero importo nominale e per il raggiungimento della maggioranza generale dei creditori avanti diritto al voto nella misura della degradazione a chirografi» (46).

Diversamente, si è anche sostenuto che «...il voto dei prelatizi deve semplicemente essere esercitato nella loro classe e poi conteggiato anche nella maggioranza generale dei crediti» (47).

---

(45) In tal senso P.F. CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 40.

(46) Così L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 276.

(47) V. L. BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1063.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Emergerebbe così dall'esame della normativa di settore e da quella generale che l'elemento di riferimento sia il credito ed il suo ammontare. L'effetto sarà che l'Amministrazione se accetterà la proposta parziale non pregiudica certamente la restante parte del suo credito; pertanto potrà esprime un voto favorevole per quella parte di credito che è stata oggetto di "consolidamento" e negare il voto per la restante parte.

Come già detto, per gli accertamenti non tempestivamente impugnati, è possibile ricorrere all'autotutela, quale procedimento che può convivere con la transazione fiscale; ma ci sono altri procedimenti, che potranno essere attivati in parallelo, come quelli di controllo, di indagine, o di richiesta di chiarimenti in relazione a disposizioni antielusive, e così via.

Oppure si pensi alla possibilità di ridurre le sanzioni: nei limiti consentiti, in via ordinaria, dal comma 4 del D.Lgs. n. 472 del 1997 l'ufficio potrà «...qualora concorrano eccezionali circostanze che rendono manifesta la sproporzione tra l'entità del tributo cui la violazione si riferisce e la sanzione, questa può essere ridotta fino alla metà del minimo...». Ma, si puntualizza, le eccezionali circostanze non possono ritrovarsi nel mero fatto dell'attivazione della transazione fiscale.

Anche l'accelerazione, imposta dalla transazione fiscale, per l'attività di liquidazione non incide sulla sequenza degli atti normalmente previsti perché ad es. l'ufficio deve comunque notificare gli avvisi di irregolarità, che non sono affatto sostituiti dalla certificazione dell'ufficio. Altresì, se i debiti sono già iscritti a ruolo, resta ferma l'attività svolta e sarà il concessionario a dover esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori.

Insomma si realizza un procedimento nel procedimento, che tuttavia rimangono distinti.

Una volta quantificata la debitoria e definita la qualità del credito, l'Amministrazione dovrà verificare che il trattamento riservato ai tributi non sia deteriore rispetto ai crediti di rango inferiore; a tal fine l'art. 182-*ter* legge fallim. è il perimetro entro cui può muoversi l'Amministrazione finanziaria.

9. *Il divieto di alterare l'ordine delle cause di prelazione e le particolarità dell'art. 182-*ter.

Il coordinamento tra l'art. 160 legge fallim. e l'art. 182-*ter* legge fallim. non è agevole [48].

---

[48] V. ZANICHELLI, *La transazione fiscale*, cit., p. 154 afferma che l'art. 160 e l'art. 182-*ter* non possono coesistere. Rivaluta, invece, decisamente l'art. 182-*ter* legge fallim. F. GUERRERA, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Già l'interpretazione dell'art. 160 legge fallim., in sé considerato, si presenta piuttosto delicata e ciò è dimostrato dalle divisioni esistenti in dottrina.

In realtà l'art. 160 legge fallim. dispone: «La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione...». La norma prosegue stabilendo che «Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione».

Ebbene su tali disposizioni c'è un vivace dibattito, tutt'altro che risolto.

Vi è una prima interpretazione (49) c.d. forte, autorevolmente sostenuta, secondo cui tale norma avrebbe la finalità di impedire la soddisfazione del creditore di grado successivo, qualora quello di grado precedente non sia stato interamente soddisfatto. A meno che non vengano utilizzate risorse esterne (50). Insomma con il concordato preventivo si realizzerebbe una anticipata liquidazione fallimentare (51).

---

delle società, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 722. In particolare l'autore attribuisce un peso ermeneutico decisivo, ai fini della deroga "parziale" dell'ordine legale di soddisfacimento dei crediti, a detta norma allorquando ammette il pagamento a percentuale - oltre che dei crediti tributari chirografari, anche di quelli assistiti da privilegio generale - in misura non inferiore a quella offerta ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore.

(49) L'attuale situazione è efficacemente riassunta da G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 40. L'autore propende per la tesi debole, perché a ben guardare gli argomenti della contrapposta tesi non risultano insuperabili. Infatti mentre per i privilegiati "speciali" (pegno e ipoteca) la relazione con il bene è assoluta, per i privilegiati generali - come si verifica nel caso dei tributi - la prelazione crea solo un rafforzamento della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., ma non costituisce un rapporto diretto tra creditore e patrimonio stesso. Quindi il privilegio generale si traduce in una regola di preferenza ma non in una regola di obbligo di destinazione esclusiva del patrimonio mobiliare a soddisfazione, soltanto, dei privilegiati.

(50) Cass., sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373 ritiene che le risorse esterne possano essere liberamente utilizzate, sempreché l'apporto del terzo non si traduca in un aumento del passivo (a seguito dell'appostazione del debito di restituzione, seppur postergato o con esclusione del voto) o in una modifica dell'attivo. Quindi par di comprendere che solo nel caso di apporti "liberali" non sussista, per la Cassazione, nessun vincolo. G. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in questa *Rivista*, 2013, p. 37, ritiene troppo restrittivo l'orientamento della Suprema corte. Secondo Trib. Padova, 30 maggio 2013 e Trib. Vicenza, 27 dicembre 2012 finanche gli apporti di finanza esterna devono essere destinati primariamente al pagamento integrale dell'IVA.

(51) Per un'altrettanta efficace ricostruzione degli orientamenti v. F. CASA, *Il concordato preventivo nei lavori monografici più recenti: due autori a confronto*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 393 ss. In particolare l'autore riassume la posizione di AMBROSINI, secondo cui il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Vi è poi un orientamento c.d. debole, non trascurabile, che si preferisce, secondo cui sarebbe possibile il pagamento dei creditori di rango inferiore anche in assenza del pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che detto pagamento sia in misura inferiore. Sarebbe sufficiente, per rispettare il precetto normativo, che i creditori di rango inferiore non vengano pagati meglio, percentualmente, rispetto a quelli di grado superiore (52).

Il dibattito poi si è arricchito del concordato in continuità, *ex* art. 186-*bis* legge fallim., per cui il rigido rispetto della regola, gerarchica, di soddisfazione porrebbe i creditori chirografari, anche se strategici, in una posizione sempre deteriore rispetto ai creditori muniti di privilegio speciale o generale.

Poi, l'art. 182-*ter* legge fallim., discostandosi nettamente dall'art. 160 legge fallim., dispone «Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie».

Quindi l'art. 182-*ter* legge fallim., almeno secondo le iniziali intenzioni - ma va ricordato che quando fu introdotta la transazione fiscale non esisteva il comma 2 dell'art. 160 legge fallim. -, privilegia un confronto al ribasso nel momento in cui dispone che la percentuale, i tempi di pagamento e le "eventuali garanzie" non possono essere inferiori a quelle offerte ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle Agenzie (53).

I diversi interventi normativi che si sono succeduti nel tempo hanno senz'altro complicato il quadro interpretativo, per cui le zone d'ombra

---

concordato preventivo più che una procedura concorsuale minore è essenzialmente una soluzione negoziata della crisi di impresa; ne deriva che se l'attivo fallimentare determina una soddisfazione peggiore rispetto a quella del concordato preventivo, è consentito il pagamento del creditore di grado successivo anche se quello di grado anteriore non sia stato interamente soddisfatto. In contrapposizione c'è la posizione di FABIANI, secondo cui si debba degradare da privilegio a privilegio.

(52) Per una approfondita esposizione delle tesi in campo v. G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, cit., p. 44.

(53) M. FABIANI, *La falcidiabilità di tutti i crediti tributari e l'equivoco della lettura della Cassazione*, cit., p. 265, ritiene che se il patrimonio è incapiente il pagamento parziale non può premiare di più un credito di rango inferiore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

permangono. Ed è altresì probabile che l'iniziale rotta sia stata invertita a causa di qualche abuso.

In tale ottica assumerà peso dirimente l'interpretazione del "trattamento al ribasso", visto che a parte i tributi degli enti locali, i debiti tributari residui (in pratica restano le imposte dirette e le relative sanzioni, nonché le sanzioni dell'IVA e delle ritenute, di importo non affatto trascurabile perché mediamente pari al tributo sottostante) sono collocati sostanzialmente all'ultimo posto dell'art. 2778 c.c. Più precisamente, tranne l'ipotesi di cui all'art. 2759 (grado 7°), i tributi diretti e le sanzioni godono del grado 18°, mentre l'IVA e le sanzioni sono posizionate al grado 19°. Residuano poi i tributi locali (grado 20°).

10. *La natura di agevolazione tributaria dell'art. 182-*ter *e l'impugnativa del diniego di transazione.*

Si ritiene, dunque, che sia consentita una diversità di trattamento dei crediti tributari erariali rispetto agli altri crediti: e tale trattamento, essendo derogatorio, rientrerebbe a pieno titolo nelle agevolazioni tributarie.

La natura di agevolazione non è contraddetta neanche dalla pur possibile eccezione che il presupposto per l'approvazione della transazione fiscale, dato dalla insussistenza di un trattamento deteriore, sia estraneo alla logica strettamente tributaria. Infatti, con riferimento alla giurisdizione tributaria, le Sezioni unite hanno concluso che l'applicazione di «...comuni norme civilistiche non implica... esorbitanza dalla materia tributaria, essendo questa definita dalla natura del rapporto, non dalla natura della problematica da affrontare per la sua definizione» (54).

Va altresì ricordato che, in diritto tributario, le condizioni per individuare un'agevolazione sono piuttosto elastiche. Infatti, la Cassazione ha concluso che è impugnabile anche la risposta negativa all'istanza di interpello disapplicativo, in quanto «... la disapplicazione della normativa antielusiva... consente al contribuente di sottrarsi agli effetti pregiudizievoli della normativa, ... normalmente obbligatoria per la generalità degli utenti, realizzando una deroga al trattamento generale a favore del contribuente medesimo, ed in tal modo concretando una ipotesi tipica di agevolazione» (55).

---

(54) Cass. civ., sez. un., 3 dicembre 2003, n. 18508 in cui si discuteva circa il soggetto legittimato al rimborso perché vi era stata una fusione per incorporazione.

(55) Cass., sez. trib., 15 aprile 2011, n. 8663, in *Riv. dir. trib.*, 2011, II, p. 358 con nota di F. PISTOLESI, *Impugnazione della risposta negativa all'istanza di interpello: condizioni ed effetti*, che ritiene corretto lo sviluppo argomentativo della sentenza, ma esprime riserve sul

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Peraltro, la natura agevolativa è insita nei vantaggi sottolineati proprio dalla Cass., sez. I, 4 novembre 2011, n. 22931, che sottolinea, con riferimento all'obbligo di pagamento integrale dell'IVA, il vantaggio dell'apprezzabile o assoluta certezza del debito, o la maggiore trasparenza e leggibilità della proposta di concordato preventivo.

Ma altri esempi possono essere fatti: riguardo alla rateizzazione dei tributi, Cass., 30 marzo 2010, n. 7612 e poi la successiva 1° luglio 2010, n. 15647, hanno statuito che «...le controversie attinenti alla rateizzazione del debito tributario spettano alla giurisdizione tributaria, anche se la decisione debba essere assunta in base a considerazioni estranee alla materia tributaria». Poi Cass., sez. un., 14 marzo 2011, n. 5928 ha affermato che «...anche a prescindere dal concetto di agevolazione è fuor di dubbio che la controversia riguarda la fase della riscossione del tributo, concernendo in particolare una modalità di riscossione che la legge predispone per l'ipotesi di contribuenti che si trovino in determinate condizioni economicamente sensibili».

Se il legislatore ha previsto un trattamento "al ribasso" è probabile che abbia voluto semplificare ed alleggerire il rapporto tra l'Erario ed il concordato preventivo. In tale prospettiva, i successivi interventi legislativi, quali il rafforzamento dei privilegi, ora spettanti senza limiti temporali, peraltro estesi alle sanzioni, oppure il pagamento integrale dell'IVA e delle ritenute, possono essere interpretati come un contrappeso [56], volto ad evitare che la gestione della crisi pesi unicamente sull'Erario.

Il criterio indicato nella transazione fiscale, in realtà, soddisfa sia l'esigenza di circoscrivere la discrezionalità dell'Amministrazione - come già anticipato in precedenza - sia di fornire uno strumento di valutazione "esclusivo" per i tributi. Infatti è disposto:

- per i crediti tributari privilegiati «...la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai

---

punto dell'obbligatorietà dell'istanza di interpello, la cui assenza sarebbe preclusiva di un successivo accertamento giudiziale.

[56] Indubbiamente va dato atto che manca questo contro bilanciamento per i debitori sovra indebitati. Infatti nell'art. 7 del D.L. n. 3 del 2012, da un lato non è consentito un trattamento al ribasso, bensì la sola soddisfazione in misura non inferiore «a quella realizzabile... avuto riguardo al valore di mercato...» e, dall'altro lato, è comunque imposto il pagamento integrale delle risorse proprie, dell'IVA e delle ritenute. Si tratta probabilmente di una disciplina più semplificata che non è possibile confrontare con la transazione fiscale; ad es. le risorse proprie sono dilazionabili nelle crisi da sovra indebitamento ma non lo sono nella transazione fiscale. Quindi ogni tentativo di ricondurre le due procedure ad un minimo comune denominatore è davvero difficile.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

creditori che hanno un grado di privilegio inferiore...»; si tratterebbe in realtà dei tributi degli enti locali;

- per i crediti tributari chirografari «...il trattamento non può essere differenziato...» rispetto a quello degli altri creditori chirografari (57);

- se, poi, sono previste le classi «...il trattamento non può essere differenziato rispetto ... ai creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole». Quindi quando ci sono delle classi, il trattamento non può essere inferiore a quello stabilito per la classe migliore.

C'è poi da fare una considerazione. L'art. 182-*ter* legge fallim., con una terminologia più ristretta, richiama come causa legittima di prelazione solo i privilegi; difatti il comma 1 recita «la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie, non possono essere inferiori a quello offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore...».

Questa diversità terminologica non esprime una diversa sostanza, perché secondo l'Agenzia (58) i termini sono stati utilizzati in senso atecnico. Quindi, per stabilire la posizione giuridica del debito e la sua entità, si dovranno considerare, e su ciò si è d'accordo, non soltanto i privilegi ma tutte le cause legittime di prelazione vantate in concreto (59).

Così facendo, l'ordine dei privilegi fissato dal legislatore, per contemperare le esigenze dei diversi creditori, determina la misura "minima" di soddisfazione del credito, ma non è escluso un superiore ordine di soddisfazione, qualora ad es. il credito tributario sia assistito anche da una prelazione ipotecaria.

Ne consegue, come già detto, che un debito per sanzioni può risultare garantito da ipoteca, mentre il debito per l'imposta, se il ruolo non è stato emesso nell'ultimo biennio (per i crediti anteriori alla novella sui privilegi), può risultare chirografario. Si può verificare, quindi, un'alterazione dell'originario assetto tra i privilegi, ma il dato normativo lascia pochi spazi ad un'interpretazione diversa.

---

(57) G. Lo Cascio, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182-ter l. fall.*, in *Fallimento*, 2009, p. 5, oltre a ritenere difficile un coordinamento tra le due disposizioni, sottolinea l'oscurità della parte finale del comma 1 dell'art. 182-*ter*, visto che in assenza di classi di creditori il credito tributario chirografario non può che ricevere lo stesso trattamento di ogni altro credito di pari rango, subendo gli effetti obbligatori e remissori del concordato.

(58) Agenzia, Circ. 18 aprile 2008, n. 40/E, punto 4.2.5.

(59) G. Bozza, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, cit., p. 377 ss., ritiene invece che la transazione non possa riguardare i crediti tributari assistiti da ipoteca e pegno. Ma così facendo si corre il rischio di escludere parecchi crediti tributari dalla transazione perché oramai le iscrizioni ipotecarie per i tributi sono piuttosto rapide e semplificate.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In conclusione il trattamento al ribasso costituisce la peculiarità del trattamento dei debiti tributari (60), e tale regime derogatorio, rispetto a quello ordinario, consente di inquadrare il procedimento della transazione fiscale tra le agevolazioni. Ciò determinerebbe la inscindibilità dell'art. 182-*ter* legge fallim.

Ai fini dell'impugnativa, se il voto dell'ufficio è negativo, l'atto del direttore sarà impugnabile dinanzi al giudice tributario, che dovrà decidere sulla base delle sole disposizioni contenute nell'art. 182-*ter*. Su questo aspetto della giurisdizione, però, la dottrina esprime posizioni diversificate e non esattamente definite (61).

Nella misura in cui la tesi qui sostenuta dovesse ritenersi fondata, le alternative sarebbero: impugnazione dinanzi al giudice amministrativo o dinanzi al giudice tributario. In tale seconda ipotesi, poi, si potrebbe parlare o di «diniego di agevolazione» o di «rigetto di domande di definizione agevolata dei rapporti tributari». Tuttavia, va dato atto di qualche decisione del giudice amministrativo, riguardante la abrogata transazione dei tributi iscritti a ruolo, che ha concluso in modo diverso, ovvero ha

---

(60) V. ZANICHELLI, *La transazione fiscale*, cit., p. 154 esprime appunto l'idea che l'art. 182-*ter* è la disciplina speciale dettata specificatamente per il trattamento dei crediti tributari. Altresì G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, cit., p. 377 ss. definisce l'art. 182-*ter* una norma di carattere eccezionale che pone una deroga al principio dell'inalterabilità della graduazione, tesa, tra l'altro, a favorire l'attività di riscossione dei crediti tributari.

(61) L. DEL FEDERICO, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, cit., p. 235 non prende esplicitamente posizione, ma propende per la giurisdizione tributaria, impugnando il rigetto di domande di definizione agevolata del rapporto tributario. Ciò alla luce degli ampliamenti della giurisdizione tributaria. G. FALSITTA, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, p. 1072, ritiene che la transazione abbia una natura ibrida ed è incontrovertibile che dia luogo ad un aiuto di Stato, perché le risorse pubbliche sono messe a disposizione dell'impresa in crisi senza contropartita. V. FICARI, *Riflessioni su transazione fiscale e ristrutturazione dei debiti tributari*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 80, non prende una netta posizione, ma propende per la giurisdizione tributaria nella misura in cui l'elencazione degli atti impugnabili possa ritenersi non tassativa e riconoscendo all'istituto della transazione la qualità di domanda di definizione agevolata di rapporti tributari o, anche, di diniego di autotutela. F. RANDAZZO, *Il "consolidamento" del debito tributario nella transazione fiscale*, cit., p. 837, ritiene che non sussiste nessun interesse di tipo pretensivo del contribuente, perché l'effetto del voto si dissolve all'interno del procedimento concorsuale. G. MARINI, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO, (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, p. 443, ritiene possibile la giurisdizione tributaria, essendo assimilabile al rigetto di domande di definizione agevolata. M. ALLENA, *La transazione fiscale*, cit., p. 607, non assume sulla giurisdizione una posizione netta ma si limita ad esporre le tesi in campo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

inquadrato l'istituto nell'ambito della "domanda di definizione agevolata" anziché in quello delle agevolazioni (62).

Data la natura composita dell'agevolazione, la prima fase del procedimento potrà essere oggetto di una tutela effettiva dinanzi al giudice tributario; la seconda fase, riguardante la quantificazione dei crediti *sub iudice*, non appare tutelabile (al limite opereranno i meccanismi degli accantonamenti della legge fallim.) (63), mentre la terza, circa il trattamento dei crediti, pone i maggiori dubbi perché effettivamente il contesto del tribunale fallimentare, in cui ci si trova, è quello ordinariamente deputato a risolvere questo tipo di questioni.

11. *Conclusioni.*

La Corte di Giustizia ha chiarito che non viola il diritto europeo una interpretazione del diritto nazionale che permette il pagamento parziale dell'IVA.

Ma non è detto che tale positivo pronunciamento avrà una immediata ricaduta sulla tangibilità dell'IVA e delle ritenute, in quanto il vincolo derivante dalla graduazione dei privilegi, secondo l'orientamento espresso dalla Suprema corte e dalla Consulta qualche anno fa «…non astringe il legislatore che può, come nella fattispecie e per cause discrezionalmente individuate, attribuire un trattamento particolare a determinati crediti come avviene per la prededuzione, senza che ciò incida automaticamente sul trattamento degli altri» (64).

Anche la comparazione con l'alternativa del fallimento, a cui fa riferimento la Corte di Giustizia perché così era stato prospettato dal giudice del rinvio, non sembra essere risolutiva, anche perché forse frettolosamente si è concluso che l'unica alternativa sarebbe la liquidazione fallimentare. Seppur si volesse accettare tale conclusione, la comparazione, come si è visto, risulterebbe inattuabile, perché i termini del raffronto non sono

(62) T.A.R. Lombardia, sez. I, 7 febbraio 2007, n. 191.

(63) Si rinvia a G. ROCCO, *I privilegi tributari e il riparto dell'insolvenza, tra interpretazione estensiva, eccesso di delega e transazione fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, I, p. 511.

(64) G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, cit., p. 377 ss., pure sottolinea la libertà del legislatore ma ribatte che «…il legislatore, nella sua libertà, ha effettivamente modificato i principi della responsabilità patrimoniale, ma lo ha fatto introducendo l'istituto della transazione fiscale con l'art. 182-*ter*; ciò che si contesta non è la libertà del legislatore, ma l'estensione di tale norma oltre i confini della transazione, che è frutto di una interpretazione estensiva di una norma eccezionale ben oltre il limite segnato dalla sua formulazione testuale, dalla sua collocazione toponomastica e dalla sua finalità».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

omogenei: nel concordato preventivo l'IVA e le ritenute andrebbero pagate per intero, mentre nel fallimento l'IVA ritorna alla sua graduazione originaria (grado 19°). Quindi per definizione l'alternativa del fallimento è sempre peggiore per l'Amministrazione e migliore, di converso, per i privilegiati, posposti all'IVA.

A livello normativo, al termine di questi dieci anni, di riforme e controriforme della legge fallim., sembra che il legislatore voglia porre un argine ad un uso troppo spregiudicato del concordato, che pure si è registrato sul territorio nazionale (65). È probabile che il "super privilegio" accordato dal legislatore all'IVA nel 2008 ed alle ritenute nel 2010 abbia costituito un primo, ma isolato tentativo, di rimediare a questo uso disinvolto. Non è un caso che nella relazione al D.L. n. 78 del 2010, che ha esteso alle ritenute fiscali il medesimo super privilegio dell'IVA, si affermi «…Tale previsione trova il suo fondamento nel fatto che anche le ritenute operate dal sostituto d'imposta a titolo di acconto sono poi utilizzate in detrazione dal sostituito, in diminuzione del proprio debito tributario. Occorre poi osservare che anche le ritenute d'acconto sono somme di terzi, che il sostituto trattiene allo scopo di riversarle allo Stato. Le analogie con l'IVA rendono irragionevole una disparità di trattamento».

È agevole la risposta che le controparti comunque recupererebbero il credito nell'ipotesi del fallimento, ma evidentemente l'intenzione, antiabuso, era quella di evitare il doppio premio della decurtazione e della continuazione dell'attività economica, anche in considerazione, come si è visto, dell'esigenza di una sana concorrenza tra le imprese.

Per risolvere l'impasse possono tornare di ausilio le sentenze della Corte di Giustizia, maturate nel contiguo settore del recupero degli aiuti di Stato illegittimi, in cui si è concluso che finanche una terza società neocostituita è comunque tenuta alla restituzione degli aiuti se la prosecuzione dell'attività è idonea a protrarre la distorsione della concorrenza.

Nell'attesa di un riordino normativo, non mancano tuttavia elementi per ridare funzionalità all'istituto della transazione, qualora la si inquadri tra le agevolazioni tributarie, in quanto ne ha tutte le caratteristiche, ovvero detta un procedimento accelerato, derogatorio di quello ordinario, per la quantificazione delle debitoria autodichiarata dal contribuente e di quella *sub iudice*, evitando, per quanto possibile e nei limiti in cui si

---

(65) Così A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, cit., p. 24. V. anche A. PALUCHOWSKI, *Ma la diminuzione era prevedibile*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2016, p. 17.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

raggiunga un accordo, i gravosi accantonamenti "finanziari", previsti dall'art. 180 legge fallim. per i crediti contestati.

Altri elementi di deroga, rispetto al regime ordinario, sono stati individuati nel particolare trattamento al ribasso che il debitore può riservare all'Erario, ma per voci diverse dall'IVA e delle ritenute. Per queste ultime, infatti, - si consideri che le sanzioni sono quasi sempre di importo superiore ai tributi - il debitore potrebbe conseguire, con il trattamento al ribasso, quel *bonus* concordatario a cui si è fatto riferimento, particolarmente utile quando le risorse sono insufficienti per attribuire ai chirografari una qualche utilità. Si realizzerebbe così quel "patto di concordato" che legittima la riduzione (66).

In tal modo l'art. 182-*ter* legge fallim., in quanto agevolazione, sarebbe una norma inscindibile: l'obbligo di pagamento integrale dell'IVA e delle ritenute fa da pendant al trattamento al ribasso (67). Se il debitore intende avvalersi di tale trattamento di favore, dovrà sottostare all'obbligo di pagamento integrale. Diversamente, non avrà diritto a tale trattamento al ribasso e si seguiranno, anche per il debito IVA e delle ritenute, le logiche ed i criteri di soddisfazione dettati dall'art. 160 legge fallim., inclusi i gravosi obblighi di accantonamento per i crediti contestati, *ex* art. 180 legge fallim.

Sullo sfondo resta la tematica del fine del concordato preventivo, che è diversificato a seconda che si proponga un concordato liquidatorio, o misto (con cessione di ramo di azienda) (68). Ma il fine del concordato si ritiene non possa assumere, secondo l'attuale legislazione, un qualche rilievo per giustificare una diversità di trattamento del debito tributario.

---

(66) In linea generale, nei termini indicati, v. G. VERNA, *La relazione del professionista per il pagamento in percentuale dei crediti privilegiati ai sensi dell'art. 160, comma 2, legge fallim.*, in questa *Rivista*, 2014, I, p. 834.

(67) Questo inquadramento tra le agevolazioni appare la chiave di volta, rispetto all'impostazione di G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, cit., p. 377 ss., che si sofferma sull'eccezionalità della norma al fine di limitarne l'applicazione ai soli casi in cui venga attivata la transazione fiscale. Tale autore individua il sinallagma tra transazione fiscale ed obbligo di pagamento integrale dell'IVA nella mera possibilità di estinguere o meno una controversia. Ma tale lettura, per cui chi accetta il pagamento integrale dell'IVA lo fa per evitare gli accantonamenti previsti dalla legge fallim. per i crediti contestati, si ritiene sia un po' riduttiva. Si veda *supra*, § 8 quando è stato trattato il tema dell'ammissibilità della transazione parziale.

(68) Secondo una statistica del 2014 i concordati preventivi a Milano sono per il 58% liquidatori e per il 23% misti. Si v. G. NEGRI, *Il concordato non salva le imprese in crisi*, in *Sole 24 Ore*, 28 maggio 2014, p. 42.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Né tantomeno, si ritiene, che l'Ufficio possa esercitare il proprio diritto di voto [69] ponderando autonomamente interessi come la difesa dell'occupazione o la continuità dell'attività produttiva; questa ponderazione spetta al legislatore, che ha correttamente emanato l'art. 182-*ter* legge fallim. per stabilire le regole di condotta dell'Amministrazione [70], anche ai fini dell'esercizio del diritto di voto.

ABSTRACT: *In the author's view, the judgment of the Court of Justice of the European Union, despite being authoritative, does not seem to directly affect the current interpretation of Article 182-ter of the Italian bankruptcy law concerning the tax settlement in the context of an arrangement with creditors by compromise. The substantive nature of the obligation to pay value added tax and withholding taxes in full, according the predominant national judicial interpretation, would exclude ex ante the comparison pointed out by the Court of Justice. Moreover, in the alternative of bankruptcy it would be problematic to find a homogeneous benchmark for comparison. In the final part, the author also suggests a different interpretation of the tax settlement within the framework of tax reliefs. The derogation in favour and against the taxpayer could justify the obligation to pay value added tax and withholding taxes in full.*

---

[69] Che il procedimento di cui all'art. 182-*ter* legge fallim. sia funzionale all'eventuale adesione o diniego, si v. anche Agenzia, 6 maggio 2015, Circ. n. 19/E, par. 2.1. In tale circolare, poi, l'Agenzia ha revocato alcune indicazioni contenute nella precedente Circ. 40/2008.

[70] Lascia, quindi, molto perplessi l'affermazione dell'Agenzia, perché introduce proprio quella discrezionalità, che nell'ambito tributario non è ammessa, soprattutto quando si tratta di agevolazioni. Il riferimento è a Agenzia Entrate, 18 aprile 2008, circ. n. 40/E, par. 5.5 in cui si dice che «..., in considerazione delle finalità dell'istituto in esame, è opportuno che gli Uffici, in sede di valutazione dell'accordo, tengano conto anche degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi, quali, ad esempio, la difesa dell'occupazione, la continuità dell'attività produttiva, la complessiva esposizione debitoria dell'impresa, oltre alla sua generale situazione finanziaria e patrimoniale».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIUSEPPE VERNA
Dottore commercialista in Milano e Varese

MISURAZIONE DEL DANNO PATITO DAI CREDITORI PER LA CONTINUAZIONE DELL'IMPRESA IN PERDITA ED APPLICAZIONE DI CORRETTI PRINCIPI CONTABILI

Abstract: Il presente scritto tratta, nella prima parte, quali cause di scioglimento della società, salvo interventi della c.d. assemblea salvifica, della perdita del capitale minimo stabilito per il tipo sociale prescelto e della perdita del *going concern*, nonché degli strumenti contabili per accertare il loro manifestarsi. Nella seconda parte il danno ai creditori, derivante dal proseguimento dell'impresa, è misurato dal decremento del patrimonio netto tra la data di accertamento e quella d'inizio della liquidazione, volontaria o fallimentare, ed è determinato con il principio OIC 5, redatto con criteri di liquidazione e accantonando spese e perdite future di liquidazione, che il curatore facilmente può riscontrare in base agli eventi successivamente verificatisi. Data l'intima correlazione esistente fra le operazioni di gestione, che non consente, salvo casi particolari, la loro enucleazione, col criterio suddetto si rispetta il principio di causalità fra evento e danno, anche ai fini dell'accertamento dell'aggravamento del dissesto penalmente sanzionato.

SOMMARIO: 1. Il tema da affrontare. - 2. La perdita del capitale minimo. - 3. La perdita del capitale minimo quale causa di scioglimento della società e l'assemblea salvifica. - 4. La limitazione dei poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento. - 5. La perdita della continuità aziendale quale causa di scioglimento della società. - 6. La misura del danno in caso di continuazione dell'attività e l'orientamento della giurisprudenza. - 7. Critica alla tesi di misurazione del danno quale conseguenza di specifiche operazioni di gestione. - 8. La misura del danno in caso di continuazione dell'attività applicando il principio contabile OIC 5. - 9. Gli oneri probatori del curatore. - 10. La soluzione avvalorata da brevi note sulla disciplina penale.

1. *Il tema da affrontare.*

La misurazione del danno procurato ai creditori delle società di capitali dagli amministratori, quando costoro proseguono l'attività d'impresa nonostante la perdita del capitale sociale o del *going concern*, è tema ripetutamente dibattuto e variamente risolto negli ultimi anni in dottrina e in giurisprudenza.

Le pronunce sul tema non tengono sufficientemente conto, a mio modesto parere, del sistema interattivo che caratterizza l'impresa, della stretta connessione esistente tra tutte le operazioni di gestione nonché

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dei principi contabili di rappresentazione e misurazione della *performance* aziendale lungo tutto il periodo in cui la società era o doveva considerarsi in liquidazione.

Alla scienza dell'economia aziendale, e in particolare a quella branca denominata *accounting*, il giudice dovrebbe prestare affidamento nella cognizione del "fatto", cui collegare l'applicazione del diritto (con riferimento sia alla misurazione dell'effetto, sia alla determinazione del nesso di causalità), come, in problemi analoghi, il giudice, previo vaglio critico, si rimette alla medicina o all'ingegneria allorché il risarcimento viene chiesto nei casi di lesioni al corpo umano o ad una costruzione edilizia.

La dimostrazione di quanto sopra affermato richiede una disamina degli strumenti di accertamento della perdita del capitale minimo o del *going concern* e dei correlati e specifici adempimenti incombenti responsabilmente sugli amministratori, cui sono dedicati i successivi paragrafi da 2 a 5 [1].

È utile avvertire il cortese e paziente lettore che la fattispecie, qui presa in esame, è quella caratterizzata dalla ritardata dichiarazione di fallimento di una società che ha redatto i bilanci d'esercizio e che dispone di un impianto contabile adeguato al loro controllo. Esula quindi da questo scritto il tema del danno che potrebbe essere rappresentato dal mero *deficit* fallimentare quale strumento equitativo di misurazione in caso d'inattendibilità o assenza della contabilità, imputabili agli amministratori.

Scopo di questo scritto è quello di dimostrare che la differenza fra i valori del patrimonio netto, *determinata secondo corretti principi contabili*, in due momenti - quello in cui la società avrebbe dovuto porsi in liquidazione e quello in cui essa ha effettivamente iniziato il procedimento liquidatorio, vuoi volontario, vuoi concorsuale - rappresenta l'appropriata misurazione del danno patito dai creditori, anche in conformità alle norme codicistiche sulla responsabilità contrattuale o extracontrattuale [2] e a quelle penali sull'aggravamento del dissesto.

2. *La perdita del capitale minimo.*

La perdita del capitale sociale, che lo azzeri facendo emergere un valore negativo o, se superiore a un terzo del capitale, lo riduca al di sotto

---

[1] Questo primo paragrafo riprende in buona parte il *prologo* di un mio scritto, rivelatosi *vox clamans in deserto*, pubblicato in *Società*, 2011, p. 37 ss.: *La determinazione del danno causato dagli amministratori che continuano l'impresa dopo la perdita del capitale*.

[2] Così come affermato, seppur con sintetiche argomentazioni, in G. VERNA-S. VERNA, *La liquidazione delle società di capitali*, Padova, 2009, pp. 50 e 51.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del minimo legale previsto per la tipologia di società adottata [3], è, nella prassi, la causa più comune di scioglimento delle società di capitali.

Le disposizioni previste dal legislatore a tutela del capitale di cui agli artt. 2447, comma 1, e 2482-*ter*, comma 1, entrano in funzione solo al verificarsi di entrambe le condizioni previste dalle norme, e nello specifico: *a*) che vi sia una perdita di oltre un terzo del capitale sociale e *b*) che la riduzione dello stesso lo riduca al di sotto del minimo legale.

Se ne desume *a contrariis*, pertanto, che la società può continuare a svolgere la propria attività fin tanto che il capitale sociale, seppur ridotto sotto il minimo legale, non sia intaccato da perdite superiori a un terzo dello stesso [4].

Le perdite dovranno essere imputate innanzi tutto alle altre poste del patrimonio netto, quali le riserve [5] (nell'ordine, riserve facoltative, riserve statutarie, riserva legale) e successivamente al capitale sociale in via residuale.

A norma dell'art. 2485, comma 1, cod. civ., l'organo amministrativo deve senza indugio, ovvero *tempestivamente* [6], accertare il verificarsi di una causa di scioglimento della società, quale la riduzione del capitale al di

---

[3] Per le S.p.a € 50.000 in seguito all'approvazione dell'art. 20, comma 7, D.L. 24 giugno 2014, n. 91, conv. in L. 11 agosto 2014, n.116.

A seguito delle modifiche apportate dall'art. 9, D.L. 28 giugno 2013, conv. in L. 9 agosto 2013, n. 99, è consentito costituire S.r.l. "*ordinarie*" con capitale anche inferiore ai 10 mila €; secondo l'orientamento dottrinale prevalente e quanto affermato negli Orientamenti notarili in materia societaria, a cura della Commissione massime societarie del Consiglio Notarile di Milano, massima n. 143 del 19 maggio 2015, si è ritenuto che «*il nuovo limite di un euro non rappresenti unicamente una sorta di "agevolazione" in sede di costituzione della società, bensì rappresenti in generale il nuovo limite minimo del capitale sociale nella s.r.l., pur residuando alcune regole che mantengono una sorta di "vincolo patrimoniale al medesimo importo di diecimila euro cui era collegato il vecchio limite minimo" e che, pertanto,* a prescindere dal capitale sociale, tutte le s.r.l. "*a) possono deliberare una riduzione del capitale sociale a copertura di perdite a un ammontare inferiore a euro diecimila, sia qualora la società versi nelle situazioni di cui agli artt. 2482*-bis *e 2482*-ter *c.c., sia qualora essa abbia perdite inferiori a un terzo del capitale sociale; b) possono deliberare un aumento del capitale sociale, a titolo gratuito o a pagamento, ad un ammontare inferiore a euro diecimila, anche in seguito a riduzione o azzeramento del capitale sociale a copertura di perdite*».

[4] R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale,* Torino, 1998, p. 375; B. Quatraro-D'Amora-R. Israel-G. Quatraro, *Trattato teorico pratico delle operazioni sul capitale*, Milano, 2001, p. 755; G. Racugno, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 208; M. Campobasso-G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012, p. 529; in giurisprudenza si veda Cass., 17 novembre 2005, n. 23626.

[5] Una delibera volta alla riduzione del capitale sociale assunta senza che le perdite siano state calcolate al lordo delle riserve è da considerarsi nulla: Cass., 2 aprile 2007, n. 8221; Cass., 6 novembre 1999, n. 1247.

[6] R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione...*, cit., p. 338.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sotto del minimo legale o l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale o altra causa prevista dall'art. 2484, comma 1.

L'accertamento deve essere inoltre compiuto *con diligenza*, che qualificherei professionale. Orbene, di norma e secondo principi di buona amministrazione, verso la metà di ogni mese l'amministratore riceve ed esamina il bilancio di verifica del mese precedente. Esso riflette evidentemente solo gli accadimenti di gestione e non le operazioni che s'impongono in sede di redazione del bilancio annuale o intermedio, quali la valutazione delle rimanenze e delle partecipazioni non quotate, nonché il calcolo degli ammortamenti, del presumibile valore di realizzo dei crediti, dei ratei e dei risconti e del fondo di fine rapporto di lavoro. Tuttavia la diligenza richiede agli amministratori (di più ai sindaci e ancor più ai revisori) di accertare - sulla base della differenza fra componenti positivi e negativi di gestione, emergenti dal suddetto bilancio di verifica, e di una stima, ancorché "a spanne", delle rettifiche da apporvi in forza delle menzionate operazioni valutative di fine periodo - se la perdita *de qua* si è verificata o, quanto meno, se sussiste il sospetto che essa si sia verificata, per cui occorra non fermarsi al bilancio di verifica, ma passare alle più complesse operazioni di valutazione in sede di chiusura dei conti. Sul piano pratico l'accertamento della perdita del capitale generalmente deve essere rilevata al massimo a metà del secondo mese successivo nel corso del quale si è verificata, ma nei casi più evidenti e rilevanti entro la fine del mese successivo (7).

È noto che gli amministratori, accertata la perdita del capitale minimo, devono senza indugio convocare l'assemblea affinché deliberi o la copertura della perdita in misura tale da ricostituire almeno il capitale minimo o la trasformazione della società (artt. 2447 e 2482-*ter*, cod. civ.).

Gli amministratori - al fine di garantire un'adeguata informazione sulla situazione, in cui versa la società, ai soci, così che essi possano ponderare sulle soluzioni da adottare in sede d'assemblea - devono redigere una relazione da cui risulti la *situazione patrimoniale aggiornata,* da depositare e conservare, presso la sede sociale, negli otto giorni (8) precedenti la data

---

(7) Se ne desume quindi che, in ottemperanza all'obbligo di diligenza e pertanto di prudenza, che incombe sugli amministratori, allorché la società è in crisi, per cui è più elevata la probabilità che nel corso dell'anno intervenga la perdita del capitale minimo, le operazioni di monitoraggio delle risultanze contabili dovranno essere connotate da maggiore frequenza.

(8) Il mancato o l'irregolare deposito di tale documentazione presso la sede sociale nel termine di otto giorni provoca l'annullamento o la nullità della successiva delibera avente ad oggetto la riduzione del capitale sociale. Per l'annullamento si vedano le pronunce App.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di convocazione dell'assemblea, accompagnata dalle osservazioni del collegio sindacale, e, ove esistente, del revisore contabile (artt. 2446 e 2482-*bis*, comma 2).

Nel silenzio della norma, secondo l'orientamento prevalente, la relazione di cui sopra si sostanzierà nella redazione di un vero e proprio bilancio, quindi comprensivo di stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, il quale dovrà rispettare i criteri previsti dagli artt. 2423 ss. (9).

Pur professando la dovuta modestia, dissento dall'opinione secondo cui all'assemblea debba esser presentato un vero e proprio bilancio, costituito da stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, i cui contenuti si conformino agli artt. 2423-*ter* – 2427-*bis* cod. civ. Ritengo infatti che il disposto dell'art. 12 delle preleggi impedisca di attribuire al termine "*relazione sulla situazione patrimoniale*" una portata coincidente con i predetti articoli sulla struttura e le informazioni che devono accompagnare un vero e proprio bilancio. Tuttavia, sulla base di una necessaria interpretazione teleologica della norma, e quindi dovendo offrirsi in assemblea le informazioni utili ad una decisione essenziale per la vita della società, non potranno mancare le informazioni indispensabili per la miglior comprensione di tali documenti, ancorché non siano obbligatori gli schemi edittali e una nota integrativa integrale, né un raffronto con i dati di una situazione riferita alla stessa data dell'anno precedente. A mio avviso sarà invece basilare, proprio perché l'assemblea è chiamata in sostanza a decidere se continuare e quindi ricapitalizzare o cessare l'attività, presentare il *budget,* opportunamente riferito ai successivi dodici mesi (10).

È invece fuori di dubbio che, dovendo l'assemblea stabilire se continuare o no l'impresa, il bilancio infrannuale che le sarà sottoposto deve

---

Milano, 19 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1202; App. Milano, 13 novembre 1997, in *Società*, 1998, p. 584; Trib. Bologna, 4 maggio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1016; per la nullità della delibera si veda Cass., 2 aprile 2007, n. 8222, in *Società*, 2008, 462; Trib. Napoli, 20 novembre 1996, *ibidem*, 1997, p. 439.

(9) Cass., 23 marzo 2004 n. 5740, in *Giur. it.*, 2005, p. 296; Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Società*, 1995, p. 1548; Trib. Napoli, 5 maggio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 365; in dottrina si veda B. Quatraro-D'Amora-Israel-G. Quatraro, *Trattato teorico*, cit., p. 709; R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione...,* cit. alla nt. 4, p. 343.

(10) Sull'obbligatorietà del *budget* in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2214, comma 2) e sulla necessità di valutare l'adeguatezza del c.d. assetto *or.am.co.*, da estendersi per ragionevolezza anche alle s.r.l. di maggiori dimensioni, rinvio al mio *L'assetto Or.Am.Co. e l'art. 2381 cod. civ.*, in *Il controllo delle soc. e degli enti*, 2014, 5.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essere redatto con i criteri di funzionamento (o del *going concern*), sia pur con l'applicazione della dovuta prudenza (11).

Al fine di assolvere il compito di fornire adeguata informazione ai soci e in ragione del generale dovere di diligenza che grava sull'organo di gestione, gli amministratori sono tenuti, inoltre, a riferire in sede assembleare su ogni fatto rilevante (12) intervenuto successivamente al deposito della relazione sulla situazione patrimoniale della società.

I fatti di rilievo, nel frattempo intervenuti, infatti, possono assumere un ruolo fondamentale nelle scelte che verranno poi prese dai soci in assemblea, in quanto, se correlati ad un ulteriore componente negativo di reddito, sono un segnale di peggioramento della situazione patrimoniale; essi porteranno la compagine sociale ad orientare la propria scelta verso lo scioglimento della società al fine di non procrastinare una situazione di crisi verosimilmente irreversibile.

Tuttavia, nel caso in cui, tra i fatti successivamente intervenuti, si manifesti un componente positivo che consenta di ridurre incisivamente la perdita del capitale sociale, può non essere più necessario alcun intervento o può rinviarsi la copertura delle perdita all'anno successivo, così come dispongono gli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ.

Quest'ultima circostanza si verifica, per esempio, se, prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, gli amministratori abbiano acquisito la prova che i soci, *uti singuli*, hanno rinunciato al loro credito nei confronti della società, derivante da precedenti finanziamenti, o verso di essa si siano formalmente obbligati ad un versamento in conto copertura delle perdite o meglio lo abbiano già effettuato. Nel primo caso si ha una

---

(11) Non è forse superfluo un brevissimo accenno al nuovo criterio di prudenza che si sta affermando sulla scia dei principi contabili internazionali. Ove si presentasse una valutazione che oscilla tra due valori, la prudenza (*prudence*) di derivazione germanica impone di scegliere il valore più basso se si tratta di attività e quello più alto per le passività, privilegiando quindi il pessimismo all'ottimismo; la prudenza di derivazione americana (*caution*) richiede, invece, dopo ripetute analisi tese a ridurre la "forcella" di valori, di assumere il valore intermedio in quanto è probabilmente ed oggettivamente il più vicino alla realtà. Non c'è dubbio che la *prudence* tutela maggiormente il creditore, mentre la *caution* il socio e colui che sta investendo e che quindi è interessato a scegliere fra tenere, vendere o acquistare una partecipazione in società.

(12) Per "fatti di rilievo" si deve intendere le «*circostanze suscettibili di rendere diversa la deliberazione assembleare rispetto a quella che sarebbe ragionevole prendere in base ai dati forniti con il documento depositato o quantomeno suscettibili di cambiare i presupposti della decisione, qualunque essa possa essere*»: D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2010, p. 181; nello stesso senso G. BIANCHI, *Le operazioni sul capitale*, Padova, 2007, p. 295.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trasformazione (13) di passività in patrimonio netto; nel secondo il sorgere di un'attività con corrispondente incremento del patrimonio netto (14), bene inteso nei limiti del presumibile valore di realizzazione del credito, che potrebbe essere comprovato dal versamento effettuato dal socio dopo l'assunzione dell'obbligazione (15).

Caso diverso è, invece, quello in cui la perdita venga annullata dopo che il capitale sia sceso sotto il minimo legale, ma prima che tale evento sia stato accertato dagli amministratori, come nel caso in cui i soci abbiano provveduto ad un formale aumento di capitale o a un versamento a fondo perduto o alla rinuncia a precedenti finanziamenti. Infatti, in tali ipotesi, non si ritiene necessario il ricorso alla procedura di cui all'art. 2447 e 2482-*ter*, in quanto verrebbe meno, prima del suo emergere, il presupposto per la riduzione obbligatoria del capitale sociale (16).

Eventi come quelli sopra descritti, infatti, fanno venir meno la formazione della perdita e conseguentemente rendono inutile il procedimento legale per il risanamento della stessa, fermo restando l'obbligo, se il risanamento è successivo al verificarsi della perdita ma prima che si tenga l'assemblea, della *disclosure* (17).

Ove non sia assunta tale delibera, c.d. *salvifica*, gli amministratori devono "senza indugio" provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento (art. 2485, comma 1, che rinvia al precedente art. 2484, comma 3, cod. civ.).

3. *La perdita del capitale minimo quale causa di scioglimento della società e l'assemblea salvifica.*

Il verificarsi di una perdita qualificata (*ex* art. 2447, con riferimento alle s.p.a., o *ex* art. 2482-*ter*, con riferimento alle s.r.l.) non produce auto-

---

(13) L'OIC 28, *Patrimonio netto*, agosto 2014, afferma che ha così natura di riserva di capitale quella che viene ad essere costituita con la rinuncia al credito vantato dai soci, sia per partecipare alla copertura della perdita sia per i futuri aumenti di capitale.

(14) I versamenti soci in conto copertura di perdite sono, infatti, apporti che, per la loro natura, costituiscono poste del patrimonio netto, pur lasciando immutato il capitale sociale. In questo senso si veda Cass., 14 dicembre 1998, n. 12539, in *Notariato*, 1999, p. 538.

(15) Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 355.

(16) In questo senso E. BERTACCHINI, *I versamenti soci in conto capitale coprono "definitivamente" le perdite*, in *Società*, 2007, p. 1487 ss.; M. IRRERA, *I prestiti dei soci alle società*, Padova, 1992; G. TANTINI, *I versamenti in conto capitale tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990; App. Genova, 30 novembre 2005, in *Società*, 2007, 12, p. 1487; Trib. Genova, 12 febbraio 2002, *ibidem*, 2003, p. 616.

(17) *Contra* App. Bari, 6 settembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 128.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

maticamente lo scioglimento della società, ma fa sorgere in capo all'organo amministrativo l'obbligo, innanzitutto, di vigilare sulla situazione patrimoniale della società, provvedendo a rilevare e quantificare prontamente la perdita [18], nonché quello di convocare *senza indugio* (art. 2485, comma 1) l'assemblea dei soci, gravando, inoltre, i membri dello stesso di una responsabilità personale e solidale per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi, in "*caso di ritardo od omissione*" nella convocazione (art. 2485, comma 2).

La riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale è qualificata come causa di scioglimento della società *non automatica*, ma con *effetto sospensivo* fino alla deliberazione dell'assemblea dei soci c.d. "*salvifica*" o che ne deliberi lo scioglimento o fino allo spirare del termine ragionevole di convocazione.

La causa di scioglimento è, quindi, una fattispecie complessa a formazione progressiva in quanto si deve verificare, innanzitutto, la riduzione del capitale al di sotto del limite legale e, secondariamente, la mancanza di provvedimenti assunti in sede assembleare funzionali al salvataggio della società di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter*.

L'assemblea c.d. "salvifica" potrà avere ad oggetto la copertura integrale delle perdite, ricostituendo così il capitale perduto [19], o la ricostituzione del capitale minimo legale richiesto per il tipo di società scelta o la trasformazione della società [20].

Si discute se la delibera salvifica di aumento del capitale, previa copertura delle perdite, possa limitarsi ad un aumento di capitale senza sottoscrizione, lasciando ai soci per tale adempimento il termine di trenta giorni di cui agli artt. 2441, comma 2, e 2481-*bis*, comma 2, o debba essere accompagnata dalla contestuale sottoscrizione del deliberato aumento.

---

[18] R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione*, cit. alla nt. 4, p. 336.

[19] Si ammette che l'assemblea, non avendo assunto una delibera nella sua prima convocazione, possa concedere un breve termine ai soci per la sottoscrizione del capitale da ricostituire.

[20] In questo senso si veda Trib. Verona, 11 marzo 1999, in *Riv. notar.*, 2000, p. 333; Trib. Alba, 22 aprile 1998, *ivi*, 1999, p. 1030. La dottrina e la giurisprudenza più rigorosa, ritenendo, invece, inammissibile la costituzione di una società senza capitale sociale, richiedono che si proceda prima alla riduzione del capitale sociale in ragione delle perdite e, solo se esso abbia un capitale positivo, si possa procedere alla trasformazione in società di persone; in questo senso si veda App. Milano, 6 ottobre 2002, n. 1679, in *Giur. it.*, 2001, p. 1679; Trib. Napoli, 2 ottobre 1997, in *Società*, 1997, p. 12; Trib. Genova, 25 febbraio 1997, *ibidem*, 1987, p. 740.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rispettando la prima tesi (21), la tutela accordata dalla norma va a salvaguardare il diritto di opzione spettante al socio (incerto nel prendere una decisione immediata o assente alla riunione), mentre la seconda tesi (22) assicura una maggiore tutela ai creditori ed ai terzi rispetto all'ingiustificato prolungarsi nell'esercizio d'impresa da parte di una società priva di capitale.

È stata però avanzata in giurisprudenza una tesi c.d. "intermedia", secondo la quale non sarebbe necessario posticipare ad un momento successivo a quello dell'assemblea c.d. "salvifica" la sottoscrizione della ricostituzione del capitale, in quanto è possibile condizionare, entro il termine non inferiore a quello previsto dall'art. 2441, comma 2, ovvero 15 giorni, l'efficacia del ripianamento delle perdite e della propria sottoscrizione al mancato esercizio del diritto di opzione da parte dei soci assenti (23); si avrebbe quindi una copertura condizionata alla futura sottoscrizione (24).

Venuto meno l'effetto sospensivo della causa di scioglimento della società, gli amministratori saranno tenuti ad iscriverla nel registro delle imprese (artt. 2485, comma 1, e 2484, comma 3), in modo che possa essere opponibile *erga omnes.*

4. *La limitazione dei poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento.*

L'art. 2486 disciplina puntualmente poteri e responsabilità degli amministratori di una società, dal momento cognitivo del verificarsi della causa di scioglimento fino a quello del passaggio di consegne ai liquidatori (o al curatore fallimentare), ammettendo la possibilità per l'organo amministrativo di continuare nella gestione della società nei limiti posti dalla *finalità di conservazione del patrimonio* e con l'obbligo di esercitare tali diritti, assumendone le correlate responsabilità (25).

---

(21) G. BIANCHI, *Le nuove S.r.l.*, dir. da Sarale, Bologna-Roma, 2008, p. 940 ss.

(22) R. NOBILI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Abbadessa e Portale, vol. 3, Torino, 2007, p. 337; R. RORDORF, in *Giurisprudenza sul codice civile coordinato con la dottrina,* Milano, 2005, p. 2791 ss.; App. Firenze, 4 febbraio 2002, confermata da Cass., 17 novembre 2005, n. 23262, in *Società*, 2006, 10, p. 1229; Cass., 12 luglio 2007, n. 15614, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 9.

(23) In questo senso si vedano già le pronunce Trib. Milano, 13 ottobre 1994; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 3137; Trib. Catania, 25 ottobre 1990, in *Società*, 1991, p. 812.

(24) Si segnala che il Trib. Grosseto, 12 ottobre 2001, in *Società*, 2002, p. 482 (con nota adesiva di M. CUPIDO, *Legittimità della previsione di termine per la sottoscrizione di capitale interamente perduto*), ha ritenuto legittima la delibera con cui si assegnava ai due soci il termine di 20 giorni per sottoscrivere il capitale necessario a ricostruire il capitale e 21 giorni per sottoscrivere la quota eventualmente non sottoscritta dall'altro socio.

(25) Trib. Napoli, 27 novembre 2009, in *il caso.it.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

«Si tratta quindi non già di una gestione libera con le stesse caratteristiche che aveva prima del prodursi della causa di scioglimento, bensì di un'attività di gestione *vincolata*, perché finalizzata alla conservazione dell'integrità (in relazione alla sua composizione) e del valore del patrimonio netto (26)».

Con il verificarsi della causa di scioglimento, quindi, si apre una fase c.d. "preliquidatoria", nella quale gli amministratori sono investiti delle competenze di gestione limitate alla tutela del valore del patrimonio sociale, e direttamente funzionali allo svolgimento della liquidazione. La contrazione del potere di gestione degli amministratori non provoca, tuttavia, una limitazione in termini di responsabilità.

Circa l'ampiezza dei poteri gestori da parte degli amministratori nel periodo intercorrente fra il verificarsi di una causa di scioglimento e la consegna ai liquidatori, se, da un lato, non è stato riprodotto il divieto di compiere nuove operazioni con la conseguente assunzione di responsabilità nell'ipotesi di inadempimento (27), dall'altro lato, permangono in capo agli amministratori pregnanti limitazioni che non pare consentano di sostenere, nella pratica, un quadro molto innovativo rispetto alla disciplina previgente (28).

Essi, infatti, possono porre in essere nuove operazioni, ma al solo fine di conservare il valore del patrimonio sociale (29), non più per accrescerlo,

---

(26) V. SALAFIA, *Linee generali della riforma del diritto societario*, in *La riforma del diritto societario*, Quaderni del CSM, Roma, 2004, 15 e ss.; OIC 5, ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITÀ, *Bilanci di liquidazione* , 2008, § 2.1.

(27) Nella riformulazione della norma, quindi, il legislatore ha provveduto ad eliminare il concetto di "nuovo" come elemento qualificativo delle operazioni vietate, andando così di fatto ad allinearsi agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali della previgente normativa. In questo senso si veda in dottrina: R. RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Società*, 2003, p. 337; G. VERNA, *La determinazione del danno* ecc., cit. alla nt. 1, p. 37; ed in giurisprudenza Trib. Roma, 8 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 707; Trib. Ivrea, 10 maggio 2006, in *Giur. it*., 2006, p. 2313; Cass., 13 febbraio 2007, n. 3694, in *Giur. Civ. Mass*., 2007, 2.

(28) Una disciplina profondamente diversa in tema di responsabilità degli amministratori di società di persone e di società di capitali, allorché si verifica una causa di scioglimento, contrasterebbe col principio costituzionale di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Carta repubblicana; ciò va tenuto presente dal momento che la responsabilità per nuove operazioni permane esplicitamente nelle società personali, non essendo stato modificato l'art. 2279 cod. civ.

(29) A seguito della riforma del 2003, come è stato rilevato dalla dottrina maggioritaria, gli amministratori sono investiti di una «ge*stione provvisoria propedeutica all'inizio della fase liquidativa*»: così testualmente M. VAIRA, *Commento agli artt. 2485 e 2486*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, 3, Bologna, 2004, p. 2052. Nello stesso senso si veda A. SANTUS-G. DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali,* in *no-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

con un'ovvia limitazione del rischio e quindi della gamma delle operazioni consentite (30). Naturalmente deve tenersi in debito conto quale causa di scioglimento si è verificata.

Nel caso più frequente e pernicioso - perdita del capitale minimo - gli amministratori, dopo che abbiano accertato il verificarsi di tale evento, non possono compiere nuove operazioni per recuperare gli interessi compromessi dei soci giacché assumerebbero rischi che ricadrebbero sui creditori.

Gli amministratori, infatti - se accertano tempestivamente che il capitale è andato interamente perduto e conseguentemente avviano la procedura per la messa in liquidazione della società, e in questo caso i creditori chirografari fossero in ipotesi soddisfatti nella misura dell'75% (ipotizzando che la perdita del 25% sia dovuta alla cessazione della "continuità aziendale" e quindi non sia in alcun modo fonte di responsabilità) - non hanno il potere di tentare, affrontando il normale rischio d'impresa, di annullare o ridurre il *deficit*; ciò in quanto non stanno più gestendo un capitale di rischio (di pertinenza dei soci proprietari), ma un capitale a debito, che esprime il credito di coloro che hanno fornito beni e servizi alla società e non sono stati ancora soddisfatti.

L'eccezione, che consente il compimento di nuove operazioni (quelle dell'esercizio provvisorio), deve essere collegata nell'alveo di un rapporto teleologico (31) - e quindi di naturale o probabile sviluppo - con la prevista cessione dell'azienda o di un ramo di essa ad un prezzo superiore a quello che si sarebbe conseguito limitando l'attività a quella richiesta dalla pura conservazione del patrimonio (32); agli amministratori si chiede, però, di

---

tarlex.it/news/Scioglimento_liquidazione-DeMarchi.pdf, par. 4.1; A. PACIELLO, *sub art. 2486*, in *Commentario* a cura di Santulli-Santoro, Torino, 2003, p. 247.

(30) Gli amministratori sono così investiti di una gestione di carattere conservativo che consente agli stessi, e li obbliga al medesimo tempo, a porre in essere tutti quegli atti funzionali e necessari alla conservazione del valore del patrimonio dell'impresa così da evitare «la dispersione dei valori patrimoniali utilmente realizzabili durante il procedimento di liquidazione», così A. PIRAS, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione*, in AA.VV., *Diritto Commerciale*, Bologna, 2010, p. 399 ss.

(31) La finalità di conservazione del patrimonio d'impresa si traduce in una conservazione del valore (significato da attribuire alla più ampia locuzione "conservazione dell'integrità e del valore") che usualmente esige, o può esigere, una gestione ancora dinamica. In questo senso si esprime G. NICCOLINI, in *Società di capitali*, commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, vol. III, Napoli, 2004, p. 1735 ss., e nello stesso senso si vedano Trib. Ivrea, 10 maggio 2006, cit., e Cass. n. 3694/2007, cit.

(32) In una prospettiva, quindi, di continuità si deve ritenere che gli amministratori agiranno correttamente nel dare esecuzione ai contratti in essere, seguito alla produzione nella misura delle scorte disponibili, continuità ai rapporti con i dipendenti, ecc. Tale attività

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tenere conto che il previsto maggior prezzo dovrebbe coprire l'eventuale aggravamento del *deficit*.

All'inverso, anche l'omissione dell'obbligo di gestire la società, dopo che si è verificata una causa di scioglimento, al limitato fine di conservare il valore del patrimonio sociale, comporta una responsabilità solidale degli amministratori (salvo quanto specificano gli artt. 2392, comma 3, e 2476, comma 1, in tema di amministratori dissenzienti) nei confronti della società, dei creditori sociali, dei soci e dei terzi. Infatti l'interruzione dell'attività d'impresa solo perché si è verificata una causa di scioglimento potrebbe comportare la dispersione del valore dell'avviamento e pregiudicare il tentativo di vendere in blocco l'azienda o un ramo di essa (33). Eppertanto la responsabilità sorgerà in presenza del danno e presuppone un nesso di causalità fra danno e azione od omissione degli amministratori e, alle condizioni di cui all'art. 2407, sarà accompagnata dalla corresponsabilità del collegio sindacale (34).

La continuazione dell'attività d'impresa non deve esporre il patrimonio sociale a nuovi rischi (35), o meglio a rischi non proporzionati per ammontare e durata alla prospettiva di soluzione della crisi. La situazione d'incertezza in cui possono facilmente trovarsi gli amministratori, vista la difficoltà di identificare con precisione i limiti del loro operato, può essere mediata «attraverso una tempestiva attività di convocazione dell'assemblea *ex* art. 2487 c. c., volta a ridurre i tempi di definizione della vicenda» (36) e a precostituire la prova della trasparenza e cautela che devono caratterizzare la loro opera. Costoro esporranno ai soci e al collegio sindacale, ove esistente, le concrete prospettive di superamento della crisi e, se la continuazione dell'attività fosse condivisa dall'assemblea e soprattutto se le prospettive fossero all'epoca verificabili, non incorreranno in responsabi-

---

di gestione, infatti, nella prospettiva di futuro realizzo dell'avviamento, non potrà che favorire una proficua cessione dell'azienda in blocco o di un suo ramo, strada più difficilmente praticabile da una società ormai cessata (F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, p. 405). In un'ottica meramente liquidatoria, purché si rivelino vantaggiose o quanto meno non svantaggiose,si devono ritenere ammissibili da parte degli amministratori operazioni volte alla dismissione di cespiti: in questo senso M. VAIRA, *Scioglimento e liquidazione...*, cit., alla nt. 29, p. 2060.

(33) F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le società di capitali e cooperative*, Padova, 2004, p. 450, nt. 3; L. DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1996.

(34) G. NICCOLINI, *op. cit.*, p. 1738.

(35) F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 450.

(36) F. FIMMANÒ-C. ESPOSITO-L. TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitale*, Milano, 2005, p. 128.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lità qualora dovessero maturare ulteriori perdite, sempre che l'attività d'impresa continui per un breve periodo di tempo con le cautele e precauzioni dettate dal caso.

In base al "vecchio" art. 2449 cod. civ. la responsabilità degli amministratori si atteggiava a responsabilità per debito, in quanto costoro rispondevano illimitatamente delle obbligazioni contratte per le nuove operazioni verso i singoli creditori, controparti contrattuali di tali nuovi affari. Per contro, in base ai nuovi artt. 2485 e 2486, gli amministratori rispondono *per danno e non più per debito*: infatti essi possono solo compiere atti conservativi e non rispondono, verso la società e i terzi, per le nuove operazioni *ipso facto* (37).

Ne consegue che la continuazione dell'attività d'impresa, nei limiti su accennati, sarà compito necessario degli amministratori anche se, così facendo essi aumentino il *deficit*, ma prevedano fondatamente di evitarne uno maggiore.

È il caso frequente di molte società che hanno perso il capitale sociale e presentano una gestione in perdita. La continuazione dell'attività fa sicuramente aumentare le perdite, ma evita, in conseguenza della paralisi dell'attività e dell'inadempimento dei contratti in corso, perdite maggiori o fa fondatamente presumere un più facile reperimento di un compratore o di un nuovo socio che rilanci l'impresa e la conduca ad una *performance* positiva.

5. *La perdita della continuità aziendale quale causa di scioglimento della società.*

Tra le cause di scioglimento delle società di capitali, oltre alla perdita del capitale minimo, l'art. 2484, comma 1, n. 2), cod. civ., annovera *la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale*.

Indubbiamente rientrano nella fattispecie il venir meno di una licenza amministrativa senza la quale non sia possibile l'esercizio dell'attività, la chiusura alle importazioni del mercato estero in cui operava quasi esclusivamente la società, l'impossibilità di aumentare il capitale minimo stabilito dalla legge per l'esercizio della specifica attività sociale, l'inesistenza di rimedi all'improvvisa obsolescenza dell'apparato di produzione a causa di nuove scoperte tecnologiche, la cessazione di un fornitore o di un cliente

(37) G.M. ZAMPARETTI, *La prova del danno da gestione non conservativa nella società disciolta per perdita di capitale*, in *Fallimento*, 2009; G. VERNA, *La determinazione del danno…*, cit. alla nt.1, p. 40;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rilevanti ed insostituibili nonché la crisi irreversibile che ha colpito la capogruppo che svolgeva nei confronti della società un ruolo essenziale negli approvvigionamenti finanziari e/o commerciali (38).

La dottrina e la prassi economico-contabile sono andate da tempo elaborando il concetto di *continuità aziendale* o *going concern.* «In base al presupposto della continuità aziendale un'impresa viene considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro» (39) e tale presupposto deve essere considerato dagli amministratori nella redazione del bilancio (40) e coprire un periodo non inferiore ai dodici mesi.

Il presupposto della continuità aziendale non è facilmente e rapidamente accertabile non emergendo *prima facie* dalla contabilità. Normalmente rivelano la perdita del *going concern* il budget e, ove esistenti, i piani-programma a medio-breve termine, i prospetti dei flussi di cassa a 4/6 mesi e soprattutto alcuni indicatori economici e finanziari.

Il budget viene redatto ed approvato dagli amministratori di norma nel lasso di tempo che va da ottobre/novembre a gennaio/febbraio con riferimento, rispettivamente, all'anno che sta per iniziare o a quello appena iniziato. Sull'obbligatorietà del budget in relazione alle dimensioni dell'impresa e alla natura dell'attività esercitata nonché in ottemperanza all'art. 2381, comma 6, cod. civ., ragionevolmente applicabile a parità di condizioni anche alle s.r.l., si è già accennato (41). Spesso le società redigono tra giugno e metà settembre un *revised budget*.

Il principio di revisione non prescrive specifici indicatori o indici economici ai fini di monitorare la permanenza del *going concern*. Vengono per lo più utilizzati gli indici di liquidità, l'indice di struttura e gli indici di

---

(38) M.S. AVI-M. DORIA-S. FRANCHIN, *La liquidazione delle società*, Milano, 2008, p. 46, osservano inoltre che le suddette cause sono destinate ad operare solo se nell'atto costitutivo l'attività che costituisce l'oggetto sociale è indicata con sufficiente chiarezza e precisione e, invece, non è menzionata una lunga serie di attività, spesso disparate. Gli autori, quali cause di scioglimento, fanno l'esempio dell'introduzione legislativa di divieti a svolgere determinate attività o della definitiva revoca di indispensabili autorizzazioni amministrative. Privilegiando la sostanza sulla forma, occorre prescindere dagli oggetti sociali trascritti negli statuti sociali, che spesso contemplano un oggetto sociale eccessivamente ampio e disparato, e tenere conto dell'attività effettivamente svolta. G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*, vol. XI, Milano, 2003, p. 21, contempla quale ipotesi di mancato raggiungimento dell'oggetto sociale il fallimento dell'obbiettivo economico che i soci si erano prefissati.

(39) Principio italiano di revisione, c. d. *ISA/Italia*, n. 570, § 2.

(40) Principio italiano di revisione n. 570, § 4.

(41) § 2 e nota 10.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dilazione dei pagamenti a fornitori e da clienti, i cui valori vengono determinati e confrontati con quelli degli ultimi 3 esercizi.

Gli *indicatori di liquidità* esprimono la capacità dell'impresa di soddisfare nel breve periodo (un esercizio di dodici mesi) le richieste dei propri creditori. Sono costruiti, di conseguenza, sul rapporto tra, da una parte, i crediti che l'imprenditore prevede di incassare nei prossimi 12 mesi, aumentati delle disponibilità liquide esistenti e dai titoli prontamente liquidabili, e, dall'altra, i debiti che questi stima di dovere pagare nello stesso intervallo temporale.

Gli indicatori più semplici sono il rapporto tra l'attivo corrente e il passivo corrente, risultanti dallo stato patrimoniale (*indice di liquidità secondaria*), e l'indice di *liquidità primaria* (o *acid test*) che, nel calcolo, toglie dall'attivo corrente le rimanenze di magazzino. Generalmente l'indice di liquidità secondaria deve essere superiore ad 1 ed approssimarsi a 1,5, ed evidenzia per ogni euro di debito da pagare entro 12 mesi quanto l'impresa aveva a disposizione. Con riferimento all'*indice di liquidità primaria* studi empirici indicano che il valore normale deve essere superiore a 0,75 ed approssimarsi all'unità; in altri termini l'indice riferito ad un determinato esercizio evidenzia quanti centesimi di disponibilità liquide e di attività esigibili entro 12 mesi dalla chiusura dell'esercizio dispone la società per ogni euro di passività con scadenza entro i medesimi 12 mesi.

L'*indice di finanziamento* (o di dipendenza da terzi) esprime quante volte il capitale investito da terzi nell'azienda è superiore al capitale proprio: il rapporto dovrebbe essere inferiore a 4 ed approssimarsi a 2.

Molto utili sono anche gli *indici di dilazione dei pagamenti*. Il *turnover* dei *debiti* misura la durata media della dilazione concessa ai fornitori, ovvero i giorni mediamente intercorrenti fra il sostenimento dei costi e il loro pagamento, determinato dalla formula:

costi mat. prime + servizi : (debiti v/fornitori all'inizio dell'eserc.+ alla fine : 2) : 360.

Il *turnover* dei *crediti* misura la durata media della dilazione concessa ai clienti, ovvero i giorni mediamente intercorrenti fra il conseguimento dei ricavi e il loro incasso, determinato dalla formula:

ricavi vendite : (crediti v/clienti all'inizio + quelli alla fine dell'esercizio : 2) : 360.

Le dilazioni sono così determinate in giorni ed evidenziate in una tabella:

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pagam./incassi	eserc. 201..	eserc. 201..	eserc. 201..
A fornitori			
Da clienti			
Differenze			

La tabella mostra l'eventuale divaricazione - deleteria sul piano finanziario - fra giorni di pagamento a fornitori e giorni di riscossione da clienti.

Le informazioni ritraibili dai suddetti indicatori, unitamente ad elementi di giudizio che possono ottenersi dai bilanci e dai dati contabili ed aziendali in generale nonché dal budget e dal prospetto degli incassi e dei pagamenti mensili (proiettati, questi ultimi, in un arco temporale di sei mesi), consentono di ritrarre una valutazione sufficientemente attendibile del mantenimento o della perdita del *going concern*, senza attendere che il bilancio del prossimo esercizio o al massimo del bilancio a quello successivo evidenzino la perdita del capitale minimo e quindi il verificarsi di una tipica causa di scioglimento.

La perdita della continuità aziendale è causa mediata di scioglimento della società, in quanto comporta l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, salvo le opportune delibere assembleari che rimuovano tale causa, ed emerge in mancanza di mezzi finanziari, da accertare principalmente attraverso i sopra detti indicatori finanziari.

La perdita del presupposto della continuità aziendale dà luogo a tutte quelle conseguenze, in tema di adempimenti e responsabilità degli amministratori, delineati allorché si è trattato della perdita del capitale minimo ([42]). Deve solo osservarsi che, mentre la perdita del capitale minimo può manifestarsi ed essere rilevata anche in date intermedie dell'esercizio sociale, compulsando i rendiconti o "bilancini" mensili, con la tempistica vista al § 1, la perdita del *going concern* emerge di norma solo se si dispone, tra l'altro, di un vero e proprio bilancio, di valori cioè precisi e corretti su cui calcolare i su accennati indicatori.

([42]) G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 210, e TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, *ibidem*, 2013, I, p. 1277.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

6. *La misura del danno in caso di continuazione dell'attività e l'orientamento della giurisprudenza.*

Il criterio del differenziale dei patrimoni netti o della perdita incrementale ha radici lontane e profonde.

Già Trib. Torino, 24 dicembre 1994 (43), rilevando la violazione dell'art. 2447 in relazione all'art. 2449 (ora 2484) cod. civ., stabilì che il danno arrecato dagli amministratori alla società per mancata tutela del capitale e del patrimonio sociale va determinato in quella parte del passivo che rappresenta l'incremento delle perdite all'indomani del venir meno del capitale sociale nonché quale effetto della illegittima prosecuzione dell'attività sociale. Detta statuizione venne ripresa da Trib. Marsala, 2 maggio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 461.

Di recente Trib. Milano, 18 gennaio 2011, e 4 marzo 2013, ha ritenuto gli amministratori, che avevano illegittimamente proseguito l'attività sociale successivamente alla perdita del capitale, responsabili dell'aggravamento del dissesto cagionato dalle ulteriori perdite derivanti dal proseguimento dell'attività (44). Molte altre sono le pronunce della giurisprudenza che hanno imputato agli amministratori la differenza fra il passivo fallimentare al netto dell'attivo e quello esistente, sempre al netto dell'attivo, alla data del verificarsi dello scioglimento della società (45).

Tuttavia si è giunti ad affermare che il danno arrecato dalle nuove operazioni compiute dopo lo scioglimento della società deve essere determinato avendo riguardo al risultato economico prodotto da ciascuna di esse, ed il curatore ha l'onere di fornire in giudizio la prova delle singole operazioni compiute dagli amministratori e del danno che esse hanno arrecato al patrimonio della società: App. Milano, 11 luglio 2007 (46).

Invero è parso a molti che, dopo la sentenza Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100 (47), non sia più possibile, salvo il ricorso a criteri equitativi

---

(43) In questa *Rivista*, 1995, II, p. 870; è interessante rimarcare che, secondo i giudici torinesi, il capitale della società non è sufficiente per la soddisfazione dei creditori nel momento in cui si è verificata la sua perdita (p. 867).

(44) In *Fallimento*, 2013, p. 767; nella specie il danno è stato determinato quale differenza fra costi e ricavi maturati nell'anno successivo alla perdita del capitale.

(45) Si rammenta tra le tante Trib. Milano, 23 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 657; 28 novembre 2005, in *Società*, 2007, p. 67; 7 febbraio 2003, *ibidem*, 2003, p. 1385, e Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, *ibidem*, 2010, p. 407.

(46) In *Società*, 2008, p. 590, con nota di F. SIGNORELLI, *Azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. e determinazione del danno*. L'opinabilità di quanto sostenuto dalla Corte risalterà nel successivo § 7.

(47) Oggetto di numerosi commenti: A. PENTA, *La differenza fra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire, retro*, 2015, p. 510; L. VECCHIONE, *Sulla determinazione*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intesi quale *ultima ratio*, determinare il danno risarcibile da parte degli amministratori se non come conseguenza diretta ed immediata di singoli atti lesivi di gestione con onere di quantificazione del danno a carico del curatore.

Occorre tuttavia far presente che le Sezioni Unite erano state interrogate da Cass., sez. I, 30 giugno 2015, n. 12366, sulla sufficienza, ai fini dell'accertamento e della liquidazione del danno nelle azioni di responsabilità, della mera differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare (48). Orbene - occorre premettere - il contenuto delle sentenze e i principi di diritto in esse affermati sono influenzati, spesso fortemente, dal caso di specie, la cui qualificazione costituisce la premessa logica della decisione (49).

Nel fissare il principio di diritto per cui «nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile [devono essere operate] avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti e il danno di cui si pretende il risarcimento», le Sezioni unite hanno dato risposta ad una domanda alle medesime esplicitamente posta (punto 3.3): «se e quale tra gli inadempimenti (qualificati) in cui può incorrere l'amministratore di società, e che l'attore deve aver allegato quale ragione della sua domanda risarcitoria, sia astrattamente efficiente a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società fallita ed accertato nell'ambito della procedura fallimentare».

È stato acutamente osservato che le letture restrittive della sentenza - nel senso che essa delegittimerebbe la metodica dei c.d. netti patrimoniali decrementati e renderebbe obbligatoria l'allegazione in giudizio di specifici atti di gestione nocivi - «sembrano frutto più che altro di un abbaglio», in quanto «l'allegazione in giudizio della illegittima prosecuzione dell'attività caratteristica in funzione di una pianificazione strategica oramai abrogata» dallo stato di liquidazione, in cui sia caduta la società, «soddisfa pienamente i canoni indicati dalle Sezioni Unite, e non li viola. Violativa semmai sarebbe la pretesa che quell'allegazione attenesse ad atti specifici

---

del danno in tema di azione di responsabilità promossa dal curatore, *ibidem*, 2015, II, p. 657; G. CARMELINO, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni unite*, in *Fallimento*, 2015, p. 934; AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 651 ss.

(48) Metodo di quantificazione la cui critica, più o meno serrata o assoluta, può farsi risalire all'archeologia giuridica.

(49) Così Cass., 7 novembre 2005, n. 21492.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di gestione, da valutare per la loro intrinseca dannosità o vantaggiosità, perché ciò costituirebbe un approccio asistematico, ascientifico, aprioristico, destinato a funzionare soltanto nelle situazioni più semplici ed anche forse meno gravi, in cui l'attività imprenditoriale risulti per avventura scomponibile in una mera sequenza di atti osservabili in modo atomistico» (50).

Nel paragrafo che segue sono esposte ulteriori argomentazioni a sostegno di quanto sopra affermato.

7. *Critica alla tesi di misurazione del danno quale conseguenza di specifiche operazioni di gestione.*

L'impresa è attività dell'imprenditore; questa si estrinseca attraverso una serie di operazioni, ognuna delle quali, direttamente o indirettamente, correlata con le altre al fine di perseguire la produzione del reddito. La correlazione si pone con alcune in un rapporto c.d. "*da causa ad effetto*" e con altre in un semplice *rapporto ausiliare*. Spesso il rapporto fra operazioni compiute nell'ambito di un reparto aziendale - sia esso di produzione o di vendita o di amministrazione - mostrano una correlazione più stretta, ma complessivamente anch'esse sono correlate con quelle degli altri reparti nel perseguimento delle finalità dell'impresa nel suo insieme.

L'utilizzo di un certo numero di beni costituenti le c.d. "materie prime" molto spesso non è direttamente correlato con la produzione di individuabili articoli e con la vendita degli stessi, in quanto nel processo produttivo le materie prime sono prelevate dal magazzino in quantità che possono essere state oggetto di acquisti compiuti in momenti e a prezzi diversi; gli articoli prodotti - non solo utilizzando in tutto o in parte le suddette materie prime, ma anche materie sussidiarie e di consumo e prestazioni di servizi, anch'essi oggetto di operazioni diverse succedutesi nel tempo - possono essere alienati attraverso negozi disparati (vendita all'ingrosso o al dettaglio, diretta o tramite intermediari, locazione, leasing, ecc.), posti in essere in momenti e a prezzi diversi, con pagamenti a scadenze differenziate, alcuni dei quali potrebbero sfociare in sofferenze. La contabilità non consente di stabilire attendibilmente se l'acquisto di dieci barre di alluminio o la prenotazione di cinquanta posti in aereo o l'assunzione di un direttore commerciale o la contrazione di un mutuo abbiano procurato un danno ai creditori, riducendo la percentuale che sarebbe loro spettata se le suddette operazioni non fossero state compiute.

---

(50) Così D. GALLETTI, cit. alla nt. 47, pp. 665-667.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il costo di tali operazioni non è avulso dagli altri costi, sostenuti per "trascinamento", dai quali non può essere separato, come non lo può essere dai ricavi.

Con risultati affidabili può essere stabilito, al termine di un convenzionale lasso di tempo, se il mantenimento in funzione di un reparto di produzione sia stato causativo di un danno o di un danno maggiore o minore rispetto a quello che si sarebbe prodotto ove il reparto fosse stato chiuso; ma questo perché un "reparto di produzione" è un ramo di azienda, suscettibile di misurazione contabile autonoma e separata dalle altre. Sovente neanche da questa determinazione separata consegue un risultato affidabile, dovendosi considerare l'intima e necessaria correlazione esistente fra quel reparto ed altri reparti, e comunque il risultato del reparto è sempre al lordo delle spese generali e degli oneri finanziari, la cui ripartizione fra i diversi reparti molte volte non è agevole.

Solo in ipotesi particolari singoli atti di acquisto si pongono abbastanza facilmente in correlazione con atti di vendita, talché con sufficiente attendibilità può determinarsi il loro risultato economico: si pensi all'acquisto e alla successiva vendita di un immobile o di una partecipazione o al compimento di un investimento in strumenti finanziari, giacché l'incidenza delle spese generali e degli interessi rappresenta l'unica componente stimata.

Parimenti una correlazione diretta fra singoli eventi e danno si rinviene in presenza di distrazioni, nell'impiego di risorse dissipate in atti che fuoriescono dall'oggetto sociale, in pagamenti preferenziali a creditori chirografari non più revocabili o in operazioni compiute in conflitto di interessi ([51]).

Al di fuori di casi particolari e non frequenti la contabilità o la semplice ricognizione dei fatti non possono misurare il danno derivante dalle singole operazioni aziendali.

Non comprendo come possa negarsi un nesso di causalità diretta tra la condotta dell'imprenditore e la distruzione di ricchezza allorché sistematicamente egli compri della ghisa, incarichi l'operaio di immetterla nella fornace, ne ritragga delle forme che vende tramite un agente di commercio, allorché il costo della materia prima, il noleggio della fornace, lo stipendio dell'operario e la provvigione dell'agente siano inferiori ai corri-

---

([51]) L'elencazione è tratta da M. VITIELLO, *I l danno risarcibile nelle azioni di responsabilità della curatela*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 163.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

spettivi di vendita. Si tenga a mente che nessuno degli atti sopra menzionati è in se stesso illecito e tantomeno patrimonialmente lesivo, mentre lo sono l'insieme degli atti in quanto posti in essere con l'effetto di ridurre non il capitale proprio, ma quello prestato all'imprenditore in vario modo dai creditori; si consideri che è (non difficile, bensì) impossibile calcolare il danno causato da ciascuna azione, ma solo quello del complesso delle azioni al termine di un determinato periodo di tempo, previa stima delle rimanenze e dei lavori in corso. Il nesso causale va quindi ricercato e direttamente trovato non in una singola operazione, ma in un complesso di operazioni.

Infatti l'impresa è un sistema dinamico di operazioni che non consente la loro "*parcellizzazione*", ovvero una misurazione in chiave di risultato economico distinta da quella relativa all'azienda nel suo complesso (52). In punto di fatto è assolutamente erroneo e quindi *misleading* ritenere che la contabilità o altro strumento di misurazione possano individuare il risultato economico, positivo o negativo, di singole operazioni o persino di un gruppo di operazioni che non siano afferenti una *business unit*, ovvero una unità produttiva di flussi finanziari, ampiamente autonoma da quelli generati da altre attività o gruppi di attività (53).

La misurazione del danno, compiuta in assenza di specifiche condotte valutabili singolarmente, non intacca il principio del nesso di causalità invocato con riferimento alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale. In entrambi i casi il danno trae origine da specifici inadempimenti o alla legge che regola il rapporto fra le parti, ovvero il contratto sociale, oppure alla legge che regola i rapporti fra un soggetto e qualsiasi terzo, quella del *neminem ledere* (artt. 1218 e 2041 cod. civ.). Le norme violate non sono quelle che genericamente impongono agli amministratori di adempiere con diligenza i doveri fissati dalla legge e dallo statuto (art. 2392, comma 1), ma quelle che prescrivono specifici adempimenti come quelle contenute negli artt. 2447, 2482-*ter* e 2485 allorché si è verificata una causa di scioglimento quali la perdita del capitale minimo, passate in rassegna nei precedenti paragrafi.

---

(52) Così anche C. PROTO, *L'azione dei creditori sociali nelle società a responsabilità limitata e la determinazione del danno*, in *Fallimento*, 2010, p. 738; VITIELLO, *op. cit.*, p. 166.

(53) IAS 36, *Riduzione di valore delle attività*, 2005, § 6.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

8. *La misura del danno in caso di continuazione dell'attività applicando il principio contabile OIC 5.*

La redazione del bilancio, ovvero «la rappresentazione in modo veritiero e corretto della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio», è disciplinata da due tipi di norme, giuridiche e tecniche. I due tipi di norme, sotto l'aspetto della cogenza, si pongono evidentemente su piani diversi, ma con riferimento all'oggetto si presentano complementari: le norme tecniche sono evidentemente al servizio delle norme giuridiche (*propter legem*).

L'economia aziendale e in particolare l'*accounting* consentono di determinare il danno che sia *conseguenza immediata e diretta* del proseguimento dell'ordinaria attività d'impresa, nonostante la perdita del capitale sociale o la sua riduzione al di sotto del minimo edittale.

Il principio contabile OIC 5, *Bilanci di liquidazione*, disciplina dal 2008 la valutazione delle attività e passività iscrivibili nel primo bilancio di liquidazione. «Per le attività vi è un solo criterio: il probabile valore di realizzo conseguibile entro un termine ragionevolmente breve e tenuto presente che normalmente i beni vengono venduti separatamente. Anche per le passività vi è un unico criterio: il valore di estinzione, ossia la somma che si dovrà pagare per estinguerle, tenuto conto anche degli interessi».

Il principio contabile enuncia inoltre due poste tipiche del bilancio di liquidazione [54], il primo dei quali è normalmente infrannuale.

Il conto *Rettifiche di liquidazione* accoglie tutte le rettifiche apportate, positive e negative, rispetto agli ultimi valori contabili, in conseguenza del passaggio dalla valutazione secondo criteri di funzionamento a quella secondo criteri di liquidazione. L'affermazione secondo cui il bilancio alla data in cui la società avrebbe dovuto entrare nella fase di liquidazione e il bilancio alla data del fallimento devono essere redatti secondo omogenei criteri di liquidazione è ormai assioma acquisito da oltre vent'anni e non vale la pena soffermarvisi.

L'altra posta caratteristica dello stato patrimoniale del primo bilancio di liquidazione è il *Fondo per costi e oneri di liquidazione*, al netto dei proventi. «La funzione del Fondo è quella di indicare l'ammontare complessivo dei costi ed oneri che si prevede di sostenere per tutta la durata della liquidazione, al netto dei proventi che si prevede di conseguire, i quali forniscono una copertura, sia pur stimata di quei costi ed oneri. L'iscrizione iniziale nel Fondo di tali costi, oneri e proventi costituisce una deviazione dai principi

---

[54] OIC 5, cit., § 4.3.2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contabili applicabili al bilancio ordinario d'esercizio, che è giustificata dalla natura straordinaria dei bilanci di liquidazione e, in particolare, dalle finalità esclusivamente prognostiche del bilancio iniziale di liquidazione … Come regola generale, vanno iscritti tutti i costi, oneri e proventi attinenti la gestione di liquidazione che maturano dalla data della consegna ai liquidatori fino alla data di chiusura della liquidazione» (55).

In sostanza la fondamentale differenza fra i bilanci d'esercizio e quelli di liquidazione è che i primi offrono, dell'azienda, una fotografia del presente e del passato proiettato nel presente rispettando il principio di competenza temporale, mentre i secondi presentano una fotografia del presente e del futuro proiettato nel presente sulla base di un diverso criterio di competenza, quella dei rinvenienti esercizi di liquidazione. I criteri della competenza temporale sono quindi profondamente diversi.

Secondo l'OIC 5, le rettifiche (nette) di liquidazione (suppostone il segno negativo), determinate quale contropartita delle riduzioni e aumenti di valore di attività e passività, confluiscono nel bilancio iniziale di liquidazione a riduzione del "patrimonio netto" e non nel conto economico, in quanto non esprimono variazioni negative di competenza dell'ultima frazione di esercizio antecedente l'inizio della liquidazione. Il *fondo costi e oneri (netti) di liquidazione* va invece iscritto tra le passività, diminuendo per lo stesso valore il patrimonio netto oppure riducendone una posta utilizzabile o iscrivendovi un componente negativo.

Il patrimonio netto, ridotto della prima e della seconda posta, assume un evidente ed utile *valore prognostico* del risultato finale della liquidazione, ovvero della somma stimata che sarà disponibile per il riparto (stragiudiziale o giudiziale): si tratta del c.d. *capitale finale di liquidazione*, quindi del patrimonio netto finale di liquidazione ove la liquidazione fosse iniziata tempestivamente.

Ritengo che la giurisprudenza e gran parte della dottrina non abbiano debitamente considerato che l'iscrizione delle due citate poste rende omogeneo l'iniziale bilancio di liquidazione con quello redatto dal curatore alla data del fallimento; in particolare il fondo per oneri e rischi di liquidazione, la cui stima, fatta all'inizio della liquidazione, si potrà poi giovare delle informazioni raccolte successivamente dal curatore, evita di addossare agli amministratori spese e perdite che comunque avrebbero gravato su una pur corretta liquidazione (56). Insomma non si tratta di consentire il me-

---

(55) OIC 5, cit., § 4.3.2., lett. C).

(56) La rilevanza del fondo oneri e rischi di liquidazione, e più in generale di un bilancio iniziale di liquidazione correttamente redatto, non è stata presa in considerazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

todo del decremento patrimoniale a condizione di apportare ai bilanci rettifiche o correzioni, ma di applicare il metodo ponendo a confronto due bilanci di liquidazione redatti secondo corretti principi contabili.

9. *Gli oneri probatori del curatore.*

Spetta al curatore del fallimento redigere, sulla base dei documenti contabili e degli altri dati reperiti, il bilancio di liquidazione alla data dello scioglimento di diritto, ma, più correttamente, alla data in cui tale scioglimento (per esempio per perdita del capitale) è stato conosciuto dagli amministratori o avrebbe dovuto esserlo secondo i canoni dell'ordinaria diligenza o, più sovente in caso di professionalità dell'attività esercitata, secondo la diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. Spetta inoltre al curatore redigere un bilancio alla data della messa in liquidazione o del fallimento, rettificando quello eventualmente rimessogli dal legale rappresentante della società fallita.

È evidente che il curatore, nel redigere l'iniziale bilancio di liquidazione e quindi nel valutare costi, oneri e proventi di liquidazione, terrà conto degli eventi e dei dati che nel frattempo si sono manifestati, ancorché non fossero inizialmente prevedibili o fossero stati previsti in misura inadeguata. Il valore netto del fondo sarà pertanto sufficientemente preciso e non congetturale come quello che avrebbe stimato il liquidatore della società ove fosse stato nominato dall'assemblea.

L'inserimento del fondo nel bilancio iniziale risolve il problema posto in diverse pronunce di dottrina e giurisprudenza, le quali, ritenendo che l'importo del decremento patrimoniale non venisse depurato dalle variazioni conseguenti a fatti di liquidazione indipendenti dalla condotta degli amministratori (che hanno continuato nell'esercizio dell'impresa), e quindi non ascrivibili alla loro responsabilità, hanno contestato la correttezza del metodo del decremento patrimoniale quale metro di responsabilità ([57]).

L'aumento del valore negativo del patrimonio netto è pertanto interamente imputabile agli amministratori inadempienti agli specifici obblighi normativamente stabiliti al verificarsi di una causa di scioglimento. La prova di tale aumento è onere del curatore, il quale - se la data di cono-

---

da Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, e 15 febbraio 2005, n. 3032, allorché hanno paventato che il metodo delle differenze patrimoniali, emergente dalla comparazione dei bilanci di liquidazione, non tiene conto di spese e perdite che comunque si manifestano indipendentemente da illegittimi comportamenti degli amministratori. Uguali timori sono stati espressi nella sentenza a Sezioni unite (punto 3.3), riportata nel precedente § 6.

([57]) V. nota precedente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

scibilità della perdita del capitale è prossima ed antecedente alla chiusura dell'esercizio - può assolverla rettificando il valore del relativo stato patrimoniale in applicazione dei criteri di liquidazione; se la suddetta data è distante da quella di chiusura dell'esercizio, redigerà un bilancio iniziale di liquidazione infrannuale o, nell'impossibilità di redigerlo (per esempio non essendo possibile la valutazione infrannuale delle rimanenze di magazzino), ricorrerà ugualmente alla rettifica dello stato patrimoniale del bilancio d'esercizio in corso, rinunciando ad accertare la perdita del periodo intercorrente fino alla chiusura dell'esercizio.

Tale ricostruzione del danno causato ai *creditori, ed imputabile agli amministratori dopo il verificarsi di una causa di scioglimento*, quale la perdita del capitale minimo o del *going concern*, *deve preferirsi a quella derivante dalla ricerca dei nocumenti causati da singole operazioni, stante l'interdipendenza generalmente esistente tra tutte le operazioni aziendali e quindi la pressoché impossibilità di una loro separata valutazione* (58).

Tale ricostruzione del danno non lede il diritto di difesa degli amministratori, i quali potranno eccepire che la redazione dei bilanci fatta dal curatore, soprattutto quello iniziale, non trova riscontro probatorio o non è stata fatta applicando corretti principi e criteri contabili o senza tenere conto degli eventi occorsi tra il primo e l'ultimo bilancio di liquidazione.

Consapevole che i concetti sopra esposti debbano essere affinati e completati, ritengo che questo mio terzo contributo al tema della quantificazione del danno imputabile agli amministratori che aggravano il dissesto col proseguimento dell'attività d'impresa possa essere utile ad un'appagante risoluzione del problema, che pare formulata finora in misura non scevra da perplessità.

10. *La soluzione avvalorata da brevi note sulla disciplina penale.*

Come è noto, l'art. 224 legge fallim. punisce a titolo di *bancarotta semplice* gli amministratori che "hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge".

---

(58) G. VERNA-S. VERNA, *La liquidazione delle società di capitali*, Padova, 2009, pp. 50-51; D. GALLETTI, *Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali di periodo nelle azioni di responsabilità*, in *www.ilcaso.it*, doc. 215/2010; A. IORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, I, 2011, pp. 156-157; G. VERNA, *La determinazione del danno* ecc. cit. alla nt. 1, p. 37 ss.; P.P. FERRARO, *Responsabilità degli amministratori e quantificazione dei danni in sede fallimentare*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 246 ss.; ancora GALLETTI, *Differenza* ecc., cit. alla nt. 50.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per *dissesto* deve intendersi non tanto «una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori» (59). «Il termine dissesto riflette il substrato economico-patrimoniale dell'insolvenza e lo squilibrio fra attività e passività: pertanto, deteriorando il relativo rapporto, si cagiona o si aggrava il dissesto» (60).

L'aggravamento del dissesto può costituire il naturale esito del prolungamento dell'attività dell'impresa, come nel caso dell'accumulo dei costi ordinari di gestione (61), e il rapporto di progressione connesso con l'aggravamento influisce sul volume del dissesto, anche solo attraverso il trascorrere del tempo (62). Dovendo verificare l'efficacia causale della condotta, il giudice non potrà che risalire a ritroso dall'evento (la dichiarazione di fallimento), considerando il dissesto nella sua storicità (63).

La condotta, commissiva od omissiva, causativa del reato, è l'inosservanza, per quanto qui interessa, degli obblighi posti dalla legge a carico degli amministratori, e la Corte di cassazione ha indicato a proposito, quali specifici obblighi violati, l'omessa convocazione dell'assemblea dei soci, richiesta dall'art. 2447 cod. civ., in presenza della riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale (64); rilevano, tuttavia, anche «tutti gli obblighi ai quali gli amministratori sono tenuti nello svolgimento dell'attività sociale e nella prospettiva del corretto svolgimento delle loro funzioni» (65).

Aggravamento del dissesto è quindi, nel diritto penale, l'aumento del *deficit* fallimentare misurabile in termini numerici, causato - oltre che da singole condotte degli amministratori, quali distrazioni, operazioni gravemente imprudenti o di pura sorte *aut similia* - dal prolungarsi dell'impresa in condizioni di antieconomicità.

---

(59) Cass. pen., sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899.

(60) C. PEDRAZZI, *sub art. 224*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 335.

(61) Cass. pen., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 13318.

(62) Cass. pen., sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259, e 13318/2013, cit.

(63) C. PEDRAZZI, *op . cit.*, p. 336.

(64) Sez. V pen., 26 maggio 2005, n. 154.

(65) R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2011, p. 249.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il breve *excursus* dianzi effettuato consente, nell'ambito di uno scenario ampio ed articolato, di enucleare elementi strutturali comuni tra responsabilità civile e penale degli amministratori che proseguano l'attività d'impresa consumando l'unico capitale rimasto in azienda, ovvero quello dei creditori.

Se dissesto equivale ad insolvenza, il suo aggravamento si misura nel minor soddisfacimento dei creditori a causa della riduzione del c.d. patrimonio netto di liquidazione, ovvero della differenza fra attivo e passivo all'apertura del fallimento, rispetto alla differenza rilevata o rilevabile con corretti principi contabili nel momento in cui l'insolvenza è stata accertata (o avrebbe dovuto esserlo) dagli amministratori.

Mi sembra quindi di scorgere una sostanziale coincidenza fra l'elemento materiale del reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto e le operazioni poste in essere dagli amministratori che comportano una loro responsabilità civile a causa di tale aggravamento: accanto al compimento di singole operazioni illecite, legate da un chiaro nesso causale con la lesione del bene protetto dalla norma - il soddisfacimento dei creditori - occorre prendere in considerazione lo strumento che consente una misurazione esaustiva ed eziologica dell'illecito, costituito dal confronto di due bilanci: quello che avrebbe dovuto redigersi al manifestarsi del *deficit* e quello che invece è stato redatto dal liquidatore o dal curatore all'inizio della procedura liquidatoria.

Mi pare che la tesi dell'utilità, *rectius* della quasi sempre necessità, di applicare corretti principi contabili per risolvere il problema enunciato all'inizio di questo scritto, riceva valido sostegno anche dalla disciplina penale di cui all'art. 224, n. 2), legge fallim. Deve solo osservarsi che la perdita del *going concern*, mentre può costituire causa di scioglimento della società, non può da sola generate il dissesto, ma solo essere sicura premonitrice di tale evento.

ABSTRACT: *The article deals with the corporate capital decrease below the minimum required by the law and with the loss of going concern, both as causes of an entity termination, unless saving decisions of partners' general meeting; it deals as well as with the existing accounting criteria to evidence those losses. The creditors' damage is measured by equity reduction between the date which losses are evident and the effective date of the voluntary or judicial dissolution; the reduction is measured according Italian accounting standard OIC 5, applying liquidation criteria and recognizing as liability future losses and expenses of liquidation that receiver can easily measure through events as they occurred. Cause of close relations among business*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

operations, that does not allow their separate identification, except particular cases, the OIC 5 satisfy the causal connection between event and damage, also when a judge should assess the financial ruin increase in criminal proceedings.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sante Casonato
Dottore commercialista in Treviso

LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NEI CONFLITTI DA ETERODIREZIONE SOCIETARIA

Abstract: la scena dell'economia nazionale italiana vede quale soggetto protagonista non più la singola società commerciale, bensì il gruppo societario. Nasce quindi l'esigenza di definire alcune tecniche che possano determinare, nelle diverse fattispecie, quel discrimine quantitativo, ovvero quel valore di equilibrio, oltre il quale il comportamento possa essere predicato come "abusivo" e possa quindi essere dichiarata, a seconda dei casi, la nullità dei patti, ovvero reclamata la risarcibilità del danno subito dal soggetto diretto. La teoria dell'equilibrio di Nash, per le situazioni conflittuali, risulta essere propriamente applicabile alle decisioni dirigenti, risultando utile sia nella fase preventiva, sia nella fase patologica della quantificazione del danno nella sua misura "piena".

Sommario: 1. Premesse - 2. Il sistematico conflitto d'interessi nell'eterogestione societaria. - 3. Particolari fattispecie ricorrenti di abuso. - 4. L'eterodirezione biunivoca e un'ipotesi di soluzione delle posizioni conflittuali. - 5. L'eterodirezione multivariabile e la matrice dei vantaggi compensativi. - 6. Conclusioni.

1. *Premesse.*

Anche sulla spinta dell'UE, tesa a promuovere l'aggregazione tra le micro e le piccole medie imprese (1), non vi sono più dubbi sul fatto che la scena dell'economia nazionale vede quale soggetto protagonista non più la singola società commerciale, bensì il gruppo societario (2).

---

(1) Relazioni del Garante per le Micro e PMI del 6 febbraio 2014 e del 31 gennaio 2015.

(2) Se alla fine del 2000 i gruppi italiani erano solo 3000, nel 2013 erano ben oltre 92.000, comprendendo più di 212.000 imprese residenti e occupando oltre 5,5 milioni di addetti. La gestione dell'impresa in forma di gruppo coinvolge circa un terzo degli occupati delle imprese attive e il loro peso, in termini occupazionali, è del 57% con riferimento alle società di capitali e dell'87% nel settore dell'intermediazione monetaria e finanziaria. L'82% dei gruppi d'impresa è rappresentato da "gruppi domestici", che controllano soltanto imprese residenti nel territorio nazionale, mentre il restante 18% è costituito da gruppi multinazionali, di cui il 10,6% con il vertice residente all'estero. Istat, *Gruppi di imprese in Italia*, report 18.11.2015, segnala che rispetto al 2012 il numero dei gruppi è aumentato del 2,2%, le imprese attive del 2,6%, mentre gli addetti coinvolti sono diminuiti dello 0,8. La classe dimensionale 100-499 addetti è quella che ha registrato la maggior riduzione del numero di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A ciò si aggiunga che il fenomeno dell'attività di eterogestione può estrinsecarsi in forme complesse (3), sia di natura finanziaria che di natura economica, per cui la dipendenza si allarga anche alle reti d'impresa (4) e ai contratti di subfornitura, quali atti organizzativi tra imprese indipendenti.

Va inoltre riconosciuto che l'attività di direzione e coordinamento possa essere congiuntamente esercitata da più soggetti (società, enti, persone fisiche) e che la responsabilità si estenda, per espresso disposto normativo, anche a "chi" abbia comunque preso parte al fatto lesivo; nei limiti del vantaggio conseguito, è inoltre responsabile "chi" ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

L'analisi dei comportamenti tra i soggetti dirigenti e quelli eterodiretti (5), che tenga in debito conto la liceità delle compensazioni tra le parti (c.d. "*vantaggi compensativi*"), non può quindi prescindere da tutto un universo di rapporti commerciali, di contratti e relazioni, di conseguenze sociali, di equilibri finanziari e patrimoniali; in altre parole, di un "*sistema*" che vede oramai consolidato un coordinamento universalmente accolto dagli operatori, che impone tuttavia alcune riflessioni e comportamenti, sia nella fase preventiva (nella quale tali rapporti s'instaurano), sia in quella successiva di rinegoziazione dei rapporti e, infine, qualora sussistano ipotesi di abuso (6), anche nell'eventuale fase conten-

---

gruppi (-2,6%) e dei relativi addetti (-2,9%); di contro, la crescita maggiore sia in termini di numero di gruppi (4,7%) sia in termini di addetti (2,4%) si concentra nella classe dimensionale più piccola (1-19 addetti). I gruppi d'impresa coinvolgono circa un terzo degli occupati delle imprese attive presenti nel registro statistico delle imprese Asia. Il loro peso (in termini di occupati) sale al 55,4% se calcolato rispetto alle sole società di capitali.

(3) Per un rapporto tra la disciplina generale e quella tipica del settore bancario, nel senso di un loro cumulo, cfr. anche R. PENNISI, in C. COSTA (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, 2013, p. 710.

(4) Sul tema cfr. M.R. MAUGERI, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, 2009; A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 6/2015, p. 1264 ss.; P. IAMICELI, *Il coordinamento della filiera produttiva tra collegamento negoziale e contratti di rete*, in AA.VV., *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, 2012, p. 315 ss.

(5) F. FIMMANÒ, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in *www.ilcaso.it*, 2007, fa notare che 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, né l'abuso della personalità giuridica, né lo squarcio della segregazione, né la simulazione di società, né la trasformazione tacita in società in nome collettivo irregolare, né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 cod. civ., ma appunto l'abuso dell'attività di dominio.

(6) Sui temi dell'abuso della personalità giuridica e/o di dipendenza economica, da tenere comunque distinti da quello di direzione e coordinamento (anche se associabile e affiancabile) cfr. tra gli altri B. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. e impr.*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziosa/sanzionatoria di quantificazione complessiva del danno derivante dai pregiudizi arrecati (7).

Il campo applicativo della norma è stato significativamente ristretto con riferimento all'ambito soggettivo delle responsabilità, determinando, secondo l'opinione prevalente, l'impossibilità di attribuire una responsabilità diretta alla *holding* persona fisica. L'art. 2497, comma 1, cod. civ., viene infatti interpretato nel senso che per "enti" si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale, ovvero per finalità di natura economica o finanziaria (8).

Al di là dei già rilevati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6, D.L. n. 78/2009 (9), viene fatto osservare che l'esclusione delle persone fisiche, prevista dalla citata norma, sia limitata al solo perimetro operativo dell'art. 2497, comma 1, cod. civ., cioè all'ipotesi della responsabilità diretta dell'ente capogruppo verso i soci e i creditori della società controllata; non risulterebbe invece applicabile per l'azione promossa dalla stessa società eterodiretta, che sembrerebbe legittimata a rivolgersi all'ente

---

1985, p. 679 ss.; M. Fabiani, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, p. 199; P.P. Ferraro, *L'impresa dipendente*, 2004; L. Delli Priscoli, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 833 ss.; M.S. Spolidoro, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Rass. dir. ind.*, 1999, p. 8 ss.; C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica,* in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 8 ss.; V. Pinto, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389 ss.; Aa.Vv., *Legge 18 giugno 1998 n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civ.*, 2000, p. 365.

(7) I presupposti per l'ammissibilità dell'azione sono, congiuntamente: (*a*) l'agire del soggetto controllante in conflitto di interessi; (*b*) il mancato rispetto dei principi di corretta gestione sociale ed imprenditoriale. Poiché la portata dei corretti principi potrebbe essere indeterminata, si può fare riferimento anche all'art. 2497-*quinquies*, che implica una corretta capitalizzazione; alla disciplina del bilancio consolidato; alle norme speciali dettate in materia di Testo Unico della Finanza per gli amministratori della controllante, e quelle riguardanti il Testo Unico Bancario, disciplinate nelle istruzioni della Banca d'Italia del 23 ottobre 2009 in merito ai poteri di direzione e coordinamento delle società di gestione del risparmio.

(8) Così previsto, sebbene con riferimento alle società pubbliche, dall'art. 19, comma 6, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in L. 3 agosto 2009, n. 102, c.d. decreto "Salva Alitalia" ed intitolato "*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*", che sembra aver dato un'interpretazione autentica, confermando la tesi che esclude le persone fisiche dal campo di applicazione dell'art. 2497, comma 1, cod. civ.

(9) Trib. Milano, 20 dicembre 2013, con riferimento al caso Ligresti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dirigente per ottenere il risarcimento del danno provocato al suo patrimonio.

In quest'ultimo caso, risulterebbe anche ultroneo il requisito di "imprenditorialità" (10) rivestito dalla persona fisica, poiché la responsabilità invocata si colloca in una diversa disciplina rispetto all'ambito fallimentare e giuslavoristico, ove invece è richiesto (11).

Ai sensi dell'art. 2497, comma 1, cod. civ., nei confronti di soci e dei creditori della società eterodiretta sono quindi responsabili le società e gli enti di qualsiasi tipo (12), comprese quelle straniere, la cui responsabilità sarebbe disciplinata dal diritto italiano in forza dell'applicazione dell'art. 62 della L. n. 218/1995 (13).

Contro la persona fisica, l'*holding* personale o il socio tiranno, rimarrebbero comunque esperibili le azioni promosse dalla stessa società eterogestita, quelle risarcitorie *ex* art. 2043 cod. civ. (14), quelle ricollegate ai

---

(10) L'ammissibilità di una *holding* persona fisica risultava incontrastata in giurisprudenza (Cass. n. 1439/1990), più discussa in dottrina, ma ora, anche per merito della riforma, sembra non essere riconosciuta in sede legislativa, quantomeno ai fini delle conseguenze che ne derivano dagli artt. 2497 e ss.; in tal senso opererebbero le modifiche all'art. 2497-*sexies*, comma 2, abrogato e sostituito dall'art. 2497-*septies*, ove si legge sempre "società ed ente". Se la posizione di controllo è fatta a capo di una persona fisica è tuttavia necessario valutare se questi sia solo un azionista che gestisce il proprio portafoglio, oppure sia un soggetto che svolge una vera e propria funzione imprenditoriale di direzione e coordinamento. Il confine non è di semplice definizione e non va sottovalutato, perché può sempre essere provata (e deve essere provata) l'effettiva direzione unitaria del gruppo anche da parte di persone fisiche imprenditorialmente organizzate. In questo senso, cfr. Trib. Pordenone, 13 giugno 2014 - Trib. Venezia, 12 ottobre 2012 - A. MASURACA, *La fallibilità della holding individuale*, commento a Trib. Roma, 19 dicembre 2012, in *Il Fallimentarista*, pubb. 14 gennaio 2014. Con riferimento al fallimento della holding di fatto v. anche Trib. Nola, 29 maggio 2013, in *www.ilcaso.it* - M. MEOLI, *Fallimento della holding di fatto: requisiti da "calibrare"*, in *Eutekne on line*, 22 giugno 2013.

(11) Trib. Milano, 20 dicembre 2013. - È opinione comune in dottrina che il controllo possa essere imputato ad un imprenditore persona fisica, così come a qualunque altro soggetto individuale (cfr. D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 191, p. 3025); il controllo non implica tuttavia l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

(12) CIRCOLARE ASSONIME 44/2006. - Per G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per* mala gestio *nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 443, la posizione degli amministratori della società eterodiretta, che diviene quella di meri compartecipi ad un fatto altrui, presuppone la responsabilità della società o dell'ente capogruppo.

(13) La L. 31 luglio 1995, n. 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, così come coordinata e aggiornata con le modifiche introdotte dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, prevede all'art. 69 che «la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno».

(14) L. GUGLIELMUCCI, in questa *Rivista*, I/2005, p. 41.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

principi generali in tema di inadempimento e responsabilità di cui agli artt. 1218 e 1223 cod. civ. (15), nonché quelle previste dall'art. 2497, comma 2, cod. civ., con la precisazione che per tali soggetti non sarebbe tuttavia applicabile la presunzione prevista dall'art. 2497-*sexies* cod. civ.

Le modalità alternative che si possono quindi presentare, in termini di di quantificazione del danno, sono infinite, più o meno semplici, ognuna comunque caratterizzata da proprie peculiarità e criteri di determinazione.

La tutela all'abuso offerta ai soggetti che a vario titolo entrano in contatto con la realtà del gruppo, nella prassi sostanzialmente riferita alle situazioni di crisi societaria, non trova tuttavia un parallelo aumento delle casistiche passate al vaglio dei tribunali, che rimangono numericamente limitate rispetto al fenomeno economico in precedenza evidenziato.

Ciò non significa che le imprese organizzate in gruppi siano tutte virtuose, ma, verosimilmente, che le difficoltà a "provare" l'esistenza dell'abuso e l'entità del pregiudizio, anche per un'evidente disparità e asimmetria delle informazioni e della documentazione (diversamente disponibile fra le parti), fanno sì che le azioni di responsabilità *ex* art. 2497 cod. civ. siano più semplicemente dirottate sugli organi di gestione delle società eterogestite.

Manca inoltre un orientamento giurisprudenziale consolidato che possa rassicurare sul *modus operandi*, sia nell'ambito delle scelte decisionali del gruppo di comando, sia in termini di criteri per la corretta determinazione dei danni eventualmente cagionati.

In assenza di una regolamentazione su base contrattuale (16), in forza dei fondamenti assiologici, che riconoscono il divieto dell'abuso della direzione e coordinamento, va sviluppato il passaggio che da una percezione dell'abuso, spesse volte rinvenibile anche solo a livello intuitivo, permetta invece la definizione del limite oltre il quale i rapporti non possano più

---

(15) Trib. Milano, 20 dicembre 2013, cit.

(16) U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, I/2004, p. 66, secondo il quale «non vi è dubbio che le proposizioni normative di cui agli artt. 2497 e segg. sono ispirate ad un principio di effettività». Per L. PATELLI-G. DONEDDU, *Gruppi societari e regolamentazione del potere di direzione e coordinamento*, in *Diritto e Pratica delle società*, 7/2009, p. 51, la lettera dell'art. 2497 cod. civ. induce a ritenere ormai possibile l'adozione di un regolamento dal quale, contrattualmente, sia possibile definire le modalità di gestione strategica e funzionale del gruppo. F. GALGANO, *Il Regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I/2005, pp. 86-94, subordina l'efficacia di una tale regolamentazione ad una specifica deliberazione consiliare delle società rientranti nell'area di direzione e coordinamento, che dovranno esprimere la volontà di assoggettarsi a esso. Nel senso della certa legittimità dei regolamenti di gruppo, cfr. G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Marchetti*, 2012, p. 34.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essere ritenuti ragionevoli, perché quest'ultimi, sebbene sufficienti al fine di affermare la legittimità dell'atto sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale (17), risultano "eccedenti" l'equilibrio dell'assetto degli interessi realizzati o comunque esistenti (18).

Per non sfociare sulla mera arbitrarietà, sia in un senso che nell'altro, nasce quindi l'esigenza di definire alcune tecniche che possano determinare, nelle diverse fattispecie, quel discrimine quantitativo, ovvero quel valore di equilibrio, oltre il quale il comportamento possa essere predicato come "abusivo" e possa quindi essere dichiarata, a seconda dei casi, la nullità dei patti, ovvero reclamata la risarcibilità del danno subito.

In alcuni casi potrebbe trovare contemporanea applicazione anche il disposto dell'art. 9 della L. n. 192/1998 sulla subfornitura, che sancisce il divieto di "abuso di dipendenza economica" (19).

---

(17) Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Società*, 11/2007, p. 1362 ha sancito il principio la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi non è sufficiente al fine di affermare la legittimità dell'atto sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale, ma l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediati negativi dell'operazione compiuta.

(18) L. PATELLI-G. DONEDDU, *op. cit.*, fanno notare che anche l'eventuale regolamento di gruppo non potrà fondarsi sulla tirannia di un soggetto controllante che agisca *iure imperii* senza limiti e senza adeguata regolamentazione: a una tale configurazione osta in maniera insuperabile l'immanente principio vigente nel diritto societario costituito dall'autonomia giuridica e patrimoniale delle società di capitale.

(19) Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Società*, 6/2010, p. 683, chiarisce che il rapporto contrattuale di cui all'art. 2497-*septies* cod. civ. può assumere esterno rilievo giuridico nel caso di responsabilità civile per contrarietà a buona fede soltanto qualora le direttive della parte contrattuale forte - in quanto scorrettamente pregiudizievoli per la parte contrattuale subordinata - escono dagli altrimenti insindacabili confini dell'autonomia privata e della discrezionalità delle scelte societarie. Per un coordinamento tra l'art. 2497 cod. civ., che si limita a prevedere forme attenuate di tutela obbligatoria, con il più rigoroso art. 9 della L. n. 192/1998 sulla subfornitura, che vieta l'abuso di dipendenza economica e contempla invece rimedi di natura reale, cfr. P.P. FERRARO, *L'abuso di dipendenza economica nei rapporti infragruppo*, in *www.rivistaodc.ue.*

L'art. 9, comma 1, L. n. 192/1998, relativa alla "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttiva*", prevede che «è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice». Tale norma, al pari dell'art. 2497 cod. civ, è riconosciuta dalla prevalente dottrina e giurisprudenza di merito come una vera e propria clausola generale, applicabile a tutti i rapporti fra imprese, con la differenza che la prima è vista con riferimento alla funzione produttiva o distributiva e alla tutela dell'impresa più debole, mentre la seconda avrebbe portata più ampia, riferibile al governo dell'"impresa del gruppo" in una prospettiva "efficientistica". L'art. 9, comma 1, L. n. 192/1998 stabilisce altresì che «si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» e che «la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2. *Il sistematico conflitto d'interessi nell'eterogestione societaria.*

Ogni attività e rapporto umano, compresi soprattutto i rapporti economici, si esplicano e si concretizzano per mezzo di accordi, di atti di fiducia e di comunicazioni sociali; nei rapporti tra imprenditori, ai quali si applica il principio di correttezza desumibile dal sistema del diritto delle imprese (20), le controversie e la conflittualità di interessi sono inoltre un elemento inevitabile.

In un contesto indipendente, tali conflitti si risolvono attraverso le regole privatistiche e della concorrenza.

Quando l'*iter* decisionale concerne invece operazioni con parti correlate, viene a sfumare quell'equilibrio concorrenziale caratterizzante l'indipendenza dei soggetti, perché la scelta è orientata in un contesto di più ampia visione, imponendo regole di trasparenza e correttezza più stringenti ed incisive, a tutela dell'interesse della società e dei suoi investitori (21).

Anche in questi casi, l'interesse di una parte alla creazione di valore e quello della parte correlata alla massimizzazione del proprio utile si trovano comunque in un conflitto sistemico fra loro (22).

---

possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Il comma 2 dello stesso articolo precisa, in via esemplificativa, che «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto». Il 3° co. dell'art. 9, L. n. 192/1998, come modificato dalla L. 5 marzo 2001, n. 57, dispone, a livello sanzionatorio, che «il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

(20) Pur in mancanza di una tipizzazione legale, il principio di correttezza è andato affermandosi sia sul piano normativo, costituendo l'antefatto esplicito o implicito di diverse disposizioni in materia di impresa e di società (cfr. art. 2598, comma 1, n. 3, cod. civ.; artt. 1746 e 1749 cod. civ.; L. n. 192/1998; art. 2497 cod. civ.; L. 6 maggio 2004, n. 129; art. 39, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), sia nelle più recenti elaborazioni teoriche pratiche. In applicazione del principio di correttezza v. anche Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, la quale, con riguardo a un contratto di distribuzione, ha riconosciuto il carattere abusivo del recesso ad *nutum* del concedente.

(21) Trib. Verona, 13 luglio 2007, in *Società*, 11/2008, p. 1385 ha ritenuto che il conflitto di interessi, che può verificarsi quando gli amministratori di una società siano anche membri dell'organo amministrativo della controllante, assume rilievo solo qualora sia concretamente idoneo ad arrecare un danno alla società. E. CIVERRA, a commento della suddetta sentenza, fa notare come, a tal proposito, la composizione degli organi amministrativi delle società partecipanti al gruppo può rendere plasticamente evidente l'esistenza di un conflitto di interessi e porre la questione se occorra procedere, nella predisposizione dei piani operativi e decisionali della società, oltre che agli adempimenti di cui all'art. 2497-*ter* cod. civ. anche agli obblighi di disclosure previsti dall'art. 2391 cod. civ.

(22) G. MINERVINI, *Il nuovo diritto delle società*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Torino, 2006, p. 601.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il proliferare di attività imprenditoriali organizzate nelle forme di gruppo, ovvero di integrazione dei processi, rende in effetti il conflitto istituzionalizzato (23), per cui tale conflitto va ricomposto guardando non tanto al rapporto fra le diverse società costituenti il gruppo, ma fra i destinatari finali dei risultati dell'attività (del gruppo) e coloro che, invece, partecipano alle singole fasi dell'attività solo con gli investimenti sul capitale delle società partecipate (24).

La posizione di potere dell'ente in posizione apicale condiziona, in genere, il processo decisionale nei confronti della società eterodiretta, piegandolo a proprio vantaggio, con il rischio di decisioni e di operazioni decise ad esclusivo o prevalente suo beneficio, a discapito della società diretta e dei terzi estranei al rapporto di correlazione (25).

Nel contesto in cui le posizioni soggettive non sono paritetiche, né speculari, né definibili in termini di diritti e di obblighi (26), non potendo modificare la tipologia organizzativa del processo produttivo instaurato tra le parti, assumono particolare significato le strategie epistemologiche, quali strumenti atti a regolamentare il conflitto che si è venuto a creare all'interno del modello organizzativo, trovando così quell'equilibrio alla degenerazione asimmetrica della relazione instaurata.

Quando gli interessi individuali entrano in conflitto con un determinato potere privato (in particolare con quello imprenditoriale) la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare la necessità di rifarsi ai principi di correttezza e di buona fede (27), iscrivendoli nella c.d. "*tecnica del rapporto*", cioè in quella tecnica caratterizzata dall'attribuzione di un diritto contrapposto a un obbligo (28).

---

(23) Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Commento sub 2497cod. civ.*, in *Comm. Gabrielli*, 2015, p. 1128, sul conflitto d'interessi tipico dei gruppi societari e come fondamento e spiegazione dell'esigenza di compensazioni effettive e non meramente virtuali per definire i confini e i contenuti del pregiudizio e dell'operazione pregiudizievole.

(24) L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*", in *Quaderni di Giur. Comm.*, n. 354, 2012, p. 35.

(25) AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, 2010, p. 502.

(26) A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 2003, p. 393.

(27) Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, sancisce la massima secondo la quale l'alterità soggettiva fra socio e società non può essere reciprocamente opposta o non può essere da entrambi opposta ai terzi tutte le volte in cui ciò contrasta con il canone della buona fede.

(28) Sul punto cfr. Cass., rel. 10 settembre 2010, n. 116 - L. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 11, il quale richiama Cass., 19 giugno 1982, n. 3773 e Cass., 27 maggio 1983, n. 3675, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1541. Con riferimento al risarcimento del danno in rapporto ai principi di correttezza e buona fede cfr. anche Cass., sez. lav., 28 agosto 2013, n. 19826; Cass., sez. lav., 18 giugno 2014, n. 13863 - Un approfondimento anche in F. SALVATORE, *Correttezza e buona fede nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Università degli Studi Roma Tre, a.a. 2010/

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'abuso rappresenta, in questo senso, una violazione della "*tecnica del rapporto*", con conseguente causazione del pregiudizio.

L'identificazione del comportamento abusivo non potrà quindi che transitare attraverso un processo contrario, vale a dire la ricostruzione "*tecnica*" di quella che sarebbe stata la corretta gestione intersoggettiva, cioè quel *quid* che consenta di comparare il comportamento dovuto con quello concretamente tenuto (29).

In sede di prova contraria, non rileva la dimostrazione dell'esistenza di un potere in grado di condizionare l'attività della società controllata, ma che quel potere, in astratto sussistente e legittimo, non sia stato *in concreto* esercitato, ovvero non si sia tradotto, in un'effettiva attività di condizionamento abusivo (30).

Il problema va quindi, e ancora una volta, affrontato sul *quantum* di quel potere è stato utilizzato nel rapporto, cioè se esso abbia dispoticamente influenzato negativamente i rapporti, ovvero se sia stato coerente con i protocolli di una corretta gestione, in modo che la negoziazione tra le parti non sia stata inficiata da un'interferenza abusiva, ma, pur fatta nell'interesse sociale, abbia risolto il conflitto di interessi (31).

Il punto fermo è quindi costituito da un'indagine che non si limiti ad accertare *sic et simpliciter* il dominio e l'esistenza di pregiudizi in capo alla società eterodiretta, ma che penetri nei caratteri stessi della

---

2011, in *http://dspace-roma3.caspur.it* - I principi di buona fede e correttezza sono anche affermati dalla disciplina *antitrust* e dalla giurisprudenza di settore, con riferimento alle imprese che si trovino in posizione dominante sul mercato, al fine di sanzionare le condotte "abusive" di queste ultime. Ci si chiede tuttavia se sia possibile discutere di buona fede commerciale, ovvero, fino a che punto l'imprenditore, che ha come obiettivo principale lo sviluppo del *business*, sia tenuto all'osservanza di un principio che potrebbe collidere anche in maniera sensibile con il profitto e costringerlo a scelte non propriamente utili per la sua impresa. La giurisprudenza ha individuato alcuni comportamenti specifici in tal senso, quali gli obblighi di avviso e d'informazione nell'interesse del debitore; le prestazioni non previste nell'originario rapporto contrattuale da accettare per salvaguardare l'utilità altrui; l'obbligo di modificare il proprio comportamento in sede di esecuzione del contratto, di tollerare il ricevimento di una prestazione non esattamente conforme a quella originariamente pattuita se non sia compromessa l'utilità sostanziale della stessa; l'obbligo del corretto esercizio dei poteri discrezionali delle parti in fase esecutiva del contratto.

(29) L. Benedetti, *op. cit.*, p. 22.

(30) S. Corso, *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, n. 306, 2008, p. 75.

(31) Per G. Sbisà, *op. cit.*, p. 62, ciò potrebbe rinvenirsi, anche per i vantaggi compensativi fondatamente prevedibili, nella documentazione ufficiale della capogruppo e della società eterodiretta, quali piani industriali e finanziari, *budget*, verbali dei c.d.a. della *holding*, informazioni sui rapporti intercorsi con la capogruppo nelle relazioni sulla gestione *ex* art. 2497-*bis*, n. 5, cod. civ., nelle motivazioni delle decisioni inerenti agli atti pregiudizievoli *ex* art. 2497-*ter* cod. civ.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

formazione del processo decisionale, confrontando, nel rispetto delle scelte della gestione, ciò che avrebbe dovuto essere, rispetto a ciò che invece è stato.

3. *Particolari fattispecie ricorrenti di abuso.*

L'abuso della direzione e del coordinamento, oltre ad avere per oggetto la gestione finanziaria (32), può estrinsecarsi anche tra imprese legate fra loro da vincoli di natura contrattuale (33), come tipicamente avviene nell'ambito di una filiera produttiva o distributiva, nella subfornitura industriale, nel *franchising*, nelle licenze di brevetti, di marchi o di *know-how*, nei contratti di agenzia, di somministrazione, di concessione di vendita in esclusiva e, in genere, in ogni altro rapporto commerciale e negoziale nel quale un'impresa sia in grado non solo di imporre vincoli limitanti e puntuali ai comportamenti di un'altra impresa, ma anche (e soprattutto) di influire sulla sua attività globale, indirizzandone le scelte strategiche fondamentali e condizionandone l'esistenza e la sopravvivenza (34).

L'attività di direzione e coordinamento è inoltre un'attività atipica, un fatto, che può svolgersi in forma orale o scritta, con le modalità più

---

(32) A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, 2011, p. 33. L. BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi*, in *Società, Banche e crisi d'impresa, liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2014, p. 1492, afferma che anzi, spesso, questa è una delle principali funzioni avocate a chi organizza l'attività di gruppo.

(33) S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza*, 85 ritiene che il potere di direzione e di coordinamento delle varie imprese di matrice contrattuale sussista quando, ad esempio, una parte abbia - *ex contractu* - il potere di imporre alla controparte una determinata struttura finanziaria, ad esempio dettando requisiti minimi patrimoniali ossia una data proporzione minima tra la dotazione di mezzi propri e quella di mezzi di terzi nell'impresa ma anche (sia pure per via indiretta) in altri rapporti contrattuali dove ci si preoccupa non tanto della dotazione patrimoniale quanto dell'equilibrio finanziario, cioè di una dotazione di risorse finanziarie coerente alle necessità ed ai caratteri propri dell'attività di impresa e quindi, di una stabilità sostenibile nel tempo.

(34) Cass., 27 settembre 2001, n. 12094 ha chiarito che vi è soggezione a controllo esterno, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 3, cod. civ. in presenza di «rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentano la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata». Il contratto deve, cioè, contenere clausole in base alle quali i modi di esercizio dell'attività di uno dei *partners* vengano a essere influenzati, per tutta la durata del rapporto, dall'altro contraente. L'attività di direzione e coordinamento si distingue inoltre dall'amministrazione di fatto della società eterogestita perché l'ente dirigente non compie esso stesso atti di gestione rilevanti verso terzi e/o spendendo il nome, ma influenza e determina le scelte gestorie operate dagli amministratori della società diretta, in esecuzione delle direttive impartite.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

svariate, consistente comunque nell'espressione della volontà dell'ente dirigente in ordine agli atti che dovranno essere compiuti dall'organo gestorio della società eterodiretta.

In tali condizioni, l'esistenza o meno di un abuso implica necessariamente una quantificazione di natura "tecnica" degli effetti collegati ai fattori scatenanti, poiché si potrà invocare la responsabilità da eterodirezione solo qualora sia dimostrata l'esistenza di danni, direttamente riferibili a scelte e azioni dell'impresa dominante, che abbiano irreversibilmente condizionato la solvibilità a favore dei creditori della società eterodiretta e/o danneggiato il valore della sua partecipazione.

Non c'è quindi responsabilità se non c'è danno, e il danno sussiste qualora i pregiudizi subiti dai soci e dai creditori della società gestita siano la conseguenza diretta dell'abuso dell'ente dirigente, in uno stretto nesso di causalità materiale e giuridica, con esclusione, quindi, di tutte le altre cause (35).

La preventiva quantificazione "tecnica" del danno si presenta quindi non solo come condizione necessaria per promuovere l'azione risarcitoria, ma soprattutto come misura discriminante per la determinazione l'altro presupposto dell'azione, cioè la sussistenza dell'abuso.

La sua corretta determinazione implica, così, l'esplicitazione e lo sviluppo oggettivo di tutti gli indizi gravi, precisi e concordanti, atti a fornire *in primis* la prova dell'esistenza dell'influenza dannosa e, conseguentemente, l'entità del pregiudizio creato.

Dal prisma visuale del singolo danneggiato, l'accertamento dell'abuso va effettuato, con criteri *ex ante*, sull'effetto economico che si è prodotto *ex post* sul patrimonio della società dominata, quale conseguenza di un comportamento dell'ente dirigente.

In tal modo potrà essere dimostrato, secondo principi riconosciuti dalla scienza economica, che diverse azioni condizionate avrebbero invece permesso, entro certi limiti (anche questi da determinare), la solvibilità nei confronti dei terzi e precluso ai soci (della società eterodiretta) di lamentarsi sulle direttive gestorie della capogruppo, poiché quest'ultime

---

(35) Per una più approfondita analisi della causalità materiale e giuridica mi sia permesso richiamare S. CASONATO, *Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta ed il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata. Criteri per la determinazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*, in questa *Rivista*, II/2013, p. 277 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risulterebbero invece conformi ad una corretta programmazione (36) e a un equilibrio relazionale per prassi riconosciuto (37).

Nella fase iniziale della direzione, ovvero in tutte le successive direttive impartite, il soggetto "forte" non potrà quindi prescindere dalla preventiva quantificazione degli effetti economici che possano riverberare in capo alla controparte, mettendo in essere un preventivo controllo di "equa sostenibilità", non già in via teorica, ma quale conseguenza di corrette regole economiche applicate alla fattispecie.

Tale processo rappresenta un elemento fondamentale e al contempo "tecnico" del rapporto economico instaurato, anche in grado di influenzare il potenziale giudizio che dovesse essere compiuto a posteriori; esso va inoltre tenuto disgiunto dal parallelo obbligo di massimizzazione dei profitti, caratterizzante l'attività d'impresa.

La disponibilità del soggetto "debole" non può mai essere intesa come una sua assunzione globale di responsabilità, poiché il soggetto eterodiretto potrebbe accettare le condizioni impartite o subite, preferendole ad altre, senza tuttavia trovare una futura soddisfazione in grado di reintegrare il patrimonio perduto, con possibilità di precludere l'operatività nel medio lungo termine, minando in tal modo la sua futura sopravvivenza.

Nella dialettica tra le parti, le condizioni imposte dall'ente dirigente, quali condizioni imprescindibili per la "tenuta" economico/patrimoniale del soggetto diretto, costituiscono pertanto un'asincronia atta a legittimare *ab origine* il sindacato di merito sull'esistenza dell'abuso e sulla conseguente responsabilità, comportando l'obbligo indiretto dell'ente dirigente di calcolare il punto di caduta, cioè quello di equilibrio delle condizioni atte a escludere la responsabilità per quanto potrà in seguito accadere in capo al soggetto eterodiretto.

I fattori conflittuali nella gestione dei rapporti economici tra imprese interessano una rete di rapporti, i quali non sono per forza riconducibili alla (sola) diarchia delle parti negozianti; in questi casi il diritto dei contratti è sicuramente applicabile, forse in misura anche preponderante, così

---

(36) P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, p. 399. L'esistenza di un limite all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, rappresentato dai principi della corretta gestione societaria ed imprenditoriale, impone alla capogruppo di organizzarsi affinché la gestione non travalichi il confine del lecito.

(37) Per L. BOGGIO, *op. cit*., p. 1498, a tal proposito, la questione fondamentale è comprendere il limite di sindacabilità delle scelte e i parametri secondo i quali quel sindacato può essere compiuto. La gestione dell'impresa gode, infatti, di quel regime di libertà d'azione che incontra i vincoli segnati dalla c.d. *business judgement rule*, ossia dell'insindacabilità giudiziaria delle scelte di opportunità economica.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

come l'insindacabilità delle scelte gestorie connessa alla c.d. *business judgement rule*, ma non può esaurirsi nel "semplice" rapporto tra soggetto eterodiretto e il suo vertice, perché quest'ultimo deve fare i conti anche con la necessità di un esame definibile "*a garanzia allargata*", se solo si pensi che la continuità imprenditoriale dell'ente "gestito" andrà a coinvolgere i suoi creditori e i suoi finanziatori, e che l'attività del soggetto dirigente potrà essere valutata da una collettività di soggetti che non hanno partecipato alla contrattazione ma che potrebbero in futuro rivendicare delle pretese.

La quantificazione "tecnica" e preventiva si presenta, infatti: (*a*) come necessaria perché gli effetti del negozio non riverberino sulla sopravvivenza dell'ente diretto; (*b*) come un nodo nevralgico per l'esenzione dagli effetti di nullità parziale e relativa o, comunque, di responsabilità a lui riferibile; (*c*) come fondamentale per le successive scelte, che dovranno tener conto, anche in questo caso, dell'interesse dei creditori e dei soci del soggetto eterodiretto in termini di vantaggi compensativi.

Qualora la direzione all'interno del gruppo si manifesti anche in rapporti di subfornitura o di somministrazione, l'assenza di una tale premeditata analisi potrebbe far correre il rischio di rendere l'oggetto impossibile; e l'impossibilità dell'oggetto è causa di nullità del contratto *ex* artt. 1325 e 1346 cod. civ.

Se nel contratto di subfornitura l'oggetto non è (solo) la fornitura o l'erogazione di un servizio destinato ad essere incorporato nella produzione del committente, bensì uno scambio nell'ambito di un sistema di cooperazione tra imprese che è incardinato in un processo di decentramento produttivo, così, nella eterodirezione societaria, i rapporti sono effettuati in un contesto di parti correlate [38]; le relative normative non possono che

---

[38] Cfr. REGOLAMENTO CONSOB n. 17221 del 12 marzo 2010 - BORSA ITALIANA, documento 13 aprile 2015 per il quale «in base allo IAS 24 una persona o un'entità è correlata all'entità che redige il bilancio (di seguito "la società") se ha il controllo o il controllo congiunto della società. È correlata anche la persona o entità che ha un'influenza notevole sulla società oppure il dirigente con responsabilità strategiche nella società stessa. In tutti questi casi l'entità controllata o controllata congiuntamente da una persona nelle condizioni di cui sopra è considerata correlata della società. Se uno dei soggetti di cui sopra esercita un'influenza significativa su un'entità o ne è dirigente con responsabilità strategiche, questa entità sarà considerata parte correlata. È inoltre entità correlata a una società quella che fa parte dello stesso gruppo, di conseguenza ogni controllante, controllata o società del gruppo è correlata alle altre. Un'entità è correlata anche se è una collegata o una joint venture della società in questione oppure se entrambe le entità sono joint venture di una stessa terza controparte. La correlazione si realizza anche se l'entità correlata è in joint venture di una terza che è collegata alla società.».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prevedere, necessariamente, delle deroghe rafforzative ai principi generali delle obbligazioni e dei contratti.

Ne deriva che: (*a*) nel contratto di subfornitura, l'oggetto del contratto sarà impossibile se è promesso un rapporto cooperativo/produttivo impossibile, cioè l'incapacità di proseguire a medio lungo termine il rapporto alle condizioni originarie (o sopravvenute) che ostacolino in modo assoluto il risultato cui essa era diretta; (*b*) in un sistema eterodiretto, la responsabilità si estende oltre i limiti negoziali, coinvolgendo il soggetto apicale sulle conseguenze di una mancata previsione programmatica degli effetti delle direttive da lui impartite che possono, parimenti, compromettere in modo assoluto l'esercizio imprenditoriale della parte correlata verso la quale la direttiva era stata impartita.

Nella pratica, una corretta eterogestione societaria comporterà la predisposizione di un processo logico previsionale per fasi: (*a*) analisi della redditività del "*business*" economico; (*b*) analisi della situazione economica e patrimoniale delle parti; (*c*) esame di ragionevolezza delle direttive operative dell'agire eterodiretto e di ripartizione della marginalità e dei benefici ([39]), anche in termini temporali; (*d*) esame degli effetti dell'azione imposta e della solidità dei risultati, da effettuarsi anche sulla base di scenari "*what if*".

Il rapporto instaurato potrà quindi definirsi "non abusivo", e la responsabilità potrà quindi essere esclusa, allorquando il livello di probabilità dell'attuarsi dei fatti previsti sia particolarmente elevata, quale "naturale sviluppo" di fatti prefigurati, di talché gli eventuali pregiudizi in capo ai terzi dovrebbero essere la mera conseguenza di fatti eccezionali o imprevedibili e, come tali, non addebitabili all'ente dirigente.

La logica sanzionatoria dell'art. 2497 cod. civ. sull'abuso del potere direttivo sembra volta non solo a punire l'abuso, ma anche a moralizzare i rapporti fra imprenditori e a conformare le condotte reciproche, permettendo rimedi e ravvedimenti compensativi in corso d'opera, cioè azioni tali da non rendere più assoluto il pregiudizio.

In tale processo logico previsionale, l'esenzione da responsabilità comporta tuttavia che, mentre nella fase di *input* della direttiva le previsioni possono essere, in qualche modo, approssimate (ma non irrazionali), essendo ciò un fattore fisiologico di tutti i processi previsionali, nella fase *ex post* eventuali differenze dovranno essere integralmente ripianate, in una

---

([39]) Sulla doverosità della pianificazione economico-finanziaria dell'impresa societaria cfr. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, 2006.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sorta di ruolo di garanzia assunta dal soggetto dirigente per l'operato del soggetto eterodiretto.

In un'ottica di corretta gestione societaria e imprenditoriale, l'instaurazione di rapporti negoziali tra le società del gruppo, ovvero il compimento di atti in qualche modo imposti, non può basarsi solo su mere speranze di sostenibilità non valutate in modo appropriato, perché la legittimazione dei rapporti che si instaurano sarà considerata come ammissibile soltanto nell'ipotesi in cui si sia prefigurata una soluzione razionale, logica ed economicamente sostenibile.

Poiché all'interno di un gruppo il conflitto d'interessi è tuttavia sistemico, l'affidabilità sul fatto che i rapporti non produrranno lesioni all'integrità del patrimonio della società eterodiretta, ovvero pregiudizi riflessi sulle sue partecipazioni, pare quindi significativamente influenzata da un preventivo processo logico che simuli ipotetiche condizioni di indipendenza; cioè da una situazione caratterizzata il più possibile da un'oggettiva valutazione e da una razionale prevedibilità degli effetti, tenuto necessariamente conto del risultato complessivo derivante dai vantaggi compensativi già identificati oppure razionalmente erogabili in futuro.

Abusare di un'impresa significa danneggiarla, ossia arrecare pregiudizio alla sua attività imprenditoriale.

Il processo comprovante l'equa determinazione della ripartizione dei vantaggi economici connessi all'agire eterodiretto potrebbe essere scrutinato in futuro, per cui è consigliabile non solo che siano adottati criteri valutativi riconosciuti dalla *best practice,* che tengano conto anche della fattispecie, ma che il processo risulti anche formalizzato in atti, delibere ovvero in documenti che rimarranno nella disponibilità di chi effettivamente eserciti la direzione e il coordinamento, utili in sede di prova contraria.

I profili patologici che si dovessero in seguito presentare, soprattutto con riferimento al risarcimento del danno, comportano infatti uno scenario completamente diverso da quello preventivabile, perché caratterizzato da una situazione contenziosa, con una fisiologica degenerazione del patrimonio dell'ente eterodiretto.

In tali casi, i criteri di valutazione del ristoro sono diversi da quelli negoziali propri di una situazione di normalità, non solo perché gli effetti della lesione si sono verosimilmente amplificati, ma anche perché i fattori esogeni al rapporto si sono confusi con quelli di causalità diretta, essendo difficile la loro enucleazione, così che la determinazione della retroversione delle utilità o l'indennizzo del danno potrebbero essere assunti per entità "allargate", così che il soggetto responsabile potrebbe essere chiamato ad

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

indennizzare in misura superiore a quella "equamente" assegnabile o prevedibile (40).

4. *L'eterodirezione biunivoca e un'ipotesi di soluzione delle posizioni conflittuali.*

Un'azione *ex* art. 2497, comma 1, cod. civ. sarà verosimilmente e fruttuosamente esperibile solo in relazione a specifichi atti di ingerenza, dei quali possa essere "ricostruita" la gestione contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

Se a livello teorico può essere attuata una ricostruzione complessiva anche per fattispecie complesse, di fatto, essa appare estremamente difficile e, talvolta, quasi impossibile, se non altro per una evidente difficoltà nella produzione delle prove (documentali e contabili) dell'operazione dannosa (41).

A prescindere dal supporto documentale, il confronto dei fatti verificatisi (o che si potrebbero razionalmente verificare) con quelli che si otterrebbero con l'applicazione di criteri ispirati a una corretta gestione imprenditoriale, rappresenta, di per se stesso, un elemento necessario, in quanto nella dialettica tra la prova fornita dall'attore e la prova contraria della parte convenuta, tale processo valutativo è di estrema importanza (42).

---

(40) Nel caso di un abuso nei rapporti di licenza dei diritti di proprietà industriale, ad esempio, anche il criterio indennizzativo di determinazione delle *royalties ragionevoli* è basato un concetto ben diverso da quello delle *royalties ordinarie*, per cui il danno richiesto si presenterà come maggiore rispetto alla rimunerativà determinabile nella fase non contenziosa.

(41) V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2bis, p. 377.

(42) G.M. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*, nota a Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, p. 1143 ritiene che le agevolazioni probatorie proprie del regime contrattuale siano «*messe in discussione dal fatto che l'obbligazione di esercitare correttamente la direzione unitaria ha per oggetto un'attività e non un risultato*», con la conseguenza che anche nella responsabilità contrattuale discendente dall'abuso di direzione unitaria il danneggiato dovrà di fatto dare prova della colpa, non perché criterio di imputabilità, ma perché immagine speculare e negativa della diligenza che, *ex* art. 1176 cod. civ., costituisce canone dell'adempimento di quell'attività di cui il creditore è tenuto a dare prova. - F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo Portale* (diretto da), 1991, IV, pp. 413 e 438 rileva, a sua volta, che la dimostrazione della colposa negligenza, nella prospettiva extracontrattuale si risolva nella prova dell'inadempimento degli obblighi o dei modelli comportamentali previsti dalla legge.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Trattasi, quindi, di ricercare i parametri scientificamente "accettabili" che consentano di interpretare il fenomeno conflittuale derivante dal rapporto di dipendenza tra imprese.

Gli strumenti offerti si rifanno quindi all'*analisi economica*, che si presenta quale mezzo capace di far fronte e di porre rimedio alle contrapposte posizioni, proprie delle situazioni di abuso, simulando scenari e capacità predittive utili a un giudizio di merito dell'agire in eterodirezione, con un passaggio dal piano dei principi a quello dei contenuti (43).

Ciò è reso più facile prendendo in considerazione l'ipotesi di un rapporto bilaterale tra le parti, in quanto, in questo caso, la dinamica che si viene a formare sembra rappresentare il terreno di elezione con cui possono essere interpretate anche situazioni di abuso più complesse.

È questo il caso che riguarda, ad esempio, i criteri di ripartizione delle utilità economiche o finanziarie derivanti da un agire eterodiretto; in tale situazione, potrebbe accadere che la parte dominante tenti di porre in essere comportamenti opportunistici, per appropriarsi il più possibile delle rendite che la parte dipendente ricava dal rapporto instaurato.

Per valutare se la direttiva rappresenti un comportamento abusivo si dovrà quindi procedere ad uno scrutinio della razionalità economica del fatto comportamentale (44), con una ricostruzione che si propone di determinare le aspettative ragionevoli nel momento decisionale.

La finalità perseguita è quella di collegare la valutazione alla volontà delle parti, sia pure fittiziamente ricostruita, al fine di rapportare a essa il comportamento attuativo in seguito intervenuto.

Ma poiché il rapporto, inserito all'interno del gruppo, è conflittuale, in quanto la razionalità individuale contrasta con la razionalità collettiva, l'ottimizzazione di Pareto, che prevede la massimizzazione dell'utilità per ciascun soggetto, sarebbe verosimilmente aggiudicata a favore dell'ente dirigente.

La scelta di massimizzare l'utilità eteroindirizzata a favore dell'ente beneficiario è tuttavia apparentemente la migliore, perché, in presenza

---

(43) A. GAMBARO, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, 1998, p. 461 già diverso tempo fa ha ricordato «Ciò che l'analisi economica del diritto può sensatamente fare, e secondo me ha fatto molto bene, è arricchire l'analisi giuridica con una capacità che essa possiede e che, invece, è sempre mancata all'analisi giuridica: la capacità predittiva».

(44) G. CERIDONO, *Commento all'art. 9*, in N. LIPARI (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)*, *Nuove leggi civ.*, 2000, p. 440.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del rischio di dover rispondere dei danni conseguenti all'abuso illecito, una scelta in tal senso potrebbe pregiudicare la stessa parte forte.

Nella valutazione va inoltre presunto che i soggetti interessati dal rapporto, oltre ad essere ben informati, siano anche altamente razionali, rispettando il livello di razionalità altrui ed attribuendo una valutazione economica ad ogni elemento del rapporto, compresa quella riferibile alle perdite probabili, servendosene così per decidere il miglior corso d'azione.

In questo caso, in una logica di *dinamiche dominanti*, ma al contempo di razionalità decisoria, l'ente dirigente non potrà prescindere dagli effetti negativi che potrebbero riverberarsi, nei suoi confronti, nell'ipotesi che fosse accertato un abuso direttivo, venendo quindi chiamato a corrispondere dei danni; così come la parte eterodiretta non potrà sottovalutare che le sue pretese eccessive possano compromettere l'esistenza stessa del rapporto, pregiudicando quindi il *business* all'interno del "sistema gruppo".

L'equilibrio in grado di eliminare l'abuso si raggiunge, quindi, solo con un'opzione strategica, anche se spesso questa non è la più intuitiva ed è apparentemente controproducente.

Il miglior risultato si ottiene, cioè, quando ogni impresa del gruppo fa ciò che è meglio per sé e, contemporaneamente, ciò che è meglio per le altre imprese del gruppo, cercando di massimizzare i propri profitti, ma anche di minimizzare le perdite, simulando ciò che le parti avrebbero concordato *ex ante* con un comportamento economicamente razionale e strategico (45), incardinato in un simulato scenario di abuso.

Se lo scopo è quello di trovare un equilibrio, allora non si può disconoscere come, pur con inevitabili approssimazioni, questo non possa essere ingiustificatamente scollegato dal pregiudizio che la parte eterodiretta potrebbe subire (e che l'ente dirigente potrebbe essere chiamato ad indennizzare), comportando ciò una attenta ponderazione e riflessione sulle conseguenze economiche della direzione del rapporto, con recepimento dell'applicazione del principio della c.d. "*simulazione ipotetica*" (46).

---

(45) A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, p. 287 ss.

(46) L'approccio di negoziazione ipotetico, previsto dai "*Georgia Pacific Criteria*", è ormai un approccio comunemente applicato ed utilizzato per determinare la royalty ragionevole, spesso definito o "approccio secondo la volontà del licenziatario/licenziante". In tal senso cfr. M.J. CHAPMAN, *Using settlement licenses in reasonable royalty determinations*, in IDEA - *The Intellectual Property Review*, 49/2008-2009, p. 313, per il quale, secondo questo approccio, il canone è ragionevolmente determinato sulla base di una valutazione di ciò che sarebbe risultato da un ipotetica negoziazione di mercato tra il proprietario di un brevetto e un volenteroso potenziale licenziatario dell'invenzione brevettata, tenendo conto della violazione operata - J. SKENYON, *Patent damages Law & Practice*, § 1.14, 2000. Secondo il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tale meccanismo prevede l'applicazione della teoria dei giochi (47) e il concetto è noto come "*equilibrio di Nash*" (48), ben applicabile a un contesto "non cooperativo" di gruppo, poiché richiama la razionalità delle parti, il cui scopo è massimizzare il guadagno e minimizzare le perdite.

La soluzione della contrattazione contenziosa di Nash (*Nash Bargaining Solution o "NBS"*), può essere anche sintetizzata nelle seguenti formule (49)

$\pi_1 = d_1 + ½ (\Pi - d_1 - d_2)$

$\pi_2 = d_2 + ½ (\Pi - d_1 - d_2)$

dove, in caso di disaccordo, (d_1) rappresenta il *payoff* che una parte è disposta a corrispondere se la trattativa fallisce e (d_2) il corrispondente *payoff* riferibile alla controparte.

La forma funzionale esatta di questi *payoff* dipende da ipotesi specifiche, dalle condizioni economiche del "*business*" complessivo e di quello specifico delle due società.

---

principio *Georgia Pacific* n. 15 è quindi imposta una corretta determinazione della giusta royalty, che si basa su una simulazione della teorica negoziazione che i due contendenti avrebbero avuto, con un approccio *ex ante*, al fine di determinarne l'entità, tenuto conto della litigiosità e della violazione.

(47) In generale si può affermare che la teoria dei giochi tratta di ogni situazione nella quale assumono importanza la strategia e l'interazione strategica dei giocatori, come peraltro accade di frequente nel diritto, che si confronta spesso con situazioni nelle quali vi sono poche persone che devono assumere decisioni e in cui la condotta ottimale che un soggetto deve adottare dipende dalle scelte di un altro agente: situazioni in cui, dunque, le considerazioni strategiche sono dominanti.

(48) J.F. NASH ha rivoluzionato l'economia con i suoi studi di matematica applicata alla teoria dei giochi, vincendo il Premio Nobel per l'economia nel 1994. Secondo Nash, nessun giocatore può migliorare il proprio utile modificando solo la propria strategia. A differenza del modello "*a somma zero*" di VON NEUMANN, è possibile che le scelte dei giocatori determinino un vantaggio per tutti (o limitino lo svantaggio al minimo). Va tuttavia precisato che non è detto che l'equilibrio di Nash sia la miglior soluzione possibile per tutti; in tale equilibrio il singolo giocatore non può infatti aumentare il proprio guadagno modificando solo la sua strategia, poiché tutti i giocatori potrebbero aumentare il proprio guadagno cambiando congiuntamente le proprie strategie, cioè allontanandosi insieme dall'equilibrio. Ciò che risulta invece importante nella teoria dell'equilibrio di Nash è che la stessa si applica ad un contesto "non cooperativo", quale quello, appunto, richiesto dal caso di specie; uno dei più importanti teoremi dimostrati da Nash prevede, infatti, che ogni gioco finito ammetta almeno un equilibrio di Nash. Tale teoria è universalmente riconosciuta come il criterio fondamentale per determinare la soluzione di una contrattazione contenziosa anche in materia di royalty ragionevole (in tal senso, cfr. W. CHOI-R. WEINSTEIN, *An analytical solution to reasonable royalty rate calculation*, 2000).

(49) Per un approfondimento e un'applicazione pratica del metodo NBS vedasi, tra gli altri, W. CHOI-R. WEINSTEIN, *An analytical solution to reasonable royalty rate calculation*, 2000.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il *payoff* complessivo (Π) è anche il profitto totale derivabile dal *business*; le variabili (π_1) e (π_2) rappresentano, quindi, rispettivamente l'equo profitto per la società eterodiretta e quello dell'ente dirigente.

Le equazioni hanno la seguente interpretazione: in primo luogo le parti decidono quanto teoricamente sono disposte a dare alla controparte nel caso in cui non raggiungessero un accordo; successivamente si dividono il restante profitto.

Per ogni parte, la percentuale di guadagno è maggiore quanto più alta sia la commissione (*payoff*) che è disposta a pagare in caso di disaccordo, nonché di quanto più bassa sia quella dell'avversario; il relativo potere contrattuale regolerà, pertanto, le rispettive opportunità.

Con applicazione alle possibili fattispecie di direzione e coordinamento, in uno scenario contenzioso o "non cooperativo" creatosi in ipotesi di violazione abusiva, la scienza economica prevede che le parti si sarebbero verosimilmente e razionalmente accordate per dividersi la marginalità nella misura derivabile dall'equilibrio di Nash.

Il metodo è utilmente applicabile anche in sede di preventiva valutazione degli effetti della strategia di eterodirezione, perché risolve e sterilizza non solo le conseguenze che si produrrebbero in sede contenziosa ma, soprattutto, perché qualificherebbe il rapporto come non abusivo.

Un esempio pratico può meglio rappresentare il concetto.

Si ipotizzi che, nell'ambito di un processo produttivo integrato di gruppo, la pianificazione strategia comporti l'instaurazione di rapporti tra parti eterogestite per la produzione di un bene del valore pari a 100, che rappresenta anche il valore complessivo del *business* (Π). I costi di produzione (*break even point*) della parte eterogestita sono stati accertati pari a 55.

La conflittualità sistemica del rapporto consiste nel fatto che l'ente apicale abbia dato disposizione di pagare il minor prezzo possibile (ad esempio, un importo non superiore a 50), in modo da trattenere il maggior margine possibile del *business* (in questo caso pari a 100 – 50 = 50).

In tale situazione, l'abuso è già intuitivo, poiché il prezzo imposto (50) non remunera nemmeno i costi di produzione che l'eterodiretta dovrà sostenere (55).

Quest'ultima, tenuto conto dei propri costi, tenderà invece a massimizzare il proprio interesse, cercando di attrarre a sé il maggior margine possibile, essendo così disposta, ad esempio, a produrre per un prezzo non inferiore a 75, in modo che il margine teorico di 45 (100 - 55 = 45), rappresentato dal valore del business (100) al netto dei costi di produzione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(55), fosse ripartito nella misura di 25 (100 - 75 = 25) a favore della parte più forte e nella diversa misura di 20 (75 - 55 = 20) a proprio favore.

Se le parti rimanessero egoisticamente ancorate nelle loro posizioni, la parte eterogestita perderà la propria quota di *business* (pari a 20), mentre, se la parte dirigente imporrà il proprio prezzo, obbligando quindi la parte eterodiretta a produrre comunque alle condizioni imposte (50), potrebbe in futuro correre il rischio di dover corrispondere il danno equivalente al pregiudizio creato con l'abuso.

Su questa logica, in una simulazione di forzature all'obbligo del rapporto, il *payoff* che l'eterodiretta è disposta a pagare alla controparte è quello di riconoscere una possibilità di guadagno non superiore a 25, mentre il *payoff* che la società dirigente sarebbe disposta a riconoscere all'eterodiretta sarebbe nullo, confermando il prezzo nella misura pari a 50 (quindi, con la possibilità di un guadagno pari a 50).

Nello scenario sanzionatorio che si verrebbe a creare a seguito di un'azione *ex* art. 2497 cod. civ., la ricostruzione del danno, secondo i principi di una corretta gestione imprenditoriale, nonché dei principi di buona fede e di correttezza, che rimandano alla "*tecnica del rapporto*", cioè alla tecnica che prevede la quantificazione del diritto contrapposto all'obbligo, il metodo NBS evidenzierebbe i seguenti risultati in termini ripartizione delle marginalità:

$\pi_1 = d_2 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 0 + ½ (100 - 0 - 25) = 37,5$

$\pi_2 = d_1 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 25 + ½ (100 - 0 - 25) = 62,5$

La marginalità per l'ente dominante sarebbe stata quindi pari a 37,5 con un prezzo di negoziazione pari a 62,5 (100 - 37,5) e l'eterodiretta avrebbe beneficiato di un margine pari a 7,5 (62,5 - 55).

La ripartizione del profitto del *business* ammonterebbe quindi non nella misura piena a favore della dominante (50), né in quella di copertura dei costi dell'eterodiretta (55), e nemmeno in quella pretesa dall'eterodiretta (75), bensì nella minor misura di 37,5 atta a determinare un prezzo pari a 62,5.

Il danno che il soggetto forte sarebbe chiamato a corrispondere ai soci e ai creditori dell'eterodiretta sarebbe quindi parametrato al valore di 62,5 così che l'agire abusivo comporterebbe un indennizzo, ulteriore a quanto già corrisposto (50), non pari a 5 (55 - 50 = 5), né pari a 25 (75 - 50 = 25), bensì nella misura pari a 12,5 (62,5 - 50 = 12,5).

Se, invece, già in sede preventiva, alla ricerca di un equilibrio tra interesse soggettivo e quello di gruppo, rispettando così i principi di correttezza economica, l'ente dirigente fosse stato disposto a corrispondere un prezzo maggiore (pari ad esempio a 58), allora il *payoff* non sarebbe

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stato nullo, bensì pari a 8; il metodo NBS avrebbe evidenziato sinteticamente i seguenti risultati:

$\pi_1 = d_1 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 8 + ½ (100 - 8 - 25) = 41,5$

$\pi_2 = d_2 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 25 + ½ (100 - 8 - 25) = 58,5$

La marginalità per l'ente dominante sarebbe stata quindi pari a 41,5 con un prezzo di negoziazione pari a 58,5 (100 - 41,5) e l'eterodiretta avrebbe beneficiato di un minor margine pari a 3,5 (58,5 - 55).

Si sarebbe tuttavia verificata, fin dall'inizio, l'assenza di un abuso per mancanza di danno, poiché il prezzo pagato (58) non solo sarebbe stato in grado di remunerare integralmente i fattori produttivi dell'eterodiretta (55), ma anche perché, in un giudizio di merito da parte del giudice (effettuato *ex post*), risulterebbe che quanto in precedenza corrisposto alla eterodiretta (58), era pressoché allineato all'equilibrio economico che si sarebbe ottenuto con il metodo NBS (58,5).

In tale seconda ipotesi, quindi, il soggetto forte non avrebbe ottenuto il massimo vantaggio paretiano, cioè quello di pagare il meno possibile (50) per avere il maggior margine possibile (50), ma, tenuto conto che in futuro sarebbe stato chiamato a pagare ulteriori somme oltre a quelle corrisposte, avrà raggiunto il miglior equilibrio per sé e per il gruppo, accontentandosi di poter beneficiare di una minore marginalità di 41,5 (anziché di 50) e permettendo all'eterodiretta di beneficiare, al contempo, di un margine pari a 3,5 che, seppur minimo, le avrebbe comunque permesso di operare in modo duraturo nel tempo e, soprattutto, di non dover reclamare i danni.

L'aspetto di maggior interesse rimane, quindi, quello rappresentato dal fatto che un approccio responsabile, nell'ambito del gruppo, che preveda una parziale rinuncia del guadagno della parte forte e una contestuale "equa" remunerazione della parte debole, evita il conflitto sistemico e il sorgere dei presupposti dell'abuso sanzionabile *ex* art. 2497 cod. civ.

Il metodo NBS permette inoltre un altro grande vantaggio, rappresentato dalla responsabilizzazione imprenditoriale non solo dell'ente dirigente, ma anche della parte eterodiretta, poiché è interesse economico di quest'ultima, nell'ambito del ricatto economico che si è venuto a creare, evitare di prendere posizioni troppo rigide, cercando invece, fin dall'inizio, un equilibrio all'interno del gruppo stesso.

Infatti, se in fase di negoziazione l'eterodiretta si fosse accontentata di produrre a un prezzo inferiore (65) anziché a quello idealmente voluto (75), con un suo *payoff* quindi pari a 35, certamente non avrebbe potuto evitare l'agire dominate (che avrebbe mantenuto le condizioni iniziali pari

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

a 50, con un *payoff* pari a zero), ma in sede giudiziaria potrà dimostrare che il danno da lei subito, a seguito dell'abuso, è maggiore.

Poiché, in questo caso, il margine sarebbe ripartito nella misura di 35 (100 - 65 = 35) a favore della dominante e nella diversa misura di 15 (65 - 55 = 15) a proprio favore, sempre secondo lo sviluppo del metodo NBS, si sarebbe ottenuto

$\pi_1 = d_1 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 0 + ½ (100 - 0 - 35) = 32,5$

$\pi_2 = d_2 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 35 + ½ (100 - 0 - 35) = 67,5$

cioè un danno che il soggetto forte sarebbe chiamato a corrispondere nella maggior misura di 17,5 (anziché 12,5).

Poiché si presume, tuttavia, che il soggetto dirigente sia comunque altamente razionale, lo stesso eviterà tale rischio, rilanciando un prezzo più adeguato e parametrato all'equilibrio di gruppo (pari, per esempio, a 61).

In tal modo l'equilibrio sarebbe pressoché raggiunto, poiché il *payoff* della parte eterodiretta rimarrebbe pari a 35 ma quello della controparte si attesterebbe nella misura di 11.

$\pi_1 = d_1 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 11 + ½ (100 - 11 - 35) = 38,0$

$\pi_2 = d_2 + ½ (\Pi - d_1 - d_2) = 35 + ½ (100 - 11 - 35) = 62,0$

A differenza dell'ipotesi iniziale, collegata a una presa di posizione rigida dell'eterodiretta, una sua responsabilizzazione più coerente alle dinamiche dominanti di gruppo sarebbe di suo vantaggio, in quanto, come sopra evidenziato, il prezzo finale di vendita sarebbe pari a 62 anziché 58,5, con una marginalità doppia (7,0 anziché di 3,5) rispetto a quella ottenibile con un atteggiamento rigido.

Anche in questo caso, quindi, sarebbero stati evitati fin dall'origine i presupposti di un pregiudizio in capo alla parte eterodiretta, perché la strategia imposta dall'ente dirigente, all'interno del gruppo, pur legittimamente esistente, non potrebbe essere definita abusiva.

5. *L'eterodirezione multivariabile e la matrice dei vantaggi compensativi.*

Soprattutto nei gruppi più strutturati, l'attività di direzione e coordinamento, come fattualità esistente, raramente si esplica solo in un rapporto binario tra due società, come in precedenza evidenziato, ma la "fattualità" dell'attività eterogestoria assomma una serie di eventi e di azioni eterodirette, il cui abuso può trovare tutela a norma dell'art. 2497 cod. civ. ([50]).

([50]) F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, 2014, p. 357, fa notare come i non rari fenomeni di travaso di attività o di passività da una società del gruppo, decisi dalla capogruppo, possono artificiosamente deprimere il valore delle azioni delle controllate,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Una situazione ideale prevedrebbe che ciascuna relazione *intercompany* avvenga in conformità a un equilibrio economico tra le parti, ma ciò non è tuttavia verosimile; ovvero, nelle situazioni più illuminate, ciò potrebbe avvenire per qualche azione, ma non per l'intero agire.

All'interno del gruppo possono quindi formarsi, in capo a ciascuna società eterodiretta, dei vantaggi o degli svantaggi economici in forza delle direttive impartite dal soggetto apicale.

Si apre a questo punto il problema di dover interpretare cosa s'intenda per risultato complessivo: vale a dire se tale risultato debba essere considerato con riferimento all'intero "gruppo" o solo con riferimento alla società eterogestita ([51]), ovvero se rappresenti una mera condizione scriminate ed esimente o un più ragionieristico concetto di compensazione del danno ([52]), ovvero - ancora - se vada determinato anche con riferimento temporale, così da ricomprendere non solo i potenziali vantaggi compensativi che si sarebbero potuti produrre in futuro, ma anche le componenti di rivalutazione monetaria, di svalutazione delle valute e di interessi compensativi ([53]).

Tali interrogativi risultano assumere una pregnanza concreta non solo nell'ambito di un procedimento sanzionatorio, ma anche - e forse più propriamente - in un'analisi preventiva da parte del soggetto controllante, atteso che ai suoi organi amministrativi incombe il dovere di una corretta gestione societaria ed imprenditoriale, nonché un obbligo di motivazione

---

ledendo l'interesse degli azionisti di minoranza di queste società e pregiudicando quello dei loro creditori. Non serve quindi "perforare lo schermo" o "squarciare il velo", perché la responsabilità della controllante può essere affermata senza mettere in discussione l'alterità soggettiva delle due società, essendo la controllante quale "terza" rispetto ai rapporti contrattuali posti in essere dalla controllata.

([51]) Per G. SCOGNAMIGLIO, *Commento sub 2497cod. civ.*, in *Comm. Gabrielli*, 2015, p. 1125, il risultato complessivamente positivo, se riferito al gruppo nel suo insieme, è un dato di per sé vago, insufficiente a provare che sia stato preservato l'interesse economico-patrimoniale della singola società.

([52]) P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, I/2001, p. 24 e C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, 2006, p. 197, affermano una concezione "rigorosa" dei vantaggi compensativi su una logica ragionieristica, cioè interpretato come "attuale" e in modo strettamente "algebrico" e "proporzionale"; non mancano tuttavia critiche tese a ritenere che il disposto dell'art. 2497 andrebbe letto in termini di *rule* piuttosto che di *standard*.

([53]) Chi esercita la direzione e il coordinamento non potrà invocare un non meglio precisato "interesse" della società sottoposta alla direzione e coordinamento nell'operazione posta in essere a vantaggio del gruppo, ma dovrà fornire la prova della concreta idoneità ed adeguatezza della stessa ad attuare la compensazione con gli immediati effetti negativi direttamente prodotti nella sua sfera (cfr. Cass. 24 agosto 2004, n. 16707).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle decisioni (art. 2497-*ter* cod. civ.) e di informativa (artt. 2381, comma 5, e 2403-*bis*, comma 2, cod. civ.).

Il problema della corretta determinazione preventiva trova inoltre concretezza anche con riferimento alla possibilità di operare il c.d. "ravvedimento operoso", quale atto in grado di compensare, a posteriori, gli eventuali pregiudizi in precedenza arrecati alla società eterogestita.

Se i rapporti tra le società del gruppo sono complessi, si determina necessariamente una matrice di relazioni *intercompany*, con reciproche posizioni debitorie e creditorie tra le varie società, generate, appunto, dall'attività di direzione e coordinamento.

Qualora le direttive abusive mostrassero i loro effetti solo ed esclusivamente all'interno del gruppo, il risultato complessivo - considerando il gruppo come un'unica entità - è necessariamente pari a zero, poiché i debiti e i crediti generati dalla direzione abusiva costituiscono null'altro che un trasferimento di ricchezza da una all'altra società.

Ma poiché gli assetti partecipativi all'interno del gruppo non sono uguali e i soggetti giuridici sono distinti, dal punto di vista della quantificazione del danno in capo ai creditori della singola società eterodiretta (e in capo a suoi soci di minoranza), la legittimazione ad agire consegue all'avvenuta consumazione dell'abuso nei loro stessi confronti, per il tramite indiretto della società eterogestita e indipendentemente dal gruppo nella sua entità unitaria.

I vantaggi compensativi complessivi non possono quindi essere determinati con riferimento all'intero gruppo (cioè pari a zero), ma limitatamente al risultato complessivo che ha impattato su quella specifica società.

In un gruppo complesso, i vantaggi compensativi non vanno perciò interpretati né nell'ottica biunivoca tra due entità, né nella natura delle operazioni compensative ([54]), né, tantomeno, nell'ottica dell'intero gruppo, ma vanno tra loro sommati con riferimento alle sole società/enti che sono entrati in relazione con la società eterogestita e danneggiata.

([54]) L. BOGGIO, *op. cit.*, p. 1493, non necessariamente ad uno svantaggio finanziario deve corrispondere un vantaggio finanziario, ben potendo il primo essere "compensato" da un vantaggio economico o patrimoniale; in questo caso è, senza dubbio, più difficile stabilire se la compensazione sia "sufficiente", perché i termini sono più difficilmente raffrontabili, ma il dettato legale consente di ricomprendere nella valutazione ogni elemento utile acquisito per effetto della politica di gruppo della società pregiudicata. Di ciò sembra avere contezza il giudice di legittimità - Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538 - quando riconosce la legittimità delle compensazioni realizzate con «l'acquisizione di un'utilità economica in rapporto di causalità mediata ed indiretta con la prestazione eseguita».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il corollario è rappresentato dal fatto che non potranno essere valorizzati vantaggi compensativi conseguiti da altre società del gruppo che non abbiano impattato anche sulla società eterodiretta lesa.

Poiché l'azione 2497 cod. civ. è analoga a quella prevista dall'art. 2394 cod. civ. (55), attraverso un'azione diretta e non surrogatoria nei confronti della società dominate (56), il danno patrimoniale, sia esso risarcitorio per responsabilità da fatto illecito o per inadempimento di natura contrattuale, trova il suo limite nel minore tra l'equivalente del credito rimasto insoddisfatto (per i creditori) - o il minor valore della partecipazione (per i soci) - e l'importo determinato dal saldo complessivo dei soli vantaggi e dei soli svantaggi ottenuti dalla società di riferimento e non del gruppo nel suo insieme. La pura e semplice appartenenza al gruppo non costituisce infatti, di per sé, un vantaggio compensativo (57).

In ogni caso, pare doversi escludere la possibilità di compensare vantaggi futuri che si presentino come incerti, sia nell'*an* che nel *quantum*, così come la possibilità di valorizzare compensazioni puramente virtuali, non supportati da una prova particolarmente rigorosa (e non semplicemente presuntiva) sulla conseguenza immediata e diretta.

Indipendentemente dalle controverse tesi sulla natura dell'azione *ex* art. 2497 cod. civ. (58), il progetto imprenditoriale di gruppo e le conseguenze patrimoniali subite dai creditori e dai soci dell'eterodiretta, convogliano verso una determinazione secondo concetti di buona fede, con un apprezzamento del danno patrimoniale in misura "piena", sia in termini di *danno emergente* che di *lucro cessante* (59), apprezzabile quest'ultimo soprattutto con riferimento ai casi di abuso contrattuale.

Anche in questo caso un esempio potrà meglio rappresentare il concetto.

Ipotizzando che la società A sia il soggetto che abbia esercitato l'attività di direzione e coordinamento, e che i creditori della società eterodi-

---

(55) P. DAL SOGLIO, *commento all'art. 2497 cod. civ.*, in *Comm. Maffei Alberti*, 2015, p. 1550.

(56) Cass., 22 ottobre 1998 n. 10488 - F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja Branca*, 2014, p. 100.

(57) Circ. ASSONIME 44/2006 - Sul fatto che la pura e semplice appartenenza al gruppo non costituisca di per sé un vantaggio compensativo cfr. anche Cass. pen. n. 36764/2006 e Cass. n. 16707/2004.

(58) Sulla responsabilità *ex* art. 2497, comma 1, cod. civ., come ipotesi ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale cfr. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*", in *Quaderni di Giur. comm.*, n. 354, 2012, p. 5 ss.

(59) L. GATTI, *La responsabilità nella gestione dei gruppi di società*, in AA.VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, 2013, p. 778.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

retta B siano stati in grado di determinare correttamente i danni subiti da A per 100 e i vantaggi compensativi ricevuti da un'altra società controllata C nella misura di 30, si ricaverebbe che i danni richiedibili alla società A, da parte dei creditori di B assommerebbero ad un importo pari a 70 (60).

		SOGGETTO DEBITORE			
		SOCIETÀ A	SOCIETÀ B	SOCIETÀ C	TOTALE
SOGGETTO CREDITORE	SOCIETÀ A - dominus	-	(100)	50	(50)
	SOCIETÀ B	100	-	(30)	70
	SOCIETÀ C	(50)	30	-	(20)
	TOTALE	50	(70)	20	-

Trattandosi di un'obbligazione di valore, andranno inoltre calcolati gli interessi compensativi e la rivalutazione secondo i criteri della Cass., sez. un., n. 1712/1995 (61), con la precisazione che i vantaggi e gli svantaggi

(60) R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, I/2003, p. 662, sottolinea che le locuzioni "danno mancante" ed "integralmente eliminato" suggeriscono, infatti, la necessità di un'effettiva corrispondenza tra il danno cagionato da una determinata operazione e il vantaggio compensativo. Per L. GATTI, *op. cit.*, p. 787, un'ulteriore conferma per una simile conclusione sembra disporre anche il confronto tra la norma in commento ed il novellato art. 2364 cod. civ., in tema di infedeltà patrimoniale nell'ambito penale.

(61) Nel risarcimento per equivalente, l'obbligazione risarcitoria costituisce infatti un debito di valore di quanto compromesso o perduto; l'obbligazione risarcitoria avrà infatti ad oggetto la corresponsione di una somma di danaro, via via rivalutata, alla quale si cumulano gli interessi, a un tasso ritenuto equo dal giudice (Cass., sez. un., n. 1712/1995). Cass., 28 gennaio/19 marzo 2014, n. 6347 ha inoltre efficacemente riassunto i principi che disciplinano gli effetti del ritardato adempimento d'una obbligazione di valore, prevedendo che: (1) alle obbligazioni di valore sono inapplicabili sia l'art. 1277 cod. civ., sia l'art. 1224 cod. civ.; (2) l'obbligazione di valore deve essere monetizzata dal giudice con riferimento alla data di liquidazione, attraverso la rivalutazione monetaria che va disposta anche d'ufficio, in quanto la rivalutazione non rappresenta un accessorio del credito (al contrario degli interessi legali per le obbligazioni di valuta), ma costituisce una componente intrinseca del danno e, per l'esattezza, il danno causato dal decorso del tempo; (3) una volta attualizzato l'importo dovuto dal debitore moroso, spetta altresì al creditore il risarcimento dell'ulteriore pregiudizio rappresentato dalla perduta possibilità di disporre tempestivamente della somma dovutagli, investirla e ricavarne un lucro finanziario. Quest'ultimo tipo di pregiudizio va liquidato in via equitativa, anche sotto forma d'interessi (c.d. interessi compensativi), con la precisazione che: (a) la base di calcolo di tali interessi non è rappresentata dal credito rivalutato, ma dal credito originario (cioè espresso in moneta dell'epoca in cui sorse l'obbligazione) rivalutato anno per anno, ovvero rivalutato in base ad un indice di rivalutazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dovranno essere valorizzati, in termini di interessi e di rivalutazione, alle singole date con cui si sono manifestati.

Qualora l'azione recuperatoria sia promossa nei confronti della società dominante e non nei confronti dei suoi amministratori, si verificherebbe inoltre che, dopo l'azione promossa dai creditori di B, la società dominante A vedrebbe eroso il proprio patrimonio per un importo equivalente al danno risarcito, senza poter recuperare l'importo in via di regresso contro la controllata (62).

Quando l'agire abusivo esplica invece i propri effetti anche all'esterno del gruppo, perché, ad esempio, i pregiudizi subiti dalla controllata trovano contropartita in vantaggi ottenuti da soggetti terzi rispetto al gruppo senza una contropartita utile, ovvero perché rappresentano il frutto di dissipazioni o, più semplicemente, atti di *mala gestio* impartiti dalla controllante, allora il risultato complessivo, considerando il gruppo come un'unica entità, non sarebbe pari a zero, poiché l'effetto della direzione unitaria comporterebbe un impoverimento dell'intero gruppo e, all'interno di questo, anche della società eterodiretta.

In tal caso, i soci dell'ente apicale A sarebbero maggiormente legittimati all'azione di responsabilità nei confronti del proprio organo amministrativo, poiché il danno, alla fine riverberante in A, è direttamente collegato all'agire dei propri amministratori che hanno impartito direttive illegittime non solo nei confronti dell'eterodiretta B, ma dell'intero gruppo, ristabilendo così un equilibrio sostanziale che vedrebbe, alla fine, il pagamento del danno a favore dei creditori di B ad opera degli amministratori della controllante A, cioè da parte di coloro che effettivamente lo hanno cagionato.

6. *Conclusioni.*

L'abuso del potere economico nei rapporti tra imprese e lo strumento dell'azione risarcitoria previsto dall'art. 2497 cod. civ. continuano a essere oggetto di stimolanti e interessanti dibattiti giuridici, soprattutto in riferi-

---

medio; (b) il saggio di suddetti interessi non deve necessariamente essere quello legale. Successivamente all'intervento della Cass., sez. un., 17 febbraio 1995, n. 1712 i suddetti principi sono divenuti *jus receptum* nella giurisprudenza di legittimità: *ex plurimis* Cass., 26 ottobre 2004, n. 20742; Cass., 26 febbraio 2004, n. 3871; Cass., 8 aprile 2003, n. 5503; Cass., 26 aprile 1999, n. 4156; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1372; Cass., 20 gennaio 1999, n. 490.

(62) G. FIGÀ-TALAMANCA-A. GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, p. 1189.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento all'accelerato dinamismo e alla maggiore complessità del mondo economico.

La mancanza di una corrispondente evoluzione culturale sui principi costituzionali del dovere di solidarietà nelle relazioni sociali ed economiche, unitamente ad un diffuso timore per un'ingerenza nell'agire imprenditoriale di un sindacato giudiziale di merito, che possa porre un limite all'autonomia privata, lasciano nello sfondo linee di incertezza operativa.

La complessità del mondo economico e il crescente sviluppo dell'attività imprenditoriale nella forma organizzata del gruppo fa proliferare i conflitti economici tra gli stessi operatori, così che tale conflittualità sta diventando ormai sistemica.

L'abuso del potere economico tra imprese corre pertanto il serio rischio di vedersi espandere, e tale espansione è solo in parte frenata da normative specifiche che si rifanno, comunque, ai principi di correttezza e di buona fede imprenditoriale.

Tra queste, il sistema della responsabilità disciplinato dagli artt. 2497 ss. cod. civ. sembra rappresentare, proprio per la sua articolazione normativa, un'arma convincente contro gli abusi, i quali si possono attuare in modi diversi e fantasiosi, trovando la propria genesi sia in operazioni meramente finanziarie che economiche.

Il problema rimane tuttavia quello di tradurre nella pratica i succitati principi, identificando il limite quantitativo, cioè quel *quid* oltre il quale il connubio abuso/danno si concretizza.

Conosciuto il limite, in un'ottica di buona fede preventiva, solo le corrette modalità dell'agire degli esponenti degli enti apicali può evitare di dover ricorrere al rimedio del risarcimento del danno, il quale, oltre all'effetto deterrente, non sembra rappresentare, comunque, un meccanismo tutelante dell'interesse pubblico dell'economia.

Con un ingenuo realismo, l'esperienza insegna che l'ottica sanzionatoria prevista dall'art. 2497 cod. civ. necessita di essere allargata anche a funzioni di prevenzione, perché, quando il danno si è già manifestato, le conseguenze economiche e quelle sociali sono difficilmente rimediabili.

Una moralizzazione degli enti dirigenti non è però ancora sufficiente, poiché, in uno scenario di *strategie dominanti*, un ruolo fondamentale è anche rappresentato da una presa di coscienza da parte dei soggetti eterodiretti, nel virtuoso tentativo di trovare il punto di equilibrio tra l'egoismo economico individuale e una convivenza cooperativa imprenditoriale di gruppo.

In un mondo capitalistico, ciò si traduce, ancora una volta, in una convenienza economica per tutti i soggetti coinvolti; secondo gli insegna-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

menti della scienza economica e della c.d. "*tecnica del rapporto*", ciò pare tuttavia possibile, purché nella bilancia decisionale si tenga conto non solo delle utilità economiche, ma anche delle potenziali perdite collegate all'agire imprenditoriale abusivo.

In particolare, la teoria dell'equilibrio di Nash per le situazioni conflittuali risulta essere propriamente applicabile alle *decisioni dirigenti*, risultando utile sia nella fase preventiva (al fine di eliminare le fattispecie abusive), sia nella fase patologica e sanzionatoria della quantificazione del danno nella sua misura "piena".

Perché ciò si realizzi, serve tuttavia che le disposizioni normative in tema di direzione e coordinamento siano maggiormente sensibilizzate dagli operatori giuridici, così che anche la giurisprudenza di merito e di legittimità possa consolidare un orientamento più consistente in ordine all'applicazione pratica dei principi già presenti nell'ordinamento, favorendo una crescita culturale e l'auspicato graduale recepimento da parte di un maggior numero di operatori economici.

ABSTRACT: *The Italian national economic scene sees protagonist no longer the single trading company, but the corporate group. This raises the need to define a few techniques that can determine, in several cases, the quantitative distinction, or the equilibrium value, beyond which the behavior can be preached as "abusive" and can therefore be declared, to as appropriate, the nullity of the agreements or the claimed recoverability of the damage suffered by the coordinated company. The Nash equilibrium theory, in conflict situations, turns out to be really applicable to management decisions, which is useful both at the preventive stage, both in the pathological stage of quantifying the damage in its measure "full".*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

OSSERVATORIO STRANIERO

VÍCTOR MARTÍNEZ MULERO
Prof. Diritto Commerciale, nell'Università di Gerona (Spagna)

I DISPOSITIVI DI "SECONDA OPPORTUNITÀ" PER LE PERSONE FISICHE IN STATO DI INSOLVENZA NELLA PROSPETTIVA SPAGNOLA

Abstract: Nel presente saggio si analizzano le caratteristiche dell'istituto della parziale esdebitazione (*discharge*) a beneficio delle imprese individuali e dei consumatori persone fisiche come recentemente introdotto nel sistema spagnolo con L. n. 25/2015. La prima parte dello studio focalizza l'attenzione sulle ragioni (*ratio legis*) della predetta speciale disciplina, chiaramente in controtendenza rispetto agli obiettivi del diritto concorsuale; quindi passa ad esaminare le conseguenze che il neonato istituto produce o è destinato a produrre in termini di coerenza dell'intero sistema, se posto in correlazione con i fondamentali pur sempre, in Spagna, di indole eminentemente "concorsuale".

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Diritto concorsuale, insolvenza delle persone fisiche (consumatori o imprenditori individuali) e meccanismi di "seconda opportunità". - 3. La remissione dei debiti della persona fisica nel diritto spagnolo. - 3.1. Descrizione del sistema e requisiti di accesso. - 3.2. Un sistema con due moduli di esonero. - 4. Osservazioni finali.

1. *Introduzione.*

La principale carenza della regolazione spagnola dell'insolvenza è specialmente legata alla sostanziale mancanza di uno specifico trattamento giuridico dell'insolvenza delle persone fisiche, siano esse consumatori o imprenditori individuali.

Essa si connota per l'"assenza" di appositi, e adeguati, meccanismi di remissione/estinzione dei debiti, o se si preferisce di vera e propria esonerazione dal pagamento dei debiti pendenti all'esito della procedura concorsuale ["esdebitazione", *mutatis mutandis*], la riforma organica del 2003 [*Ley Concursal* n. 22/2003 del 9 luglio, ancora vigente (1)] avendo di

(1) Nelle more della riforma organica del 2004, cfr.: R. GARCÍA VILLAVERDE, *El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso*, in (AA.VV.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, García Villaverde - Alonso Ureba - Pulgar Ezquerra (dir.), Madrid, 2002, p. 41 ss., in particolare pagine 61 e 62. In costanza della crisi economica, *de iure*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fatto lasciato invariato il sistema unitario, vale a dire di gestione comune delle insolvenze, tanto se riferite alle imprese quanto se coinvolgenti le persone fisiche e/o consumatori [*particulares*].

La grave crisi economica e finanziaria che a partire dal 2007 ha investito soprattutto le economie dei paesi europei meridionali ha disvelato l'insufficienza di un siffatto sistema unitario di disciplina, oggi non a caso al centro delle preoccupazioni economico e politico-sociali. Lo si deve al fatto che, indipendentemente dal suo carattere o meno imprenditoriale, il debitore persona fisica si ritrova assoggettato alla responsabilità patrimoniale universale (art. 1911 cod. civ.), in tal guisa rispetto al debitore persona giuridica (ente o impresa che sia) ad un più elevato grado di responsabilità patrimoniale. Invero, sino alla riforma del 2015 oggetto della presenta analisi, l'ordinamento spagnolo non ammetteva il prefigurarsi di una qualche forma di "estinzione/esonerazione" dei debiti a beneficio della persona fisica. *Vulnus* vieppiù rilevante se rapportato all'effettività degli altri ordinamenti europei che, viceversa, hanno progressivamente immesso istituti *ad hoc* cioè fuori dal contesto dei sistemi tradizionalmente concorsuali valevoli per le imprese, mediante congegni di *seconda opportunità* (2) segnatamente dedicati alla persona fisica in condizione di eccessiva difficoltà economica (3).

---

condito, cfr. l'ampia panoramica specialmente in raccordo con la disciplina italiana *de iure condendo*, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina - García-Cruces (dir.), Bari, 2008, ivi, spec. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores*, p. 83 ss. Nel mezzo della crisi economica, partendo dall'esperienza nordamericana e ponendo particolare attenzione alle ripercussioni nel mercato del credito di un'eventuale riforma del trattamento dell'insolvenza del debitore persona fisica, per tutti, M. CUENA CASAS, *Fresh Start y mercado crediticio español y estadounidense*, in *RDCP*, 15, 2011, p. 565 ss.

(2) Nella prospettiva dei singoli sistemi giuridici europei, cfr. (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Sarcina (dir.), Lecce, 2014, opera, tra le prime, di approfondita disamina dall'angolo visuale degli ordinamenti giuridici europei più efficacemente regolanti la materia.

(3) Secondo gli ultimi dati pubblicati dall'*Instituto Nacional de Estadistica* (INE), nel 2014 su un totale di 7.038 procedure avviate, 646 si riferiscono a debitori persone fisiche non imprenditori e solamente 203 si riferiscono a imprenditori individuali. Pertanto, secondo questi dati, in Spagna il numero di procedure riferiti a persone fisiche risulta essere di poco superiore al 12%, con un'inversione di tendenza rispetto alle percentuali esistenti in altri paesi, soprattutto Stati Uniti, nei quali il numero di dichiarazioni di insolvenza di imprese è praticamente residuale se comparato con l'elevatissimo numero (fino al 90%,) di procedure attivate nei confronti di imprenditori individuali e, in special modo, consumatori (e vds., *Annual Business and Non-business Filings by Year del American BankruptcyInstitute* [in: *www.abiworld.org*]. In tema, amplius, J. QUINANO GONZALEZ, *El contexto, las claves y los aspectos príncipales del sistema "concursal" español en las sucesivas reformas*, in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

All'atto pratico degli interventi progressivamente interpostisi, al di là delle pressanti "spinte" degli organismi internazionali (4) il Legislatore spagnuolo si è limitato ad assumere interventi emergenziali pressoché inefficaci rispetto al proposito che si voleva perseguire: ad esempio, *L. 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización* (Legge a Sostegno dell'Imprenditorialità e sua Internazionalizzazione) (5). L'insuccesso della riforma del 2013, insieme alla congiuntura pre-elettorale e alle pressioni delle varie forme di associazionismo poste a presidio delle legittime istanze dei cittadini talvolta indebitati in eccesso (6) fa da sfondo alla riforma del 2015 (7), che (8) ha dato avvio ad una importante ma incompiuta rivisitazione del sistema spagnolo attraverso l'introduzione di una forma di esenzione dei debiti residui della persona fisica [il cosiddetto: «*beneficio dell'esenzione di responsabilità per i debiti residui*»].

Analizziamone dunque le ragioni.

2. *Diritto concorsuale, insolvenza delle persone fisiche (consumatori o imprenditori individuali) e meccanismi di "seconda opportunità".*

In Spagna il diritto concorsuale prevede, regolandone termini e modalità, la procedura concorsuale (*concurso*) al cospetto dello stato di insol-

---

(AA.VV.), *Hacia un nuevo paragidma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídico a debate* (J.O. Llebot Majo), Lecce, 2016, p. 15 ss. Riguardo il poco rilevante numero di procedure ad istanza delle persone fisiche, cfr.: F. GÓMEZ POMAR, *Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores*, in *InDret*, 4, 2013, p. 1 ss., e altresì, M. CUENA CASAS, *op. ult. cit.*, p. 568.

(4) A livello supra nazionale, *Recomendación de la Comisión sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, del 12 marzo 2014: *amplius*, A. SARCINA, *El módulo italiano de revitalización del consumidor endeudado en exceso*, p. 317 ss., e spec. § 1. (*Caracterización del contexto europeo*), ove il complesso e disarticolato quadro normativo comunitario e delle singole legislazioni nazionali allo stato attuale poco agevole nell'ottica della ristrutturazione del debito delle persone fisiche (esercenti o meno l'attività economica) e consumatori.

(5) Così, per esempio, J. PULGAR EZQUERRA, *Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores*, in *RDCP*, 20, 2014, p. 43 ss., in particolare p. 65 ss.; M.CUENA CASAS, *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, in *ADCo*, 31, 2014, p. 123 ss.

(6) Vds. la influente "Piattaforma delle Vittime dei Mutui" [*Plataforma de Afectados por 2, Lla Hipoteca - PAH*].

(7) L. n. 25/2015, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.*

(8) Mediante conversione del *Real Decreto-ley* 1/2015, del 27 di febbraio (Regio Decreto Legge).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

venza del soggetto economico e non economico nella prospettiva del soddisfacimento dei crediti del debitore comune (9).

Ciò detto, la possibilità di esonerazione dalla responsabilità patrimoniale per i debiti residui recentemente introdotta in Spagna parrebbe contraddire la natura "concorsuale" della procedura, dal momento che l'istituto della "esdebitazione" si prefigura, anche solamente parzialmente, la "liberazione" dei debiti residui al posto del pieno soddisfacimento dei creditori; per il vero alla base del carattere unitario (e, anzi, comune della procedura unitaria), nel tentativo di scongiurare l'effetto distruttivo di eventuali azioni individuali sugli assett debitore.

Di contro, la deroga al principio legale di responsabilità (universale) del debitore insolvente, che nella pratica si traduce in una vera forma di esenzione per i debiti residui, rappresenta un sorta di "schermo" a salvaguardia degli interessi particolari del debitore insolvente, a finalità non propriamente rispondenti a quelle del *concurso* (10), ma delle denominate politiche di *seconda opportunità*, e cioè di quelle politiche sociali di contrasto all'esclusione sociale e all'economia sommersa; attuabili con quelle forme di disciplina legale che consentano di gestire, in una visione di economia umana, la condizione di sovra indebitamento e insolvenza di consumatori e imprenditori individuali e, per estensione, delle loro famiglie; con l'obiettivo, al contempo, di dare nuova linfa all'economica del privato cittadino e favorire l'innovazione del piccolo imprenditore.

Nell'attuale contesto di congiuntura economica, il principale destinatario della recente nuova disciplina di "esenzione" è senz'altro il debitore-consumatore (11).

Gli eccessivi livelli di indebitamento privato accumulato dai cittadini spagnoli a partire dall'anno 2003, che si sono concentrati nel settore del credito al consumo e specialmente nell'ambito dei prestiti ipotecari (12), hanno per svariate ragioni portato alla luce le criticità delle economie domestiche: disoccupazione, blocco dei salari, riduzione se non proprio scomparsa degli ammortizzatori sociali, ecc.

---

(9) Cfr., T.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986, p. 7 ss.

(10) ID., p. 225 ss.: la natura extraconcorsuale della *discharge*, deve analizzarsi da una prospettiva differente a quella di indole concorsuale.

(11) La particolare vulnerabilità dei consumatori ha iniziato ad evidenziarsi nel 2008 (e vds. *Nuevos modelos de consumo en España*, *Relazione Consiglio Economico e Sociale 2/2008*, 20 febbraio 2008).

(12) Y. LIU-C.B. ROSEMBERG, *Dealing with Private Debt Distress in the Wake of the European Financial Crisis*, FMI, 2013.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'enorme indebitamento privato accumulato dalle famiglie spagnole a partire dagli anni 2007 e 2008, in costanza del *boom* strettamente vincolato al mercato immobiliare, si è presto tramutato in eccessivo indebitamento difficilmente risanabile. E le cause, lo sappiamo, non sono di natura eminentemente o solamente di natura congiunturale, in molti casi di fatto scaturente da fattori strutturali del modello economico-sociale spagnolo: sottovalutazione del rischio al punto da sollevare seri interrogativi sulla "convenienza" sul piano etico di una qualche misura di esonerazione dal pagamento dei debiti (13); diritto di abitazione tradizionalmente inteso come diritto di acquisizione della proprietà; aumento della disoccupazione; credito (destinato) al consumo incontrollato; graduale erosione della classe media in parallelo alla riduzione e/o privatizzazione anche solo parziale dei servizi sociali. Alcuni di queste criticità certamente sono state appesantite dalla crisi economica generalizzata e generalizzante, ma non può non riconoscersi l'origine più risalente di esse, certamente precedente alla crisi e che certamente continueranno a caratterizzare il rinnovamento dello stato sociale insieme al graduale indebolimento finanziario dei consumatori (14).

Al di là del carattere più o meno strutturale o congiunturale delle cause citate, la crescente marginalizzazione della Persona dovuto al vertiginoso aumento delle situazioni di insolvenza del privato cittadino ha "costretto" il Legislatore spagnolo sulla strada dei sistemi alternativi di composizione della crisi delle famiglie e dei privati, sistemi già noti agli altri Paesi europei, nella prospettiva tanto della rivitalizzazione debitore (*fresh start*), quanto di un più equo e responsabile funzionamento del mercato del credito (15).

---

(13) Il riferimento è, ad esempio, alla distribuzione dei costi qualora l'esenzione risulti correlata a decisioni di consumo irresponsabile o manifestamente irrazionale da parte del consumatore. In siffatte evenienze sono necessarie clausole di salvaguardia che consentano, per esempio, all'autorità procedente (giudiziale o amministrativa) di valutare il comportamento del debitore e le sue decisioni di consumo, per poter stabilire se il debitore possa beneficiare del sistema di esenzione: *amplius*, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit.

(14) Cfr., E. WARREN-A. Warren, *The two-income trap. Why middle-class parents are going broke*, 2003, dove si evidenziano le cause del sovra indebitamento non tanto legate al consumismo quanto al progressivo incremento dei prezzi dei beni essenziali (cibo, servizi sanitari, servizi educativi, ecc.) in un contesto di blocco dei salari; vieppiù in situazioni straordinarie (malattia, divorzio, disoccupazione, ecc.).

(15) M. CUENA CASAS, *Fresh Start y mercado crediticio español y estadounidense*, cit., p. 584 ss., in relazione alla necessità di prevedere un sistema più efficace di valutazione dei rischi nella concessione del credito.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Siffatti meccanismi debbono ovviamente impostarsi in modo tale da scongiurare un utilizzo improprio e deleterio dell'istituto a solo beneficio del debitore in mala fede, ma solo a "beneficio" del debitore onesto, in buona fede o per dire, sfortunato: *honest but unfortunate* (16).

Avuto riguardo alla procedura prevista e anzi dedicata alla persona fisica indebitata in eccesso e svolgente attività di impresa [imprenditore individuale], così come attualmente allestita essa presenta svariate analogie con quella prevista per il consumatore, non fosse altro per l'evidenza di un maggiore livello di rischio associato all'esercente l'attività economica.

Oggi come oggi si consente, in Spagna, anche all'imprenditore individuale in stato di insolvenza, la possibilità di intraprendere una via alternativa al *concurso* [alla dichiarazione di "fallimento"] sì evitando che possa ritrovarsi di fronte alle conseguenze pregiudizievoli in termini di esclusione sociale.

L'opportunità oggi offerta all'imprenditore individuale di potersi avvalere di un congegno normativo finalizzato all'esdebitazione, quanto meno di una porzione rilevante dei propri debiti in alternativa al *concurso* è determinante rispetto alla decisione di avviare o meno un'attività imprenditoriale, ed allo stesso tempo condiziona gli obiettivi delle politiche pubbliche di sostegno all'iniziativa imprenditoriale (17). E non possono che valutarsi positivamente tutta una seria di altre misure di politiche pubbliche, in materia fiscale e industriale, nel campo della lotta contro la disoccupazione (favorendo la creazione di imprese come forma di lavoro autonomo e segnatamente basate sull'appoggio e sullo stimolo ai cittadini a intraprendere iniziative di tipo micro imprenditoriale).

Detto questo, non possono sottacersi le conseguenze poco tranquillizzanti che siffatta opzione può rappresentare per la sorte dei creditori come le banche che, di fronte al nuovo scenario, sono portati alla contrazione dei finanziamenti oppure all'aumento del costo del finanziamento (18), in un certo qual modo mettendo in discussione i testé menzionati

---

(16) Per citare l'espressione del Tribunale Supremo nordamericano nella sentenza Local Loan Co. *vs.* Hunt, 1934, nel bel mezzo della Grande depressione economica nordamericana, sancente il diritto del debitore in buona fede di beneficiare di una seconda possibilità: M.WHITE, *A General Model of Personal Bankruptcy: Insurance, Work Effort, and Opportunism, American Law and Economics Association Annual Meetings*, WP 46/2005.

(17) Y. JIA, *The impact of Personal Bankruptcy Law on Entrepreneurship*, 2010 (*http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1700804*); o J. ARMOUR-D. CUMMING, *Bankruptcy Law and Entrepreneurship*, in *Am. L. Econ. Rev.*, 10, 2008, p. 303 ss.

(18) Le ripercussioni sul costo del finanziamento e sulle politiche di concessione dello stesso alla base delle riforme legittimanti la *discharge* si rinvengono, in particolare, in: W.MECKLING, *Financial Markets, Default and Bankruptcy: The Role of the State*, Law &

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

obiettivi economico-sociali di "non esclusione" e di propulsione agli investimenti, che proprio con l'introduzione dell'esdebitazione si vorrebbe perseguire (19).

Non sempre concordi le opinioni della dottrina, sembra però che si stia facendo strada l'idea che siano maggiori i vantaggi (20).

3. *La remissione dei debiti della persona fisica nel diritto spagnolo.*

La particolare procedura di "esdebitazione" nel sistema spagnolo trae origine nella riforma del 2013 (L. n. 14/2013): dalla "quiebra" al "concurso" (21).

L'art. 178 stabiliva che, una volta conclusa la procedura concorsuale per liquidazione del patrimonio o per insufficienza dell'attivo realizzato, il debitore rimanesse responsabile del pagamento dei debiti residui, in virtù

Contemp. Probs., 1977, p. 13 ss.; M. WHITE, *Personal Bankruptcy Under the 1978 Bankruptcy Code: An Economic Analisis*, in *Ind. L. J.*, 1987, p. 1 ss.; S. CHATTERJEE, *The Economic Logic of a Fresh Start*, in *Phil. Fed. Bus. Rev.*, 2008, Q1, p. 1 ss.; F.M. FOSSEN, *Personal Bankruptcy, Wealth, and Entrepreneurship. Evidence from the Introduction of a "Fresh Start" Policy*, in *Am. L. Econ. Rev.*, 16, 2014, p. 269 ss.

(19) Al riguardo, N.L. GEORGAKOPOULUS, *Bankruptcy Law for Productivity*, in *Wake Forest L. Rev.*, 37, p. 51 ss.; K. GROSS, *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Banruptcy System*, 2007.

(20) Cfr., in tal senso: nel contesto europeo, A. SARCINA, *Un piano italiano per il consumatore indebitato in eccesso*, in (AA.VV.), *Il sovraindebitamento civile e del consumatore*, p. 123 ss., cit. E vds., C. VAN PRAAG-P.H. VERSLOOT, *What is the Value of Entrepreneurship? A Review of Recent Research*, in *Small Bus. Econ.*, 29, 2007, p. 351 ss.; S.C. PARKER, *The Economics of Entrepreneurship. What We Know and What We Don't*, *Foundations and Trends in Entrepreneurship*, 2005, p. 1 ss.;W. FAN-M.WHITE, *Personal Bankruptcy and the level of Entrepreneurial Activity*, in *J. L. Econ.*, 46, 2003, p. 543 ss., studio pionieristico nel dimostrare nel contesto statunitense come la mole di *exemptions* (elementi dell'attivo patrimoniale del debitore che non sono pignorabili in una procedura concorsuale, come la casa di famiglia, i veicoli, gli utensili e i macchinari, ecc.) ammessa dalla normativa di ogni Stato sia in grado di influenzare positivamente la cultura imprenditoriale; J. ARMOUR-D. CUMMING, *op. ult. cit.*, ove, partendo da uno studio dei sistemi concorsuali di 15 Paesi, la dimostrazione dei maggiori livelli di occupazione da lavoro autonomo nei Paesi con ordinamento, tra quelli esaminati, più attento alla salvaguardia della "Dignità della Persona". *Contra*, J. BERKOWITZ-M. WHITE, *Bankruptcy and Small Firms Access to Credit*, 2004, in *Rand J. Econ.*, 35, p. 69 ss., mostrano come le entità di credito aumentano i tassi di interesse o rendono più complicato l'accesso al credito alle piccole imprese dei Paesi ad elevati livelli di *exemptions*. Similmente, analizzando il caso Europeo (l'esperienza inglese, tedesca e francese), S. DAVYDENKO-J.R. FRANKS, *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and UK*, in *J. Finance*, 63, 2008, p. 565 ss. Per la Spagna, tra gli altri, A.F. CARRASCO PERERA, *Sobreendeudamiento del consumidore y concurso del acreedores. El régimen español* de iure condendo, in (AA.VV), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., p. 259 ss.

(21) *Amplius*, (AA.VV.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della rigida applicazione del principio di responsabilità patrimoniale universale stabilito dall'art. 1911 cod. civ. (codice civile).

L'applicazione rigorosa del principio di "universalità" era evidentemente circoscritta all'ipotesi del debitore persona fisica, posto che il debitore persona giuridica risultava "esdebitato" a seguito di liquidazione (*ex* art. 178.3, LC). D'altronde, l'ordinamento spagnolo contemplava, per il debitore persona fisica, unicamente meccanismi generali di esonerazione dal passivo residuo che non andavano oltre le parziali o settoriali misure, essenzialmente vincolate all'ambito ipotecario e sviluppate in contesto di emergenza legislativa [22] (è il caso della L. n. 1/2013, *de Medidas de Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social*, che, modificando l'art. 579 del rito civile introdusse la *discharge* o *quasi discharge ipotecario* [23]).

Questo per dire, che, al di là di specifiche riforme settoriali o di portata limitata, era evidente la mancanza nell'ordinamento giuridico spagnolo [24] di meccanismi specificatamente diretti a fornire strumenti di carattere generale al debitore persona fisica, imprenditore o consumatore, tali da consentire al termine della procedura liquidatoria di potersi utilmente "liberarsi" dagli obblighi di pagamento nelle eventualità di debiti in tutto e in parti rimasti insoddisfatti.

Quindi, furono gettate le basi della riforma (del 2015), oggetto del presente studio, materializzatasi con il *Real Decreto-ley* 1/2015, del 27 di febbraio, di seguito integrato e convertito in L. n. 25/2015, del 28 luglio, che ha modificato la LC e che procederemo ad analizzare appresso.

3.1. *Descrizione del sistema e requisiti di accesso.*

Il sistema, prima di tutto, rimane vincolato agli esiti della procedura concorsuale, in quanto ci si può avvalere di tale meccanismo solo al termine della stessa e cioè a seguito della liquidazione dell'attivo e/o dell'insufficienza dello stesso.

Ora, il vigente sistema di esonerazione è disciplinato da una apposito articolo, art. 178-*bis*, LC, che nel dettaglio tenta di porre rimedio alle precedenti insufficienze normative.

---

[22] Emergenza che si esplicita già nel "Preambolo" della legge, in consonanza con l'orientamento della Corte di Giustizia (caso Aziz, 14 marzo 2103), e sulle spinte dell'opinione pubblica sensibile all'*escalation* delle esecuzioni ipotecarie.

[23] J. PULGAR EZQUERRA, *Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores*, cit., p. 66.

[24] Per un primo efficace percorso comparativo, (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per poter accedere al beneficio, nel tentativo di superare i differenziati trattamenti di disciplina presenti nel sistema precedente a seconda della natura imprenditoriale o meno del debitore in stato di indebitamento in eccesso, il modello attuale nel riferirsi al *debitore persona fisica* non si vincola alla cennata tradizionale distinzione. A questo deve poi aggiungersi, diversamente dal passato, l'estensione dell'accordo (di pagamento) a livello extragiudiziale anche al debitore non imprenditore: a mente dell'art. 231, LC, l'accordo potrà interessare qualsiasi debitore persona fisica il cui passivo iniziale non sia stimato essere superiore a 5 milioni di euro.

Inoltre, sulla scia degli altri Paesi europei (25), è resa esplicita ed anzi ovvia l'esigenza che l'istituto si assicuri al debitore in buona fede nei termini e secondo le modalità fissate nell'art. 178-*bis*.2, LC. In un contesto normativo pur sempre fondato sul principio di responsabilità patrimoniale universale (art. 1911 cod. civ.), un meccanismo così singolare non può essere applicato indiscriminatamente. A tal uopo, l'art. 178-*bis*.3 esige l'elemento della buona fede del debitore e che sussista in concreto.

A ben considerare, talvolta in contraddizione (26), all'atto pratico hanno più che altro valenza oggettiva o poco a che vedere con la meritevolezza soggettiva del soggetto: è il caso, per esempio, della previsione di cui all'art. 178-*bis*.3.4°, LC ove il solo rispetto della soglia minima di sovra esposizione. E d'altro canto, giammai si esige in maniera esplicita la garanzia di un certo contegno del debitore riferito al momento ovvero alle cause determinanti la proprio condizione di indebitamento, né tanto meno se ne prevede la inutilizzabilità nei casi i cui l'assunzione del debito si riferisca a fatti imprenditoriali o di consumo irresponsabili o manifestamente irrazionali.

Da questo punto di vista, sì come novellato, l'istituto rappresenta l'elemento maggiormente caratterizzante dell'ordinamento spagnolo rispetto alle omologhe opzioni europee, che più avvedutamente lo vincolano alla "buona" condotta del debitore (27).

---

(25) Per esempio, il Codice di Consumo francese (art. L330-1) impone, prima di tutto, un requisito generale di buona fede del soggetto sovra indebitato, da verificarsi giudizialmente.

(26) Per esempio, tra i requisiti previsti nell'art. 178-*bis*.3, comma 3, LC, si stabilisce che il debitore abbia sottoscritto, o perlomeno abbia tentato di giungere ad un accordo di pagamento extragiudiziale; ed al contempo, al successivo comma quarto, ammette, per sottrazione, la possibilità di accesso senza la necessità del previo tentativo di accordo.

(27) Nel sistema italiano di esdebitazione, di recente introdotto per la persona fisica non assoggettabile alla tradizionale procedura, si stabilisce un meccanismo di verifica giudiziale in vista della omologa del piano presentato dal debitore circa il rispetto dei differenti requisiti stabiliti negli artt. 7, 8, 9, L. n. 3/2012, alcuni dei quali (art.9) fanno riferimento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Fuori d'astrazione, a mente dell'art. 178-*bis*, comma 3, LC, il "candidato" se per un lato deve risultare incolpevole, dall'altro si consente al giudice di valutarne l'ammissibilità secondo quanto previsto nell'art. 165.1.1 LC.

Deve, inoltre, risultare indenne da reati, per esempio, contro il patrimonio, contro la pubblica amministrazione, contro i diritti dei lavoratori nell'arco del decennio precedente al *concurso*. Non di meno, secondo quanto stabilito nell'art. 231, LC, deve aver stipulato o per lo meno promesso di stipulare un accordo extragiudiziale. Ed infine è necessaria l'integrale copertura dei debiti verso la massa passiva riferibile ai creditori privilegiati e, laddove non abbia stipulato un accordo di pagamento extragiudiziale [28], la copertura di almeno il 25% dei crediti ordinari [chirografari]. E pur tuttavia, si ammette (all'art. 178-*bis*.3, LC) l'"esdebitazione" allorquando: *i*) il debitore acconsenta ad un piano di pagamento *ex* art. 178-*bis*, LC; *ii*) non risulti inadempiente agli obblighi di collaborazione previsti all'art. 42, LC; *iii*) non abbia già beneficiato della esonerazione negli ultimi dieci anni [29]; *iv*) non abbia rifiutato nei quattro anni precedenti al *concurso* un'offerta di impiego adeguata alle sue capacità; *v*) acconsenta espressamente alla pubblicazione in apposita sezione speciale [e riservata] del Pubblico Registro [*Registro Público Concursal*] nell'arco di cinque anni successivi alla procedura.

3.2. *Un sistema con due moduli di esonero.*

Nell'ambito del sistema generale previsto nell'art. 178-*bis*, LC, la L. n. 25/2015 stabilisce due modalità differenti di esonerazione. La prima essenzialmente sovrapponibile alla preesistente (ante riforma), con qualche ritocco per esempio nella parte in cui si è superata la distinzione, sul piano soggettivo, della qualifica di debitore persona fisica e/o consumatore ri-

---

all'analisi specifica del comportamento e delle responsabilità del debitore rispetto alla produzione o all'aggravamento della condizione di sovra indebitamento: cfr., A. SARCINA, *Un "piano" italiano per il consumatore sovra indebitato*, in (AA.VV.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., p. 123 ss.

[28] Ancora una volta il requisito in questione, nel ammettere la deroga all'accordo di pagamento extragiudiziale, si contraddice rispetto al vincolo immediatamente precedente subordinante l'ammissibilità al previo tentativo di accordo di pagamento extragiudiziale. Delle due… l'una.

[29] Condizione, anche di differente estensione temporale, comunemente accolta anche negli altri Paesi europei: cinque anni in Italia (art. 7, comma 2, L. n. 3/2012), otto in Francia (art. L331-7) o dieci in Portogallo e Germania (rispettivamente art. 238, Codice Fallimentare portoghese y § 290 de *Insolvezordnung* tedesca).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

spetto alla qualifica di imprenditore; come anche laddove non si prevede l'essenzialità della buona fede del debitore, in tal caso essendo l'esonerazione unicamente condizionata al previo e pieno soddisfacimento della soglia di debiti stabilita dall'art. 178-*bis*, LC.

In alternativa a questa opzione, a mente dell'art. 178-*bis*.3.5, LC, la soluzione per mezzo del piano di rivitalizzazione ad istanza del debitore sotto l'egida giudiziale: in tal caso, il piano, avente le caratteristiche descritte nell'art. 178-*bis*.6, LC, permette al debitore di accedere provvisoriamente all'esdebitazione, senza la necessità del preventivo soddisfacimento dei crediti esclusi; e sempre che rispetti, il piano, i precitati requisiti dell'art. 178-*bis*.3.5, LC, e le condizioni dell'art. 178-*bis*.6, LC. Sicché, il debitore nei cinque anni di tempo dal termine della procedura potrà soddisfare i rimanenti crediti ovvero quelli esclusi dalla procedura di esonerazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 178-*bis*.5 (crediti della massa di creditori ammessi al passivo, crediti di diritto pubblico o crediti per alimenti, crediti privilegiati, con la particolarità prevista nell'art. 178-*bis*.5.2 per i crediti garantiti).

La possibilità che possa soddisfarsi altresì, attraverso un piano dei pagamenti, il passivo residuo non esdebitato o esdebitabile è la principale novità della riforma, insieme alla revocabilità della esdebitazione in base alla previsione di cui all'art. 178-*bis*.7, LC.

L'art. 178-*bis*, comma 7, LC, regola un meccanismo di controllo *ex post* del debitore ammesso al beneficio, quando su istanza dei creditori, indipendentemente dalla tipologia di esonerazione impiegata, il tribunale ne determini la revoca se e nella misura in cui nei cinque anni successivi si accerti l'esistenza di redditi, beni o diritti del debitore precedentemente occultati.

Con specifico riferimento al modulo di esonerazione basata sul piano di pagamenti, i creditori potranno richiederne la revoca se, nelle more del piano stesso, il debitore: *a*) incorra in una delle cause di impedimento di cui all'art. 178-*bis*, LC; *b*) non ottemperi ai pagamenti dei debiti esclusi, conformemente al piano dei pagamenti; *c*) veda considerevolmente migliorata la propria situazione economica per cause disparate (eredità, lasciti *et similia*, tali da permettergli di soddisfare i debiti residui).

In tal senso l'ammissione può considerarsi provvisoria se non proprio condizionata.

Inoltre, in considerazione delle circostanze concrete, su autorizzazione giudiziale, è consentita l'esdebitazione definitiva del debitore che non abbia però integralmente soddisfatto il creditore come accordato nel piano dei pagamenti, alla condizione che abbia destinato a tale scopo per lo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

meno la metà del reddito percepito nell'ultimo quinquennio dall'ammissione al beneficio. Con possibilità di riduzione al 25% al verificarsi di determinate condizioni (previste nell'art. 3.1, lett.*a*e *b*, del R.D.L. n. 6/2012, del 9 di marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*) e cioè che si riferiscono a situazioni familiari di particolare vulnerabilità.

L'autorizzazione giudiziale dovrà pubblicarsi nel *Registro Público Concursal*.

Una deroga di questo tipo fa sorgere qualche dubbio sul piano della coerenza complessiva del sistema, specialmente in relazione a quanto stabilito nello stesso art. 178-*bis*, 7. *b)*, LC, ove l'espressa indicazione, tra le cause di revoca, la mancata realizzazione del piano dei pagamenti da parte del debitore che però, come abbiamo visto, può superarsi per via giudiziale.

4. *Osservazioni finali.*

Abbiamo fin qui potuto osservare un sistema, quello odierno, di esonerazione dalla responsabilità universale al verificarsi di determinare condizioni e limitatamente all'obbligazione di pagamento dei debiti residui [insoddisfatti] all'esito della procedura [del *concurso*]. Di conseguenza, osservato un cambio di prospettiva legislativa, sempre meno di indole concorsuale, al cospetto dei bisogni della società contemporanea.

Oggi come oggi il sistema spagnolo è sostanzialmente fondato sul principio della conservazione e accrescimento del Valore patrimoniale (cioè economico ma anche Umano) della Soggetto "sfortunato" non di meno destinato a rafforzare le legittime aspettative dei creditori.

Al debitore/consumatore sovra indebitato in obiettiva difficoltà di continuare ad adempiere le obbligazioni assunte, il neonato dispositivo è volto ad impedire o arginare il più possibile il verificarsi di una qualche forma di esclusione sociale [30] o di implementazione dell'economia sommersa; obiettivo che altrimenti risulterebbe enormemente dispendioso, oltre che difficilmente perseguibile.

In tal senso, il *favor* del debitore inadempiente (consumatore e/o imprenditore individuale) introdotto dal Riformatore a discapito dei cre-

---

[30] Il tema dell'esclusione sociale con riferimento ai problemi di sovraindebitamento del consumatore è richiamato in G. DEL NEGRO, *Sobreendeudamiento de laspersonas y exclusión social*, in (AA.VV.), *Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídicos a debate*, Llebot Majó (dir.), Lecce, 2016, p. 383 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ditori è da sprone per gli operatori del mercato del credito nell'adottare sistemi di erogazione del credito meglio rispondenti alla tipologia ed esigenze della clientela.

Nel contesto sin qui delineato, di apprezzabile ammodernamento ma obiettivamente disarticolato, la riforma spagnola del 2015 alla prova dei fatti disvela il livello di (s)fiducia e riserbo del Legiferante, evidentemente ancora molto sensibile alle istanze del ceto creditorio poco propenso ad una qualche forma di "giustificazione" del debitore civile.

Il tempo a venire ci dirà se gli strumenti sin qui approntati dal Legislatore spagnolo possano considerarsi appropriati ed al passo con i tempi.

Sia come sia, se per un lato l'attuale congegno si mostra indiscriminatamente disponibile nei confronti del debitore non proprio meritevole, dall'altro lo vincola all'obbligo, forse eccessivo, di soddisfacimento minimo delle proprie passività.

Nell'insieme si presenta farraginoso e di non agevole effettività.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyze the characteristics of the remission system of unsettled debts (discharge) of the natural persons (entrepreneurs and consumers) in the Spanish Bankruptcy Law amended by the recent 25/2015 law. However, we consider it appropriate to dedicate the first part of our work to establish reasons and foundations that justify the existence of such a particular system, from a bankruptcy perspective, as representing the discharge, then establishing the effects and consequences that their existence produces in both bankruptcy and extra-bankruptcy terms.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 14 gennaio 2016, n. 525

Pres. Forte - *Rel.* Di Virgilio

Ducati Energia S.p.a. c. Fallimento Interklim Sistemi S.r.l.

Fallimento - Accertamento del passivo - Efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di approvazione dello stato passivo - Fatti estintivi del credito sopravvenuti all'ammissione - Esclusione del credito ammesso

(Legge fallim., artt. 96, 110, 118, comma 1, n. 2)

In sede di ripartizione dell'attivo fallimentare, il giudice delegato deve normalmente limitarsi a risolvere le questioni relative alla graduatoria dei privilegi ed alla collocazione dei crediti, mentre non può apportare modifiche allo stato passivo, impugnabile solo nelle forme previste dalla legge; può, tuttavia, procedere all'esclusione di un credito già ammesso al concorso laddove il curatore faccia valere un fatto estintivo dello stesso (nella specie, l'integrale soddisfazione del creditore intervenuta in sede extrafallimentare da parte di coobbligati in solido del fallito) sopravvenuto alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo e, dunque, nuovo e posteriore rispetto al giudicato endofallimentare.

(Omissis)

Il quarto ed il quinto motivo di ricorso, da valutarsi unitariamente, in quanto strettamente collegati, presentano profili di infondatezza e di inammissibilità (quanto al quinto motivo, che pone sotto la denuncia del vizio motivazionale, questioni di diritto).

Il quarto motivo pone la vera questione dell'intero ricorso; la parte sostiene che, stante l'efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di approvazione dello stato passivo, non possono essere esclusi in sede di riparto i crediti ammessi, e le questioni che possono porsi in detta sede sono solo quelle relative "alla graduazione dei vari crediti ed all'ammontare della somma distribuita, con esclusione di qualsiasi questione relativa all'esistenza, qualità e quantità dei crediti e privilegi". (così Cass. 19940/06 e 27044/06). Il vizio che la parte prospetta è radicale, tant'è che arriva a sostenere che l'intero procedimento del nono riparto è inesistente per la carenza del potere giurisdizionale di cognizione ordinaria degli organi fallimentari di accertare l'inesistenza del credito dopo la verifica e l'ammissione L. Fall., ex art. 96 (salvi i casi di cui alla L. Fall., artt. 100 e 102), e l'esistenza di una supposta transazione con i terzi coobbligati in solido, pervenendo a dichiarare il credito estinto "in altro modo L. Fall., ex art. 118 privando la Ducati Energia del credito ammesso e i terzi coobbligati in solido del diritto soggettivo di surroga nel credito fallimentare a seguito di pagamento transattivo, senza una sentenza emessa in contraddittorio con i terzi avanti al Giudice ordinario giurisdizionalmente competente".

A detta prospettazione non può prestarsi adesione. Certamente la ricorrente pone a base della propria denuncia principi costantemente affermati, ma non coglie la specificità del caso e da una lettura riduttiva della statuizione assunta dal Tribunale a seguito dell'accertamento effettuato in sede camerale, con le garanzie proprie della cognizione.

Ed infatti, è principio costante che i provvedimenti che, in sede di verificazione dei crediti, vengono adottati dal giudice delegato, quand'anche non abbiano formato oggetto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di opposizione, non acquistano efficacia di cosa giudicata, ma spiegano effetti preclusivi nell'ambito della procedura fallimentare di ogni questione relativa all'esistenza del credito, validità, ed efficacia del titolo da cui deriva ed all'esistenza delle eventuali cause di prelazione; che in sede di ripartizione dell'attivo del fallimento, oggetto della cognizione del giudice delegato sono solo le questioni relative alla graduazione dei crediti ed all'ammontare della somma distribuita, restando esclusa la proponibilità di ogni altra questione relativa all'esistenza, qualità e quantità dei crediti e dei privilegi, in quanto riservata in via esclusiva al procedimento dell'accertamento del passivo, che pertanto va azionata nella forma dell'opposizione allo stato passivo L. Fall., ex art. 98, restando altrimenti preclusa, né può essere fatta valere in sede di osservazioni e poi con il reclamo L. Fall., ex art. 26 avverso il decreto del giudice delegato che renda esecutivo il piano di riparto (in tal senso, tra le ultime, la pronuncia 12732 del 2011).

Ciò posto, si deve rilevare che nel caso concreto al G.D. in sede di riparto non è stata posta alcuna questione già valutata in sede di ammissione al passivo e quindi coperta col decreto di esecutività dal giudicato endofallimentare, ma bensì un fatto estintivo successivo all'ammissione, che il Tribunale ha accertato in sede di reclamo.

Non v'è stata pertanto alcuna violazione dell'efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di approvazione dello stato passivo, atteso che la Curatela ha fatto valere, ed il Tribunale ha accertato, l'estinzione del credito per fatti sopravvenuti all'ammissione, in contraddittorio con Ducati Energia, che ha quindi potuto spiegare le proprie difese.

E, come è noto, l'autorità del giudicato non è di ostacolo all'allegazione ed alla cognizione di nuovi e posteriori eventi i quali incidano sul modo di essere del diritto deciso, ma impedisce il riesame o la deduzione di questioni anteriori ad esso, tendenti ad una nuova decisione della controversia già risolta con provvedimento definitivo (sul principio, tra le altre, le pronunce 11169/2012, 23082/2011, 2732/2011, 25862/2010).

V'è altresì da rilevare che, nell'ambito fallimentare, la L. Fall., art. 118, n. 2 è normativamente inteso a far emergere i casi in cui si verifichi la soddisfazione stragiudiziale dei crediti ammessi, e, in relazione a detta norma, questa Corte nella pronuncia 9506/1995, nel caso di insinuazione tardiva, ha esplicitamente rilevato che "nessuna differenza può sussistere tra l'ipotesi in cui la chiusura avvenga previo riparto finale che soddisfi integralmente i creditori ammessi, e quella verificatasi con soddisfazione stragiudiziale che emerga a livello di procedura concorsuale con le rinunzie e le dichiarazioni dei creditori ammessi; con la previsione, infatti, dell'ipotesi in cui i crediti ammessi "siano in altro modo estinti" la legge (L. Fall., art. 118, n. 2) ha voluto sia favorire le situazioni estintive diverse dal pagamento, sia soprattutto favorire l'emersione di disponibilità e possibilità, anche da parte di terzi, che altrimenti resterebbero occulte e non si tradurrebbero in un vantaggio per i creditori".

Conclusivamente, va respinto il ricorso, affermandosi il seguente principio di diritto: "Il decreto di esecutorietà dello stato passivo non preclude al giudice delegato in sede di riparto di escludere il credito già ammesso al concorso, ove il curatore faccia valere il fatto estintivo sopravvenuto all'ammissione (nel caso, l'integrale soddisfazione del creditore da parte dei coobligati in solido del fallito)".

(*omissis*)

La Corte respinge il ricorso; compensa le spese.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

I limiti della cognizione dei fatti estintivi dei crediti ammessi nello stato passivo

Abstract: L'efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di approvazione dello stato passivo non può estendersi ai fatti estintivi dei crediti ammessi che si verifichino in epoca successiva alla loro definitiva ammissione, allo stesso modo di come il giudicato non può coprire i fatti modificativi ed estintivi dei crediti verificatisi, e dunque deducibili, solo in epoca posteriore alla sua formazione. Le peculiari vicende delle obbligazioni solidali impongono un coordinamento non sempre agevole tra le norme civilistiche e quelle fallimentari a tutela sia dei creditori concorsuali che delle ragioni di regresso dei condebitori in solido.

SOMMARIO: 1. La fattispecie concreta. - 2. Il sistema "chiuso" della procedura concorsuale. – 3. Le incidenze sul credito ammesso definitivamente nello stato passivo di un fallimento dei fatti estintivi *aliunde* verificatisi. – 4. Le vicende delle obbligazioni in solido verificatesi al di fuori del fallimento. Cenni al regresso e alla surroga.

1. *La fattispecie concreta.*

Nel depositare il nono progetto di riparto, il curatore di un fallimento (dichiarato nel 1996) escludeva il credito per forniture vantato da una società pari ad Euro 2.208.640,32, ammesso al passivo in data 18 maggio 1998.

La motivazione dell'esclusione del detto credito consisteva nell'essersi esso estinto per avvenuta transazione *ex* art. 1304 c.c.

Il Tribunale aveva rigettato nel merito il reclamo spiegato dalla società creditrice *ex* art. 26 legge fallim. avverso il decreto che aveva dichiarato esecutivo il piano di riparto, ritenendo che essa era stata ammessa al passivo del fallimento per il credito di Euro 2.208.640,32 e che a fronte di tale ammissione aveva ricevuto 375.468,80 in seguito a precedenti riparti e che inoltre era stata ammessa al passivo di fallimenti di altre società, collegate alla società fallita (nell'ambito del cui fallimento era stato proposto il reclamo avverso il decreto di esecutività del nono progetto di stato passivo) da rapporti infragruppo, ricevendo, nell'ambito dei riparti disposti nel corso dei richiamati fallimenti, ingenti somme [1].

---

[1] Precisamente, dal fallimento di una società del gruppo, al cui stato passivo era stata ammessa per il credito di Euro 3.920.592,02, aveva ricevuto, in seguito a concordato fallimentare, la somma di Euro 196.029,50, di cui Euro 110.432,02 per forniture fatturate direttamente alla società fallita, rispetto alla quale nei confronti della società creditrice la prima era coobbligata in solido. La creditrice, inoltre, aveva ricevuto in seguito al concordato fallimentare di un'altra società del gruppo la somma di Euro 150.661,34 in cui erano ricomprese anche le fatture per forniture eseguite alla società fallita.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Orbene, "*la vera questione*" (come l'ha definita la stessa Corte) consisteva nell'efficacia da attribuire allo stato passivo del fallimento e l'incidenza, rispetto alla concreta soddisfazione del credito in esso contemplato mediante l'esecuzione dei piani di riparto volta per volta approvati e dichiarati esecutivi, di eventi che avessero determinato *aliunde* ed altrimenti l'estinzione dello stesso.

Il creditore ricorrente aveva dedotto, a sostegno del suo ricorso per cassazione, che, una volta accertato il credito con le forme della verifica dello stato passivo, si fosse formata una "*preclusione processuale endofallimentare*" tale per cui dai riparti quel credito non avrebbe potuto essere escluso in quanto gli organi fallimentari non avrebbero potuto più conoscere di questioni relative alla esistenza e all'ammontare dei crediti ammessi, le uniche questioni conoscibili in sede di riparto essendo quelle legate alla graduazione dei crediti ammessi allo stato passivo.

La Suprema Corte, con la sentenza in commento, ha ribadito la correttezza della decisione del Tribunale, chiarendo che la preclusione processuale endofallimentare non riguarda i fatti estintivi sopravvenuti all'ammissione allo stato passivo, come peraltro è reso palese nel disposto dell'art. 118, comma 1, n. 2, legge fallim.

2. *Il sistema "chiuso" della procedura concorsuale.*

La procedura fallimentare si compone di una fase di cognizione, una fase liquidatoria, tesa a trasformare in denaro le situazioni giuridiche soggettive del fallito a carattere patrimoniale, ed una o più fasi di distribuzione del ricavato.

Il titolo della partecipazione alla distribuzione del ricavato è dato dall'ammissione definitiva allo stato passivo.

In altri termini, solo i creditori che sono stati ammessi al passivo in via definitiva in seguito al giudizio di verifica e in esito alle eventuali impugnazioni (disciplinate dagli artt. 98 e 99) esperite contro il decreto di esecutività dello stato passivo possono partecipare alle distribuzioni del ricavato dalla liquidazione dell'attivo fallimentare, per la quantità del loro credito stabilita all'esito del complesso subprocedimento di cognizione (verifica ed eventuali impugnazioni) e con le prelazioni eventualmente stabilite in tale sede cognitiva.

Sicché, ciò che, fuori dalla procedura concorsuale, si compie, prima, attraverso il processo di cognizione piena, tendente ad un accertamento del credito in forme tali da produrre il massimo della certezza possibile (giudicato) e, dopo, attraverso il processo di esecuzione forzata ad impulso del creditore (munito del titolo esecutivo giudiziale) che vuole soddisfarsi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

coattivamente del suo credito, nella procedura fallimentare si compie tutto insieme, seppure in fasi e momenti diversi, con la differenza, oltre a quella delle forme, sommarie, della cognizione volta alla formazione dello stato passivo, che l'esecuzione (volta a soddisfare coattivamente i crediti pecuniari e restitutori, *ad res* e *in rebus*) si svolge in forme concorsuali ed è gestita dal curatore d'ufficio, con la vigilanza degli altri organi fallimentari.

Orbene, nell'ambito della procedura fallimentare il curatore, che ha l'amministrazione dei beni del fallito nell'interesse dei creditori ammessi al concorso, ha il potere di verificare, all'atto della predisposizione del piano di riparto, l'eventuale sussistenza, dopo che un credito sia stato definitivamente ammesso allo stato passivo, di una sopravvenuta causa estintiva dello stesso che ne legittimi, appunto, la non contemplazione nel detto piano di riparto.

In altri termini, ciò che al debitore esecutato, al di fuori della procedura fallimentare, è consentito far valere mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615, comma 2, cod. proc. civ. o, in sede distributiva, mediante lo strumento delle contestazioni *ex* art. 512 cod. proc. civ., al curatore, pur nel silenzio della legge, è consentito implicitamente dalla norma che gli attribuisce il potere di predisporre il progetto di riparto, nel quale chiaramente non possono e non debbono essere contemplati i creditori il cui credito sia stato estinto in sede extraconcorsuale, non fosse che per la ragione che, dovendo nel progetto di riparto essere contemplati coloro che risultino *ancora* creditori all'atto della predisposizione del progetto, se il curatore ha la prova e riesce a documentare che un creditore non sia più tale non lo deve contemplare nel piano di riparto, salva chiaramente la possibilità del creditore non contemplato di esperire reclamo ai sensi dell'art. 110, comma 3, legge fallim.

Può però anche avvenire che non sia il curatore a non contemplare il credito estinto per fatto posteriore all'espletamento dell'intera fase di verifica dei crediti (comprensiva delle impugnazioni), ma che sia un creditore concorrente ad esperire il reclamo previsto dal comma 3 dell'art. 36 legge fallim. (2).

Deve notarsi che l'art. 512 cod. proc. civ. consente la proposizione di controversie anche in merito alla sussistenza di diritti di prelazione, mentre nel sistema fallimentare dell'accertamento dei crediti concorsuali ogni questione relativa alla sussistenza di cause legittime di prelazione deve essere

---

(2) Proprio come un creditore intervenuto nel processo esecutivo (anch'esso qualificato concorrente dall'art. 512 cod. proc. civ.) può instaurare una controversia con un altro creditore sulla sussistenza o l'ammontare del credito (o di più crediti).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risolta in sede di verifica dello stato passivo e nell'ambito delle relative fasi di impugnazione (arg. *ex* art. 93, comma 3, n. 4 e comma 5 legge fallim.), potendo sollevarsi in sede di reclamo avverso il piano di riparto, con riferimento ai diritti di prelazione, solo questioni relative alla graduazione dei crediti [3] senza che si possano più ridiscutere le risultanze dello stato passivo circa la sussistenza o meno della prelazione [4].

La differenza di disciplina è giustificata dal fatto che nel processo esecutivo, a differenza che nel fallimento, non esiste una preliminare fase cognitiva della esistenza delle cause legittime di prelazione che assistono i crediti dei creditori procedenti ed intervenuti.

Inoltre, a differenza dell'art. 512 cod. proc. civ., l'art. 110 legge fallim. non prevede il potere del debitore (fallito) di proporre reclamo al giudice delegato avverso il progetto di riparto.

In vero, tale esclusione non sembra giustificabile.

Il fallito potrebbe avere interesse, ad esempio, ad evidenziare che qualcuno dei creditori ammessi al passivo abbia già ricevuto delle somme al di fuori dal fallimento a decurtazione del suo credito; interesse speculare a quello che la procedura concorsuale si chiuda con la massima soddisfazione possibile dei creditori ammessi e con la massima preservazione possibile dei valori dell'attivo fallimentare (art. 118, comma 1, n. 2, legge fallim.).

E, anzi, spesso è proprio il fallito ad essere in possesso di informazioni e di prove dell'eventuale pagamento parziale o totale di crediti ammessi al passivo al di fuori dei riparti fallimentari.

Per evitare, dunque, che l'omessa previsione del fallito tra i soggetti legittimati alla proposizione del reclamo avverso i progetti di riparto possa essere tacciata di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost., sarebbe opportuno integrare il riferimento all'art. 36 legge fallim. contenuto nel comma 3 dell'art. 110 legge fallim. ed estenderlo, oltre che al procedimento, anche al novero dei soggetti legittimati alla proposizione del reclamo, tra cui appunto vi è anche il fallito quale interessato, non meno dei creditori concorrenti, a che uno di essi non percepisca più di quanto non abbia il diritto di percepire in base allo stato passivo del fallimento.

---

[3] Vieppiù se si considera che l'inciso «*…anche in relazione alla graduazione del credito…*» è stato soppresso dal testo dell'art. 93, comma 3, n. 4, legge fallim. (sui requisiti del ricorso per l'ammissione al passivo), ad opera del D.Lgs. n. 169/2007.

[4] Come da costante giurisprudenza di legittimità: cfr. ad esempio Cass. n. 393/2010; n. 20180/2010; n. 12732/2011; n. 7570/2011 con riferimento all'inesistenza di un onere di rinnovazione dell'ipoteca che assiste il credito ammesso al passivo con il riconoscimento dell'esistenza della prelazione ipotecaria).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In ogni caso, anche quando il rilievo dell'estinzione *aliunde* del credito ammesso allo stato passivo sia fatto d'ufficio dal curatore all'atto della predisposizione (e poi del formale deposito) del progetto di riparto, l'avviso del deposito deve essere comunicato chiaramente anche al creditore che sia stato escluso dal riparto, e tanto non solo per l'esigenza logica di consentirgli di difendersi proponendo reclamo *ex* art. 36, comma 3, legge fallim., ma anche in applicazione analogica del comma 2 dello stesso articolo, che vuole che l'avviso del deposito sia fatto a tutti i creditori, compresi quelli non ammessi al passivo i quali abbiano ancora in corso l'opposizione spiegata *ex* art. 99 legge fallim.: se l'avviso spetta al (preteso) creditore che non abbia ancora un provvedimento di ammissione allo stato passivo, ed ha solo una aspettativa di esservi ammesso, a maggior ragione deve ritenersi che quell'avviso spetti al creditore che quell'ammissione abbia già ottenuto con provvedimento definitivo, ma che sia stato escluso dal riparto per essersi già soddisfatto del suo credito con risorse esterne alla procedura (5).

---

(5) Deve notarsi che il novero dei fatti modificativi estintivi impeditivi rilevabili (d'ufficio dal curatore o tramite reclamo dei creditori concorrenti *ex* art. 110, comma 3, legge fallim.) nell'ambito dei progetti di riparto fallimentare è tipologicamente molto più ristretto di quello dei medesimi fatti rilevabili in sede di opposizione esecutiva o di controversia distributiva.

La ragione risiede nella circostanza che condizione necessaria affinché i crediti nei confronti del debitore fallito possano essere soddisfatti nell'ambito del fallimento è la loro definitiva ammissione nello stato passivo, mentre nella sede ordinaria esecutiva possono essere posti in azione titoli stragiudiziali, con la conseguenza che in sede di opposizione o di controversia distributiva possono essere dedotti tutti i fatti modificativi estintivi ed impeditivi dei crediti in essi portati, sia anteriori che successivi alla formazione dei detti titoli. In sede di progetto di riparto fallimentare, invece, il curatore o i creditori concorrenti possono dedurre solo fatti modificativi estintivi ed impeditivi successivi alla definitiva formazione dello stato passivo, in quanto quelli precedenti avrebbero dovuto essere dedotti nelle sedi cognitive proprie endofallimentari (verifica dei crediti dinanzi al GD; impugnazione del credito ammesso da parte del curatore o dei creditori concorrenti, *ex* art. 98, comma 3, legge fallim.; revocazione del credito ammesso nel caso in cui vi siano fatti modificativi impeditivi o estintivi anteriori alla definitiva formazione dello stato passivo ma scoperti solo successivamente ad essa per causa non imputabile alla parte legittimata a chiedere la revocazione). Con riferimento ai rapporti tra titoli giudiziali definitivi ed opposizioni esecutive, vi è ampia letteratura: S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, p. 24 ss.; R. VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 4 ss.; C. MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 440 ss.; F. BUCOLO, *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982, p. 66; in giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Cass. 1° aprile 1994, n. 3225.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. *Le incidenze sul credito ammesso definitivamente nello stato passivo di un fallimento dei fatti estintivi aliunde verificatisi.*

Occorre innanzitutto rilevare che la fattispecie con la quale la Suprema Corte si è misurata involge istituti di diritto delle obbligazioni che interferiscono con la disciplina fallimentare.

In particolare, i temi rilevanti sono: l'azionabilità dello stesso credito in più procedure fallimentari coinvolgenti debitori in solido; la rilevanza in un fallimento dei fatti estintivi di quello stesso credito occorsi al di fuori di quello specifico fallimento (nel caso che ci occupa vengono anche in rilievo gli effetti dell'estinzione parziale a seguito di concordato fallimentare e di transazione con i condebitori in solido); i rapporti di regresso fra condebitori in solido, uno o più dei quali falliti.

Alle obbligazioni solidali di soggetti falliti e al particolare atteggiarsi del regresso tra condebitori in solido dei quali uno o più siano falliti la legge fallimentare dedica tre articoli: gli artt. 61, 62 e 63.

Nel caso affrontato dalla sentenza della Suprema Corte in commento viene direttamente in rilievo il disposto dell'art. 61 legge fallim., che la creditrice ricorrente aveva invocato, sul presupposto che fuori del fallimento, tramite pagamenti parziali, era stato estinto solo una parte del suo credito (e non l'intero credito come invece ha accertato il Tribunale in sede di reclamo), per pretendere l'integrale pagamento del credito così come iscritto nello stato passivo.

Ma procediamo con ordine.

L'art. 61 legge fallim., comma 1, legittima l'ammissione al passivo di un creditore di più debitori tenuti verso di lui in solido per l'intero suo credito, fino al totale pagamento.

È una norma che tutela il creditore, impedendo al condebitore in solido del fallito di insinuarsi al passivo, in via di regresso o di surroga, fino a quando il creditore non sia integralmente soddisfatto per il titolo per il quale ha ottenuto l'ammissione al passivo (comma 2).

La norma posta dal comma 1 è comunemente interpretata nel senso che il creditore ammesso al passivo può mantenere ferma l'insinuazione per l'intero importo all'interno del fallimento fino a quando l'intero credito non sia soddisfatto.

Ne conseguirebbe che mentre, nel caso di pagamento parziale di un debito da parte di un condebitore in solido, il creditore può agire *in executivis* contro l'altro condebitore in solido solo per la parte residua di credito non soddisfatta, nel caso di fallimento, nel cui stato passivo il creditore sia stato ammesso per l'intero suo credito, egli può continuare a pretendere che tramite i riparti dell'attivo venga pagato l'intero suo credito

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

così come risultante dallo stato passivo, anche se nelle more dei riparti fallimentari abbia ricevuto pagamenti parziali da altri condebitori, *in bonis* o falliti che siano.

La *ratio* della norma, così intesa, risiederebbe nell'esigenza equitativa di fare in modo che il creditore, nonostante i pagamenti parziali ricevuti da condebitori *in bonis* o falliti, concorra nei riparti fallimentari sempre nella proporzione calcolata sull'intero credito ammesso, per evitare che, essendo già basse normalmente le somme da ripartire per l'insolvenza che ha determinato il fallimento del debitore, la base di calcolo della percentuale di riparto si abbassi ogni volta che il creditore riceva un pagamento parziale (6).

Quando però i pagamenti parziali effettuati da coobbligati e fideiussori raggiungono l'intero ammontare del credito ammesso per capitale e accessori, il creditore soddisfatto avrebbe l'obbligo di rinunciare all'insinuazione e comunque di non accettare ulteriori pagamenti in sede di riparto (7).

Tuttavia, premesso, con riferimento a tale ultimo aspetto, che se un creditore sia stato integralmente soddisfatto del suo credito ammesso al passivo per capitale e accessori, non si comprende per quale motivo la tutela dell'attivo fallimentare nell'interesse degli altri creditori concorrenti eventualmente non soddisfatti e, in ultima analisi, anche del fallito, interessato a che non si ripartiscano somme dell'attivo eccedenti i crediti effettivamente ammessi allo stato passivo, debba passare solo attraverso una spontanea rinuncia all'insinuazione o a ricevere ulteriori pagamenti da parte del creditore già *aliunde* soddisfatto, e non ordinariamente attraverso una eccezione (implicita) dell'organo gestorio (il curatore) in sede di predisposizione del progetto di riparto o attraverso un reclamo *ex* art. 36, comma 3, legge fallim., deve osservarsi che, a nostro avviso, sarebbe possibile una ricostruzione sistematica diversa da quella comunemente accettata.

Si dovrebbe partire, cioè, da una diversa interpretazione della norma del comma 1 dell'art. 61 legge fallim., nel senso che il creditore concorre sì nel fallimento del coobbligato (in tale espressione essendo ricompreso il fideiussore, anch'egli coobbligato del debitore principale, anche se in base

---

(6) In dottrina cfr. per tutti A. COPPOLA, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO -M. SANDULLI-V. SANTORO, Torino, 2010, p. 869; INZITARI, in *Commentario Scialoja-Branca*, *Legge fallimentare*, Bologna, 1988, p. 243. In giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. n. 3216/2012; Cass. n. 903/2008, per le più recenti; nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Torino 7 febbraio 2007, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 813.

(7) In termini di rinuncia si esprime DI CORRADO, in *La legge fallimentare – Commentario teorico pratico* a cura di M. Ferro, Padova, 2008, p. 681.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ad una *causa cavendi*) per l'intero credito ammesso al passivo sino al totale pagamento, ma salvo restando il principio in base al quale nei vari riparti fallimentari quel creditore percepirà, di quello che spetta a lui in base alla percentuale calcolata sul credito totale per il quale è stato ammesso, l'eventuale minor somma a credito nel caso in cui risultino (e il curatore o uno dei creditori concorrenti riesca a provare) pagamenti parziali effettuati da coobbligati falliti o *in bonis*.

Non si comprende, infatti, per quale ragione il creditore di più obbligati in solido che percepisca somme imputabili a quel dato credito ammesso al passivo del fallimento di uno di essi debba partecipare ai riparti fallimentari senza che il curatore debba tenere in conto all'atto dei pagamenti quanto percepito *aliunde* dal creditore. Osterebbe a tale conclusione il principio generale del divieto degli spostamenti patrimoniali senza causa, che trova espressione nelle norme sulla ripetizione dell'indebito e sull'arricchimento ingiustificato, nonché, in ambito fallimentare, nell'art. 118, comma 1, n. 2, legge fallim., che imponendo la chiusura della procedura anche prima della ripartizione dell'intero attivo fallimentare quando i crediti ammessi sono in altro modo (cioè fuori dai riparti) estinti (oltre che quando sono pagati tutti i debiti e le spese di procedura) implicitamente non può non voler dire che se sono pagati tutti i crediti in prededuzione e tutti i crediti concorrenti sono estinti solo parzialmente fuori dalla procedura, le ripartizioni dell'attivo debbono continuare fino a quando quei crediti non siano soddisfatti anche per la parte non estinta con risorse esofallimentari (8).

Inoltre, deve notarsi che la tesi in base alla quale il curatore del fallimento del coobbligato in solido sarebbe obbligato a ripartire l'attivo sino all'estinzione del totale credito ammesso senza considerare i pagamenti parziali *aliunde* percepiti, benché dichiarati dal terzo *solvens* o dallo stesso *accipiens*, crea una distonia sistematica con la disciplina del più frequente rapporto di coobbligazione nei rapporti commerciali: la fideiussione.

---

(8) Sarebbe invero alquanto irragionevole che un creditore che, ammesso al passivo di un fallimento di un coobbligato in solido per un credito complessivo di 100, avesse percepito 25 da un altro coobbligato, *in bonis* o fallito che sia, potesse avere il diritto di riscuotere materialmente 100 dal riparto eseguito nell'ambito del (o dell'altro) fallimento, nonostante che, magari, fosse lui stesso a dichiarare che 25 li avesse già riscossi altrove.

Se si ritenesse che il creditore avrebbe tale diritto *nonostante* che egli stesso dichiarasse di avere già riscosso *aliunde* 25, si costringerebbe il fallimento ad eseguire in favore di quel creditore un riparto per 100, salvo poi rimettere al fallimento o al coobbligato l'onere di agire in un successivo giudizio per ottenere la restituzione di quei 25 che il creditore avesse percepito *senza alcun titolo*: uno spreco di tempo e di risorse processuali difficilmente spiegabile.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dal disposto dell'art. 1952 c.c., infatti, si evince che il fideiussore è onerato dell'avviso al debitore ogni volta che effettua un pagamento a favore del creditore.

Il debitore, dunque, non può non conoscere l'ammontare dei pagamenti parziali che il fideiussore esegua a favore del suo creditore; e non si comprende il motivo in base al quale quei pagamenti, che il fideiussore ha l'onere di comunicare al debitore benché fallito (cioè al curatore), non debbano essere considerati per determinare l'eventuale saldo che il fallimento deve pagare nei riparti fallimentari a favore del creditore.

Si incentiverebbero, inoltre, comportamenti poco chiari da parte del creditore e si renderebbero particolarmente farraginosi i procedimenti dei reciproci regressi per giungere ad un riequilibrio dei vari spostamenti patrimoniali: il creditore sarebbe spinto a non dichiarare i pagamenti parziali effettuati dal fideiussore; il fideiussore sarebbe disinteressato a dare avviso al debitore fallito dei pagamenti che effettua a favore del creditore. Il fideiussore (che all'atto dei suoi pagamenti parziali non ha pagato un indebito nelle mani del creditore) sarebbe costretto ad esercitare il regresso solo nei confronti del debitore fallito, il quale ultimo, dopo il vittorioso esercizio dell'azione di regresso del fideiussore, dovrebbe esercitare una azione di riequilibrio (ripetizione di indebito) contro il creditore.

Insomma: non si comprende per quale motivo il fallimento del debitore principale dovrebbe comportare l'irrilevanza, in relazione al debito che il fallito deve pagare al creditore, dei versamenti parziali fatti dal fideiussore, in presenza di una norma generale che anzi impone l'onere al fideiussore di avvisare il debitore dei pagamenti che il primo esegue nelle mani del creditore a pagamento, anche parziale, del debito del secondo.

La tesi dell'irrilevanza dei pagamenti parziali del coobbligato del fallito, rispetto al fabbisogno di attivo fallimentare necessario per estinguere il credito ammesso al passivo, inoltre, è difficilmente conciliabile con il disposto dell'art. 114 legge fallim., a norma del quale i pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti, salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione.

Orbene, l'unico caso, normativamente contemplato, di restituzione di somme riscosse in seguito a piani di riparto è quello dell'accoglimento di domande di revocazione del credito proposte contro il creditore che le abbia riscosse, sicché, dopo l'estinzione del credito totale ammesso senza detrazione dei pagamenti parziali ricevuti dal fideiussore, vi sarebbe anche l'incongruenza che, se quest'ultimo esercitasse fruttuosamente il regresso contro il debitore fallito per le somme pagate al creditore, il fallimento non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

potrebbe richiedere al creditore la restituzione di quanto egli avesse ricevuto in più dai riparti.

E, infine, ne risulterebbe pregiudicato anche il diritto di surroga del fideiussore o del coobbligato in base ad uno stesso titolo.

A tal proposito, deve farsi una premessa concettuale: il comma 2 dell'art. 61 legge fallim. parla di regresso, ma non par dubbio che tale termine si riferisce alla necessaria esistenza, nei casi di coobbligazione, di un pregresso rapporto sottostante tra i vari debitori in solido, e non esclude affatto che, nell'esercitare l'azione di regresso contro il condebitore in solido, il condebitore *solvens* possa avvalersi della surrogazione legale prevista dall'art. 1203, n. 3, c.c. (e dall'art. 115, comma 2, legge fallim.) a tutela delle sue ragioni di regresso (9).

Orbene, se i pagamenti parziali fatti al creditore da un fideiussore o da un coobbligato in solido col fallito non possono essere oggetto di scomputo, da parte del curatore, da quanto a quel creditore spetterebbe per riparto in base al credito ammesso al passivo, sicché a lui viene corrisposta la somma corrispondente all'intero suo credito garantito da ipoteca su un immobile del debitore fallito, il fideiussore o il coobbligato in solido del fallito che abbia versato somme al creditore senza estinguere totalmente il credito, potendo esercitare il regresso con surroga solo dopo che il creditore sia soddisfatto per l'intero credito ammesso con i riparti fallimentari, di fatto non potrà esercitare la surroga, in quanto non vi saranno più somme, rivenienti dalla vendita del bene ipotecato, sulle quali poter esercitare la prelazione (10).

---

(9) Sugli strettissimi rapporti tra surrogazione e regresso, cfr. le illuminanti pagine di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1997.

(10) In altri termini, e facendo un esempio, se vi è un creditore di 100 con diritto di ipoteca per 100 su di un immobile del debitore fallito, e se il fideiussore paga 50 in favore del creditore e questo continua ad avere diritto di ricevere 100 dal riparto fallimentare in cui si distribuisce il ricavato dalla vendita dell'immobile ipotecato, quel creditore riceverà 100, nonostante che abbia già ricevuto 50 dal fideiussore del fallito, mentre il fideiussore, che voglia esercitare il diritto di regresso per 50 sul patrimonio del fallito non potrà surrogarsi nel diritto di ipoteca, visto che esso si è estinto con il pagamento al creditore di tutto l'importo preso dal ricavato della vendita dell'immobile corrispondente alla somma per la quale quel creditore aveva preso ipoteca.

Invece, se quel creditore, nonostante che abbia avuto 50 dal fideiussore, pur continuando a partecipare al riparto, in cui si distribuisce il ricavato dalla vendita dell'immobile ipotecato, in base al suo credito, ammesso, di 100, riceva dal riparto solo 50, cioè il suo credito al netto di quanto già percepito dal fideiussore, quest'ultimo potrà esercitare la sua azione di regresso per 50 surrogandosi anche nel diritto di prelazione, già spettante al creditore, su tale somma.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si potrebbe dunque proporre una diversa interpretazione dell'art. 61 legge fallim.: il creditore ammesso partecipa ai riparti fallimentari sempre tenendo conto, fino all'estinzione definitiva del credito, nella base di calcolo dei riparti, di quel credito così come ammesso allo stato passivo, fermo restando che se sono stati nelle more del fallimento eseguiti pagamenti parziali da parte del coobbligato o fideiussore (fallito a sua volta o meno) del fallito, quei pagamenti devono essere computati al fine di determinare il saldo da corrispondere al creditore ammesso al passivo.

Il disposto di cui al comma 2 dell'art. 61 legge fallim., poi, sancisce una norma a tutela del creditore, a *pendant* di quella di cui al comma 1: il regresso per pagamenti fatti, nelle more della procedura fallimentare, in favore del creditore ammesso allo stato passivo, da parte di coobbligati (compresi i fideiussori) del fallito, può essere esercitato solo dopo che il creditore abbia avuto tutto quello che doveva avere in base allo stato passivo, per evitare che nella stessa quota riservata in sede di riparto a quest'ultimo possano concorrere con lui i coobbligati in via di regresso, il cui soddisfacimento viene così postergato a quello, integrale, del creditore.

Una siffatta interpretazione dell'art. 61 legge fallim., peraltro, si armonizzerebbe anche con il disposto dell'art. 62 legge fallim.: se il creditore, prima del fallimento del suo debitore in solido, abbia ricevuto pagamenti parziali del debito, egli concorrerà in quel fallimento (a differenza di quanto dispone l'articolo precedente) per la parte di credito non ancora estinta, fino alla totale estinzione del credito: la base di calcolo di quanto a lui spetterà in seguito ai riparti fallimentari, dunque, sarà costituita per tutto il corso del fallimento dal credito ancora esistente alla data del fallimento, al netto dei pagamenti parziali ricevuti in data anteriore, ed ammesso al passivo. Il coobbligato parzialmente adempiente, inoltre, potrà anche lui essere ammesso al passivo previa domanda di regresso, ma sarà comunque postergato al creditore che avrà il diritto di farsi assegnare la quota di riparto del coobbligato che agisca in regresso fino alla totale soddisfazione del suo credito, fermo restando in ogni caso il diritto del creditore di escutere il coobbligato se il suo credito dovesse rimanere parzialmente insoddisfatto in esito ai riparti fallimentari spettanti a lui, considerati anche quelli di cui egli chiederà l'assegnazione in luogo del coobbligato che abbia esercitato il regresso per quanto parzialmente corrisposto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Deve notarsi, in ogni caso, che nella fattispecie di cui si è occupata la Suprema Corte nella sentenza in commento è venuto in rilevo l'art. 61 legge fallim., nella sua interpretazione pacifica: ottenuto il totale pagamento del suo credito al di fuori del fallimento, il creditore non può più

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

partecipare ai riparti fallimentari, potendo il curatore, come si è visto, far valere un fatto estintivo del credito verificatosi in epoca posteriore alla formazione della preclusione endofallimentare prodottasi in seguito alla definitiva formazione dello stato passivo.

4. *Le vicende delle obbligazioni in solido verificatesi al di fuori del fallimento. Cenni al regresso e alla surroga.*

In linea di principio, le norme previste dal codice civile in tema di obbligazioni in solido si applicano anche se uno o più dei debitori in solido sono falliti.

È interessante indagare quali potrebbero essere gli effetti, sul credito ammesso al passivo verso debitori tenuti in solido, di alcune vicende in cui sono coinvolte le obbligazioni solidali, occorse anche nell'ambito della più complessa fattispecie all'esame della sentenza in commento: la transazione e il concordato fallimentare.

Orbene, per esigenze sistematiche, occorre tenere distinta la fideiussione dalla coobbligazione per uno stesso titolo.

Questo perché, essendo la fideiussione una obbligazione accessoria di garanzia rispetto ad una obbligazione principale, le vicende che riguardano la prima non necessariamente spiegano effetti anche sulla seconda.

Deve affermarsi che il disposto del comma 1 dell'art. 1304 c.c., sugli effetti della transazione tra il creditore e un debitore in solido *in bonis*, si applica sia quando la transazione con il creditore sia conclusa dal fideiussore dell'obbligato principale, sia quando essa è conclusa dal coobbligato in solido tenuto con un altro nei confronti di quel creditore in forza del medesimo titolo contrattuale [11].

Può accadere, tuttavia, che il creditore, all'atto della conclusione della transazione, intenda limitare gli effetti del contratto al condebitore contraente, allo scopo di conservare le ragioni creditorie nei confronti del fallimento e di evitare che il curatore possa dichiarare di voler aderire agli effetti di quella transazione.

In un simile caso, emergeranno le differenze, nell'ambito della comune nozione di coobbligazione, tra la fideiussione e la coobbligazione in solido "pura", a causa di uno stesso titolo (c.d. solidarietà uguale).

---

[11] Ne deriva che il curatore del fallimento del debitore in solido fallito che non ha concluso la transazione può appropriarsi, tramite una manifestazione negoziale della volontà di voler aderire ad essa *ex* art. 1304 cod. civ., degli effetti positivi di quel contratto posto in essere dal condebitore (in tale nozione incluso il fideiussore), proprio come è accaduto nella fattispecie pratica che ci occupa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il voler transigere solo la posizione contrattuale del fideiussore, infatti, significa sostanzialmente, agli effetti pratici, rinunciare alla garanzia; e se tale transazione interviene allo scopo di prevenire o di por fine ad una lite sugli effetti della fideiussione o sulla sua estensione, il creditore conserverà intatte le sue ragioni nei confronti del fallimento quale debitore principale, nel cui stato passivo sia stato ammesso.

L'aver rinunciato ad una garanzia accessoria nell'ambito di una transazione con il fideiussore, invero, non può impedire che il creditore conservi l'intera sua ragione di credito nei confronti del condebitore fallito e nel cui stato passivo era stato ammesso (12).

Con riferimento, invece, alla transazione i cui effetti il creditore voglia limitare al solo coobbligato (per lo stesso titolo del fallito) contraente, si deve dire che essa coinvolgerà la sola quota di coobbligazione di quello. Lo si deduce da una interpretazione sistematica degli artt. 1304 e 1301 c.c.: così come il creditore di più debitori in solido può rimettere il debito limitando gli effetti della remissione alla quota di coobbligazione del singolo debitore che si intende "beneficare", e conservando il suo diritto verso gli altri, allo stesso modo il creditore che conclude una transazione con un coobbligato in solido ed intende limitare a quest'ultimo gli effetti remissori della transazione deve esplicitare tale sua volontà nel contratto, per poi poter pretendere verso gli altri la parte di obbligazione che rimane detratta la parte del debitore con il quale è stata conclusa la transazione.

Ne consegue che se il creditore conclude una transazione con un condebitore in solido, limitando alla quota di quest'ultimo l'effetto remissorio, il creditore non potrà pretendere di partecipare ai riparti fallimentari, eseguiti nell'ambito del fallimento dell'altro condebitore in solido, per

---

(12) Se la transazione prevede la corresponsione di una somma di denaro da parte del fideiussore *in bonis*, e questa viene versata, la configurazione causale che quel versamento assume determinerà se la somma che ne è oggetto debba essere imputata al debito principale oppure no: in altri termini, se la transazione assume la struttura di una remissione parziale del debito di garanzia, quanto versato dal fideiussore parzialmente liberato deve essere imputato al debito principale, salvi gli effetti dell'art. 61 legge fallim. se si ritiene, come comunemente si fa, che il creditore abbia comunque il diritto di continuare ad essere soddisfatto mediante i riparti fallimentari fino all'estinzione dell'intero credito ammesso al passivo del fallimento del debitore principale.

Se, invece, la transazione assume la struttura di una remissione, dietro corrispettivo, del debito di garanzia da parte del creditore, il pagamento fatto al creditore a fronte della remissione del debito di garanzia non sarà imputabile a quel debito, e dunque nemmeno al debito principale, con la conseguente insensibilità del credito ammesso al passivo fallimentare, che potrà in ogni caso continuare a partecipare ai riparti fallimentari fino al conseguimento dell'intero importo ammesso (a meno che non si voglia sostenere che quella remissione dietro corrispettivo altro non sia che una remissione parziale indiretta).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'intero credito ammesso: in questo caso, essendovi stata remissione di una parte di obbligazione, il credito originariamente ammesso dovrà intendersi ridotto alla minor somma al netto della detrazione della quota del condebitore che ha concluso la transazione.

Siamo, quindi, in un caso del genere, fuori del campo applicativo dell'art. 61 legge fallim.

Passiamo ora ad occuparci degli effetti di un concordato fallimentare, proposto ed eseguito nell'ambito di un fallimento di un condebitore in solido, sul credito ammesso al passivo del fallimento di un altro condebitore [13].

Ebbene, se si devono considerare, al fine di ritenere estinto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 61 legge fallim., l'intero credito ammesso al passivo, anche i pagamenti provenienti dall'esecuzione di un concordato fallimentare di un coobbligato in solido del fallito, deve notarsi che il comma 2 dell'art. 135 legge fallim. consente al creditore di un fallito il cui fallimento si sia chiuso a seguito di un concordato fallimentare definitivamente omologato di conservare «*la sua azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso*».

Emerge, allora, che quanto si è poc'anzi detto con riferimento alla transazione e ai suoi effetti con riferimento al coobbligato fallito non parte del contratto non è predicabile con riferimento al concordato fallimentare.

Il creditore di un soggetto che si sia visto chiuso il suo fallimento con un concordato fallimentare, dunque, conserva il suo diritto di credito interamente nei confronti del coobbligato in solido del fallito, senza che gli effetti comunemente definiti "remissori" del concordato di quest'ultimo possano estendersi, nemmeno per la quota interna di debito del fallito in concordato, a favore del condebitore (fallito o meno che sia).

Chiaramente, però, se dal concordato fallimentare il creditore abbia ricavato una somma, questa va detratta dal credito vantato nei confronti

---

[13] Nel caso affrontato dall'interessante sentenza in commento, i Giudici della Suprema Corte hanno avallato l'accertamento compiuto dai giudici di merito secondo il quale il creditore ammesso al passivo del fallimento era stato integralmente soddisfatto anche grazie a somme provenienti da concordati fallimentari di coobbligati, sicché il creditore non poteva più concorrere negli ulteriori riparti ancora da effettuare dopo l'estinzione totale del suo credito.

La Suprema Corte ha dunque correttamente applicato alla fattispecie sottoposta al suo esame il disposto dell'art. 61 legge fallim., che si applica a tutti i casi in cui un creditore ammesso al passivo di un fallimento riceva somme da un altro coobbligato, a prescindere o meno che sia fallito anch'egli; ed avendo accertato che tramite quei pagamenti fatti fuori da quel fallimento (in cui era stato ammesso) l'intero credito iscritto al passivo era stato soddisfatto, ha rigettato il ricorso del creditore contro la sua esclusione dal nono piano di riparto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del condebitore in solido ed *in bonis* del fallito; se poi anche il condebitore in solido sia fallito, il creditore avrà il diritto di concorrere per l'intero credito ammesso al passivo fino all'integrale pagamento, come prescrive l'art. 61 legge fallim., e con le precisazioni sopra fatte a proposito dell'esatta portata applicativa di tale disposizione, in merito alla rilevanza dei pagamenti parziali ricevuti al di fuori del fallimento.

Per completezza, ci si deve porre il problema se il coobbligato del fallito il cui fallimento si sia chiuso con concordato fallimentare, escusso per una somma superiore a quella per la quale era tenuto in base alla quota interna di coobbligazione, sia soggetto, esercitando il regresso o la surrogazione legale, agli effetti del concordato fallimentare.

Ebbene, se si considera il disposto del comma 1 dell'art. 135 legge fallim., in base al quale il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, e se si considera che prima dell'apertura del fallimento del debitore il suo coobbligato in solido non è stato ancora escusso e dunque non è sorto in capo a lui il diritto di regresso, si potrebbe in ipotesi concludere che il coobbligato che paga il creditore per una somma superiore alla sua quota interna di obbligazione, esercitando il regresso nei confronti del debitore il cui fallimento si è chiuso con il concordato fallimentare non troverebbe il limite della falcidia concordataria (14).

Senonché, una tale conclusione, seppure rispettosa, nelle sue premesse logiche, della distinzione tra surroga e regresso (15), si scontrerebbe con l'opposta considerazione che il diritto di regresso trova comunque la sua causa genetica in una fonte di obbligazione del debitore fallito anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento, oltre che con la considerazione che, così opinando, i creditori concordatari sarebbero trattati in maniera deteriore rispetto ai creditori in via di regresso escussi da altri creditori anteriori al fallimento soggetti anch'essi agli effetti del concordato fallimentare.

Si deve osservare, d'altro canto, che la prospettiva potrebbe essere diversa nel caso in cui il proponente il concordato limiti gli impegni assunti a coloro che sono stati ammessi allo stato passivo al tempo della proposta (art. 124, ultimo comma, legge fallim.): il creditore che non abbia presentato domanda di ammissione al passivo potrebbe far valere direttamente

---

(14) Esemplificando, se un debitore in solido per 100 fallisce e chiude il suo fallimento con un concordato in seguito al quale deve dare 20 al creditore che dunque riceve 20, il creditore conserverebbe il residuo credito di 80 verso l'altro condebitore in solido il quale, dopo aver pagato i residui 80 al creditore, potrebbe esercitare verso il fallito tornato *in bonis* dopo il concordato il regresso per avere 30.

(15) Sulla quale vedi, inoltre, B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca* (Artt. 1201-1205), Bologna, 1988.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contro il condebitore in solido il suo credito di 100 e il condebitore, pagati i 100, dopo la chiusura del fallimento del condebitore in solido a seguito di concordato fallimentare, potrebbe esercitare regresso per 50, salvi gli effetti dell'esdebitazione se il fallito tornato *in bonis* è una persona fisica.

Tale conclusione, tuttavia, dovrebbe fare i conti con l'oscura norma dell'art. 137, ultimo comma, legge fallim.: «*non possono proporre istanza di risoluzione i creditori del fallito verso cui il terzo ai sensi dell'art. 124 non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato*».

Tale norma, se non la si vuole confinata all'espressione di un principio del tutto scontato, quello cioè che colui che non è investito degli effetti di un contratto non può proporre rimedi sanzionatori per l'inadempimento di questo contratto, di cui non è stato parte nemmeno in senso sostanziale (come soggetto destinatario dei relativi effetti), deve essere intesa, se rettamente coordinata con la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 124 legge fallim., nel senso che il creditore che abbia ancora una ragione di credito, anche per un diritto di regresso da adempimento di una obbligazione in solido, nei confronti del fallito tornato *in bonis* dopo l'omologazione del concordato fallimentare, può far valere il suo credito solo contro quest'ultimo e solo sui beni di cui questi sia eventualmente ancora titolare, senza poterne tuttavia provocare, al ricorrere di tutti i presupposti, un nuovo fallimento, fino a quando pende il termine per la risoluzione del concordato del quale egli non si giova e sempre che il concordato omologato non abbia avuto effetti liberatori immediati per il debitore rispetto ai creditori concordatari [16].

ANGELO NAPOLITANO
Giudice del Tribunale di Napoli

[16] Se manca la prima di queste due sopraindicate condizioni, infatti (ossia quando sia già decorso il termine per provocare la risoluzione per inadempimento del concordato), potrebbe essere dichiarato un nuovo fallimento del condebitore ad istanza di colui che vanti ragione di regresso, visto che non ci sarebbe il rischio di una sovrapposizione tra un nuovo fallimento e la riapertura del fallimento "vecchio" determinata da un'azione di risoluzione non più esperibile per decorso del termine annuale *ex* art. 137, comma 6, legge fallim. Se poi manca la seconda delle dette condizioni, in quanto il concordato omologato abbia avuto effetti liberatori immediati per il debitore, la dichiarazione di un nuovo fallimento sarebbe possibile per il fatto che quella liberazione immediata esclude in ogni caso e sin da subito la possibilità di una riapertura del fallimento chiuso col concordato (art. 137, comma 7, legge fallim.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sulla tutela giurisdizionale dei diritti nella fase di ripartizione dell'attivo fallimentare

Abstract: Muovendo da una pronuncia di legittimità che ha dichiarato ammissibile l'esclusione di un credito dalla procedura fallimentare con provvedimento emesso in sede di reclamo *ex* art. 26 legge fallim., l'Autrice esamina la struttura del giudizio di reclamo cd. endofallimentare. Dopo aver valutato l'alternativa tra la natura ordinatoria o decisoria del provvedimento di esclusione del credito, anche in considerazione dell'efficacia extra-concorsuale dell'accertamento, la riflessione si concentra, in particolare, sulla compatibilità costituzionale del giudizio di reclamo c.d. endofallimentare con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. e sulla tutela giurisdizionale dei diritti nella fase di ripartizione dell'attivo fallimentare.

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Il giudizio di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. - 3. La disciplina previgente e la sua applicazione. - 4. Problematiche emerse dalla pronuncia della Cassazione. - 5. La disciplina del reclamo riformata. - 6. Orientamenti della dottrina sull'art. 26 legge fallim. - 7. Il giudizio di impugnazione dello stato passivo. - 8. Efficacia dell'accertamento del passivo. - 9. Conclusione.

1. *La questione.*

Con la pronuncia in epigrafe la Cassazione ha rigettato il ricorso proposto avverso il decreto del tribunale che, in sede di reclamo *ex* art. 26 legge fallim., confermava il decreto di esecutività del piano di riparto *ex* art. 110 legge fallim. con cui si escludeva dal concorso un creditore per sopravvenuta estinzione del credito ammesso, a causa di una transazione intercorsa con il fideiussore del fallito dopo l'ammissione al passivo. Il tribunale confermava il provvedimento fondando il proprio convincimento sulle prove documentali e gli argomenti di prova emersi nel giudizio di reclamo precedentemente svolto *ex* art. 36 legge fallim. innanzi al giudice delegato. In applicazione del consolidato orientamento che riconosce il carattere decisorio dei decreti del giudice delegato emessi *ex* art. 110 legge fallim. (1), il creditore ha proposto ricorso in cassazione, lamentando che la *potestas judicandi* degli organi fallimentari sulle questioni di esistenza dei crediti si consuma con la conclusione del procedimento di ammissione al passivo, dunque allo scadere dei termini per impugnare *ex* art. 98 legge fallim.

La Suprema Corte, pur confermando che le questioni di esistenza del credito sono oggetto esclusivamente del giudizio di verificazione o dell'eventuale impugnazione, afferma che, se le medesime questioni non sono più deducibili in tali giudizi, in quanto sopravvenute, egualmente permane

(1) Da ultimo Cass. 2 ottobre 2015, n. 19715, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la giurisdizione degli organi della procedura nella fase di riparto. Confermando, così, la legittimità del decreto del giudice delegato che aveva dichiarato esecutiva l'esclusione *ex* art. 110 legge fallim., e quello successivo del tribunale emesso in sede di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. L'unica condizione individuata dalla Corte per l'esercizio di tale accertamento è che nel giudizio di reclamo di cui all'art. 26 legge fallim. il tribunale integri il contraddittorio del creditore sull'esclusione del credito.

2. *Il giudizio di reclamo* ex *art. 26 l. fall. Premessa.*

L'affermata esistenza della *potestas judicandi* sui fatti estintivi del credito ammesso al concorso, ove sopravvenuti alla formazione del passivo fallimentare *ex* artt. 96 ss. legge fallim., ripropone la questione del rispetto delle garanzie costituzionali proprie della tutela giurisdizionale nella fase di ripartizione dell'attivo fallimentare. Non desta particolari problemi interpretativi il principio di diritto nella parte in cui afferma che il giudicato endofallimentare, pur non costituendo un giudicato *ex* art. 2909 c.c., non preclude le questioni di esistenza dei crediti che non fossero deducibili nel giudizio di verificazione, inteso comprensivamente delle eventuali fasi di impugnazione ed opposizione di cui agli artt. 98 e 99 legge fallim. (2).

Maggiori perplessità, invece, suscita il principio nella parte in cui si ammette che le questioni sopravvenute di esistenza del credito ammesso siano suscettibili di accertamento nel giudizio di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. Infatti, come noto, l'idoneità del rito in questione ad integrare gli estremi della tutela giurisdizionale, così come garantita dagli artt. 24 e 111 Cost., è motivo di contrasto, in dottrina, sin dall'originaria formulazione della legge fallimentare. Fino ad ora, peraltro, non si era mai discusso dell'idoneità del rito ad ospitare la cognizione su questioni di esistenza dei crediti, ma piuttosto del carattere decisorio o ordinatorio delle statuizioni riguardanti la graduazione dei crediti e la misura del loro soddisfacimento, e, conseguentemente, della legittimità costituzionale del procedimento *ex* art. 26 legge fallim. quale procedimento di cognizione. Pare opportuno, perciò, prima di riflettere sul principio posto dalla pronuncia in epigrafe, ripercorrere brevemente gli interventi compiuti prima della riforma del 2006 dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul giudizio descritto nell'art. 26 legge fallim.

---

(2) La pronuncia è commentata anche da SPIOTTA, *Il corretto significato della c.d. "efficacia preclusiva" del decreto di esecutorietà dello stato passivo*, in *Fallimento*, 2016, 4, p. 409 ss.; e in *Guida dir.*, 2016, 12, p. 74.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. *La disciplina previgente e la sua applicazione.*

Il R.D. n. 267/1942 disciplinava nell'art. 26 il procedimento di reclamo avverso i provvedimenti del giudice delegato specificando soltanto il termine per la sua instaurazione, fissato in tre giorni dalla data del decreto, l'adozione della decisione in camera di consiglio ed escludendo espressamente che la proposizione del reclamo comportasse la sospensione dell'esecuzione del provvedimento. Entrata in vigore la Costituzione, venivano sollevati i primi dubbi di legittimità sull'art. 26 legge fallim. in relazione alle garanzie del diritto di difesa, del diritto alla prova ed al rispetto del contraddittorio nella tutela giurisdizionale. Inizialmente la Corte costituzionale escluse che il rispetto di tali garanzie si imponesse anche nel procedimento di reclamo, avente ad oggetto soltanto provvedimenti a carattere amministrativo (3). A breve distanza, invece, la Corte di cassazione riconosceva la natura decisoria di alcuni provvedimenti del giudice delegato, in particolare dei decreti di esecutività dei piani di riparto *ex* art. 110 legge fallim., che non di rado erano oggetto di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. Conformandosi all'interpretazione del giudice di legittimità, nuovamente interpellata la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 26 legge fallim. rispetto all'art. 24 Cost., nella parte in cui assoggettava al reclamo ivi disciplinato anche i provvedimenti decisori del giudice delegato, incidenti su diritti soggettivi (4). Divenuta inapplicabile tale norma nei casi suindicati, la lacuna veniva colmata da un nuovo intervento del Supremo Collegio, che, a sezioni unite, forniva un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 26 legge fallim. (5). Si riteneva, infatti, che l'intervento della Corte costituzionale avesse espunto dall'ordinamento

---

(3) Corte cost., 9 luglio 1963, n. 118, in *Giust. civ.*, 1963, III, 213, e in *Foro it*., 1963, I, c. 1608 ss., in dottrina ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1964, p. 529 ss.

(4) Corte cost., 23 marzo 1981, n. 42, in *Foro it*., 1981, I, c. 1228; in questa *Rivista*, 1981, p. 225 ss., con note di DEL VECCHIO e di RAGUSA MAGGIORE; in *Giur. comm*., 1981, p. 553 ss., con nota di PAJARDI; in *Leggi civ. comm*., 1981, p. 891 ss., v. anche BORRÈ, *Reclamo contro i decreti del giudice delegato e ricorso in Cassazione* ex *art. 111, 2° comma, Cost.: spunti in tema di tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Foro it*., 1981, c. 137 ss.; LANFRANCHI, *La tutela giurisdizionale ordinaria dei diritti nelle procedure concorsuali dopo la sentenza n. 42 del 1981 della Corte costituzionale e la giurisprudenza della Cassazione*, in *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano, 1988, p. 255 ss.

(5) Cass., sez. un., 9 aprile 1984, n. 2255, in *Giust. civ.*, 1985, p. 1716 ss., con nota di LANFRANCHI; in *Foro it.*, 1984, c. 2239 ss., con nota di PEZZANO; in *Fallimento*, 1984, p. 1185 ss., con nota di LUGARO; la giurisprudenza è costante sino a Cass., 11 maggio 2005, n. 9930, in *Foro it.*, *Rep.* 2005, voce "*Fallimento*", n. 335, nel senso di applicare il rimedio del reclamo *ex* art. 26 legge fallim. avverso i procedimenti decisori.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non l'intera disciplina del giudizio di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. avverso i provvedimenti decisori, ma soltanto alcune norme specifiche di quel procedimento, in quanto incompatibili con l'esercizio della funzione giurisdizionale contornata delle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost. Gli aspetti da sostituire in via interpretativa, riguardanti il diritto di difesa e l'integrazione del contraddittorio, venivano colmati con il ricorso all'applicazione analogica della disciplina del rito camerale *ex* artt. 737 ss. cod. proc. civ., in modo che *i*) il termine per proporre il reclamo diventasse di dieci giorni *ex* art. 739 cod. proc. civ., *ii*) tale termine decorresse dalla data del deposito del decreto reclamando, *iii*) l'integrazione del contraddittorio avvenisse *ex* art. 739 cod. proc. civ. ed infine *iv*) il provvedimento conclusivo del reclamo fosse obbligatoriamente provvisto di motivazione *ex* art. 737 cod. proc. civ. Successivamente, un'ulteriore pronuncia di illegittimità costituzionale ha esteso tale disciplina del reclamo, così elaborata in via interpretativa, ai provvedimenti decisori con cui il giudice delegato liquida i compensi degli organi della procedura (6), suggellando il nuovo procedimento di conio giurisprudenziale. Fino alle modifiche apportate dai D.Lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007, il procedimento di reclamo si svolgeva secondo questa disciplina ogniqualvolta oggetto del giudizio fosse un provvedimento decisorio, individuato in base all'incidenza sulla sfera giuridica dei soggetti coinvolti ed al dispiegamento di effetti anche oltre i limiti della procedura (7). Anche alla Cassazione spettava il vaglio della natura decisoria o ordinatoria dei provvedimenti reclamati, in quanto era ammesso il ricorso straordinario *ex* art. 111, comma 7, Cost. limitatamente ai provvedimenti decisori (8).

---

(6) Corte cost., 22 novembre 1985, n. 303, in *Foro it*., 1985, I, c. 3066 ss.

(7) Così Cass., 26 marzo 2003, n. 4475, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 20, p. 90. In dottrina *ex multis* LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, p. 77 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1733 ss.; SCHIAVON, *La tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi delle parti nel procedimento di ripartizione dell'attivo nel fallimento*, in *Fallimento*, 1987, p. 713 ss.; TURRONI, *Sulla ricorribilità per cassazione dei decreti del tribunale fallimentare* ex *art. 26 l. fall.*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, I, p. 634 ss.; LO CASCIO, *Ancora sul sistema di difesa endofallimentare*, in *Giust. civ*., 1994, I, p. 1808 ss. *Contra* BONSIGNORI, *L'impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato*, in questa *Rivista*, 1972, I, p. 367 ss.; RICCI, *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. dir. proc*., 1990, p. 106 ss.; BONGIORNO, *L'impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato nella liquidazione dei beni del fallito*, in *Giur. comm*., 1978, I, p. 419 ss.; LUISO, *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1993, p. 817 ss.

(8) TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, p. 472 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. *Problematiche emerse dalla pronuncia della Cassazione.*

Prima di considerare la nuova disciplina del reclamo *ex* art. 26 legge fallim., è necessaria una premessa che funga da raccordo con il prosieguo dell'analisi. Mutando il quadro dei rapporti tra le funzioni del curatore e quelle del giudice delegato, ridotte a compiti di vigilanza e controllo, i D.Lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007 hanno limitato il potere di intervento del giudice delegato sul piano di riparto alla mera declaratoria di esecutività *ex* art. 110 legge fallim. (9). Il piano di riparto è ora considerato atto esclusivo del curatore, per cui si afferma che le contestazioni al piano vanno necessariamente veicolate nelle censure per «violazione di legge» proponibili con il reclamo *ex* art. 36 legge fallim. al giudice delegato (10). Il decreto di esecutività viene ridimensionato ad atto di giurisdizione esecutiva o amministrativa (11), e conseguentemente il reclamo *ex* art. 26 legge fallim., proponibile in quanto rimedio residuale avverso gli atti del giudice delegato, si ritiene limitato alle sole censure che non sia stato possibile proporre con il mezzo di cui all'art. 36 legge fallim. (12).

L'odierna pronuncia evita di dichiararsi espressamente su tali aspetti; implicitamente, però, riconosce che in fase di riparto il tribunale esercita ancora la funzione giurisdizionale decisoria, e ciò avviene nel procedimento di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. (13).

---

(9) RUGGERO, Sub art. 110, in JORIO-FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 823 ss.; MIELE, *Sub art. 110*, in FERRO, *La legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 867 ss.; SILVESTRINI, *Sub art. 110*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 673 ss.; ID., *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 1476 ss.; ZOPPELLANI, *Sub art. 110*, in SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p. 538 ss.; Bozza, *La ripartizione dell'attivo nel fallimento*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2008, p. 302 ss.; VITALONE-CHIMENTI-RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, p. 283 ss.

(10) TISCINI, *Sub art. 36*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO, *La riforma della legge fallimentare*, cit., p. 222 ss.; PAGNI, *Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare e le nuove regole della tutela giurisdizionale*, in *Fallimento*, 2007, p. 140 ss., secondo cui il rimedio è limitato alle violazioni di legge che abbiano causato un danno risarcibile, con insindacabilità del merito gestorio.

(11) SILVESTRINI, *op. ult. cit.*, p. 1476; ID., *Sub art. 110*, cit., p. 675; BOZZA, *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006, p. 90 ss. *Contra* CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 853 ss.; PAGNI, *op. cit.*, p. 150.

(12) SCARSELLI, *La ripartizione dell'attivo*, in BERTACCHINI-GUALANDI-PACCHI-SCARSELLI, *Manuale del diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 337 ss.; ZOPPELLANI, *op. cit.*, p. 541; MIELE, *op. cit.*, p. 869.

(13) Sembra difficile, invece, sostenere che anche il giudice delegato svolga la funzione giurisdizionale con il decreto che dichiara l'esecutività del piano di riparto *ex* art. 110 legge fallim.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rispetto alla disciplina previgente, dunque, restano invariati i termini della questione: anche nella fase di riparto viene esercitata la funzione giurisdizionale, in quanto il tribunale decide dei diritti soggettivi coinvolti, su questioni nuove e diverse da quelle affrontate nella fase di ammissione *ex* art. 96 ss. legge fallim. Sia che tali decisioni riguardino il *proprium* della distribuzione, e siano quindi implicate nella graduazione dei crediti o nel *quantum* del loro soddisfacimento, sia che tali decisioni abbiano ad oggetto le questioni sopravvenute di esistenza del credito già insinuato, come oggi riconosciuto possibile dalla Suprema Corte, è necessario che nella fase di riparto sia presente un procedimento che assicuri tutela giurisdizionale a tali diritti. Con la pronuncia in epigrafe la Cassazione individua tale sede nel reclamo *ex* art. 26 legge fallim.

5. *La disciplina del reclamo riformata.*

Le modifiche apportate dai D.Lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007 in ordine al giudizio del reclamo *ex* art. 26 legge fallim. hanno accolto parzialmente la precedente giurisprudenza. In particolare, l'ambito di applicazione dell'art. 26 legge fallim. è stato ampliato a tutti i provvedimenti, ordinatori o decisori, del giudice delegato e del tribunale, per i quali la legge non preveda diversamente (14). Il termine per impugnare il provvedimento è stato mantenuto di dieci giorni e decorre, alternativamente, dalla data di comunicazione o di notificazione, e, in aggiunta ad esso, è stato introdotto il termine lungo di novanta giorni dal deposito del decreto, oltre il quale l'impugnazione è preclusa (15). Gli elementi dell'atto introduttivo sono elencati puntualmente, è indicato il termine minimo di quindici giorni tra la notificazione del ricorso introduttivo e del decreto di fissazione dell'udienza e la data della stessa; non è, invece, indicata la barriera preclusiva per le deduzione istruttorie (16). Alla massima sem-

(14) Sul reclamo avverso i decreti del tribunale è competente la Corte 'd'Appello, e, trattandosi di organo estraneo alla procedura fallimentare, si è ipotizzata una conferma della concezione del reclamo quale procedura extrafallimentare, così SCARAFONI, *I rapporti fra gli organi della procedura*, in DIDONE, *Le riforme della legge fallimentare*, Milano, 2009, p. 464 ss.

(15) TISCINI, Sub art. 26, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p. 350 ss., desume che, poiché prima mancava il termine lungo e la giurisprudenza non aveva colmato la lacuna in via interpretativa, ora il provvedimento è idoneo a «passare in giudicato».

(16) TISCINI, *op. ult. cit.*; il decreto correttivo del 2007 ha eliminato la previsione che i mezzi di prova andassero indicati a pena di decadenza nel ricorso introduttivo, in quanto la barriera mal si sarebbe conciliata con il rito camerale. FERRI, *Sub art. 26*, in JORIO-FABIANI, *Il*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

plificazione è improntata la disciplina del procedimento nella sua fase centrale e decisoria. L'udienza è descritta con la formulazione tipica del giudizio cautelare e del rito sommario di cognizione *ex* artt. 669-*sexies* e 702-*ter* cod. proc. civ., che accennano al rispetto del contraddittorio con l'inciso «sentire le parti», e descrivono l'istruzione come «assunzione anche d'ufficio dei mezzi di prova». Riguardo la fase decisoria, collocata nel termine di trenta giorni dall'udienza, si prevede l'obbligo di motivazione del provvedimento che «conferma, modifica o revoca» il provvedimento impugnato.

6. *Orientamenti della dottrina sull'art. 26 legge fallim.*

Come premesso, la tenuta costituzionale del procedimento di reclamo *ex* art. 26 legge fallim., quale strumento della funzione giurisdizionale contenziosa, è argomento contrastato in dottrina anche dopo la riforma del 2006/2007 (17).

Quanti propendono per la legittimità costituzionale del giudizio di reclamo avverso i provvedimenti decisori rilevano che, a confronto con le scarne indicazioni del previgente art. 26 legge fallim., il legislatore ha disposto tutte le integrazioni necessarie a garantirne la tenuta costituzionale, in quanto *i*) il rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio sono assicurati da una dettagliata predisposizione della fase introduttiva, dalla fissazione di un termine congruo per impugnare il provvedimento e dalla previsione di un termine minimo di quindici giorni tra la notificazione e l'udienza, *ii*) viene imposto l'obbligo di motivazione al decreto conclusivo, e *iii*) il regime è compatibile con la precedente elaborazione che ammetteva il ricorso in cassazione *ex* art. 111, comma 7, Cost. (18).

---

nuovo diritto fallimentare, cit., p. 493 ss., rileva il rischio che ciò comporta di sovrapposizione di richieste e contro richieste istruttorie.

(17) Propendono per l'idoneità GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2010, p. 262 ss.; DE SANTIS, *Sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 367 ss.; PAGNI, *op. cit.*; FERRI, *op. ult. cit. Contra* CARRATTA, *op. cit.*; ID., voce *Procedure concorsuali (riforma delle): II) Profili processuali*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, n. 7.5; contrario sembra anche LO CASCIO, *Il nuovo fallimento: riflessioni sugli aspetti processuali e sulla disciplina transitoria*, in *Fallimento*, 2006, p. 751 ss.

(18) Su cui, anche per la disciplina generale, TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, cit.; in argomento MANNA, *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, in *Fallimento*, 2007, p. 526 ss.; in tal senso la *Relazione* governativa allo *Schema* del D.Lgs. n. 5/2006, dichiara che «in esecuzione del principio di delega, che prescrive l'accelerazione e l'abbreviazione delle procedure, è stata effettuata un'ampia ed approfondita riflessione circa la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Secondo altri interpreti, tuttavia, le correzioni apportate in via interpretativa al vecchio testo dell'art. 26 legge fallim. avrebbero richiesto un intervento di maggior portata del riformatore, che non lasciasse dubbi sulla conformità del giudizio di reclamo agli artt. 24 e 111 Cost. Sembra che il legislatore si sia limitato a recepire, nel testo dell'art. 26 legge fallim., soltanto le indicazioni che la Corte costituzionale, nel lontano 1984, aveva imposto per evitare che l'intera disposizione si considerasse abrogata dopo la pronuncia di illegittimità [19]. Ancora oggi è necessario, anche se in misura minore che in passato, che il giudice integri il procedimento nelle sue fasi centrali di trattazione ed istruzione.

Non è stabilito, ad esempio, cosa accada in caso di nullità dell'atto introduttivo, se debba o meno applicarsi l'art. 164 cod. proc. civ., che impone al giudice e alle parti determinate attività per sanare l'atto [20]. O ancora, l'assenza di qualsiasi barriera preclusiva per le deduzioni istruttorie lascia un margine di discrezionalità in capo al giudice cui potrebbe portare all'inserimento di preclusioni *ad nutum* o, alternativamente, l'ammissione anche tardiva di mezzi istruttori. Resta in dubbio, inoltre, se il giudice sia tenuto a concedere il termine di cui all'art. 183, comma 8, cod. proc. civ. per la deduzione di prove contrarie in seguito all'assunzione officiosa, come il principio del contraddittorio imporrebbe, o se, al contrario, possa discrezionalmente rifiutare la concessione di tale termine, senza che le parti possano per questo censurare la decisione.

In ordine all'assunzione dei mezzi di prova, inoltre, non è chiaro come debba acquisirsi agli atti il fascicolo fallimentare, se in via del tutto deformalizzata, o, nel rispetto del diritto alla prova e del principio del contraddittorio sulla prova acquisita, se esso possa entrare nel giudizio solo come mezzo di prova, e dunque, necessariamente, tramite la produzione o l'ordine di esibizione [21].

Passando alla fase decisoria, poi, la forma del decreto rimane incompatibile con l'art. 279 cod. proc. civ., che individua nella sentenza la forma

---

scelta di un possibile modello per i procedimenti endofallimentari» e che «la ricerca di un modello unitario per le controversie endofallimentari ha indotto a conservare il modello camerale configurato in modo da assicurare speditezza del rito, pienezza di contraddittorio e diritto alla prova, appellabilità della sentenza».

[19] V. alla nt. 4.

[20] In tal senso CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2008, p. 143; *contra* TISCINI, *Sub art. 26*, cit., ritiene che la norma sia incompatibile con la struttura camerale, e la sanatoria dei vizi deve seguire le modalità disposte discrezionalmente dal giudice.

[21] SCARAFONI, *op. cit.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del provvedimento decisorio e definitivo di un giudizio di cognizione (22); né viene indicato il regime di efficacia, impugnabilità e stabilità di tale decreto (23).

I pochi esempi ora riportati dimostrano che, non diversamente dal regime previgente, il giudizio di reclamo che dovrebbe applicarsi quando il provvedimento impugnato sia a carattere decisorio non è sovrapponibile a quello descritto nell'art. 26 legge fallim., che ne dispone esclusivamente le «regole d'ordine», individuando forma e contenuto dell'atto introduttivo, la modalità collegiale della trattazione, la fase decisoria priva dello scambio delle conclusionali e della pubblica udienza. Pare, dunque, che nuovamente si rimetta al giudice il compito di riempire il «contenitore neutro» descritto nell'art. 26 legge fallim. con le regole proprie del rito ordinario che presiedono al concreto svolgimento della trattazione e dell'istruzione, scandiscono i poteri del giudice e le facoltà delle parti e dettano tempi e modi per assicurare la pronuncia di una decisione che sia priva di *errores in procedendo* (24).

---

(22) CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit.; ID., *Procedure concorsuali (riforma delle): II) Profili processuali*, cit.

(23) Così anche FERRI, *op. cit.*

(24) Secondo l'orientamento risalente a Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1301 ss., con nota di CARRATTA; in *Fam. e dir.*, 1996, p. 308 ss., con commento di TOMMASEO; e in *Foro it.*, 1996, I, c. 3070 ss., con nota di CIVININI. Il contrasto con la riserva di legge *ex* art. 111, comma 1, Cost., secondo quanti ritengono che la riserva sia assoluta, dovrebbe imporre l'esclusione della discrezionalità in capo agli organi preposti all'applicazione delle norme processuali, in quanto «se un provvedimento del giudice che statuisca su diritti soggettivi ambisca a raggiungere lo stato di immodificabilità e di vincolatività che discende dalla cosa giudicata sostanziale, occorre che esso sia pronunziato al termine di un procedimento modellato secondo i canoni del giusto e dovuto processo legale, caratterizzato da una struttura tale da poter rimediare essa stessa ai suoi difetti, atteso che il giudicato si congiunge ad un articolato sistema di impugnazioni ed anzi ne è la matrice ispirativa, epperciò dove quell'insieme di gravami non è applicabile e tutto si riduce ad un solo, atrofizzato mezzo di controllo, difettano le premesse essenziali del giudicato formale», così TARZIA, *Intervento*, in *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, Milano, 1991, p. 268 ss.; v. anche PROTO PISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 393 ss.; ID., *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 241 ss.; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 480 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 4 ss.; ID., *"Dovuto processo" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 925 ss.; LANFRANCHI, *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in ID., *La roccia non incriminata*, Torino, 2004, 309 ss.; ID., *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, cit.; in argomento anche COSTANTINO, *Riforma delle procedure concorsuali. Profili processuali*, in *Fallimento*, 2005, p. 997 ss. *Contra* VIGNERA, *Riserva di legge* ex *art. 111, comma 1°, cost. e rito camerale uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 551 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

7. *Il giudizio di impugnazione dello stato passivo.*

L'analisi deve ora considerare l'oggetto che, nel caso di specie, è stato accertato nel giudizio di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. I fatti estintivi dei crediti per cui è stata presentata domanda di insinuazione che siano deducibili nel giudizio *ex* artt. 96 ss. legge fallim., sono infatti sottoposti alla cognizione del giudice delegato all'udienza di ammissione, e, eventualmente, del tribunale nei giudizi di impugnazione ed opposizione dello stato passivo.

La differenza tra la disciplina di questi procedimenti e quella del reclamo *ex* art. 26 legge fallim. sembra rilevare sul piano del paritario trattamento, e quindi dell'art. 3 e 111 Cost., a seconda che i fatti estintivi allegati dal curatore siano deducibili o meno entro i termini per impugnare il decreto di ammissione al passivo, e quindi siano oggetto della cognizione piena *ex* artt. 98 e 99 legge fallim. o di quella, affatto predeterminata nelle forme e nei termini, di cui all'art. 26 legge fallim.

Infatti, con le modifiche apportate dai D.Lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007, la dottrina ha riconosciuto nel giudizio di impugnazione dello stato passivo un giudizio a cognizione piena, seppur speciale rispetto agli artt. 183 ss. cod. proc. civ. (25). Nonostante la Relazione Governativa affermi che il giudizio di impugnazione appartiene ad uno «schema di rito camerale fallimentare uniforme», non pare affatto che il semplice richiamo allo svolgimento dell'udienza in camera di consiglio valga ad eliminare le copiose analogie con le norme del rito del lavoro (26). Basti ricordare brevemente che il ricorso deve contenere «l'esposizione di fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione», e «le relative conclusioni», mezzi di prova e documenti devono essere indicati specificamente nel ricorso, a pena di decadenza; il contraddittorio viene instaurato con onere della notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza al controinteressato; le parti ed eventuali interessati devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza depositando memoria difensiva, che deve contenere, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito riservate alle parti e l'indicazione di mezzi di prova e documenti di cui intendono valersi. Il tribunale decide in composizione collegiale, di cui non può far parte il giudice delegato; il provvedimento conclusivo ha la forma del

---

(25) COSTANTINO, *Sub artt. 98-99*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., p. 1253 ss.; PAGNI, *op. cit.*, p. 188; MONTANARI, *Sub art. 99*, in JORIO-FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1503 ss.

(26) COSTANTINO, *op. ult. cit.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

decreto, ma è espressamente reso ricorribile in cassazione entro il termine di trenta giorni. A parte il *saltum* del giudizio d'appello, dunque, la corrispondenza del procedimento *ex* artt. 98 e 99 legge fallim. alla cognizione piena è dovuta al rilievo per cui la legge, predeterminando le forme e i tempi in cui si realizzano il contraddittorio e la formazione del convincimento del giudice, assicura le garanzie costituzionali *ex* artt. 24 e 111 Cost. senza rimetterne al giudice la concreta applicazione (27).

Dunque, il diverso trattamento riservato al credito ammesso, ove il fatto estintivo sia deducibile dopo il decorso del termine per impugnare *ex* art. 98 legge fallim., non pare giustificabile secondo il criterio della ragionevolezza.

8. *Efficacia dell'accertamento del passivo.*

Si concorda con chi ha ritenuto che la valutazione di idoneità del procedimento di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. allo svolgimento della tutela giurisdizionale contenziosa dipenda, in ultima analisi, dall'efficacia che viene assegnata al provvedimento conclusivo (28). Poiché nel caso di specie si è discusso del provvedimento *ex* art. 26 legge fallim., che ha accertato l'inesistenza sopravvenuta di un credito precedentemente ammesso al passivo, l'efficacia di tale provvedimento va confrontata con quella del decreto di accertamento del passivo *ex* art. 96, comma 6, legge fallim. La norma limita gli effetti di tale provvedimento «ai soli fini del concorso». Alcuni dubbi interpretativi, peraltro, sono sorti dal difficile coordinamento di tale previsione con il principio di irripetibilità dei pagamenti *ex* art. 114 legge fallim. (29). L'interpretazione letterale dell'art. 96 legge fallim., infatti, si traduce nella limitazione dell'oggetto dell'accertamento compiuto nell'udienza di verificazione, o nell'eventuale giudizio di impugnazione, al solo diritto al riparto (30); il diritto di credito sottostante,

---

(27) COSTANTINO, *op. ult. cit.*; ulteriori richiami alla nt. 24.

(28) DE SANTIS, *op. cit.*

(29) Su cui Cass., 17 dicembre 1990, n. 11961, in *Fallimento*, 1991, p. 462, e in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1207, con nota di LO CASCIO, *Ripartizione dell'attivo, creditori tardivi ed obbligo di accantonamenti*; e in questa *Rivista*, 1991, II, p. 254; in dottrina BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 693; CECCHERINI, *Il principio dell'immutabilità delle ripartizioni eseguite in favore dei creditori, deroghe normative ed interpretative*, in *Fallimento*, 1987, p. 1122 ss.; MONTANARI, *Ripartizione dell'attivo*, in Lo Cascio, *Compendio di diritto fallimentare*, Milano, 1996, p. 983 ss.

(30) Così *ex multis* Cass., 10 novembre 2006, n. 24049, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 11; Cass., 15 giugno 2006, n. 13778, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 6; in dottrina RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, p. 71 ss.; BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, p. 226 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 270 ss.; DE

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

invece, oggetto di cognizione *incidenter tantum* nel fallimento, resta impregiudicato e suscettibile di accertamento autonomo al di fuori del fallimento. L'imprenditore, tornato *in bonis*, è dunque legittimato ad agire per l'accertamento negativo del credito, anche se insinuato e soddisfatto all'interno della procedura concorsuale. L'irripetibilità dei pagamenti eseguiti in esecuzione dei piani di riparto, salvo l'accoglimento della domanda di revocazione, di cui all'art. 114 legge fallim., non ostacola tale interpretazione, in quanto la portata del principio si ritiene limitata all'interno della procedura fallimentare, e unicamente ai rapporti tra creditori (31).

Tale ricostruzione, però, incontra almeno due ordini di critiche. Da un lato, infatti, la stessa Cassazione ha affermato, anche se in relazione alla disciplina previgente, che il principio di stabilità dei riparti di cui all'art. 114, comma 1, legge fallim. subisce la sola deroga di cui al comma 2, ossia in caso di accoglimento delle domande di revocazione, che eliminano il titolo del concorso *ex tunc* (32). Al contrario, ammettendo la ripetibilità dei pagamenti da parte del fallito che, tornato *in bonis*, si munisca del titolo esecutivo a seguito di un'autonoma azione di accertamento, risulterebbero superati i limiti della deroga *ex* art. 114, comma 2, e di conseguenza vanificati gli effetti e lo scopo della procedura fallimentare, consistente nella soddisfazione concorsuale dei creditori, che l'art. 114 legge fallim. mira a garantire (33).

L'altro ordine di obiezioni, strettamente collegato al primo, muove da alcune considerazioni sul procedimento di ammissione al passivo e sull'eventuale giudizio di impugnazione *ex* artt. 96 ss. legge fallim. Poiché nella disciplina riformata il giudizio di impugnazione *ex* artt. 98 e 99 legge fallim. è un giudizio a cognizione piena, parte della dottrina ha ritenuto che, anche dopo la riforma, il procedimento di ammissione al passivo vada

---

SANTIS, *op. cit. Contra* Cass., 19 febbraio 2007, n. 3765, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 2, secondo la quale nel procedimenti di accertamento del passivo trova applicazione il principio generale sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., per cui si riconosce che il procedimento di verificazione dello stato passivo ha natura giurisdizionale e decisoria ed è strutturato sullo schema del processo di cognizione, sia pure con gli adattamenti imposti dal carattere "sommario" della cognizione e dall'attribuzione al giudice delegato di poteri inquisitori, e che di detto procedimento l'eventuale giudizio di opposizione costituisce lo sviluppo in sede contenziosa, ai fini dell'accertamento dell'esistenza e dell'efficacia, nei confronti del fallimento, del credito di cui si chiede l'ammissione.

(31) GUGLIELMUCCI, *op. cit.*

(32) Cass., 23 novembre 2012, n. 20748, in *Fallimento*, 2013, p. 567 ss., con nota adesiva di BOZZA, *Intangibilità delle ripartizioni dell'attivo nel corso della procedura fallimentare*, che offre al principio affermato dalla Corte ulteriori argomentazioni.

(33) BOZZA, *op. ult. cit.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ascritto alla categoria dei procedimenti sommari decisori, caratterizzati da una fase sommaria, trasformabile con l'impugnazione (o l'opposizione) in un procedimento a cognizione piena ed esauriente (34). L'interpretazione, avvalorata dalla previsione dell'identità di effetti tra la domanda d'insinuazione e la domanda giudiziale *ex* art. 94 legge fallim. e dalla inedita previsione che il giudice delegato non può far parte del collegio che decide sull'impugnazione, conduce a ritenere che non vi è motivo per negare al provvedimento di accertamento del passivo *ex* art. 96 ss. legge fallim. l'idoneità al giudicato che è propria dei provvedimenti sommari decisori, ove la trasformabilità in giudizio a cognizione piena è condizione sufficiente ad integrare le garanzie *ex* artt. 24 e 111 Cost.

Né dovrebbero ritenersi, in tal modo, violate le norme che impongono limiti soggettivi all'efficacia del giudicato, argomento solitamente addotto da quanti propendono per l'efficacia endofallimentare dell'accertamento del passivo. Vero è che il fallito, tornato *in bonis*, subirebbe gli effetti di un giudicato formatosi in un procedimento di cui non è stato parte, in quanto privato della relativa capacità di agire *ex* art. 75 cod. proc. civ. Ma ciò è reso possibile dal particolare meccanismo che sostituisce, in senso atecnico, il curatore al fallito; poiché in capo al primo sono spostati gli interessi individuali facenti capo al secondo, oltre all'interesse collettivo alla legalità della procedura, nel procedimento di ammissione al passivo, in particolare, l'interesse del curatore consiste nell'assicurare che la formazione dello stato passivo corrisponda ai crediti realmente insistenti sul patrimonio del fallito (35). A tal fine, dopo la riforma, nel giudizio di impugnazione del passivo *ex* artt. 98 e 99 legge fallim. il curatore è reso contraddittore necessario e non necessita della consueta autorizzazione del giudice delegato a stare in giudizio (36).

---

(34) CARRATTA, *Procedure concorsuali (riforma delle): II) Profili processuali*, cit. *Contra* Bozza, *Sub art. 93*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1418, secondo cui il procedimento di accertamento del passivo costituisce il primo grado di un giudizio di accertamento che si conclude con decreto, impugnabile innanzi al tribunale, la cui decisione è ricorribile in cassazione. Si veda anche Cass., 9 luglio 2005, n. 14471, in *Fallimento*, 2006, 6, p. 644 ss., con nota di CONTE, secondo cui la domanda di ammissione al passivo fallimentare ha natura e funzione di vera e propria domanda giudiziale introduttiva di una attività cognitiva idonea a produrre il giudicato formale e sostanziale sui crediti insinuati.

(35) BOZZA, *Intangibilità delle ripartizioni dell'attivo nel corso della procedura fallimentare*, cit.

(36) BOZZA, *op. ult. cit.*; CARRATTA, *op. ult. cit.*, che richiama l'argomento ulteriore per cui, parallelamente, il curatore garantisce i diritti del fallito nei giudizi, anche in corso, relativi a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento *ex* art. 43 legge fallim. *Contra* DE SANTIS, *op. cit.*, che invece ritiene il compito del curatore limitato alla mera "tutela processuale" degli interessi del debitore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Così argomentata, la tesi dell'efficacia extraconcorsuale del provvedimento di ammissione al passivo sembra implicare che l'accertamento svolto *ex* art. 96 ss. legge fallim. non sia limitato al diritto al riparto, ma abbia ad oggetto il sottostante diritto di credito. Il carattere di cognizione piena proprio del giudizio di verificazione, invocabile tramite la proposizione dei giudizi di impugnazione ed opposizione, consente di ritenere la decisione sul diritto di credito definitiva anche dopo la chiusura della procedura e l'eventuale ritorno *in bonis* del debitore, come confermato dalla previsione espressa del ricorso in cassazione avverso i provvedimenti conclusivi dei giudizi di impugnazione ed opposizione.

Volendo aderire a quest'ultima interpretazione, i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 26 legge fallim. suscitati dalla pronuncia in epigrafe si arricchiscono di un nuovo profilo. Non soltanto il diritto di credito viene accertato con le forme della cognizione piena o sommaria a seconda che la questione sia o meno deducibile entro il termine previsto per il giudizio di impugnazione, in violazione dell'art. 3 Cost., ma l'allegazione del curatore, in sede di ripartizione, di un fatto estintivo sopravvenuto comporta anche che il diritto sostanziale venga accertato definitivamente in un procedimento che non rispetta le garanzie proprie della tutela giurisdizionale, in violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

9. *Conclusione.*

L'inidoneità del giudizio di reclamo *ex* art. 26 legge fallim. ad assumere i tratti del procedimento di esclusione dovrebbe affermarsi a prescindere dall'adesione all'efficacia endofallimentare o di giudicato *ex* art. 2909 c.c. A motivare la conclusione pare sufficiente considerare che il provvedimento di esclusione di un credito emesso in fase di riparto non produce effetti diversi da quello pronunciato nella fase di verificazione, sia con il decreto *ex* art. 96 legge fallim., non impugnato, sia con il provvedimento conclusivo del giudizio di impugnazione *ex* art. 99 legge fallim. In entrambi i casi opera, infatti, il principio di irripetibilità dei pagamenti *ex* art. 114 legge fallim., qualunque sia la portata che si intenda riconoscere all'istituto.

A tale identità di effetti che si producono sul medesimo diritto, anche se fosse il solo diritto al riparto, dovrebbe corrispondere un identico procedimento e livello di garanzie, nel rispetto degli artt. 3 e 111 Cost. Il rapido confronto svolto tra la disciplina di cui agli artt. 96 ss. e 26 legge fallim. dimostra che quest'ultimo integra una forma di cognizione, se non altro, meno piena ed esauriente di quella garantita nel giudizio di ammissione. Di conseguenza, per superare il problema, ove l'accertamento del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

passivo, per ragioni sopravvenute, debba svolgersi in sede di riparto, il tribunale, adito con il reclamo *ex* art. 26 legge fallim., dovrebbe limitarsi ad applicare in via analogica gli artt. 98 e 99 legge fallim. (37).

GIULIA RICCI
Dottoranda di ricerca dell'Università degli Studi "Roma Tre"

(37) CARRATTA, *op. ult. cit.* La conclusione pare confermata dai rilievi che solitamente vengono svolti sullo *jus superveniens* in materia di privilegi in sede di riparto: si afferma, infatti, che ove il mutamento comporti una mutazione della qualità del credito ammesso, la decisione sui crediti non può avvenire il decreto *ex* art. 110 legge fallim., e dunque con il reclamo *ex* art. 26 legge fallim., bensì mediante un'insinuazione tardiva del "nuovo" credito *ex* art. 101 legge fallim., seguita dal giudizio di ammissione *ex* artt. 96 ss. legge fallim., così GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 264. A maggior ragione la necessità di un giudizio che corrisponda *tout court* al giudizio di ammissione dovrebbe essere avvertita ove sopravvengano fatti estintivi del credito, che ne rendano necessario un ulteriore accertamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 31 marzo 2016, n. 6277

Pres. A. Ceccherini - *Rel.* M. Cristiano

Procura della Repubblica c. La Gommaria s.p.a. in liquidazione

Concordato preventivo - Concordato preventivo "con riserva"- Scadenza del termine - Declaratoria d'inammissibilità - Nuova domanda di concordato ordinario - Condizioni

(Legge fallim., artt. 161, 162, 172, 175; art. 3, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv., con modificaz., dalla L. 6 agosto 2015, n. 132)

Respinta l'istanza di proroga e scaduto il termine di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., la domanda di concordato c.d. "con riserva" va dichiarata inammissibile, ex *art. 162 legge fallim., salva la facoltà per il proponente, in pendenza dell'udienza fissata per tale declaratoria o per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda,* ex *art. 161, comma 1, legge fallim., da cui si ricavi la rinuncia a quella con riserva e sempre che non si traduca in un abuso dello strumento concordatario.*

Concordato preventivo - Concordato preventivo "con riserva"- Termine per il deposito della proposta - Carattere perentorio.

(Legge fallim., artt. 161, 162)

Nella procedura di concordato c.d. "con riserva", il termine previsto dall'art. 161, comma 6, legge fallim., per il deposito della proposta, del piano e della ulteriore documentazione di cui ai suoi precedenti commi 2 e 3, ha carattere perentorio.

(Omissis).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 6.3.2013, dichiarò il fallimento di Arzano Multiservizi s.p.a. in liquidazione e, con coevo decreto, l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo presentata dalla società il 28.9.012, ai sensi del 6° comma dell'art. 161 l. fall., a seguito della mancata approvazione da parte dei creditori di una prima domanda depositata nel gennaio del 2011. Con successivo decreto, del 25.3.013, dichiarò improcedibile - attesa l'intervenuta dichiarazione di fallimento - una seconda domanda di concordato, depositata dalla Arzano il 19 febbraio 2013.

Il reclamo proposto da Arzano Multiservizi contro la sentenza e contro i due decreti è stato respinto dalla Corte d'Appello di Napoli, che, per ciò che nella presente sede ancora interessa: ha ritenuto sussistenti i requisiti dimensionali di fallibilità della società; ha confermato la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo depositata ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l. fall., rilevando che la Arzano non aveva presentato la proposta, il piano e la documentazione entro il termine assegnatole e che andava condiviso il giudizio del tribunale in ordine all'assenza di giustificati motivi per prorogare detto termine, atteso che la reclamante - che era in liquidazione, non svolgeva più alcuna attività ed era priva di beni - solo pochi mesi prima aveva presentato una domanda di concordato ai sensi del I comma dell'art. 161 l. fall., corredata di analitica proposta; ha infine escluso che il fallimento non potesse essere dichiarato a seguito dell'avvenuto deposito, in data anteriore alla sentenza dichiarativa, di un'ulteriore domanda di concordato preventivo, che appariva strumentalmente preordinata ad evitare l'esame del ricorso per l'accertamento dello stato di insolvenza presentato dalla creditrice R.V.M. s.a.s. La sentenza è stata impugnata da

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Arzano Multiservizi s.p.a. in liquidazione con ricorso per cassazione affidato a tre motivi e illustrato da memoria, cui il Fallimento ha resistito con controricorso. La creditrice istante non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

(*omissis*).

2) Il secondo ed il terzo motivo del ricorso investono i capi della sentenza impugnata con i quali la corte del merito ha dichiarato inammissibile la domanda di concordato depositata ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l. fall., ed ha escluso che la dichiarazione di fallimento fosse subordinata all'esame dell'ulteriore domanda presentata da Arzano nel febbraio 2013.

2.1) La ricorrente sostiene che il giudice del reclamo avrebbe erroneamente applicato il 9° comma dell'art. 161 cit., che riguarda soltanto la nuova forma di domanda concordataria "con riserva" introdotta, con decorrenza dall'11.9.012, dal di. n.83/012, convertito nella l. n. 134/012, e non opera se nel biennio antecedente sia stata invece presentata, come nella specie, una domanda di concordato "piena" dichiarata inammissibile per il mancato raggiungimento delle maggioranze richieste.

2.2) Assume, inoltre, che altrettanto erroneamente la corte avrebbe decretato, sempre ai sensi del predetto comma 9, l'inammissibilità della domanda depositata il 19 febbraio, che non integrava una nuova proposta concordataria, ma costituiva mero scioglimento della riserva formulata nella domanda prenotativa anteriormente avanzata.

2.3) Lamenta, ancora, che la sua richiesta di ottenere una proroga del termine di 60 giorni assegnatole per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, sia stata respinta con decisione sanzionatoria e contraria alla lettera, oltre che allo spirito, della legge, ovvero senza tener conto che il ritardo nello scioglimento della riserva era dipeso da fatti che non le erano imputabili.

2.4) Osserva poi che, in ogni caso, il termine di cui all'art. 161 u. comma l. fall, non è perentorio, tanto che ne è prevista la proroga, sicché neppure potrebbe rilevare l'avvenuta presentazione della proposta, del piano e dei documenti in data successiva al suo scadere.

2.5)Deduce, infine, che il rifiuto dei giudici del merito di esaminare la nuova domanda non poteva fondarsi su un preteso abuso del diritto, non invocabile in materia e non rilevabile d'ufficio e che, poiché in caso di contemporanea pendenza di un procedimento di istruttoria prefallimentare e di uno di concordato preventivo il tribunale è tenuto a verificare preliminarmente l'attitudine della proposta e del piano al superamento dello stato di crisi dell'impresa, prima di decidere sull'istanza di fallimento il tribunale avrebbe dovuto convocarla in camera di consiglio per l'esame nel merito della domanda concordataria.

3) Anche questi motivi, che sono fra loro connessi e possono essere congiuntamente esaminati, devono essere respinti.

3.1) Le censure della ricorrente muovono da un'errata lettura della decisione impugnata, atteso che la corte partenopea non ha fatto applicazione del 9° comma dell'art. 161 l. fall., ma si è limitata a rilevare che, per un verso, la domanda di concordato depositata ai sensi del 6° comma del predetto articolo era inammissibile in quanto la debitrice non aveva presentato la proposta, il piano e i documenti entro il termine di 60 giorni (non prorogabile, stante l'assenza di giustificati motivi) di cui al 10° comma della articolo medesimo e, per l'altro, che il deposito di una terza domanda, avente natura chiaramente dilatoria, non poteva pregiudicare l'esame dell'istanza di fallimento.

Risultano dunque inammissibili, perché prive di riferimento al *decisum*, le ragioni di doglianza sintetizzate sub. 2.1) e 2.2).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3.2) L'assunto della Arzano, secondo cui nel febbraio del 2013 essa non aveva fatto altro che provvedere allo scioglimento della riserva formulata nella domanda di concordato avanzata ai sensi dell'art. 161, 6° comma l. fall., sembra poi non tener conto che la corte del merito, nel dichiarare inammissibile la domanda depositata il 19 febbraio, l'ha qualificata come nuova.

Tuttavia, poiché dall'esame complessivo dei motivi può desumersi tanto l'intento di contrastare detta qualificazione quanto quello di contestare, in ogni caso, la legittimità di una sentenza dichiarativa emessa nonostante la pendenza di una domanda di concordato completa in ogni sua parte (a prescindere dalla sua qualificazione ai sensi del 1° o del 6° comma dell'art. 161 l. fall.), appare necessario seguire interamente il filo del ragionamento della ricorrente e chiarire le ragioni per le quali non può essere condiviso.

3.4) Va innanzitutto affermata la natura perentoria del termine concesso dal giudice al debitore per la presentazione della proposta, del piano e dei documenti relativi alla domanda di concordato ed. "con riserva" o "in bianco".

Il termine in questione, infatti, non è prorogabile a mera richiesta della parte o addirittura d'ufficio, ma solo in presenza di giustificati motivi, che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice, cosicché la sua disciplina, lungi dall'essere assimilabile a quella di cui all'art. 154 c.p.c., risulta, piuttosto, mutuata da quella dell'art. 153 c.p.c.

Inoltre, come è reso chiaro dell'ultimo periodo del 6° comma dell'art. 161, si tratta di un termine decadenziale, alla cui mancata osservanza si ricollega la sanzione di inammissibilità della domanda.

L'accertamento della ricorrenza di giustificati motivi per la proroga costituisce poi espressione di un apprezzamento in fatto, non sindacabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione: vizio che, nella specie la ricorrente non ha dedotto in rubrica, né ha specificamente illustrato in ricorso, limitandosi a rilevare (senza riprodurre l'istanza di proroga e gli eventuali documenti ad essa allegati, né indicare l'esatta sede processuale in cui gli stessi sarebbero stati prodotti) di non essere riuscita ad acquisire in tempo utile presso la Banca d'Italia, per fatti ad essa non imputabili, le informazioni (deve presumersi della ed. Centrale Rischi) necessarie per valutare la sua esposizione bancaria, che non solo avrebbero potuto essere richieste alle banche creditrici, ma che (come implicitamente affermato dalla corte territoriale) dovevano, in ogni caso, essere già state acquisite in vista della presentazione della prima domanda di concordato.

3.5) Esposte le ragioni di rigetto delle censure riassunte sub. 2.3) e 2.4) (che si sono esaminate percorrendo l'ipotesi che Arzano il 19.2.013 si sia limitata a depositare il piano, la proposta e i documenti al fine di dare tardiva esecuzione agli adempimenti richiesti dall'art. 161, 6° comma, l. fall.) resta da ancora da verificare se, nella diversa ipotesi (in concreto ritenuta sussistente dai giudici del merito) di avvenuta presentazione, in quella data, di una nuova domanda di concordato, la corte territoriale abbia errato nell'escludere che la dichiarazione di fallimento fosse subordinata alla preventiva delibazione della sua ammissibilità.

L'interrogativo si pone, giacché le SS.UU. di questa Corte, con le recenti sentenze nn. 9935-9936/015, hanno affermato che - ancorché non si possa ravvisare un rapporto di pregiudizialità tecnica fra il procedimento di concordato preventivo e quello per la dichiarazione di fallimento - durante la pendenza del primo, sia esso in fase di ammissione, di approvazione o di omologazione, non può ammettersi l'autonomo corso del secondo, che si concluda con la dichiarazione di fallimento indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall., essendo maggiormente coerente col sistema ritenere che il fallimento non possa intervenire finché la procedura di concordato non abbia avuto esito negativo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Va osservato, d'altro canto, che, ai sensi dell'art. 161, 9° comma, l. fall., al debitore non ammesso al concordato di cui al 6° comma è precluso unicamente di ripresentare nel biennio una nuova domanda di concordato con riserva.

Dal dato testuale, che non autorizza interpretazioni estensive od analogiche, può dunque ricavarsi, a contrario, che il medesimo debitore può presentare una nuova domanda di concordato ai sensi del 1° comma dell'articolo citato.

Va tuttavia considerato, sotto un primo profilo, che, poiché rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza il concordato non può che essere unico, qualora la procedura di concordato sia pendente non è configurabile un'ulteriore domanda di ammissione avente carattere di autonomia (cfr. Cass. n. 495/015), a meno che da quest'ultima non si desuma l'inequivoca volontà del proponente (pur se non espressa con formule sacramentali) di rinunciare a quella in precedenza depositata.

Sotto altro profilo, va rilevato che le SS.UU., nelle sentenze sopra citate, hanno precisato che è inammissibile una domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa, ma per procrastinare la dichiarazione di fallimento: in questo caso, infatti, la domanda integra gli estremi dell'abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità deviate od eccedenti rispetto a quelle per le quali l'ordinamento le ha predisposte.

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte, si può, in definitiva, affermare: che, In presenza di una domanda di concordato preventivo con riserva, il provvedimento del tribunale che abbia rigettato l'istanza di proroga del termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 legge fall., resta insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato; che, respinta l'istanza di proroga e scaduto il termine concesso ex art. 161, 6° comma, l. fall., la domanda di concordato deve essere dichiarata inammissibile dal tribunale, ai sensi dell'art. 162, 2°comma, l. fall.; che, tuttavia, va fatta salva la facoltà per il proponente, in pendenza dell'udienza fissata per la dichiarazione di inammissibilità, ovvero anche per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda di concordato, ai sensi del primo comma dell'art. 161 l. fall. (corredata della proposta, del piano e dei documenti), dalla quale si desuma la rinuncia a quella con riserva, sempre che la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario.

Nel caso di specie è pacifico che, alla data del 19.2.013, in cui Arzano depositò la terza domanda di concordato, era ancora pendente la procedura introdotta attraverso il deposito della domanda presentata ai sensi dell'art. 161, 6° comma, che il tribunale non aveva ancora dichiarato inammissibile; può, peraltro, ritenersi altrettanto pacifico, proprio alla luce delle difese svolte nella presente sede dalla ricorrente, che nel presentare detta domanda la società non intese rinunciare a quella di concordato con riserva in precedenza depositata.

Tanto basterebbe ad escludere che, prima di dichiarare il fallimento, i giudici del merito fossero tenuti a valutare l'ammissibilità della nuova domanda. Va aggiunto che il ricorso non contiene alcuna critica specifica al capo della sentenza impugnata con il quale la corte territoriale, nell'affermare che la reiterazione della domanda risultava preordinata ad evitare l'esame del ricorso di fallimento ed a procrastinare ulteriormente il diritto del creditore ricorrente a vedere deciso il procedimento da lui instaurato, ha accertato che Arzano abusò dello strumento concordatario.

In conclusione, il ricorso deve essere integralmente respinto.

(omissis).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le domande concordatarie depositate in pendenza di istanze di fallimento

Abstract: L'analisi della sentenza emessa dalla Suprema Corte consente all'autore di approfondire l'indagine concernente le nuove domande concordatarie depositate in pendenza di istanze di fallimento e la natura del termine di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., non senza disdegnare, sia pure sullo sfondo, l'analisi dei rischi che si annidano dietro lo strumento pattizio nella fase delicata che conduce all'eventuale deposito del piano, della proposta e della documentazione.

1. *La fattispecie concreta.*

La vicenda che ha offerto alla Suprema Corte l'occasione per analizzare nuovamente il fenomeno dell'abuso del diritto nell'ambito del concordato preventivo è alquanto complessa e merita di essere delineata nei suoi contorni essenziali, ricostruendola sul piano della evoluzione temporale.

Nel gennaio del 2011 una società per azioni, già posta in liquidazione volontaria, presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo c.d. pieno, ai sensi dell'art. 161, comma 1, legge fallim., corredandola di analitica proposta. La domanda, lo si evince dal succinto svolgimento del processo riportato nella sentenza qui annotata, supera il vaglio preliminare, ma si arena al momento del voto espresso dal ceto creditorio, non raggiungendo il *quorum* previsto dall'art. 177 legge fallim.

Alla fine di settembre del 2012 la medesima società deposita una nuova domanda concordataria, questa volta ai sensi del comma 6 dell'art. 161, non facendola seguire dalla presentazione della proposta, del piano e della documentazione entro il termine (di 60 giorni) all'uopo assegnato (*ex* art. 161, comma 10). La richiesta di proroga di quest'ultimo termine viene, in assenza di giustificati motivi, rigettata dal tribunale.

Con sentenza del 6 marzo 2013 e coevo decreto, il Tribunale di Napoli dichiara il fallimento della società e (ai sensi del comma 2 dell'art. 162) la inammissibilità della domanda di concordato preventivo.

Pochi giorni dopo la stessa autorità giudiziaria adotta un decreto di improcedibilità, attesa la *medio tempore* intervenuta dichiarazione di fallimento, di una ulteriore domanda di concordato "in bianco" datata 19 febbraio 2013, reputandola strumentalmente preordinata, nel momento in cui era stata depositata, ad evitare l'esame del ricorso per l'accertamento dello stato di insolvenza presentato da un creditore.

Infine, la Corte d'Appello partenopea rigetta il reclamo proposto avverso la sentenza e i due decreti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le questioni giuridiche sottese ai tre motivi del ricorso per cassazione sono quattro, anche se i giudici di legittimità si sono concentrati soprattutto sulle due censure costituenti il secondo motivo di gravame, avendo rilevato la inammissibilità degli altri.

2. *Domanda concordataria: modifica, revoca e rinuncia.*

La Suprema Corte, con la pronuncia qui annotata, ha stabilito che, respinta l'istanza di proroga e scaduto il termine di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., la domanda di concordato c.d. "con riserva" va dichiarata inammissibile, *ex* art. 162 legge fallim., salva la facoltà per il proponente, in pendenza dell'udienza fissata per tale declaratoria o per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda, *ex* art. 161, comma 1, legge fallim., da cui si ricavi la rinuncia a quella con riserva.

In quest'ottica, è stata disattesa l'impostazione difensiva a tenore della quale la domanda concordataria poi dichiarata improcedibile fosse da intendersi non già come una nuova proposta di concordato, bensì alla stregua di un mero scioglimento della riserva formulata nella domanda prenotativa anteriormente avanzata.

La prima sezione ha fatto chiarezza su alcuni profili delicati:

1) ha ribadito che al debitore non ammesso al concordato "in bianco" è precluso solo di ripresentare nel biennio una nuova domanda di concordato "con riserva", ma non una nuova domanda di concordato "piena" ai sensi del comma 1 dell'art. 161;

2) nel richiamare un precedente (Cass. n. 495/2015), ha affermato che, qualora sia pendente la procedura di concordato, non è proponibile un'ulteriore domanda autonoma di ammissione, a meno che da quest'ultima non si desuma l'inequivoca volontà del proponente di rinunciare a quella in precedenza depositata;

3) ha escluso l'ammissibilità di una domanda di concordato preventivo presentata al solo fine di procrastinare la dichiarazione di fallimento, ritenendo che in siffatta evenienza si sia al cospetto di un abuso dello strumento concordatario.

Avuto riguardo al secondo principio, ma con inevitabili ripercussioni sul terzo e, per certi versi, anche sul primo, va evidenziato che una parte della giurisprudenza di merito [1] sostiene che, qualora il tribunale ritenga

---

[1] Questo è l'indirizzo propugnato da Trib. Forlì, 12 marzo 2013, in *Fallimento*, 2014, p. 97 ss., con nota di A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, e da Trib. Milano, 24 ottobre 2012, *ivi*, 2013, p. 77.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

inammissibile, per motivi di merito, la domanda di concordato preventivo ordinario presentata in pendenza già di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, e conseguentemente convochi il debitore in camera di consiglio, con assegnazione di un termine *ex* art. 162 legge fallim. per il deposito di integrazioni, sarebbe inammissibile la rinuncia alla predetta domanda, in funzione della proposizione di una nuova domanda di concordato preventivo con riserva, in quanto ciò realizzerebbe uno sviamento abusivo dell'*iter* processuale, in pregiudizio del diritto del creditore istante per il fallimento. Questo approccio rigoroso ed intransigente non merita condivisione, atteso che non si può in astratto ed *a priori* ritenere la seconda domanda sempre e comunque fraudolenta o strumentale, dovendosi di volta in volta operare un vaglio in concreto finalizzato a far emergere il reale e, se del caso, recondito obiettivo perseguito dal proponente.

Con riferimento alla fase successiva all'ammissione, una parte della dottrina (2) ritiene che la mancata approvazione ad opera dei creditori di una domanda di concordato in pendenza di un'istanza di fallimento non comporti inevitabilmente il fallimento del debitore, se quest'ultimo illustri al tribunale ed ai creditori che egli ha modo di presentare un piano concordatario migliorativo rispetto a quello già rifiutato (3). Tale indirizzo è reputato, però, non percorribile dalla giurisprudenza di merito (4), sostenendosi in senso contrario che l'insuccesso funzionale del concordato (ai sensi dell'art. 173 legge fallim. o *ex* art. 179 legge fallim. per l'esito sfavorevole del voto) dovrebbe indurre a ritenere, in pendenza di richiesta di fallimento da parte di un creditore o del P.m., inammissibile la nuova proposta di concordato, anche se migliorativa rispetto alla precedente. Di recente, la Suprema Corte (5) sembra aver avallato quest'ultima impostazione, statuendo, sia pure con

---

(2) F. CASA, *Del rapporto tra istruttoria fallimentare e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 713.

(3) I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, cit., p. 1085, evidenzia che «*il ritardo col quale le imprese arrivano al concordato e il frequente ricorrere di abusi portino il giudice a svolgere il proprio compito con una prudenza eccessiva e con una preferenza per il fallimento che non sempre è giustificata*».

(4) Trib. Sassari, 13 settembre 2011, su *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. 608; Trib. La Spezia, 18 giugno 2010, su *www.osservatorio-oci.org*, 2010, Ms. 418; Trib. Roma, 29 gennaio 2010, su *www.osservatorio-oci.org*, 2010, Ms. 215. App. Catania 28 novembre 2012, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 830, con nota di D. ARCIDIACONO, *Raccordo tra la procedura concordataria e procedura fallimentare*, in *Fallimento*, 2014, II, p. 835, ha ritenuto, in un'ipotesi in cui la rinuncia era avvenuta dopo che i creditori, all'esito della votazione, avevano respinto la proposta, irrilevante una tale pronuncia, posto che la mancata approvazione della proposta già di per sé precluderebbe il giudizio omologatorio.

(5) Cass., sez. I, 28 aprile 2015, n. 8575, in *Fallimento*, 2016, p. 29 ss., con commento di M. VACCHIANO, *Modifica e rinuncia della proposta di concordato preventivo*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riferimento ad una fattispecie *rationetemporis* soggetta alla disciplina in vigore anteriormente all'entrata in vigore del D.L. n. 83/2015, che il termine per modificare la proposta di concordato è inderogabilmente quello di cui all'art. 175, comma 2, legge fallim., anche nell'ipotesi in cui la modifica sia migliorativa (6). La limitazione temporale di esercizio della facoltà di modifica alla fase anteriore all'inizio delle operazioni di voto è finalizzata ad evitare che il calcolo delle maggioranze si fondi su voti espressi in riferimento ad un piano diverso da quello destinato ad essere effettivamente eseguito.

È pur vero, però, che, argomentando *a contrario*, dovrebbe essere tendenzialmente consentita una modifica nella fase che intercorre tra l'ammissione e la deliberazione sulla proposta.

È noto, peraltro, che il comma 2 dell'art. 175 (il quale prevedeva che «La proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto») è stato soppresso dall'art. 3 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. All'esito dell'intervento riformatore, in base all'art. 172 legge fallim., le proposte di concordato possono essere modificate fino a 15 giorni prima dell'adunanza dei creditori. L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di consentire ai creditori di prendere contezza delle modifiche apportate in tempo utile al fine di esprimere poi un voto consapevole, evitando dispendiose perdite di tempo dovute, altrimenti (cioè nel caso in cui la modifica fosse potuta intervenire anche direttamente all'adunanza), all'inevitabile rinvio.

L'anticipazione del termine previsto per la possibilità di modifiche pone il dubbio se esso debba valere anche per la revoca (7). Inoltre, l'ampliamento della legittimazione a formulare (sia pure non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori) una proposta concorrente di concordato ai creditori (a norma dell'art. 163, comma 5) solleva l'ulteriore incertezza sulla persistenza della facoltà di revoca dopo la proposizione di una proposta concorrente (8), ipotizzandosi da taluno (9) la necessità dell'accet-

---

(6) Per Trib. Novara, 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, invece, il debitore anche dopo la votazione dei creditori potrebbe, pur senza formalizzare alcuna proposta modificativa della precedente, manifestare l'intenzione di corrispondere una percentuale maggiore di quella già offerta con la proposta.

(7) Ha sollevato per primo la questione R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (D.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *ilCaso.it*, 24 luglio 2015, p. 17.

(8) Si è posto il dubbio F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.l. n. 83/2015*, Varese, 2015, p. 33.

(9) E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, p. 730.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tazione dei creditori affinché la rinuncia del proponente possa essere efficace e provocare l'estinzione del procedimento.

L'uso fraudolento dello strumento concordatario può tradursi, oltre che nella presentazione di una modifica dell'originaria domanda, anche nella rinuncia a quella in precedenza formulata con contestuale deposito di altra soluzione pattizia apparentemente migliorativa (10). In tal guisa operando, del resto, la rinuncia, se operata dopo l'adunanza dei creditori, determinerebbe l'effetto di un aggiramento del termine preclusivo di cui all'art. 175, comma 2, legge fallim., realizzato veicolando la modifica attraverso una diversa proposta contenuta in una nuova domanda di concordato (11). Inoltre, allorquando si è consapevoli della non fattibilità della proposta o della difficoltà (o impossibilità) di conseguire sulla stessa la maggioranza prescritta, lo scopo perseguito potrebbe essere quello di evitare che il tribunale, già pendendo istanze di fallimento, dichiari al contempo l'inammissibilità della domanda concordataria e lo stato di irreversibile decozione della società, azzerando il procedimento avviato con la prima proposta.

D'altra parte, sì come ribadito anche nella sentenza in commento, la rinuncia alla precedente proposta si rende a volte imprescindibile, se solo si considera che, allorché già penda una procedura di concordato preventivo, non è configurabile una ulteriore domanda di concordato con carattere di autonomia rispetto a quella originaria.

Ovviamente, laddove la rinuncia venisse presentata all'interno di un autonomo procedimento di concordato preventivo non ancora ammesso, in assenza di istanze di fallimento pendenti, non ricorrerebbero dubbi per ritenerla di per sé efficace (12).

---

(10) M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, p. 1051, evidenzia, peraltro, che gli effetti prodotti con la sola presentazione della domanda verrebbero, in caso di rinuncia alla stessa (ammissibile e non necessitante della previa adesione dei creditori), comunque travolti con efficacia *ex tunc*.

(11) Per contenere tale rischio, Trib. Torino, 27 novembre 2014, in *Fallimento*, 2016, p. 33, ammettendo una eventualità del genere, ha ritenuto applicabile in siffatta evenienza l'art. 306 c.p.c. e, quindi, di subordinare la dichiarazione di rinuncia all'accettazione da parte dei creditori istanti il fallimento, pur precisando che potrebbe equivalere ad accettazione la mancata riproposizione delle istanze all'udienza davanti al collegio chiamata per la declaratoria di inammissibilità o la revoca del concordato. Sulla stessa lunghezza d'onda si era in precedenza posto Trib. Parma, 1° ottobre 2012, in*www.ilcaso.it*. È chiaro che la necessità della previa accettazione dei creditori istanti presuppone la riunione dei due procedimenti, in modo tale che gli stessi acquisiscano la veste processuale di "parti". Peraltro, la proposizione di una nuova domanda, contestualmente alla rinuncia non accettata, dovrebbe essere qualificata inevitabilmente come modifica della precedente proposta, con la conseguenza che, qualora intervenuta dopo l'inizio delle operazioni di voto, sarebbe inammissibile.

(12) Di questo avviso è M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Esonda dal perimetro di approfondimento della presente nota la questione della distinzione, spesso *border line*, tra "nuova proposta" e "modifica della proposta" (13), la quale si poggia, per grandi linee, sulla portata del tutto innovativa della prima rispetto alla precedente (14) e sul mero inserimento di integrazioni e/o correzioni, non incidenti sostanzialmente sul piano concordatario, della seconda.

Con riferimento alla possibilità di una modifica, va, peraltro, segnalato che l'art. 161, comma 3, legge fallim. (come novellato dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla L. 7 agosto 2012, n. 134) consente ora di ritenere che la modifica della originaria proposta, anche laddove contenga variazioni sostanziali (si pensi alla variazione o alla soppressione delle classi o alla rettifica della percentuale offerta ai chirografari), possa essere esaminata all'interno della stessa procedura in corso, a condizione, però, che il debitore provveda ad accompagnarla da una nuova relazione del professionista.

Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 186-*bis* legge fallim. prevede, in tema di revoca del concordato in continuità, che, qualora, una volta iniziata la procedura, l'esercizio dell'attività d'impresa venga a cessare o risulti manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale debba dichiarare la revoca del concordato *ex* art. 173 legge fallim., a meno che il debitore non provveda a modificare la propria proposta (15).

Si ritiene, in ogni caso, che non sussista un diritto del debitore, convocato avanti al giudice, ad ottenere il differimento della trattazione per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative, così come si esclude che il relativo diniego da parte del giudice configuri una violazione

---

prenotativa di concordato preventivo, cit., p. 1059, il quale aggiunge che tale rinuncia «*purché priva di condizioni, è ammissibile e non occorre che ne vengano informati i creditori perché vi prestino adesione, creditori che in questa fase non assumono una posizione processuale rilevante*».

(13) Hanno posto in rilievo le difficoltà di differenziare i due concetti L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, p. 338 (in nota), e P. LICCARDO, *Sub. art. 175,* , in*La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p. 2183 ss. Per Trib. Monza, 29 giugno 2010, in *ilCaso.it*, quando la parte non rinuncia alla proposta, ma vi apporta esclusivamente delle modifiche integrative che rientrano nella medesima logica inizialmente adottata, non potrebbe legittimamente parlarsi di "nuova proposta".

(14) A seguito della riforma del 2012, il comma 3 dell'art. 161 stabilisce che l'attestazione di veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano da parte del professionista designato sia presentato anche nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

(15) Secondo M. VACCHIANO, *Modifica e rinuncia della proposta di concordato preventivo*, cit., p. 41, tale modifica, dovendo essere necessariamente "sostanziale", dovrebbe essere accompagnata da una nuova attestazione del professionista, da una nuova relazione del commissario e da una nuova votazione dei creditori.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del diritto di difesa, in quanto tali iniziative sono riconducibili all'autonomia privata, il cui esercizio dev'essere oggetto di bilanciamento, ad opera del giudice, con le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici al cui soddisfacimento la procedura fallimentare è tuttora finalizzata (16). Diversamente opinando, il debitore sarebbe legittimato a continue interruzioni dell'istruttoria prefallimentare, dilatando *ad libitum* i tempi per la dichiarazione del suo fallimento (17). Tale conclusione è oggi ancora più convinta se si considera che il debitore ben potrebbe, anziché limitarsi a manifestare l'intenzione di proporre un ricorso di concordato, depositare una domanda prenotativa.

3. *I rapporti tra le domande concordatarie e le istanze di fallimento pendenti.*

Il legislatore ha espressamente previsto, vietandola, l'ipotesi del passaggio, nell'arco di un biennio, da una domanda concordataria "in bianco" non ammessa ad un'altra dello stesso tenore.

La Cassazione ha chiarito, ove mai ve ne fosse bisogno, che tale previsione non preclude la presentazione di una nuova domanda di concordato ai sensi del comma 1 dell'art. 161 legge fallim. (18).

---

(16) All'interno di questo orientamento si segnala, di recente, Cass., 4 settembre 2009, n. 19214, in *Giust. civ.*, 2010, 5, p. 1151, con osservazione di A. DIDONE. Si inserisce nel solco dello stesso indirizzo una parte della giurisprudenza di merito, tra cui si segnala Trib. Monza, 20 giugno 2012, in *Fallimento*, 10/2012, p. 1256. Ciò vale anche nell'ipotesi estrema, di non rara verificazione, in cui l'imprenditore presenti la domanda di concordato preventivo solo dopo che il tribunale si sia riservato per decidere su quella di fallimento. Così Trib. Gela, 21 febbraio 2013, su *www.osservatorio-oci.org*, 2013, Ms. 843, e Trib. Torre Annunziata, 27 gennaio 2013, *inedita*, in considerazione della non complessità della predisposizione di una domanda in bianco. Di contrario avviso App. Caltanisetta, 22 maggio 2013, *inedita*, che, nel riformare la sentenza emessa da Trib. Gela, 21 febbraio 2013 in precedenza menzionata, ha rimesso il procedimento sul ruolo istruttorio fallimentare pur essendo la domanda prenotativa stata depositata dopo la conclusione dell'udienza di cui all'art. 15 legge fallim.

(17) Stigmatizza l'utilizzo distorto dello strumento, allorquando è finalizzato unicamente a prendere tempo contro le iniziative dei creditori ottenendone il blocco, F. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, su *www.ilfallimentarista.it*, 12-13. Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in questa *Rivista*, 2011, II, p. 340, con nota di S. PACCHI, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione)*, peraltro, ha avallato la soluzione di ricorrere al rimedio cautelare di cui all'art. 15, comma 8, legge fallim. quando occorresse una dilazione necessaria proprio a predisporre il piano concordatario.

(18) Il divieto contenuto nell'art. 161, comma 9, legge fallim. non si presta ad essere esteso in via analogica alle "ordinarie" domande di concordato, contenenti proposta e piano, stante il divieto di cui all'art. 14 delle preleggi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Resta inesplorata l'ipotesi inversa, vale a dire quella che si realizza allorquando, sulla scia di una domanda di concordato "piena", venga depositata altra domanda non corredata dalla proposta, dal piano e dai documenti. Indubbiamente, in un'evenienza del genere il monitoraggio da parte del tribunale adìto e del P.m. dovrebbe essere ancora più attento, in quanto è difficile concepire l'idea di un passo a ritroso (anziché in avanti) nella *discovery* del progetto di recupero o liquidatorio della società. Potrebbe probabilmente ipotizzarsi il caso in cui l'originaria proposta difettasse di elementi formali indefettibili (19) (per conseguire i quali occorra un lasso temporale non indifferente e, comunque, superiore ai 15 giorni concedibili ai sensi dell'art. 162 legge fallim.) ed il debitore intenda assicurarsi, in vista della riuscita del piano, gli effetti connessi all'*automatic stay* (20).

Poiché, alla stregua del dettato normativo ed alla luce dell'intervento commentato nella presente sede, il mancato rispetto del termine impedisce per la durata di due anni la ripresentazione di un nuovo ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim. (21), ma non è ostativa alla presentazione di un ricorso per l'ammissione ad una procedura ordinaria di concordato preventivo, se la proposta di concordato e la relativa documentazione vengono proposti dopo la scadenza del termine all'uopo concesso, la nuova

---

(19) Si pensi al deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o di un aggiornato certificato camerale ovvero di una situazione economico-patrimoniale aggiornata (a data antecedente di non oltre un mese la presentazione della domanda) per valutare la sussistenza dello stato di crisi-insolvenza. Quanto ai bilanci, è evidente che, essendo il loro deposito obbligatorio solo per le s.p.a., per le s.r.l. e per le società cooperative, per le società di persone e per gli imprenditori individuali sarebbe sufficiente anche il libro degli inventari. Il recente D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modifiche in L. 9 agosto 2013, n. 98 (in G.U. n. 194 del 20 agosto 2013), ha ora previsto che l'imprenditore deve depositare altresì «l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti». Potrebbe altresì ipotizzarsi il caso della mancanza di prova dei poteri rappresentativi in capo al soggetto che l'ha sottoscritta, della necessità di acquisire le relative delibere assembleari o di produrre i verbali di cui all'art. 152, comma3, legge fallim. (vale a dire, quelli della delibera assembleare o della determinazione dell'organo amministrativo).

(20) Tra gli effetti cc.dd. protettivi (c.d. *automatic stay*) va ricompresa, oltre al divieto di iniziative esecutive e, ora, cautelari sul patrimonio del debitore (art. 168, comma1, legge fallim.), anche l'inefficacia *ipso iure* (che, quindi, non presuppone la promozione di un'azione giudiziaria di carattere revocatorio) rispetto ai creditori anteriori al concordato delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono la pubblicazione del ricorso.

(21) Per Trib. Napoli Nord, 25 febbraio 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2015, la rinuncia alla domanda di concordato con riserva impedisce la riproposizione di analoga domanda nei due anni successivi. Per Trib. Reggio Emilia, 9 novembre 2012, *inedito*, la ripresentazione nel detto arco temporale sarebbe preclusa solo nel caso di completa inerzia dell'imprenditore rispetto ad un primo ricorso, e non anche nell'ipotesi in cui la prima istanza sia stata dichiarata inammissibile per la mancanza della delibera prevista dall'art. 152 o per altro vizio di forma.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

domanda è pur sempre ammissibile, sia pure con la significativa precisazione che gli effetti protettivi non potranno saldarsi con quelli prodotti dalla domanda di preconcordato (che, per l'effetto, cesseranno).

Se non viene depositata, neppure tardivamente, la documentazione, il ricorso, ovviamente, è inammissibile (il decreto presuppone, però, la previa convocazione del debitore in camera di consiglio) e gli effetti protettivi anticipati vengono meno con efficacia *ex tunc* (22).

Se pende contestualmente una procedura prefallimentare, nel caso di omessa o tardiva integrazione della originaria domanda occorre, invece, tendenzialmente dichiarare (ovviamente in presenza dei relativi presupposti) il fallimento, anche al fine di evitare possibili abusi (23).

Parimenti, l'ammissione alla procedura impedisce la proposizione di una ulteriore ed autonoma domanda di concordato rispetto a quella originaria, poiché, rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza, il concordato non può che essere unico, a tal punto che, a seguito della rinuncia alla prima domanda di concordato e della presentazione di una nuova proposta, il tribunale non è tenuto, a norma dell'art. 162 legge fallim., a sentire il debitore prima di dichiarare l'inammissibilità di quest'ultima e contestualmente pronunciare, ove il P.m. ne abbia formulato la richiesta, l'eventuale fallimento del proponente (24).

4. *Alla ricerca di un giusto punto di equilibrio tra opposti interessi.*

L'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito (25) è sempre stato nel senso che, in caso di contemporanea pendenza di una domanda di concordato e di un'istanza di fallimento, tendenzialmente (salvi l'allegazione di fatti penalmente rilevanti o un palese abuso del processo) debba

---

(22) Da ciò consegue che, ad esempio, le ipoteche giudiziali iscritte nel trimestre anteriore sarebbero destinate a rivivere. In questo senso si è espresso Trib. Novara, 2 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 1220, anche se più opportunamente nella originaria stesura dello schema di d.l. era prevista espressamente, nell'ipotesi di mancato deposito della domanda di concordato, la cessazione retroattiva di ogni effetto protettivo del ricorso. In dottrina si segnala M. FABIANI, *L'ulteriore* upgrade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 903.

(23) Per Trib. La Spezia, 18 giugno 2010, in *Fallimento*, 2011, pp. 65-66, con nota di M. VACCHIANO, una volta dichiarato inammissibile il concordato preventivo, la possibilità di vagliare una eventuale nuova domanda concordataria dipende dalla volontà di coloro che hanno nel frattempo preso l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.

(24) Cfr. Cass., sez. I, 14 gennaio 2015, n. 495, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, rv. 633987. In senso conforme Cass., sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2594.

(25) Trib. Roma, 20 aprile 2010, su *www.ilcaso.it*, 2010; Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 77.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

darsi la prevalenza alla prima e la seconda possa essere valutata solo una volta respinta la domanda di concordato (26).

Di recente la Suprema Corte era intervenuta (27) statuendo che il novellato art. 160 legge fallim., più non riprodotta la possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo "*fino a che il suo fallimento non è dichiarato*" (28), consentirebbe il superamento del precedente criterio della prevenzione, come metodo di coordinamento rigido tra le due procedure, tale da imporre l'esaurimento della soluzione concordataria prima di pronunciare il fallimento. Sarebbe stato, dunque, ben possibile per il tribunale, pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento, trattare e decidere le relative istanze ancorché fosse sopraggiunto il ricorso di concordato, che non avrebbe operato in chiave di ragione di improcedibilità o anomala sospensione delle prime (29). In definitiva, il concordato non sarebbe di necessità prevalente rispetto al fallimento, e non giustificherebbe, pertanto, alcuna sospensione *ex* art. 295 cod. proc. civ. In quest'ottica, spetterebbe al giudice di merito la verifica in concreto del bilanciamento fra l'interesse del debitore (a definire in modo concordatizio la propria crisi) e quello sottostante all'invocata di-

---

(26) Per Trib. Terni, 18 luglio 2012, in*www.osservatorio-oci.org*, deve darsi la precedenza all'istanza di fallimento nel caso in cui la domanda di concordato in bianco configuri un'evidente forma di abuso dello strumento concordatario o pregiudichi definitivamente una più proficua liquidazione fallimentare in danno della massa dei creditori.

(27) Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190, in *Fallimento*, 12/2012, p. 1408, già aveva sostanzialmente sancito il superamento del criterio della prevenzione (che imponeva l'esaurimento della soluzione concordataria prima della declaratoria di fallimento) ed escluso la necessaria prevalenza del concordato rispetto al fallimento. Del resto, si evidenziava, non coincidendo necessariamente i presupposti oggettivi di accesso alle due procedure (stato di crisi e stato di insolvenza), era venuto meno altresì il rapporto di alternatività tra le stesse. Sulla stessa scia si era posta Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, p. 156 ss., con nota di M. FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, pur trattando in prima battuta la questione della fattibilità del concordato. Si segnala altresì Cass., 5 giugno 2009, n. 12986, in *Fallimento*, 2010, p. 445, con nota di P. GENOVIVA, *Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*.

(28) Peraltro, tale facoltà era ampiamente bilanciata dal potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, anche in presenza di una domanda concordataria pretestuosa e, come tale, rigettata.

(29) Peraltro, di recente, Cass., 11 giugno 2013, n. 14684, su *www.ilcaso.it*, ha nuovamente sostenuto che l'esigenza di coordinamento tra le procedure può realizzarsi anche attraverso una dichiarazione di improcedibilità ai sensi dell'art. 168 legge fallim., sul presupposto, fallace, della equiparabilità della domanda di fallimento, almeno quanto agli effetti, ad una esecuzione forzata collettiva. Nel senso che la domanda di fallimento dà inizio, invece, ad un giudizio di cognizione, vedasi di recente Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 92, con nota di A. PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

chiarazione del suo fallimento (30). Lungi, dunque, dal riprodursi, come per il passato, una consequenzialità procedimentale, vigerebbe tra concordato e fallimento solo l'esigenza di evitare ogni abuso del processo da parte del debitore (che dilati i tempi di accertamento della propria situazione), senza vincoli di pregiudizialità ovvero anche solo obblighi di indefettibile doppia decisione (31).

Tuttavia, le Sezioni Unite (32) non hanno condiviso questo nuovo approccio, statuendo che la pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallim., impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fallim., ma non rende improcedibile il procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.m., né ne consente la sospensione, ben potendo lo stesso essere istruito e concludersi con un decreto di rigetto (33). Da ciò consegue che il fallimento può essere dichiarato solo dopo l'esaurimento con esito negativo della procedura di concordato, così mantenendo sempre e comunque la priorità all'esame della domanda di concordato rispetto all'istanza di fallimento (34).

---

(30) Valorizza la scelta interpretativa nel senso del *simultaneus processus* F. CASA, *Del rapporto tra istruttoria fallimentare e concordato preventivo: le "vecchie" categorie della "sospensione" e della "improcedibilità", i "nuovi" idoli dell'"abuso del diritto" e "del processo"*, in *Fallimento*, p. 702 ss.

(31) D'altra parte, come si è visto, mentre il fallimento si fonda sullo stato di insolvenza dell'impresa, il concordato preventivo può anche presupporre un semplice stato di crisi reversibile.

(32) Cass., sez. un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, rv. 635325; in *Foro it.*, 2015, 7-8, c. 2323, con nota di M. FABIANI.

(33) Sul piano processuale, tra la domanda di concordato preventivo e l'istanza o la richiesta di fallimento ricorre, in quanto iniziative tra loro incompatibili e dirette a regolare la stessa situazione di crisi, un rapporto di continenza. Ne consegue la riunione dei relativi procedimenti ai sensi dell'art. 273 c.p.c., se pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero l'applicazione delle disposizioni dettate dall'art. 39, comma 2, c.p.c. in tema di continenza e competenza, se pendenti innanzi a giudici diversi.

(34) La decisione nomofilattica era stata di poco preceduta da una pronuncia dello stesso tenore, a mente della quale la funzione del concordato preventivo di prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa basata sull'accordo del debitore con la maggioranza dei creditori comporta che, prima di dichiarare il fallimento, vigendo la regola della temporanea non dichiarabilità dello stesso, debba necessariamente essere esaminata l'eventuale domanda di concordato presentata dal debitore, per farsi luogo poi alla dichiarazione di fallimento solo in caso di mancata apertura della procedura minore ovvero fino alla conclusione di essa in senso negativo (ossia con la mancata approvazione ai sensi dell'art. 179 legge fallim., o il rigetto ai sensi dell'art. 180, ultimo comma, legge fallim.) ovvero a seguito della revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173 l. cit. (Cass., sez. I, 3 aprile 2014, n. 9476, in *Guida dir.*, 2014, 28, p. 49, con nota di N. GRAZIANO).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In definitiva, nel momento in cui, in pendenza di una procedura fallimentare, venga depositato un ricorso contenente una domanda di concordato in bianco, il tribunale dovrebbe, in assenza degli elementi ostativi di seguito indicati, differire l'udienza prefallimentare in attesa dell'esito della valutazione del contenuto della domanda pattizia (35) (c.d. valenza sistematica del principio di prevenzione).

La decisione si pone in linea con la raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014, con la quale è stato chiesto agli Stati membri di prevedere, allo scopo di facilitare i negoziati su piani di ristrutturazione, la sospensione delle "domande dei creditori di aprire la procedura di insolvenza contro il debitore" presentate dopo la proposta di concordato. Per quanto concerne la sorte delle eventuali istanze presentate, invece, prima della proposta, le Sezioni Unite si limitano ad osservare che "la sospensione non viene esclusa".

Peraltro, nella stessa pronuncia viene lasciata una "valvola di sfogo". Invero, la domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento (quindi, con evidenti finalità dilatorie) (36), è inammissibile, in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti (37).

---

(35) In alternativa F. De Santis, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, cit., p. 1068 (in nota), prospetta, in presenza di esigenze di particolare celerità, la possibilità di riservare la decisione sulla domanda di fallimento, sciogliendo la riserva all'esito della decisione sull'ammissione (nel qual caso il giudizio di istruttoria prefallimentare diventerebbe improcedibile) o meno della domanda di concordato. Non si condivide, però, l'assunto dell'autore nella parte in cui ritiene che, in ipotesi di non ammissione, il tribunale dovrebbe comunque fissare una nuova udienza prefallimentare per le eventuali ulteriori difese delle parti. Di quest'ultimo avviso sembra essere Cass., 14 gennaio 2015, n. 495, cit., nel momento in cui ha precisato che, a seguito della rinuncia alla prima domanda di concordato e della presentazione di una nuova proposta, il tribunale non è tenuto, a norma dell'art. 162 legge fallim., a sentire il debitore prima di dichiarare l'inammissibilità di quest'ultima e pronunciare l'eventuale fallimento del proponente, ove vi sia una domanda pendente in tal senso.

(36) Per F. De Santis, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Fallimento*, 2015, p. 920, in nota, una condotta particolarmente "raffinata" e "decettiva" di abuso potrebbe concretarsi nella dilatoria presentazione della domanda di concordato davanti ad un tribunale diverso da quello dinanzi al quale pende la domanda di fallimento.

(37) Per una diffusa disamina dei comportamenti opportunistici o dei veri e propri

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si pone, infatti, nell'ottica di un coordinamento tra i due procedimenti, il problema di bilanciare i contrapposti interessi in gioco (quello del creditore a promuovere l'esecuzione concorsuale [38]) e quello del debitore ad accedere agli strumenti alternativi di soluzione della crisi e, comunque, ad esplicare il proprio diritto di difesa), privilegiando l'istanza di fallimento nell'ipotesi in cui si configuri un'evidente abuso dello strumento concordatario (che si profila anche quando la proposta pattizia abbia un intento meramente dilatorio) [39] o si possano verificare danni irreversibili (si pensi al consolidamento di un'ipoteca o al maturare del periodo sospetto per l'esercizio di un'azione revocatoria fallimentare). Il compito di verificare in concreto quale sia il rapporto di priorità tra le procedure è riservato al tribunale, il quale dovrà in particolare valutare la serietà della determinazione del debitore di risolvere la sua crisi attraverso uno strumento pattizio [40]. Da un lato, potrebbe far propendere verso la soluzione pattizia l'opportunità di valorizzare le residue potenzialità dell'impresa e di non pregiudicare i livelli occupazionali; dall'altro lato, indurrebbe a privilegiare l'opposta alternativa la possibilità di esercitare, in caso di fallimen-

---

abusi del diritto che si possono configurare, si rinvia a E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla L. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 2.

[38] Non va tralasciato il rischio che la paralisi forzata delle azioni esecutive, anche di natura concorsuale, possa produrre altresì fenomeni di crisi "a catena" (c.d. effetto domino).

[39] Per Trib. Roma, 17 luglio 2014, in *Fallimento*, 2015, 110, è inammissibile e concreta abuso del diritto la domanda di concordato presentata, dopo aver ritirato altra domanda di concordato c.d. con riserva (per la quale si era aperta la procedura per la declaratoria di inammissibilità e di dichiarazione di fallimento su istanza del pubblico ministero), al solo scopo di paralizzare la dichiarazione di fallimento, non essendo allegato al ricorso il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Per Trib. Napoli Nord, 25 febbraio 2015, in *Fallimento*, 2015, 746, può ravvisarsi abuso del diritto quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano svolte con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti del c.d. *automatic stay* (nella specie, presentate, dapprima, una domanda *ex* art. 161, comma 6, l6, legge fallim., e poi, nel termine all'uopo assegnato, una proposta concordataria di tipo liquidatorio, nelle more del vaglio di ammissibilità ed a seguito di una richiesta di integrazioni della documentazione e dell'attestazione da parte del tribunale, la debitrice aveva depositato atto di rinunzia alla domanda di concordato e contestualmente aveva richiesto la fissazione di un nuovo termine per la presentazione *ex novo* di proposta e piano, per cui il tribunale, ravvisato l'abuso dello strumento concordatario, ha dichiarato inammissibile la nuova domanda).

[40] Secondo I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, cit., p. 1086, tale valutazione si sostanzia nel verificare se l'operazione negoziale proposta dal debitore garantisca realmente il superamento della crisi, e non si limiti a procrastinare una dichiarazione di insolvenza non avendo concrete prospettive di realizzazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

to, azioni revocatorie ed azioni di responsabilità che nel concordato sarebbero precluse.

Peraltro, a seguito della introduzione della nuova figura del concordato preventivo con riserva, è stata inserita surrettiziamente una nuova fattispecie di pregiudizialità necessaria, tenuto conto che gli attuali commi 6 e 10 dell'art. 161 legge fallim. prevedono che, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento, il tribunale non può concedere un termine maggiore di 60 giorni per il deposito del piano, della proposta e della relativa documentazione (41). Orbene, in presenza dei requisiti formali e sostanziali in precedenza indicati (42), non sembra che il tribunale possa rigettare la concessione del termine minimo (43), residuando uno spazio di discrezionalità solo per l'eventualità in cui venisse successivamente richiesta una proroga massima di ulteriori sessanta giorni. Ed allora, a ben vedere, si è al cospetto di una vera e propria ipotesi di sospensione necessaria per pregiudizialità, sia pure indiretta, della procedura prefalli-

---

(41) Può, invece, essere concesso un termine superiore nel caso di rigetto dell'istanza di fallimento *ex* art. 22, comma 1, legge fallim., a prescindere dalla pendenza del reclamo avverso tale decisione. Di contrario avviso è, sul punto, F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura fallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in *Il Fallimentarista*, 7. Per un'approfondita analisi della questione, soprattutto avuto riguardo all'evenienza che la Corte d'Appello, accolto il reclamo, rimetta gli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento, *ex* art. 22, comma 4, legge fallim., si rinvia a P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, p. 92.

(42) Secondo alcuni, alle condizioni di ammissibilità menzionati nel testo andrebbe aggiunta l'ipotesi del deposito di una domanda che, pur non dovendo osservare il paradigma dell'art. 125 c.p.c., non abbia un contenuto minimo, da intendersi come esposizione sommaria (cioè nei tratti essenziali) del piano e della proposta. È a dubitarsi della fondatezza di un tale assunto, se solo si considera che non sembra possibile imporre una *disclosure* immediata e che il debitore ben potrebbe poi depositare una proposta concordataria con un contenuto differente da quello originariamente ipotizzato. Semmai la genericità della iniziale domanda precluderebbe l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione, al pagamento di crediti anteriori, allo scioglimento da contratti pendenti o alla stipula di finanziamenti interinali. In tale ultimo senso M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata delle crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, su *Ilcaso.it*, II, 303/2012, p. 10 ss., per il quale, quanto più il debitore intenda fare uso delle potenzialità offerte dalle nuove norme, tanto più dovrà necessariamente predisporre una domanda o successive integrazioni atte a consentire al tribunale di intervenire con consapevolezza. L'autore, nel ribadire il concetto in *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, cit., p. 10513, evidenzia che un ricorso nel quale il debitore chieda solo la concessione del termine può offrire solo l'utilità della moratoria. D'altra parte, segnala che una motivazione del perché il debitore non propone il ricorso completo può rilevare a proposito della concessione del termine nella forbice fra il minimo ed il massimo.

(43) Probabilmente si deve fare eccezione a questa regola solo nel caso in cui emergano situazioni di particolare gravità, con implicazioni di carattere penale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mentare (44). Da ciò deriverebbe altresì che il debitore vanterebbe un diritto ad ottenere il rinvio dell'istruttoria fallimentare (45), a prescindere dal bilanciamento degli opposti interessi che la Suprema Corte, in caso di contemporanea pendenza delle due procedure, ha demandato alla valutazione del tribunale. Pur non potendosi escludere in astratto che il tribunale rilevi d'ufficio la manifesta inadeguatezza del piano a superare lo stato di crisi dell'azienda (46), si condivide la posizione della dottrina (47) secondo cui in concreto, in assenza della documentazione completa prescritta dall'art. 161 legge fallim., il tribunale non sia posto nelle condizioni di esprimere un giudizio sulla natura meramente dilatoria e strumentale della domanda prenotativa (48).

5. La natura del termine di cui all'ultimo comma dell'art. 161 legge fallim.

A fronte dell'ulteriore rilievo della ricorrente, secondo cui il termine di cui all'ultimo comma dell'art. 161 sarebbe da intendersi come ordinatorio, essendone prevista espressamente la proroga, i giudici di legittimità, nel corpo della pronuncia oggetto di commento, affermano in senso contrario che, nella procedura di concordato c.d. "con riserva", il termine previsto per il deposito della proposta, del piano e della ulteriore documentazione di cui ai suoi precedenti commi 2 e 3, ha carattere perentorio. In particolare, si sarebbe al cospetto di un termine decadenziale, alla cui mancata osservanza si ricollega la sanzione di inammissibilità della domanda.

---

(44) È consapevole di ciò M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, 1095, nel punto in cui denuncia che l'applicazione rigorosa del principio del coordinamento, connotato da ampia discrezionalità, rischia di ripristinare di fatto la vecchia pregiudizialità, se intesa nel senso che l'esame della domanda di fallimento debba essere differito all'esaurimento del termine di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim. Così Trib. Vicenza, 24 agosto 2012, su *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. 555.

(45) In questi termini sembra essersi espressa App. Venezia, 10 luglio 2013, su *www.osservatorio-oci.org*, 2013, Ms. 781, secondo cui l'omessa concessione del termine di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim. integra una causa di nullità della sentenza di fallimento.

(46) Così Trib. Gorizia, 9 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1536, con nota di G. COSTANTINO, *Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva*.

(47) I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, cit., p. 1080.

(48) Per Trib. Udine, 27 settembre 2012, su *www.unijuris.it*, una proposta concordataria strumentale e dilatoria volta a procrastinare la dichiarazione di fallimento può essere sindacata nel merito, negando che la concessione del termine *ex* art. 161, comma 6, sia un atto dovuto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Va, peraltro, rimarcato che poco più di un anno prima la stessa sezione [49] aveva sostenuto che l'art. 161, comma 10, legge fallim., laddove consente la concessione di un termine per il deposito del piano e della documentazione richiesti per l'ammissione al concordato preventivo quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento, presupporrebbe già avvenuto il deposito del ricorso contenente la domanda di concordato, unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riguardando il termine, espressamente qualificato dilatorio, concesso in pendenza dell'istruttoria prefallimentare (contenuto in sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta) solo il completamento della produzione documentale.

Premesso che il tribunale può *ab initio* concedere un termine che oscilla tra un minimo di 60 giorni ed un massimo di 120 (fatta eccezione, come visto, per l'ipotesi in cui sia contemporaneamente pendente una procedura prefallimentare, nel qual caso il termine coincide obbligatoriamente con quello minimo [50], è evidente che, in mancanza di richieste specifiche di maggior termine ovvero in caso di richieste in tal senso immotivate [51] o non supportate da idonea documentazione, il collegio dovrebbe sempre consentire il minor *spatium deliberandi* [52]. Un'applicazione rigorosa del margine discrezionale residuato in capo all'organo giurisdizionale, soprattutto al cospetto di domande generiche e tali, comunque, da non porlo nelle condizioni di scrutinare con prognosi postuma la bontà dell'iniziativa, dovrebbe ridurre di molto i pericoli di un uso strumentale del nuovo istituto. Peraltro, il monitoraggio dei primi arresti sul punto sembra deporre in senso contrario, assistendosi ad una eccessiva

---

[49] Cass., sez. I, 10 giugno 2014, n. 13014, in *Guida dir.*, 2014, 34-35, p. 42.

[50] È opportuno precisare che tale preclusione è limitata all'ipotesi in cui la domanda di concordato con riserva venga presentata in pendenza di un giudizio di fallimento; laddove, nell'ipotesi inversa (domanda di fallimento depositata in costanza di procedimento concordatario), il termine concedibile resta quello compreso tra i 60 ed i 120 giorni.

[51] Reputa, ad esempio, motivata la richiesta di un termine superiore fondata sulla particolare complessità dell'attività di ricognizione e quantificazione di una parte dell'attivo Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 101.

[52] Aderendo a questa impostazione, Trib. Perugia, 4 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 80, sostiene che, ove l'imprenditore intenda ottenere la fissazione del termine massimo di 120 giorni, debba presentare un'istanza congruamente motivata, con riferimento alla complessità della proposta o del piano, non essendo a tal fine sufficiente la mera allegazione della non pendenza di procedimenti per la dichiarazione di fallimento. Sulla stessa lunghezza d'onda Trib. Palermo, 2 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 81, ritiene che il termine, in assenza di elementi indiziari idonei, il cui onere di allegazione grava sulla parte ricorrente, non possa che essere concesso nella misura minima di 60 giorni prevista dalla legge.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

larghezza nella concessione del termine, senza probabilmente porsi il problema della necessità di conciliare gli interessi del debitore con quelli, a volta contrastanti, dei creditori e, in genere, di coloro che gravitano intorno all'impresa in crisi. Il pericolo si acuisce nel momento in cui si accede alla tesi per cui anche al concordato con riserva sarebbe applicabile, in caso di lacune, l'art. 162, comma 1, legge fallim. (potendo, per l'effetto, il tribunale concedere al debitore un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni) (53).

Ad analoghe conclusioni deve sostanzialmente pervenirsi per quanto concerne l'istanza di proroga, che comunque non può superare i 60 giorni (54). Fermo restando che, nell'ipotesi in cui sia immotivata o in palese violazione degli interessi dei creditori, può essere rigettata *de plano* dal collegio senza la necessità di una previa convocazione della parte, la richiesta deve essere presentata, a pena di inammissibilità, prima della scadenza, essere specificamente motivata e documentalmente giustificata.

Come è noto, la chiara formulazione degli artt. 153 e 154 cod. proc. civ. ed un'interpretazione "costituzionalmente orientata" anche di tali norme nel rispetto della "ragionevole durata" del processo portano a condividere l'assunto che la differenza tra termini "ordinatori" e termini "perentori" risieda nella prorogabilità o meno dei primi, perché, mentre i termini perentori non possono in alcun caso essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti, in relazione ai termini ordinatori, invece, è consentito al giudice la loro abbreviazione o proroga, finanche d'ufficio, sempre però prima della scadenza. Pertanto, il solo rimedio per ovviare alla scadenza di un termine ordinatorio è quello - previsto e disciplinato dal legislatore - della concessione della proroga prima della sua scadenza, onde il decorso del detto termine - senza almeno la presentazione di un'istanza intesa ad ottenere il provvedimento *de quo* - non può non avere gli stessi effetti preclusivi della scadenza di un termine perentorio (55).

---

(53) Proprio per l'assenza di un obbligo di *discovery* immediato ed integrale sarei contrario a tale applicazione estensiva che, di fatto, snaturerebbe l'istituto della novella. Sembra orientarsi in questo senso Trib. Terni, 16 ottobre 2012, in*www.osservatorio-oci.org*, 2010, Ms n. 274, pur ammettendo una sanatoria in occasione dell'udienza fissata *ex* art. 162, comma2, legge fallim. per l'adozione del provvedimento di inammissibilità.

(54) Non si condivide la pur autorevole tesi sostenuta da F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, cit., p. 1066, secondo cui, se i giustificati motivi richiesti dalla norma emergono dagli atti acquisiti dal tribunale, quest'ultimo potrebbe concedere anche d'ufficio la proroga.

(55) Cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604, in *Foro it.*, 2009, 4, c. 1130, nel senso che, una volta scaduto il termine ordinatorio senza che si sia avuta una proroga, si determi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla luce della pronuncia in esame, l'anomalia risiederebbe nella circostanza che, pur essendosi in presenza di un termine perentorio, lo stesso sarebbe prorogabile, sia pure solo in presenza di giustificati motivi. A voler estendere *in subiecta materia* i principi enunciati in ambito processuale, dovrebbe ritenersi che il termine perentorio possa essere prorogato solo nel caso in cui l'interessato abbia provato una difficoltà a lui non imputabile (56).

In tema di termini processuali civili, in dottrina, si contrappongono due distinti orientamenti. Rispetto alla tesi c.d. monista, secondo la quale il termine altro non è che un elemento dell'atto processuale o una funzione dello stesso o del processo, si lascia preferire la teoria secessionista (57). I sostenitori di tale teoria analizzano i termini processuali distintamente, a seconda che trattasi di termini dilatori, perentori o ordinatori. Questi ultimi producono effetti volutamente diversi da quelli perentori. In particolare, eventuali effetti preclusivi possono derivare da situazioni esterne, che non incidono sulla disciplina propria e distinta dei termini ordinatori. Orbene, ciò che non convince nella tesi fatta propria dalla Suprema Corte è che un termine è perentorio solo se previsto espressamente dal legislatore (58).

Si discute se la proroga debba essere unica o se possa, nei limiti dei 120 giorni maggiorati dei successivi 60 giorni, essere reiterata. Si tende a privilegiare la tesi per cui la proroga può essere richiesta e concessa più volte nel limite massimo (di 60 giorni) previsto dalla legge "in presenza di giustificati motivi", atteso che l'art. 161, comma 6, legge fallim., a differenza dell'art. 169-*bis* (in cui è inserita l'inequivoca dicitura "prorogabili per una sola volta"), non menziona alcun limite alla reiterabilità della

---

nano, per il venir meno del potere di compiere l'atto, conseguenze analoghe a quelle ricollegabili al decorso del termine perentorio. In questi stessi termini si sono anche pronunciate (senza pretesa di completezza) Cass., 29 gennaio 1999, n. 808, in *Giur. it.*, 1999, c. 2257; Cass., 26 novembre 1992, n. 12640, in *Foro it.*, 1992, c. 155. La previsione secondo cui la proroga dei termini ordinatori - ma, a tenore della norma, anche la loro abbreviazione - può essere disposta solo prima della scadenza è, però, da intendersi nel senso che, in caso di proroga disposta su istanza di parte, occorre che l'istanza sia proposta prima della scadenza, mentre il provvedimento del giudice può essere anche successivo (così Cass., 14 ottobre 1998, n. 10174, in *Riv. not.*, 1999, p. 1530).

(56) Così Cass., sez. lav., 14 febbraio 2005, n. 2899, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 2.

(57) PICARDI-MARTINO-TERMINI (diritto processuale civile), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 3 ss.

(58) Cass., 2 settembre 1995, n. 9288, in *Giust. civ.*, 1996, p. 772; v., altresì, Cass., 8 febbraio 2000, n. 1364, in *Foro it.*, 2001, I, c. 274, secondo la quale i termini ordinatori possono essere prorogati sia prima che dopo la loro scadenza; Cass., 2 settembre 1995, n. 9288, in *Giust. civ.*, 1996, p. 772.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

concessione della proroga. È chiaro, però, che, pur in assenza di un'esplicita imposizione normativa in tal senso, si dovrebbe tendenzialmente evitare che il blocco sistematico di ogni azione dei creditori per 180 giorni diventi la regola.

Ovviamente, deve essere rigettata un'istanza di proroga in pendenza di ricorsi di fallimento. Anche se, come condivisibilmente sostenuto da una parte della giurisprudenza di merito (59), il deposito sopravvenuto di una istanza di fallimento non impedisce una proroga del termine *ex* art. 161, comma 6, legge fallim., qualora sussistano giustificati motivi, anche laddove sia stato inizialmente concesso nella misura massima di 120 giorni. Il legislatore, infatti, ha limitato la concessione del termine solo per le ipotesi in cui il deposito del ricorso in oggetto segua la presentazione dell'istanza di fallimento, e non viceversa.

Il recente decreto c.d. del fare ha stabilito che, nel caso in cui l'attività compiuta dal debitore si rivelasse manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano (come dovrebbe emergere dalla denuncia del commissario giudiziale o dal tenore delle informazioni), il tribunale, anche d'ufficio, sentiti il debitore e il commissario giudiziale, se nominato, dovrebbe procedere ad abbreviare il termine già fissato (60).

ANDREA PENTA
Giudice addetto all'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione

(59) Trib. Ravenna, 16 aprile 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 857.

(60) Come condivisibilmente rilevato da F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, cit., p. 1067, ci si sarebbe aspettati che, in un'ipotesi del genere, si desse semmai ingresso alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319

Pres. SPIRITO - *Rel.* ARMANO

Gros Market Italia s.r.l. c. L. C. di Pi. e Pa. L. s.n.c.

Azienda - Cessione - Cessione di ramo di azienda - Debiti inerenti al ramo - Responsabilità dell'acquirente - Debiti non inerenti al ramo - Responsabilità dell'acquirente del ramo - Esclusione

(Cod. civ., art. 2560)

Alla cessione di ramo di azienda è applicabile l'art. 2560 cod. civ., e l'acquirente del ramo di azienda dovrà rispondere solo dei debiti pregressi risultanti dai libri contabili obbligatori inerenti alla specifica gestione del ramo di azienda ceduto.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - La società L. C. di Pi. e Pa. L. s.n.c. ha citato in giudizio davanti al Tribunale di Udine la S.p.A. Friudis, ora Gros Market Italia S.r.l., per sentirla condannare al pagamento della somma di L. 294.533.905 per una fornitura di carne ancora non pagata effettuata in favore di S. M., titolare di un supermercato, sul rilievo che la Friudis era debitrice solidale per l'acquisto dell'azienda dello stesso S., ai sensi dell'art. 2560 2° comma cod. civ.

Nel costituirsi in giudizio la società Friudis ha contestato di essere obbligata solidale in quanto aveva acquistato non la totalità della azienda, ma solo un ramo aziendale, a cui era totalmente estranea la merce fornita dalla L., che riguardava invece il settore aziendale rimasto di proprietà del S.

Previa autorizzazione, la Friudis ha chiamato in giudizio il S. che è rimasto contumace.

Il Tribunale di Udine, sul rilievo che nell'ipotesi di trasferimento di un ramo di azienda si applica l'articolo 2560 2° comma cod. civ., ma che l'accollo *ex lege* dei debiti deve avvenire proporzionalmente, e cioè in base al valore della parte dell'azienda ceduta rispetto all'intero compendio aziendale, dopo l'espletamento di una c.t.u., ha condannato la Friudis a pagare il debito della L. nella misura corrispondente al valore attribuito dal c.t.u. al ramo di azienda ceduto, vale a dire nella misura dello 0,693973 dell'intero debito.

La Corte di appello ha rigettato l'appello principale della Gros Market (già Friudis) ed ha accolto l'incidentale della L. e, sul rilievo che non era stato trasferito un ramo d'azienda, ma l'intera azienda, che prima del 1987 era unica con una sola contabilità ed unico avviamento commerciale, ha condannato la Friudis a pagare l'intero debito della L.

La Gros Market ha impugnato per cassazione, lamentando con il primo motivo che la controparte L. nell'appello incidentale non aveva posto in discussione che era stato ceduto un solo ramo d'azienda, sicché la Corte d'appello aveva pronunciato *ultrapetita* nell'accertare che vi era stata cessione dell'intera azienda. La Corte di Cassazione, con sentenza numero 26414/09, ha accolto il primo motivo e dichiarato assorbiti gli altri, sul rilievo che la società L. nel proporre l'appello incidentale non aveva contestato l'accertamento in fatto dell'avvenuta cessione solo di un ramo di azienda.

La Corte di appello di Trieste in sede di rinvio, sul presupposto del giudicato formatosi sulla circostanza in fatto che era stato ceduto un ramo di azienda e non l'intera azienda,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ha ritenuto che il cessionario di un ramo di azienda, data la sussistenza di un'unica contabilità ed un unico avviamento, era tenuto al pagamento di tutti debiti aziendali.

La Corte di merito arriva ad affermare questo principio di diritto nella considerazione che i creditori in tanto hanno effettuato le forniture in quanto potevano contare sull'intero patrimonio aziendale, come rappresentato dai libri contabili.

Avverso detta sentenza propone ricorso la Gros Market (ex Friudis) con quattro motivi illustrati da memoria.

Resiste la L. C..

MOTIVI DELLA DECISIONE.

1. Con il primo motivo di ricorso si denunzia violazione dell'art. 2560 cod. civ., in combinazione con l'art. 2555 cod. civ., artt. 12 e 14 preleggi, e art. 1372 cod. civ., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, e carenza di motivazione ex art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 5.

Secondo la società ricorrente la Corte di appello ha errato nel ritenere l'acquirente di un ramo di azienda deve rispondere di tutti i debiti pregressi dell'intera azienda.

Infatti, ritenuto che il ramo d'azienda è inteso dalla giurisprudenza come un complesso organizzato di beni strutturato con un'autonoma attività produttiva funzionalmente preesistente e quindi qualificabile come azienda commerciale, secondo la previsione dell'art. 2560 cod. civ., l'acquirente di quel ramo deve rispondere solo dei debiti inerenti a quella parte di azienda ceduta.

Nel caso di specie è fuori discussione che il debito di cui si richiede il pagamento riguarda forniture di carne in favore del S., effettuate prima della cessione del ramo d'azienda, e chiaramente non inerenti all'attività del ramo ceduto.

La tenuta di un'unica contabilità non può essere giustificativa del passaggio di tutti debiti aziendali pregressi all'acquirente del ramo di azienda.

2. Il motivo è fondato.

Fino al codice civile del 1942 mancava nel nostro ordinamento giuridico una disciplina relativa all'azienda ed alla sua circolazione.

In precedenza era stato compito della dottrina e della giurisprudenza sopperire all'assenza di norme relative all'azienda ed al suo trasferimento.

Partendo dalla convinzione comune che la teoria dell'azienda era un momento della teoria degli oggetti giuridici, gli interpreti erano giunti all'elaborazione di due diverse correnti di pensiero che, con grande schematizzazione, possono definirsi come disciplina unitaria o disciplina pluralistica, a seconda che l'azienda fosse considerata o meno come unico oggetto giuridico.

Con il codice del 1942 i momenti più importanti della vita dell'azienda, cioè la fase del trasferimento dell'azienda per contratto ed i più diffusi diritti di godimento della stessa - usufrutto e affitto - hanno ricevuto espressa regolamentazione.

Deve però immediatamente avvertirsi che rimangono numerose fasi della vita dell'azienda che ancora non sono espressamente regolate normativamente, come la fattispecie oggetto della presente controversia, e che resta all'interprete ricostruire la disciplina applicabile, riferendosi alla disciplina generale dell'azienda, al bilanciamento effettuato dal legislatore degli interessi coinvolti nei diversi aspetti del trasferimento dell'azienda, alla prevalenza da dare ad esigenze a volta unitarie ed a volta pluralistiche.

3. Ai fini della presente decisione è necessario precisare cosa deve intendersi per azienda e per ramo di azienda, definizioni con cui deve necessariamente coordinarsi l'interpretazione di ogni norma relativa all'azienda e soprattutto ogni fattispecie giuridica relativa all'azienda che ancora oggi non ha ricevuto espressa disciplina.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il codice del 1942, con l'art. 2555, ha definito azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Recentemente le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza 5-3-2014, n. 5087, nel decidere in senso positivo la questione se l'azienda potesse essere oggetto di acquisto per usucapione, hanno ripercorso la dibattuta e ancora non risolta questione della natura giuridica dell'azienda.

Hanno evidenziato la difficoltà degli interpreti di confrontarsi con la classificazione dei beni contenuta negli artt. 810-817 cod. civ., per qualificare l'azienda - bene unitario a composizione variabile nel tempo e qualitativamente mista - come bene mobile o immobile o come universalità di beni, nella definizione dell'art. 816 cod. civ., tesi questa prevalente nella giurisprudenza di legittimità.

Hanno rilevato che, nella definizione dell'art. 2555 cod. civ., l'elemento unificatore della pluralità dei beni - indicato nell'organizzazione per l'esercizio dell'impresa - è ancorato a un'attività (l'organizzazione), a sua volta necessariamente qualificata in senso finalistico (l'impresa): l'attività, come tale, è certamente un'espressione del soggetto, che trascende la categoria dei beni giuridici e non può essere oggetto di possesso. È necessario allora, per chi debba misurarsi con la disciplina vigente dell'azienda, riconoscere che l'art. 2555 cod. civ. esprime una valutazione dell'azienda che, senza cancellare il suo collegamento genetico (organizzativo) e finalistico con l'attività d'impresa, ne sancisce una considerazione oggettivata (di "cosa", oltre che di strumento di attività), costituente la premessa alla possibilità che essa diventi oggetto di negozi giuridici e di diritti.

Ciò che sembra decisivo, secondo le Sezioni Unite, è dunque proprio l'oggettività dell'azienda, considerata unitariamente quale oggetto di diritti.

Negli artt. 2555 - 2562 cod. civ., sono disciplinate in modo - solo parzialmente unitario - alcune fattispecie che non esauriscono la fenomenologia dell'azienda, lasciando aperta la discussione su tutte le fattispecie non regolate. Per queste, la considerazione unitaria dell'azienda sembra riproporre il tema della sussunzione del bene azienda in una delle categorie del Libro Terzo del codice civile, che renderebbe per ciò stesso applicabile tutta la relativa disciplina civilistica.

4. È necessario a questo punto esaminare la disciplina prevista in via generale per il trasferimento dell'azienda nel suo complesso, al fine di valutarne l'applicabilità anche all'ipotesi di trasferimento di una parte dell'azienda, cosiddetto "ramo di azienda".

Le norme sulla circolazione dell'azienda evidenziano l'intento del legislatore di conservare nel trasferimento l'unitarietà del complesso e la sua funzionalità, ponendo al centro della disciplina il valore impresso all'azienda dall'organizzazione dei beni che la compongono.

Gli artt. da 2556 a 2560 del codice civile contengono la disciplina relativa al trasferimento dell'azienda per atti tra vivi.

L'art. 2556 cod. civ. detta due regole per il trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda nel suo complesso: nel primo comma una regola relativa alla forma dell'atto di trasferimento e nel secondo comma una relativa alla pubblicità del trasferimento.

Viene prevista la forma scritta *ad probationem* per i contratti che attuano la circolazione dell'azienda intesa come complesso unitario, salvo che sia prevista una forma più forte per il trasferimento dei singoli beni o per la natura del contratto. La soluzione pluralistica per le forme adottata dal legislatore determina che solo l'adozione della forma più forte per il trasferimento dell'azienda garantisce all'acquirente l'acquisto di tutti gli elementi dell'azienda stessa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È prevista una regola di pubblicità per il trasferimento, che è individuata nell'iscrizione del contratto nel registro delle imprese.

5. L'art. 2558 cod. civ. è quello che più degli altri esprime la volontà del legislatore di tutelare l'unità dell'azienda, in quanto prevede il trasferimento, senza bisogno del consenso delle altre parti, di tutti i rapporti stipulati per l'esercizio dell'azienda.

La norma prevede quindi il trasferimento sia dei contratti volti all'acquisizione di beni e servizi per l'esercizio dell'azienda, cosiddetti contratti di azienda, sia dei contratti relativi ai rapporti in corso con la clientela, definiti contratti di impresa. Questa disposizione fa sì che l'acquirente possa acquisire immediatamente beni o servizi funzionali all'esercizio dell'azienda e contemporaneamente entrare in contatto con la clientela della stessa.

L'applicazione di tale norma presuppone chiaramente che il contratto non abbia avuto esecuzione da entrambe le parti, in quanto in ipotesi di un contratto già eseguito, residuerebbe o un credito o un debito, il cui trasferimento è disciplinato dagli artt. 2559 e 2560 cod. civ.

6. La disposizione tutela l'interesse dell'acquirente a poter immediatamente proseguire l'attività dell'impresa e quello dell'alienante, che non avrebbe interesse alla conservazione di tali contratti una volta ceduta l'azienda.

È una disposizione eccezionale rispetto alla tutela prevista dal diritto comune per il terzo contraente.

Infatti è consentito il trasferimento del contratto senza il consenso di una delle parti ed anche la liberazione dell'alienante, liberazione non prevista come disciplina generale dall'articolo 2560 cod. civ. per il trasferimento dei debiti dell'azienda.

Questa deroga viene giustificata solitamente dalla considerazione che il terzo è garantito in relazione alla esecuzione del contratto dal trasferimento dell'intero complesso aziendale, mentre la sua corrispettiva posizione debitoria gli offre una tutela con la possibilità di ricorrere ai rimedi previsti dal diritto comune per la tutela dei rapporti ineseguiti *ex utroque latere*.

Sono sottratti alla disciplina dell'art. 2558 cod. civ. i rapporti con carattere personale i quali, per essere trasferiti insieme all'azienda, richiedono il consenso della controparte ceduta. È prevista poi la possibilità del recesso dal contratto per giusta causa.

Una disciplina particolare è prevista, per i contratti di lavoro dall'art. 2112 cod. civ., di cui viene disposto, con una norma imperativa, il trasferimento all'acquirente a tutela del lavoratore e non si prevede la possibilità di patto contrario.

7. L'art. 2559, 1° comma, cod. civ. disciplina gli effetti della cessione dell'azienda sui crediti aziendali, vale a dire quei crediti di cui l'imprenditore cedente risulta titolare al momento della cessione a seguito dell'esercizio dell'attività di impresa e stabilisce che la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto nei confronti dei terzi dal momento dell'iscrizione del trasferimento dell'azienda nel registro delle imprese, tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede all'alienante.

Vi è una deroga assai significativa alla disciplina di carattere generale prevista dall'art. 1260 cod. civ. e seguenti, mentre nulla viene disposto con riguardo alla disciplina del trasferimento dei crediti nei rapporti tra le parti, vale a dire tra cedente e cessionario dell'azienda.

L'art. 1265 cod. civ. prevede che, in caso di contrasto fra parti aventi causa dallo stesso cedente, prevale colui il quale per primo ha notificato la cessione del credito al debitore ceduto o che per primo abbia ottenuto l'accettazione da parte dello stesso debitore. Di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

conseguenza è la notifica della cessione o l'accettazione della cessione il criterio per risolvere eventuali conflitti fra più aventi causa dallo stesso cedente.

Invece l'art. 2559 cod. civ. prevede che l'efficacia della cessione dei credito sia legata ad una sorta di notifica collettiva, ossia l'iscrizione del contratto di trasferimento dell'azienda nel registro delle imprese, e l'adempimento di tale formalità determina l'acquisto dei crediti aziendali da parte dell'acquirente, acquisto che diventa opponibile sia ad eventuali acquirenti in conflitto sia ai creditori dell'alienante.

Con riguardo alla posizione del debitore ceduto manca una espressa regolamentazione nella norma. Applicandosi la disciplina generale dovrebbe ritenersi l'efficacia immediata del trasferimento salvo, secondo le disposizioni dell'art. 2559, 1° comma, cod. civ. la circostanza che il debitore è liberato se paga all'alienante ignorando in buona fede che questi non è più creditore.

8. Come si è detto l'art. 2559 cod. civ. nulla dispone in relazione alla sorte dei crediti aziendali nei rapporti fra le parti del contratto di cessione di azienda. Vi è contrasto sulla circostanza che la cessione di azienda trasferisca o meno *ipso iure* anche i crediti aziendali, oppure se sia richiesta un'espressa pattuizione fra le parti, una clausola inserita nel contratto di cessione che regoli il trasferimento o meno dei crediti aziendali.

La soluzione è strettamente correlata alla nozione di azienda e dei beni che costituiscono l'azienda. Infatti se i crediti vengono considerati parte dell'azienda, sicuramente la cessione degli stessi avviene contemporaneamente alla cessione dell'azienda. Se invece si ha una nozione di azienda in cui il termine beni sia da interpretare in senso letterale e strettamente giuridico, vale a dire solo le cose che possono formare oggetto di diritti ai sensi dell'art. 810 cod. civ., allora i crediti non si trasferiscono automaticamente insieme all'azienda.

La dottrina si è divisa sulla necessità o meno di una espressa pattuizione, mentre la giurisprudenza, in contrasto con le teorie che affermano il trasferimento dei crediti al cessionario dell'azienda solo in presenza di espressa pattuizione, ritiene che con la cessione dell'azienda si determini il trasferimento automatico di ogni credito aziendale insieme ad ogni altro elemento dell'universalità.

Infatti è orientamento consolidato, Cass. 13 giugno 2006, n. 13676 - che: - la cessione dell'azienda, a norma dell'art. 2559 cod. civ., ha carattere unitario ed importa il trasferimento al cessionario, insieme a tutti gli elementi costituenti l'*universitas* e senza necessità di una specifica pattuizione nell'atto di trasferimento, di tutti i crediti inerenti alla gestione dell'azienda ceduta (Cass. 27 marzo 1996, n. 2714; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, che qualifica il fenomeno come una cessione *ex lege*; Cass. 9 settembre 1978, n. 4094; Cass. 13 luglio 1973, n. 2031; Cass. 22 gennaio 1972, n. 171); - presupposto della cessione del credito, in tal caso, è la sua inerenza alla gestione dell'azienda, mentre ricorrendo tale presupposto - un ostacolo estrinseco al trasferimento può derivare esclusivamente dalla volontà contraria delle parti del contratto di cessione d'azienda; espressamente sono stati qualificati compresi nella cessione di azienda i crediti risarcitori o altri di natura chiaramente extracontrattuale, purché appunto inerenti all'attività d'impresa.

9. L'art. 2560 cod. civ. disciplina la sorte dei debiti aziendali in caso di trasferimento dell'azienda e regola i rapporti fra i contraenti ed i creditori aziendali. La norma non si occupa dei rapporti interni fra le parti del contratto di cessione di azienda, che secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente sono libere di disciplinare come meglio credono la sorte dei debiti aziendali nei loro rapporti reciproci, adottando il regolamento privato di interessi che meglio risponde alle loro esigenze.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si deve dare conto di una tesi minoritaria che ritiene il trasferimento automatico dei debiti nei rapporti interni fra le parti come effetto della cessione dell'azienda, tesi legata alla preventiva scelta di inserire i debiti aziendali fra gli elementi costitutivi dell'azienda.

L'art. 2560 cod. civ. al primo comma stabilisce che l'alienante non è liberato dai debiti inerenti al suo esercizio ed anteriori al trasferimento, se non risulta che creditori vi hanno consentito.

Il secondo comma dell'art. 2560 cod. civ. prevede che presupposto essenziale per la responsabilità dell'acquirente è l'iscrizione dei debiti anteriori alla cessione di azienda nei libri contabili obbligatori.

10. Nella disposizione dell'art. 2560 cod. civ. è rinvenibile una duplice *ratio*: la prima è quella di tutelare i terzi creditori, che avendo fatto affidamento sull'azienda per la realizzazione dei loro crediti, nel caso di trasferimento della stessa, potrebbero vedere diminuita la propria garanzia con la sostituzione di un importante bene del patrimonio del debitore con una somma di denaro, la cui nota volatilità metterebbe in pericolo la realizzazione dei crediti; la seconda è quella di tutelare l'interesse economico collettivo alla facilità di circolazione dell'azienda, che sarebbe sicuramente rallentata se il cessionario acquistando l'azienda non fosse messo in grado di conoscere esattamente l'esposizione debitoria di cui sarebbe responsabile insieme al cedente.

Infatti secondo giurisprudenza costante la disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 2560 cod. civ., secondo cui l'acquirente risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta soltanto se essi risultino dai libri contabili, è dettata non solo dall'esigenza di tutelare i terzi creditori, già contraenti con l'impresa e peraltro sufficientemente garantiti pure dalla norma di cui al primo comma del medesimo art. 2560 cod. civ., ma anche da quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti, specificità che va esclusa nell'ipotesi in cui i dati riportati nelle scritture contabili siano parziali e carenti nell'indicazione del soggetto titolare del credito, non potendosi in alcun modo integrare un'annotazione generica delle operazioni mediante ricorso ad elementi esterni di riscontro. Cass. 21/12/2012, n. 23828.

In caso di cessione di azienda, l'iscrizione dei debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, nei libri contabili obbligatori è elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente dell'azienda e, data la natura eccezionale della norma (art. 2560 cod. civ.) che prevede tale responsabilità, non può essere surrogata dalla prova che l'esistenza dei debiti era comunque conosciuta da parte dell'acquirente medesimo. Cass. 10/11/2010, n. 22831.

In dottrina è minoritaria la tesi che estende la responsabilità dell'acquirente anche a debiti aziendali che, pur non risultando dai libri contabili obbligatori, siano da lui concretamente conosciuti o conoscibili usando l'ordinaria diligenza al momento del trasferimento.

11. L'interesse tutelato dall'art. 2560 cod. civ. è sicuramente indisponibile da parte dell'alienante e dell'acquirente ed è invece disponibile da parte dei creditori.

La giurisprudenza e la prevalente dottrina riconoscono il carattere imperativo della norma e ciò comporta che la stessa non può essere derogata da un accordo tra alienante e acquirente, mentre è pienamente derogabile, in conformità dei principi di carattere generale, da un accordo fra acquirente e creditore.

12. La prevalente dottrina e la giurisprudenza concordano sulla circostanza che il presupposto perché operi la responsabilità per debiti dell'acquirente sulla base dell'art. 2560 cod. civ. è che vi sia stato oggettivamente un trasferimento d'azienda, vale a dire il trasferimento di un complesso di beni organizzato ed idoneo a venir utilizzato per l'esercizio di un'attività di impresa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Viene evidenziato da autorevole dottrina che essendo l'art. 2560 cod. civ. una norma imperativa, posta a tutela dei creditori dell'imprenditore, attribuire alla volontà delle parti, alienante ed acquirente, il potere di stabilire se ciò che viene alienato costituisce o non costituisce azienda equivarrebbe a consentire alle parti interessate la possibilità di stabilire se sussistono o meno i presupposti per l'applicazione di una norma imperativa.

Anche la giurisprudenza ha affermato che ai fini del trasferimento dell'azienda, o di un ramo di essa, è necessario il trasferimento di un complesso di beni di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di una determinata attività d'impresa, requisito configurabile anche quando detto complesso non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti, ma per la sussistenza del quale è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa. Cass. 09/12/2005, n. 27286.

13. Rimane fermo quindi il principio che non è possibile cambiare il debitore senza il consenso del creditore. Il consenso dei creditori costituisce quindi causa estintiva della responsabilità dell'alienante per i debiti aziendali.

Si discute se il consenso debba riguardare genericamente la cessione di azienda o debba riguardare il singolo debito.

La dottrina dominante ritiene necessario che per la liberazione del debitore alienante sia necessario uno specifico consenso dei creditori che riguardi il trasferimento dei singoli debiti e non il generico consenso al trasferimento dell'azienda.

La regola generale prevede, quindi, che nel trasferimento dell'azienda i creditori aziendali possono contare sulla responsabilità sia dell'alienante che dell'acquirente, entrambi obbligati in solido.

La previsione della solidarietà dell'acquirente dell'azienda nella obbligazione relativa al pagamento dei debiti dell'azienda ceduta è posta a tutela dei creditori, e non dell'alienante: sicché, essa non determina alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale, nel senso che il debitore effettivo rimane pur sempre colui cui è imputabile il fatto costitutivo del debito, e cioè il cedente, nei cui confronti può rivalersi in via di regresso l'acquirente che abbia pagato, quale coobbligato in solido, un debito pregresso dell'azienda, mentre il cedente che abbia pagato il debito non può rivalersi nei confronti dell'eventuale coobbligato in solido. Cass. 22/12/2004, n. 23780.

Per la giurisprudenza si sarebbe in presenza di un accollo cumulativo *ex lege*, più precisamente si sarebbe in presenza per l'acquirente di una responsabilità senza debito, di una solidarietà *sui generis*, rimanendo il debito sempre nella responsabilità dell'alienante.

Sul punto si è sviluppata anche una tesi in senso opposto per cui sia nel trasferimento d'azienda come in quello di ramo d'azienda la titolarità dei debiti inerenti la cessione transita in capo al cessionario, avendo l'obbligazione solidale del cedente unicamente funzione di garanzia.

14. Delineata in tal modo la disciplina generale in relazione ai debiti nel trasferimento dell'azienda, deve osservarsi che rimane priva di espressa disciplina la sorte dei debiti aziendali in ipotesi di cessione di parte dell'azienda, vale a dire di cessione del cosiddetto ramo d'azienda.

Anche in questo caso spetta all'interprete ricavare la disciplina applicabile prima di tutto definendo la nozione giuridica di ramo di azienda, tenendo conto della disciplina codicistica generale relativa al trasferimento dei contratti, dei crediti e dei debiti nella ipotesi di cessione di azienda, valutando quali interessi il legislatore ha ritenuto espressamente di tutelare nelle singole fattispecie.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

15. La definizione di ramo di azienda è formulata dal legislatore nell'art. 2112 cod. civ., articolo la cui *ratio* è di tutelare la stabilità del rapporto di lavoro nell'ipotesi di cessioni parziali dell'azienda.

Deve intendersi parte dell'azienda l'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, preesistente come tale al trasferimento, e che conserva nel trasferimento la propria identità. Anche il diritto comunitario (Direttive CE nn. 98/50 e 2001/23) richiede che il ramo d'azienda oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati per un'attività economica, essenziale o accessoria.

Viene seguito dal legislatore un criterio oggettivo per stabilire quando vi è cessione di ramo di azienda, indipendentemente dalla volontà manifestata dalle parti, legato alle cessione effettiva di una parte funzionalmente autonoma dell'azienda, in vista della tutela effettiva dei diritti dei lavoratori dell'azienda stessa.

Un riferimento a "rami di azienda" è contenuto nell'articolo 104 e seguenti della nuova legge fallimentare in relazione, fra l'altro, all'esercizio provvisorio dell'impresa, che può essere limitato a specifici rami di azienda, come a specifici rami può essere limitato l'affitto o la cessione.

Previsioni simili sono contenute anche nei vari tipi di amministrazione straordinaria volte a garantire la sopravvivenza dell'azienda e soprattutto dei rami economicamente validi della stessa, nella disciplina relativa al trasferimento del portafoglio delle imprese di assicurazione.

16. Considerato che l'elemento caratterizzante la cessione di ramo d'azienda è l'identità funzionalmente autonoma dell'entità economica trasferita, idonea a consentire l'inizio o la continuazione di una determinata attività di impresa; tenuto conto che la *ratio* dell'art. 2560 cod. civ. è quella di impedire che creditori dell'imprenditore vengano privati mediante l'alienazione dell'azienda di quei beni sui quali particolarmente hanno fatto affidamento quale garanzia dei loro crediti, pur salvaguardando contemporaneamente l'interesse economico della collettività alla facile circolazione dell'azienda; che tale norma è dalla generalità degli operatori del diritto ritenuta inderogabile, non vi può essere dubbio sull'applicabilità dell'art. 2560 cod. civ. anche nel trasferimento di un ramo dell'azienda, che proprio perché è un complesso produttivo che ha una autonoma capacità di iniziare o proseguire l'attività di impresa, nel suo insieme costituisce un elemento patrimoniale di cui i creditori dell'impresa hanno tenuto conto per la garanzia dei loro crediti.

Il modo secondo cui si deve applicare l'art. 2560, 2° comma, cod. civ. in ipotesi di cessione di ramo di azienda presenta particolari aspetti di delicatezza.

17. Si osserva che nella controversia oggetto del presente giudizio è stato accertato in via definitiva che fra il S. e la Friudis s.p.a., ora Gros Market, vi è stata una cessione di ramo di azienda: il S. ha tenuto per sé l'attività di macelleria, mentre ha ceduto alla società Friudis l'attività costituita da tutti i restanti reparti del supermercato.

Non è contestato che il debito, pregresso alla cessione, di cui la Gros Market è chiamata a rispondere come acquirente del ramo di azienda, è relativo ad una fornitura di carne.

La Corte d'appello ha ritenuto che pur in presenza di cessione di ramo di azienda, in considerazione della circostanza che la società cedente aveva una contabilità unitaria e non separata per il ramo ceduto, l'acquirente doveva rispondere in solido con l'alienante di tutti debiti aziendali, e quindi anche del debito oggetto della presente controversia, relativo alla parte dell'azienda rimasta in proprietà del cedente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

18. Sul punto deve ricordarsi che una autorevole dottrina è giunta a risultati sostanzialmente opposti a quelli della Corte di appello, vale a dire ha ritenuto che si potesse applicare, seppur in via analogica, l'art. 2560, 2° comma, cod. civ. solo nell'ipotesi che nel trasferimento di un ramo d'azienda (o sede secondaria) fosse stata tenuta volontariamente dall'imprenditore una contabilità distinta, sia pure inquadrata nel complesso delle scritture contabili obbligatorie.

In mancanza di contabilità distinta, l'acquirente non è tenuto a rispondere dei debiti aziendali.

19. In dottrina, poi, nessuno degli autori che si è occupato della sorte dei debiti in ipotesi di trasferimento di ramo di azienda è giunto alla conclusione adottata dalla Corte di appello.

Si è detto che l'acquirente di un ramo di azienda risponde soltanto della parte dei debiti concernenti il ramo o la parte dell'azienda ceduta ed in proporzione dei debiti relativi alla gestione complessiva dell'impresa dell'alienante.

L'autore che in dottrina si è dedicato con particolare approfondimento alla questione ha osservato che non possono esservi dubbi sul trasferimento al cessionario dei debiti relativi al ramo di azienda ceduto quando l'alienante abbia tenuto una contabilità distinta, ma che sembra riduttivo legare solo alla tenuta di una contabilità distinta il trasferimento dei debiti.

Infatti seguire tale tesi determinerebbe come conseguenza la possibilità per l'imprenditore di liberarsi di un ramo dell'azienda o di dividere la stessa in tanti tronconi diversi, costituenti ciascuno un complesso aziendale, pregiudicando in tal modo i suoi creditori che verrebbero privati della garanzia del loro credito.

D'altra parte non soddisfacente è la tesi scelta dalla Corte d'appello del trasferimento al cessionario del ramo di azienda, in mancanza di contabilità distinta, di tutti debiti aziendali.

Infatti tale soluzione si scontra con la *ratio* dell'articolo 2560, 2° comma, cod. civ. che chiaramente effettua un bilanciamento fra l'interesse dei creditori a mantenere intatta la garanzia del loro credito e l'interesse economico alla facile circolazione dell'azienda, garantito dalla previsione per l'acquirente di conoscere esattamente i debiti di cui dovrà rispondere, che sono solo quelli risultanti dalle scritture contabili obbligatorie.

20. Alla luce della *ratio* della norma, deve affermarsi che nella cessione di ramo di azienda il bilanciamento di interessi previsto dal legislatore con l'articolo 2560, 2° comma, cod. civ. si realizza solo ritenendo che l'acquirente di un ramo di azienda risponderà dei debiti che dalle scritture contabili risulteranno riferirsi alla parte di azienda a lui trasferita.

Egli invece non risponderà non solo dei debiti che dalle scritture contabili non risultino relativi alla parte d'azienda da lui acquistata, ma nemmeno pro quota per i debiti relativi alla gestione complessiva dell'impresa dell'alienante.

Condividendo le conclusioni della dottrina più approfondita in materia, la Corte ritiene questa la sola soluzione che consente di rispettare il principio di cui all'art. 2560, 2° comma, cod. civ. della responsabilità dell'acquirente per debiti oggettivamente risultanti dalle scritture obbligatorie come attinenti all'azienda acquistata, senza sconfinare nel principio, non accolto dal legislatore, di responsabilità per debiti conosciuti o conoscibili come attinenti all'azienda.

21. Soccorre per i debiti, nella fattispecie di trasferimento di ramo di azienda, il concetto di inerenza già utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità per il trasferimento dei crediti dell'azienda ceduta (Cass. 27 marzo 1996, n. 2714; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che qualifica il fenomeno come una cessione *ex lege*; Cass. 9 settembre 1978, n. 4094; Cass. 13 luglio 1973, n. 2031; Cass. 22 gennaio 1972, n. 171).

Quindi, pur in presenza di una contabilità unitaria, l'acquirente di un ramo di azienda è messo in grado di conoscere i debiti pregressi di cui dovrà rispondere con la consultazione dei libri contabili, individuando i debiti inerenti al ramo di azienda acquistato in vista della sua autonomia economica e funzionale.

L'applicazione del criterio utilizzato dalla Corte di appello determina inoltre una non giustificabile disuguaglianza fra l'acquirente di un ramo di azienda con contabilità separata, che risponderebbe solo dei debiti aziendali separatamente iscritti nelle scritture contabili, e l'acquirente di un ramo di azienda con contabilità unitaria, che secondo la tesi dei giudici di merito risponderebbe di tutti debiti aziendali pregressi.

22. Gli altri motivi di ricorso con cui si censura (2° motivo) l'affermazione della Corte di appello di non condivisione del criterio proporzionale adottato dal primo giudice; (3° motivo) l'omissione di motivazione ex art. 132 c.p.c.; (4° motivo) l'erronea moltiplicazione dei provvedimenti di condanna, sono assorbiti dall'accoglimento del primo motivo.

La sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte di appello di Brescia che provvederà anche alle spese del giudizio di cassazione e che dovrà attenersi al seguente principio: alla cessione di ramo di azienda è applicabile l'art. 2560 cod. civ., e l'acquirente del ramo di azienda dovrà rispondere dei debiti pregressi risultanti dai libri contabili obbligatori inerenti alla gestione del ramo di azienda ceduto.

(*Omissis*)

Cessione di ramo di azienda e responsabilità dell'acquirente per i debiti

Abstract: La responsabilità dell'acquirente di un ramo di azienda per i debiti è argomento assai dibattuto. Secondo l'orientamento maggioritario, questa sussiste a prescindere dalla tenuta di una contabilità separata per il singolo ramo. Tuttavia, vi sono diverse opinioni in merito all'estensione di detta responsabilità. La Cassazione accoglie la tesi preferibile, secondo la quale essa riguarda i soli debiti inerenti al ramo ceduto, aggiungendo, però, un corollario che non sembra condivisibile, ossia l'inesistenza di ogni responsabilità dell'acquirente del ramo per i debiti dell'azienda di rilievo generale. Applicando il criterio dell'inerenza, sia pur parziale, di tali debiti al ramo d'azienda si può, probabilmente, raggiungere una soluzione più equilibrata di questo specifico problema.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Sul (preteso) rilievo della tenuta di una contabilità separata per il ramo d'azienda. - 3. Responsabilità dell'acquirente del ramo per tutti i debiti dell'azienda. - 4. (*segue*) Responsabilità in proporzione al valore del ramo d'azienda acquistato. - 5. Responsabilità per i debiti inerenti al ramo d'azienda acquistato. - 6. (*segue*) Il concetto di inerenza del debito all'esercizio del ramo di azienda e i debiti relativi alla gestione complessiva dell'impresa dell'alienante.

1. *Premessa.*

L'assenza di una specifica disciplina della responsabilità per i debiti dell'acquirente di un ramo di azienda rende di particolare interesse la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sentenza della Cassazione qui commentata, che si inserisce in un articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto. L'importanza dell'arresto esplicito sulla questione in esame deriva anche dal fatto che la stessa non è stata espressamente affrontata da svariati precedenti relativi a profili vicini a quello qui oggetto di decisione, e che sul rapporto tra debiti e cessione del ramo di azienda hanno spesso assunto posizioni sostanzialmente analoghe a quella oggi accolta dal Supremo Collegio, ma senza esplicitarne a fondo le motivazioni.

La varietà di soluzioni offerte in giurisprudenza risulta già dalla descrizione dello svolgimento del processo, da cui si può desumere che il giudice di prime cure ha ritenuto l'acquirente del ramo di azienda responsabile dei debiti in proporzione al valore del ramo stesso parametrato al valore complessivo dell'azienda, mentre la corte di appello ha optato per una più radicale responsabilità per tutti i debiti aziendali, in presenza di un'unica contabilità e di un unico avviamento.

La sorte dei debiti in caso di trasferimento di azienda è regolata, come noto, dall'art. 2560 cod. civ., che prevede, da un lato, la permanente responsabilità dell'imprenditore alienante per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda, e, dall'altro lato, la responsabilità dell'acquirente per i debiti risultanti dalle scritture contabili. Come affermato dalla sentenza che si annota, la *ratio* della norma è duplice, mirando a tutelare i creditori per la diminuzione della garanzia generica data dai beni costituenti l'azienda che vengono venduti, su cui hanno fatto affidamento nel concedere il credito (1), ma anche l'acquirente, che deve essere in grado di conoscere i debiti

(1) Vedi in dottrina COTTINO, *Divagazioni su cessione di ramo di azienda, debiti e "eternità" del processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2129 *ivi* p. 2130; TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XVIII, Torino, 1983, p. 53, sottolineando che a seguito del trasferimento dell'azienda il debitore potrebbe di fatto restare senza la maggior parte dei suoi beni; COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, p. 150 s., riferendosi all'azienda come al "più importante componente del patrimonio del debitore". Per una ricostruzione in parte diversa vedi MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Buonocore, diretto da Costi, Torino, 2010, p. 233, che considera *ratio* della norma «la conservazione delle *chances* di soddisfazione della creditoria aziendale, ma non attraverso la forma patologica dell'esecuzione forzata, quanto attraverso quella fisiologica dell'adempimento volontario, grazie al flusso di reddito offerto da una gestione positiva dell'impresa». Giova osservare, tuttavia, che ai fini della presente analisi quello che conta è che la norma tuteli, come pare indubitabile, i creditori, non essendo dirimente la circostanza che tale tutela si riferisca alla possibile esecuzione forzata sui beni che costituiscono l'azienda (che peraltro potrebbero anche non essere di proprietà dell'imprenditore alienante e poi dell'acquirente) o all'adempimento spontaneo derivante dal reddito prodotto dall'impresa. Rileva, invece, l'estensione della responsabilità all'acquirente dell'azienda (o del suo ramo), e quindi la possibilità per i creditori di agire sui beni presenti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di cui potrà essere chiamato a rispondere (2), non ultimo per proteggere l'interesse economico collettivo alla facile cessione dei complessi aziendali.

Di tale duplice *ratio* è necessario tenere conto se si voglia proporre una soluzione convincente in materia di responsabilità per i debiti in caso di cessione di un ramo, e non dell'azienda nel suo complesso.

2. *Sul (preteso) rilievo della tenuta di una contabilità separata per il ramo d'azienda.*

Secondo una prima opinione, l'art. 2560, comma 2, cod. civ. si potrebbe applicare analogicamente solo quando l'imprenditore tenga una contabilità distinta per il ramo di azienda (o la sede secondaria) oggetto di alienazione (3).

Aderendo a questa impostazione, come giustamente osservato in senso critico nella sentenza qui annotata, si avvallerebbe però un potenziale pregiudizio per i creditori, derivante dalla possibile suddivisione dell'azienda in tanti tronconi diversi a discapito della garanzia generica del credito, del resto già evidenziato in dottrina, formulando l'esempio di un'azienda trasferita a due o più acquirenti, divisa in rami, con conseguente inesistenza di un soggetto responsabile per i debiti diverso dall'imprenditore originario (4).

In termini più generali, applicare la norma alla cessione del ramo di azienda solo quando l'imprenditore cedente abbia tenuto una contabilità separata significa ricollegare ad una libera opzione di costui il regime della responsabilità. Non giova, per contrastare questa obiezione, rilevare che anche in merito all'applicazione diretta e integrale dell'art. 2560 cod. civ. il riferimento alle scritture contabili fa dipendere la responsabilità dell'acquirente da un comportamento libero del debitore originario, specie considerando le modeste sanzioni previste per l'irregolarità di queste e la conseguente diffusa prassi di tenerle in modo non rispettoso della legge (5). A prescindere dall'attualità di queste due ultime valutazioni, sussiste comunque una fondamentale differenza tra le due ipotesi, data dal fatto che

---

e futuri di costui, a prescindere dal riferimento specifico ai mezzi di soddisfazione in concreto attivabili.

(2) COTTINO, *Divagazioni su cessione di ramo di azienda*, cit., p. 2130; MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 233.

(3) PORZIO, *La sede dell'impresa*, Napoli, 1970, p. 245 ss., sia pur con specifico riferimento all'alienazione della sede secondaria (e vedi sul punto i rilievi di COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 151 s.).

(4) COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 152.

(5) PORZIO, *La sede dell'impresa*, cit., p. 245 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la tenuta di una contabilità distinta per i diversi rami dell'azienda è rimessa in via esclusiva alla volontà dell'imprenditore, costituendo una libera opzione per costui, mentre la regolare tenuta della contabilità (generale) rappresenta un obbligo. È evidente, in altre parole, la radicale differenza che si pone tra mancata tenuta della contabilità separata, di per sé fattispecie priva di una rilevanza giuridica, e mancata o irregolare tenuta della contabilità, invece accompagnata da un apparato sanzionatorio specifico.

La disciplina in materia di responsabilità per i debiti in caso di alienazione di azienda, come accennato, contempera l'interesse dei creditori con quello dell'acquirente, senza consentire che il primo subisca ingiustificati sacrifici. Tali sembrano quelli che deriverebbero dall'accoglimento dell'opinione in esame, che pertanto non può essere condivisa (né risulta aver registrato adesioni in seguito).

3. *Responsabilità dell'acquirente del ramo per tutti i debiti dell'azienda.*

Un'impostazione sicuramente più rigorosa, e di maggior tutela per i creditori rispetto a quella appena esaminata, ritiene l'acquirente del ramo responsabile di tutti i debiti dell'azienda di cui quel ramo faceva parte (6). In tale ottica, l'alienazione del ramo sembrerebbe, almeno di primo acchito, comportare, quindi, le stesse conseguenze dell'alienazione dell'azienda nel suo complesso dal punto di vista della responsabilità per le obbligazioni derivate dall'esercizio dell'attività imprenditoriale.

La Cassazione, nel giudicare non soddisfacente questa tesi, accolta dalla corte territoriale, ha sottolineato come la stessa non abbia nessun supporto dottrinale e contrasti con il bilanciamento di interessi operato dall'art. 2560, comma 2, cod. civ., che contempera la tutela dei creditori

---

(6) È la soluzione adottata da App. Trieste, 4 marzo 2011, cassata dalla sentenza qui commentata; in ambito tributario vedi Comm. trib. II grado Trento, sez. II, 20 gennaio 2014, in *Notariato*, 2014, p. 567 (s.m.); si tratta però, a quanto pare, di soluzione non estendibile in termini generali alle obbligazioni, anche considerando che l'art. 14 del D.Lgs. n. 472/1997, relativo alla responsabilità per sanzioni tributarie in caso di cessione di azienda, menziona espressamente, a differenza dell'art. 2560 cod. civ., il caso della cessione del ramo di azienda, addossando al cessionario una responsabilità solidale con il cedente «per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti», senza fare alcun riferimento all'attinenza di tali violazioni che consenta di circoscrivere la responsabilità dell'acquirente del ramo. La norma è stata, del resto, qualificata come norma speciale rispetto all'art. 2560 cod. civ. da Cass., sez. trib., 14 marzo 2014, n. 5979, in *Mass. Foro it.*, 2014, p. 197, sulla scorta della sua specifica *ratio* antielusiva e della particolare natura del credito tributario. Difficile, quindi, pensare che dalla stessa possano derivare conseguenze di ordine generale in merito alla responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i debiti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

con l'esigenza di facile circolazione dell'azienda, garantita dalla possibilità per l'acquirente di conoscere esattamente i debiti di cui dovrà rispondere per mezzo delle scritture contabili obbligatorie.

Se il primo rilievo, indubitabile, non è, a ben vedere, particolarmente significativo, ben potendo un orientamento giurisprudenziale prescindere dall'avallo dottrinale, il secondo merita qualche ulteriore considerazione. Il contrasto della soluzione ora in esame con l'art. 2560, comma 2, cod. civ., non sembra, infatti, ravvisabile nell'impossibilità o maggior difficoltà per l'acquirente del ramo di azienda che voglia individuare le obbligazioni di cui potrebbe essere chiamato a rispondere. In tesi, esse sono tutte quelle risultanti dalle scritture contabili. Piuttosto, tale contrasto si può ravvisare considerando non tanto il profilo della prevedibilità dei debiti, quanto l'irrazionalità della loro attribuzione e il consequenziale disincentivo che da tale irrazionalità potrebbe derivare rispetto alla circolazione dell'azienda.

Pensando, in particolare, all'ipotesi di contestuale alienazione di più rami dell'azienda, ritenere ciascuno degli acquirenti di tali rami responsabile di tutte le obbligazioni significherebbe moltiplicare le responsabilità in modo non razionalmente giustificabile.

Considerando la posizione dell'acquirente del ramo, non si vede, infatti, su quale base chi diventi titolare, in ipotesi, di una limitata parte dell'articolazione aziendale debba essere assoggettato a rilevanti responsabilità per i debiti relativi alle altre parti dell'azienda.

Dal punto di vista dei creditori, del resto, una simile impostazione sarebbe foriera di un indebito vantaggio, poiché, sempre nell'ipotesi di alienazione di più rami della stessa azienda, l'originario creditore si troverebbe a fare affidamento sui patrimoni di svariati debitori, che non aveva considerato al momento della concessione del credito.

Risultati, questi due, che non paiono trovare fondamento nell'art. 2560 cod. civ., da un lato portando ad una tutela finanche eccessiva per il creditore, dall'altro tendendo di fatto a disincentivare il fenomeno circolatorio del ramo di azienda, che può considerarsi come aspetto specifico del più ampio fenomeno circolatorio dell'azienda nel suo complesso, e che la norma in esame, come detto, tenderebbe, piuttosto, ad agevolare.

È opportuno, a tal proposito, approfondire un ulteriore aspetto della questione, appurando se alla conclusione appena criticata in base all'esegesi dell'art. 2560 cod. civ. si possa, invece, arrivare per altra via, in particolare invocando l'applicazione analogica alla cessione del ramo di azienda di alcune norme in materia di scissione. Ci si riferisce alle disposizioni che prevedono una responsabilità solidale delle società beneficiarie,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia pure nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad esse attribuito, per i debiti di cui sia incerta la destinazione in base al progetto di scissione (art. 2506 *bis*, comma 3, cod. civ.) e per i debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico (art. 2506 *quater*, comma 3, cod. civ.).

Il dubbio può fondarsi sulla potenziale somiglianza tra le due fattispecie, quanto meno sotto il profilo economico, considerando che una scissione parziale può avere in comune con la cessione di un ramo di azienda il trasferimento di una parte del complesso aziendale; i debiti generali di cui si deve capire la sorte in caso di cessione di ramo di azienda potrebbero, quindi, essere equiparati ai debiti di cui il progetto di scissione non chiarisca espressamente la sorte o ai debiti non soddisfatti dalla società cui fanno carico.

Considerando, però, che la scissione può rivestire differenti nature, e non involgere un fenomeno circolatorio dell'azienda (7) (o di una sua parte), e che, in termini più generali, sotto il profilo giuridico i due istituti divergono, per il resto, in modo radicale, dal momento che il trasferimento dell'azienda non ha, di per sé, alcun impatto sugli assetti societari, a differenza della scissione, si può, probabilmente, risolvere in senso negativo il dubbio appena proposto.

Del resto, la limitazione della responsabilità delle società beneficiarie al valore effettivo del patrimonio netto, che costituisce parte integrante delle norme che regolano l'incidenza delle passività non chiaramente definite dal progetto così come di quelle non adempiute dalle società cui fanno carico, conferma l'impossibilità di trarre da tali norme indicazioni utili per quanto riguarda la responsabilità del cessionario del ramo di azienda. Non solo perché presuppone la natura societaria degli enti coinvolti, risultando di assai difficile adattamento alla diversa ipotesi di trasferimento di un ramo di azienda, che potrebbe realizzarsi anche tra soggetti di natura non societaria; ma, soprattutto, perché prevede una limitazione di responsabilità che non sembra potersi confermare nel caso del cessionario del ramo dell'azienda. Se anche, infatti, si volesse ritenere tale criterio adattabile all'ipotesi circolatoria da ultimo menzionata, facendo riferimento, al posto del valore del patrimonio netto, al prezzo di vendita, la limitazione di responsabilità che ne deriverebbe non pare costituire un'opzione ermeneutica convincente. Qualora si dovesse ritenere il cessionario del ramo di

(7) LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gianfranco Campobasso*, diretto da Abbadessa-Portale, 4, Torino, 2007, p. 445 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

azienda responsabile per i debiti di rilievo generale, non si vedrebbe come poterne limitare l'esposizione, di fatto derogando al principio generale di cui all'art. 2740 cod. civ.

In conclusione, scartata anche l'alternativa ermeneutica da ultimo considerata, e alla luce delle conseguenze che deriverebbero dall'addossare all'acquirente del ramo di azienda ogni obbligazione relativa all'attività per mezzo di questa esercitata, si può escludere che, sotto il profilo della responsabilità per i debiti, alla circolazione dell'azienda o di una sua parte vadano applicate meccanicamente le stesse regole.

4. (segue) *Responsabilità in proporzione al valore del ramo d'azienda acquistato.*

Un'opzione in qualche misura intermedia, peraltro raramente adottata, almeno a quanto consta, è quella di ritenere l'acquirente del ramo responsabile proporzionalmente al valore del ramo acquistato rispetto al valore dell'azienda (8).

La soluzione, autorevolmente giudicata bizzarra (9), in quanto fondata su un'artificiale segmentazione delle attività e su una corrispondente misurazione dei debiti in relazione a tali valori, non ai risultati della gestione, e comunque non fondabile in alcun modo sulla disciplina prevista dal legislatore, presta il fianco anche ad un'ulteriore critica. A confronto con la duplice *ratio* dell'art. 2560 cod. civ., essa risulta potenzialmente in linea con l'interesse dei creditori a non perdere la propria garanzia generica a seguito dell'alienazione del ramo (anche se la responsabilità dell'acquirente del ramo dell'azienda viene artificiosamente limitata ad una percentuale del debito), ma incoerente con l'interesse dell'acquirente a conoscere i debiti di cui dovrà rispondere e con la necessità di garantire la facile circolazione dell'azienda. Non è affatto scontato, infatti, sotto il primo profilo, che il rapporto tra il valore del ramo di azienda e il valore complessivo di quest'ultima sia chiaro. Sotto il secondo profilo, questa soluzione, ponendo un criterio rigido di attribuzione della responsabilità all'acquirente del ramo d'azienda, tende a generare conseguenze applicative non razionali e come tali potenzialmente disincentivanti il fenomeno circolatorio dell'azienda o di sue parti. È chiaro, infatti, che al ramo ben potrebbero ricollegarsi debiti di entità non corrispondente al valore dello

(8) Si tratta della soluzione adottata dal Tribunale di Udine nel primo grado del giudizio di cui si commenta qui la sentenza di Cassazione.

(9) COTTINO, *Divagazioni su cessione di ramo di azienda*, cit., p. 2130.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stesso, in un senso o nell'altro, e che pertanto una responsabilità parametrata al valore del ramo tenderebbe a comportare un addebito di obbligazioni non sempre giustificabile.

5. *Responsabilità per i debiti inerenti al ramo d'azienda acquistato.*

Esclusa, quindi, la configurabilità di una responsabilità dell'acquirente del ramo di azienda per tutti i debiti aziendali, nella loro totalità o pro quota, la soluzione più convincente da dare al problema in esame appare quella accolta dalla Cassazione nella sentenza qui commentata, e del resto proposta anche dalla migliore dottrina (10), consistente nel circoscrivere tale responsabilità ai soli debiti relativi al ramo oggetto di acquisto. Si contemperano, in questo modo, gli interessi sottostanti alla regola di cui all'art. 2560 cod. civ., da un lato tutelando i creditori che hanno fatto affidamento sulla garanzia generica rappresentata dai beni poi oggetto di alienazione, senza la moltiplicazione dei patrimoni aggredibili che deriverebbe dall'affermazione della responsabilità dell'acquirente del ramo per tutti i debiti, dall'altro lato consentendo a quest'ultimo di rispondere di debiti (conoscibili in base alle scritture contabili e) relativi al settore di attività rilevato.

Si tratta, come autorevolmente osservato commentando questa sentenza (11), di una soluzione simmetrica a quella dettata dall'art. 2560 cod. civ. con riferimento all'ipotesi di cessione dell'intera azienda. Il riferimento ai debiti inerenti all'esercizio di questa, contenuto nella norma appena richiamata, viene, infatti, adattato alla fattispecie, simile ma diversa, della cessione di ramo d'azienda.

Nell'assenza di una specifica disciplina per quest'ultima ipotesi, sembra ragionevole ritenere in termini generali che gli effetti del trasferimento debbano limitarsi ai rapporti inerenti all'attività esercitata per mezzo di questa parte del complesso aziendale, così come già osservato in dottrina e in giurisprudenza (12).

---

(10) CIAN, *L'azienda*, in *Diritto commerciale*, a cura di Cian, I, Torino, 2014, p. 146, riferendosi ai rapporti obbligatori "direttamente ricadenti in tale ambito di attività"; TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 54; COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 152, fondando tale soluzione sul contemperamento, operato dall'art. 2560, comma 2, cod. civ. tra la tutela dei creditori aziendali e l'esigenza di non ostacolare la circolazione dell'azienda.

(11) COTTINO, *Divagazioni su cessione di ramo di azienda*, cit., p. 2129 s., reputa quella accolta dalla Cassazione l'unica soluzione ammissibile nel silenzio della disciplina codicistica, rilevando anche la sovrabbondanza della motivazione rispetto alle sintetiche ed esaustive conclusioni sullo specifico punto oggetto di controversia.

(12) Vedi CIAN, *L'azienda*, cit., p. 146; in giurisprudenza Trib. Bologna, 22 maggio

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In coerenza con questa affermazione di portata più ampia, anche la responsabilità per i debiti dovrebbe regolarsi tenendo conto a un tempo della disciplina generale e della necessità di limitarne gli effetti al ramo d'azienda. Non a caso, quindi, si possono rilevare applicazioni sostanzialmente implicite di questa regola in giurisprudenza (13), ove il riferimento ai soli debiti inerenti all'esercizio del ramo d'azienda ceduto è talora dato per scontato.

6. (segue) *Il concetto di inerenza del debito all'esercizio del ramo di azienda e i debiti relativi alla gestione complessiva dell'impresa dell'alienante.*

Accolta, quindi, la tesi secondo la quale l'acquirente del ramo di azienda risponderà dei debiti inerenti allo stesso, un ulteriore approfondimento sembra, però, necessario in merito al concetto di inerenza del debito all'esercizio del ramo di azienda.

Il primo profilo della questione attiene all'eventualità in cui individuare i debiti inerenti al ramo in base alle scritture contabili non sia agevole. Nel caso deciso dalla S.C. questo problema non si poneva, dato che il debito era relativo ad una fornitura di carne e, pertanto, senz'altro inerente al ramo di azienda costituito dalla macelleria (escluso dal trasferimento della restante parte dell'azienda). In termini più generali, può accadere che le risultanze delle scritture contabili non siano risolutive, o almeno non lo siano in modo chiaro ed esplicito. L'unica soluzione che sembra a tal proposito potersi proporre è il ricorso ad una CTU contabile, già autorevolmente indicata come opzione più probabile, seppure non scevra da complessità e opinabilità, annotando la sentenza in commento (14).

Il secondo profilo, di maggiore interesse e difficoltà, è quello relativo al trattamento dei debiti derivanti dalla gestione dell'azienda nel suo com-

---

2007, in *Guida dir.*, 2007, 48, p. 79 (s.m.), limitando ai rapporti inclusi nel ramo ceduto gli effetti della cessione d'azienda.

(13) Cfr. Cass., 15 maggio 2001, n. 6667, la quale non afferma espressamente che l'acquirente del ramo ha una responsabilità per i debiti relativi al ramo stesso, ma è relativa a fattispecie in cui c'è sicura attinenza dell'obbligazione a tale ramo, ed esclude la sussistenza del debito (solo) per la mancata registrazione nei libri contabili. Nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Bari, 3 febbraio 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014, dalla cui motivazione si capisce che la responsabilità del cessionario di un ramo dell'azienda cui era relativo il debito inerente ad opere di manutenzione, come si sottolinea, viene esclusa perché del debito non era presente registrazione nelle scritture contabili: ma l'affermazione della regola dell'inerenza del debito al ramo ceduto come criterio per definire la responsabilità del cessionario è sostanzialmente implicita.

(14) COTTINO, *Divagazioni su cessione di ramo di azienda*, cit., p. 2130.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

plesso. Si tratta, infatti, di capire se questi debiti possano essere considerati almeno in parte inerenti alla gestione del ramo, in quanto, ad esempio, relativi a servizi di rilievo generale, andati a vantaggio anche della parte dell'azienda oggetto di cessione.

La Cassazione ha espressamente escluso la responsabilità, anche solo pro quota, dell'acquirente del ramo di azienda per i debiti relativi alla gestione complessiva dell'impresa dell'alienante, aderendo ad un autorevole insegnamento dottrinale (15), che ha trovato eco anche in contributi più recenti (16).

In particolare, l'argomento principale posto a fondamento di questa esclusione dall'autore che più in dettaglio ha affrontato il tema (17), e ripreso quasi testualmente nella sentenza qui commentata, è dato dalla necessità, in presenza di un'opzione legislativa che fissa la responsabilità dell'acquirente per i debiti oggettivamente risultanti dalle scritture come attinenti all'azienda, di non affermare tale responsabilità anche per debiti conosciuti o conoscibili come attinenti all'azienda stessa.

L'argomento merita un approfondimento in chiave critica. Non è scontata, innanzitutto, la configurabilità di una reale differenza tra i debiti oggettivamente risultanti dalle scritture e i debiti conosciuti o conoscibili, bene inteso sempre sulla base delle scritture. I debiti di rilievo generale, qui in considerazione, risultano dalle scritture contabili e potrebbero ritenersi, almeno in parte, attinenti al ramo di azienda acquistato. Se i servizi usufruiti, cui tali debiti corrispondono, sono andati a vantaggio anche del ramo di azienda, parrebbe incongruo postulare una totale estraneità dell'acquirente di tale ramo rispetto ai debiti. Né il carattere solo parziale della inerenza dei debiti alla gestione del ramo potrebbe, di per sé, escluderne l'imputazione, dato che, applicando l'art. 2560, comma 2, cod. civ., alla cessione del ramo di azienda, non pare potersi presupporre il rilievo della sola inerenza totale (18). Se, come già osservato, in caso di cessione di ramo di azienda la disciplina del trasferimento di azienda si applica limitatamente ai rapporti relativi a tale ramo, non si ravvisano ragioni decisive per escludere che un criterio in sostanza analogo possa governare l'impu-

---

(15) COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 152.

(16) GOBIO CASALI, *Debiti e contratti nel trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 840 *ivi* p. 849; CIAN, *L'azienda*, cit., p. 146, facendo salva una diversa pattuizione delle parti.

(17) COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 152.

(18) Così, se bene si intende, anche MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 242, secondo il quale l'art. 2560, comma 2, cod. civ., riferendosi ai debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, non presuppone che si tratti di un'inerenza totale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tazione dei debiti di rilievo generale, nella misura in cui possano essere in parte riferiti al ramo.

Si potrebbe quindi ritenere, seguendo una diversa impostazione, che l'acquirente del ramo di azienda dovrebbe rispondere, oltre che dei debiti specificamente riguardanti tale articolazione, anche di una quota dei debiti generalmente riguardanti l'azienda stessa, per offrire una soluzione equa ed evitare un vantaggio ingiustificato per l'acquirente (19).

Oltre a queste motivazioni, un ulteriore apporto alla soluzione del problema può essere tratto dalla disciplina codicistica. Ragionando, infatti, alla luce dei due interessi tutelati dall'art. 2560, comma 2, cod. civ., chiaramente enucleati dalla stessa Cassazione, ossia la tutela dei creditori ad evitare la sottrazione di beni che costituivano loro generica garanzia (quelli facenti parte del ramo di azienda che viene venduto) e la tutela dell'acquirente (e mediatamente dell'interesse pubblico alla facile cessione dei complessi aziendali) alla conoscenza dei debiti di cui potrà essere chiamato a rispondere, si può osservare che una responsabilità parziale dell'acquirente del ramo per i debiti di portata generale è rispettosa del primo e non entra in conflitto con il secondo.

È rispettosa dell'interesse dei creditori a non essere espropriati della loro garanzia generica, data dai beni appartenenti al ramo d'azienda, dal momento che, diversamente ragionando, il creditore "del ramo" verrebbe trattato diversamente dal creditore "dell'azienda (nel suo complesso)", quest'ultimo potendo perdere una (potenzialmente rilevante) parte della propria garanzia generica a seguito dell'alienazione del ramo. Prendendo in esame il caso estremo, in cui l'azienda venga scomposta in più rami venduti separatamente, il creditore dell'azienda nel suo complesso parrebbe pregiudicato in assenza di una ripartizione della responsabilità tra gli acquirenti dei diversi rami e perdendo la garanzia generica data dalla titolarità dei beni ceduti in capo all'originario debitore. È vero che questa situazione realizzerebbe altresì un indebito vantaggio degli acquirenti dei singoli rami (20); ma pare più immediata la giustificazione che si potrebbe fondare sulla necessità di tutelare il terzo creditore, che in caso di alienazione del ramo ha perso una parte della propria garanzia generica e dovrebbe quindi poter concorrere, sia pur solo per parte del credito, sul patrimonio dell'acquirente di tale ramo.

---

(19) Vedi rispettivamente MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 242, ritenendo equa l'imputazione all'acquirente di una responsabilità pro quota, e TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 54.

(20) TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 54.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Al tempo stesso, non si può ritenere che una simile soluzione entri realmente in conflitto con l'altro interesse tutelato dalla norma, poiché l'acquirente del ramo, sulla base dell'esame delle scritture contabili, sarà comunque in grado di discernere le obbligazioni direttamente riferite al ramo oggetto di acquisto, quelle riferite ad altri rami, che pertanto non lo riguarderanno, e quelle generali, che invece lo riguarderanno in parte.

Diventa, quindi, necessario stabilire se il criterio secondo il quale definire la quota dei debiti generali da addossare all'acquirente del ramo di azienda possa essere, come finora affermato in dottrina (21), la proporzione tra il valore del ramo venduto e il valore dell'azienda nel suo complesso.

In termini generali, non pare sussistere una reale corrispondenza tra valore del ramo rispetto al valore dell'azienda e incidenza sul ramo delle spese generali relative all'azienda, e dei corrispondenti debiti (trattandosi, come del resto già osservato in precedenza, di un'imputazione dei debiti artificiosa, che non tiene conto delle effettive dinamiche di gestione). Il criterio in esame, almeno di primo acchito, potrebbe comunque risultare condivisibile se non altro per una certa facilità di applicazione. Questa pare ermeneuticamente rilevante, e non costituente un mero vantaggio operativo, poiché assicurare una oggettiva e prevedibile sorte ai debiti vorrebbe dire proteggere le esigenze di acquirente e creditori, diversificate sì, ma convergenti in merito alla oggettiva conoscibilità della sorte dei debiti, e con queste il trascendente interesse pubblico alla facile cessione dei complessi aziendali.

L'applicazione del criterio in esame, tuttavia, potrà dare risultati la cui prevedibilità è variabile, e inversamente proporzionale alla complessità della stima del valore dell'azienda, cui andrà parametrato il valore del ramo, che si assume corrispondente al prezzo pagato per lo stesso. Pertanto, se, sul piano astratto, questo criterio potrebbe fondarsi sulla tutela dell'interesse alla conoscibilità della sorte dei debiti, che rileva, come detto, sia dal punto di vista dell'acquirente che dei creditori, sul piano concreto esso non pare effettivamente in grado di garantire una piana realizzazione del menzionato interesse, dato il carattere solo tendenziale della possibilità di conoscere una percentuale di riparto dei debiti di per sé

---

(21) MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 242, e TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 54; il criterio della proporzione tra valore del ramo e valore complessivo dell'azienda è stato utilizzato, come visto sopra, nel primo grado del giudizio poi sfociato nella sentenza qui commentata, non per i debiti generali, ma per il debito oggetto di controversia, peraltro chiaramente riferibile ad un ramo specifico dell'azienda, non alienato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

opinabile, in quanto dipendente da una valutazione discrezionale (quella relativa al valore dell'azienda e del ramo di azienda).

In altri termini, la finzione giuridica consistente nel frazionamento dei debiti in base a percentuali correlate al rispettivo valore delle diverse parti dell'azienda non può garantire, di per sé, la definizione della sorte dei debiti di rilievo generale senza passare per complesse operazioni di valutazione, con ogni probabilità da delegare ad un consulente tecnico.

Sembra, quindi, doversi ridimensionare la portata del principale argomento che potrebbe portarsi a fondamento di questa soluzione; e sembra, allora, necessario proporre un'impostazione alternativa.

Come accennato, questa potrebbe delinearsi tenendo conto della reale attinenza dei debiti complessivamente riferiti all'azienda nel suo insieme, più che del valore delle diverse articolazioni di questa.

Si possono dare, infatti, casi in cui al valore rilevante di una parte dell'azienda non necessariamente corrisponde una rilevante quota di debenza in relazione alle spese generali che l'azienda stessa affronta.

Ipotizzando, per esempio, che il debito relativo all'azienda nel suo complesso di cui si deve stabilire la ripartizione sia quello relativo all'energia elettrica fornita, se si immagina una suddivisione in rami di aziende nel settore distributivo o produttivo si potrà chiarire che il criterio per tale ripartizione non può che tener conto del concreto consumo riconducibile ai diversi rami.

Pensando ad un'azienda utilizzata da un'impresa attiva nella distribuzione, e ipotizzando un caso simile a quello deciso dalla Cassazione con la sentenza qui commentata, il reparto macelleria o pescheria, rispetto ad altri settori di un supermercato, assorbiranno a ben vedere una quantità di energia elettrica correlata alla loro estensione spaziale, ed eventualmente agli utensili ivi utilizzati. A questa quantità dovrebbe riferirsi il debito dell'acquirente di tali rami di azienda, non al loro valore, che, almeno in linea di massima, potrebbe essere tendenzialmente più alto, ad esempio sotto il profilo fondamentale dell'avviamento, dato il prezzo medio della merce oggetto di scambio, rispetto a quello di altri settori dell'azienda.

Pensando ad un'azienda produttrice di beni, e ipotizzandone una suddivisione nel ramo d'azienda propriamente produttivo e in quello invece destinato all'attività di confezionamento, sempre con riferimento alle spese per l'energia elettrica, il ramo menzionato per primo quasi sicuramente necessiterà di una quota maggiore di energia, e l'acquirente dovrà, pertanto, essere considerato responsabile in misura maggiore rispetto all'acquirente dell'altro ramo d'azienda, a prescindere dal rispettivo valore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ipotizzando, ancora, che i debiti di rilievo generale siano relativi a prestazioni professionali effettuate a favore dell'impresa, la natura di queste potrà influire sulla ripartizione del relativo debito, dato che, ad esempio, il costo della consulenza di un ingegnere relativa ai macchinari impiegati nella produzione e nel confezionamento potrà essere ripartito tenendo conto dell'impegno orario profuso per gli uni e per gli altri, accertabile anche *ex post* dal consulente tecnico se non previamente contabilizzato in modo distinto. Ancora, il costo delle prestazioni di un consulente del lavoro potrà, probabilmente, essere ripartito tenendo conto del numero di posizioni seguite per ciascun ramo di azienda. In entrambi i casi, giova ripeterlo, senza che il valore dei rami di azienda venga in rilievo.

Senza dubbio si possono presentare molti altri casi ben più complessi di quelli appena esemplificati. Né, anche limitandosi alle poche e particolari fattispecie ipotizzate, si può pretendere di dare indicazioni valide in ogni caso, non potendosi prevedere le innumerevoli variabili rilevanti in concreto.

Quasi sicuramente la definizione dell'entità dei debiti di portata generale per cui l'acquirente di un ramo di azienda potrà essere chiamato a rispondere presupporrà l'espletamento di una CTU (come del resto talora ragionevolmente accadrà anche in relazione ai debiti "direttamente" inerenti al ramo). Ma il fatto che la determinazione della quota di debiti di cui costui dovrà rispondere sia operazione complessa non costituisce un ostacolo a questa soluzione, che sembra l'unica realmente in grado di contemperare i diversi interessi sottesi alla fattispecie.

Sotto questo specifico profilo, non si ritiene di condividere quanto statuito dalla Cassazione, in un caso in cui peraltro era in discussione un debito chiaramente ricollegabile al ramo di azienda non alienato, e non un debito solo indirettamente e parzialmente imputabile al ramo di azienda ceduto.

PAOLO BUTTURINI
Ricercatore nell'Università di Verona

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

TRIBUNALE DI ROMA, Sez. II Lav., 19 gennaio 2016, n. 363

Pres. ed *Est.* Luna

Soc. B. s.r.l. c. M. B. e G. B.

Sovraindebitamento - Precetto - Mancato avvertimento circa la possibile attivazione della procedura da sovraindebitamento - Opposizione agli atti esecutivi - Nullità - Esclusione - Mera irregolarità

(Cod. proc. civ., artt. 156, comma 1, 480, comma 2, 617; L. 27 gennaio 2012, n. 3)

In sede di opposizione agli atti esecutivi non può essere dichiarata la nullità del precetto, atteso che la legge non prevede espressamente che l'avvertimento di cui all'art. 480, comma 2, terzo periodo, cod. proc. civ. circa la possibile attivazione della procedura da sovraindebitamento costituisca uno dei requisiti che l'atto deve contenere a pena di nullità.

(Omissis)

ESPOSIZIONE DEI FATTI - Con ricorso depositato il 28 novembre 2015, la Soc. B. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, ha proposto opposizione avverso l'atto di precetto ad essa notificato per conto di Mioara B. e dell'avv. Gianna B., avente ad oggetto la somma di € 25.285,75 per i titoli indicati nella sentenza del Tribunale di Roma n. 8159/2015, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla scadenza al soddisfo, oltre spese legali, liquidate in € 6.427,42.

L'opponente ha rilevato che detto atto di precetto è da considerarsi nullo in quanto privo del requisito previsto a pena di nullità dall'art. 480 c.p.c. consistente nell'avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore. (*Omissis*)

Mioara B. e Gianna B., costituitesi il 21 dicembre 2015, hanno evidenziato che il precetto, effettivamente carente del requisito indicato dall'opponente, non è da considerarsi nullo, perché la presenza di tale requisito non è prescritta dall'art. 480 c.p.c. a pena di nullità, nonché per il fatto che l'atto ha comunque raggiunto lo scopo a cui era destinato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - L'opposizione proposta non è fondata.

Atteso che, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., la nullità di un atto processuale può essere pronunciata esclusivamente nei casi in cui la stessa è comminata dalla legge e che l'avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento, concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore, non rientra tra i requisiti che l'atto di precetto deve contenere a pena di nullità, come reso palese dal testo della legge, non può essere dichiarata la nullità dell'atto di precetto opposto. (*Omissis*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

TRIBUNALE DI MILANO, Sez. esec. mob., ord. 23 dicembre 2015

Est. Mennuni

Sovraindebitamento - Precetto - Mancato avvertimento circa la possibile attivazione della procedura da sovraindebitamento - Opposizione agli atti esecutivi - Nullità - Sussistenza

(Cod. proc. civ., artt. 156, 480, comma 2, 617; L. 27 gennaio 2012, n. 3)

È nullo l'atto di precetto privo dell'avvertimento al debitore che, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, può porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore.

(Omissis)

Il g.e., sciogliendo la riserva che precede, esaminati gli atti ed i documenti di causa:

- rilevato che il precetto è stato portato alla notifica in data 21/8/15 e che in tale data è entrata in vigore la L. 6/8/15 n. 132, che ha convertito il D.L. 83/15 che aveva già disposto sin dal giugno che l'atto di precetto deve contenere l'avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore;

- dato atto che il precetto non contiene il suddetto avvertimento e che la mancanza determina la nullità del precetto stesso;

- ritenuto che l'opposizione appare fondata su *fumus* di probabile accoglimento;

- dato altresì atto che l'opposizione era già stata introdotta con atto di citazione ai sensi dell'art. 617 co. 1 c.p.c. e che è già stata fissata la prima udienza per il prossimo febbraio, e che per tale ragione non è necessario assegnare un termine per l'introduzione del giudizio di merito;

- considerato che il potere di sospendere la procedura ai sensi dell'art. 617 c.p.c. è riservato al G.E.;

accoglie

l'istanza di sospensione della procedura esecutiva e condanna parte opposta al pagamento delle spese processuali della presente fase di opposizione (*Omissis*).

Nullità del precetto per mancanza dell'avvertimento relativo alla procedura da sovraindebitamento

Abstract: Muovendo dall'esame di due difformi pronunce rese dal Tribunale di Roma e dal Tribunale di Milano, si esaminano le conseguenze della mancanza nell'atto di precetto dell'avvertimento circa la possibile attivazione della procedura da sovraindebitamento (art. 480, comma 2, cod. proc. civ.). Nonostante l'ambiguità della norma, si conclude nel senso che tale avvertimento debba essere riportato a pena di nullità esclusivamente nell'ipotesi in cui il precetto vada notificato ad un soggetto che possa ricorrere alle procedure di risoluzione delle crisi da sovraindebitamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Mancanza dell'avvertimento e sanzione: orientamenti. - 3. Nullità del precetto e suoi limiti. - 4. Rilievo della nullità del precetto. - 5. Conseguenze dell'attivazione delle procedure.

1. *Premessa.*

A soli cinque mesi dalla sua entrata in vigore (1), il nuovo periodo aggiunto dall'art. 13, comma 1, lett. a), del D.L. n. 83/2015 (convertito in L. n. 132/2015) al termine del comma 2 dell'art. 480 cod. proc. civ. è già stato oggetto di divergenti interpretazioni da parte della giurisprudenza di merito.

In particolare, il contrasto segnalato attiene alla sanzione che deriverebbe dal mancato inserimento nel precetto dell'«avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore».

2. *Mancanza dell'avvertimento e sanzione: orientamenti.*

Il legislatore, limitandosi a prevedere che «[i]l precetto deve altresì contenere l'avvertimento …», ha ingenerato dubbi tra gli interpreti in ordine alle conseguenze derivanti dalla sua assenza nell'atto e le pronunce sopra riportate rappresentano i due differenti orientamenti (già) formatisi sul punto.

Più in particolare, secondo la posizione espressa dal Tribunale di Milano, la mancata osservanza della previsione di cui all'art. 480, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. civ., se censurata per mezzo dell'opposizione di cui all'art. 617 cod. proc. civ., determinerebbe la nullità del precetto (2), con conseguente sospensione dell'esecuzione e condanna del creditore procedente al pagamento delle spese del giudizio di opposizione (3). Nessuna motivazione viene, invero, addotta a sostegno di tale conclusione.

---

(1) Ai sensi dell'art. 23, comma 7, D.L. n. 83/2015 la nuova disposizione si applica «a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto», vale a dire agli atti di precetto consegnati all'ufficiale giudiziario per la notifica a partire dal 21 agosto 2015. Sul punto si vedano, oltre all'ordinanza del Tribunale di Milano sopra riportata, anche Trib. Cagliari, sez. I, 12 febbraio 2016, in *Pluris*; Trib. Bari, sez. II, 10 novembre 2015 (ord.), in *www.ilcaso.it*.

(2) In generale, sulla nullità degli atti processuali si rinvia a F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999.

(3) Peraltro, nel senso che «il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che chiude

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il Tribunale di Roma ha, invece, ritenuto che, difettando la nuova norma di una espressa sanzione ai sensi dell'art. 156, comma 1, cod. proc. civ., il mancato inserimento dell'avvertimento in parola non comporterebbe la nullità del precetto e, quindi, aggiungiamo, non consentirebbe neanche di sospendere l'esecuzione (4).

Anche i primi commentatori della nuova norma hanno fornito interpretazioni contrastanti. Secondo alcuni, infatti, l'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento deve essere contenuto nel precetto a pena di nullità (5), mentre, per altri, la mancanza di tale indicazione costituirebbe una mera irregolarità dell'atto (6) (7).

Coloro che hanno escluso la sanzione della nullità del precetto a causa della mancata apposizione dell'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento hanno fatto leva, in primo luogo, sulla (asserita) mancanza, nella seconda parte dell'art. 480, comma 2, di una espressa previsione della nullità, come richiesto dall'art. 156, comma 1, cod. proc. civ. (8). Inoltre, atteso che lo scopo del precetto è tradizionalmente quello di consentire l'adempimento del debitore (9), evitando l'inizio dell'esecuzione forzata con il conseguente aggravio di spese, si è escluso che l'avvertimento in

---

la fase sommaria davanti a sé … deve provvedere sulle spese» si è espressa Cass., 24 ottobre 2011, n. 22033.

(4) Nello stesso senso si sono espresse anche Trib. Milano, sez. III, 30 marzo 2016, n. 4347, in *www.diritto.it*; Trib. Milano, sez. III, 18 febbraio 2016 (ord.), *ibidem*; Trib. Frosinone, 28 gennaio 2016 (ord.), in *www.ilcaso.it* (che, peraltro, ha negato la sospensione dell'esecuzione); Trib. Bari, sez. II, 10 novembre 2015 (ord.), cit.

(5) B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2016, p. 177; N. Graziano-S. De Matteis, *Crisi da sovraindebitamento*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 13-14.

(6) In tal senso si sono espressi C. Mandrioli-A. Carratta, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2016, p. 57; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2016, pp. 93-94; S. Vincre, *Le riforme dell'esecuzione forzata dell'estate 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 453; F. De Stefano, *I procedimenti esecutivi*, Milano, 2016, p. 25, il quale parla di «vaghezza della sollecitazione»; A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015 … in attesa della prossima puntata …*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 161; P. Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile* (Aggiornamento n. 5), Bologna, 2015, p. 3.

(7) In particolare, non trattandosi di irregolarità espressamente indicata come tale, si tratterebbe di una mera «disformità dal modello legale … priv[a] … di sanzioni o di altre conseguenze» (la citazione è di C. Mandrioli, *Sulla nozione di "irregolarità" nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 516).

(8) Si tratta dell'argomento su cui ha fatto principalmente leva l'orientamento che ha ritenuto di escludere la sanzione della nullità nell'ipotesi in cui manchi l'avvertimento di cui all'art. 480, comma 2, ultimo periodo, c.p.c. Anticipando quanto si vedrà nel prosieguo nel testo, tale lettura della nuova norma non sembra, tuttavia, condivisibile.

(9) V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile. Del processo di esecuzione*, III, Napoli, 1957, p. 42 ss.; C. Mandrioli, *Precetto ed inizio dell'esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, p. 825.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

questione costituisca un requisito formale indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto ai sensi dell'art. 156, comma 2, cod. proc. civ. Si è affermato, infine, che l'eventuale omissione dell'avvertimento non lederebbe alcuna prerogativa processuale o sostanziale del debitore, poiché l'accesso alle procedure di sovraindebitamento non sarebbe affatto precluso né limitato dal compimento degli atti esecutivi successivi alla notifica del precetto (10).

L'interpretazione da ultimo citata - pure sorretta dal ragionevole fine di evitare che il processo esecutivo diventi per il creditore in possesso di un titolo esecutivo un "percorso ad ostacoli" a causa del moltiplicarsi dei requisiti formali richiesti per il compimento dei singoli atti - non pare tuttavia condivisibile, in quanto, come si vedrà, tradisce, ad un tempo, la lettera della norma e l'intenzione del legislatore. Pare appena il caso di osservare, infatti, che, anche a fronte di interventi legislativi incoerenti e mal riusciti da un punto di vista tecnico, il compito dell'interprete non deve essere quello di darne una lettura abrogante, ma semmai, per quanto possibile, di armonizzare le nuove norme con i principi regolatori della materia.

3. *Nullità del precetto e suoi limiti.*

La Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del D.L. n. 83/2015 chiarisce che scopo dell'avvertimento previsto dal nuovo periodo aggiunto all'art. 480 cod. proc. civ. è la «tutela del debitore», poiché «[i]n questo modo [egli] potrà, ricorrendone le condizioni, accedere ad una procedura concordataria e conseguire il beneficio dell'esdebitazione, con conseguente possibilità di riprendere la propria attività, libero dai debiti pregressi» (11).

È evidente, quindi, che, al fine di perseguire lo scopo sopra delineato - vale a dire consentire anche all'imprenditore non fallibile, al professionista o al consumatore la cosiddetta "seconda *chance*" o "*fresh start*" - il legislatore ha reputato necessario inserire nel codice di rito un ulteriore ele-

---

(10) P. Farina, *La nuova funzione del precetto: sponsor delle procedure di composizione del sovraindebitamento o intimazione al debitore perché adempia?*, in corso di pubblicazione su *Giust. civ.*, pp. 12-13 del dattiloscritto consultato per cortesia dell'Autrice, la quale richiama l'orientamento della Suprema Corte, confermato anche di recente, secondo cui vi sarebbe interesse a denunciare la violazione di una norma processuale in sede esecutiva solo in presenza di un concreto pregiudizio che è onere dell'opponente allegare (cfr. Cass., 30 giugno 2014, n. 14774; Id., 13 maggio 2014, n. 10327; Id., 9 marzo 2012, n. 3712).

(11) Cfr. Atti parlamentari della Camera dei Deputati n. 3201 (XVII Legislatura), p. 15, consultabile su *http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0032140.pdf*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento che il precetto - atto immediatamente prodromico all'inizio dell'esecuzione forzata e che, quindi, costituisce l'ultima occasione utile per il debitore per evitare l'espropriazione (12) - deve contenere.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale di Roma nella sentenza in commento, a ben vedere è la stessa legge a comminare, ai sensi dell'art. 156, comma 1, cod. proc. civ., tale sanzione nel caso in cui manchi l'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento: l'avverbio "altresì" (13) (14), riportato all'esordio del nuovo periodo, altro non significa che anche tale elemento, come gli altri enucleati nel comma 2 dell'art. 480 cod. proc. civ. (15), deve essere indicato *a pena di nullità*.

A fortiori, anche la collocazione sistematica della nuova disposizione normativa milita nel senso poc'anzi esposto (16), in quanto, là dove il legislatore avesse inteso che la mancanza di tale avvertimento non fosse sanzionata dalla nullità del precetto, avrebbe senz'altro inserito la nuova previsione al termine del primo o del terzo comma del medesimo art. 480 cod. proc. civ., ove sono riportati gli altri elementi che il precetto deve contenere e la cui mancanza costituisce *mera irregolarità formale* (17).

---

(12) Sul punto si rinvia a C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 61, spec. nt. 68.

(13) In qualunque dizionario della lingua italiana l'avverbio reca tra i suoi significati quelli di "anche", "inoltre" e "similmente" (*ex multis*, si veda N. ZINGARELLI, *loZingarelli2016*, a cura di M. Cannella-B. Lazzarini, Bologna, 2015, p. 94). Pertanto, si deve ritenere che l'inserimento dell'avverbio "altresì" nel nuovo periodo dell'art. 480 c.p.c. non sia casuale, ma risponda al duplice fine di (i) evitare un'inutile ripetizione dell'inciso "a pena di nullità" e (ii) ricollegare l'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento all'elenco (già) contenuto nel secondo comma di detta norma senza riscrivere l'intero periodo.

(14) Si sofferma sull'utilizzo dell'avverbio "altresì" anche E. PELLECCHIA, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.: obbligo di inserire nel precetto l'informativa al debitore sulla possibilità di fare ricorso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *NLCC*, 2015, p. 963.

(15) In particolare, devono essere indicati nel precetto a pena di nullità le parti, il titolo esecutivo e la data di notificazione di quest'ultimo. Sul punto, anche per la giurisprudenza richiamata, si rinvia a C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., pp. 56-57.

(16) In tal senso, anche B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 177, il quale, tuttavia, osserva criticamente che «il legislatore sembra aver dimenticato che il precetto può essere rivolto anche contro imprese, pubbliche amministrazioni e più in generale soggetti esclusi dalla normativa sul sovraindebitamento. Anche questo è un segno dell'occasionalità e dell'insipienza con cui si tende, attualmente, a modificare le norme del codice».

(17) Si tratta dell'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo entro un termine non inferiore a dieci giorni, con l'avvertimento che in mancanza si procederà all'esecuzione forzata (comma 1), e della dichiarazione di residenza o dell'elezione di domicilio da parte dell'istante nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione ai sensi degli artt. 26 e 26-*bis* c.p.c. (comma 3).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si deve, inoltre, ritenere che il legislatore, con la novella apportata all'art. 480 cod. proc. civ., abbia inteso integrare nella funzione del precetto - che continua ad essere normalmente quella «di assegnare al debitore un termine per adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo e di preannunciare, per il caso di mancato adempimento, l'esercizio dell'azione esecutiva» [18] - anche l'invito al debitore ad adempiere a tutti i propri debiti "in via concordataria", ottenendo peraltro il beneficio dell'esdebitazione, senza dover subire nel frattempo l'espropriazione dei propri cespiti patrimoniali.

In particolare, pare di capire che, nella prospettiva del legislatore, attraverso l'avvertimento riportato nel precetto, il debitore dovrebbe essere messo nella condizione di attivarsi - sia pure *in extremis* – per porre rimedio alla situazione di crisi da sovraindebitamento in cui egli (potrebbe) versa(re), ricorrendo tempestivamente ad una delle procedure introdotte dalla L. n. 3/2012 [19].

Lo scopo del precetto rimane dunque sì quello di assegnare un termine al debitore ai fini dell'adempimento, là dove però lo stesso adempimento può oggi sostanziarsi *non solo* nella corresponsione della somma dovuta, *ma anche* nell'accesso alle procedure di sovraindebitamento.

Indubbiamente, la soluzione sopra esposta se, da un lato, ha il pregio di sgombrare ogni dubbio circa la sanzione che accompagna la mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 480, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. civ., risultando fedele alla lettera della nuova norma e all'intenzione del legislatore, dall'altro lato suscita non poche difficoltà pratiche, che, tuttavia, possono essere agevolmente superate.

Innanzitutto, ci si deve chiedere quale sia la conseguenza della mancanza dell'avvertimento in questione nel caso in cui il precetto sia notificato ad un soggetto cui non è applicabile la L. n. 3/2012 [20] ovvero nell'ipotesi in cui tale atto preannunci un'esecuzione in forma specifica,

---

[18] Cass., 10 febbraio 1987, n. 1435. Nello stesso senso, *ex multis*, si veda Cass., 26 marzo 2015, n. 6074.

[19] Al fine di giustificare la disparità di trattamento rispetto ai debitori fallibili, si deve ritenere che, modificando l'art. 480 c.p.c., il legislatore abbia inteso scientemente tutelare solo una particolare categoria di debitori "deboli", vale a dire coloro che non sono assoggettabili alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, i quali normalmente non sono a conoscenza degli istituti di gestione del debito. In senso contrario, si veda tuttavia A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015*, cit., p. 161.

[20] P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile* (Aggiornamento n. 5), cit., p. 3, il quale osserva che «non ogni soggetto precettato è un consumatore, ovvero si trova in una situazione di sovraindebitamento»; S. VINCRE, *Le riforme dell'esecuzione forzata*, cit., p. 452.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che evidentemente prescinde da una situazione di "sovraindebitamento" (21). La nuova norma, infatti, non fa alcuna distinzione tra i soggetti a cui il precetto deve essere notificato e, dunque, sembrerebbe che l'avvertimento sulle procedure da sovraindebitamento debba essere contenuto sempre, a pena di nullità dell'atto.

Sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, si può comunque ritenere che, nelle ipotesi sopra citate, pure nel silenzio del legislatore, la presenza o meno dell'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento non abbia alcuna conseguenza processuale. Infatti, interpretare la norma nel senso che, anche nei casi poc'anzi citati, la mancanza dell'avvertimento costituisca motivo di nullità del precetto, presterebbe il fianco a seri dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza, desumibile dall'art. 3 Cost. (22).

Non solo. In soccorso dell'interprete nelle ipotesi sopra cennate interviene altresì il principio codificato nell'art. 156, comma 3, cod. proc. civ., secondo cui «[l]a nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato». È evidente, infatti, che, nei casi richiamati, la mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 480, comma 2, ultimo periodo, non inficia lo scopo del precetto, che, in tali ipotesi, non potendo il debitore comunque accedere alle procedure di cui alla L. n. 3/2012, resta esclusivamente quello di consentire l'adempimento prima dell'inizio dell'esecuzione forzata.

In definitiva, alla luce delle pregresse considerazioni, si deve ritenere che l'avvertimento sulle procedure da sovraindebitamento debba essere riportato *a pena di nullità* solo nell'ipotesi in cui il precetto vada notificato a un imprenditore non fallibile, a un professionista ovvero a un consumatore (23), ossia ad un soggetto che può fare ricorso alle procedure di risoluzione delle crisi da sovraindebitamento.

---

(21) C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 57, spec. nt. 59; P. FARINA, *La nuova funzione del precetto*, cit., p. 10 del dattiloscritto consultato per cortesia dell'Autrice; S. VINCRE, *Le riforme dell'esecuzione forzata*, cit., p. 452.

(22) Per un approfondito studio in merito al principio di ragionevolezza quale parametro sulla cui base sindacare le norme processuali si rinvia a R. CONTE, *Il principio di ragionevolezza nel sindacato costituzionale di norme processuali e civilistiche*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, p. 115 ss.

(23) Sulla nozione di "consumatore" rilevante ai fini della L. n. 3/2012 si veda la recente sentenza Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Giur. it.*, 2016, p. 817 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. *Rilievo della nullità del precetto.*

Altro tema che merita di essere esaminato è quello che attiene alle modalità con cui deve essere rilevata la nullità del precetto che risulti mancante dell'avvertimento in parola.

Non v'è dubbio che tale invalidità possa essere fatta valere dal debitore precettato esclusivamente per mezzo dell'opposizione di cui all'art. 617 cod. proc. civ. (24). Tuttavia, il debitore opponente non potrà limitarsi a dedurre la mancanza dell'avvertimento nell'atto - poiché già solo la proposizione dell'opposizione sarebbe, in realtà, idonea a dimostrare l'avvenuta conoscenza del contenuto dell'avvertimento -, ma dovrà allegare e provare anche il concreto pregiudizio subito a causa dalla mancanza nel precetto dell'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento, sulla scorta del principio secondo cui l'interesse a denunciare la violazione di una norma processuale in sede esecutiva sussiste solo in presenza di un concreto pregiudizio (25).

Infine, anche là dove la nullità del precetto non sia rilevata tempestivamente ai sensi e nei termini di cui all'art. 617 cod. proc. civ., non sembra che possa avere le medesime conseguenze della mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 492, comma 3, cod. proc. civ. nell'atto di pignoramento (26). Infatti, a differenza del caso da ultimo menzionato, la mancanza dell'avvertimento sulle procedure di sovraindebitamento è, come *supra* esplicato, sanzionata espressamente con la nullità del precetto e dunque la mancata opposizione tempestiva ha un effetto sanante sul vizio dell'atto, non precludendo, peraltro, l'accesso alle procedure di composi-

---

(24) In senso diverso, si vedano A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2016, p. 239, secondo la quale la mancanza dell'avvertimento sulle procedure di risoluzione delle crisi da sovraindebitamento può assumere rilievo, a determinate condizioni, solo nel corso della successiva esecuzione, e E. PELLECCHIA, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.*, cit., p. 963, che afferma, invece, l'esperibilità dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 cod. proc. civ.

(25) Al riguardo, si rinvia alle pronunce della Suprema Corte menzionate nella precedente nt. 10. Nello stesso senso, S. VINCRE, *Le riforme dell'esecuzione forzata*, cit., p. 453; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 240.

(26) In breve, Cass., 23 marzo 2011, n. 6662 ha affermato che «la mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 492 c.p.c., comma 3, non determina la nullità dell'atto di pignoramento, in quanto l'interesse del debitore a venire informato delle modalità e del termine per avanzare un'utile istanza di conversione può essere soddisfatto altrimenti nel corso della procedura esecutiva, purché prima che venga disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli artt. 530, 552 e 569 c.p.c. In mancanza, il provvedimento che tale vendita o assegnazione disponga è opponibile ai sensi e nei termini dell'art. 617 c.p.c.».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione della crisi anche in un momento successivo alla definizione del processo esecutivo.

5. *Conseguenze dell'attivazione delle procedure.*

Prima di concludere, una notazione finale merita l'ipotesi in cui il debitore abbia deciso di attivare una delle procedure menzionate dall'art. 480, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. civ. dopo che gli sia stato notificato l'atto di precetto.

A tale riguardo, si deve osservare che la mera proposizione di una domanda di ammissione alle procedure di risoluzione del sovraindebitamento non ha l'effetto di sospendere automaticamente le procedure esecutive già instaurate o di inibirne l'avvio, restando riservata tale facoltà unicamente al giudice al momento della pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza (27).

Pertanto, si deve desumere che, *de jure condito*, la semplice proposizione di una domanda di ammissione alle procedure di sovraindebitamento non sia idonea ad influire sul decorso del termine dilatorio di dieci giorni che precedono l'inizio del pignoramento, né sul termine di perenzione del precetto (28).

Tale considerazione (invero, piuttosto scontata) ha, tuttavia, il merito di dimostrare che la mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 480, comma 2, ultima parte, nel precetto potrebbe essere astrattamente causa di un pregiudizio per il debitore, determinando un ritardo nell'attivazione della procedura di sovraindebitamento, con aggravio delle spese che egli dovrà sostenere a causa dell'esecuzione ovvero con un potenziale pregiudizio esiziale per la sorte del debitore decotto che ha attivato tardivamente una delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento (29).

In ragione delle sopra esposte considerazioni, non può, quindi, ritenersi che l'avvio di una delle procedure di risoluzione della crisi impedisca la proposizione dell'opposizione *ex* art. 617 cod. proc. civ., non costituen-

---

(27) Ai sensi degli artt. 10, comma 2, lett. c) e 12-*bis*, comma 2, della L. n. 3/2012. Sul punto si veda anche la già citata ordinanza Trib. Frosinone, 28 gennaio 2016, cit., e Trib. Modena, sez. II, 30 ottobre 2015, in *Pluris*.

(28) In tal senso, v. E. PELLECCHIA, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.*, cit., p. 963.

(29) Più in particolare, si pensi all'ipotesi in cui il debitore, ignaro della possibilità di avvalersi di una delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento, abbia subìto una serie di esecuzioni che l'abbiano privato del suo patrimonio, senza, tuttavia, liberarlo degli ulteriori debiti ancora esistenti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

do di per sé causa di sanatoria della nullità del precetto ai sensi dell'art. 156, comma 3, cod. proc. civ.

GIACINTO PARISI
Dottorando di ricerca nell'Università Roma Tre

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tribunale di Milano, decr. 3 aprile 2014

Pres. Macchi - *Rel.* D'Aquino

Pol. B. S.r.l. *c.* Fallimento I Viaggi del Ventaglio S.p.A.

Fallimento - Accertamento del passivo - Fallimento conseguente a concordato preventivo - Crediti prededucibili - Crediti sorti "in occasione" e "in funzione" di un concordato preventivo con continuità aziendale - Crediti estranei - Prededuzione nel successivo fallimento

(Legge fallim., artt. 111; 111-bis; 160)

I crediti sorti "in occasione" o "in funzione" di un concordato preventivo con continuità aziendale, a seguito di un'attività negoziale riferibile al debitore, richiedono, ai fini della loro sottoposizione a prededuzione, una verifica ulteriore condotta nel successivo fallimento ed avente ad oggetto la loro "utilità" in concreto per la massa dei creditori. Questa circostanza non è, infatti, insita nel trattarsi di atti rientranti nell'ordinaria gestione dell'impresa e volti a salvaguardare la continuità aziendale.

(Omissis)

L'opponente PB s.p.a. premette di avere effettuato forniture in favore della società IVDV per il complessivo importo di Euro 324.623,23, durante la procedura di concordato preventivo dichiarata aperta con decreto del Tribunale di Milano in data 18.02.2010 e successivamente revocata con decreto *ex* art. 173, legge fallim., in data 15 - 16.07.2010 e contestuale sentenza dichiarativa di fallimento. Deduce di avere chiesto in sede di formazione dello stato passivo l'ammissione del predetto credito in prededuzione per l'importo di Euro 248.217,55 oltre interessi moratori e che il credito è stato escluso del tutto con decreto del 21.03.2012. Deduce l'opponente che il credito trae origine dall'effettuazione di forniture di cataloghi turistici nel periodo aprile - maggio 2010 in favore della società fallita, all'epoca in C.P., sulla base di un preventivo concordato con un liquidatore della società all'epoca in C.P., periodo durante il quale l'esponente realizzava diversi cataloghi illustrativi (Columbus, Ventaglio, Mare Italia, Croazia, Sardegna, Mediterraneo) a fronte delle cui prestazioni emetteva n. 8 fatture tra il 19.04.2010 e il 31.05.2010, fatture parzialmente saldate per Euro 76.405,68. Deduce preliminarmente l'opponente che il provvedimento del G.D. è carente di motivazione. Contesta la circostanza, allegata dalla curatela del fallimento, che il liquidatore fosse privo di poteri nell'autorizzare la fornitura, trattandosi di atto di ordinaria amministrazione, allegando, in ogni caso, che il pagamento parziale delle forniture costituirebbe ratifica o, comunque, comportamento concludente successivo alla conclusione del contratto. Deduce, conseguentemente, l'irrilevanza della mancanza di autorizzazione da parte del G.D. della fornitura a termini dell'art. 167, legge fallim., trattandosi di atto di comune e ordinaria gestione, aderente alle finalità e dimensioni del patrimonio dell'impresa in C.P. Deduce, in ogni caso, che il credito è sorto in occasione della procedura concordataria e, comunque, in funzione della stessa, anche in considerazione della circostanza in fatto che la procedura concordataria prevedeva espressamente la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa e che la fornitura in questione si rivelava essenziale alla continuazione dell'attività di impresa. Il Fallimento opposto ha resistito in giudizio, deducendo come la società in C.P. non avesse mai ordinato i suddetti cataloghi, avendo prodotto unicamente uno scambio di *mail*; deduce che il liquidatore che avrebbe conferito l'incarico all'opponente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sarebbe stato privo di poteri a termini dello statuto sociale. Deduce, in ogni caso, il fallimento opposto che una parte delle copie dei cataloghi (n. 200.200 delle n. 762.040 complessive) erano destinate ad altra società del gruppo IVDV (Columbus Organizzazione Viaggi s.r.l., dichiarata fallita dal Tribunale di Genova), e non a IVDV. Contesta la carenza di motivazione del decreto del G.D., motivato *per relationem* in base al progetto del Collegio dei Curatori. Contesta la circostanza che il pagamento parziale costituisca ratifica dell'operato dell'amministratore. Assume che la fornitura in oggetto costituiva atto di straordinaria amministrazione soggetto all'autorizzazione del G.D., tenuto conto delle finalità della procedura e dell'interesse della massa dei creditori, da valutare nel caso di specie avuto riguardo al criterio della proporzionalità e alla adeguatezza funzionale della fornitura rispetto alle necessità risanatorie dell'azienda. Ritiene, in ogni caso, il fallimento opposto che l'assunzione di tale nuovo debito da parte della società in C.P. poi fallita, relativo all'approvvigionamento di centinaia di migliaia di cataloghi, non era adeguato alla gestione risanatoria dell'impresa e non poteva ritenersi atto di ordinaria amministrazione. Deduce, in ogni caso, che la strutturazione del piano concordatario prevedeva la stipulazione di un contratto di affitto di ramo di azienda da parte di una società di nuova costituzione (in realtà contratto mai divenuto operativo), sulla cui NewCo sarebbero andati a gravare i costi della gestione ordinaria, tra cui i costi dei suddetti cataloghi. Si richiama, infine, alla giurisprudenza secondo la quale la previsione nella proposta concordataria di una passività prededucibile non comporta che tale credito mantenga tale natura nel successivo fallimento. (*Omissis*)

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.1 - Va dato atto che il provvedimento del G.D. è succintamente motivato *per relationem* in base alla proposta dei curatori, che hanno proposto in principalità (e coerentemente il G.D. ha provveduto) l'esclusione totale del credito dell'opponente. Le questioni da esaminare nella specie sono: a) ai fini dell'opponibilità del credito allo stato passivo del Fallimento IVDV, se l'effettuazione della fornitura di cataloghi turistici in oggetto consegua -stante la contestazione del fallimento opposto- a un ordine legittimamente disposto dalla società fallita (all'epoca in C.P.), nella specie in persona del liquidatore dr. G.B., o comunque a un comportamento negoziale ascrivibile all'operato di IVDV, anche alla luce del comportamento contrattuale successivo della società in C.P.;

b) la natura prededucibile del credito in oggetto *ex* art. 111, legge fallim., stante la natura di atto di ordinaria amministrazione dell'atto gestorio compiuto (in tesi) dal liquidatore, quale atto funzionale al piano concordatario o, comunque, in rapporto di occasionalità rispetto alla procedura concordataria.

Occorre partire preliminarmente dall'esame della documentazione versata in atti *(Omissis).*

1.2 - Sulla base di tale documentazione, deve ritenersi parzialmente fondata la domanda in punto riconoscimento del credito di parte opponente.

Lo scambio di *mail* tra l'opponente e la fallita costituisce atto negoziale idoneo a ritenere perfezionato l'ordine relativo ai cataloghi turistici Sardegna, Croazia, Mare Italia, Mediterraneo. La mancata predeterminazione delle copie dei suddetti cataloghi nell'ordine non è circostanza ostativa al perfezionamento dell'accordo, tenuto conto del comportamento successivo alla conclusione del contratto, considerato che le fatture non solo non sono state respinte (circostanza che, in una fase di confusione amministrativa come poteva essere quella che stava per precedere la revoca del concordato, potrebbe non essere di per sé sufficiente), ma sono state anche parzialmente onorate. Né rileva la circostanza che i liquidatori avrebbero dovuto decidere collegialmente, ovvero che l'operatività del B fosse limitata a termini di statuto, posto che -a termini dell'art. 2384, comma 2°, c.c.- le eventuali limitazio-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ni ai poteri degli amministratori che risultino dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, né vi è stata prova che il Babbia intenzionalmente agito a danno della società.

Tuttavia l'accordo negoziale tra IVDV e l'opponente può ritenersi concluso esclusivamente in relazione ai cataloghi oggetto del preventivo in esame (con esclusione, quindi, non solo del catalogo "Columbus" ma anche del catalogo "Ventaglio", ivi non contemplati), non essendovi prova documentale ovvero di altro genere che l'ordine abbia riguardato anche tali cataloghi. Il credito dell'opponente ammonta, pertanto, a complessivi Euro 176.684,59 in sorte capitale, per cui detratti Euro 76.405,68 pacificamente corrisposti durante la fase concordataria, POL. può essere ammesso al passivo del fallimento per Euro 100.278,91, oltre gli interessi moratori dalla scadenza delle fatture sino alla dichiarazione di fallimento.

1.3 - Decisamente più complessa è la questione dell'ammissione del credito in oggetto in prededuzione, in ordine alla quale parte opponente ha articolato le proprie difese sostenendo duplicemente che il credito deriverebbe da un atto di gestione di ordinaria amministrazione, ovvero anche sarebbe sorto in funzione o in occasione della procedura concordataria, invocando così l'art. 111, legge fallim. L'ammissione del credito in via prededucibile cambia radicalmente la prospettiva di soddisfacimento di POL. che, diversamente, sarebbe ammesso al chirografo.

Prima di entrare in argomento sulla natura "funzionale" od "occasionale" dei crediti prededucibili a termini dell'art. 111, comma 2, legge fallim., questione attualmente rinfocolata dall'entrata in vigore della norma di interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, legge fallim., di cui all'art. 11, comma 3-*quater* l. n. 9/14 in materia di concordato con riserva, occorre distinguere due profili, ossia la natura che un credito ha o può avere all'interno della procedura concordataria e la natura che quel credito, sorto nella procedura concordataria cui ha fatto seguito la procedura fallimentare, assume nella successiva procedura fallimentare.

La prima questione riguarda la non soggezione di un credito al principio dell'obbligatorietà del concordato e, quindi, la possibilità di quel credito di essere soddisfatto per intero nel concordato in quanto estraneo allo stesso. Il concordato è obbligatorio per i crediti sorti prima dell'apertura della procedura (art. 184 legge fallim.), i quali sono soddisfatti nel rispetto delle cause legittime di prelazione e nei termini del piano. La estraneità al concordato viene declinata:

1. per i crediti sorti da finanziamenti erogati in esecuzione del concordato, ove la legge prevede la "prededucibilità" *ex* art. 111 legge fallim., (art. 182-*quater*, comma 1,legge fallim.); 2. per i crediti da finanziamenti erogati prima della apertura della procedura, ove il tribunale abbia riconosciuto la "prededucibilità" *ex* art. 182-*quater*, commi 2 e 3, legge fallim.; 3. per i crediti da finanziamenti erogati dopo l'apertura della procedura, ove la "prededucibilità" sia stata ugualmente riconosciuta dal tribunale *ex* art. 182-*quinquies*, comma 1, legge fallim.; 4. per i crediti sorti dopo l'apertura della procedura, non riferibili ad atti di gestione dell'impresa endoconcorsuale ma da iniziative di terzi (es. crediti derivanti dalla reintegrazione di lavoratori dipendenti *ex* art. 18 st. lav. e s.m. per spettanze maturate in corso di procedura), ovvero derivanti da obbligazioni involontarie (es. responsabilità aquiliana della società in C.P.); 5. per i crediti sorti dopo l'apertura del concordato, conseguenti ad atti di gestione dell'impresa aventi carattere di straordinaria amministrazione, opponibili ai creditori ove autorizzati dal G.D. *ex* art. 167, comma 2, legge fallim., ovvero dal Tribunale in sede di concordato con riserva *ex* art. 161, comma 7, legge fallim., ovvero anche nella fase esecutiva del concordato con cessione di beni con l'autorizzazione del comitato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dei creditori; 6. per i crediti sorti dopo l'apertura del concordato conseguenti ad atti di gestione dell'impresa non aventi carattere di straordinaria amministrazione (circostanza che ricorre nel caso di specie) o, anche, attinenti al funzionamento dell'impresa.

7. A tali casi si aggiunge il tema dei crediti professionali sorti (anche prima dell'apertura della procedura) per la predisposizione degli atti processuali propedeutici all'apertura del concordato, tema, questo, proprio del trattamento che detti crediti hanno nella successiva procedura di fallimento (Cass., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8533) ma che necessariamente comporta la estraneità di tali crediti al concorso nella precedente procedura concordataria. Una situazione simile in termini finanziari è quella del trattamenti dei crediti concorsuali per IVA e ritenute operate e non versate (art. 182-*ter,* legge fallim.), trattate anteclasse nel concordato, ma che non hanno analogo trattamento nel fallimento conseguente. Tutti questi crediti nel concordato omologato non soggiacciono alla regola della graduazione dei crediti, né al piano concordatario.

Tuttavia, come è stato acutamente e condivisibilmente osservato, l'estraneità dei crediti rispetto al concordato non comporta di per sé la prededucibilità del credito nel successivo fallimento, essendo differenti gli effetti della prededuzione nel fallimento rispetto all'estraneità dal concordato. Difatti nel fallimento i crediti prededucibili devono essere pagati oltre che integralmente, anche prima di tutti gli altri. Diversamente nel concordato preventivo il pagamento dei crediti estranei al concordato (ovvero prededucibili o anteclasse che dir si voglia), anche ove questa prededucibilità sia espressamente prevista (artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*, legge fallim.), segue le regole negoziali che le parti si sono date e possono persino seguire cronologicamente, se così è stato negoziato, il pagamento dei crediti concordatari. Ecco che, quindi, il riconoscimento della prededucibilità di tali crediti nel successivo fallimento richiede un accertamento ulteriore. Ed è qui che si pone la questione (richiamata da parte opponente) della funzionalità, ovvero occasionalità del sorgere del credito nella procedura concorsuale precedente (concordato preventivo) quale presupposto per l'ammissione in prededuzione nel successivo fallimento a termini dell'art. 111, comma 2, legge fallim., dei crediti endoconcordatari. In altri termini, il sorgere del credito durante ("in occasione") la procedura concordataria cui abbia fatto seguito il fallimento, ovvero la verifica di funzionalità di quel credito endoconcordatario ("in funzione") è una verifica ulteriore e aggiuntiva che va espletata al fine di attribuire a quel credito il rango della dedotta prededucibilità nel fallimento, non anche la mera non soggezione all'obbligatorietà nel concordato, di cui eventualmente quel credito godeva nel concordato poi revocato. Questione, quella della prededucibilità, evidentemente più ricorrente rispetto a quella della estraneità del credito al concordato, stante l'indefettibilità della fase di verifica del passivo nel fallimento.

Il tema della prededucibilità dipende, evidentemente, dalla tipologia del singolo credito estraneo al concordato. Se il credito è espressamente dotato di prededucibilità *ex* art. 111 legge fallim. (come nei casi supra 1 - 3), la questione in sede fallimentare può riguardare i presupposti in base ai quali quel credito ha assunto (per legge o per atto giudiziale) natura prededucibile (es. erogazione di finanziamento estraneo al piano concordatario), ma non la prededucibilità in quanto tale. Diversamente, se la valutazione giudiziale non ha avuto riguardo alla natura prededucibile del credito (come nel caso supra 5, in cui la valutazione giudiziale costituisce presupposto per l'opponibilità dell'atto alla massa dei creditori) o manchi del tutto (come negli altri casi e nel caso di specie), questa valutazione deve essere effettuata in sede fallimentare alla luce del dettato dell'art. 111 legge fallim. Quanto al principio di "occasionalità" relativo ai crediti sorti in sede endoconcordataria, si richiama quanto sostenuto dalla Suprema Corte, laddove evidenzia che ove il credito sia sorto "occasiona-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lità" della procedura precedente, ciò non autorizza a ritenere di per sé che detto credito sia dotato della prededucibilità. Se il credito sorge da attività negoziale riferibile all'imprenditore, il criterio "che fa riferimento all'elemento cronologico ("occasionalità") deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa" (Cass., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513). Nel caso, pertanto, in cui un credito sorga per effetto dell'iniziativa del debitore e senza il concorso degli organi della procedura, come nel caso di specie, "l'attività del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, dà luogo alla prededuzione quando sia funzionale" alle esigenze della procedura concordataria (ibid.). Sia che si richiami il principio di funzionalità, sia quello di occasionalità, deve valutarsi la funzionalità dell'atto negoziale alle esigenze della procedura concordataria (salva l'ipotesi sopra n. 4), ci sia stata o meno una valutazione di funzionalità da parte degli organi della procedura concordataria.

1.4 - E qui la funzionalità va intesa, alla luce dei principi espressi dalla Suprema Corte - che individua la funzionalità di un credito endoconcorsuale ai fini della prededucibilità anche nella procedura fallimentare successiva - quando vi sia stata utilità per la massa dei creditori, tale da potersi ritenere che quella spesa risponda - al pari che per le spese degli organi della procedura (commissario giudiziale, liquidatore e ausiliari) - agli scopi della procedura medesima (Cass., sez. I, 8 aprile 2013, n. 8534; Cass., sez. I, 7 marzo 2013, n. 5705; Cass., sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402; ma già sul punto Cass., sez. I, 16 maggio 1983, n. 3369 e altre precedenti ivi richiamate). Ci si pone, quindi, il problema di individuare quale utilità per la massa dei creditori possa avere avuto la fornitura di oltre 750.000 cataloghi alla società in C.P. (di cui solo alcuni effettivamente riconducibili all'ordine del 23.04.2010). E qui la soluzione dipende, come osserva parte opponente, dalla strutturazione della proposta concordataria. Se, difatti, nel concordato liquidatorio una consolidata giurisprudenza ha sempre escluso la natura prededucibile degli atti gestori di esercizio dell'impresa, attesa la funzione liquidatoria del concordato (Cass., Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3581; Cass., Sez. I, 14 luglio 1997, n. 6352; Cass., Sez. I, 27 ottobre 1995, n. 11216; Cass., Sez. I, 26 giugno 1992, n. 8013; ma già Cass., Sez. I, 9 marzo 1979, n. 1467) e l'assenza di interesse per i creditori per tali atti, benché autorizzati dal G.D. (Cass., Sez. I, 5 maggio 1988, n. 3325), altra giurisprudenza di legittimità (richiamata dall'opponente) valuta diversamente gli effetti nel fallimento conseguente del compimento di atti gestori ove la proposta di concordato preveda la continuità aziendale (quello che *ante litteram* era il concordato risanatorio). In questi casi, qualora la gestione dell'impresa assurga a modalità essenziale della singola procedura concordataria, è possibile il riconoscimento della prededucibilità delle spese di gestione dell'impresa nel successivo fallimento (Cass., Sez. I, 12 marzo 1999, n. 2192).

Non un qualsiasi atto di gestione può, invero, essere considerato fonte di credito prededucibile nel fallimento, ma solo quell'atto gestorio che - come si è visto - abbia una effettiva utilità per i creditori e risponda agli scopi della procedura. L'approccio dell'ultimo precedente di legittimità citato appare semplicistico, perché non dimensiona il compimento dell'atto gestorio né alla strutturazione in concreto della procedura concordataria, né alle sorti della procedura medesima. Se, difatti, qualsiasi atto gestorio di un concordato risanatorio comportasse la prededucibilità della relativa spesa, non avrebbe alcun senso il vaglio giudiziale per stabilirne la natura di ordinaria o straordinaria amministrazione, vaglio che, invece, è fondamentale perché non tutti gli atti gestori che ordinariamente sarebbero atti di comune gestione (come

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'acquisto di cataloghi turistici per un *tour operator*) possono essere considerati tali ove l'impresa sia in C.P., ove la straordinarietà (e la conseguente autorizzazione giudiziale) può riguardare anche atti che solitamente avrebbero attitudine di ordinari atti gestori per quella attività di impresa (Cass., Sez. I, 11 agosto 2004, n. 15484; Cass., Sez. I, 8 agosto 1997, n. 7390); vaglio che, inoltre, si impone laddove debba valutarsi l'attitudine conservativa di quell'atto gestorio (Cass., Sez. I, 8 novembre 2996, n. 23796), ovvero ancora ove debba valutarsi l'incidenza negativa dell'atto negoziale (nella specie la *mail* "ok Bonavita") sul patrimonio dell'impresa (Cass., Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 578; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20291). Se bastasse ai fini del riconoscimento della prededuzione il fatto che il concordato contempli la continuità aziendale e che la fornitura in oggetto rientri tra le forniture che l'impresa abitualmente effettuava nell'ambito della sua gestione caratteristica, la spesa sarebbe sempre prededucibile nel successivo fallimento, indipendentemente dalla valutazione che quell'atto avrebbe potuto ricevere dagli organi della procedura nel concordato, ma soprattutto a prescindere dall'utilità che l'atto avrebbe potuto arrecare ai creditori concorsuali. L'effetto di tale interpretazione sarebbe disastroso, in quanto, in nome di un presunto *favor* per la procedura concordataria, il concordato con continuità aziendale (o risanatorio che dir si voglia) giungerebbe ad aggravare a dismisura di oneri prededucibili il successivo fallimento (come nel caso di Cass., 8 aprile 2013, n. 8533), non solo indipendentemente da qualsiasi vaglio giudiziale sulla funzionalità e utilità della spesa gestoria (che concorre sempre e in ogni caso a incrementare la base generativa dei costi dell'impresa) rispetto alla massa dei creditori, ma persino in contrasto con quella stessa giurisprudenza di legittimità che, invece, richiede un costante vaglio dell'utilità della spesa in oggetto per la massa dei creditori, anche avuto riguardo all'andamento e alle sorti stesse della procedura concordataria.

Appare, quindi, condivisibile quanto statuisce la S.C. in altro arresto, laddove osserva come il "coordinamento tra continuazione nella gestione dell'impresa a fini conservativi" e procedura concordataria può assumere "rilevanza essenziale nel concordato e per le finalità del concordato a favore della massa passiva" laddove la gestione "non costituisca una semplice facoltà dell'imprenditore esercitabile a suo giudizio e finché egli ritenga necessario, ma divenga una modalità essenziale del caso concreto che deve passare attraverso le varie fasi valutative e di controllo della proposta concordataria". In questo caso la "gestione dell'impresa diviene modalità essenziale della singola procedura concordataria (che nel caso sottoposto alla S.C. era un concordato con cessione dei beni) "quando sia parte della proposta di concordato, sia oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori, oltre ovviamente all'omologazione finale". È solo in questo contesto che "la gestione si tramuta da modalità coordinabile con i fini del concordato in modalità essenziale del singolo concordato, volta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti; solo in tale caso, quindi, è consentita quell'equiparazione tra amministrazione controllata e concordato che permette di considerare le spese della gestione dell'impresa come spese di procedura" (Cass., Sez. I, 5 agosto 1996, n. 7140). È, quindi, necessario, laddove la prededucibilità venga invocata in relazione a una spesa sostenuta dall'impresa in concordato con continuità aziendale, verificare che quella spesa abbia aggiunto nel "caso concreto" utilità ai creditori, effettuandosi un giudizio *ex ante* di utilità di quella spesa per la massa dei creditori in relazione a quella specifica proposta concordataria. - Nel caso di specie non vi è prova dell'utilità per la massa dei creditori della prestazione resa da POL. in favore di IVDV in C.P., poi dichiarata fallita. Innanzitutto (e questo basterebbe) la strutturazione della proposta concordataria non avrebbe consentito in alcun modo il sostenimento del costo dei cataloghi da parte di IVDV in C.P. La proposta concordataria prevedeva, difatti, la costituzione di una NewCo, la quale avrebbe

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

preso in affitto i rami di azienda relativi alle principali destinazioni turistiche "attive" e avrebbe sostenuto i relativi costi (pag. 50 proposta sub doc. 3 opponente), compresi evidentemente quelli pubblicitari e, conseguentemente, anche l'eventuale costo dei cataloghi. Detto costo non poteva, pertanto, neanche astrattamente fare carico a IVDV in C.P. alla luce della proposta concordataria. In ogni caso manca del tutto la prova che, al momento della fornitura, la prestazione di 750.000 cataloghi turistici costituisse modalità essenziale della prosecuzione della procedura concordataria. L'opponente, al fine di dimostrare che la fornitura di cataloghi era modalità necessaria della proposta concordataria, si è limitato a riportare genericamente alcuni termini della proposta e del piano concordatari, che peraltro non fanno alcun accenno alla prestazione di POL. Tuttavia non è sufficiente, come fa parte opponente, limitarsi a richiamare circostanze quali la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa (senza neanche indicare quali fossero le "destinazioni attive" previste nella proposta concordataria), la conservazione dell'operatività della società IVDV e del gruppo, la conservazione del valore del marchio e dell'avviamento al fine di ritenere che la fornitura di oltre 750.000 cataloghi fosse modalità essenziale della proposta concordataria, perché non è stato evidenziato quale nesso avrebbe avuto l'acquisto dei cataloghi da POL. sulla conservazione del valore del marchio; né è stato depositato il *business plan* (peraltro della NewCo) che, pure, era allegato alla proposta concordataria (all. 13 doc. 3 opponente). Né, del resto, questa fornitura era contemplata nella proposta concordataria, né lo poteva essere neanche astrattamente, stante la previsione della menzionata costituzione della NewCo. Deve, quindi, ritenersi che non vi sia prova dell'adeguatezza funzionale e della utilità per la massa dei creditori della prestazione resa dall'opponente in favore di IVDV in C.P. al momento dell'evasione dell'ordine. La richiesta di ammissione del credito in prededuzione va, pertanto, rigettata (*Omissis*)

La prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" e "in occasione" di un concordato preventivo con continuità aziendale

Abstract: Il decreto del Tribunale di Milano qui in commento tocca una tematica di estremo interesse ed attualità: la prededucibilità dei crediti sorti in seguito ad attività negoziale del debitore in costanza di un concordato preventivo con continuità aziendale e riconducibili ad atti di ordinaria gestione dell'impresa. La pronuncia costituisce l'occasione per una rimeditazione sull'istituto dei crediti prededucibili nelle procedure concorsuali, attraverso l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che lo ha caratterizzato. Particolare attenzione è prestata alle peculiarità della fattispecie dei crediti sorti "in funzione" di un concordato preventivo con continuità aziendale, evidenziando le difficoltà applicative che si pongono nell'accordare essi la prededuzione nella successiva sede fallimentare, nonché nell'estendere tale istituto alle procedure di composizione della crisi d'impresa che non siano definibili a rigore quali concorsuali.

SOMMARIO: 1. Il caso deciso. - 2. La prededuzione: un regime normativo e interpretativo ancora in cammino. - 3. La prededuzione dei crediti dopo la riforma: il requisito dell'"occasionalità" del credito. - 4. (*segue*) La delimitazione del criterio della "funzionalità" dei crediti sorti nell'ambito e prima di un concordato preventivo. - 5. Il concetto di "funzionalità" del credito prededucibile: le differenze tra giudizio di "strumentalità" e di "utilità concreta". - 6. La prededuzione nel concordato preventivo con continuità aziendale. - 7. La prededuzione e il piano di risanamento attestato *ex* art. 67, comma 3, legge fallim.: una lacuna discutibile. - 8. Il compenso del professionista: quale regime?

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

1. *Il caso deciso.*

Con il provvedimento che qui si annota, il Tribunale di Milano affronta una problematica di grande attualità e di estremo interesse: la qualificazione di un credito sorto "in occasione" e/o "in funzione" di un concordato preventivo conclusosi con esito negativo, ai fini della sua riconduzione al regime di prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2, legge fallim. In particolare, si tratta dell'unica statuizione rinvenibile fino ad oggi, nel panorama giurisprudenziale sul tema della prededucibilità dei crediti sorti nell'ambito di un concordato preventivo con continuità aziendale per effetto dell'iniziativa del debitore e riferibili ad atti di ordinaria gestione dell'impresa, che affermi, come in prosieguo si vedrà, la necessità di accertare quale "utilità" ne sia conseguita per i creditori concorrenti, ai fini dell'attribuzione della prededucibilità.

I giudici ambrosiani, riuniti in camera di consiglio, hanno rigettato il ricorso *ex* art. 98 legge fallim. presentato dalla ricorrente, in qualità di creditrice della fallita, teso all'applicazione di tale regime al credito originato da forniture di beni effettuate durante una procedura concordataria, sfociata poi in fallimento. Nella specie, il credito traeva origine dalla fornitura di cataloghi turistici effettuata sulla base di contratti stipulati dalla società poi fallita, operante nel settore turistico. La ricorrente in sede di opposizione allo stato passivo aveva contestato il mancato riconoscimento della prededuzione del proprio credito, *ex* art. 111, comma 2, legge fallim., trattandosi di un credito sorto "in occasione" della procedura di concordato preventivo e, in ogni caso, "in funzione della medesima", in quanto di fondamentale importanza ed "utilità" per la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa.

I giudici del Tribunale di Milano hanno ritenuto opportuno, prima di entrare nell'argomento della natura "funzionale" od "occasionale" dei crediti prededucibili, distinguere due fondamentali profili, ovvero la natura che un credito "ha o può avere" all'interno della procedura concordataria e la natura che quel credito, sorto nella procedura concordataria, assume nella successiva sede fallimentare. Per tali motivi, i giudici, argomentando dall'art. 184, comma 1, legge fallim., secondo cui il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato, i quali pertanto devono essere soddisfatti nel rispetto delle cause legittime di prelazione e nei termini del piano, hanno ritenuto non soggetti a tale regime tutti quei crediti definiti "estranei" alla procedura medesima, con la conseguente possibilità che essi siano soddisfatti per intero già nell'ambito della procedura concordataria.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Secondo il Tribunale i crediti "estranei" alla procedura concordataria, viceversa, non seguono la regola della graduazione e possono, quindi, essere soddisfatti per intero nella procedura di concordato. Alla luce di tale considerazione esso ha affermato, pertanto, che sono da considerare crediti "estranei" alla procedura concordataria quelli qui di seguito elencati, e precisamente: *a*) crediti sorti da finanziamenti erogati in esecuzione del concordato, ove la legge prevede la prededucibilità *ex* art. 111 legge fallim.; *b*) crediti da finanziamenti erogati prima della apertura della procedura, ove il tribunale abbia riconosciuto la prededucibilità *ex* art. 182-*quater*, commi 2 e 3, legge fallim.; *c*) crediti da finanziamenti erogati dopo l'apertura della procedura, ove la prededucibilità sia stata ugualmente riconosciuta dal tribunale *ex* art. 182-*quinquies*, comma 1, legge fallim.; *d*) crediti sorti dopo l'apertura della procedura, non riferibili ad atti di gestione dell'impresa endoconcorsuale ma da iniziative di terzi, ovvero derivanti da obbligazioni involontarie; *e*) crediti sorti dopo l'apertura del concordato, conseguenti ad atti di gestione dell'impresa aventi carattere di straordinaria amministrazione, opponibili ai creditori ove autorizzati dal G.D. *ex* art. 167, comma 2, legge fallim., ovvero dal Tribunale in sede di concordato con riserva *ex* art. 161, comma 7, legge fallim.; *f*) crediti sorti dopo l'apertura del concordato conseguenti ad atti di gestione dell'impresa non aventi carattere di straordinaria amministrazione, o anche attinenti al funzionamento dell'impresa; *g*) crediti professionali sorti per la predisposizione degli atti processuali propedeutici all'apertura del concordato.

Se, da un lato, tali crediti non soggiacciono alla regola della graduazione [1] e del piano concordatario, per cui all'interno della procedura concorsuale possono essere soddisfatti per intero e con preferenza, essi, tuttavia, nel successivo fallimento non possono essere automaticamente trattati come crediti prededucibili, poiché i presupposti della prededuzio-

---

[1] L'ultimo comma dell'art. 111-*bis*, legge fallim., stabilisce l'obbligo di graduazione, e quindi di parità di trattamento, anche nell'ambito della categoria della prededuzione, in quanto il pagamento dei crediti di massa "via via che maturano" può avvenire solo quando "l'attivo è presumibilmente sufficiente" alla loro soddisfazione integrale; qualora, invece, l'attivo disponibile non appaia prospetticamente sufficiente alla soddisfazione integrale dei crediti prededucibili, il loro pagamento deve avvenire secondo piani di riparto e, all'interno degli stessi piani di riparto, essi sono sottoposti alla regola della graduazione: cfr. A. BASSI, *L'illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 352 ss. L'Autore acutamente evidenzia che, in tema di soddisfazione dei crediti prededucibili, l'obbligo di graduazione si pone come ulteriore ostacolo al pagamento immediato e al di fuori dal concorso per i crediti della massa, qualora il curatore del fallimento ritenga l'attivo insufficiente a soddisfare i creditori.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne operanti nel fallimento divergono dagli effetti dell'"estraneità" al concordato [2].

Ne è scaturita, pertanto, l'asserita necessità di un'ulteriore verifica in sede fallimentare dei crediti fatti valere nell'occasione dal creditore ricorrente, ai fini della loro sottoposizione a prededucibilità.

2. *La prededuzione: un regime normativo e interpretativo ancora in cammino.*

Il provvedimento, come meglio si vedrà in prosieguo, si inserisce nel solco di quella giurisprudenza di merito e di legittimità che accoglie un'interpretazione innovativa, ma nel contempo cauta, della figura generale della prededuzione disciplinata dall'art. 111, comma 2, legge fallim., nella quale sono ricompresi quei crediti sorti "in funzione" o "in occasione" di una procedura concorsuale, specificando la necessità, anche nel concordato con continuità aziendale, di una valutazione circa la loro "effettiva utilità" per i creditori concorsuali.

La decisione in commento non può di certo passare sotto silenzio, grazie all'apporto da essa fornito alla ricostruzione del concetto di "utilità" alla massa dei creditori di tutti gli atti posti in essere dal debitore nell'ambito di una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, che in quanto di ordinaria amministrazione, non richiedono l'autorizzazione degli organi della procedura, e quindi sono sostanzialmente sottratti ad un controllo preventivo, ai fini di una loro declinazione come crediti sorti "in occasione" o "in funzione" di una procedura con-

---

[2] Sul tema della operatività e degli effetti della prededuzione all'interno del concordato preventivo, cfr., A. DIDONE, *Concordato preventivo, diniego di prededuzione e rimedi*, in *Fallimento*, 2012, p. 827; F.S. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2013, p. 1149 ss.; R. D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2013, p. 14; A. BASSI, *L'illusione*, cit., p. 356; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1346; F. COCITO, *La prededuzione dei crediti sorti nel concordato preventivo: limiti e criteri per il riconoscimento di un trattamento preferenziale ai professionisti*, in *Fallimento*, 2014, p. 925; A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 1; F. BRIOLINI, *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge numero 134/2012,* in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2013, II, p. 685; ID., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui "finanziamenti autorizzati" a norma dell'art. 182*-quinquies*, c. 1-3 legge fall.*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 1; M.L. VITOLI, *Finanza "ponte", finanza "in esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contr. e impr.,* 2015, p. 167; V. SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto "in occasione" o "in funzione" del concordato preventivo,* in questa *Rivista*, 2016, II, p. 1 e ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

corsuale minore. Per esaminare il *decisum* è altresì necessario approfondire quali siano gli atti qualificabili come di "ordinaria gestione", che possono essere compiuti da parte del debitore in costanza di un concordato preventivo con continuità aziendale ed idonei conseguentemente ad essere configurati come prededucibili, nel successivo ed eventuale fallimento, i crediti che da essi discendono.

La distinzione richiamata dal Tribunale di Milano richiede di volgere l'analisi sul corretto significato del novellato art. 111, comma 2, legge fallim., e precipuamente sui termini "in funzione" ed "in occasione", utilizzati dal legislatore nel definire i crediti prededucibili, in quanto le recenti pronunce, tanto di merito che di legittimità (3), circa l'esatta portata di tale norma hanno riacceso il dibattito, mai sopito, sul tema della prededuzione dei crediti sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori e sulla relativa disciplina (4).

Il D.Lgs. n. 5 del 2006, novellando la norma che qui ci occupa, ha dettato una disciplina dei crediti prededucibili assai più vasta ed eterogenea rispetto al regime previgente, laddove l'assenza di una definizione legislativa in ordine alla prededuzione, nonché di un più attento trattamento processuale, avevano dato luogo a non poche incertezze interpretative (5). In seno alla vecchia formulazione dell'art. 111 legge fallim., infatti, rientravano nell'area della prededuzione solo quei crediti sorti dopo l'apertura del fallimento, ovvero quelle obbligazioni geneticamente riferibili agli organi della procedura (6). Si riteneva, pertanto, pacifica-

---

(3) Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, in *Fallimento*, p. 111; Cass., 22 settembre 2014, n. 18922, in *Foro it., Rep.* 2014, n. 387; Cass., 10 settembre 2014, n. 19013, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, p. 633; Cass., 4 novembre 2015, n. 22450, in *www.ilcaso.it*; Cass., 30 gennaio 2015, n. 1765, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2845; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Padova, 2 marzo 2015 e Trib. Roma, 23 febbraio 2015, entrambi con nota di P. Bosticco, *Limitazioni e "resistenze" all'ammissione in prededuzione dei crediti per prestazioni professionali rese in funzione del concordato preventivo*, reperibile su *www.ilfallimentarista.it.*

(4) A. Silvestrini, *Sub art. 111 legge fallim.,* in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro, vol. II, Torino, 2010, p. 1551.

(5) Cfr. A. Silvestrini, *Sub art. 111 legge fallim.,* cit., p. 1550 ss.; L. Panzani-G. Fauceglia, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, vol. II, p. 1266 ss.; A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182*-quater *legge fallim.*, in *Fallimento*, 2011, p. 1340 ss.; A. Coppola, *Sub art. 111 legge fallim.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare,* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, p. 779.

(6) Nella sua vecchia formulazione, l'art. 111 legge fallim. fissava l'ordine di erogazione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare, stabilendo che dovessero essere impiegate: in primo luogo, per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento nonché per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo era autorizzato; in secondo luogo, per il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mente che l'attivo fallimentare dovesse essere destinato, previo decreto del giudice delegato, al pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento. Tale impostazione si fondava sul principio secondo il quale il patrimonio del debitore, utile al soddisfacimento dei creditori concorsuali, fosse quello che residua dopo il pagamento delle spese e dei debiti relativi alla procedura stessa di fallimento (7). Sembra chiaro che potevano, quindi, godere del beneficio della prededuzione solo i crediti sorti per l'amministrazione della procedura fallimentare, e non anche quelli assunti prima della dichiarazione di fallimento (8).

Sulla base di un siffatto contesto normativo e tenuto conto che l'ambito applicativo del beneficio della prededuzione assicurata dall'art. 111 legge fallim. era circoscritto alla sola ipotesi di crediti maturati nel fallimento, la giurisprudenza si è fatta interprete dell'esigenza manifestata dalla prassi volta ad ottenere un ampliamento della portata della disposizione in tema di prededuzione, sollecitando, in tal modo, un intervento del legislatore. Ebbene, prima della novella del 2006 la giurisprudenza era giunta ad ampliare la categoria della prededuzione ad alcuni crediti sorti precedentemente alla dichiarazione di fallimento e segnatamente nell'ambito dell'amministrazione controllata sfociata in seguito in fallimento, superan-

---

pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge; infine, per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non fosse stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa. La norma prevedeva, al comma 2, che «i prelevamenti indicati al n. 1 sono determinati con decreto del giudice delegato», determinando in questo modo la distinzione tra i comuni crediti concorsuali e i cc.dd. crediti verso la massa o prededucibili. Prima della riforma che ha interessato l'art. 111 legge fallim., si evidenziava in dottrina la mancanza di un preciso criterio utilizzabile per l'individuazione dei debiti di massa, in quanto le spese e i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio provvisorio possono articolarsi nei più disparati rapporti giuridici, con difficoltà a trovare un elemento unificante. Inoltre, il decreto di prelevamento a cui faceva riferimento il secondo comma, sembrava riguardare «esclusivamente il momento satisfattivo dei debiti di massa, piuttosto che il momento cognitivo e determinativo», ponendosi quindi il problema della disciplina applicabile all'accertamento dei crediti prededucibili: cfr. A. SILVESTRINI, *Sub art. 111 legge fallim.*, cit., p. 1551 ss.; G. BOZZA-G. SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 465 ss.

(7) G. BOZZA-G. SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento*, cit., p. 465 ss.

(8) Prima dell'abrogazione del Titolo IV della legge fallimentare contenente la disciplina dell'amministrazione controllata, la giurisprudenza costante affermava che le spese sostenute dall'imprenditore in amministrazione controllata, alla quale fosse seguito il fallimento, rientravano nel disposto dell'art. 111 legge fallim.: cfr. Cass., 17 giugno 1995, n. 6852, in questa *Rivista*, 1996, II, p. 165.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

do, in tal modo, l'interpretazione rigorosa e restrittiva circa la portata della norma *de qua* (9).

Il fondamento di tale estensione veniva rinvenuto nella circostanza per cui la gestione dell'impresa in difficoltà, finalizzata in ogni caso ad accrescere o quanto meno a conservare il suo valore economico nell'interesse dei creditori (10), era resa possibile, in via prevalente, grazie alla concessione di nuove linee di credito erogate in questa particolare fase (11).

Il regime di netto *favor*, suffragato tanto dalla dottrina (12), quanto da una certa giurisprudenza anche di legittimità (13), era subordinato alla circostanza che tali crediti fossero stati contratti secondo le regole e per le finalità proprie della procedura concorsuale minore; e nel contempo, solo in presenza del duplice nesso di consecutività cronologica e di interdipendenza dell'una con l'altra procedura, tramite il perdurare e il conseguente evolversi nel corso delle stesse di un'identica crisi economica-finanziaria (14).

In particolare, secondo la giurisprudenza di legittimità (15), il presupposto inscindibile ai fini dell'operatività dell'estensione della prededuzione dei crediti sorti durante la procedura di amministrazione controllata andava rinvenuto nel principio della *consecutio* dei procedimenti concorsuali, con il supporto di alcune pregnanti considerazioni. *In primis*, secondo un dato meramente testuale, il silenzio del legislatore consentiva una lettura dell'art. 111, comma 1, legge fallim. di più ampio respiro, favorendo l'inclusione di quei crediti antecedenti l'apertura di fallimento ma, nel contempo, strumentali all'esercizio dell'impresa: il che sarebbe avvenuto a tutela degli interessi dei creditori, cui era attribuito il diritto di approvare o non l'apertura della procedura beneficiando degli eventuali vantaggi. Infine, lo stesso principio della *consecutio*, inteso quale nesso di strumen-

---

(9) G. Ciervo, *Prededucibilità dei crediti sorti* "in funzione" *della procedura concorsuale,* (nota a Cass., 8 aprile 2013, n. 8533), in *Giur. comm.*, 2013, II, p.773 ss.

(10) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 381 ss.

(11) M. Spadaro, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fallimento*, 2014, p. 544 ss.

(12) G. Bozza-G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento*, cit., p. 585.

(13) Cass., 16 giugno 1995, n. 5821, in questa *Rivista*, 1995, II, p. 346; Cass., sez. un., 14 ottobre 1977, n. 4370, in *Giur. it.*, 1978, I, p. 1051.

(14) Cass., 29 luglio 1999, n. 8164, in *Fallimento*, 2000, p. 860, con nota di F. Lamanna, *Difetto di* consecutio *fra procedure concorsuali per rimessione* in bonis *del debitore all'esito dell'a.c.*

(15) Cass., 6 gennaio 1979, n. 57, in *Foro it. Rep.* 1979, n. 450; Cass., 9 marzo 1979, n. 1467, in *Foro it. Rep.* 1979, n. 447; Cass., 17 giugno 1995, n. 6852, in *Fallimento*, 1996, p. 46.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

talità e di consecuzione cronologica delle due procedure, consentiva di superare l'ostacolo della divergenza tra i due presupposti oggettivi, ovvero lo stato di temporanea difficoltà, previsto per l'amministrazione controllata, e lo stato di insolvenza, per il fallimento; le reciproche differenze, infatti, si sarebbero attenuate in virtù del nesso di interdipendenza e della consecuzione cronologica che avrebbero caratterizzato il susseguirsi delle due procedure (16).

Le considerazioni appena svolte non avevano trovato uguale accoglimento in seno alla giurisprudenza di legittimità, rispetto ai crediti sorti durante la procedura di concordato preventivo. In un primo tempo la Cassazione aveva escluso che i crediti contratti dal debitore nel corso della procedura di concordato, sfociata in fallimento, potessero essere soddisfatti in prededuzione nella successiva procedura concorsuale maggiore, a causa della funzione meramente liquidatoria della procedura concordataria, rispetto alla quale era estranea la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore (17). Solo in un secondo momento (18), il percorso interpretativo sulla natura dei crediti sorti durante un concordato preventivo ha condotto la giurisprudenza ad estendere la categoria della prededuzione ad alcuni di essi, in considerazione dell'inevitabile attività risanatoria e conservativa dell'impresa svolta anche in tale procedimento (19). Nel confermare tale assunto, è stata addotta la distinzione tra "spese utili alla massa da pagarsi in prededuzione e quelle soltanto utili all'imprenditore" (20), escludendo la prededuzione per queste ultime e facendo, dunque, applicazione degli stessi presupposti valevoli per i crediti sorti durante l'amministrazione controllata.

Di tal guisa, si è ritenuto che il criterio della prededucibilità delle spese della procedura andasse esteso anche ai debiti sorti in sede non solo di amministrazione controllata, ma anche di concordato preventivo, relativamente alle spese di gestione e di amministrazione assunte per la realizza-

---

(16) G. LO CASCIO, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi ed interpretativi*, in *Fallimento*, 2015, p. 8 ss.

(17) Cass., 20 settembre 1971, n. 209, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 131; Cass., 15 novembre 1974, n. 3628, in questa *Rivista*, 1975, II, p. 545.

(18) Per un'attenta ricostruzione dell'istituto della prededuzione: cfr., G. LO CASCIO, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi*, in *Fallimento*, 2015, p. 5 ss.

(19) Cass., 12 marzo 1999, n. 2192, con nota di G. RAGO, *Prededucibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2000, p. 370.

(20) Trib. Napoli, 15 dicembre 2014, *inedita*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zione delle finalità proprie della procedura (21) e, dunque, nell'interesse dei creditori.

In particolare, nel perimetrare l'ambito applicativo della prededuzione nel concordato, sono stati inclusi sotto tale ombrello protettivo i crediti sorti dalle obbligazioni contratte dalla stessa procedura, ovvero per il compenso del commissario giudiziale o del liquidatore giudiziale, nonché i crediti sorti per effetto della continuazione dell'attività d'impresa, ma solo qualora la prosecuzione della gestione costituisse una "modalità essenziale della proposta di concordato", ammessa dal Tribunale ed infine omologata (22).

Come visto, sotto il vigore della precedente disciplina si riteneva pacificamente che non potesse qualificarsi prededucibile, nella successiva procedura fallimentare, il debito contratto dall'imprenditore *in bonis* per accedere ad una procedura minore, in particolare di concordato, o anche nel corso della stessa. L'interpretazione rigorosamente letterale e restrittiva del criterio della prededuzione, che qui ci occupa, non consentiva di includervi crediti diversi da quelli sorti per lo svolgimento della procedura fallimentare (23), rimanendo così estranei ad esso quelli sorti anteriormente all'apertura della stessa, con le uniche summenzionate eccezioni. Le aperture della dottrina e della giurisprudenza, nonché l'indubbia esigenza di certezza del diritto, hanno spinto il legislatore ad effettuare una decisiva virata allorché, già nell'ambito della riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, è intervenuta la previsione della prededuzione per quei crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione di insolvenza, non solo nell'amministrazione

---

(21) La giurisprudenza di legittimità aveva precisato che anche nell'amministrazione controllata non tutti i debiti contratti potevano avere carattere prededucibile, considerato che, mentre i debiti di mera gestione erano sempre prededucibili, poiché fisiologicamente collegati alla finalità della procedura volta alla conservazione dell'impresa, altri debiti, come quelli derivanti da prestazioni professionali, potevano essere pagati in prededuzione, *ex* art. 111 legge fallim., nel successivo fallimento, solo laddove ne fosse stata accertata l'utilità reale o potenziale per la massa dei creditori: cfr. Cass., 16 maggio 1983, in questa *Rivista*, 1983, II, p. 608.

(22) G.B. Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 71 ss.; A. Didone, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 legge fallim. e nuovo art. 182*-quater *legge fallim. Prima e dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 63 ss.; G. Lo Cascio, *La prededuzione nelle procedure concorsuali*, cit., p. 9.

(23) G. Bozza-G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento*, cit., p. 465 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

straordinaria, ma anche nel fallimento che ad essa facesse seguito (artt. 20 e 52 del D.Lgs. n. 270/1999) (24).

La nuova disposizione recepisce, quindi, l'orientamento consolidatosi prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e muta profondamente lo scenario precedente, obbligando l'interprete a delineare la portata della novellata disposizione, nonché, quale corollario, ad individuare i presupposti richiesti ai fini dell'applicazione della nuova disciplina. Come si evince dal dettato normativo del nuovo art. 111, comma 2, legge fallim., secondo cui sono, altresì, considerati crediti prededucibili quelli sorti "in occasione e in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge", non appare revocabile in dubbio l'intenzione del legislatore di ricomprendere tra i crediti prededucibili non solo quelli sorti "in occasione" o "in funzione" della procedura di fallimento, ma anche quelle poste creditorie riconducibili, tanto in via occasionale quanto in via funzionale, ad una procedura concorsuale minore (tra tutte il concordato preventivo) conclusasi con esito negativo, cui abbia fatto seguito la procedura di fallimento.

3. *La prededuzione dei crediti dopo la riforma: il requisito della "occasionalità" del credito.*

I recenti interventi attuati con la riforma fallimentare del 2006 (25) hanno modificato la disciplina dei crediti prededucibili, fornendone, da un lato, una definizione espressa che quanto meno dal punto di vista letterale recepisce l'orientamento prevalente della giurisprudenza e, dall'altro, con l'introduzione dell'art. 111-*bis*, legge fallim., una più attenta disciplina concernente le modalità di accertamento e di soddisfacimento. Infatti, secondo quanto dispone l'art. 111-*bis*, legge fallim., i crediti prededucibili devono essere accertati mediante il procedimento di verificazione dello stato passivo e, quindi, devono essere sottoposti alla verifica dinanzi al giudice delegato *ex* art. 96 e ss. legge fallim. La necessità di un'apposita istanza di insinuazione al passivo e della stessa procedura di accertamento per i crediti prededucibili garantisce trasparenza ed uniformità a tutti i creditori, velocizzando così le operazioni di riparto che risultano semplificate se il curatore può trarre dallo stato passivo una

---

(24) M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti*, cit., p. 544 ss.

(25) Con la novella del 2006, è stata superata la distinzione tra spese, da un lato, e debiti, dall'altro, avendo il legislatore recepito la formula onnicomprensiva di crediti prededucibili: cfr. A. SILVESTRINI, *Sub art. 111 legge fallim.*, cit., p. 1551.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

situazione immediata, completa ed unitaria dei crediti (26). Infine, in relazione alla misura in cui soddisfare i crediti prededucibili, il comma 2 dell'art. 111-*bis* legge fallim., statuisce che essi vanno soddisfatti "per capitale, spese ed interessi" con le somme ricavate dalla liquidazione del patrimonio mobiliare ed immobiliare, «tenuto conto delle rispettive cause di prelazione (…)». Il comma 2 dell'art. 111, legge fallim. annovera due categorie di crediti prededucibili: *in primis* quelli «così qualificati da una specifica disposizione di legge», chiaramente indicando quelle speciali ipotesi disciplinate dalla legge fallimentare (27); ed inoltre, quelli «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali», con cui si individua una più ampia categoria degli stessi.

Risulta, a questo punto, indispensabile esaminare più da vicino le novità testé accennate, onde verificare se esse abbiano inteso introdurre un ulteriore ampliamento della categoria dei crediti prededucibili, ovvero quelli sorti non solo "in occasione" di una procedura concorsuale sfociata poi in fallimento, ma anche "in funzione" della medesima, nonché anteriormente all'apertura della procedura, come sembra dedursi dalla pronuncia del Tribunale di Milano qui in commento.

---

(26) G. Bozza-G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti*, cit., p. 465 ss.; L. Tedioli, *La disciplina dei crediti prededucibili*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 765 ss.

(27) Per un'ampia disamina delle fattispecie speciali di crediti prededucibili, perché così definiti da una "specifica disposizione di legge", recentemente introdotte nel nostro ordinamento ad opera degli artt. 48, comma 1, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in L. 30 luglio 2010, n. 122, e dell'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134, si rinvia a S. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in questa *Rivista*, 2012, I, p. 469; A. Bassi, *L'illusione della prededuzione*, cit., p. 342; F. Brizzi, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 852; E. Bruschetta, *La nuova disciplina dei crediti prededucibili*, in S. Bonfatti-G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e sistemazione delle crisi d'impresa*, Milano, 2006, p. 221; Id., *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1265; F. Lamanna, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, reperibile su *www.ilfallimentaista.it*, p. 1 ss.; G. Lo Cascio, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1265; L. Morellini, *L'art. 182*-quater *legge fallim.:novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, p. 898; A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali*, cit., p. 1340; P. Valensise, *Sub art. 182*-quater *legge fallim.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., vol. III, p. 2337; P.D. Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 43; A. Didone, *La prededuzione dopo la l. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti")*, in *Fallimento*, 2013, p. 913; A. Pisani Massamormile, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 1 ss.; A. dentamaro, *Il trattamento concorsuale dei finanziamenti di società di capitali,* in *Quaderni della Rivista di Diritto dell'Impresa*, Napoli, 2015, vol. 18, p. 137 e ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Quando si parla di prededuzione si fa riferimento etimologicamente ad un'operazione di sottrazione, accantonamento e deduzione di qualcosa prima di ogni altra, assicurando ai "crediti di massa" ([28]) il pagamento certo ed integrale, sempre che vi sia un attivo sufficiente ([29]). Il comma 2 della disposizione menzionata utilizza in proposito due espressioni poco felici, ovvero quella della "funzionalità" e della "occasionalità", che meritano una più attenta lettura interpretativa. La formulazione letterale della disposizione non è di significato univoco, talché risulta fondamentale andare oltre un'interpretazione *vox iuris*, muovendo dall'intenzione del legislatore della riforma del 2006 e dei recenti interventi, mercé il D.L. n. 78/2010 (convertito con la L. n. 272/2010), e poi, con il D.L. n. 83/2012 (convertito con la L. n. 134/2012), che hanno introdotto significative novità nella legge fallimentare arricchendo il quadro normativo in tema di prededuzione.

In primo luogo, come ha recentemente ribadito la Suprema Corte, va rilevata l'autonomia dei due criteri previsti dalla norma che qui ci occupa, dovendo interpretarsi in tal senso la disgiuntiva "o" ([30]) in favore, quindi, dell'alternatività degli stessi. Per quanto attiene al primo dei due criteri, quello dell'"occasionalità", come ribadito dalla dottrina e dalla giurisprudenza ([31]), la locuzione "in occasione" ha una chiara valenza temporale, indicando quei crediti sorti nell'ambito di una procedura concorsuale, sia

---

([28]) I "crediti concorrenti" sono quei crediti (o debiti) sorti in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento e come tali destinati ad essere soddisfatti in moneta fallimentare; crediti che, una volta aperta la procedura fallimentare, diventano "crediti concorsuali".

([29]) A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali*, cit., p. 1340 ss.

([30]) Cass., 5 marzo 2014, n. 5013, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1653.

([31]) Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fallimento*, 2014, p. 517: «in caso di consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, il disposto dell'articolo 111, comma 2, legge fallim., come modificato dal decreto legislativo n. 5 del 2006, consente di riconoscere, con le modalità previste dall'articolo 111-*bis* legge fallim., la prededuzione non soltanto ai crediti sorti in occasione, cioè durante il corso delle procedure stesse, bensì anche quelli sorti anteriormente, ma funzionali alla procedura»; Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, in *Fallimento*, 2014, p. 519: «i criteri cronologico ("in occasione") e funzionale ("in funzione"), utilizzati nell'attuale formulazione dell'articolo 111, comma 2, legge fallim., per l'individuazione dei crediti prededucibili, devono intendersi quali criteri alternativi ed autonomi», fermo restando che «ai fini dell'individuazione dei crediti prededucibili in quanto sorti "in occasione" di una procedura concorsuale, di cui all'articolo 111, comma 2, legge fallim., il criterio cronologico deve essere integrato con quello, soggettivo, della riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura, non potendosi considerare prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa», mentre «ai fini dell'individuazione dei crediti prededucibili in quanto sorti in occasione di una procedura concorsuale, di cui all'articolo 111, comma 2, legge fallim., la funzionalità rispetto alle esigenze della procedura non può costituire un criterio integrativo di quello cronologico

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essa il fallimento, sia il concordato preventivo (32). In tal modo viene chiarito il requisito oggettivo richiesto dalla disposizione, ai fini della ricorrenza della fattispecie dell'art. 111 legge fallim. Inoltre, come ha recen-

---

della occasionalità, perché tale funzionalità è autonomamente considerata come causa della prededucibilità dei crediti».

(32) A tal riguardo, si deve considerare anche l'impatto che era destinato ad avere in materia l'art. 11, comma 3-*quater*, L. 21 febbraio 2014, n. 9, di conversione del D.L. n. 145/2014, il quale ha stabilito che «la disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma». Tale norma sembrava subordinare, per tutti i crediti sorti in relazione ad una procedura di preconcordato, il riconoscimento della prededucibilità alle ulteriori condizioni della presentazione di una domanda di concordato preventivo da parte del debitore nel termine assegnatogli e della successiva apertura della procedura. L'intervento del legislatore non era, peraltro, andato esente da critiche. Da un lato, le prime pronunce giurisprudenziali in materia già segnavano un primo orientamento difforme a quanto previsto dal legislatore, cfr. Trib. Terni, 17 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*, nel senso che i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111, comma 2, legge fallim. a prescindere dall'effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo entro il termine assegnato dal tribunale; diversamente, infatti, una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti. Anche in dottrina, da più parti, si registravano opinioni discordanti, e contrarie con l'impostazione adottata dal legislatore, accusando lo stesso di aver ostacolato l'accesso ai nuovi finanziamenti all' imprenditore in crisi e così, sposando un'interpretazione restrittiva della disposizione escludendo dal suo ambito applicativo tutte le ipotesi in cui la prededuzione è espressamente prevista da norme di legge anche in assenza dei requisiti della "occasionalità" e della "funzionalità" di cui all'art. 111, comma 2, legge fallim.: cfr. A. PANZANI, *Prima interpretazione delle nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti con riguardo alla disciplina dei finanziamenti*, in *www.ilfallimentarista.it*, 25 marzo 2014; P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, legge fallim. e i nuovi orizzonti della prededuzione preconcordataria*, in *www.ilcaso.it.* Tuttavia, l'art. 22, comma 7, D.L. n. 91/2014, convertito in L. n. 116/2014, ha svincolato la prededuzione dall'ammissione al concordato preventivo, abrogando la norma interpretativa del citato D.L. n. 145/2013, e eliminando, così, ogni rilevanza alle questioni interpretative sollevate in materia dalla norma. A seguito della riferita abrogazione potrà, quindi, essere riconosciuta la prededuzione dei crediti sorti "in occasione" e "in funzione" di un concordato preventivo in bianco anche non ammesso, e quindi sfociato direttamente in fallimento: cfr. G.B. NARDECCHIA, *L'ammissione al passivo,* relazione al Convegno S.I.S.CO., Milano, 22 novembre 2014, reperibile su *www.ilfallimentarista.it,* nonché, Trib. Monza, 23 ottobre 2014, reperibile *ivi.* Mentre, per un'attenta lettura sulla norma di interpretazione autentica, oggi abrogata, si rinvia a P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, legge fallim. e i nuovi orizzonti della prededuzione preconcordataria,* in *www.ilcaso.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

temente ribadito la Corte di cassazione (33), (ri)enunciando un principio già noto in materia al fine di perimetrare l'ambito applicativo della prededuzione rispetto ai crediti sorti "in occasione", vi è la necessità di integrare il criterio cronologico con un elemento soggettivo implicito. Il riferimento "soggettivo" è chiaramente indirizzato all'attività posta in essere dagli organi della procedura: infatti, diversamente opinando, si conseguirebbe un risultato pregiudizievole per le ragioni della massa dei creditori, i quali dall'incremento "irragionevole" del passivo vedrebbero considerevolmente ridotte le loro aspettative di soddisfacimento. Dunque, dalle considerazioni che precedono si può affermare che non sarà possibile ricondurre nell'area dei crediti prededucibili "in occasione" tutte quelle poste creditorie sorte a seguito dell'attività svolta dal debitore, e quindi non riferibili agli organi della procedura, per il solo fatto di essere sorte in costanza della procedura medesima.

Attesa l'indipendenza e autonomia dei due criteri, qualora un credito rientri tra quelli definibili come sorti "in occasione", in quanto venga accertata la presenza non solo del requisito oggettivo (temporale), ma anche di quello soggettivo, il giudice, in sede di verifica del passivo ai sensi dell'art. 111-*bis* legge fallim., non dovrà rivolgere l'analisi anche sulla "funzionalità" di quello stesso credito, la cui portata si cercherà di chiarire nelle successive pagine, rispetto alle esigenze della procedura (34). Allo stato può, quindi, ragionevolmente affermarsi che l'attività degli organi della procedura comporti l'insorgere di poste creditorie, autonomamente prededucibili (35).

Posto tale assunto pacificamente accolto in giurisprudenza e in dottrina e ferma, dunque, l'autonomia operativa e concettuale dei due criteri utilizzabili ai fini dell'individuazione dei crediti prededucibili, sarebbe errata un'operazione ermeneutica volta a ricomprendere nella *sub*-catego-

---

(33) Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, con nota di P. VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 519.

(34) Cass., 13 dicembre 2013, n. 27926, in *Fallimento*, 2014, p. 537.

(35) Il criterio della "occasionalità" prescinde quindi dalla "funzionalità", e non necessariamente richiede il conseguimento di un risultato concretamente "utile" per la massa dei creditori: cfr. E. LO MUNDO, *Commento* sub *art. 111 legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2008, p. 1426 ss. In senso contrario, v. Trib. Prato, 14 giugno 2012, in *www.ilcaso.it:* «il criterio dell'"occasionalità" di cui all'art. 111, comma 2, legge fallim. pur afferendo l'aspetto temporale dell'atto potenzialmente prededucibile, deve in ogni caso interpretarsi in senso restrittivo; deve cioè trattarsi di atto comunque inerente in modo necessario, funzionale alla procedura, nel senso di comportare un'utilità per la procedura stessa e quindi, quantomeno indirettamente, per tutti i creditori concorsuali».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ria dei crediti prededucibili "in occasione" anche quelle poste creditorie sorte all'interno di una procedura concorsuale che, tuttavia, non siano contestualmente riferibili all'operato degli organi della procedura. La pronuncia del Tribunale di Milano ha correttamente applicato il principio enunciato, evitando l'errata sovrapposizione dei due criteri che invece si avrebbe, qualora le obbligazioni non ascrivibili ad attività degli organi concorsuali venissero attratte nell'area del criterio cronologico, per il solo fatto di essere temporalmente sorte nel corso di una procedura concorsuale. Per tali motivi, secondo i giudici ambrosiani, qualora il credito non sia riconducibile all'attività degli organi della procedura concordataria in quanto lo stesso sia da riferire esclusivamente all'iniziativa del debitore, esso andrà ricompreso, posta la mancanza del requisito soggettivo, nell'area dei crediti prededucibili sorti "in funzione [36]" di una procedura concorsuale e quindi dovrà essere comunque accertata, ai fini della prededucibilità, la sua "funzionalità" alle esigenze della procedura.

4. (segue) *La delimitazione del criterio della "funzionalità" dei crediti sorti nell'ambito e prima di un concordato preventivo.*

Dalle menzionate pronunce della Cassazione sul punto possono essere enucleati alcuni principi, idonei ad orientare l'interprete e volti a circoscrivere i confini della prededucibilità di un credito sorto in sede endoconcordataria, da ascrivere alla categoria funzionale.

Più precisamente, nell'ipotesi di un credito sorto "in occasione", il giudice, in sede fallimentare, una volta accertata la presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi, accorderà la prededuzione senza la necessità di un'ulteriore valutazione in termini di "utilità", mentre quest'ultima sarà necessaria, laddove il credito in questione sia sorto all'interno di un concordato preventivo ad opera dell'attività esclusiva del debitore. Tale assunto rende chiara la necessità di fissare gli indici del criterio della "funzionalità" in presenza dei quali potrà essere accordata la prededuzione: se, da un lato, sembra agevole l'operazione di ricondurre nell'ambito del criterio teleologico i crediti sorti nel corso di una procedura concorsuale e non riferibili agli organi della procedura stessa, non altrettanto può dirsi

---

[36] Cfr. G. VERNA, *Sulla prededuzione "in funzione" nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2015, II, p. 90; G. FERRI Jr, *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 449; L. BOGGIO, *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1653.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per i crediti maturati prima dell'apertura di una procedura concorsuale, ponendosi ovvie e delicate questioni applicative.

Quindi, se i crediti sorti "in occasione" hanno un riferimento temporale certo (37), non risulta, invece, facilmente individuabile l'area interessata dai crediti sorti "in funzione" di una procedura concorsuale. Dalla stessa formulazione letterale della norma pare, infatti, che il criterio teleologico possa abbracciare anche i crediti sorti prima dell'apertura di una procedura concorsuale, e quindi al di fuori della stessa. Come sottolinea correttamente il Tribunale di Milano nel provvedimento che si annota, «il tema della prededucibilità dipende dalla tipologia del singolo credito: difatti, se il credito è espressamente dotato di prededucibilità la questione in sede fallimentare può riguardare i presupposti in base ai quali quel credito ha assunto natura prededucibile, ma non la prededucibilità in quanto tale».

Qualora la valutazione giudiziale non abbia avuto riguardo alla natura prededucibile del credito, ovvero essa manchi del tutto, come nel nostro caso, tale valutazione andrà effettuata per la prima volta in sede fallimentare, alla luce del comma 2 dell'art. 111 legge fallim. La successiva apertura della procedura fallimentare impone che, in sede di verifica dello stato passivo, il giudice delegato accerti la «funzionalità dell'atto negoziale alle esigenze della procedura (concordataria), ci sia già stata o meno una tale valutazione di funzionalità da parte degli organi della procedura stessa» (38).

L'attuale indirizzo della Suprema Corte aggiunge un tassello importante nel delineare i contenuti della fattispecie della prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" di una procedura concorsuale, laddove manchi un'attività negoziale riferibile agli organi della procedura, ovvero un preliminare controllo giudiziale, fondamentale rispetto alla esigenza di tutela della *par condicio creditorum*.

Il giudice, secondo quanto emerge dai principi desumibili dalle più recenti pronunce della Cassazione sul tema che qui ci occupa, e condivise da una certa giurisprudenza di merito, dovrà accertare se le attività negoziali riferibili al debitore si pongano in rapporto di «adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i creditori» (39). Sembra ragionevole affermare che la necessità di tale controllo, ai fini della prededucibilità di un credito sorto "in funzione" di

---

(37) A. SILVESTRINI, *Sub art. 111 legge fallim.*, cit., p. 1555.
(38) Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, cit.
(39) Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, in *Fallimento*, 2014, p. 111.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

una procedura concorsuale e geneticamente non riconducibile agli organi della stessa, sia data dall'esigenza di evitare un'"irragionevole" estensione della prededuzione a tutti quei crediti endoconcordatari conseguenti ad attività del debitore, qualora essi non siano "funzionali" ad esigenze della stessa (40). Va da subito evidenziato che il richiamo ad un criterio di «adeguatezza funzionale dell'attività posta in essere dal debitore rispetto alle necessità risanatorie», nonché di una sua "effettiva utilità" per la massa dei creditori, condurrà il giudice delegato ad un accertamento *ex post* quanto mai "minuzioso" in ordine alla reale utilità del credito per la massa dei creditori: negandone, di conseguenza, l'auspicata prededucibilità laddove non risultasse correttamente provata dall'istante l'asserita "funzionalità" e tenuto conto dell'aggravio per i creditori concorsuali. Alla luce di tale valutazione, come afferma il Tribunale di Milano, potrà, dunque, essere giustificata l'assunzione di un'ulteriore obbligazione per la procedura qualora vi sia stata una concreta utilità per la massa dei creditori, naturalmente valutabile *ex post* e rispondente agli scopi della procedura medesima (41); potendosi, nel contempo, salvaguardare le ragioni dei creditori che, anche nell'attuale contesto normativo fortemente mutato dalle recenti riforme, restano la "stella polare" delle procedure concorsuali.

Delineate le caratteristiche del parametro della "funzionalità" dei crediti, ai fini della loro prededucibilità, l'attenzione deve essere spostata sulla possibile estensione del criterio teleologico al di fuori della procedura concordataria. Come enunciato all'inizio del presente paragrafo, la formulazione letterale del comma 2 dell'art. 111, legge fallim., nonché gli ultimi arresti della Suprema Corte, inducono all'estensione della prededuzione anche alle poste creditorie sorte precedentemente all'apertura della procedura, in presenza delle condizioni enunciate dalla giurisprudenza di legittimità. Da un lato, quindi, l'ambito della prededuzione risulta esteso ai crediti sorti prima dell'apertura del fallimento nel corso di una procedura concorsuale minore; dall'altro, in via del tutto innovativa, si estende anche alle pretese creditorie sorte prima dell'apertura di una procedura concorsuale minore, quale quella concordataria. Milita a favore di una tesi estensiva dell'ambito applicativo della prededuzione dei crediti sorti "in funzione" della procedura non solo un dato meramente testuale ma, ancora più, la *ratio* ispiratrice del nuovo dettato normativo, ovvero quella di

(40) Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, cit.
(41) Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

favorire concretamente il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi di impresa alternative alla procedura fallimentare.

La deroga introdotta al principio portante delle procedure concorsuali, vale a dire la *par condicio creditorum*, trova spiegazione nella considerazione secondo cui, in una moderna procedura concorsuale, tutela del credito e risanamento hanno finalità convergenti in quanto il maggior attivo disponibile si realizza «non già vendendo a brandelli i beni aziendali, ma tenendo aggregati quegli stessi valori» (42).

Tuttavia, la dedotta estensione dei crediti prededucibili sorti al di fuori della procedura di concordato preventivo, o comunque di altra procedura concorsuale disciplinata dalla legge fallimentare, va allo stesso modo chiarita, come ampiamente discusso, alla luce di un criterio di "effettiva utilità" del rapporto obbligatorio da cui discende il credito per la procedura medesima, in quanto rispondente alle esigenze della stessa: verifica di congruità ed utilità che sarà svolta dal giudice delegato *ex post*, nella sede propria del riconoscimento della prededuzione, ovvero in quella concorsuale dell'accertamento del passivo (43).

Infatti, va dato atto che l'attuale comma 2 dell'art. 111 legge fallim. è stato oggetto di critiche da parte degli interpreti, che ne hanno censurato la genericità della formulazione. Pertanto, una certa giurisprudenza di merito e parte della dottrina che, trascurando i principi enunciati dalla Cassazione, giungono a negare un'interpretazione estensiva della disciplina generale dell'art. 111, comma 2, legge fallim., argomentano che la locuzione "in funzione", ai fini della prededucibilità, presuppone comunque una procedura già aperta ed un controllo del giudice sulla congruità ed utilità dell'obbligazione per l'interesse dei creditori (44).

Secondo la tesi in questione, l'estensione dell'ambito della prededuzione anche ai crediti maturati prima dell'apertura della procedura concorsuale non sarebbe possibile sulla base del dato normativo, in quanto non solo ciò avverrebbe in assenza di un controllo degli organi della procedura ma, soprattutto, perché in questa fase non sarebbe riscontrabile alcuna "funzionalità" per la massa dei creditori. Infatti, secondo tale linea di pensiero, nella fase di predisposizione della domanda e di deposito della

---

(42) A. JORIO, *Le crisi d'impresa*, in *Fallimento,* Milano, 2000, p. 7 ss.

(43) Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, cit., p. 517.

(44) Trib. Udine, 6 marzo 2010, *in www.ilcaso.it*; in tal senso anche Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009, *ivi*; Trib. Bari, 17 maggio 2010, *ivi*; Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 1414 ss.; Trib. Udine, 6 dicembre 2009, cit.; Trib. Udine, 6 dicembre 2009, reperibile su *www.unijuris.it.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stessa sussisterebbe solo un interesse del debitore che pone in essere un'attività privata tendente alla risoluzione della crisi d'impresa, la quale non ha ancora ricevuto il vaglio dell'autorità giudiziaria e dei creditori (45). La distinzione tra crediti insorti "in occasione" delle procedure e crediti insorti "in funzione" delle stesse risiederebbe, piuttosto, nel fatto che la prima fattispecie si riferisce a quei crediti sorti da "obbligazioni contratte dal debitore per gli scopi della procedura", mentre la seconda, quella cioè in relazione ai crediti qualificabili come sorti "in funzione", a quelli insorti *post*-apertura della procedura "per spese ed oneri di gestione della procedura" (46).

A ben vedere, l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale (47) che sposa un'interpretazione restrittiva della novella trova conforto prevalentemente nel dato testuale della disposizione, caratterizzata da una formulazione come si è visto ambigua, e sembra essere orientato piuttosto da un certo "spirito prudente", volto ad evitare possibili abusi nascenti dall'insorgere del credito al di fuori di un controllo giudiziale; tale controllo funge, come pacificamente ammesso, quale necessario "filtro" alla deroga della *par condicio creditorum*, insita nella previsione della prededucibilità. Alla luce di quanto segue, tuttavia, non sembra potersi condividere tale interpretazione, in quanto l'orientamento "cauto" della giurisprudenza e della dottrina interpreta la disposizione al di fuori delle attuali norme sulla crisi di impresa, che esprimono il mutato atteggiamento del legislatore di fronte alle nuove esigenze emergenti dai rapporti economici.

Non a caso, a partire dalla riforma del 2005, attuata con la L. 14 maggio 2005, n. 80, il legislatore è intervenuto periodicamente nel tessuto normativo della legge fallimentare con l'introduzione di una serie di disposizioni, finalizzate ad incentivare l'emersione della crisi e ad attuare il salvataggio dell'impresa attraverso il ricorso a strumenti a tal fine predisposti, prima che la situazione degeneri nell'insolvenza (48). L'esperienza insegna, infatti, che adottare provvedimenti tempestivi può aumentare notevolmente le possibilità di salvare un'impresa in crisi, specialmente se le difficoltà sono di origine finanziaria. Sulla base delle suaccennate considerazioni, una lettura coordinata di quelle che vengono definite le dispo-

---

(45) Trib. Napoli, 15 dicembre 2014, cit.

(46) Trib. Udine, 6 marzo 2010, cit.; Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009, cit.; Trib. Udine, 15 ottobre 2008, cit.; Trib. di Udine, 6 dicembre 2009, cit.

(47) In dottrina si segnala F. Brizzi, *Le fattispecie dei crediti prededucibili*, cit., p. 852.

(48) A. Vicari, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 498 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sizioni sul "diritto della crisi d'impresa" consente di superare le obiezioni di quegli orientamenti più cauti e restrittivi, alla luce della non controvertibile affermazione secondo cui alla conservazione dei valori aziendali in presenza di una situazione di crisi si accompagna un percorso di tutela delle ragioni creditorie.

Certamente, si può affermare che gli orientamenti difformi della giurisprudenza di merito nonché di una parte della dottrina in ordine all'esatta individuazione dei confini della prededuzione, dovuti alla sua non felice formulazione, confermano che il quadro normativo di riferimento non è esente da incertezze applicative, a cui solo una costante applicazione giurisprudenziale potrà porre rimedio.

5. Il concetto di "funzionalità" del credito prededucibile: le differenze tra giudizio di "strumentalità" e di "utilità concreta".

Il tema dei crediti prededucibili sorti "in funzione" di una procedura concorsuale trova oggi una prospettiva di più ampio respiro, includendo, come si è detto, anche quei crediti sorti da attività negoziali anteriori all'apertura dello stesso concordato preventivo. Tuttavia, un punto fondamentale merita ancora di essere chiarito. Nel decreto in commento i giudici ambrosiani, nell'individuare la collocazione normativa e la conseguente disciplina delle poste creditorie sorte a seguito di un'attività riconducibile unicamente al debitore, hanno correttamente ritenuto invocabile l'ampia categoria della "funzionalità", e non quella dell'"occasionalità".

Il Tribunale ha statuito il principio secondo il quale la verifica circa la "funzionalità" del credito richiede necessariamente l'accertamento dell'"utilità concreta" per la massa dei creditori, affinché possa dirsi che lo stesso, in quanto riconducibile ad attività negoziale del debitore, risponda agli scopi della procedura. Tale conclusione, come esaminato sopra, si conforma ad un orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, ai fini dell'integrazione della fattispecie *de qua*, bisogna accertare quali vantaggi siano stati arrecati in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia dell'integrità del patrimonio [49].

La formulazione poco felice della norma, in particolare della locuzione "in funzione", costringe l'interprete a fare i conti con il contenuto del requisito teleologico in parola, coordinandolo necessariamente con altre disposizioni della legge fallimentare. Il principio enunciato dalla Corte di Cassazione non sembra, invero, facilmente afferrabile, a una prima lettura,

---

[49] Cass., 17 aprile 2014, n. 8958, in *Giur. it.*, 2014, p. 1649.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

laddove si legge che il giudizio sulla "funzionalità" del credito richiede un'analisi sul risultato raggiunto, e non solo sulla necessità di un collegamento funzionale tra il credito e la procedura minore. Le considerazioni affermate dalla Suprema Corte sul punto inducono ad una riflessione critica sull'esigenza di estendere il giudizio anche all'elemento dell'"utilità" del credito per il quale si chiede il riconoscimento della prededuzione.

A tal proposito, in dottrina (50) si riscontra una linea di pensiero che muove da posizioni antitetiche e giunge ad un risultato diverso da quello espresso dalla giurisprudenza di legittimità (51) e condiviso dal provvedimento in esame. Secondo questa diversa interpretazione, nel concetto di "funzionalità" non sarebbe dato rinvenire per svariati motivi anche il diverso concetto di "utilità". In primo luogo, un'interpretazione allargata della locuzione in commento, tale da ricomprendere l'elemento ulteriore dell'"utilità", sarebbe incompatibile con i normali canoni ermeneutici che impongono, in primis, di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole (52) ed, inoltre, sarebbe incompatibile con la *ratio legis.* Ebbene, l'unico significato attribuibile alla locuzione "in funzione" sarebbe quello di "scopo", o di "obiettivo" dell'atto negoziale (53) da cui ha origine il credito. Tale considerazione, aderente al dato letterale o meglio sinonimico, consentirebbe di ravvisare la "funzionalità" unicamente nel "nesso strumentale" e "finalistico" che lega l'insorgenza del credito alla procedura concorsuale.

---

(50) M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali*, cit., p. 544 ss.

(51) Si segnala peraltro una recente differente impostazione accolta dalla Suprema Corte sul punto: cfr. Cass., 5 marzo 2015, n. 4486, con nota di A. PAGANINI, *Prededucibile il credito dell'avvocato per la redazione della domanda di concordato preventivo,* in *www.ilfallimentarista.it.* Secondo la Suprema Corte, in relazione all'attività di un professionista resa in sede di redazione della domanda di concordato preventivo, il concetto di "funzionalità" va inteso nel senso che l'attività svolta da costui deve essere strumentale all'accesso alla procedura concordataria, non richiedendo una valutazione dell'interesse della massa dei creditori, poiché si ritiene che già l'accesso ad una procedura concorsuale, seppure minore rispetto al fallimento, sia un bene per i creditori, giacché favorisce l'emersione di uno stato di crisi ed evita il depauperamento del patrimonio debitorio. Dunque, alla luce della pronuncia della Cassazione, non è necessario verificare il risultato delle prestazioni, cioè la concreta utilità per la massa, poiché si ritiene che il parametro della "funzionalità" costituisca una presunzione *iuris tantum* (salvo eventuale prova contraria da parte del curatore da valutare caso per caso). In senso conforme, v. Cass., 6 febbraio 2015, n. 2264, reperibile su *www.ilfallimentarista.it.*

(52) L'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile statuisce, al primo comma, che: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

(53) M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali*, cit., p. 543 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ad avviso di tale dottrina il concetto di "strumentalità", ovvero di "funzionalità", negli stessi termini qui riportati, sarebbe rintracciabile anche nell'art. 67, comma 3, lett. g), legge fallim., laddove non può sfuggire l'identità di contenuto delle due disposizioni (54). Infatti, se l'esenzione dall'azione revocatoria prevista in quest'ultima norma ha il fine precipuo di dare stabilità ai pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati dal debitore per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali, non si vede perché sul piano del regime di prededuzione, che mira non solo alla stabilità, ma anche all'intangibilità dell'atto, dovrebbe valere un criterio più restrittivo (55). Dunque, nessun concetto di "utilità" potrebbe essere ravvisato nell'art. 111, comma 2, legge fallim., per cui sembrerebbe una palese forzatura assoggettare la "funzionalità" del credito ad un giudizio eccedente quello circa l'inerenza dello stesso alla procedura e la sua idoneità allo scopo (56). Secondo la tesi enunciata, pertanto, il giudice in sede di verifica *ex* art. 111-*bis* legge fallim. non potrebbe procedere ad un giudizio sulla convenienza di fatto conseguita e realizzata, forzando così il dato letterale della disposizione e lo stesso senso ricavabile dalla terminologia impiegata. Infatti, secondo questa linea interpretativa, diversamente opinando si giungerebbe ad un risultato opposto a quello che ha mosso il legislatore della novella, cioè di favorire coloro i quali proseguono rapporti con il debitore in difficoltà in vista del risanamento dell'impresa, alla luce di un dato positivo inequivoco e sacrificando, altrimenti, il principio di certezza del diritto (57).

L'illustrazione della tesi appena esposta mostra che il tema della prededucibilità presenta non solo una notevole valenza teorica, ma soprattutto un'indubbia complessità pratica, offrendoci, nel contempo, l'occasione di giungere a soluzioni opposte, peraltro condivise dalla giurisprudenza di legittimità ed in parte da quella di merito. I principi su cui si fondano le affermazioni autorevoli e superiori avanzate dalla dottrina non possono di certo sfuggire, per il loro indubbio valore sistematico; tuttavia, esse non possono trovare accoglimento, in questa sede, per le ragioni che si cercherà meglio di esplicare.

In primo luogo, non sembra sia ravvisabile un'incompatibilità del principio di diritto espresso dalla Cassazione e qui condiviso dal Tribunale di Milano con il dato letterale della norma, giacché la presenza dell'ele-

---

(54) Negli stessi termini, cfr. Cass., 5 marzo 2015, n. 4486, cit.
(55) M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali*, cit., p. 543 ss.
(56) R. D'AMORA, *La nuova prededuzione*, in *www.osservatorio-oci org*, 2010, p. 1 s.
(57) M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali*, cit., p. 544 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento dell'"utilità" del credito rientra correttamente nel significato del criterio teleologico, attraverso un'interpretazione sistematica della disposizione, ove sembra chiaro che la sola sua interpretazione letterale non consente un approdo sicuro, esente da incertezze applicative. Come già affermato dalla giurisprudenza di legittimità prima della novella del 2006, l'interpretazione estensiva, anche rispetto ad una norma eccezionale quale è l'art. 111 legge fallim., nella misura in cui deroga al principio generale della *par condicio creditorum*, deve ritenersi corretta in quanto la norma non è applicata al di fuori dei casi da essa consentiti sulla base dell'*eadem ratio*, ma viene individuata attraverso l'esame del contesto normativo in cui essa è inserita, ovvero una *voluntas legis* più ampia di quella espressa dalla sua formulazione (58).

La prassi applicativa di alcuni Tribunali fallimentari (59) sembra confermare la linea interpretativa, secondo la quale il giudizio sulla "funzionalità" del credito è un giudizio condotto sull'"utilità" del medesimo per la massa dei creditori, in termini di «accrescimento dell'attivo o di salvaguardia dell'integrità del patrimonio» (60). La disciplina generale in tema di prededuzione introduce, come ampiamente illustrato in precedenza, una deroga al principio della *par condicio creditorum*, includendo una più ampia categoria di crediti prededucibili e realizzando per tale via un forte impatto sull'operatività delle procedure concorsuali, ma solleva la necessità di rinvenire proprio dal sistema un ragionevole contemperamento.

Un conforto in proposito sembra ricavabile già dalle pronunce della Cassazione anteriori alla novella del 2006, laddove testualmente può leggersi che «ai fini dell'ammissione al beneficio della prededuzione dei crediti del professionista che ha svolto la propria opera su incarico dell'imprenditore sottoposto alla procedura di amministrazione controllata, il giudice deve avere riguardo alla rilevanza che detto incarico assume nelle circostanze concrete nelle quali viene posto in essere, in relazione soprattutto all'impegno di spesa che grava sulle già precarie condizioni economiche dell'azienda, accertando l'utilità rispetto allo scopo della procedura (risanamento dell'impresa) dell'opera svolta dal professionista (…)» (61). Alla linea di pensiero prospettata sembra accedere non solo l'orientamento della Cassazione, dalle più risalenti pronunce fino a quelle più recenti, ma

---

(58) Cass., sez. un., 14 ottobre 1977, n. 4370, cit.

(59) Trib. Monza, 23 ottobre 2014, reperibile su *www.ilfallimentarista.it.*

(60) Cass., 17 aprile 2014, n. 8958, cit.; Cass., 13 giugno 2016, n. 12119, in *www.ilcaso.it*; per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Napoli, 15 dicembre 2014, *inedita*.

(61) Cass., 16 maggio 1983, n. 3369, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anche una lettura coordinata dell'art. 111 legge fallim. con le fattispecie speciali di prededuzione introdotte di recente dal legislatore. L'art. 182-*quater*, comma 2, legge fallim. disciplina i c.d. finanziamenti "in funzione", ovvero quei finanziamenti "funzionali" alla presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione del debito *ex* art. 182-*bis* legge fallim., subordinando la prededucibilità, nel caso del concordato preventivo, al decreto del Tribunale di ammissione alla procedura che espressamente statuisce sulla stessa.

Ebbene, in questo caso la valutazione avrà ad oggetto l'accertamento del "contributo causale" del finanziamento rispetto alla predisposizione del piano (62), secondo un rapporto di mezzo a fine tra i finanziamenti in parola e la presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo. Come si evince da una attenta lettura della disposizione dell'art. 182-*quater*, comma 2, legge fallim., anche in tale contesto il creditore-finanziatore, che ha già apportato il suo sostegno finanziario all'impresa in crisi, potrebbe vedersi negata *ex post* la "garanzia" della prededuzione a seguito del diniego del Tribunale. Non si vede per quale motivo, anche qualora venga in rilievo l'art. 111, comma 2, legge fallim., il giudice delegato in sede di verifica dei crediti e quindi di riconoscimento della prededuzione non possa rivolgere la sua analisi sul risultato in termini di utilità per la procedura, evitando opzioni ermeneutiche che avvantaggino solo certi creditori e non altri. La scelta condivisa non sarà di certo apprezzata, per l'indubbio sacrificio del principio di certezza del diritto, ma non va dimenticata, di converso, la finalità precipua di ogni procedura concorsuale, ovvero quella di vedere salvaguardate le ragioni della massa dei creditori interessati alla *par condicio creditorum.*

Infine, un accenno merita il comma 1 dell'art. 182-*quinquies* legge fallim., in tema di finanziamenti concessi "in occasione" della presentazione della domanda di concordato preventivo e della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Anche questi finanziamenti ricadono sotto l'ombrello protettivo della riforma e godono quindi della prededuzione ai sensi dell'art. 111 legge fallim. In questi casi, la prededuzione scatta in presenza dell'autorizzazione del Tribunale tenuto ad accertare, ai fini dell'ammissibilità della richiesta, la presenza dell'attestazione di un professionista "sulla funzionalità degli stessi alla migliore soddisfazione dei creditori", verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa.

---

(62) L. STANGHELLINI, *I finanziamenti-ponte*, cit., p. 1358.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La disposizione richiede un'attestazione in ordine alla funzionalità dei finanziamenti ottenuti al perseguimento dell'obiettivo della migliore soddisfazione dei creditori (63). Dunque, senza entrare nel merito della disciplina dettata dalla norma, anche per i finanziamenti in questione sembra dedursi che il giudizio sulla "funzionalità" deve tener conto degli interessi dei creditori, quanto ad un sensibile aumento delle prospettive di realizzo, a fronte di una loro sensibile contrazione in caso di assenza del finanziamento. Controllo che sarà effettuato in "secondo grado" dall'autorità giudiziaria (64).

Da una lettura coordinata delle disposizioni appena passate in rassegna e secondo un indiscutibile principio di coerenza sistematica, nonché dagli ultimi arresti della Cassazione sul punto, può ritenersi acclarato l'assunto circa l'estensione del contenuto del giudizio avente ad oggetto la funzionalità dell'attività negoziale del debitore, fino ad involgere una valutazione sull'utilità di fatto conseguita.

6. *La prededuzione nel concordato preventivo con continuità aziendale.*

Il provvedimento annotato consegue alla revoca di una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale (65), ponendo quindi l'attenzione sulla portata e sulla natura degli atti gestori posti in essere in tale sede rispetto agli interessi della massa dei creditori. La soluzione, come osserva il Tribunale, non può che dipendere dalla struttura della proposta concordataria. La scelta del debitore di regolare la crisi d'impresa ricorrendo allo strumento del concordato preventivo eviterà la procedura di fallimento, in caso di buona riuscita del piano, ma di certo non potrà non essere anche uno strumento di attuazione della garanzia patrimoniale (66).

Non è di certo questa la sede per affrontare le più vaste problematiche attinenti aspetti più generali della procedura concordataria, preferendo soffermarci sui punti toccati dal caso deciso in ordine a quegli atti di "ordinaria amministrazione" che possono essere compiuti dal debitore nel concordato con continuità aziendale, partendo da alcune brevi consi-

---

(63) S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in questa *Rivista*, 2012, I, p. 477.

(64) Si segnala in dottrina un orientamento difforme sull'estensione del controllo di "secondo grado" del Tribunale, laddove esclude un controllo diretto sulla funzionalità di tali finanziamenti: cfr. S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, cit., p. 479.

(65) L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p. 1244.

(66) M. FABIANI, *Sub art. 2221 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 2014, p. 162 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

derazioni preliminari. L'intervento normativo attuato nel 2012 con il c.d. Decreto Sviluppo ha introdotto nel diritto positivo la distinzione tra concordato con cessione dei beni, disciplinato dall'art. 182 legge fallim., che ricorre se «il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente», e concordato con continuità aziendale, disciplinato dall'art. 186-*bis* legge fallim.

La fattispecie del concordato con continuità aziendale comprende varie modalità di esplicazione (67), alcune delle quali in precedenza erano ricondotte con difficoltà alla figura in esame, ma oggi sono rese possibili data l'ampiezza consentita dall'art. 160 legge fallim. (68). A seguito dell'intervento del legislatore, infatti, la continuità viene ravvisata e si avrà applicazione della disciplina prevista dall'art. 186-*bis* legge fallim., non solo nel caso di prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore in crisi, ma anche nel caso di trasferimento a terzi del complesso produttivo (69), e questo diversamente dal passato, dove l'analoga fattispecie veniva ricondotta nel concordato con *cessio bonorum* (70).

Nella procedura di concordato preventivo l'imprenditore conserva la titolarità dell'impresa, tuttavia non ha più il "controllo assoluto", in quan-

---

(67) M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *www.ilcaso.it*, II, 303/2012.

(68) G.P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fallimento*, 2014, p. 671 ss.; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, Torino, 2014, vol. IV, p. 97; V.L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei progetti di "ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di "crisi"*, in S. Bonfatti-G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, Milano, 2006, p. 461 ss.

(69) In tal senso, si veda S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*, 2013, p. 1 ss.; l'Autore ha prontamente rilevato come la norma della legge fallimentare sul concordato con continuità aziendale presenti assonanze con la disciplina dell'amministrazione straordinaria, in quanto analogamente al D.Lgs. n. 270/1999 il sistema delineato dall'art. 182-*bis* legge fallim. comprende al suo interno una continuità tanto "soggettiva", quanto "oggettiva". In particolare, l'art. 27 del D.Lgs. n. 270/1999 stabilisce che le imprese dichiarate insolventi sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali: il che può avvenire, tra l'altro, attraverso la cessione dei complessi aziendali in regime di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa; oppure, mediante la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni.

(70) M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi d'imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 157; D. GALLETTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere "concordato con continuità aziendale"*, in *www.ilfallimentarista.it*; per la giurisprudenza, cfr. App. Firenze, 31 agosto 2015, n. 1485, in *www.ilfallimentarista.it.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

to la legge fallimentare stabilisce la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato per alcune tipologie di atti. In tale procedura le determinazioni del debitore non sono più assunte in piena autonomia, dovendo tener conto delle finalità perseguite, e tuttavia egli non perde la titolarità della propria impresa, talché la giurisprudenza per spiegare questo fenomeno parla di uno "spossessamento attenuato" (71). Naturalmente, la scelta di un concordato preventivo con continuità aziendale impone maggiore attenzione rispetto ad uno liquidatorio, laddove nel primo caso il debitore dovrà valutare attentamente quali attività può compiere senza una preventiva autorizzazione del giudice e che siano coerenti con le finalità risanatorie dell'impresa.

Qualora venga intrapresa la strada della continuazione dell'attività dell'impresa, gli atti negoziali posti in essere dal debitore comporteranno inevitabilmente un aggravio per la procedura, e quindi per la massa dei creditori: per tali motivi, essi dovranno conseguire, quale immediata finalità, l'incremento delle possibilità di ripresa con un miglioramento delle percentuali di soddisfazione del ceto creditorio. In tema di concordato con continuità aziendale, l'art. 186-*bis* legge fallim. statuisce espressamente la prosecuzione automatica dei rapporti pendenti: al terzo comma è stabilito, infatti, che «fermo quanto previsto nell'art. 169-*bis*, 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» (72).

In relazione alla disciplina della stipulazione di nuovi contratti nell'ambito del concordato preventivo bisogna distinguere il regime previsto dagli artt. 167 e 161, comma 7, legge fallim., per gli atti di straordinaria amministrazione, da quello per gli atti definibili di "ordinaria amministrazione", che al contrario non comporta alcun regime autorizzatorio (73) per il debitore, e quindi nessun vaglio preventivo dell'autorità giudiziaria. Se, da un lato, il nuovo art. 186-*bis* legge fallim. fissa le condizioni affinché il piano di concordato con continuità aziendale sia conforme alle prescrizioni di

---

(71) Cass., 16 marzo 2007, n. 6211, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 3.

(72) In tal senso, è stato evidenziato che la prosecuzione dei rapporti pendenti rappresenta un effetto naturale di qualsiasi tipologia di concordato preventivo: in questi casi, infatti, l'imprenditore ha la mera facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria lo scioglimento unilaterale, ovvero la sospensione del rapporto in corso di esecuzione: tuttavia, nell'ipotesi delineata dall'art. 182-*bis* legge fallim., la legge testualmente prevede l'inefficacia di eventuali patti contrari: cfr. L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1110, in nota.

(73) M. FABIANI, *Sub art. 2221 c.c.*, cit., p. 197 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

legge, resta il problema, di non facile soluzione, di stabilire quali atti possano essere definiti di "ordinaria amministrazione", diversamente da quelli enunciati dall'art. 167, comma 2, legge fallim., che invece necessitano dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

La distinzione, come è stato evidenziato, non segue canoni necessariamente convenzionali: infatti, l'art. 167 legge fallim. contiene un elenco di atti che richiedono l'autorizzazione del giudice, affinché siano considerati legittimi. Tuttavia, l'elenco in questione è solo esemplificativo (74), fermo restando la necessità dell'autorizzazione per gli atti espressamente previsti dalla disposizione. La giurisprudenza (75) e la dottrina definiscono l'atto di ordinaria amministrazione sulla base della normalità dell'atto rispetto alla gestione caratteristica (76): deve trattarsi sostanzialmente di un'attività contrattuale inerente al *core business* dell'impresa (77), che ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 2, lett. a), legge fallim. avrà necessariamente trovato specifica descrizione nel piano concordatario (78).

Come anticipato ad apertura di questo paragrafo, la pronuncia che qui si annota è di particolare pregio, laddove enuncia il principio di diritto secondo cui anche gli atti del debitore rientranti tra quelli definibili di ordinaria gestione, ai sensi dell'art. 167, legge fallim., sono sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria in sede di verifica dello stato passivo del fallimento ai fini dell'operatività della prededuzione. A tal riguardo, il Tribunale ha precisato che i crediti riferibili ad atti del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, daranno luogo al beneficio della prededucibilità solo qualora sia data la prova dell'"adeguatezza funzionale" e dell'"utilità" degli stessi per la massa dei creditori, attraverso la valutazione del giudice delegato che assumerà caratteristiche diverse a seconda della tipologia di credito fatto valere in sede concorsuale. Qualora, infatti, si tratti di un credito cui la legge espressamente attribuisce la prededuzione, in quanto riconducibile tra quelle fattispecie speciali di cui all'art. 111, comma 2, legge fallim., il giudice si limiterà ad accertare

---

(74) Cass., 8 agosto 1997, n. 7390, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 432.

(75) Cass., 4 maggio 1995, n. 4856, in *Vita not.*, 1996, p. 941; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 718; Cass., 5 dicembre 2011, n. 25952, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1727.

(76) M. FABIANI, *Sub art. 2221*, cit., p. 400 ss.

(77) G.P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici*, cit., p. 674.

(78) L'art. 182-*bis* legge fallim. richiede che il piano concordatario contenga «un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato», il che rende necessaria una descrizione della stessa anche sotto il profili negoziale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'esistenza dei presupposti in base ai quali quel credito ha assunto natura prededucibile e non concentrerà, invece, il giudizio sulla "natura prededucibile del credito in quanto tale". Si può ragionevolmente affermare che, qualora i crediti sorti dopo l'apertura del concordato preventivo e riferibili ad atti di gestione dell'impresa non eccedenti la ordinaria amministrazione siano sottoposti al vaglio del giudice delegato, il beneficio della prededuzione dipenderà dall'accertamento della "funzionalità", nei termini che si è cercato di spiegare più sopra, alle esigenze della procedura concordataria.

Si pone, quindi, il problema di individuare quale "utilità" possa aver avuto quel credito per la massa dei creditori. La soluzione al problema esposto dipenderà, come si è detto, dalla struttura della proposta concordataria e dall'esito della stessa, in quanto anche nel caso di un concordato preventivo con continuità aziendale non avremo automaticamente l'applicazione della disciplina della prededuzione, per il solo fatto che «la gestione dell'impresa rappresenti una modalità essenziale della procedura concordataria» e che, nel contempo, si tratti di crediti sorti da atti negoziali che l'impresa effettuava abitualmente, nell'ambito della sua gestione caratteristica. In tale contesto, il giudice delegato dovrà valutare l'attitudine conservativa di quell'atto gestorio [79], ovvero l'incidenza negativa dello stesso sul patrimonio dell'impresa [80]. Infatti, argomentando diversamente, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione che il credito che ne scaturisce sia sempre prededucibile. In tal modo si innesterebbe nella successiva procedura fallimentare un meccanismo assai perverso, portando ad aggravare a dismisura il fallimento stesso di oneri prededucibili, indipendentemente da un vaglio degli organi della procedura sull'utilità dell'atto medesimo.

Dunque, la nostra indagine, come affermato dal Tribunale di Milano nel provvedimento in commento, deve comprendere ulteriori elementi, che arricchiscono il contesto nel quale si inserisce la scelta del debitore di proseguire l'attività dell'impresa. La scelta di salvaguardare i valori aziendali, di fronte allo stato di crisi in cui versa l'impresa, deve essere valutata in termini di strumentalità al miglior realizzo da parte dei creditori concorsuali delle rispettive pretese, per cui solo ove sia dimostrato dal ricorrente che il proprio credito non solo rappresenti una modalità essenziale della prosecuzione della procedura concordataria, ma risulti anche vantaggioso per i creditori, potrà vedersi attribuito il beneficio di cui

---

[79] Cass., 8 novembre 1996, n. 23796, cit.
[80] Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

all'art. 111, comma 2, legge fallim. Tale affermazione si colloca nel solco tracciato dalle recenti pronunce della Corte di Cassazione, laddove si richiede un costante vaglio dell'"utilità" del debito assunto per la massa dei creditori, verificando che la finalizzazione dell'atto sia in ogni caso coerente con il miglior soddisfacimento dei creditori.

Ebbene, alla luce delle precedenti affermazioni, il credito sorto dalla fornitura di cataloghi turistici, abitualmente oggetto di stipulazione da parte della società fallita quando essa era *in bonis*, costituisce un credito posto in essere durante la procedura concordataria che, da un punto di vista meramente temporale, può essere incluso tra quelli sorti "in occasione"; tuttavia, venendo meno il requisito soggettivo della riferibilità dello stesso ad atti degli organi della procedura, si renderà necessaria, ai fini della prededucibilità del credito, la riconduzione nell'ambito della diversa fattispecie dei crediti sorti "in funzione" valutandone in concreto la "funzionalità" ai fini del risanamento dell'impresa.

7. La prededuzione e il piano di risanamento attestato ex *art. 67, comma 3, legge fallim.: una lacuna discutibile.*

La decisione del Tribunale di Milano ci consente, seppure con i limiti della presente trattazione, un accenno a quella che ai più sembra non essere una mera "dimenticanza" del nostro legislatore, bensì una scelta determinata dall'attuale contesto normativo, ovvero il mancato coinvolgimento nella disciplina della prededuzione dei crediti sorti nell'ambito di un piano di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., con esito negativo, in specie quelli originati da un finanziamento [81].

L'estensione dell'ambito della prededuzione, quale si ricava dall'art. 111, comma 2, legge fallim., non può spingersi fino alle procedure di composizione della crisi d'impresa che non siano definibili quali concorsuali, come espressamente richiede la norma. Se, da un lato, gli accordi di ristrutturazione del debito, *ex* art. 182- *bis* legge fallim., a rigore non rientrano nella previsione normativa dell'art. 111 legge fallim., non potendo gli stessi essere definiti quali procedure concorsuali, dall'altro i recenti interventi legislativi hanno espressamente disciplinato la prededuzione della c.d. "nuova finanza" erogata "in funzione" ed "in occasione", non-

---

[81] L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1348; C. COSTA, *L'esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 538 ss.; F. D'ANGELO, *I piani attestati* ex *art. 67, terzo comma, lett. d, legge fallim.: luci ed ombre a seguito del decreto "sviluppo"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 77 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ché "in esecuzione" di un accordo di ristrutturazione del debito, nulla statuendo in relazione ai finanziamenti erogati in vista o in attuazione di un piano di risanamento attestato, regolato dall'art. 67, comma 3, legge fallim., escludendoli in tal modo dal trattamento preferenziale.

Ebbene, non solo il legislatore ha escluso l'applicazione della disciplina generale della prededuzione, quale si ricava dall'art. 111 legge fallim., vista l'assenza di un vero e proprio concorso tra i creditori nel caso di un piano di risanamento, ma neppure ha previsto una disciplina specifica, come avvenuto in ordine a particolari categorie di crediti, ovvero per le prededuzioni delineate e disciplinate dagli artt. 182-*quater* e *quinquies* legge fallim. Dunque, allo stato, può ragionevolmente affermarsi che ove l'imprenditore in difficoltà si sia orientato nella predisposizione di un piano di risanamento, volto al superamento della situazione di squilibrio economico-finanziario che attanaglia l'impresa, l'esito infausto del tentativo di salvataggio consentirà al medesimo una salvaguardia solo attraverso la prevista esenzione dall'azione revocatoria fallimentare (82). Nell'aerea dell'esenzione (83) sono ricompresi tutti quegli atti necessari e strumentali al superamento della crisi di impresa ed alla continuazione dell'attività da parte del debitore, ossia gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni

---

(82) G. CORSI, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli, Torino, 2014, vol. III, p. 570.

(83) L'art. 67, comma 3, legge fallim. richiede, ai fini dell'operatività dell'esenzione l'attestazione di un professionista, attraverso una verifica che viene condotta su di un piano già redatto da terzi. Tale giudizio, fino alla modifica intervenuta nel 2012, era scisso in due componenti: la verifica dell'"idoneità" del piano al raggiungimento di uno stato di "equilibrio debitorio e finanziario" - e dunque il ripristino di una condizione di normale esercizio, con il connesso pagamento di tutti i creditori, salvo eventuali diversi accordi conclusi con loro su base individuale - rimasta invariata, e la "ragionevolezza" del piano, quest'ultima invece rimossa dal legislatore con il D.L. n. 83/2012 e sostituita con la necessaria verifica da parte dell'attestatore dell'attendibilità dei dati aziendali e della fattibilità del piano, alla luce di un giudizio di natura professionale ispirato ai criteri della diligenza professionale qualificata. La verifica di "idoneità" del piano attiene ad un giudizio astratto, basato sulle ipotesi formulate nel piano, attraverso il quale il professionista attesta che una volta realizzatesi tutte le previsioni si raggiungerebbe il risultato indicato dalla norma; quella di "ragionevolezza/fattibilità" si differenzia per una maggiore concretezza, dovendo, infatti, il professionista valutare le effettive possibilità di realizzazione del piano. L'attestazione si concreta, essenzialmente, in un giudizio motivato e compiuto *ex ante*, che ha soltanto due possibili esiti: *a)* attestazione, se vi è "idoneità" ad assicurare il risanamento dell'impresa e dunque il ripristino della solvibilità - per gli accordi *ex* art. 182-*bis* legge fallim. è sufficiente l'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei- e "ragionevolezza/fattibilità" del piano; *b)* mancata attestazione, se manca anche uno solo dei due presupposti: cfr. A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1246 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del debitore in esecuzione di un piano attestato da un professionista indipendente, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

Sembra ragionevole affermare che se da un lato, la nuova legge fallimentare persegue l'obiettivo di favorire la tempestiva emersione delle situazioni di crisi dell'impresa e di garantirne per quanto possibile il superamento o per lo meno la sistemazione in modi più efficienti rispetto al passato (84); dall'altro, nel caso di un piano di risanamento, il depotenziamento dell'azione revocatoria non si accompagna alla facoltà offerta in via normativa ai creditori di soddisfare le relative pretese in prededuzione nel successivo eventuale fallimento. La motivazione che appare potersi dedurre è, pertanto, data dall'assenza di pubblicità del piano, o meglio dalla sua eventualità - poiché solo su iniziativa del debitore esso potrà essere iscritto nel registro delle imprese - nonché dall'assenza di un preventivo controllo giudiziale in merito alla proposta, che allo stato si ritiene essere requisito necessario affinché sia accordata (85) la prededuzione (86). Tali obiezioni, tuttavia, non sembrano superabili, nonostante la legge richieda l'attestazione del professionista circa la "idoneità" e "fattibilità" del piano, nonché preveda una responsabilità penale, *ex* art. 236-*bis* legge fallim., in caso di falso in attestazioni e relazioni (87), quali correttivi all'assenza di coinvolgimento dell'autorità giudiziaria.

Per le motivazioni sopra esposte, sarebbe stato più coerente con la disciplina prevista dalle nuove fattispecie di prededuzione, di cui agli artt. 182-*quater* e *quinquies* legge fallim., includere anche quei crediti da finanziamento erogati in forza di un piano di risanamento attestato *ex* art. 67,

---

(84) S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia-L. Panzani, Torino, 2009, vol. I, p. 650 ss.

(85) L'argomento non è convincente, in quanto nei casi disciplinati dagli artt. 182-*quater* e *quinquies* legge fallim., laddove al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione segua il fallimento, il giudice delegato dovrà in questa sede verificare la presenza dei presupposti richiesti dalle disposizioni di riferimento per l'operatività della prededuzione; quindi, non vi sarà alcun automatismo per l'operatività della prededuzione. Per questo sembra discutibile la scelta del legislatore di escludere il trattamento preferenziale per i crediti da finanziamento sorti nell'ambito di un piano di risanamento attestato, così come invece stabilito nelle altre tipologie di soluzioni negoziate della crisi.

(86) L'assenza di un controllo giudiziale con conseguente pericolo di revocatoria, in caso di apertura del fallimento, crea una situazione di grande incertezza e insicurezza per i creditori che vi hanno aderito: cfr. C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria*, cit., p. 531.

(87) L'art. 236-*bis* legge fallim. è stato introdotto dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comma 3, legge fallim., considerando che in sede fallimentare, secondo l'orientamento più restrittivo e dominante [88] si assisterà ad una nuova valutazione sulla fattibilità ed idoneità del piano volta ad assicurare gli interessi dei creditori concorsuali. In seguito all'apertura della procedura fallimentare, a causa dell'insuccesso del piano, l'orientamento dominante ritiene che al giudice sia consentito di sindacare la valutazione di "idoneità" e "fattibilità" del piano quale espressa attraverso l'attestazione del professionista *ex ante*, potendo, dunque, giudicare *ex post* la "non idoneità" e "non fattibilità" del piano [89].

Se i crediti sorti dall'attività del debitore in costanza del piano di risanamento attestato trovano una tutela nel successivo fallimento solo attraverso la previsione dall'esenzione dell'azione revocatoria, *ex* art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., non potendo estendersi la prededuzione *ex* art. 111 legge fallim. vista l'impossibilità di delineare nella fattispecie in esame una procedura concorsuale, non sarebbe stato "irragionevole", alla luce dell'attuale contesto normativo, inserire tra le fattispecie speciali di prededuzione *ex* art.182-*quater* e *quinquies* legge fallim., anche il piano di risanamento attestato. In questo caso, avremmo avuto una prededuzione speciale in quanto, come si legge dall'art. 111 legge fallim., essa sarebbe stata inquadrata nelle specifiche ipotesi previste dalla legge e sarebbe stata operante solo in presenza dei presupposti precipuamente indicati dal legislatore e verificati dal giudice in sede fallimentare.

Non sfugge al più attento lettore come la scelta di escludere nel suddetto caso l'applicabilità della prededuzione spingerà a rigore l'imprenditore alla scelta di un concordato preventivo. L'impostazione adottata dal legislatore in materia non può dirsi del tutto coerente con le ragioni che lo hanno mosso: se l'intento era quello di favorire il ricorso a soluzioni stragiudiziali della crisi di impresa, riducendo l'intervento degli organi

---

[88] A. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti,* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 16 ss.; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche*, cit., p. 478; sembra, invece, riferirsi ad un sindacato limitato, M. SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2006, p. 611 ss., nel senso che il giudice dovrebbe verificare solo la corrispondenza dei dati di fatto alla realtà e la corrispondenza delle valutazioni a ragionevoli e verificabili criteri di giudizio. Contrario al sindacato del giudice è L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziamenti nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fallimento*, 2008, p. 1075 ss.

[89] A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese*, cit., p. 1237 ss. L'Autore ritiene che l'esigenza di un controllo giudiziale è certamente dovuta non solo alla mancanza di una disciplina di dettaglio, ma anche all'inevitabile conflitto di interessi tra coloro che, aderendo all'accordo, fanno affidamento sulla presenza di un piano attestato e coloro che, in quanto pregiudicati dalla revocatoria, pretendono una verifica pregnante, seppur condotta *ex post* in sede fallimentare.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giudiziari e tutelando le posizioni dei creditori attraverso l'attività del professionista attestatore, ciò si sarebbe compiutamente realizzato, nell'attuale contesto normativo, con la previsione di un regime di prededuzione. In mancanza, deve essere evidenziata la discrasia che si è venuta a creare con tale scelta. Infatti, non si vede per quale motivo, così come avvenuto per gli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* legge fallim., non sia stato esteso l'ambito della prededuzione anche alla previsione di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim.: se la preoccupazione principale del legislatore è dovuta all'assenza di un preventivo vaglio giudiziale, sembra ragionevole affermare che lo stesso sarà "sostituito" in prima battuta dall'attestazione rigorosa del professionista, oggi più di ieri data la previsione di cui all'art. 236-*bis*, legge fallim. ed, inoltre, dal controllo *ex post* dell'autorità giudiziaria, in caso di esito negativo del piano.

8. *Il compenso del professionista: quale regime?*

In queste pagine abbiamo discusso ed illustrato la portata della prededuzione *ex* art. 111, comma 2, legge fallim., quale disciplina di carattere generale dei crediti sorti "in occasione" e "in funzione" di una procedura concorsuale, cercando di ricomporre un quadro normativo che ha suscitato non poche perplessità e incertezze e sposando, per le ragioni ampiamente sopra esposte, la tesi espressa dai giudici ambrosiani.

L'abrogazione del comma 4 dell'art. 182-*quater*, legge fallim., che sanciva la prededuzione del compenso del professionista attestatore, ha riacceso i riflettori sulla questione, che è stata oggetto di recenti pronunce della Suprema Corte. In tali occasioni, la Cassazione ha chiarito la corretta portata della prededuzione di quelle poste creditorie riconducibili alle prestazioni di una più ampia categoria di professionisti [90].

---

[90] Per un'ampia trattazione del tema si vedano: P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, p. 1141 ss.; G.B. NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 71 ss.; V. SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 80 ss.; G. VERNA, *La relazione del professionista per il pagamento in percentuale dei crediti privilegiati ai sensi dell'art. 160, c. 2, legge fall.*, in questa *Rivista*, 2014, II, p. 828; in giurisprudenza, si segnalano le pronunce della Suprema Corte: Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, cit.; Cass., 17 aprile 2014, cit.; Cass., 22 settembre 2014, n. 18922, cit.; Cass., 10 settembre 2014, n. 19013, cit.; Cass., 4 novembre 2015, n. 22450, cit.; 2015; Cass., 30 gennaio 2015, n. 1765, cit.; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Padova, 2 marzo 2015 e Trib. Roma, 23 febbraio 2015, con nota di P. BOSTICCO, *Limitazioni e "resistenze" all'ammissione in prededuzione dei crediti per prestazioni professionali*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il comma 4 del citato articolo statuiva espressamente: «sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma e 182-*bis*, comma 1, legge fallim., purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato» (91). Sotto il vigore della disposizione, ora abrogata, non vi era alcun dubbio circa il regime normativo da applicare: si trattava di crediti assistiti dall'indicata prededucibilità, attraverso la previsione di una fattispecie speciale, riconducibile al dettato dell'art. 111, comma 2, legge fallim., che andava ad aggiungersi a quelle già disciplinate da altre norme. Sulla falsariga di quanto stabilito per i crediti "parificati" ai prededucibili, *ex* art. 182-*quater*, comma 1, legge fallim., era previsto un meccanismo di *favor* subordinato al provvedimento con cui il Tribunale avesse accolto la domanda di concordato, ovvero avesse omologato l'accordo di ristrutturazione (92).

Se, da un lato, il legislatore, mosso dai più nobili propositi, sembrava aver trovato una soluzione in ordine al trattamento dei crediti di quei professionisti che in un momento di particolare difficoltà e incertezza prestano la propria attività in favore ed in vista di un ritorno in *bonis* dell'impresa, aveva, nel contempo, lasciato scoperta l'area di tutti gli altri professionisti i quali, a vario titolo, assistono e coadiuvano l'imprenditore. In particolare, già in precedenza l'attenzione del legislatore verso tali posizioni aveva trovato sviluppo attraverso la previsione di cui all'art. 67, comma 3, lett. g), legge fallim., ossia l'esenzione dalla revocatoria disposta per i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili sorti per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo, nonché attraverso l'attribuzione della causa di prelazione di cui all'art. 2751-*bis* cod. civ. a favore delle retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale, dovute per gli ultimi due anni di prestazione (93).

La tematica relativa all'individuazione del trattamento da destinare al credito del professionista, limitato non solo alla fattispecie declinata dal comma 4 dell'art. 182-*quater*, legge fallim., ora non più in vigore, si inserisce a pieno titolo nella più vasta problematica dell'estensione dell'art. 111, comma 2, legge fallim., ragione per cui sembra ragionevole una

---

(91) Comma abrogato dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

(92) F. Brizzi, *Le fattispecie dei crediti prededucibili*, cit., p. 850.

(93) F. Brizzi, *Le fattispecie dei crediti prededucibili*, cit., p. 850.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trattazione dell'argomento solo dopo averne individuato la corretta portata, alla luce dei principi sanciti dalla Suprema Corte, come ampiamente esposto sopra.

In particolare, sotto la vigenza della norma abrogata, che lasciava scoperta l'area dei professionisti diversi dall'attestatore chiamato a verificare la fattibilità e veridicità del piano di concordato preventivo o l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione, la dottrina si è interrogata sul possibile regime da riservare agli stessi. Come sembra facile intuire, la questione non era solo teorica, ma aveva forti ricadute pratiche, perché se da un lato il legislatore si era preoccupato di stabilire la prededuzione solo per una ristretta cerchia di professionisti, il problema restava per le altre figure professionali che affiancano l'imprenditore in questa delicata fase.

Né nella giurisprudenza di merito, né in dottrina era dato rinvenire un orientamento univoco. La prevalente giurisprudenza di merito (94) sosteneva, infatti, la necessità di un'interpretazione restrittiva del comma 4 dell'art. 182-*quater*, legge fallim., come norma che limitava l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 2, legge fallim., alla sola ipotesi espressamente prevista, vale a dire come norma che eliminava il beneficio della prededuzione nel successivo, eventuale fallimento, per tutti i crediti sorti in funzione di procedure concorsuali diverse da quelle contemplate dall'art. 182-*quater*, comma 2, legge fallim., che invece disciplinava una fattispecie speciale di prededuzione.

Dall'altro canto, c'era chi in dottrina sosteneva un'apertura anche per le altre categorie di professionisti, argomentando da una lettura del comma 2 dell'art. 111, legge fallim. nel senso che, a seguito della novella del 2006, sono disciplinati due modelli di crediti prededucibili, ovvero quelli speciali e quelli generali. Secondo una lettura coordinata delle due disposizioni se ne ricaverebbe l'estensione del regime di *favor* anche per i professionisti diversi dall'attestatore, in quanto seppur non rientranti nel modello declinato dall'abrogato comma 4 dell'art. 182-*quater*, legge fallim., le relative posizioni creditorie sarebbero riconducibili nel paradigma generale della prededuzione, essendo crediti sorti "in occasione o in funzione" delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare.

Sembra ragionevole affermare che la normativa sopra esposta avesse eliminato non pochi dubbi e perplessità, seppur limitatamente alla posizione dei soli crediti dei professionisti che avessero effettuato le attesta-

---

(94) Si consideri a tal riguardo Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 1337; Trib. Terni, 13 giugno 2011, *ivi*, 2011, p. 1339.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zioni predette, dubbi che ora, a seguito dell'abrogazione del comma 4 ad opera della legge di conversione, riaffiorano preponderanti. Sotto la breve vigenza della norma si era sviluppato un accesso dibattito sulle ragioni che avevano indotto il legislatore alla previsione di un regime di particolare incentivo, limitato solo ai professionisti attestatori, argomentazioni che ancora oggi sembrano utili per un miglior inquadramento della problematica, come emerge dalle recenti pronunce, tanto della giurisprudenza di merito, quanto di quella di legittimità.

Non appare revocabile in dubbio l'obiettivo del legislatore di incentivare in tal modo l'assunzione degli incarichi dei professionisti finalizzati alla redazione delle attestazioni necessarie per la presentazione della domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, venendo nel contempo a realizzare la finalità principale di favorire l'accesso alle procedure di composizione della crisi d'impresa ([95]).

L'attenzione del legislatore, giustificata dalle ragioni sopra esposte e riservata solo a questa categoria di professionisti, non trovava il consenso unanime della dottrina, e precisamente di quella parte orientata ad estendere il beneficio della prededuzione anche ad altri professionisti intervenuti nella predisposizione del relativo piano e del ricorso ([96]).

Dall'altro lato, c'era chi rinveniva le ragioni di questa limitazione nella constatazione che essa rappresentasse una condizione legale per l'accesso alle procedure di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nonché nella peculiare responsabilità che da tale attestazione fosse discesa ([97]).

Impostati in tal modo i termini della questione, poteva dirsi altresì superato il vaglio di ragionevolezza della diversità di trattamento che la legge riserva(va) loro, rispetto ai crediti nascenti dalle altre prestazioni professionali, naturalmente laddove venisse esclusa un'applicazione estensiva della disciplina generale in tema di prededuzione. Di fronte alla scelta di espungere dall'ordinamento il comma 4 dell'art. 182-*quater*, legge fallim., che come si è visto stabiliva un regime di maggiore favore solo per i professionisti attestatori, la questione del trattamento da riservare in genere ai professionisti rimane, quindi, aperta, potendosi applicare a costoro un criterio omogeneo. La soluzione in ordine al trattamento da riservare ai professionisti diversi da quelli inquadrabili nel paradigma dell'*ex* comma

---

([95]) L. MORELLINI, *L'art. 182*-quater *legge fallim.*, cit., p. 903.
([96]) S. AMBROSINI, *Appunti flash sull'art. 182*-quater *legge fallim.*, in *www.ilcaso.it*, p. 3.
([97]) L. MORELLINI, *L'art. 182*-quater *legge fallim.*, cit., p. 903.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4, per le prestazioni svolte al di fuori della procedura concordataria, risulta, dunque, inficiata dall'interpretazione che si attribuisce alla locuzione "in funzione" (98).

Infatti, laddove si acceda ad un'interpretazione della prestazione del professionista in termini di mera "strumentalità" della stessa ai fini dell'accesso alla procedura, il successivo giudizio del giudice delegato sarà limitato all'accertamento in termini di "utilità" dell'operato del professionista per l'apertura della procedura.

Diversamente opinando, laddove si acceda ad una linea interpretativa volta all'accertamento del risultato in concreto raggiunto dal professionista, l'autorità giudiziaria riterrà inclusa la posta creditoria di quest'ultimo solo ove accerterà la presenza di un vantaggio per la massa dei creditori, che sia conseguenza diretta dell'attività del professionista (99).

Se, da un lato, l'abrogazione della norma citata sembra aver fugato eventuali e possibili profili di incostituzionalità, dovuti alla previsione di un regime diverso e nel contempo di un *favor* solo per i professionisti

---

(98) In un recente caso posto all'attenzione del Tribunale di Napoli (cfr. Trib. Napoli, 20 ottobre 2014, *inedita*) due professionisti avevano lamentato, in sede di ricorso *ex* art. 98 legge fallim., la mancata attribuzione del beneficio della prededuzione, sostenendo che erroneamente il giudice delegato non aveva considerato che tutta l'attività giudiziaria prestata era da ritenersi sorta "in occasione" ed "in funzione" della procedura concorsuale, in quanto diretta al recupero della quasi totalità dei crediti dell'impresa e quindi indissolubilmente legata ad una adeguata tutela delle ragioni dei creditori dell'impresa fallita. I giudici, diversamente opinando, non hanno ritenuto applicabile l'art. 111, comma 2, legge fallim. in quanto, seppur condividendo la *ratio* estensiva della disposizione al di fuori della procedura di concordato preventivo, hanno, tuttavia, qualificato l'attività antecedente l'apertura del concordato preventivo come «ordinaria attività di recupero crediti non "funzionale" alla realizzazione dello scopo della tutela della massa dei creditori», e ugualmente, per i crediti sorti dalle prestazioni rese nel corso della procedura concordataria, i giudici napoletani hanno negato la prededuzione in quanto «l'attività posta in essere dagli opponenti nel corso della procedura di concordato non ha assunto connotati diversi rispetto a quella precedentemente posta in essere in termini di funzionalità». La questione è stata rimessa, poi, al vaglio della Suprema Corte (cfr. Cass., 10 settembre 2015, n. 17907, in *www.dirittoegiustizia.it*), che ha invece statuito il principio di diritto secondo cui «anche il credito del professionista per prestazioni rese in giudizi già pendenti al momento della domanda di ammissione al concordato preventivo in virtù di incarichi precedentemente conferiti e riguardante crediti fatti valere nei confronti della società fallita va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, ove ne emerga, nell'ambito dell'accertamento previsto dall'art. 111-*bis* legge fall., l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa»; inoltre, «quando si tratti di attività giudiziaria svolta in favore dell'imprenditore ammesso al concordato, se ne deve presumere l'occasionale funzionalità alla procedura, a meno che non se ne dimostri la concreta dannosità per i creditori, o perché destinata a favorire un illecito interesse personale del debitore».

(99) Trib. Napoli, 15 dicembre 2014, cit.; Trib. Benevento, 16 luglio 2015, in *www.unijuris.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attestatori, dall'altro, l'aver abrogato la previsione normativa anche in riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti (100) potrebbe porre un indubbio profilo di incostituzionalità, ai sensi dell'art. 3 Cost. Come ampiamente discusso in queste pagine, l'art. 111, comma 2, legge fallim., estende il beneficio della prededuzione dei crediti sorti "in occasione" e "in funzione" delle procedure concorsuali, anche a quelle procedure diverse dal fallimento, che siano qualificate concorsuali ai sensi della legge fallim., tra le quali la procedura di concordato preventivo.

Tra le procedure concorsuali, secondo l'orientamento prevalente (101), non possono essere ricompresi anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in considerazione della loro natura "prevalentemente negoziale" (102), che, quindi, non ricadrebbero nel perimetro dell'art. 111, comma 2, legge fallim. Ebbene, sembra deporre a favore dell'esclusione dal beneficio della prededuzione non solo la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma anche l'intenzione del legislatore in quanto, tutte le volte in cui ha voluto ricomprendere anche i crediti sorti nell'ambito di accordi di ristrutturazione dei debiti nell'area della prededuzione,

---

(100) In relazione agli accordi di ristrutturazione dei debiti, la prededuzione del compenso del professionista era limitata all'attestazione prevista dall'art. 182-*bis*, comma 1, legge fallim., norma che portava ad escludere dall'area della prededuzione i compensi spettanti al professionista per l'attestazione funzionale alla richiesta di anticipazione degli effetti protettivi di cui al successivo comma 6.

(101) M. FABIANI, *L'ulteriore* up-grande *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 902; G.B. NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011, p. 708; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182*-bis *legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 263/2011; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, p. 1137; D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182*-bis *legge fallim.*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1257; propendono per la configurazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti come procedura concorsuale *tout court*, P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 908; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, p. 82.

(102) Il difetto del requisito della concorsualità nella fattispecie degli accordi di ristrutturazione dei debiti, *ex* art. 182-*bis* legge fallim. si ricava da alcuni elementi, tra i quali: l'assenza di nomina di organi della procedura; la presenza di un accordo con i creditori che può riguardare solo una porzione del patrimonio del debitore e si conclude, di regola, con una parte dei creditori, purché pari almeno al 60% del totale; la mancanza di apertura del concorso formale tra creditori ed il non verificarsi della cessione del decorso degli interessi sui debiti chirografari; la mancata osservanza della *par condicio creditorum*, potendo l'accordo contemplare il trattamento di certi crediti chirografari migliore di quello riservato a certi privilegiati: cfr. S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1138 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lo ha previsto espressamente, come è dato desumere dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* legge fallim., in tema di c.d. "nuova finanza".

Dal quadro normativo vigente, dunque, si appalesa che l'abrogazione del 182-*quater*, comma 4, legge fallim., equiparando il trattamento dei crediti prededucibili per tutti i professionisti ha, da una lato, dissipato probabili profili di incostituzionalità sotto tale aspetto, eliminando il rischio di disparità di trattamento, ma, dall'altro, ha spostato il dubbio di incostituzionalità, ai sensi dell'art. 3 Cost., nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti a causa dell'esclusione dall'ambito di operatività della prededuzione dei crediti di tutti quei professionisti i quali, a vario titolo, hanno assistito il debitore nella procedura di ristrutturazione dei debiti, *ex* art. 182-*bis* legge fallim.

Non appare, pertanto, improbabile un ripensamento del legislatore, con la reintroduzione di una norma volta ad estendere il beneficio a tutti quei professionisti che, a vario titolo, assistono l'imprenditore in difficoltà nell'esperimento di un tentativo di soluzione della crisi, recependo, in questo modo, i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità ed evitando quelli difformi della giurisprudenza di merito.

ANNA MOSCARIELLO
Dottore in Giurisprudenza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tribunale di Ravenna, decr. 29 ottobre 2015

Pres. Gilotta - *Rel.* Farolfi

A. s.c.p.a.

Concordato preventivo - Continuità aziendale - Scissione parziale post omologa - Ammissibilità- Oggetto della verifica del Tribunale - Miglior soddisfazione dei creditori

(Legge fallim., artt. 160, 161, 162, 173, 180, 186-bis; cod. civ., artt. 2545-nonies, 2506, 2506-bis, 2506-ter, 2506-quater, 2740)

*In linea di principio non vi è incompatibilità fra procedura concorsuale concordataria e operazione straordinaria di scissione societaria parziale da attuarsi successivamente all'omologazione. Un tale piano, che preveda la prosecuzione dell'attività direttamente da parte dell'imprenditore sino alla omologazione e, successivamente, al verificarsi della ipotizzata scissione parziale, in capo alla società scissa, rientra pienamente nell'ambito di applicazione dell'art. 186-*bis *legge fallim. In tale ipotesi, spetta al tribunale verificare, in concreto, se il piano e la connessa attestazione dimostrino quella funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori che costituisce ragione giustificativa della scelta concordataria con continuità aziendale.*

Concordato preventivo - Continuità aziendale - Scissione parziale post omologa - Ammissibilità - Deroga all'art. 2740 c.c. - Concorso della disciplina concorsuale e di quella societaria

(Legge fallim., artt. 160, 161, 162, 173, 180, 186-bis; cod. civ., artt. 2545-nonies, 2506, 2506-bis, 2506-ter, 2506-quater, 2740)

*L'operazione di scissione parziale proporzionale inserita nel piano di concordato preventivo rappresenta una evidente deroga all'art. 2740 c.c. che non comporta semplicemente la prevalenza della disciplina concorsuale su quella societaria, ma un concorso integrativo fra le due discipline, con particolare riferimento alla responsabilità solidale sussidiaria proporzionale di cui all'art. 2506-*quater *c.c. ed a quella delle opposizioni dei creditori di cui all'art. 2503 c.c. richiamato dall'art. 2506-*ter *c.c., non potendosi ritenere assorbite dalla diversa - quanto a finalità e presupposti - opposizione endoconcorsuale di cui all'art. 180 legge fallim.*

(Omissis)

1. Ai fini della valutazione che il Tribunale è chiamato a rendere giova premettere che questo Collegio condivide - pur nella consapevolezza delle diverse opzioni interpretative proposte in dottrina - la tesi che attribuisce all'organo giudiziario un ruolo non esclusivamente e meramente volto all'accertamento dei requisiti formali estrinseci di ammissibilità alla procedura concordataria, bensì un ruolo che, pur non travalicando nel merito delle scelte proposte e della loro convenienza per il ceto creditorio, si estende alla verifica del possesso sostanziale dei requisiti di ammissione, fra cui la "fattibilità" del piano quale in concreto percorribile e certificata nella relazione di accompagnamento alla proposta, di cui all'art. 161 c. 2 legge fallim. Non avrebbe infatti giustificazione effettiva la facoltà che l'art. 162 c. 1 legge fallim. prevede, sulla possibilità del Tribunale di richiedere non solo la produzione di "*nuovi documenti*", bensì anche di "*apportare integrazioni al piano*", inciso che evidentemente non suppone mere incompletezze formali ma anche la necessità di integrare dati contabili, temporali, ecc. tali da meglio chiarificare la effettiva fattibilità della proposta

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e mettere in condizione i creditori di esprimere una valutazione ponderata in vista della votazione di cui agli artt. 177 e 178 legge fallim.

Con particolare riferimento al procedimento in esame occorre considerare quanto espresso dalla nota Cass. S.U. 23 gennaio 2013, secondo cui "*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*".

In altri termini, ferma la valutazione dei creditori in ordine alla fattibilità economica della soluzione concordataria proposta, il tribunale è comunque chiamato a valutare la legittimità della stessa, a vigilare sulla regolarità del procedimento, a sovraintendere e garantire la più corretta e trasparente informazione ai creditori (vero e proprio presupposto logico giuridico del consenso che essi sono chiamati ad esprimere) nonché a valutare la sussistenza della "causa concreta" della proposta concordataria oggetto dell'auspicata accettazione da parte dei creditori, sia pure nei casi limite in cui appaia *prima facie* o l'organo commissariale motivatamente evidenzi l'assenza di verosimile soddisfacimento per il ceto chirografario.

2. Ciò posto, come già osservato con il decreto collegiale ex art. 162 l.f. adottato l'8 ottobre u.s. e da intendersi in questa sede trasposto, il ricorso avanzato dalla società A. s.c.p.a. propone l'ammissione ad un concordato preventivo con continuità aziendale e risulta essenzialmente caratterizzato dai seguenti aspetti: prosecuzione dell'attività caratteristica in capo alla società scissa risultante dall'operazione di scissione parziale proporzionale condizionata alla omologazione, avente come beneficiaria una società di nuova creazione destinata esclusivamente al soddisfacimento dei creditori concordatari, di cui viene depositato il progetto di scissione già pubblicato sul registro delle imprese (cfr. all. 9).

La ricorrente si propone, pertanto, esclusa una ritenuta solidarietà della società scissa rispetto alla beneficiaria, di ricavare un attivo concordatario complessivo di Euro 166.391.000 con il quale soddisfare integralmente i crediti prededuttivi e privilegiati (salva approvazione di transazione fiscale ex art. 182 ter legge fallim. con correntemente avanzata e degradazione in chirografo dell'IVA di rivalsa alla luce della relazione ex art. 160 co. 2 pure depositata) e di offrire al ceto chirografario un residuo attivo pari al 55% del debito complessivo privo di cause di prelazione. Il passivo complessivamente viene dichiarato nell'importo di Euro 227.319.000. Il piano prevede la soddisfazione corrente dei costi di gestione e prededuzioni, entro un anno dalla omologazione del concordato per i debiti privilegiati (eccetto quelli tributari oggetto della transazione fiscale e quelli speciali da corrispondersi alla vendita dei beni sottoposti a prelazione) con la previsione di concludere la liquidazione dell'attivo e procedere al soddisfacimento dei chirografari al 31/12/2020.

In via subordinata la ricorrente propone una soluzione concordataria fondata sullo stesso *business plan*, ma incentrata sulla continuazione diretta dell'attività caratteristica in capo all'unica società debitrice. In tal caso ovviamente, *mutatis mutandis*, resta ferma la proposta di transazione fiscale mentre l'ampio programma dismissivo sarà condotto diretta-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mente dal liquidatore giudiziale su beni e diritti anche formalmente riconducibili soggettivamente alla stessa debitrice. In buona sostanza, mentre nell'ipotesi che la debitrice ritiene di proporre in via principale la scissione societaria post omologa sarà destinata a creare una società di pura liquidazione quale beneficiaria di una parte consistente del patrimonio di A. soc. coop. p.a., così da creare un diaframma anche soggettivo rispetto all'ente scisso, destinato a proseguire il *core business* aziendale, nell'ipotesi concorrentemente avanzata in via subordinata si è di fronte ad un piano concordatario "misto" in cui la prosecuzione dell'attività sarà svolta post omologa dalla stessa debitrice che provvederà altresì - ovviamente attraverso il liquidatore giudiziale nominando - ad alienare beni, diritti, incassare somme, sino al raggiungimento della completa soddisfazione proposta ai creditori.

Tale precisazione risulta rilevante, posto che in sede di integrazione la società ha inteso, sia pure in modo scarsamente comprensibile, ferma restando la previsione del 55% di soddisfacimento offerto ai creditori, di impegnarsi comunque al raggiungimento quantomeno della soglia del 42% (salvi miglioramenti del tutto eventuali, derivanti da c.d. *upsides* che, in quanto riconducibili ad un *best case* meramente ipotetico neppure sono stati oggetto di attestazione, come il professionista incaricato ha avuto modo di esplicitare nella relazione definitiva depositata).

3. Il piano così proposto rientra pienamente nella fattispecie prevista dall'art. 186 bis legge fallim. Con tale disposizione il Legislatore della novella di cui al d.l. 83/2012, convertito con modd. con legge 134/2012, ha inteso introdurre una disciplina minima ma essenziale volta a regolamentare un fenomeno non sconosciuto anche in precedenza, costituito dal concordato con continuità aziendale. Afferma detta norma che "*quando il piano di concordato di cui all'art. 161 secondo comma lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo*".

Al fine di escludere possibili dubbi dell'interprete, utilmente la norma ci ricorda che "*il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa*". La natura "mista" del piano, pertanto, non esclude che lo stesso debba essere comunque considerato (anche) quale concordato in continuità, nel senso che la prosecuzione (diretta od indiretta) dell'attività caratteristica può tollerare - in ossequio a quel principio di atipicità della proposta e del piano concordatario fissato dal fondamentale art. 160 co. 1 legge fallim. - la liquidazione di tutti i cespiti mobiliari o immobiliari che non risultino strettamente necessari, funzionali all'esercizio dell'impresa. La *ratio* della norma è evidentemente quella di favorire, per quanto possibile, soluzioni concordatarie non esclusivamente liquidatorie e che non abbiano quale risultato unico quello della progressiva "desertificazione" del tessuto produttivo, imprenditoriale ed occupazionale del paese. Si spiega, pertanto, come l'eventuale cessazione dell'attività di impresa determini un nuovo caso di revoca, ex art. 173 legge fallim., della procedura che (salvo modifica della proposta o del piano di concordato) non corrisponderebbe più alla sua funzione ed al tipo legale oggetto di disciplina specifica.

Nel caso di specie è sufficiente osservare come la prosecuzione dell'attività caratteristica sia prevista come diretta sino alla omologazione e, successivamente, al verificarsi della ipotizzata scissione parziale, in capo alla società scissa. È opportuno sin da ora rilevare come la ricorrente evidenzi che, qualora l'operazione straordinaria inserita nel piano non dovesse andare a buon fine o fosse ritenuto per qualsiasi motivo inammissibile, il piano stesso dovrebbe intendersi convertito in una subordinata prosecuzione diretta dell'attività in capo all'unica società debitrice, con l'alienazione diretta dei medesimi cespiti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Se un tale ultimo scenario di ristrutturazione del debito - salvo le verifiche demandate agli organi e periti della procedura - non pare allo stato tale da comportare profili di inammissibilità della proposta concordataria, non di meno la circostanza che tale opzione sia appunto prevista in via subordinata rispetto ad un risanamento realizzato attraverso l'operazione straordinaria di scissione societaria di cui sopra, impone la preliminare verifica delle criticità che quest'ultima operazione, per come proposta ed integrata, comporta.

4. Risulta ancora attuale, in particolare, quanto osservato con il decreto dello scorso 8 ottobre, di cui si riportano in questa sede, per ragioni di completezza ed a fini euristici, alcuni passi rilevanti.

Con tale provvedimento, infatti, si è affermato come sia condivisibile, in linea di principio, la tesi secondo cui l'attuale dettato dell'art. 2506 c.c. (come modificato dalla nota riforma societaria del 2003) non preclude la possibilità di scindere una società sottoposta a procedura concorsuale. Ancora, la stessa atipicità della proposta concordataria, quale delineata dall'art. 160 co. 1 lett. a) legge fallim., a tenore del quale l'imprenditore in crisi può proporre ai creditori un piano che prevede "*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie…*", sembra espressamente andare nel senso di consentire in ambito concordatario forme di ristrutturazione accompagnate da processi di riorganizzazione incidenti sullo stesso patrimonio societario.

Non pare inoltre revocabile in dubbio che non escluda l'ambito di operatività dell'art. 186 bis legge fallim. la circostanza che la società scissionaria sia destinata a svolgere compiti prettamente "liquidatori", purché l'attività sia proseguita in modo diretto anteriormente alla omologazione e sia espressamente prevista la continuità in capo alla impresa "scissa".

Se tanto è vero in linea astratta, in concreto la lettura del piano avanzato dalla debitrice e della documentazione ad esso allegata hanno immediatamente fatto emergere alcune principali criticità di cui si è richiesta l'integrazione/modificazione come segue:

a) il tema dell'attestazione specifica richiesta per il concordato in continuità, nel quale non si deve semplicemente dare conto della sua "fattibilità", bensì che esso è "*funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*" (vds. art. 186 bis co. 2 lett. b) l.f.) richiede una puntuale analisi da parte del professionista attestatore in ordine ai vantaggi (presunti) che la scelta concordataria in concreto adottata consente rispetto ad uno scenario puramente liquidatorio; ed allora, l'operazione di scissione parziale proporzionale quale quella progettata dalla ricorrente ed inserita nel piano di concordato (vds. il già citato all. 9) rappresenta una evidente deroga all'art. 2740 c.c. che, nel caso di specie, tuttavia, non sembra trovare concreti e monetizzabili vantaggi compensativi; né appare corretto ritenere che tale operazione, in quanto inserita all'interno del piano di concordato, renda di per sé solo non operativa la norma di cui all'art. 2506 *quater* ult. co. c.c., secondo cui "*ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*"; lo stesso provvedimento reso da Trib. Arezzo, 27 febbraio 2015 afferma qualcosa di diverso da quello ritenuto dalla società ricorrente, posto che in motivazione esso affronta espressamente l'esigenza che una quota dei flussi finanziari prodotti dalla società scissa sia annualmente destinata, per tutta la durata del periodo di esecuzione del concordato, a favore della società beneficiaria e da questa ai creditori concordatari il cui "migliore" soddisfacimento rappresenta appunto l'esigenza principale - *rectius* funzionale - di ogni continuità aziendale dell'impresa in concordato; senza la previsione di tale apporto finanziario, ovviamente coerente, sostenibile e raccordato ad uno specifico *business plan* relativo all'attività proseguita dalla società scissa post omologazione, neppure alcuna attestazione di "migliore soddisfaci-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mento" risulta possibile; la società ricorrente è pertanto chiamata a modificare/integrare la proposta nel senso dianzi precisato, depositando altresì una relazione di attestazione supplementare da parte del professionista nominato ex art. 161 co. 3 legge fallim.; sia pure *mutatis mutandis* possono ricordarsi Trib. Milano, 30 maggio 2013, sulle condizioni di quella specifica attestazione "aggravata" prevista per il concordato di cui all'art. 186 *bis* legge fallim., nonché Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, che pure occupandosi della più specifica attestazione di cui all'art. 182 *quinquies* co. 3 legge fallim. ha avuto modo di affermare che nell'ottica concordataria l'attestazione non può limitarsi a formulazioni generiche, ma deve avere ad oggetto la convenienza per i creditori, in termini di concrete prospettive di soddisfacimento;

b) connesso al tema precedente è quello, più generale, del concorso fra disciplina societaria e norme regolanti il procedimento di concordato: pur essendo diffusa, soprattutto nella elaborazione prodotta da alcuni ordini professionali, l'idea che la prima sia destinata in ogni caso a soccombere di fronte alle esigenze concorsuali, deve invece ritenersi possibile l'integrazione o concorso di discipline. Ciò rileva, come si è visto, laddove condivisibilmente lo stesso Trib. Arezzo ha ritenuto non derogabile *sic et simpliciter* quanto previsto dall'art. 2506 *quater* ult. co. legge fallim.; ma così deve ritenersi anche con riferimento al possibile concorso fra opposizione dei creditori in ambito societario, ex art. 2503 c.c. (richiamato dall'art. 2506 ter c.c.), ed opposizione endoconcorsuale di cui all'art. 180 legge fallim. considerato, da un lato, la diversa finalità delle due forme di opposizione e, dall'altro, la non rinunciabilità del primo tipo di opposizione attraverso un vincolo di maggioranza che non sia accompagnato al contempo da un voto favorevole espresso del creditori alla proposta di concordato contemplante la scissione (in altri termini, come ricorda illustre Autore in un saggio dal titolo "*le fusioni concordatarie ed il matrimonio fra diritto societario e diritto concorsuale: separati in casa?*", "spesso …si dimentica che il procedimento di voto a maggioranza del concordato costituisce l'esplicazione di un potere privato, come tale eccezionale ed insuscettibile di essere esteso a situazioni non espressamente contemplate dalla legge"). L'art. 2503 bis c.c. rappresenta da questo punto di vista una norma di carattere eccezionale, operante rispetto ad una ben specifica categoria di creditori (gli obbligazionisti della o delle società oggetto di fusione/scissione) alla quale non possono neppure in via analogica essere ricondotti i creditori concordatari in genere, se non altro per l'impossibilità di individuare rispetto ad essi quella unicità di interessi e posizioni giuridico-economiche che invece caratterizza i primi.

A sostegno di tale presa di posizione può citarsi anche Trib. Prato, 24 luglio 2014 ed implicitamente lo stesso Trib. Arezzo dianzi citato.

Non da ultimo, può aggiungersi per completezza, come lo stesso legislatore della riforma del 2012 abbia ritenuto di dover introdurre una deroga espressa ai meccanismi di allerta o necessaria ricostituzione del capitale sociale/scioglimento attraverso l'art. 182 *sexies* legge fallim., di cui evidentemente non vi sarebbe stata alcuna necessità ove si fosse predicata l'assoluta prevalenza del diritto concorsuale su quello societario.

Pertanto, oltre a quanto precede in ordine alla deroga al meccanismo della solidarietà proporzionale sussidiaria di cui al citato art. 2506 *quater* ult. co. c.c., necessariamente prima dell'adunanza dei creditori - con valutazione incidente sulla stessa fattibilità giuridica del piano concordatario - occorrerà verificare la mancata proposizione di opposizioni ai sensi dell'art. 2503 c.c. avanti al tribunale delle imprese e gli ulteriori adempimenti procedurali connessi alla ipotizzata scissione, pur potendosi effettivamente programmare post omologazione la sola fase finale ed esecutiva della formalizzazione finale dell'atto di scissione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Con lo stesso decreto, infine, si è stabilito che nell'assegnando termine di cui all'art. 162 legge fallim., occorresse già procedere alla costituzione della *new co* destinata a ricevere il patrimonio "separato" della scissa finalizzato alla liquidazione ed al soddisfacimento dei creditori concordatari, trattandosi di adempimento comunque indispensabile al prosieguo dell'operazione straordinaria inserita nel piano e non essendo certo del tutto indifferente alle valutazioni dei creditori conoscere con esattezza la nuova compagine societaria (pur proporzionalmente riguardante gli stessi soci della debitrice) e soprattutto il relativo organo gestorio, con i connessi costi, dalla cui efficienza e professionalità dipende in ultima istanza la stessa valutazione circa le prospettive di liquidazione dei beni assegnati alla beneficiaria e - in via mediata - le stesse probabilità di realizzazione del soddisfacimento dei creditori ipotizzato nel ricorso.

Nonostante tali specifiche richieste, la memoria integrativa e l'unita documentazione non appaiono tali da eliminare le criticità dianzi evidenziate con riguardo alla soluzione concordataria proposta in via principale, valendo semmai a rafforzarne la fondatezza.

Vale la pena, in proposito, partire proprio dal rilievo - invero assorbente - circa le caratteristiche che il piano concordatario in continuità e la conseguente attestazione di funzionalità al migliore interesse dei creditori deve avere. Come giustamente evidenzia la decisione resa da Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, trattando della specifica attestazione di cui all'art. 182 *quinquies* legge fallim. ma con argomenti che possono essere riproposti con riferimento all'asseverazione per certi versi analoga (quantomeno nella prospettiva dei creditori) di cui all'art. 186 bis legge fallim.: "*…è necessario distinguere il caso in cui l'attestazione viene resa nella prospettiva o in presenza di un piano concordatario da quella in cui si tratti di attestare la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis L.F.". Per poi proseguire ritenendo che, nel primo caso (ottica concordataria) "l'attestazione di cui al primo comma dell'articolo citato dovrà avere ad oggetto la convenienza per i creditori, in termini di concrete prospettive di soddisfacimento, della dilatazione dell'esposizione debitoria della società in crisi conseguente alla contrazione di debiti prededucibili…tale convenienza non può che derivare dall'entità degli utili derivanti dalla prosecuzione dell'impresa (consentita dai finanziamenti) o dall'accrescimento del valore dei beni che possono essere ultimati soltanto grazie alla finanza nuova. Allo scopo di garantire i creditori da una possibile violazione della loro garanzia patrimoniale, la convenienza dovrà, pertanto, risolversi in una prospettiva di soddisfacimento secondo percentuali più favorevoli*".

Nella specie, il piano proposto in via "principale" si fonda su una ipotesi di scissione societaria che fondamentalmente ed a grandi linee assegna alla scissa elementi attivi patrimoniale per oltre 22 milioni di Euro, mentre i restanti 168 milioni di Euro si ipotizzano conferiti nella società beneficiaria avente lo scopo esclusivo di liquidare tali *assets* e con essi soddisfare i creditori. Tale operazione, nel rappresentare una deroga evidente alla regola della integrale responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., di per sé obiettivamente sfavorevole ai creditori anteriori, non trova altri correttivi a favore di questi se non - come precisato nella memoria integrativa e nell'unità attestazione aggiornata - in un modestissimo flusso finanziario dalla società scissa alla beneficiaria nell'ordine di 700.000 Euro oltre ad alcuni canoni di locazione. Tale integrazione, in ragione dell'ampiezza del patrimonio destinato a rimanere in capo alla scissa e quindi nell'ottica della debitrice definitivamente sottratto alle ragioni dei creditori, nulla aggiunge rispetto alle criticità già rilevate con il decreto dello scorso 8 ottobre valendo, semmai, a confermarle definitivamente.

Sostiene al riguardo la ricorrente che la scissione progettata abbia il vantaggio fondamentale di sottrarre i beni destinati alla beneficiaria alle possibili aggressioni dei creditori posteriori, che potrebbero unicamente contare sul patrimonio della scissa. Ma si tratta di argomentazione ambivalente e comunque non pertinente al giudizio di funzionalità richie-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sto dall'art. 186 bis legge fallim.: - da un lato nessun migliore interesse sul piano satisfattivo per i creditori concordatari l'operazione di scissione in concreto proposta è in sé destinata ad apportare; - dall'altro la sola prospettazione di possibili azioni esecutive dei creditori della continuità su beni della scissa è argomento che dovrà essere verificato attentamente dai Commissari al fine di accertare la sostenibilità anche finanziaria del *business plan*, giacché la stessa continuità diretta prospettata in via subordinata deve essere in grado di raggiungere l'equilibrio economico e finanziario nel periodo quinquennale previsto per l'esecuzione del concordato; - inoltre, mentre tale argomentazione pone su di un "piatto della bilancia" un vantaggio meramente ipotetico dall'altro fa invece pesare un "pregiudizio" sattisfattivo certo per i creditori concorsuali, quale la mancata liquidazione dei cespiti assegnati alla società scissa per un valore certamente non compensato dal modestissimo *cash flow* aggiunto nella memoria integrativa. I restanti argomenti valorizzati dall'attestatore per fondare la propria valutazione di funzionalità sono invece aspecifici rispetto alla soluzione concordataria per scissione societaria e propri, invece, della continuità in genere e valgono, semmai, a sorreggere il piano di concordato subordinatamente proposto.

Peraltro, giova aggiungere per completezza:

a) quanto alla solidarietà proporzionale sussidiaria di cui all'art. 2506 quater c.c. (che non può evidentemente essere rapportata ad una percentuale promessa inferiore rispetto a quella ipotizzata del 55% pena il dover ritenere implicitamente smentite le assunzioni stesse sulle quali il piano si fonda) lo stesso attestatore sembra convenire sul fatto che una minusvalenza liquidatoria nell'ordine dei 18 milioni di Euro potrebbe fondatamente rendere attivabile detto meccanismo di solidarietà, con impossibilità di tenuta del piano a causa di azioni aggressive in danno della scissa; ma trattasi di scenario tutt'altro che inverosimile e che comunque lo stesso attestatore prende implicitamente in esame (valutando anche scenari addirittura peggiori, tali da consentire un soddisfacimento dei creditori di appena il 25% nell'ambito del paragrafo relativo alla c.d. *sensitivity analysis*);

b) quanto al carattere concorrente e pregiudicante in ordine alla stessa fattibilità giuridica del piano di possibili opposizioni ex art. 2503 c.c. da parte dei creditori, aspetto sul quale la stessa debitrice sembra convenire nella propria memoria integrativa, occorre evidenziare come allo stato tale eventualità non appaia più meramente ipotetica, se è vero che risulta soltanto attraverso una recentissima comunicazione dei Commissari giud. del 20 ottobre 2015 che un socio dissenziente abbia impugnato avanti al Tribunale di Bologna, sez. specializzata per le imprese, la delibera in data 25 luglio 2015 di approvazione del bilancio al 31/12/2014 e del relativo bilancio consolidato di gruppo; pur essendo questa considerazione del tutto integrativa, è evidente che tale iniziativa giudiziaria, a prescindere dal suo fondamento, testimonia un clima di conflittualità tutt'altro che confacente alla complessa ed imponente operazione straordinaria che la società aveva ipotizzato; rende altresì *sub iudice* la stessa situazione economico-patrimoniale più aggiornata della società, con ciò rischiando di rendere a loro volta incerti i dati contenuti nel progetto di scissione che su tale situazione contabile fonda le attribuzioni patrimoniali a favore delle due società che dovrebbero originare dalla operazione societaria.

Allo stato, pertanto, mentre devono ritenersi non risolte le criticità concernenti la proposta concordataria avanzata in via pregiudiziale fondata su di una continuità caratterizzata da una progettata scissione parziale proporzionale ex art. 2506 e ss. c.c., nulla osta invece all'ammissione della debitrice alla procedura di concordato preventivo in continuità diretta, secondo l'ipotesi avanzata in via subordinata e che nella memoria autorizzata del 22/10/2015 è così sinteticamente riassunta: "... i creditori saranno soddisfatti dai flussi derivanti dalla continuità aziendale (nella stessa misura che sarebbe stata destinata dalla scissa alla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

scissionaria) e dai proventi della liquidazione dei beni non rimasti nella continuità (ovvero quegli stessi beni che sarebbero stati trasferiti alla scissionaria). Ciò consentirà il pagamento integrale delle prededuzioni e dei creditori privilegiati (nei limiti della falcidia operata, n.d.G.) ed il pagamento dei creditori chirografari nella percentuale stimata pari al 57% dei rispettivi crediti (ritenuta non vincolante in quanto fondata su mera stima, n.d.G.). I tempi di pagamento sarebbero i medesimi previsti per la proposta formulata in via principale, con scadenza quindi al 31/12/2020".

Resta evidentemente impregiudicata ogni valutazione di convenienza spettante ai creditori e salva ogni successiva verifica demandata ai Commissari giudiziali, sia in relazione alla sostenibilità del *business plan* presentato (che appare fondato sul mantenimento almeno iniziale di linee di credito di 19 milioni di Euro), sia vigilando sulla conclusione della transazione fiscale proposta (considerato che in caso negativo potrebbero essere rimessi in discussione i criteri seguiti nella falcidia del relativo credito privilegiato) nonché in relazione alla possibile emersione di circostanze rilevanti ex art. 173 legge fallim.

Il deposito ai fini del parziale pagamento delle spese di giustizia è fissato come in dispositivo. Si confermano in qualità di Commissari giudiziali gli stessi professionisti già officiati per la fase preconcordataria, ex art. 161 co. 6 legge fallim.

PQM

- dichiarata l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo fondata sulla scissione societaria parziale proporzionale di cui al ricorso dep. il 25/09/2015 ed alla memoria integrativa del 22/10/2015, dichiara invece aperta la procedura di concordato preventivo avanzata in via subordinata da A. s.c.p.a., con sede legale in Ravenna, Via *(Omissis)*;

- delega alla procedura il dott. A. F.;

- ordina la convocazione dei creditori per il giorno *(Omissis)* ad ore *(Omissis)*;

- stabilisce che il presente provvedimento venga comunicato ai creditori entro il giorno *(Omissis)*; detta comunicazione dovrà contenere l'avviso che il silenzio eventualmente manifestato dai creditori, in occasione delle operazioni di voto, sarà considerato tacito voto favorevole;

- nomina commissari giudiziali i dott.ri F. P. e V. M. di Ravenna;

- dispone che la ricorrente - entro quindici giorni dalla comunicazione di questo decreto - depositi presso banca indicata dal Commissario giudiziale mediante accensione di deposito vincolato alla presente procedura - la somma di Euro *(Omissis)* per il parziale pagamento delle spese presumibili della procedura;

- ordina che il presente decreto sia pubblicato a cura della Cancelleria ex art. 17 LF;
(*Omissis*)

Concordato preventivo con continuità aziendale e piano di scissione societaria parziale

Abstract: Il presente commento analizza in particolare la compatibilità affermata della procedura di concordato preventivo misto con continuità aziendale con la prospettata ipotesi alternativa di scissione parziale proporzionale spiegata in via principale nel relativo piano concordatario presentato dalla società ricorrente e rigettata dal Tribunale di Ravenna. A tal fine, in chiave ricostruttiva, si indaga sul tessuto normativo riformato delle società e delle procedure concorsuali e si verifica, nel solco del convincente *iter* logico-argomentativo tracciato dal relatore del decreto in commento, la tenuta logico-sistematica delle relative soluzioni ermeneutiche giudizialmente adottate.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. Compatibilità in linea di principio fra procedura concorsuale concordataria e prospettata operazione straordinaria alternativa di scissione societaria parziale proporzionale post omologazione: concorso integrativo tra disciplina concorsuale e disciplina societaria. - 3. (*segue*) Verifica preventiva e funzionale del piano concordatario misto con continuità aziendale *ex* art. 186-*bis* legge fallim. da parte del Tribunale competente nonché della correlata operazione straordinaria scissoria parziale e proporzionale.

1. *Il caso.*

Il decreto del Tribunale di Ravenna, Ufficio Fallimenti, in commento fornisce ulteriori spunti interessanti ed inediti di riflessione e di approfondimento logico-sistematico su temi destinati ad assumere notevole rilevanza nell'attuale assetto delle soluzioni concordatarie negoziali della crisi di impresa, finalizzate e "funzionalizzate" al miglior soddisfacimento delle differenziate ragioni creditorie, nell'intenzione del Legislatore della riforma delle procedure concorsuali.

Il Tribunale di Ravenna era chiamato a decidere su un ricorso, avanzato *ex* art. 160 e ss. legge fallim. da una società cooperativa per azioni che proponeva detta ammissione ad un concordato preventivo con continuità aziendale caratterizzato dalle seguenti condizioni: prosecuzione della sua attività caratteristica in capo ad una società scissa, risultante dall'operazione di scissione parziale proporzionale condizionata alla successiva omologazione, di nuova creazione e destinata esclusivamente al soddisfacimento dei creditori concordatari, di cui era stato depositato il progetto di scissione già pubblicato sul registro delle imprese. La società-ricorrente, ritenendo esclusa una solidarietà della società scissa rispetto alla beneficiaria, da tale operazione ed alle condizioni esposte, mirava a ricavare un consistente attivo concordatario con il quale soddisfare integralmente i crediti prededuttivi e privilegiati (salva approvazione di transazione fiscale *ex* art. 182-*ter* legge fallim. concorrentemente avanzata e degradazione in chirografo dell'IVA di rivalsa alla luce della relazione *ex* art. 160, comma 2 pure depositata) e di offrire al ceto chirografario un residuo attivo pari al 55% del debito complessivo privo di cause di prelazione. Il piano prevedeva la soddisfazione corrente dei costi di gestione e prededuzioni, entro un anno dalla omologazione del concordato per i debiti privilegiati (eccetto quelli tributari oggetto della transazione fiscale e quelli speciali da corrispondersi alla vendita dei beni sottoposti a prelazione) con la previsione di concludere la liquidazione dell'attivo e procedere al soddisfacimento dei chirografari al 31 dicembre 2020. Detta proposta mirava di fatto alla creazione di una società beneficiaria "di liquidazione", separata dalla società scissa e destinata a proseguire il *core business* aziendale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In via subordinata poi la medesima ricorrente proponeva anche una soluzione concordataria fondata sullo stesso *business plan*, (ma da asseverare autonomamente secondo quanto correttamente e prudenzialmente preteso dall'Organo giudiziale) incentrata sulla continuazione diretta dell'attività caratteristica in capo all'unica società debitrice, ferma restando la proposta di transazione fiscale ipotizzata, mentre l'ampio programma dismissivo sarebbe stato condotto in tal caso direttamente dal commissario-liquidatore giudiziale su beni e diritti anche formalmente riconducibili soggettivamente alla stessa società debitrice. In buona sostanza, mentre, nell'ipotesi che la società debitrice riteneva di proporre in via principale, la scissione societaria post omologazione sarebbe stata destinata a creare una società di pura liquidazione quale beneficiaria di una parte consistente del suo patrimonio, così da creare un diaframma separato, anche soggettivamente, rispetto all'ente scisso e destinato a proseguire il *core business* aziendale, nell'ipotesi concorrentemente avanzata in via subordinata, invece, si era di fronte ad un piano concordatario "misto" in cui la prosecuzione dell'attività sarebbe stata svolta post omologazione dalla stessa società debitrice-ricorrente che avrebbe provveduto altresì - ovviamente attraverso il commissario giudiziale nominando - ad alienare beni, diritti, incassare somme, sino al raggiungimento della completa soddisfazione proposta ai creditori.

Quest'ultima sarà la soluzione concordataria accolta ed ammessa dal Tribunale di Ravenna con il decreto in esame, poiché ritenuta maggiormente vantaggiosa per il ceto creditorio in esito al capillare e diffuso controllo operato sui presupposti applicativi *ex* artt. 160, 161 e 162 legge fallim. nonché sulla reale convenienza per il ceto creditorio, pur ammettendo, in astratto ed in linea di principio, la compatibilità tra il concordato preventivo (con continuità aziendale) e la ipotizzata operazione straordinaria di scissione societaria proporzionale.

2. *Compatibilità in linea di principio fra procedura concorsuale concordataria e prospettata operazione straordinaria alternativa di scissione societaria parziale proporzionale post omologazione: concorso integrativo tra disciplina concorsuale e disciplina societaria.*

L'esame del testo del decreto *de quo*, al di là del *decisum* finale, oltre quanto statuito ed argomentato nella fattispecie in ordine alla deroga al principio di cui all'art. 2740 c.c. ed alla diretta operatività e riferibilità in chiave integrativa del disposto di cui alla norma prevista all'art. 2506-*quater*, ult. comma, c.c., secondo cui «ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico», si segnala per la compatibilità, in astratto, preliminarmente confermata dall'Organo giudiziale, tra la procedura concorsuale concordataria con continuità aziendale e l'ipotizzata operazione straordinaria di scissione societaria parziale proporzionale, pur condizionata all'omologazione, contenuta in via principale nel piano programmatico depositato a corredo della stessa proposta concordataria così come presentata ed integrata *ex* artt. 160 e 161 legge fallim.

Ed invero, la scissione parziale proporzionale, indicata comunemente sul piano pratico-assiologico come "scorporo" o "scissione per scorporazione" (1), come è noto, consiste in un'operazione straordinaria con la quale una società attribuisce una parte del proprio patrimonio ad altra società, eventualmente costituita a tal uopo, ricevendone in cambio una corrispondente partecipazione al capitale di quest'ultima.

La relativa disciplina, di tipo trasversale e generale, risulta applicabile (salvo alcune differenze specifiche legislativamente previste e regolate) a tutti i tipi di società ordinarie, commerciali e non, nonché alle società cooperative. (come nel caso della ricorrente e che ci occupa) in forza della disposizione di cui all'art. 2545-*novies* c.c.(già art. 2538 c.c. *ante* riforma societaria del 2003) (2).

Il Legislatore della riforma delle procedure concorsuali ha infatti espressamente previsto, nell'ambito delle soluzioni alternative alla crisi delle imprese societarie, l'impiego di operazioni straordinarie per meglio garantire il soddisfacimento delle ragioni creditorie ed apportare elasticità operativa e diffusione all'istituto.

Ciò discenderebbe espressamente dalla rimozione, nel nostro ordinamento, della già sancita incompatibilità tra le operazioni straordinarie e le procedure concorsuali, contribuendo così ad arricchire ed incentivare la gamma delle soluzioni "privatizzate" delle crisi d'impresa introdotte dalla riforma con modalità ed istituti più duttili e che «consentono una più rapida ed efficiente realizzazione delle specifiche e variegate finalità di volta in volta perseguite dalla procedura»; ciò anche e soprattutto nell'ot-

---

(1) PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. società*, 2000, p. 480 ss.; RORDORF, *La nuova disciplina della fusione e della scissione di società*, in *Società*, 1991, p. 407 ss.; ID., *Scissione e scorporazione di società*, *ivi*, 1990, p. 1104 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in *Riv. dir. comm*., 1990, I, p. 109 ss.; D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. not.*, 1990, p. 873 ss.

(2) Così sempre SCOGNAMIGLIO in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7.2, 2004, p. 40 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tica di una riallocazione sul mercato dell'impresa in crisi [3] o di parti funzionali o meno di essa che presentassero ancora profili di redditività (anche) in seguito ad adeguate operazioni di riorganizzazione o di ristrutturazione aziendale e finanziaria. Si condivide quindi in buona sostanza il corretto *iter* logico-argomentativo seguito dall'Organo giudicante che, tra l'altro non oggetto di questo commento, ha ritenuto compatibile con le finalità del concordato preventivo con continuità aziendale (proposto dalla ricorrente) la ipotizzata creazione per scorporazione di altra (nuova) società, pur non ritenendola (in conclusione ed *ex post*) idonea e "funzionale" alla più proficua realizzazione della liquidazione concordataria, nonostante il prospettato trasferimento degli *assets* della società ricorrente considerati più redditizi.

Il conseguente quadro normativo di riferimento è rinvenibile e regolabile mediante un concorso integrativo di regole (ordinate in base al criterio ermeneutico della combinazione più che della prevalenza) afferente le novellate discipline societarie e concorsuali, le quali hanno recepito nell'ordinamento italiano gli istituti di carattere alternativo al fallimento, in gran parte già riconosciuti da tempo negli altri Paesi e rappresentati da modelli funzionali e finalizzati alla riorganizzazione degli assetti aziendali ed alla loro successiva ed eventuale riallocazione sul mercato secondo i più vari schemi di carattere liquidatorio o ristrutturativo [4].

Dall'esame dello stesso testo dell'art. 2506 c.c., così come novellato dal D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, poi, non si rilevano preclusioni espresse alla possibilità di scindere una società sottoposta a procedura concorsuale e la stessa riconosciuta atipicità della proposta concordataria, delineata dall'art. 160, comma 1, lett. a), legge fallim., abilita l'interprete a ritenere ammissibili, pur in ambito concordatario, ristrutturazioni di imprese in crisi accompagnate da incisivi processi di riorganizzazione del patrimonio societario.

---

[3] Conformi PALMIERI, *Operazioni straordinarie "corporative" e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, 2009, p. 1092; SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, pp. 55-60; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. società*, 2008, pp. 18 ss. e 75. Per i profili aziendalistici vedasi STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.

[4] Per una panoramica completa sulla riallocazione delle imprese in crisi si rinvia a FIMMANÒ, *La riallocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. società*, 2010, pp. 57-112 e ID., *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, nota a Cass., 28 novembre 2001, n. 15088, in *Società*, 2002, p. 1380, nt. 8.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Inoltre, si osservi ancora come l'operazione di scissione parziale proporzionale, inserita nel piano di concordato preventivo soggetto al vaglio del Tribunale di Ravenna, così come fu articolata dalla ricorrente, costituiva una evidente deroga all'art. 2740 c.c. (5).

Da altra prospettiva ciò non comportava, in chiave ricostruttiva della disciplina applicabile al caso de quo, la prevalenza *tout court* della disciplina concorsuale su quella societaria (così come ipotizzato dalla ricorrente), ma configurava, viceversa, la necessità di regolamentare un concorso integrativo fra le due discipline, con particolare riferimento alla ritenuta responsabilità solidale sussidiaria proporzionale di cui all'art. 2506-*quater* c.c. ed ad altri profili specifici di disciplina esaminati a tal uopo dall'Organo giudiziale in maniera comparativa (6).

Uno stesso anteriore provvedimento del Tribunale di Arezzo (7) citato nel decreto in commento, seppure con le opportune differenze fattuali inserite nel piano *ed a contrario*, aveva già convincentemente escluso la violazione dell'art. 2740 c.c., ove la proposta concordataria preveda una cessione solo parziale dei beni dell'impresa debitrice, ma ciò soltanto qualora «l'operazione si inserisca all'interno di una scissione societaria per cui la società scissa continui a rispondere dei debiti eventualmente non soddisfatti dalla scissionaria nei limiti del patrimonio netto rimasto», ritenendo quindi non derogabile quanto previsto dall'art. 2506-*quater*, ult. comma, legge fallim., risolvendo così in chiave integrativa e combinatoria il concorso tra le discipline societarie e concorsuali dianzi indicato secondo parametri funzionali ermeneutici tendenti a raggiungere e garantire il miglior soddisfacimento possibile degli interessi di tutti i creditori concordatari.

D'altronde tale disposizione, notoriamente, mira a tutelare i creditori sociali che potrebbero veder compromesse le garanzie di solvibilità dei propri crediti, dal momento che la scissione (nel nostro caso pure "par-

---

(5) Nella specie, il piano proposto in via "principale" si fondava su una ipotesi di scissione societaria che fondamentalmente assegnava alla scissa elementi attivi patrimoniale per oltre 22 milioni di €, mentre i restanti 168 milioni di € si ipotizzavano conferiti nella società beneficiaria avente lo scopo esclusivo di liquidare tali *assets* e con essi soddisfare i creditori. Tale operazione, nel rappresentare una deroga evidente alla regola della integrale responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., di per sé obiettivamente sfavorevole ai creditori anteriori, non trovava altri correttivi a favore di questi nelle successive integrazioni tanto da essere rigettata per le criticità riscontrate giudizialmente.

(6) Così FURNO, nota in *Ilfallimentarista.it*, 2016, 21 aprile.

(7) Trib. Arezzo, 27 febbraio 2015, in *Ilfallimentarista.it*, 2015, 22 maggio.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziale") concretizzava una frammentazione del patrimonio originariamente in capo alla scissa ed a favore della nuova società beneficiaria.

Inoltre, si comprendono le criticità riscontrate ed i dubbi dell'Organo giudicante circa la pur ammissibile (in astratto) operazione scissoria parziale prospettata in via principale dalla ricorrente, se si analizza il concetto limitativo di responsabilità e prudenziale inerente il «valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente rimanga nella società scissa» utilizzato dall'ultimo comma dell'art. 2506-*quater* c.c. che, in dette operazioni straordinarie, tende ad evitare il rischio di operazioni fraudolente a danno dei creditori sociali e che va indicato (e quindi valutato giudizialmente) nella relazione esplicativa redatta *ex* art. 2506-*ter* c.c. secondo valori attuali di mercato dall'organo amministrativo per giustificare giuridicamente ed economicamente il progetto di scissione stesso (8).

Condivisibile appare, dal punto di vista argomentativo, l'altro indice legislativo attestante, sempre nell'ambito del profilo di disciplina esaminato, la non assoluta (ed automatica) prevalenza del diritto concorsuale su quello societario che è stato individuato dal Tribunale di Ravenna dall'analisi dell'art. 182-*sexies* legge fallim., frutto della riforma del 2012, che ha introdotto una deroga espressa ai meccanismi di allerta o di necessaria ricostituzione del capitale sociale e/o dello scioglimento della società attenuando in tal modo la rigida regolamentazione del capitale sociale apprestata dal sistema normativo ordinario per quelle società che abbiano richiesto l'ammissione al concordato preventivo o alla ristrutturazione dei debiti (9).

3. (segue) *Verifica preventiva e funzionale del piano concordatario con continuità aziendale* ex *art. 186* bis *legge fallim. da parte del Tribunale competente nonché della correlata operazione straordinaria scissoria parziale e proporzionale.*

Nella fattispecie concordataria ipotizzata in via principale dalla ricorrente, con continuità aziendale e correlata operazione straordinaria scissoria parziale e proporzionale post-omologazione, il Tribunale di Ravenna ha ritenuto sussistente ed operativo il disposto di cui all'art. 186-*bis* legge

---

(8) Così già RORDORF avvertiva prima della Riforma del 2003 delle Società di capitali, *La scissione di società*, in *Società*, 1989, p. 683.

(9) In argomento, vedasi FABIANI, in *Corr. giur.*, 12, p. 1265 ss.; AMBROSINI, in questa *Rivista*, 12, I, p. 469 ss., tra gli altri.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fallim., qualora la società scissionaria sia destinata a svolgere compiti prettamente "liquidatori" e purché l'attività sia proseguita in modo diretto anteriormente alla omologazione e sia espressamente prevista la continuità in capo alla impresa "scissa" (10).

L'organo giudicante, nel caso in esame, ha proceduto quindi a verificare, preliminarmente ed in concreto, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, se il piano concordatario e la connessa attestazione specifica, sottoposte al suo vaglio, rappresentassero (ed allegassero a fini probatori) la sussistenza dei previsti indici di funzionalità allo scopo di garantire teleologicamente la "migliore soddisfazione possibile" dei creditori, che, in ambito concorsuale concordatario, costituisce il perno giustificativo dell'ipotizzata proposta di concordato preventivo con continuità aziendale (11).

Conseguentemente, si è doverosamente valutata la legittimità della proposta "mista" di concordato avanzata, rigettando quella presentata in via principale, per le precise criticità "funzionali" riscontrate e, viceversa, riconoscendo ammissibile (a certe condizioni e fatti salvi sia il disposto di cui all'art. 173 legge fallim. (12), sia il giudizio spettante ai creditori che le

---

(10) In tal senso conformi ancora AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. Cottino*, 11, I, Padova, 2007; GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, in FAUCEGLIA-PANZANI (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, pp. 1645-1662; TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica,* in questa *Rivista*, 2013, I, pp. 1-61; VITIELLO, *Brevi[e scettiche] considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale, www.ilfallimentarista.it*, 21 gennaio 2013 e FILOCAMO, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, 3ª ed., Padova, 2014, pp. 2700-2707, comm. *sub* art. 186-*bis* legge fallim. che afferma la compatibilità della continuità aziendale anche con la liquidazione immediata di beni del debitore, essendo, in particolare, sancito espressamente che il piano in continuità possa prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa destinato a continuare…

(11) Così significativamente in giurisprudenza vedasi Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, secondo cui «*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*».

(12) PERRINO, *Sub art. 173 L.Fall.*, in *Comm. Lo Cascio*, pp. 2026-2053 adesivamente sul punto; ID., 2042, in tema di giudizio di sopravvenuta carenza di causa concreta del concordato preventivo con continuità aziendale per manifesta dannosità inevitabile implicante

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

opportune verifiche e vigilanze demandate istituzionalmente al Commissario giudiziale) la percorribilità della proposta alternativa indicata in subordine dalla medesima ricorrente (13).

Tale articolato controllo giudiziale del piano concordatario (preventivo, continuo e successivo (14)) discende dai penetranti poteri di vigilanza sulla regolarità e sulla direzione del procedimento riconosciuti al Tribunale anche dopo la recente (e continua) riforma delle procedure concorsuali e del concordato preventivo in particolare, onde sovraintendere ed assicurare la più giusta e trasparente *disclosure* ed informazione a tutti i creditori (che saranno chiamati ad esprimersi sulla convenienza della proposta) nonché esplorare, secondo regole ermeneutiche mutuate da altri ambiti disciplinari ed improntati sul principio "di causalità adeguata", la sussistenza della "causa concreta" della proposta concordataria nonché verificare la fattibilità del connesso *business plan* (salva ogni successiva verifica demandata ai Commissari giudiziali in relazione alla sostenibilità del medesimo *business plan* presentato a corredo) anche in relazione alla possibile emersione di circostanze rilevanti *ex* art. 173 legge fallim.; e ciò sempre nell'interesse precipuo dello stesso ceto creditorio (15).

Oltre gli ordinari presupposti di regolarità che debbono supportare la proposta concordataria, il controllo officioso del Tribunale, tanto più necessario, ove il contraddittorio con i creditori non sia stato ancora in concreto instaurato, deve vagliare la completezza della medesima proposta rispetto ai canoni disegnati già nell'art. 160, legge fallim., che prevedono - come già anticipato - una miglior soddisfazione di tutti i creditori e una

---

valutazioni di merito e ABETE, *Il pagamento di debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 111.

(13) Sinteticamente qui riassunta testualmente: «...i creditori saranno soddisfatti dai flussi derivanti dalla continuità aziendale (nella stessa misura che sarebbe stata destinata dalla scissa alla scissionaria) e dai proventi della liquidazione dei beni non rimasti nella continuità (ovvero quegli stessi beni che sarebbero stati trasferiti alla scissionaria). Ciò consentirà il pagamento integrale delle prededuzioni e dei creditori privilegiati (nei limiti della falcidia operata, n.d.G.) ed il pagamento dei creditori chirografari nella percentuale stimata pari al 57% dei rispettivi crediti (ritenuta non vincolante in quanto fondata su mera stima, n.d.G.). I tempi di pagamento sarebbero i medesimi previsti per la proposta formulata in via principale…».

(14) Così MAFFEI-ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1330, in ordine alla sostenibilità della continuità aziendale ed alla sua rispondenza all'interesse dei creditori che devono permanere per tutto il corso della procedura *ex* art. 173 legge fallim.

(15) Così già PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1037-1050 e M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale, con spunti interessanti di indagine e soluzione pratica dei primi problemi applicativi dell'istituto.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giustificazione dell'eventuale loro trattamento differenziato (16). In detto contesto e con detti tratti caratterizzanti si collocano ed operano giuridicamente il "concordato con riserva" (art. 161, comma 6 ss., legge fallim.) ed il "concordato con continuità aziendale" (art. 186-*bis* legge fallim.).

Difatti, il piano concordatario, nella forma "mista" proposta dalla ricorrente nel caso in commento, rientrava sicuramente nella fattispecie e nella *ratio* "anticipatoria della protezione patrimoniale del debitore" prevista dall'art. 186-*bis* legge fallim., così come novellata dal D.L. n. 83/2012, convertito con modifiche nella L. n. 134/2012, non escludendo che lo stesso potesse essere comunque considerato (anche) quale concordato in continuità qualora la prosecuzione (diretta od indiretta) dell'attività caratteristica e caratterizzante riguardasse la liquidazione di tutti i cespiti non strettamente "funzionali" e necessari all'esercizio dell'impresa nel suo *core business* e tendesse comunque a preservare il valore della medesima attività (17).

In dottrina infatti si riconosce pacificamente che le fattispecie di continuità aziendale previste dal legislatore si fondano sul mantenimento in esercizio dell'azienda in crisi da parte dello stesso imprenditore-debitore o anche da parte di terzi cessionari o, nello specifico della fattispecie oggetto del decreto in commento, conferitari (18).

L'art. 186-*bis* legge fallim. si applica infatti quando il piano concordatario prevede la prosecuzione diretta dell'attività di impresa da parte del debitore o il conferimento della medesima azienda in esercizio o di parte di essa in una o più società, anche di nuova costituzione, come nel caso in esame (continuità indiretta) (19).

---

(16) Sul punto vedasi Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2016, n. 8804, in *D&G*, 2016, 5 maggio con nota di PAPAGNI, secondo la quale «il Giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti.» e, nel merito, Trib. Asti, sez. fall., 11 febbraio 2016 in tema di rigoroso controllo giudiziale in ordine alla disciplina applicabile in tema di concordato preventivo prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 83/2015.

(17) FABIANI, in *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011 e LA MANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012.

(18) ARATO, *op. cit.*, 2012, p. 3.

(19) Così STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p. 1239, che ipotizza l'attribuzione dell'azienda mediante scissione societaria e NARDECCHIA-RANALLI, 2013, p. 2287, per la possibilità di combinazione di forme diverse di continuità diretta ed indiretta.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La stessa attestazione di cui al comma 1 dell'art. 186-*bis* legge fallim. connessa al piano concordatario, presentato dalla ricorrente in via principale e collegato all'ipotesi scissoria parziale, in definitiva, ha formato puntuale oggetto di vaglio critico giudiziale e nella sua strutturazione contabile ed economico-aziendale non si è rivelata idonea a convincere l'Organo giudiziale (che sul punto ha focalizzato la sua attenzione critica e la relativa decisione) della sua effettiva convenienza per tutti i creditori, in termini di concrete prospettive di loro soddisfacimento e della dilatazione temporale dell'esposizione debitoria, sempre al fine di garantire i creditori da una possibile violazione della loro garanzia patrimoniale (20).

La continuità aziendale diretta del piano, ritenuta ammissibile in esito al controllo operato dal Tribunale di Ravenna (21), è stata evidentemente considerata scelta più adeguata ai fini della realizzazione del piano prospettato, pur in subordine, sussistendone i presupposti applicativi di legge e verificate le idonee cautele per le ragioni creditorie nell'ambito dei meccanismi di agevolazione delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa introdotte dalla complessa ed incessante novellazione della legge fallimentare, ancora in atto.

BENEDETTO FARSACI
Docente a contratto in Diritto dell'Economia nell'Università degli Studi di Messina

(20) Conformemente, in ipotesi analoga, Trib. Bergamo, 26 giugno 2014.

(21) CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186bis l.fall.*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1379-1390, a tal proposito parla di "continuità aziendale in senso forte".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

TRIBUNALE DI RAVENNA, decr. 27 novembre 2015

Pres. GILOTTA - *Rel.* DIDONE

Gruppo L. s.r.l. in concordato preventivo c. B. 2006 s.r.l. ed altri

Concordato preventivo - Diritto intertemporale - Applicazione della legge n. 132/2015 ai procedimenti iniziati col deposito della domanda di concordato con riserva - Esclusione

(L. n. 132/2015, art. 23; legge fallim., artt. 160, 161)

Le norme introdotte dalla legge del 6 agosto 2015, n. 132 si applicano totalmente ai procedimenti iniziati anche soltanto con ricorso ex *art. 161, comma 6, legge fallim. depositato a partire dal 21 agosto scorso, mentre i ricorsi precedenti, «pieni» o «con riserva, avranno un effetto per così dire «prenotativo» non soltanto ai fini della tendenziale cristallizzazione dell'attivo e del passivo concordatario, ma anche della stessa disciplina applicabile alla procedura.*

Concordato preventivo - Concordato preventivo liquidatorio - La fattibilità del piano di concordato - Pagamento di almeno il venti percento dei crediti chirografari - Presupposto di ammissibilità della domanda di concordato - Poteri integratori del giudice

(legge fallim., artt. 160, 161, 162)

Le modifiche introdotte dalla legge n. 132/2015 hanno solo parzialmente innovato la portata della valutazione spettante al Tribunale in ordine alla fattibilità del piano in quanto il nuovo art. 160, comma 4, legge fallim., introducendo un aspetto importante della componente economica della fattibilità, si trasforma in presupposto di ammissibilità della domanda, che, in quanto tale, rientra pienamente nell'oggetto delle verifiche giudiziali. Sicché, l'art. 160, comma 4, legge fallim. deve interpretarsi nel senso dell'assunzione di un preciso impegno obbligatorio dell'imprenditore in crisi a cedere tutti i propri beni ai creditori purché il compendio attivo consenta il soddisfacimento del ceto creditorio privo di cause di prelazione in misura non inferiore al nuovo limite minimale del venti per cento.

Concordato preventivo - Concordato preventivo liquidatorio - Offerte concorrenti - Procedura competitiva inderogabile - Requisito di legalità delle vendite

(legge fallim., artt. 160, 161, 163-bis, 182)

*Il nuovo art. 163-*bis *legge fallim. in tema di offerte concorrenti, che in combinato disposto con il pure innovativo art. 182, comma 5, legge fallim. valorizza indefettibilmente la competitività delle procedure ed il* test market *assicurato dalla pubblicità quale metodo necessario a verificare che la soluzione concordataria sia rivolta in concreto (e non soltanto in astratto) a vantaggio dei creditori e non, piuttosto, ad assecondare le logiche dell'imprenditore in crisi quando non di soggetti intenzionati a «lucrare» su tale situazione di dissesto, determinando la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse e connotando in termini di legalità o meno le vendite e le cessioni in ambito concordatario.*

(Omissis)

Il ricorso avanzato dalla società GRUPPO L. s.r.l. propone l'ammissione ad un concordato preventivo di contenuto puramente liquidatorio e risulta essenzialmente caratteriz-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zato dai seguenti aspetti: a) integrale liquidazione dei beni e delle partecipazioni comunque riferibili alla ricorrente (B. 2006 s.r.l., Interporto s.r.l., CIP Usa, Nuove Iniziative s.r.l., Immobiliare Buozzi 49 s.r.l., Heliosfarm s.r.l.); b) incasso dei crediti commerciali vantati nei confronti dei terzi e delle società partecipate; c) alienazione di un immobile della società controllata al 95% Bellocchio 2006 s.r.l. ad un terzo irrevocabilmente offerente la somma di Euro 3.200.000 - da mettere a disposizione dei creditori concordatari - e doppiamente condizionato alla circostanza: 1. che la cessione del terreno avvenga nell'ambito della procedura di concordato; 2. che l'acquirente possa procedere all'acquisto del predetto immobile entro e non oltre il 15 dicembre 2015. Viene previsto il riconoscimento di un credito chirografario da regresso in favore della stessa partecipata in misura pari alla differenza fra il valore di mercato del terreno oggetto di offerta d'acquisto ed i debiti da finanziamenti che la partecipata risulta in passato aver fruito ad opera della controllante pressoché totalitaria.

La ricorrente si propone, pertanto, di ricavare un attivo concordatario complessivo di Euro 11.198.797 Euro con il quale soddisfare integralmente i crediti prededuttivi e privilegiati generali, destinando la somma di Euro 5.178.454 per il pagamento dei creditori muniti di privilegio speciale - in misura non inferiore a quella determinata alla luce della relazione ex art. 160 co. 2 pure depositata - e di offrire al ceto chirografario un residuo attivo di Euro 5.340.746, pari approssimativamente al 43% (ma comunque mai in misura inferiore al 20%) del debito complessivo privo di cause di prelazione. Il piano prevede un orizzonte temporale di anni 2 dalla omologazione al fine di provvedere alla sua esecuzione.

Tanto premesso, si deve ricordare, in via del tutto pregiudiziale, che questo Collegio condivide - pur nella consapevolezza delle diverse opzioni interpretative proposte in dottrina - la tesi che attribuisce all'organo giudiziario un ruolo non esclusivamente e meramente volto all'accertamento dei requisiti formali estrinseci di ammissibilità alla procedura concordataria, bensì un ruolo che, pur non travalicando nel merito delle scelte proposte e della loro convenienza per il ceto creditorio, si estende alla verifica del possesso sostanziale dei requisiti di ammissione, fra cui la "fattibilità" del piano quale in concreto percorribile e certificata nella relazione di accompagnamento alla proposta, di cui all'art. 161 c. 2 legge fallim. Non avrebbe infatti giustificazione effettiva la facoltà che l'art. 162 c. 1 legge fallim. prevede, sulla possibilità del Tribunale di richiedere non solo la produzione di "*nuovi documenti*", bensì anche di "*apportare integrazioni al piano*", inciso che evidentemente non suppone mere incompletezze formali ma anche la necessità di integrare dati contabili, temporali, ecc. tali da meglio chiarificare la effettiva fattibilità della proposta e mettere in condizione i creditori di esprimere una valutazione ponderata in vista della votazione di cui agli artt. 177 e 178 legge fallim.

Con particolare riferimento al procedimento in esame, occorre considerare quanto espresso dalla nota Cass. S.U. 23 gennaio 2013, secondo cui "*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*". Con riferimento alla natura liquidatoria del concordato in esame, poi, come si vedrà anche al punto seguente, le mo-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

difiche introdotte dalla L. 132/2015 hanno solo parzialmente innovato quanto al *thema decidendum* della valutazione spettante al tribunale, posto che se è vero che - ontologicamente - la natura della *cessio bonorum* comporta un inevitabile margine di aleatorietà del realizzo (ossia della traduzione in equivalente monetario dei cespiti e diritti tutti ceduti ai creditori), è pure vero che il nuovo ultimo comma dell'art. 160 introduce nella valutazione giudiziale un aspetto importante della componente economica della fattibilità, nel senso che si trasforma in presupposto di ammissibilità (e quindi in un qualcosa che rientra pienamente nell'oggetto delle verifiche affidate all'organo giudiziario) la circostanza che il piano consenta o meno - *prima facie* - un pagamento ai creditori chirografari non inferiore al 20% dell'importo complessivo di tale categoria di creditori.

(*Omissis*)

Ciò posto, si deve rilevare preliminarmente che la proposta di concordato depositata ricade pienamente sotto l'ambito di applicazione della riforma recentemente apportata dal legislatore attraverso la emanazione, prima, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 e poi, con modificazioni rilevanti, della legge di conversione del 6 agosto 2015, n. 132.

Se la riforma del 2006-2007 era stata chiaramente ispirata da un *favor* per le soluzioni concordatarie alternative al fallimento e se, ancora, la miniriforma del 2012 aveva ulteriormente accentuato il *favor debitoris* (si pensi per tutti all'introduzione del concordato in bianco o "prenotativo" ed al meccanismo del c.d. "silenzio - assenso" in sede di votazione), si deve invece sicuramente evidenziare come la riforma del 2015 abbia lo scopo di portare ad un complessivo riequilibrio delle posizioni e degli interessi dei creditori rispetto a quelli dell'imprenditore in crisi, con il non nascosto fine di eliminare alcune "storture" applicative, quando non veri e propri "abusi" nell'utilizzo dello strumento concordatario.

Si legge al riguardo, nella relazione di accompagnamento, che la stessa "*contendibilità dell'impresa in crisi*" ha la finalità di "*massimizzare la* recovery *dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore*".

Quanto al momento dell'entrata in vigore delle nuove norme, l'espressione "*procedimenti di concordato*" utilizzata ripetutamente dall'art. 23 della L. 132/2015 appare in effetti sufficientemente generica da ricomprendere anche il preconcordato, che rappresenta pur sempre una fase della stessa procedura concordataria che inizia con ricorso e comporta l'emissione di un provvedimento del tribunale con possibilità di nomina immediata del Commissario giudiziale ed una sorta di spossessamento minore quanto agli atti di straordinaria amministrazione. Allo stesso tempo, il verbo "*introdotti*" - utilizzato dal legislatore in modo distonico rispetto ad altre disposizioni (ove si parla di ammissione o di pubblicazione della domanda) - sembra lasciare trasparire la sufficienza del semplice deposito del ricorso da parte dell'imprenditore, non volendosi addossare allo stesso eventuali ritardi da parte dell'ufficio giudiziario.

Può perciò ritenersi che le nuove norme si applichino totalmente ai procedimenti iniziati anche soltanto con ricorso *ex* art. 161 co. 6 legge fallim. depositato a partire dal 21 agosto scorso, mentre i ricorsi precedenti (siano essi "pieni" od "in bianco") avranno un effetto per così dire "prenotativo" non soltanto ai fini della tendenziale cristallizzazione dell'attivo e del passivo concordatario, ma anche della stessa disciplina applicabile alla procedura.

Del resto, la circostanza che l'art. 23 co. 1 faccia sempre riferimento all'espressione "*procedimenti di concordato preventivo*" per stabilire che le disposizioni di cui all'art. 1 si applicano agli stessi anche se "*introdotti anche anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto*" appare fortemente significativa: le modifiche dell'art. 1 infatti riguardano un istituto, quello dei finanziamenti interinali urgenti, che dichiaratamente può essere utilizzato nella fase preconcordataria. Da qui, pertanto, la conferma che l'espressione utiliz-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

zata dalla riforma quale *actio finium regundorum* è sufficientemente ampia da ricomprendere il ricorso prenotativo di cui all'art. 161 co. 6 legge fallim. (ci si permette perciò di non condividere, su questo specifico punto, quanto affermato dalla recentissima decisione del Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*, peraltro già contraddetta da Trib. Trento, 15 ottobre 2015, in *www.ilfallimentarista.it*, secondo cui, in modo condivisibile, "*in caso di deposito di un ricorso* ex *art. 161 co. 6, assume rilevanza la data di deposito della domanda di concordato con riserva, rispetto alla quale il successivo deposito della proposta e del piano costituisce una mera integrazione e non l'introduzione di un nuovo procedimento*").

Nel caso di specie, peraltro, *nulla quaestio*: il deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo è avvenuto in data 23/11/2015 senza essere stato preceduto da alcun ricorso prenotativo, conseguentemente è solo da tale momento che il procedimento di concordato preventivo può dirsi "*introdotto*", perciò ricadendo appieno nel campo applicativo delle nuove disposizioni, fra cui in particolare, per quanto in questa sede rileva:

- Il nuovo art. 163 *bis* legge fallim. in tema di offerte concorrenti, che in combinato disposto con il pure innovativo art. 182 co. 5 legge fallim. (che si occupa di tutte le vendite, le cessioni ed i trasferimenti "*legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo*"), valorizza indefettibilmente la competitività delle procedure ed il *test market* assicurato dalla pubblicità quale metodo necessario a verificare che la soluzione concordataria sia rivolta in concreto (e non soltanto in astratto) a vantaggio dei creditori e non, piuttosto, ad assecondare le logiche dell'imprenditore in crisi quando non di soggetti intenzionati a "lucrare" su tale situazione di dissesto, tanto è vero che in un recente studio si è significativamente affermato che la nuova riforma 2015 determina "*la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*";

- Il novellato ultimo comma dell'art. 160 legge fallim., il quale prevede, nella sicura qualificabilità del presente concordato come liquidatorio, che "*in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari*"; trattasi di una espressione oggetto di dispute ermeneutiche e che, tuttavia, non può non interpretarsi nel senso dell'assunzione di un preciso impegno obbligatorio dell'imprenditore in crisi a cedere tutti i propri beni ai creditori purché il compendio attivo consenta il soddisfacimento del ceto creditorio privo di cause di prelazione in misura non inferiore al nuovo limite minimale di ammissibilità introdotto; del resto che non si tratti di una semplice prospettazione, ma di un vero e proprio impegno soggetto a verifica da parte del Commissario giudiziale, risulta oltre che dal collegamento della nuova disposizione con l'utilità "specifica" che il debitore deve necessariamente impegnarsi ad assicurare in forza del novellato art. 161 co. 2 lett. e), dall'apertura *tranchant* della disposizione "*In ogni caso*": trattasi infatti di elementi testuali rilevanti, destinati a saldarsi altresì con l'argomento teleologico fornito dalla relazione di accompagnamento alla riforma, secondo cui la modifica ha "*la finalità di evitare che possano essere presentate proposte per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori*";

- Il nuovo art. 178 ult. co. legge fallim., da cui discende l'applicabilità al concordato preventivo - qualunque ne sia la natura - del principio del voto favorevole necessariamente espresso, in sostituzione del principio del silenzio-assenso irragionevolmente mutuato dalla disciplina del concordato fallimentare.

(*Omissis*)

Da quanto precede, discende *ictu oculi* la necessità per la debitrice istante di apportare, nell'assegnando termine di 15 giorni cui all'art. 162 co. 1 l.f. alcune modifiche integrative al piano che si vanno a dettagliare:

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

a) Risulta in primo luogo necessario estendere (od eliminare) la condizione temporale risolutiva apposta all'offerta irrevocabile di acquisto presentata per il terreno appartenente alla controllata B. 2006 s.r.l. e messo a disposizione dei creditori concordatari, al fine di consentire l'esperimento della procedura competitiva di cui all'art. 163 bis l.f. che, come anticipato, costituisce ormai norma inderogabile il cui rispetto connota altresì nei termini di legalità o meno le vendite e le cessioni in ambito concordatario; è infatti evidente che la scadenza dell'offerta al 15 dicembre appare talmente ravvicinata da impedire, nella sostanza, un'effettiva pubblicizzazione dell'offerta presentata e l'emersione di soggetti eventualmente interessati a concorrere nell'acquisto immobiliare che, come ammesso dalla stessa ricorrente, pur comportando altri ingenti investimenti in termini di oneri di costruzione, urbanizzazione e cessione di aree all'ente territoriale, può costituire il volano per una più ampia operazione di valorizzazione dell'intero comparto "Via Destra Canale Molinetto"; poco importa a questi fini che il bene sia formalmente appartenente a società diversa dalla ricorrente:- in primo luogo è la stessa condizione principale posta dalla proponente l'acquisto ed accettata dalla ricorrente che la vendita "avvenga nell'ambito delle operazioni concordatarie" a portare con sé l'applicazione necessaria dei principi di competitività e trasparenza accolti dalla riforma; - in secondo luogo, il piano concordatario recepisce tale operazione e ne fa uno degli elementi per acquisire la liquidità necessaria - attraverso l'esecuzione anticipata rispetto alla fase di omologazione - per poter procedere al pagamento dei creditori privilegiati e sostenere gli oneri di giustizia; - in terzo luogo, dal punto di vista sostanziale, il citato terreno rappresenta in concreto la proprietà assolutamente prevalente della B. s.r.l., ragion per cui la sua cessione indirettamente comporta lo "svuotamento" della partecipazione pressoché totalitaria che la Gruppo L. possiede nella controllata; ora, poiché il piano liquidatorio necessariamente ricomprende - *ex* art. 2740 c.c. - tutti i beni ed i diritti della debitrice, ivi compresa la citata partecipazione del 95% del capitale della proprietaria dell'immobile, appare evidente che la cessione dell'*asset* di maggior pregio della controllata incide sulle possibilità di liquidazione efficiente della quota stessa, ciò comportando anche per tale motivo la necessaria procedimentalizzazione della vendita; ragionare diversamente in un caso come quello in esame significherebbe, del resto, consentire un facile aggiramento dei principi posti dall'art. 163 *bis* e 182 co. 5 legge fallim. in spregio alle stesse finalità della riforma e modalità indiretta di violazione di norme sicuramente imperative;

b) La ricorrente dovrà chiarire ed eventualmente correggere il riconoscimento del diritto di regresso in sede chirografaria della società B. s.r.l. (terza datrice di ipoteca in favore della Gruppo L. s.r.l.) posto che lo stesso, a tutto concedere, appare il frutto di un precedente finanziamento nell'ambito di un gruppo che vede nella ricorrente il soggetto che esercita "*attività di direzione e coordinamento*", con conseguente richiamo alle disposizioni in tema di postergazione effettuato dall'art. 2497 *quinquies* c.c.;

c) La ricorrente dovrà infine chiarire ed eventualmente correggere la richiesta di finanziamento di cui all'art. 182 *quater* legge fallim. (c.f. finanziamento ponte o "in funzione" dell'accesso alla procedura concorsuale) contenuta nel ricorso introduttivo, meglio specificando le modalità di determinazione del compenso dei due professionisti coinvolti nella istanza (oltre alle prevedibili esigenze di deposito delle somme ad anticipazione parziale delle spese, di cui all'art. 163 co. 2 n. 4) legge fallim.), producendo i relativi atti di incarico aventi data certa anteriore alla data di deposito del ricorso medesimo e contenenti necessariamente i criteri di quantificazione dell'acconto che gli stessi professionisti intenderebbero incassare (anche) attraverso il finanziamento richiesto.

(*Omissis*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il «nuovo» concordato in percentuale: tra precedenti storici e prospettive di riforme. Profili applicativi

Abstract: Nel porre in evidenza le criticità presenti in una domanda di concordato preventivo puramente liquidatorio e nel subordinarne l'ammissione ad una puntuale e coatta integrazione, si condivide la recente posizione del Tribunale di Ravenna, che, sulla base di una giurisprudenza che si fa diritto, sancisce l'impossibilità di applicare la novella del 2015 ai ricorsi prenotativi depositati prima del 21 agosto 2015, nonché la rilevanza, in termini di nuovo limite minimale di ammissibilità e di preciso impegno obbligatorio, del «pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari». Questo risulta essere una componente giuridica e non economica della «fattibilità» del piano, che è, come tale, verificabile dal giudice. Sulla base poi di una dottrina che si fa giurisprudenza, il Tribunale decreta «la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse», considerando, inderogabile e, quindi, requisito di validità delle compravendite concordatarie, l'esperimento della procedura competitiva delle offerte concorrenti.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso. - 3. Profili di diritto intertemporale. - 4. Il «nuovo» concordato in percentuale: prospettive di indagine. - 5. Segue: profili applicativi: attuali e futuribili. - 6.Gli elementi tipizzanti dell'art. 160, comma 4, legge fallim. - 7. I poteri del tribunale. - 8. Le offerte concorrenti. Cenni.

1. *Premessa.*

La recente novella alla legge fallimentare, operata dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, di conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina della crisi di impresa [1].

---

[1] Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in questa *Rivista*, 2015, II, p. 359 s.; M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in questa *Rivista*, 2015, p. 529 ss.; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *FallimentieSocietà.it*, 2015, p. 1 ss.; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, 2015, p. 59 ss.; ID., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità e soluzioni finanziarie» n. 83/2015: un primo commento*, in *ilfallimentarista.it*, 2015, p. 1 ss.; R. MARINONI-N. NISIVOCCIA-C. SANTORIELLO, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015, p. 3 ss.; L. PANZANI, *Osservazioni al disegno di legge n. 3201 di conversione in legge del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, in *Il Nuovo dir. delle soc.*, 2015, p. 53 ss.; E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.; C. SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. 83/2015*, in *Fallimento*, 2016, p. 129 ss.; L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sul punto, occorre tener conto che la riforma del 2015, sebbene metta a disposizione dell'imprenditore molteplici ed eterogenei strumenti negoziali e contrattuali, unificabili, *in limine*, dal fine di rendere contendibile l'impresa in crisi e di evitare abusi (in specie, in danno dei creditori) nel ricorso al concordato preventivo, non sovverte il sistema delineato con le novelle del 2005 e del 2012, ponendosi, con esse, in definitiva, in continuità (2). Eppure, evidenzia, in *nuance*, la sua «fallibilità», trattandosi, in definitiva, di una legge nata già vecchia.

Con la L. n. 132/2015, si attua, infatti, un'altra, episodica, parziale ed emergenziale, riforma, c.d. «miniriforma» (3), della disciplina della crisi di impresa, novellando il (pluri-manipolato) Regio decreto n. 142/1942 (c.d. legge fallimentare). Una riforma parziale, questa, che, per quanto attesa e, in ogni caso, salutata con favore dai primi commentatori, solleva non poche perplessità quanto alla tecnica (la decretazione d'urgenza; peraltro, a tratti, pure, imprecisa), alla tempistica (mentre erano in corso i lavori della c.d. Commissione Rordorf per l'elaborazione di un progetto organico di riforma delle procedure concorsuali) e al merito delle scelte legislative, che risultano viziate ora per eccesso (ad es. in ordine alla soglia di sbarramento per il concordato liquidatorio e al ripristino del silenzio-diniego) ora per difetto (ad es. in relazione alla c.d. continuità aziendale indiretta o alla prededuzione dei finanziamenti in caso di successivo fallimento) (4).

Tanto è vero che, l'11 marzo 2016, il Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, recependo «quasi» integralmente le proposte elaborate dalla Commissione Rordorf, ha presentato alla Camera dei Deputati il disegno di legge n. 3671 per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza (5).

---

(2) Osserva che «non vi è dunque stato, a ben vedere, un *revirement* "strutturale" del legislatore, quanto piuttosto una serie di - pur significative - correzioni di rotta», S. AMBROSINI, cit., p. 385. *Contra*, nel senso che le modifiche apportate nel 2015, seppur numericamente limitate, stravolgono l'assetto di interessi derivante dal sistema precedente, N. SOTGIU, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1514.

(3) L'espressione è di S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 359.

(4) V. nt. 1.

(5) La «fallimentare» emanazione della L. n. 136/2015 mentre erano in corso i lavori per la riforma organica della materia concorsuale era stata tempestivamente osteggiata dalla Commissione Rordorf attraverso la prospettazione di soluzioni alternative, quali: (i) «la contemporanea emanazione della suaccennata legge di conversione e di una legge delega che potesse già contenere le linee guida della riforma organica in vista della quale la commissione è stata concepita»; (ii) l'inserimento di queste «linee guida nel corpo di altri

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Conviene quindi precisare i caratteri e i limiti della presente trattazione, che - occasionando dalla pronuncia del Tribunale Ravenna, 27 novembre 2015, in epigrafe - consiste in un'analisi parziale e necessariamente disorganica di alcuni profili problematici del concordato preventivo per come modificato dalla L. n. 132/2015, e, in particolare, della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, delle prerogative del tribunale e delle offerte concorrenti. Viceversa, avendo a disposizione - ad oggi - soltanto uno schema di disegno di legge delega, il presente studio non si occupa delle proposte in esso contenute se non nella misura in cui queste appaiano confacenti a verificare la correttezza o meno delle soluzioni accolte dal Tribunale di Ravenna e, più in generale, la tenuta delle modifiche legislative anzidette (*ex* artt. 160, comma 4, e 183-*bis* legge fallim.).

A tale scopo, è bene precisare, comunque, che il progetto di legge delega caldeggi l'adozione di un testo unico dell'insolvenza, essenzialmente, per due ragioni. La prima, di matrice euro unitaria, imposta dalla necessità di adeguare la normativa interna alla Raccomandazione n. 2014/135/UE e al Regolamento UE n. 2015/848 sull'insolvenza transfrontaliera (6), nonché ai principi c.d. *Uncitral*. La seconda, di matrice interna, avente connotati «emergenziali» e rappresentata dall'esigenza di riformare, in modo organico e sistematico, la materia concorsuale: si osserva, nella Relazione allo Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, che «la frequenza degli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi tempi (…) ha generato rilevanti difficoltà applicative: non solo per un certo grado di approssimazione nella formulazione tecnica delle norme, ma (…) soprattutto perché il continuo mutamento del dato normativo» ha reso problematico il formarsi di indirizzi giurisprudenziali stabili e consolidati e, quindi, accentuato l'incertezza del diritto, favorito il moltiplicarsi delle controversie ed, in

---

disegni di legge già all'esame del Parlamento. Nessuna di queste possibilità si è però in fatto concretizzata: cfr., in senso critico, COMMISSIONE RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *ilcaso.it*, 2016, p. 2.

(6) Per un'analisi della normativa internazionale, v. U. MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/848*, in *Fallimento*, 2015, p. 1049 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

definitiva, rallentato il corso delle procedure concorsuali in danno degli operatori economici (7) (8).

2. *Il caso.*

Il provvedimento del Tribunale di Ravenna, qui annotato, si segnala per due profili di sicuro interesse. Il primo, formale, è la novità, inserendosi esso tra le prime pronunce applicative della novella del 2015. Il secondo, sostanziale, riguarda la lettura, *ricognitiva* (del e in continuità con il sistema precedente), *interpretativa* (della portata di alcune «zone d'ombra» della riforma del 2015), *precorritrice* (delle soluzioni, in punto di concordato preventivo liquidatorio, contenute nello schema di progetto di legge delega, con implicito avallo - reso *ex post* l'adozione ma spiegante effetti *ex ante* l'attuazione - di dette soluzioni) che la pronuncia in epigrafe dà.

L'occasione è fornita dalla domanda di concordato preventivo, definito, «puramente liquidatorio», proposta - e, pochi giorni dopo, integrata - da una società a responsabilità limitata, nel novembre 2015. Con decreto del 27 novembre 2015, il Tribunale di Ravenna: (i) recepisce la tesi, maggioritaria, per la quale, sulla sussistenza dei presupposti per l'ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, l'organo giudiziario esercita un controllo non formale ma sostanziale, finendo poi coll'assorbire nella portata della valutazione giudiziale in ordine alla fattibilità del piano anche il pagamento dei chirografari in misura non inferiore al venti percento dell'importo complessivo dei crediti vantati da tale categoria di creditori di cui al nuovo art. 160, comma 4, legge fallim.; (ii) chiarisce,

---

(7) Occorre segnalare inoltre che lo schema di testo unico sull'insolvenza, all'esame della commissione parlamentare, muove lungo quattro direttrici, di semplificazione e armonizzazione delle procedure concorsuali: (i) tratteggiare i principi giuridici generali del (e di comune applicazione al) fenomeno «insolvenza», muovendo dall'enucleazione di una nozione chiara di «insolvenza» distinta da quella di «crisi» e dalla sostituzione del lemma «fallimento» con quello, a seconda dei casi, «insolvenza» o «liquidazione giudiziale»; (ii) garantire l'effettività della tutela «concorsuale», approntando un sistema di regole processuali certo, concentrato efficiente, digitalizzato (*alias*, competitivo anche nel confronto internazionale); (iii) ridurre e/o eliminare le disfunzioni e i disvalori delle procedure concorsuali (ad es. contenendo gli oneri in prededuzione); (iv) istituire, presso il Ministero della Giustizia, un albo nel quale dovranno essere iscritti i soggetti dotati dei requisiti di professionalità, esperienza ed indipendenza occorrenti per espletare funzioni gestorie e di vigilanza nell'ambito delle procedure concorsuali, nonché i commissari delle procedure di amministrazione straordinaria.

(8) Per un quadro sul disegno di L. n. 3671/2015, cfr. M. Fabiani, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2016, p. 253 ss.; e G. Lo Cascio, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fallimento*, 2016, p. 385 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sotto il profilo del diritto intertemporale, che la nuova disciplina si applica *in toto* ai procedimenti iniziati anche soltanto con ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim. depositato a partire dal 21 agosto 2015, ma non anche a quelli precedenti, in quanto il deposito della domanda di concordato con riserva spiega effetti «prenotativi» in punto di cristallizzazione di attivo e passivo concordatario, nonché di disciplina applicabile alla procedura; (iii) subordina l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo liquidatorio all'integrazione (giudiziale) del piano di concordato mediante, fra l'altro, estensione (o eliminazione) della condizione risolutiva apposta all'offerta irrevocabile avente ad oggetto l'acquisto di un bene immobile di proprietà della società (rappresentante la posta prevalente del patrimonio di questa e, quindi, l'elemento principe di soddisfazione dei creditori privilegiati) al fine di consentire il «trasparente» esperimento della procedura competitiva di cui all'art. 163-*bis* legge fallim.; (iv) interpreta il novellato art. 160, comma 4, legge fallim. nella parte in cui introduce un nuovo presupposto di ammissibilità della domanda di concordato preventivo nel senso che l'imprenditore in crisi assume l'obbligo di cedere tutto il complesso aziendale purché il residuo attivo consenta il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al nuovo limite minimale di ammissibilità fissato nel venti percento.

Il Tribunale assegna, pertanto, il termine di cui all'art. 162, comma 2, legge fallim. per la modifica e/o l'integrazione del piano di concordato, nonché per la produzione documentale necessaria.

3. *Profili di diritto intertemporale.*

Ciò posto, è opportuno invertire l'ordine di trattazione delle questioni rispetto a quello seguito dal provvedimento in epigrafe e cominciare il discorso dalle implicazioni di carattere intertemporale.

Ed invero, la scelta del legislatore del 2015 - per la parte che qui interessa relativa ai novellati artt. 160, comma 4, e 161, comma 2, lett. e), e all'introdotto art. 163-*bis* legge fallim. - pone l'interprete di fronte al problema di individuare affidabili criteri discretivi tra l'assetto delineato dalla precedente normativa e le nuove disposizioni, nonché l'effettivo campo di applicazione di queste ultime.

Devesi, innanzi tutto, prendere atto che la norma transitoria e finale dell'art. 23 della L. n. 132/2015 usa la locuzione «procedimenti di concordato preventivo introdotti» per poi sancirne l'applicabilità ai procedimenti introdotti ora «anteriormente» all'entrata in vigore del D.L. n. 83/2015 ora «successivamente» all'entrata in vigore della L. n. 132/2015 di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

conversione di tale decreto ora «pendenti» all'entrata in vigore dell'anzidetto decreto.

È necessario, quindi, chiarire il significato di detta norma, che intuitivamente si riverbera sul dato strutturale della domanda di concordato e, dunque, sul momento più delicato per (la verifica propedeutica al)l'ammissione della stessa.

Non sono mancati dubbi interpretativi sul significato della locuzione «procedimenti di concordato» e del verbo «introdurre»; e sulla funzione che ad essi compete nella applicazione della novella anche alle domande di concordato presentate con ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim.

Si contrappongo al riguardo, come rileva il decreto del Tribunale di Ravenna, due diversi orientamenti della giurisprudenza nell'individuazione dell'effetto prenotativo (non solo dei c.d. effetti protettivi ma) anche della disciplina applicabile al deposito della domanda di concordato con riserva (9).

Un primo indirizzo interpretativo (10), nell'affrontare la questione, dopo aver rilevato che i nuovi artt. 160, comma 4, e 161, comma 2, lett. e), legge fallim. mirano a sanzionare l'abuso dello strumento concordatario perpetrato dalla prassi e a tipizzare la c.d. causa concreta del concordato coll'introduzione di un filtro restrittivo alla (presentazione di domande offrenti percentuali di) soddisfazione irrisoria dei chirografari, ritiene che con il ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim. il debitore non abbia ancora introdotto il procedimento concordatario ma si sia solo riservato la possibilità di farlo, peraltro in via alternativa al deposito della domanda *ex* art. 182-*bis*, comma 1, legge fallim. Rileva poi, sotto il profilo strutturale, che la causa del c.d. preconcordato è diversa per definizione da quella del concordato e si *concretizza* nella richiesta di un termine di riflessione protetto dalle iniziative dei creditori (11).

In sostanza, secondo tale orientamento esegetico, ciò che segna il *discrimen* temporale tra vecchia e nuova disciplina non è il deposito della domanda di preconcordato ma il successivo deposito della proposta e del piano di concordato: ne consegue che le nuove norme si applicano anche ai procedimenti di concordato iniziati con ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim. depositato *ante* 21 agosto 2015 e/ma integrati con deposito

---

(9) *Conf.*, in dottrina, M. GIORGETTI, *La domanda di concordato*, in AA.VV. *La nuova legge fallimentare*, in *Le nuove leggi civili*, a cura di F. SANTANGELI, Milano, 2016, p. 121 s. e 133 s.

(10) Trib. Pistoia, dec., 29 ottobre 2015, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.

(11) Trib. Pistoia, cit., p. 9 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della proposta e del piano avvenuto *post* 21 agosto 2015. Di converso, si darebbe per presupposto ciò che al contrario si deve dimostrare: vale a dire che con il deposito del ricorso di - quello che viene definito - preconcordato il debitore abbia definitivamente optato per la regolazione della crisi attraverso lo strumento del concordato preventivo e non - come viceversa è possibile che poi accada - per l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Questa conclusione inoltre è ritenuta in linea con l'esigenza di evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, desumibile dall'utilizzazione - nell'art. 23, comma 1, D.L. n. 83/2015, per come modificato dalla L. n. 132/2015 - della determinata espressione «procedimenti di concordato preventivo introdotti», che non consente di attribuire ad essa il diverso significato giuridico di «domande di concordato depositate successivamente o anteriormente» o di «procedimenti pendenti». In assenza, nella norma transitoria, di un'espressa previsione circa l'applicazione della novella anche al c.d. preconcordato, non è consentito all'interprete discostarsi dal dato letterale, dovendosi escludere che il legislatore possa aver equiparato la posizione del debitore, meno diligente, che si è limitato a presentare la domanda di preconcordato, a quella del debitore, più diligente, che, anticipando l'emersione della crisi, sta redigendo un piano di concordato e si vede cambiare le regole del gioco a fronte dell'entrata in vigore della nuova disciplina.

Altra opzione interpretativa [12], corroborata dal Tribunale di Ravenna, dando atto della possibilità di individuare un preciso significato della locuzione «procedimenti di concordato preventivo introdotti», sottolinea, sotto il profilo linguistico, che l'espressione «procedimenti di concordato preventivo» è sufficientemente generica da ricomprendere sia il procedimento di concordato «pieno» (art. 161, comma 1, legge fallim.) sia quello «con riserva» (art. 161, comma 1, legge fallim.), che è un tipico procedimento concorsuale e non un atipico e amorfo procedimento [13]; e che la

---

[12] Trib. Trento, dec., 15 ottobre 2015, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.; *conf.* Trib. Benevento, dec., 4 novembre 2015, in *ilcaso.it*, 2015, p. 1 ss.

[13] Così Trib. Benevento, cit., p. 6 s.; in dottrina, cfr. L. BALESTRA, *Gli obblighi informativi periodici nel c.d. preconcordato*, in *Fallimento*, 2013, p. 106 ss.; M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1052 s.; ID., *La domanda «prenotativa» di concordato preventivo*, in *Il foro*, 2012, p. 3184 ss. Per un quadro sul concordato con riserva: v. A. AUDINO, sub *art. 161*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*[6], diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, p. 1087 ss.; E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in questa *Rivista*, 2013, p. 316 ss.; G. FALCONE, *Profili problematici del «concordato con riserva»*, in questa *Rivista*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

voce verbale «introdurre» sembra lasciar «trasparire la sufficienza del semplice deposito del ricorso da parte dell'imprenditore» (14). Evidenzia poi, sotto il profilo sistematico, che, mentre le parole «ammissione» o «pubblicazione» della domanda, ricorrenti in altre fattispecie previste dalla legge fallimentare, descrivono un'azione e il suo effetto, il verbo «introdurre», usato, nell'art. 23 L. n. 132/2015, in modo distonico rispetto alle altre anzidette fattispecie, connota soltanto l'effetto (di avviare il procedimento di concordato) e non anche la maniera, che può essere la più varia, attraverso la quale questo effetto viene raggiunto. Aggiunge che il risultato dell'azione si può concretizzare attraverso le più diverse modalità, alternative e incompatibili tra loro, quali il deposito della domanda di concordato, completa di proposta e piano, *ex* art. 161, comma 1, legge fallim.; o il deposito del ricorso prenotativo di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., mancante, in quanto tale, della proposta, del piano e della relativa documentazione.

In quest'ultimo caso, si precisa testualmente che «il deposito della proposta, del piano e della relativa documentazione, costituisce una semplice evoluzione o integrazione che non comporta l'introduzione di un nuovo e diverso procedimento» (15).

Tale interpretazione sarebbe legittimata da una pluralità di indici, anche di carattere sistematico, che non possono essere trascurati: (i) l'art. 161, comma 6, legge fallim., evidenzia, in modo chiaro e inequivoco, che con il ricorso *de qua* il debitore presenta al tribunale la domanda di concordato; che questo deposito segna il momento *dal quale* decorrono gli effetti protettivi del concordato e *nel quale* devono sussistere i presupposti soggettivi e oggettivi per l'accesso alla procedura; che, soltanto nell'eventualità in cui il concordato con riserva sfoci in un accordo di ristrutturazione dei debiti (e non anche in quella in cui approdi in una proposta concordataria), il debitore deve procedere al deposito della domanda di cui all'art. 182-*bis*, comma 1, legge fallim.; (ii) il nuovo art. 182-*quinquies* legge fallim. estende il ricorso ai finanziamenti interinali urgenti anche alla fase preconcordataria ovvero anche prima del deposito della documentazione (e non della domanda) di cui all'art. 161, comma 2 e 3, legge fallim.; (iii) nel caso in cui al concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, l'art. 69-*bis* legge fallim. ancora la decorrenza dei termini delle

---

2013, p. 392 ss.; L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1209 ss.

(14) Testualmente: Trib. Ravenna, in epigrafe, p. 4.

(15) Trib. Trento, cit., p. 3.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

azioni revocatorie alla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Sulla base di tale ricostruzione esegetica, si puntualizza inoltre che il legislatore, laddove avesse voluto rendere la novella del 2015 applicabile anche ai procedimenti iniziati soltanto con ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim., avrebbe usato una espressione diversa da quella «procedimenti di concordato preventivo introdotti». D'altra parte, l'uso di tale espressione per determinare l'entrata in vigore di norme applicabili solo o anche alla fase preconcordataria conferma l'*intentio legis* di considerare il procedimento di concordato «con riserva» fisiologicamente destinato a sfociare nella presentazione della proposta di concordato, che va ad integrare, quale parte dell'unico (e non di un diverso o ulteriore) procedimento di concordato. In definitiva, è ragionevole ritenere, come fa il Tribunale di Ravenna, che: «le nuove norme si applichino totalmente ai procedimenti iniziati anche soltanto con ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim. depositato a partire dal 21 agosto scorso, mentre i ricorsi precedenti (siano essi "pieni" od "in bianco") avranno un effetto per così dire "prenotativo" non soltanto ai fini della tendenziale cristallizzazione dell'attivo e del passivo concordatario, ma anche della stessa disciplina applicabile alla procedura».

Le censure mosse al primo indirizzo esegetico (dei due) maturato (i) sull'estensione della novella anche alle procedure di concordato iniziate con ricorso *ex* art. 161, comma 6, legge fallim. sono quindi condivisibili. Alla prima opzione interpretativa può contestarsi poi un approdo distonico rispetto al presupposto di partenza: l'uso della parola «preconcordato» [16], che inevitabilmente richiama la sequenza preliminare-definitivo [17] - al suo interno strutturalmente e temporalmente distinta ma concepita come operazione unitaria, tant'è che alcuni effetti si imputano al primo termine di essa [18] -, mal si concilia con la discontinuità e l'irrile-

---

[16] V. nt. 14.

[17] L'equiparazione tra la sequenza preliminare-definitivo e quella preconcordato-concordato preventivo è esclusivamente funzionale e non mira a prendere posizione sulla natura negoziale o processuale del concordato preventivo. Per una sintesi del dibattito sviluppatosi sul punto, cfr., ad esempio, A. AUDINO, sub *art. 160*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*[6], cit., p. 1048 ss.; D. GALLETTI, sub *art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare,* commentario diretto da A. JORIO, coordinato da M. FABIANI, II, Bologna, 2007, p. 2268 ss.; A. JORIO, sub *art. 160*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Liquidazione coatta amministrativa,* III, *Artt. 160-215. Disciplina transitoria,* a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO, Torino, 2010, p. 2037 ss.

[18] Sugli effetti del preliminare, anche in rapporto al verificarsi di sopravvenienze, con

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vanza funzionale attribuita alla sequenza preconcordato-concordato preventivo. E può obiettarsi che lo scenario schiuso dall'ossequio al principio costituzionale di eguaglianza, nonché a quello, *latu sensu*, *praeter* giuridico del legittimo affidamento (19), non tiene conto *né* che il deposito del ricorso di concordato con riserva è un atto idoneo a differenziare e qualificare la posizione dell'imprenditore che vi ottempera rispetto a quella dell'imprenditore che (sebbene stia redigendo il piano di concordato) resta agli «occhi dei terzi» inerte, il che ben consente e legittima, anche costituzionalmente, un diverso trattamento giuridico; *né* che alcun valore giuridico e, quindi, tutela, neppure in termini di affidamento, che sarebbe mero e non legittimo, può pertanto riconoscersi alla volontà interna del soggetto (20).

4. *Il «nuovo» concordato in percentuale: prospettive di indagine.*

Individuatele implicazioni di carattere intertemporale, l'attenzione va concentrata sulla *ratio* complessiva della riforma per coglierne gli aspetti più rilevanti sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale.

È necessario, quindi, riflettere, per la parte che qui interessa, sulla riformulazione dell'art. 160, comma 4, legge fallim., che ha reintrodotto la «soglia quali-quantitativa» di satisfazione minima dei creditori chirografari (21), la quale, palesandosi come percentuale di pagamento che la proposta deve in ogni caso assicurare, impone di precisarne caratteri, portata, struttura, natura giuridica, risvolti processuali e, quindi, stabilire se essa: si applichi al solo concordato preventivo c.d. liquidatorio o si estenda a qualsiasi forma di concordato; stia in rapporto di genere a specie sempre

---

particolare riferimento al caso di difformità tra preliminare e definitivo, cfr., per tutti, V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, 2011, p. 620 ss.

(19) Sulle ragioni dell'assenza di una tutela legislativa espressa ma solo indiretta dell'affidamento, cfr., per tutti, R. SACCO, *voce Affidamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, p. 662 ss., il quale precisa che: «Con l'espressione «principio dell'affidamento» si indica quella regola, secondo cui, rispettivamente, una certa situazione di fatto o diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto, o se è contrastata da un'opposta apparenza, o dalle risultanze degli indici di pubblicità; e, reciprocamente, tutto procede come se la situazione di fatto o diritto fosse quella erroneamente ritenuta da un certo soggetto, o quella apparente, o quella risultante dall'indice di pubblicità».

(20) Sul superamento del c.d. dogma della volontà, cfr., in luogo di molti, M.C. BIANCA, *Il Contratto*, in *Dir. civ.*, Milano, 2015, p. 18 ss.; nonché V. ROPPO, *op. cit.*, p. 37 ss.

(21) L'espressione «soglia quali-quantitativa» appare idonea a descrivere sinteticamente la fattispecie, che configura un ulteriore elemento costitutivo della domanda di concordato preventivo avente come termine di riferimento, soggettivo, i creditori chirografari (soglia qualitativa) e, oggettivo, il venti percento dell'ammontare dei crediti (soglia quantitativa).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e solo con il concordato con continuità aziendale o si rifletta indirettamente anche su schemi analoghi; integri un elemento costitutivo o una condizione di procedibilità della domanda di concordato preventivo; si correli o no alla utilità, specificamente individuata e economicamente valutabile, che il proponente si obbliga in ogni caso ad assicurare; inerisca alla fattibilità giuridica o alla fattibilità economica del piano, con riferimento, in quest'ultimo caso, alle inevitabili conseguenze della novella sulla portata dei poteri del giudice esercitabili in sede di verifica *ex* art. 162 legge fallim.

È in quest'ottica, concreta e pragmatica, che va letta la *ratio* della riforma del 2015, che - come rilevato dal Tribunale - sta nell'esigenza, ripetutamente manifestata in sede internazionale e sollecitata da una situazione emergenziale interna, di chiudere o, comunque, di restringere ogni possibile spazio di abuso (nel ricorso al concordato preventivo, in specie liquidatorio) in danno dei creditori concordatari (22), non più posti di fronte all'alternativa secca tra accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore, ma tutelati da una serie di tecniche legislative «idonee» alla massimizzazione della relativa c.d. *recovery*. In questo contesto -improntato non più al *favor concordati* o *debitoris* (23) ma a quello *creditoris* - ha trovato la sua genesi la fattispecie in esame (24), il cui inserimento nel nostro ordinamento non può prescindere dal confronto, come si dirà più diffusamente in seguito, con altre contigue previsioni legislative di nuovo conio (come le offerte concorrenti di cui all'art. 163-*bis* legge fallim.: v., *infra*, *sub* § 8) o all'esame del Parlamento (come l'inammissibilità

---

(22) Così, S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 361; v., anche, fra gli altri, G.P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Fallimento*, 2016, pp. 88 e 96 ss.; sulla filosofia della riforma del 2007, per come illuminata dalla mini-riforma del 2012, cfr., per tutti, rispettivamente, F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. Società*, 2008, p. 17 ss.; e F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. Società*, 2013, p. 1119 ss.

(23) Si allude, com'è noto, al *favor* mostrato dal legislatore, con la riforma del 2007, verso l'accesso ai meccanismi negoziali (concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti) quali strumenti di risoluzione della crisi, alternativi al fallimento; e, con la miniriforma del 2012, verso il debitore (inveratosi, ad es., nell'introduzione del c.d. concordato preventivo in bianco o del meccanismo del c.d. silenzio - assenso in sede di votazione della proposta concordataria; versione 2012): cfr., rispettivamente, F. GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del "decreto correttivo"*, in questa *Rivista*, 2007, p. 815 ss.; G. LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 7 s.

(24) Sull'introduzione dell'art. 160, comma 4, legge fallim. soltanto in sede di conversione del D.L. n. 83/2015, v. le considerazioni critiche di G.N. NARDO, *Nuovi presupposti per l'ammissione alla procedura della proposta di concordato con cessione dei beni*, in *La nuova legge fallimentare*, cit., p. 96 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di proposte di concordato puramente liquidatorie di cui all'art. 6, comma 1, lett. a), disegno di L. n. 3671/2016, con relativo conseguente assorbimento nella liquidazione giudiziale: v., *infra*, *sub* § 5).

5. Segue*: profili applicativi: attuali e futuribili.*

Ciò posto quanto alle prospettive di indagine, devesi, innanzi tutto, prendere atto che il legislatore ha costruito l'art. 160, comma 4, legge fallim. come una disposizione a più norme - l'una generale (art. 160, comma 4, primo periodo, legge fallim.), l'altra speciale (art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim.) (25) - ma ha trascurato(fra l'altro) di precisare se il rapporto di genere a specie che tra queste instaura vale solo nell'ambito della regola, vale a dire nel concordato che non preveda la continuità aziendale, o si estende ad altri schemi concordatari. Dapprima però si deve procedere all'individuazione della portata applicativa tanto della prima quanto della seconda norma.

Nel condurre tale operazione ermeneutica, è ragionevole ritenere che nella scelta del legislatore di circoscrivere l'inapplicabilità della norma generale al concordato con continuità aziendale è implicito il riferimento, quale tipico ambito applicativo della norma generale, al concordato liquidatorio.

Non può ignorarsi, infatti, che speculare al concordato con continuità aziendale, con effetti invertiti e al suo estremo opposto (26), è il concordato liquidatorio: entrambi mirano a comporre la crisi, ma, il primo, mediante la prosecuzione, diretta (da parte dell'imprenditore) o indiretta (attraverso la cessione o il conferimento in una - anche nuova - società dell'azienda in esercizio, con conseguente mutamento della titolarità), dell'attività imprenditoriale; il secondo, mediante la cessione, in tutto o anche soltanto in parte, dei beni aziendali, attuata con cessione c.d. traslativa o conferendo mandato ad alienare al liquidatore, scelto dall'imprenditore o nominato dal tribunale (27).

---

(25) Sulla differenza tra norma speciale e norma eccezionale in relazione all'interpretazione analogica, in luogo di molti, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*[17], Napoli, 2015, p. 53.

(26) A fronte della totale detipizzazione ovvero liberalizzazione del contenuto della proposta concordataria, tra il concordato con cessione dei beni e quello con continuità aziendale possono ben collocarsi una pluralità, per ampiezza e varietà, di schemi concordatari: v., *infra*, nel testo e *sub* nt. 40.

(27) F. GUERRERA, *Le soluzioni negoziali*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*[3], Milano, 2016, § 41, in corso di pubblicazione, consultato in bozze per cortesia dell'Autore, che si ringrazia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È agevole constatare però che la fattispecie generale ha un intrinseco ambito applicativo più ampio rispetto a quello del concordato liquidatorio.

Ciò trova riscontro nel dato letterale e sistematico dell'art. 160, comma 4, primo periodo, legge fallim., il cui *incipit*, «in ogni caso», e la cui collocazione, in chiusura dell'art. 160, rubricato «presupposti per l'ammissione della procedura», non possono che dimostrare l'intenzione del legislatore di garantire il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari nei casi in cui la proposta di concordato assuma un contenuto diverso da quello di cui all'art. 186-*bis* legge fallim.

Altro indice sintomatico della portata generale della disposizione in commento è certamente quello del finire coll'incidere sul trattamento (non soltanto dei creditori chirografari, ma) anche dei creditori privilegiati c.d. falcidiati. Diversamente, se la fisionomia della fattispecie consentisse la soddisfazione di questi creditori in misura inferiore al venti percento, si altererebbe l'ordine delle cause legittime di prelazione, in violazione dell'art. 160, comma 2, legge fallim. ([28]). E tanto è imposto all'interprete non dall'art. 177, comma 3, legge fallim. ([29]) ma dal principio di non contraddizione, non potendosi ammettere, di converso, che il legislatore, nell'enunciare la regola, abbia appresso indicato la maniera per violarla.

La funzione dell'art. 160, comma 4, primo periodo, legge fallim. non può, quindi, che essere quella di fare riferimento - per la sua applicazione - al concordato (la cui proposta assume il contenuto) c.d. tradizionale, con cessione dei beni, complesso, con suddivisione dei creditori in classi e - per la sua non applicazione - al concordato con (esclusiva e, come più diffusamente si preciserà in seguito, prevalente) continuità aziendale.

Il legislatore, in sostanza, ha inteso, con la disposizione in esame, tracciare il confine che separa il concordato non in continuità da quello in continuità, sottolineando che il primo deve concretare «in ogni caso» - vale a dire a prescindere dal concreto contenuto assunto dalla proposta - la satisfazione dei chirografari nella misura minima del venti percento ([30]).

([28]) In questo senso, Trib. Pistoia, *op. cit.*, 12 s.

([29]) Che non è anche norma sul trattamento: così, ancora, Trib. Pistoia, *op. cit.*, p. 12 s.; *conf.*, in dottrina, M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fallimento*, 2016, p. 580; G.N. NARDO, *op. cit.*, p. 107.

([30]) Trib. Pistoia, *op. cit.*, p. 11 s., il quale osserva che «poiché non è pensabile che il comma quarto sortisca un effetto sostanzialmente abrogativo del primo (…) qualsiasi forma di proposta di concordato, e non solo quello liquidatorio, soggiace alla regola di cui al primo periodo del comma IV dell'art. 160, salvo che si tratti di concordato con continuità aziendale *ex* art. 186 *bis*, il quale pertanto agisce in sottrazione rispetto alla generale platea delle ipotesi concordatarie».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Devesi, tuttavia, rilevare che il legislatore, seguendo una tecnica normativa alquanto approssimata, nell'ancorare l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo al rispetto della soglia quali-quantitativa, sembra aver dimenticato di aver «detipizzato» totalmente, nell'art. 160, comma 1, legge fallim., il contenuto della proposta concordataria (31).

La soglia quali-quantitativa, in quanto inserita nella struttura dell'art. 160 legge fallim., assume, infatti, anche una valenza «tipizzatoria», in funzione vincolante, residuale e dirigista, della proposta di concordato preventivo non in continuità.

È agevole constatare, infatti, che la soglia quali-quantitativa, ricompresa all'interno dei presupposti di ammissibilità della domanda concordato e equiparata *a* (nonché considerata *un*) vero e proprio presupposto di ammissibilità (32), introduce un elemento di tipicità residuale nell'atipico contenuto che la proposta può assumere.

La circostanza, in definitiva, che la norma parli della soglia quali-quantitativa in termini di presupposto di ammissibilità della domanda equivale a dire che l'indicazione della percentuale minima di satisfazione dei creditori da parte dell'imprenditore integra un elemento tipico ed essenziale della proposta, che, ove mancante, incide, in termini preclusivi, sull'ammissione del concordato.

Con riguardo poi alla portata della norma dell'art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim., lo specifico riferimento al «concordato con continuità aziendale» spiega, come si diceva, una funzione di selettività residuale rispetto al «in ogni caso» presente nell'art. 160, comma 4, primo periodo, legge fallim., nel senso che sottrae la proposta di concordato, che segue lo schema della continuità aziendale, al rispetto della soglia quali-quantitativa e, quindi, la rende ammissibile anche se è, per così dire, sotto soglia.

Tale scelta limitativa dell'ambito applicativo dell'art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim. rispetto a quello della previsione generale dell'art. 160, comma 4, primo periodo, legge fallim. non desta perplessità, considerata la recente tendenza del legislatore a favorire il ricorso allo strumento concordatario, come sottolineato dal Guardasigilli, «principalmente quando esso valga a garantire la continuità aziendale e, attraverso

---

(31) F. GUERRERA, *Le soluzioni negoziali*, cit., § 38.

(32) È questa l'interpretazione che si sta affermando nelle prime interpretazioni dottrinali e nelle prime applicazioni giurisprudenziali: cfr., rispettivamente, F. GUERRERA, *Le soluzioni negoziali*, cit., § 41; A. SILVESTRINI, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2016, p. 514 s.; Trib. Pistoia, cit., p. 11; Trib. Ravenna, in epigrafe, p. 3.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

essa, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori» (33).

Ciò è tanto vero che il legislatore delegante, di fronte alla proposta della Commissione Rordorf di riordinare la disciplina della procedura di concordato preventivo prevedendo «l'ammissibilità di proposte esclusivamente liquidatorie solo in caso di apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori», opta per imporre al Governo di «prevedere l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria» ad eccezione dei casi in cui o la componente liquidatoria «non sia, in termini sostanziali, tale da non compromettere la qualificazione della proposta rispetto alla continuità aziendale» (34) o la proposta «sia sostenuta da un apporto di ulteriori risorse, tali da render[la] più vantaggiosa per i creditori rispetto all'ordinaria liquidazione» (35).

Con il testo unico sull'insolvenza, si intende, infatti, differenziare nettamente il concordato preventivo dalle soluzioni liquidatorie (concordato liquidatorio e liquidazione giudiziale, odierno fallimento), circoscrivendo, il primo, alla sola ipotesi del concordato in continuità e riservando, le seconde, alla procedura di liquidazione giudiziale.

Si intende, in sostanza, bilanciare i diversi valori tutelati dai meccanismi «negoziali» di risoluzione della crisi giustificando il favore per l'istituto concordatario, come espressamente affermato dal Presidente della Commissione Rordorf, «non quando il concordato realizzi i medesimi scopi del fallimento (…) bensì qualora esso valga a garantire la continuità aziendale ed, attraverso di essa, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori»: è per questo, prosegue il Presidente, che «si è ritenuto di circoscrivere tendenzialmente l'istituto alla sola ipotesi del c.d. concordato in continuità».

In questa prospettiva futuribile, si giustifica appieno, nell'attuale art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim., il riferimento esclusivo al concordato in continuità, il solo ritenuto, già secondo la visione del legislatore del 2015, realmente meritevole di tutela da parte dell'ordinamento ovvero da favorire incentivando l'imprenditore a ricorrervi (non soltanto perché disciplinato da previsioni speciali per meglio soddisfare le esigenze informative e operative legate alla prosecuzione dell'attività di impresa ma)

---

(33) Art. 6 disegno di legge n. 3671: «Concordato preventivo».
(34) Art. 6 disegno di legge n. 3671/2015: «Procedura di concordato preventivo».
(35) Art. 8 disegno di legge n. 3671/2015: «Concordato liquidatorio».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anche con l'esenzione, per l'accesso alla procedura, dall'integrazione della soglia minima di satisfazione dei creditori.

Il valore da attribuire a tale esenzione può essere desunto inoltre dalla natura del concordato in continuità: l'aleatorietà del risanamento e del conseguente rilancio dell'impresa insiti nella prosecuzione dell'attività in pendenza di procedura concordataria giustificano l'anzidetta esenzione (36). Di converso, vale a dire in assenza di questa previsione, si equipararebbe il concordato con continuità aziendale al concordato con garanzia (per il pagamento dei crediti chirografari in misura di almeno il venti per cento) (37). Una simile aleatorietà non giustifica, tuttavia, in base ai principi e ai valori che ispirano le procedure concorsuali, una proposta di concordato con continuità aziendale che preveda la soddisfazione dei creditori in misura «notevolmente» inferiore al venti per cento: in un sistema improntato al rispetto tendenziale della *par condicio creditorum*, non appare, infatti, ammissibile una proposta di concordato con continuità aziendale che non miri in concreto a realizzare una «sia pur minimale consistenza del credito» e si attesti conseguentemente su percentuali di soddisfazione irrisorie (es. 2%). Deve concludersi, quindi, che, anche in presenza di un'espressa esenzione, la soglia minima di accesso al concordato preventivo senza continuità aziendale si riverberi indirettamente - in termini di preclusione all'accesso di proposte c.d. irrisorie (38) - su quella minima di accesso al concordato preventivo con continuità aziendale.

Quanto all'art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim., potrà, tutt'al più, porsi il problema se la norma, che - regolando il minor numero di casi (il concordato con continuità) in modo diverso e antitetico rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di casi (il concordato senza continuità) - ha natura speciale, può essere o no interpretata estensivamente per individuare tutte le altre ipotesi disciplinate e che solo apparentemente, a causa della non espressa menzione, ne sono estranee,

---

(36) Per una ricognizione dell'istituto e delle relative problematiche, cfr., *ex multis*, M. CAMPOBASSO, *Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, in *Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, Torino, 2014, p. 3015 ss.; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Società, banche e crisi di impresa*, cit., p. 3201 ss.

(37) Così, Trib. Pistoia, cit., p. 13 s.

(38) Per un quadro, sulla problematica delle proposte c.d. irrisorie, cfr. G. MILANO, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 840 ss.; in giurisprudenza, da ultimo, Trib. Bergamo, dec., 4 dicembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, p. 832 ss.; Trib. Modena, dec., 3 settembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, p. 832 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

onde il legislatore *minus dixit quam voluit* (39): risultando dunque escluse o ricomprese le forme di continuità aziendale *indiretta* o *mista*. Può accadere, infatti, che la proposta di concordato assuma un contenuto più complesso in quanto, accanto alla prosecuzione dell'attività *diretta*, tipica modalità di continuazione dell'attività di impresa, si inseriscano componenti liquidatorie, declinabili nelle forme della continuità *indiretta*, ove la prosecuzione dell'attività avviene in capo ad un terzo, o del c.d. concordato *misto*, nel quale coesistono una componente di continuità aziendale e una liquidatoria (40).

Ed invero, oggi la scissione dei due (macro) schemi di concordato preventivo (con e senza continuità aziendale) e il loro diverso trattamento, con particolare riferimento ai requisiti per l'accesso alla procedura, impongono di individuare un criterio di verifica «oggettivo» che sia in grado di favorire e, quindi, esentare dall'integrazione della soglia minima di satisfazione dei creditori soltanto l'imprenditore che miri realmente a proseguire l'attività di impresa e non ad eludere la disciplina e/o a frodare i creditori, arginando, quindi, l'abuso del diritto (41).

Sulla scia di recenti orientamenti giurisprudenziali, condivisibile appare l'opinione che interpreta estensivamente la norma dell'art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim. e, conseguentemente, individua un affidabile e oggettivo criterio discretivo in quello - già utilizzato per verificare l'applicazione dell'art. 182 legge fallim. al concordato in continuità - della «prevalenza» (42). In sostanza, il criterio discretivo tra i due (macro) sche-

---

(39) F. GAZZONI, cit., p. 54.

(40) Per una ricognizione dei possibili contenuti che la proposta di concordato può assumere, cfr. F. GUERRERA, *Le soluzioni negoziali*, cit., §§ 41-43.

(41) Per una recente ricognizione sull'abuso del diritto, in generale, cfr., fra molti, V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere giuridico*, 2012, 2, p. 158 s., il quale ricorda che si ha abuso del diritto «quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio alla controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti»; F. GALGANO, Qui suo iure abutitur neminem laedit*?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 129 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 754 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 5 ss.; mentre, con particolare riferimento all'abuso del concordato, cfr. G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in questa *Rivista*, 2016, p. 309 ss.; A. BLANDINI, *Sulla consapevolezza nel concordato preventivo (tra poteri del tribunale e autodeterminazione dei creditori)*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 303 s.

(42) S. AMBROSINI, cit., p. 369; ID., *Appunti in tema di concordato preventivo con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, p. 5 s.; G.B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mi di concordato preventivo è da individuare nell'incremento del «grado di liquidità» parametrato alla prosecuzione dell'attività o alla cessione dei beni: nel primo caso, è integrato il paradigma del concordato in continuità e, quindi, si applica l'esenzione di cui alla norma dell'art. 160, comma 4, secondo periodo, legge fallim.; nel secondo caso, [è integrato] quello del concordato senza continuità e, quindi, si riespande la norma generale dell'art. 160, comma 4, primo periodo, legge fallim.

In sintesi: l'interesse alla satisfazione dei creditori in percentuale non inferiore al venti, essendo interesse, al contempo, *subvalente* rispetto all'interesse alla (composizione della crisi mediante la) prosecuzione, esclusiva o prevalente, dell'attività d'impresa e *prevalente* rispetto all'interesse alla (composizione della crisi mediante la) dismissione, esclusiva o prevalente, del compendio aziendale, giustifica, nel primo caso, l'applicazione della norma generale, nel secondo, quella della norma speciale.

6. *Gli elementi tipizzanti dell'art. 160, comma 4, legge fallim.*

Ciò posto quanto alla portata applicativa *delle* e al rapporto di genere a specie intercorrente *tra le* disposizioni contenute nell'art. 160, comma 4, legge fallim., nell'ottica della corretta applicazione della nuova disciplina, occorre affrontare il vero cuore del problema che risiede proprio nell'individuazione dei caratteri strutturali della domanda di concordato senza (esclusiva o prevalente) continuità aziendale.

Con il D.L. n. 83/2015, convertito in L. n. 132/2015, il legislatore ha modificato profondamente, come si diceva, lo strumento del concordato preventivo disciplinato dagli artt. 160 ss. legge fallim. e, tornando sostanzialmente all'antica previsione normativa contenuta nel Regio Decreto del 1942, ha richiesto il «pagamento» - che, nella versione del 1942 ([43]), era alternativo alla «soddisfazione» e, in quella del 2005, era mutato in «soddisfazione» - di almeno il venti per cento - che, nella versione del 1942, era il quaranta per cento e, in quella del 2005, era un valore indeterminato - dell'ammontare dei crediti chirografari.

Il novellato art. 160, comma 4, legge fallim. - la cui rubrica è rimasta inalterata - introduce un nuovo - rispetto alla versione del 2005 ma vecchio rispetto a quella del 1942 - limite minimale di ammissibilità della proposta

---

concordato, in *ilfallimentarista.it*, 2016, p. 3 s.; Trib. Pistoia, cit., 14; Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *ilcaso.it*, p. 4 s.

([43]) Per un commento alla vecchia disciplina, cfr. A. AUDINO, sub *art. 160*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*[4], diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2000, p. 665 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

richiedendo che essa «in ogni caso assicur[i] il pagamento di almeno il venti percento dell'ammontare dei crediti chirografari».

Si è proceduto, in sostanza, non solo alla sostituzione del termine «soddisfazione» con quello «pagamento», ma anche al reinserimento di una soglia quali-quantitativa di ammissibilità. Questa soglia non è stata riportata «ad almeno il quaranta percento», com'era nel vigore della previsione originaria, ma è stata fissata in «almeno il venti percento» ed è stata limitata ai crediti chirografari (anche se, come si diceva, si riflettere pure sul trattamento dei creditori privilegiati c.d. falcidiati).

La scelta del legislatore del 2015 pone, quindi, l'interprete di fronte al problema, di non agevole soluzione, di individuare affidabili criteri *interpretativi* delle locuzioni «in ogni caso» (v., *retro*, *sub* §5), «assicurare», «pagamento», «almeno il venti percento dell'ammontare».

Deve rilevarsi, innanzi tutto, che non sono mancati dubbi sul significato del lemma «pagamento», già utilizzato nell'originaria norma sul concordato preventivo e riprodotto all'interno delle disposizioni dedicate alle obbligazioni pecuniarie (artt. 1277, comma 2, 1278, 1279 e 1280 c.c.), e sulla funzione che ad esso compete nella struttura del concordato preventivo. E ciò perché, com'è noto, non è rinvenibile, nella legge fallimentare, una definizione né organica e omogenea né alternativa, a quella contenuta nel codice civile, del concetto di «pagamento», essendo tale termine adoperato, nel diritto speciale, per descrivere situazioni diverse tra loro e, nel diritto comune, per regolare la dazione di una somma di denaro quale specifica modalità di adempimento delle obbligazioni pecuniarie (44).

Si pensi, esemplificativamente, al prelievo delle somme depositate (eseguito su copia conforme al *mandato di pagamento* del giudice delegato) di cui all'art. 34 legge fallim., alla revoca degli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili (non effettuati con danaro o con altri *mezzi normali di pagamento*) di cui all'art. 67 legge fallim., all'accollo di debiti da parte dell'acquirente (quale *modalità di pagamento* del prezzo dell'azienda) di cui all'art. 105 legge fallim., all'esclusione del diritto di voto dei creditori privilegiati (dei quali la proposta prevede l'*integrale pagamento*) di cui all'art. 127 legge fallim., al potere del presidente del tribunale di ingiungere ai soci a responsabilità limitata di eseguire i versamenti ancora dovuti

---

(44) M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo*, cit., p. 574 ss.; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (D.L. 27 giugno 2015 n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *ilcaso.it*, 2015, p. 19; S. AMBROSINI, cit., p. 371.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(quantunque non sia scaduto il *termine stabilito per il pagamento*) di cui all'art. 210 legge fallim.

Il valore da attribuire al concetto di «pagamento» evocato dall'art. 160, comma 4, legge fallim. non può però essere desunto dall'art. 1277 c.c., nel senso che questo non deve concretarsi, come si è sottolineato in giurisprudenza (45), nell'escludere modalità di estinzione dei debiti pecuniari diverse dalla dazione di una somma di denaro con moneta avente corso legale nello Stato (46).

Ed invero, il pagamento, cioè la dazione di una somma di denaro, è sì un presupposto di ammissibilità ma non un elemento tipico, essenziale e qualificante della proposta di concordato preventivo, nel senso che la dazione di una somma di denaro non costituisce la modalità imprescindibile per estinguere le pretese dei creditori chirografari. D'altra parte, l'uso, nell'originario art. 160, comma 2, legge fallim., del lemma «pagamento» - in relazione (alle garanzie offerte per il pagamento di almeno il quaranta per cento dell')ammontare dei crediti chirografari - in modo fungibile rispetto alla parola «soddisfazione» - in richiamo alla misura minima del quaranta percento - confermerebbe l'equiparazione normativa e lo stretto nesso di interdipendenza tra la soddisfazione dei crediti e il pagamento dei debiti, che rileverebbe, in definitiva, quale maniera (tra le altre) attraverso la quale questo effetto satisfattivo può raggiungersi.

In altri termini, nel richiamato art. 160, comma 4, legge fallim., il pagamento è indicativo dell'esistenza, in capo al debitore, come ha osservato una parte della giurisprudenza (47), di uno specifico obbligo giuridico di satisfare le pretese dei creditori chirografari, che può essere adempiuto in denaro o in qualsiasi forma, e si atteggia, in quanto tale, come ha sottolineato altra parte della giurisprudenza (48), a sinonimo di «soddisfazione», impiegato per descrivere l'effetto dell'azione adempitiva del debitore (49). D'altronde, soltanto così inteso il concetto di pagamento, la norma, oltre a non precludere altre forme dirette (es. la *datio in solutum*) di soddisfazione o condurre a risultati paradossali (50), può reggere il pa-

(45) Trib. Pistoia, cit., p. 12.

(46) Interpreta in modo evolutivo e costituzionalmente orientato l'art. 1277 c.c., ammettendo cioè l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie con mezzi diversi dal denaro contante, Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ss.

(47) Trib. Ravenna, in epigrafe, p. 5.

(48) Trib. Pistoia, cit., p. 12.

(49) *Contra*, G.B. NARDECCHIA, cit., p. 5.

(50) Si pensi, ad esempio, al paradosso che si verrebbe a creare nella situazione in cui il debitore, proponendo la soddisfazione dei chirografari in misura superiore al venti per

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rallelo *con* e trovare applicazione *in* quelle ipotesi di concordato in cui, accanto alla continuità aziendale, si colloca, in misura prevalente, la componente liquidatoria (v., *retro*, *sub* § 5).

Indice sintomatico dell'uso atecnico del termine «pagamento» è poi quello della previsione dell'art. 163, comma 5, legge fallim. L'adozione del lemma «pagamento» anche per regolamentare l'ammissibilità delle proposte concorrenti - istituto di portata generale e, quindi, applicabile a tutti gli schemi concordatari e non solo a quello con continuità aziendale o con cessione dei beni - è indicativo dell'intenzione del legislatore di impiegare il termine «pagamento» alla stregua di «soddisfazione» (51).

L'equipollenza tra pagamento e soddisfazione non giustifica però l'ulteriore equipollenza tra «assicurare» e «prospettare» (52). Il significato che il verbo «assicurare», quale espressione sempre del comportamento dovuto dall'imprenditore per accedere alla procedura di concordato, assume nella fattispecie dell'art. 160, comma 4, legge fallim., non va inteso nel senso di «garantire» - il che equivarrebbe a reintrodurre nella norma un elemento, vale a dire l'assunzione di una garanzia reale o personale, ad essa ormai estraneo -, ma va ricavato dalla funzione e dal sistema normativo e va, quindi, individuato in quello di «promettere» la soddisfazione dei crediti chirografari in misura non inferiore al venti per cento. Più in particolare, senza discostarsi dal dato normativo, al verbo «assicurare» non può non allegarsi, come espressamente affermato da Tribunale, il significato «dell'assunzione di un preciso impegno obbligatorio dell'imprenditore in crisi a cedere i propri beni ai creditori», che è, in quanto tale, «soggetto a verifica da parte del Commissario giudiziale» (53).

Tale interpretazione è legittimata non solo dal dato testuale - l'«in ogni caso» con cui si apre la norma - e da quello teleologico - esplicitato nella relazione di accompagnamento della riforma (54) - ma anche dalla norma dell'art. 161, comma 1, lett. e), legge fallim., il cui secondo periodo te-

---

cento, non possa raggiungere tale risultato attribuendo un pacchetto di azioni, ma si veda costretto a soddisfare la quota parte del venti per cento in denaro e la restante in azioni. *Contra*, nel senso che il termine pagamento precluda forme di adempimento diverse dal denaro, G.N. NARDO, cit., p. 99 ss.

(51) Ancora, Trib. Pistoia, cit., p. 12.

(52) Ritengono invece che il termine «assicurare» vada inteso nel senso di «una prospettazione intermedia fra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione», Trib. Pistoia, cit., p. 15 s.; Trib. Firenze, dec., 8 gennaio 2016, in *Fallimento*, 2016, p. 569 ss.

(53) In questo senso, cfr., anche, M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo*, cit. p. 581 s.; e M. GIORGETTI, cit., p. 127.

(54) Ove si legge che: «la finalità è evitare che possano essere presentate proposte per

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stualmente recita: «in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore» (55).

La funzione di questa disposizione, anch'essa di non agevole intellegibilità, non può che essere quella di fare riferimento alla soglia quali-quantitativa di cui all'art. 160, comma 4, legge fallim. per esplicitare che, per accedere alla procedura concordataria, il proponente deve impegnarsi ad assicurare una specifica utilità, che per i creditori chirografari non può che essere la soddisfazione dei relativi crediti nella misura minima del venti per cento. Ciò è tanto vero che il legislatore, essendosi accorto, soltanto in sede di conversione del D.L. n. 83/2015, della necessità di coordinare le due norme, ha aggiunto, nell'art. 160, comma 4, legge fallim., proprio la locuzione «che il proponente deve [in ogni caso] assicurare».

Problematica è anche l'esegesi della locuzione «almeno il venti percento dell'ammontare» dei crediti chirografari, con particolare riferimento al caso in cui la proposta di concordato preveda la suddivisione dei crediti chirografari - non omogenei (es. credito finanziario chirografario da scoperto di conto corrente bancario e credito finanziario chirografario da anticipo di fatture) - in classi (es., in due classi, con misura di soddisfazione al 18 e al 22 per cento o al 15 e al 30 per cento). Il percorso valutativo per ritenere se la percentuale minima di accesso alla procedura vada parametrata al complesso dei crediti chirografari, a prescindere dal numero delle classi nelle quali essi siano stati suddivisi, o alla singola classe, con la conseguenza che l'integrazione della soglia quali-quantitativa dovrebbe sussistere per ciascuna classe, non può prescindere dal sistema normativo, vale a dire dall'applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento che devono in ogni caso guidare l'interpretazione delle norme.

In aderenza al principio irrinunciabile di bilanciare e riequilibrare i contrapposti interessi di imprenditore e creditori evitando che la programmazione privata integri un trattamento discriminatorio e si risolva in un abuso del diritto o in un'elusione della disciplina, certamente condivisibile appare la prima soluzione e, conseguentemente, calcolare la soglia del venti per cento in rapporto alla «media aritmetica» delle percentuali offerte, all'interno di ciascuna classe, ai creditori chirografari: basta, dunque, la soddisfazione dei crediti chirografari nella media del venti per cento

---

l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori».

(55) Trib. Ravenna, in epigrafe, p. 5 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

perché la domanda di concordato possa - se sussistono tutti gli altri requisiti - essere ammessa.

Devesi, tuttavia, rilevare che l'applicazione di questo criterio aritmetico è certamente fruibile, senza alcuna difficoltà, nei casi in cui la situazione di fatto non evidenzi incertezze di sorta, nel senso che appare chiaro, sul piano allegatorio, che il trattamento differenziato di soddisfazione dei crediti chirografari sia espressivo dell'esercizio, legittimo e ragionevole, del potere di predisporre la proposta di concordato (suddividendo i chirografari, ad es., in due classi con soddisfacimento, rispettivamente, al 18 e al 22 per cento). Non possono però sottovalutarsi casi più ambigui, che si collocano al confine tra uso e abuso del diritto, per i quali appare problematico applicare, quasi in automatico, il criterio della «media aritmetica» (donde, ad esempio, il dubbio sull'ammissibilità di una proposta di concordato con suddivisione dei chirografari in due classi con soddisfacimento, rispettivamente, al 15 e al 20 per cento). In tali casi, sembra consentito al giudice procedere, innanzi tutto, all'esatta ricostruzione dell'effettiva volontà dall'imprenditore per verificare se, alla luce dei parametri rivelatori dell'abuso del diritto, il trattamento differenziale predisposto per ciascuna classe di chirografari non «causi in concreto» uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio ad una o più classi, al fine di conseguire un risultato diverso e ulteriore (fraudolento o, comunque, indebito) rispetto a quelli per i quali il potere di suddividere i creditori in classi è normativamente attribuito: vale a dire, la migliore sistemazione della crisi.

7. *I poteri del tribunale.*

Le argomentazioni fin qui sviluppate consentono, a questo punto, di riflettere sul se, in relazione alla «fattibilità» del piano, vi sia o no continuità tra la portata dei poteri del tribunale venutasi a cristallizzare con l'interpretazione delle Sezioni Unite del 2013 (56) e il nuovo assetto nor-

---

(56) Cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in questa *Rivista*, 2013, II, p. 1, con nota di A. DIDONE, *Le sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*; in *Giur. comm*., 2013, II, p. 334 e s., con nota di P.F. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*; in *Foro it.*, 2013, c. 1534, con note di G. COSTANTINO, *Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva*; di M. FABIANI, *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sezioni unite un po' oltre la metà del guado*; di E. SCODITTI, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*. Tra gli altri commenti, cfr., in particolare, L. ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni* a latere *della sentenza n. 1521/2013 delle sezioni unite,* in questa *Rivista,* 2013, p. 867 ss.; F. DE SANTIS, *Causa «in concreto» della proposta di concor-*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mativo delineato dalla novella legislativa n. 132 del 2015 (57).

È necessario chiarire cioè se l'avvicendarsi nel tempo delle norme degli artt. 160, comma 4, 161, comma 2, lett. e), legge fallim. innovi il *thema decidendum* del tribunale, con conseguente estraneità delle nuove componenti - se economiche - all'oggetto delle valutazioni giudiziali, ovvero se ricorra una qualche ipotesi di assorbimento di dette componenti - anch'esse giuridiche - nell'ambito della «fattibilità», soggetta, in quanto tale, al controllo di legittimità (58).

Nel condurre l'operazione di verifica circa la sussistenza o no di continuità tra la portata delle valutazioni giudiziali succedutesi nel tempo, si deve procedere alla puntualizzazione dei criteri interpretativi desumibili dai consolidati assetti giurisprudenziali (formatisi nel vigore della precedente disciplina), per appurare se vi sia o no uno spazio comune e, quindi, se anche i nuovi elementi possano essere assorbiti nella c.d. «fattibilità giuridica».

Com'è noto, le Sezioni Unite hanno avuto modo di puntualizzare che la linea di confine tra autonomia privata e controllo giudiziale, in sede di ammissione della domanda di concordato, si appunta sulla distinzione tra «fattibilità giuridica» e «fattibilità economica»: la prima attiene alla legittimità «intrinseca» della domanda ed è, come tale, verificabile dal giudice; la seconda concerne l'opportunità e la convenienza economica della proposta ed è, come tale, sindacabile (non dal giudice ma) dai creditori (59).

Nel contesto del nuovo assetto normativo introdotto dalla L. n. 132/2005, gli approdi cui sono pervenute le Sezioni Unite e cui si è costantemente adeguata la successiva giurisprudenza (60), mostrano la loro ragionevolezza e non sono idonei ad essere disattesi.

---

dato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano, in *Fallimento*, 2013, p. 279 ss.

(57) V. nt. 1.

(58) Per una ricognizione della portata dei poteri del tribunale, cfr., per tutti, V. GIORGI, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2015, p. 386 ss.

(59) Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in questa *Rivista*, cit., p. 5 ss.; per ulteriori riferimenti, v. nt. 55.

(60) In particolare, il riferimento è al c.d. diritto giudiziale: inaugurato da Cass. n. 21860/2010 e Cass. n. 13818/2011, approdato in Cass., sez. un., n. 1521/2013 e Cass., sez. un., n. 24970/2013, limato da Cass. n. 11423/2014, in merito alla c.d. causa concreta del concordato preventivo e alla distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica: la prima rientrante nell'ambito del controllo di legalità, la seconda nel merito e, in quanto tale, sottratta al sindacato del giudice.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È ragionevole ritenere, infatti, come incisivamente precisa il Tribunale in coerenza con la posizione della pregressa giurisprudenza, che «le modifiche introdotte dalla L. 132/2015 hanno solo parzialmente innovato quanto al *thema decidendum* della valutazione spettante al tribunale, posto che (…) il nuovo ultimo comma dell'art. 160 introduce nella valutazione giudiziale un aspetto importante della componente economica della fattibilità, nel senso che si trasforma in presupposto di ammissibilità (e quindi in un qualcosa che rientra pienamente nell'oggetto delle verifiche affidate all'organo giudiziario) la circostanza che il piano consenta o meno - *prima facie* - un pagamento ai creditori chirografari non inferiore al 20% dell'importo complessivo di tale categoria di creditori».

Così può accadere, ad esempio, che il tribunale dichiari inammissibile una domanda di concordato che preveda la soddisfazione dei creditori in misura inferiore al venti per cento o che, a fronte dell'esame del ricorso o della documentazione allegata, appare manifestamente inidonea a raggiungere tale soglia di soddisfazione (61).

Ma al di là di questi casi in cui è evidente fin dall'inizio l'irraggiungibilità in concreto della soglia del venti per cento, il vero problema riguarda la verifica circa il potere del tribunale di discostarsi dalle risultanze contenute nella relazione del professionista attestatore, con particolare riferimento all'ipotesi in cui queste risultino difformi da quelle successivamente rese dal commissario giudiziale.

Devesi, innanzi tutto, prendere atto che, nel nuovo assetto normativo, rientra nell'oggetto della verifica compiuta dall'attestatore il riscontro circa la veridicità, la correttezza, la congruità e la ragionevolezza del complesso dei dati a cui l'imprenditore ha ancorato la raggiungibilità della soglia del venti per cento.

Anche in questo caso, tuttavia, non appare consentito all'interprete discostarsi, in assenza di una espressa previsione circa la portata dei poteri del giudice, dagli approdi ermeneutici maturati nel vigore della precedente disciplina: l'attestazione del professionista è certamente sindacabile dal giudice in termini di manifesta incongruità, illogicità, incompletezza e irragionevolezza della motivazione e delle conclusioni raggiunte (ad esempio, sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati e il conseguente giudizio di fattibilità) (62).

---

(61) S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 365.

(62) In argomento, cfr. F. DE SANTIS, *Rapporti tra le parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1062 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È ragionevole, quindi, che una proposta di concordato attestata venga dichiarata inammissibile nel caso in cui il giudice abbia verificato, sulla base della documentazione prodotta o comunque «pubblica» (es. visure camerali, catastali, ipotecarie), l'erroneità materiale delle risultanze in misura tale da determinare l'irraggiungibilità della soglia del venti per cento. Si pensi, esemplificativamente, all'ipotesi in cui il giudice si accorga che le valutazioni espresse in ordine al raggiungimento della soglia del venti per cento siano frutto di un errore di calcolo o siano ancorate al valore di un bene immobile in realtà inferiore a quello stimato perché ricadente *ex ante* o ricompreso *ex post* in una area sottoposta a vincolo espropriativo o conformativo (63). Ove la verifica giudiziale dia esito positivo, è evidente che la proposta originariamente «sopra soglia» degradi in una proposta «sotto soglia» e che, quindi, venendo «manifestamente» a mancare un presupposto di ammissibilità della domanda, il giudice abbia il potere-dovere di dichiararla inammissibile.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi con riferimento al caso, in apparenza più delicato, in cui il commissario giudiziale accerti, successivamente (all'ammissione della domanda ma prima dell'omologazione del concordato), l'irraggiungibilità della soglia del venti per cento, prospettata e attestata, perché valuti manifestamente più ragionevole procedere alla svalutazione di un determinato cespite aziendale. Può accadere, pertanto, che il giudice si trovi a dover verificare la fattibilità del piano sulla base di due valutazioni - l'una dell'attestatore, l'altra del commissario giudiziale - difformi.

Nell'ipotesi data, il percorso valutativo, per ritenere prevalente l'una o l'altra valutazione, deve tenere presente l'inattribuibilità di una sorta di valore di prova legale tanto alla relazione dell'attestatore quanto a quella del commissario giudiziale (64). L'equiparazione delle funzioni svolte dall'attestatore e dal commissario giudiziale a quelle, rispettivamente, di «ausiliario del giudice» e di «organo della procedura» (65) consente al giudice, innanzi tutto, di disattendere le valutazioni contenute o in entrambe le relazioni o in una delle due, attribuendo, conseguentemente, prevalenza

---

(63) F. De Santis, *Rapporti tra le parti e poteri del giudice*, cit., p. 1071 ss.

(64) Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2012, p. 36 ss., per la «sarebbe eccentrico alle categorie ordinanti del sistema [attribuire] valore di prova legale della fattibilità (...) alla relazione del professionista».

(65) Per un quadro sulle nuove funzioni del commissario giudiziale, che ne giustificano l'inquadramento tra gli «organi della procedura», v. G.N. Nardo, *Le relazioni del commissario giudiziale*, in *La nuova legge fallimentare*, cit., p. 231 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla relazione che, in termini di congruità, logicità, completezza e manifesta ragionevolezza risulti più «attendibile» ovvero più «verificabile».

A margine è il caso di evidenziare che, proprio in situazioni come quelle testé esaminate, il vero problema attiene alla portata della «valutazione»: questa, concretandosi in ogni caso in un giudizio di valore, partecipa del limite, ad essa intrinseco, di essere - per quanto verificabile in termini di congruità, logicità, completezza e ragionevolezza - espressiva di una stima frutto pur sempre di una «opinione», che può, in quanto tale, «valutarsi» erronea. Non può ignorarsi, infatti, che, nel disegno di legge n. 3671/2015, si chiede espressamente al Governo di «determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano» (66).

Conclusivamente, occorre orientare il fascio di luce sugli effetti complessivi - per quanto qui interessa - della novella del 2015 e constatare, in sintesi, che ci troviamo di fronte ad una giurisprudenza, che, nell'interpretare la norma, risponde a quell'orientamento che - sulla base della preferenza di un fallimento rispetto ad un concordato inferiore al venti per cento - richiedeva di non ammettere domande di concordato satisfattive dei crediti chirografari in misura inferiore al venti percento. E ad un diritto, a sua volta, che, dialogando con la dottrina, indichi al giudice un sicuro criterio da seguire nel verificare la «fattibilità» del concordato (67).

È, dunque, in base ai tali coefficienti normativi e giurisprudenziali, che si deve cogliere, sul piano assiologico e su quello politico-legislativo, la *ratio* della norma e allegare conseguentemente alla disposizione dell'art. 160, comma 4, legge fallim. il significato di limitare l'autonomia «negoziale» dell'imprenditore per arginare l'uso distorto del procedimento concordatario in danno dei creditori - tanto in voga nella prassi applicativa -, fornendo, specularmente, al giudice di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base dell'ammissione di proposte di concordato senza continuità aziendale ovvero esonerandolo dal verificare «in concreto» se una proposta di concordato possa «plausibilmente assicurare un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori».

La determinazione normativa della percentuale minima di soddisfazione dei creditori nella soglia del venti per cento risponde, in ultima analisi, all'esigenza di garantire l'uniforme interpretazione del diritto, sul presup-

---

(66) Art. 6, lett. f), disegno di legge n. 3671: «Concordato preventivo».
(67) Cfr., ad esempio, V. GIORGI, *op. cit.*, p. 400.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

posto che «equa» applicazione della norma non vuol dire solo «regola del caso concreto» ma anche parità di trattamento tra gli operatori economici su tutto il territorio nazionale (68).

Non può essere sottaciuto però che la disposizione in esame è giustificata dall'esigenza di contrastare, nel contesto attuale, l'eccessiva dilatazione che del concordato con cessione dei beni è stata fatta nella prassi applicativa, sino quasi a smarrire i confini funzionali con il fallimento; e di garantire un minimo vantaggio per i creditori. Diversamente essa, nella scelta del legislatore del 2016 di costruire il concordato liquidatorio come ipotesi eccezionale condizionata all'offerta di un'utilità ulteriore rispetto alla cessione del mero compendio aziendale, non rinviene alcuna giustificazione.

Ma al di là di tale affermazione generica e di principio, non resta che attendere per verificare poi se, in concreto, questa soglia quali-quantitativa non «ritorni», normativamente o comunque applicativamente, per concretare il contenuto dell'utilità aggiuntiva condizionante l'attivazione residuale/eccezionale del concordato liquidatorio (v., *retro*, *sub* § 5).

8. *Le offerte concorrenti. Cenni.*

Strettamente connessa è l'ulteriore questione, a cui pure il Tribunale dà risposta, circa la valenza dell'autonomo procedimento competitivo, rubricato come «offerte concorrenti» e disciplinato dall'art. 163-*bis* legge fallim., inserito *ex novo*, che, al comma 1, testualmente recita: «quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e) (69), comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la fina-

(68) *Ex multis*, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 15 ss.

(69) Art. 161, comma 2, lett. e), legge fallim.: «un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni».

Tale nuova norma, pur forgiata sullo stesso paradigma - quanto alla *ratio* - delle proposte concorrenti di cui al novellato art. 163 legge fallim. ([70]) e - quanto alla portata - delle cessioni coattive di cui al nuovo art. 182, comma 5, legge fallim., sancisce «la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse», attribuendo al tribunale il potere-dovere di subordinare l'ammissione o l'omologazione della proposta di concordato preventivo all'esperimento di una gara, a oggetto multiplo (il trasferimento a titolo oneroso, immediato o differito, dell'azienda o di uno o più rami di essa o di specifici beni; o l'affitto d'azienda o di uno o più rami di essa ([71])), alternativo o cumulativo, da aggiudicare al miglior offerente-acquirente, individuato secondo le modalità indicate nel decreto che ne dispone l'apertura ([72]).

La nuova normativa ha inteso valorizzare indefettibilmente la competitività delle procedure concorsuali e il c.d. *test market* assicurato dalla pubblicità: questo, come rileva il Tribunale, è un metodo necessario e imprescindibile per verificare se la proposta concordataria miri, in concreto, e non in astratto, a massimizzare la *recovery* dei creditori e non gli interessi opportunistici dell'imprenditore in crisi o di altri soggetti intenzionati, comunque, a lucrare sulla situazione di dissesto. Accadeva, infatti, nella prassi applicativa, che l'imprenditore ponesse a base della proposta di concordato liquidatorio l'offerta di un soggetto già individuato - con il quale concludeva, ad es., un contratto preliminare o un contratto d'opzione - avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, da eseguire anche prima dell'omologazione, dell'azienda (o di uno o più rami o di determinati cespiti di cospicuo valore), a fronte di un corrispettivo in denaro o

---

([70]) Sul nuovo strumento che consente ai creditori di presentare proposte di concordato preventivo concorrenti, cfr., anche con riferimento alle difficoltà interpretative e operative che esso pone nell'ipotesi di riduzione del capitale collegata all'aumento, F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, in questa *Rivista*, 2016, p. 420 ss.; ID., *Le soluzioni negoziali*, cit., § 47; M. VITIELLO, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: le possibili soluzioni alle primissime questioni interpretative*, in *ilfallimentarista.it*, 4 dicembre 2015, p. 1 ss.

([71]) Per un quadro sulla portata dell'art. 163 *bis* legge fallim., cfr. F. SANTANGELI, *op. cit.*, p. 170 ss.: l'A. ritiene che l'ambito di applicazione della nuova disposizione, facendo riferimento anche ad offerte non accettate dal debitore, sia in realtà più ampio rispetto alle fattispecie di concordato chiuso; e che altrettanto ampio sia l'ambito dei beni che possono essere oggetto delle offerte, estendendosi, ad es., anche alle proposte di acquisto di crediti.

([72]) Per una sintesi delle problematiche schiuse dal nuovo istituto, cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 376 ss.; G.P. MACAGNO, *op. cit.*, p. 96 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comunque a titolo oneroso. Il limite di questo meccanismo stava nella «segretezza» e nell'insindacabilità giudiziale dell'offerta, che comunque l'opinione prevalente riteneva legittima e ammissibile (73): la mancanza di pubblicità e il sindacato giudiziale limitato alla congruità del prezzo per escludere la *partecipatio fraudis* difficilmente consentivano la valorizzazione del valore residuo dell'impresa e, quindi, la massimizzazione della *recovery* dei creditori.

Si è inteso, in sostanza, risolvere - in negativo - i dubbi interpretativi, sorti nel vigore della precedente disciplina, sull'ammissibilità di una proposta di concordato c.d. chiusa e «bilanciare» i diversi valori tutelati dalla procedura concorsuale attribuendo al giudice il potere di apprezzare, in funzione, più che dell'opportunità, del contenuto sostanziale (74), la congruità dell'offerta irrevocabile, posta a base del piano di concordato, e conseguentemente disporre, con decreto, l'apertura del procedimento competitivo.

La disposizione solleva tutta una serie di problematiche applicative, attinenti, ad es., alla obbligatoria della procedura competitiva (vale a dire che deve essere attivata anche se l'offerta è congrua), alla procedimentalizzazione del concordato preventivo, agli effetti dell'aggiudicazione sull'offerta originaria, alle conseguenze se la gara «va deserta», la cui analisi esula dall'ambito della presente trattazione.

Sulla base di una dottrina che si fa giurisprudenza (75), tre sono le problematiche che non possono, in ogni caso, essere sottaciute: la prima è la natura giuridica della norma dell'art. 163-*bis* legge fallim.; la seconda sono le implicazioni di carattere dirigistico che la disposizione sottende; la terza è il mancato coordinamento con gli artt. 105 ss.

Così la portata precettiva *della* e l'interesse pubblico tutelato *dalla* norma consentono di attribuire ad essa natura di norma imperativa, che è, in quanto tale, inderogabile. L'art. 163-*bis* legge fallim. proibisce, infatti, direttamente e specificatamente (76), l'ammissibilità di proposte di concor-

---

(73) Cfr., ad esempio, F. SANTANGELI, *op. cit.*, 166.

(74) Il riferimento corre, ad es., al prezzo e modalità di pagamento (es. dilazioni), agli elementi accidentali del contratto di vendita (es. apposizione di un termine di efficacia o di una condizione, generalmente sospensiva), al possesso dei requisiti di ordine generale (es. di idoneità «morale») o specifico (es. capacità economica, finanziaria) dell'offerente.

(75) S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 377.

(76) È ben noto che la qualifica di imperatività può ricavarsi anche da indici *extra* testuali, quale il giudizio di rilevanza sociale degli interessi che la norma protegge, o dalla gravità della sanzione con cui la norma presidia tali interessi: così, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 383. Sulla norma imperativa: cfr., per tutti, G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 3-4, p. 435 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dato c.d. chiuse perché ritenute, a giudizio politico del legislatore, dannose o, comunque, pericolose per l'interesse pubblico, che individua nella competitività delle procedure concorsuali, strumentale alla salvaguardia del valore residuo dell'impresa e alla migliore soddisfazione dei creditori, e presidia attraverso l'attivazione giudiziale della procedura competitiva in esame, il cui esperimento, come espressamente afferma il Tribunale, «connota nei termini di legalità o meno le vendite e le cessioni in ambito concordatario».

Specularmente, l'intervento pubblico che, per proteggere l'interesse alla competitività delle procedure concorsuali, attribuisce al tribunale il potere-dovere di attivare *ex officio* la procedura competitiva delle offerte concorrenti, genera una forte compressione dell'autonomia dell'imprenditore proponente corrispondente a una concezione più dirigistica e paternalistica che non liberale dell'autonomia privata. E ciò se non altro perché procedimentalizza, alla stregua della liquidazione giudiziale, il concordato preventivo e impone all'imprenditore di modificare il contenuto del contratto di vendita inserendo i più vantaggiosi elementi (es. nuovo offerente, maggiorazione del prezzo, caducazione di elementi accidentali), eventualmente, emersi all'esito della procedura.

È il caso di precisare al riguardo, però, che la contraddizione che il fenomeno genera potrebbe essere più apparente che reale in quanto la restrizione di libertà posta a carico dell'imprenditore determina un recupero di libertà a favore dei creditori: la rilevanza crescente che, nell'attuale regolamentazione dei rapporti giuridici, assume l'appartenere ad una determinata categoria socio-economica, connotata in termini di «debolezza» o «forza», significa, per i creditori, godere di regole protettive stabilite dalla legge (l'esperimento obbligatorio della procedura competitiva) e, per gli imprenditori, soggiacere ai corrispondenti regimi legali restrittivi (l'etero-determinazione del contenuto del contratto).

Effettiva è invece la contraddizione che genera il mancato coordinamento con gli artt. 105 ss.

Ed invero, nonostante l'assenza, nel nuovo art. 163-*bis* legge fallim., di un espresso richiamo agli artt. 105 ss., l'attivazione coattiva del procedimento competitivo e la conseguente etero-determinazione del contenuto della proposta di concordato consentono all'interprete di equiparare tale procedimento ad una vendita coattiva (77).

---

(77) S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 377 s., ove la prospettazione di ulteriori problemi di coordinamento, es. tra la disciplina delle offerte concorrenti e quella delle consultazioni sindacali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tale equiparazione consente, quindi, di ricorrere al procedimento analogico e, conseguentemente, applicare le norme degli artt. 105 ss. Il che può avvenire o direttamente o indirettamente: vale a dire o con applicazione diretta degli artt. 105 ss. o attraverso un doppio rinvio, c.d. a cascata, innescato dall'applicazione analogica dell'art. 182, comma 5, legge fallim., richiamante, a sua volta, gli artt. 105 ss.

È in quest'ultima linea che si è mosso il Tribunale di Ravenna, il quale - però più che porsi il problema creato dal vuoto normativo - sembra essersi limitato a prendere atto - quasi fosse espressamente previsto - che «il nuovo art. 163 bis l.f. in tema di offerte concorrenti [va letto] in combinato disposto con il pure innovativo art. 182 co. 5 l.f.» e che non esperire il procedimento competitivo delle offerte concorrenti equivarrebbe a «consentire un facile aggiramento dei principi posti dall'art. 163 *bis* e 182 co. 5 l.f.».

GIULIA RUGOLO
Dottore di ricerca in Diritto commerciale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

TRIBUNALE DI VENEZIA, Sez. spec. Impresa, ord. 19 maggio 2015

Pres. Farini - *Rel.* Boccuni

A. ed altri c. Fallimento U. s.p.a.

Fallimento - Fallimento delle società - Società per azioni - Responsabilità degli amministratori e sindaci - Azione esercitata nel fallimento - Responsabilità concorrente dell'attestatore del piano di ristrutturazione dei debiti - Ammissibilità

(Legge fallim., artt. 146, 182-bis, 236-bis; cod. civ., artt. 2392, 2394-bis, 2407)

In materia di azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci di s.p.a., è responsabile del danno anche l'attestatore del piano di ristrutturazione ex *art. 182-*bis*, comma 6, legge fallim. che ne abbia erroneamente attestato la fattibilità economica, così concorrendo a ritardare la dichiarazione di fallimento.*

Fallimento - Fallimento delle società - Società per azioni - Responsabilità degli amministratori e sindaci - Azione esercitata nel fallimento - Obblighi di ricapitalizzazione - Sospensione in pendenza di procedure di composizione concordata della crisi - Quantificazione del danno

(Legge fallim., artt. 146, 182-bis, 182-sexies, 236-bis; cod. civ., artt. 2392, 2394-bis, 2407, 2446, 2447)

*In materia di azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci di s.p.a., il danno non può essere esclusivamente quantificato sulla base del criterio c.d. dei netti patrimoniali qualora il ritardo nell'assunzione dei provvedimenti di cui agli artt. 2446, comma 2, e 2447 cod. civ. sia dovuto all'esenzione di cui all'art. 182-*sexies *legge fallim. In questi casi, laddove la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una domanda di ammissione al concordato preventivo abbia colpevolmente ritardato la dichiarazione di fallimento, il danno imputabile agli amministratori, ai sindaci e all'attestatore del piano deve essere quantificato sulla base del maggiore indebitamento che si sarebbe evitato se il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente.*

(Omissis)

Con ricorso depositato in data 14.4.2014, Fallimento U. s.p.a., dichiarato con sentenza del Tribunale di Verona in data 26.7.2013, dopo aver premesso che l'impresa *in bonis* sarebbe stata costituita in data 21.10.1992 con capitale di euro 4.000.000,00, come da delibera di aumento del 27.11.2007, ed oggetto sociale relativo alla costruzione, ristrutturazione e compravendita di immobili, ha allegato che la società, in data 18.3.2011 avrebbe depositato presso il Tribunale di Verona ricorso ai sensi dell'art. 182-*bis* comma 6 legge fallim., al fine di ottenere l'inibitoria alle iniziative esecutive dei creditori con concessione di termine per presentare accordo di ristrutturazione del debito, allegandovi la documentazione elaborata ed asseverata dal dott. A. Il fallimento ha precisato che, al momento della presentazione di detta istanza, amministratori sarebbero stati i signori C. e D., mentre il collegio sindacale sarebbe stato costituito dai signori V., deceduto *ab intestato* in data 15.5.2013, F. e S., sostituito quest'ultimo in data 7.11.2011 da L.

Con il rammentato ricorso, la procedura ha chiesto l'adozione di sequestro conservativo, fino a concorrenza dell'importo di euro 8.000.000,00, nei confronti degli amministratori

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e dei componenti del collegio sindacale e degli eredi del sindaco deceduto, nei limiti ed in proporzione delle rispettive quote successorie, nonché fino a concorrenza dell'importo di euro 8.300.000,00, nei confronti di A., attestatore nel procedimento *ex* art. 182 *bis* legge fallim., somme ridotte all'udienza del 2.12.2014. Il fallimento ha prospettato, ai fini dell'instaurando giudizio di merito, la preannunciata azione di responsabilità degli organi gestorio e di controllo *ex* art. 146 legge fallim. e l'azione di risarcimento dei danni derivanti da reato secondo il disposto dell'art. 216 comma 1 n. 2) legge fallim. e dell'art. 217 comma 1 n. 4) legge fallim., nonché la preannunciata azione di responsabilità risarcitoria da inadempimento contrattuale con riguardo all'attestatore A. e, in subordine, per ripetizione di indebito della somma di euro 304.331,20, nonché per il risarcimento dei danni da reato *ex* art. 373 c.p. e 481 c.p.

Costituitisi in giudizio, i convenuti tutti hanno negato la sussistenza dei presupposti della domanda cautelare, sia sotto il profilo del *fumus boni iuris*, sia sotto il profilo del *periculum in mora*, autorizzandosi C. e D. chiamare in causa le rispettive compagnie di assicurazione, (*omissis*) le quali a loro volta hanno concluso per il rigetto di qualsivoglia pretesa svolta ai loro danni e per l'inammissibilità della stessa chiamata in causa.

Con ordinanza di data 23.12.2014, il Giudice della cautela ha rigettato la richiesta di concessione del provvedimento conservativo sulla scorta del difetto del *fumus boni iuris*. Più in particolare, in riferimento alla posizione dell'attestatore nell'ambito del procedimento ex art. 182 *bis* legge fallim., il primo Giudice, premettendo che i fatti imputati a A. sarebbero avvenuti anteriormente all'entrata in vigore della specifica fattispecie incriminatrice, introdotta con l'art. 236 *bis* legge fallim., ha affermato l'impossibilità di affermare, anche astrattamente, la ricorrenza dell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 373 c.p. in tema di falsa perizia, dal momento che la norma in questione si applicherebbe esclusivamente al perito nominato dall'autorità giudiziaria e non a quello nominato da privati, com'è nell'ipotesi della nuova figura dell'attestatore in procedure concorsuali. In riferimento all'ipotesi delittuosa di cui all'art. 481 c.p. incriminante l'ipotesi di falsità in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità, pur volendo ritenere l'applicabilità della norma anche all'attestatore, il Giudice della cautela ha rilevato come, punendo la fattispecie colui il quale attesti falsamente fatti dei quali l'atto sia destinato a provare la verità, in realtà la procedura avrebbe addebitato a A. semplici omissioni ovvero false valutazioni di alcune poste, oppure errori di appostazione contabile, comportamenti non rientranti nell'ipotesi incriminatrice ovvero addebitabili a titolo di mera colpa, così non indicandosi alcun comportamento idoneo a configurare il *fumus* della responsabilità, rispetto la quale non risulterebbe neppure avviato alcun procedimento penale. In riferimento, poi, all'affermazione della responsabilità di A. per illecito civilistico extracontrattuale, per avere con la sua scorretta attestazione ritardato il fallimento dell'impresa *in bonis*, così concorrendo egli nell'illecito degli amministratori e sindaci, il primo Giudice ha rilevato il difetto di prova del *fumus* dell'asserita illiceità e, in ogni caso, il difetto di indicazione dello specifico danno subito dalla società e dai creditori sociali quale conseguenza diretta ed immediata della condotta illecita, essendo inaccettabile la prospettazione del danno in termini di differenza dei netti patrimoniali, utilizzata dal fallimento al fine di quantificare il pregiudizio subito. Quanto alla posizione degli amministratori e dei sindaci, ribadito che in capo alla curatela incomberebbe l'onere di allegare e provare la condotta inadempiente ed il danno derivatone, oltre al nesso di causalità tra l'uno e l'altro, il Giudice della cautela, in riferimento all'affermata responsabilità per la prosecuzione della gestione societaria anche dopo la perdita del capitale sociale, imponente una gestione meramente conservativa, ha osservato che la curatela non avrebbe precisato né il momento in cui la perdita del capitale si sarebbe verificata, tra l'altro

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

emergendo dalla rettifica di bilancio effettuata dallo stesso curatore che essa si sarebbe verificata addirittura al 3.7.2013, in coincidenza con la dichiarazione di fallimento, ovvero facendo coincidere la procedura ricorrente detta perdita con la differente ipotesi di perdita di capitale oltre un terzo, né avrebbe precisato le specifiche operazioni non meramente conservative poste in essere successivamente all'assunta perdita del capitale. Inoltre, sempre in riferimento a detta prospettata responsabilità, il Giudice reclamato ha ribadito come il criterio di quantificazione del danno offerto dal fallimento, in termini di differenza dei netti patrimoniali tra il momento della perdita del capitale ed il momento della dichiarazione di fallimento, sarebbe accettabile solo come criterio residuale nell'ipotesi in cui manchino le scritture contabili e non sia in alcun modo ricostruibile il movimento degli affari della società fallita, ipotesi non ricorrente nel caso di specie, esistendo sufficiente documentazione contabile. Quanto alla prospettata responsabilità per le operazioni compiute dopo la perdita del capitale superiore al terzo, non essendo stati adempiuti gli obblighi di legge, il primo Giudice ha osservato che detta perdita si sarebbe incontestabilmente verificata già in sede di bilancio 31.12.2010 e mantenuta in seguito. Pur essendo pacifico che gli amministratori ed i sindaci non avrebbero provveduto alle prescritte convocazioni dell'assemblea ai fini della dovuta riduzione del capitale, il provvedimento reclamato rileva che anche il tale caso, la procedura non avrebbe indicato gli specifici danni quali conseguenza immediata e diretta di tale omissione, limitandosi essa alla già reputata inammissibile quantificazione rapportata alla differenza di netto patrimoniale. Anche in riferimento alla allegata responsabilità degli amministratori e sindaci essendo stati eseguiti prima del fallimento alcuni pagamenti di debiti, tra cui anche quello verso l'attestatore A., con preferenza rispetto ad altri creditori, così configurandosi l'ipotesi della bancarotta preferenziale, il Giudice della cautela ha escluso la ricorrenza del *fumus boni iuris*, posto che detti pagamenti risulterebbero eseguiti al fine di far ritirare istanze di fallimento contro la società, ipotesi tipica di esclusione della fattispecie criminosa, ovvero risulterebbero eseguiti in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione omologato, con espressa esclusione dell'area di responsabilità penale in base alla previsione dell'art. 217 *bis* legge fallim. In termini più generali, il Giudice di prima fase ha osservato che i pagamenti eseguiti senza rispetto dell'ordine di prelazione inciderebbero solamente sulla *par condicio creditorum* e non determinerebbero un depauperamento del patrimonio sociale, potendosi essi pagamenti essere oggetto di revocatoria, ove non configuranti gli estremi della bancarotta preferenziale o altro illecito fallimentare. Infine, quanto all'allegata responsabilità per falsificazione dei bilanci, il provvedimento reclamato ha affermato che mancherebbe la dimostrazione del *fumus* e, comunque, difetterebbe l'indicazione dello specifico danno conseguenza immediata e diretta delle asserite falsificazioni.

Rigettate le istanze cautelari tutte, il primo Giudice ha condannato il fallimento alla rifusione delle spese di lite, compensando quelle tra C. e (*omissis*), visto che l'assicurazione avrebbe semplicemente rinviato la propria difesa alla fase di merito, nonché condannando (*omissis*) a rifondere le spese di (*omissis*) essendo quest'ultima chiamata in giudizio pur non avendo stipulato il chiamante alcuna polizza per la responsabilità civile, ma soltanto una polizza di tutela legale assicurante gli esborsi per spese legali e peritali per fatti inerenti la famiglia e con decorrenza dal 25.7.2011.

Con reclamo depositato in data 7.1.2015, Fallimento U. s.p.a. ha contestato la decisione del primo Giudice, in primo luogo chiarendo e ribadendo di avere imputato agli amministratori e sindaci la responsabilità *ex* artt. 2447, 2485 e 2486 cod. civ., posto che la società sarebbe stata in condizione di perdita del capitale sociale al di sotto del limite di legge e conseguente divieto di prosecuzione dell'attività, se non meramente conservativa, fin dall'esercizio 2010. In punto, la procedura ha rammentato che, fin dalla prima fase del giudizio

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cautelare avrebbe rilevato come, scorrettamente, nel bilancio 31.12.2010, sarebbero stati appostati valori degli immobili in titolarità dell'impresa, siti in Bologna e Forte dei Marmi, per complessivi euro 20.813.667,79, mentre a seguito di perizia richiesta dal curatore a certo p.i. (*omissis*), detto valore complessivo si sarebbe dovuto appostare per minore importo di euro 13.900.000,00, valore eventualmente da confermarsi anche con dispondenda CTU, con differenza negativa di euro 7.016.667,79, senza contare l'ulteriore abbattimento dovuto alle condizioni negative del mercato immobiliare, e con la conseguenza che il patrimonio netto della società, esposto fittiziamente a bilancio in euro 2.605.490,00, sarebbe stato in realtà inferiore al capitale nominale di euro 4.000.000,00, così come completamente eroso. Inoltre, pur volendo prestare fede al patrimonio netto risultante al bilancio, a detta della curatela, il capitale nominale si sarebbe ridotto oltre al terzo, con gli obblighi conseguenti, obblighi pacificamente inadempiuti dagli amministratori e dai sindaci.

Non avendo l'organo gestorio compiuto atti meramente conservativi del patrimonio sociale, ma anzi continuando l'ordinaria gestione dell'impresa, il fallimento ha imputato agli stessi ed ai sindaci, per difetto delle competenti iniziative di controllo, il conseguente danno determinato secondo il criterio dei netti patrimoniali, criterio certamente utilizzabile al fine della stima del danno derivante dalla continuazione dell'attività, differenza quantificata dal curatore, a seguito di rettifica anche del patrimonio netto esposto dalla situazione patrimoniale al 31.7.2013 fatta pervenire al curatore in euro 1.081.552,13, considerando le ulteriori rettifiche dei valori degli immobili, ovvero in euro 2.835.026,13, considerando le ulteriori rettifiche relative ad ulteriori perdite maturate dal 2011 dal fallimento ed occultata dagli amministratori per complessivi euro 1.753.474,00, di cui euro 551.000,00 quali costi connessi alla presentazione del ricorso *ex* art. 182 *bis* legge fallim. indebitamente stornati tramite rilevazione di un corrispondente risconto attivo nel bilancio 31.12.2011 e riclassificati nel bilancio al 31.12.2012 fra le immobilizzazioni immateriali; euro 532.428,00 appostati al bilancio al 31.12.2012 per crediti per imposte anticipate, nonostante la presenza di perdita di esercizio registrate sia nel 2011 che nel 2012; euro 183.156,00 quale differenza del valore delle partecipazioni nella controllata (*omissis*), dichiarata fallita dal Tribunale di Verona in data 29.12.2012; euro 486.890,00 quale posta relativa al valore di due immobili già venduti ma ancora risultanti a bilancio.

Inoltre, la curatela ha contestato l'affermazione del primo Giudice secondo cui ella non avrebbe indicato gli specifici atti gestori forieri di danno, rilevando come prioritariamente la condotta di responsabilità sarebbe ravvisabile nel fatto di avere scelto lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* legge fallim., pur sapendo, o negligentemente ignorando, soprattutto in ragione del conseguente ritardo nella dichiarazione di fallimento dell'impresa già decotta. Infatti, il fallimento ha ricordato come il piano finanziario allegato agli accordi di ristrutturazione, successivamente naufragati, si sarebbe fondato sulla prospettiva di vendita degli immobili già citati per l'importo complessivo di euro 24.500.000,00, onde soddisfare i creditori, a fronte del valore ben inferiore stimato dal consulente della procedura. Il fallimento ha, inoltre, ricordato come ancora ulteriori sarebbero gli atti non meramente conservativi dannosi, tali da avere determinato ulteriore indebitamento della società. I danni derivanti alla procedura sarebbero così determinati nei cosi di accesso alla procedura di cui all'art. 182 *bis* legge fallim., ivi compreso quanto corrisposto all'attestatore, e nei maggiori oneri derivanti dalla ritardata dichiarazione di insolvenza di U. s.p.a., per complessivi euro 3.357.765,21. Quanto alla residuale responsabilità per riduzione del capitale nominale di oltre un terzo, il fallimento ha condiviso l'affermazione del primo Giudice circa il pacifico inadempimento degli obblighi derivanti dalla legge, non essendo stata convocata l'assemblea per i necessari provvedimenti di riduzione, affer-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mando tuttavia che correttamente il Giudice stesso avrebbe dovuto affermare la sussistenza del danno in ragione delle ulteriori perdite subite in epoca successiva. La reclamante ha censurato il provvedimento di diniego della cautela anche in riferimento alle specifiche imputazioni per fatti di reato addebitati agli amministratori dovendo il Giudice civile comunque valutare incidentalmente l'ipotesi delittuosa, indipendentemente dalla pendenza di un procedimento penale. In riferimento all'ipotesi di bancarotta preferenziale e relativamente al pagamento del compenso dovuto all'attestatore, il curatore ha osservato come il pagamento eseguito onde evitare il fallimento escluderebbe la fattispecie delittuosa solo nel caso in cui vi sia la ragionevole certezza che detto pagamento possa evitare la procedura concorsuale nella convinzione dell'imprenditore di essere in grado di ripianare la situazione, circostanza *de plano* esclusa nel caso di specie, posto che l'attestatore, in data 21.6.2012 e prima di ricevere il pagamento, avrebbe comunicato al Tribunale di Verona che (*omissis*) non aveva dato seguito agli accordi di ristrutturazione e contestualmente presentando istanza di fallimento, essendo così evidente l'impossibilità per le società di ripianare i propri debiti, integrandosi in tal modo la convinzione di eseguire un pagamento preferenziale. Inoltre, la curatela ha negato la ricorrenza dell'esonero della bancarotta ai sensi dell'art. 217 *bis* legge fallim., posto che il pagamento eseguito in favore dell'attestatore non sarebbe stato fatto in esecuzione degli accordi di ristrutturazione ma anzi preteso dall'attestatore in ragione della loro in esecuzione e all'esito della istanza di fallimento, senza contare che esso debito non sarebbe stato in alcun modo oggetto di detti accordi, riguardanti esclusivamente i debiti dell'impresa verso il ceto bancario e, in particolare, verso (*omissis*) e (*omissis*). Così, il danno derivato alla società per detta responsabilità sarebbe pari all'importo di euro 304.331,20, esborsato in favore di A. anch'egli corresponsabile dell'illecito. Oltre alla responsabilità addebitata a A. in riferimento ai fatti di bancarotta preferenziale, la curatela ha ribadito la responsabilità dello stesso per falsa perizia, affermando come l'attestatore nel procedimento *ex* art. 182 *bis* legge fallim. sostituirebbe il perito nominato dal Giudice, condividendone la responsabilità, tanto che, con l'introduzione dell'art. 236 *bis* legge fallim., tutti gli attestatori nelle diverse procedure concorsuali incorrerebbero nella medesima responsabilità penale, anche quelli nominati da privati. A detta della curatela, A. nella sua attestazione avrebbe volontariamente verificato l'esistenza e la congruità di soli tre crediti, di cui due riferibili ad imprese amministrate dallo stesso - Fallimento (*omissis*) e (*omissis*) - sui sessantaquattro elencati, omettendo scientemente la verifica degli altri, nonché avrebbe volutamente sovrastimato gli immobili della società al solo fine di creare flussi finanziari, in prospettiva della loro vendita, sufficienti ad alimentare il piano finanziario *ex* art. 182 *bis* legge fallim., così integrandosi anche l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 481 c.p. Peraltro il fallimento, anche nell'ipotesi in cui non si dovesse reputare configurabile la responsabilità penale dell'attestatore, ha rilevato l'inadempimento degli obblighi di diligenza contrattuale posti a carico dello stesso verso la società committente. Il curatore, sulla scorta della circostanza che l'ingannevole attestazione del progetto di ristrutturazione del debito avrebbe ritardato il fallimento, ha dunque ribadito la responsabilità di A. imputandosi a questi il danno già indicato come imputabile agli amministratori e sindaci, in via gradata per l'importo di euro 3.257.765,21, euro 2.835.026,13 od euro 1.081.552,143, ovvero in subordine, il solo danno per i fatti di bancarotta preferenziale per euro 360.406,55, o ancora in via ulteriormente subordinata, per l'importo riscosso per il suo compenso per euro 304.331,20, da ripetere visto l'inadempimento dell'incarico o considerata la revocabilità del pagamento medesimo eseguito nella certa consapevolezza dello stato di insolvenza della debitrice. Nulla di diverso la procedura ha aggiunto in riferimento a quanto già allegato durante la prima fase del giudizio relativamente al presupposto del *periculum in mora*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si sono costituiti i convenuti tutti, ad eccezione di S.e di (*omissis*), ribadendo le proprie difese già svolte nella prima fase e condividendo i motivi di rigetto posti a fondamento dell'ordinanza reclamata.

In particolare, gli amministratori D. e C. hanno evidenziato che l'iniziativa di proporre al Tribunale di Verona il piano di ristrutturazione del debito sarebbe sorta dalla necessità di definire i rapporti dell'impresa, anche contenziosi, con il ceto bancario, essendo la società titolare di un patrimonio immobiliare tale da far legittimamente presumere che, mediante la sua vendita, si sarebbe potuto riprendere lo stato di crisi dovuto alla congiuntura negativa del mercato, senza dunque alcun intendo di occultare il proprio stato di insolvenza.

Quanto alle rettifiche di bilancio indicate dalla procedura, gli amministratori hanno eccepito l'inattendibilità della valutazione dei cespiti immobiliari di Bologna e di Forte dei Marmi operata dal fallimento, non potendosi in alcun modo ritenere fondata l'affermata eccessiva stima in ambito contabile. Inoltre, D. e C. hanno contestato sia l'utilizzabilità del criterio della differenza dei netti patrimoniali ai fini della determinazione del danno, sia il difetto di indicazione da parte della procedura dei comportamenti dagli stessi tenuti come causativi di danno, oltre che il difetto di prova del nesso causale. Anche i convenuti F. e L., già sindaci di (*omissis*) *in bonis*, hanno contestato la responsabilità allegata da controparte, sia in riferimento alle fattispecie penali rammentate, ribadendo non essere pendente alcun procedimento a loro carico, sia contestando le rettifiche di bilancio operate dal fallimento, oltre che il criterio della differenza dei netti patrimoniali utilizzato al fine di determinare il danno, privo di qualsivoglia prova anche relativa al nesso causale. A loro volta, gli eredi del sindaco V. hanno rammentato che il doro dante causa sarebbe stato nominato componente del collegio solo in data 21.2.2011 e, quindi, successivamente al momento in cui il consiglio di amministrazione avrebbe dato incarico di presentare ricorso *ex* art. 182 *bis* legge fallim. e successivamente all'incarico dato a A. di attestare il progetto di ristrutturazione del debito, essendo quindi egli totalmente estraneo alle contestazioni mosse dalla procedura circa il fatto che la presentazione del ricorso in questione avrebbe comportato il ritardo della doverosa dichiarazione di fallimento della società e l'occultamento del suo stato di insolvenza. In ogni caso, gli eredi di V. hanno evidenziato come, in caso di accordo sulla ristrutturazione del debito, il collegio sindacale non sarebbe tenuto ad esprimersi sul merito di esso, essendo proprio compito solo quello di verificare la sussistenza dei requisiti di professionalità in capo all'attestatore e quello di vigilare sulla sua esecuzione, attività quest'ultima prontamente eseguita.

Quanto all'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2010, i convenuti hanno evidenziato che il loro dante causa non avrebbe provveduto a svolgere l'attività di vigilanza prevista dall'art. 2043 cod. civ., posto che egli sarebbe stato nominato solo in data 21.2.2011 e, pertanto, successivamente alla chiusura dell'esercizio, seppure prima dell'approvazione del bilancio medesimo. Inoltre, gli eredi di V. hanno eccepito che gli atti gestori reputati illeciti e relativi al compimento di nuove operazioni non meramente conservative, quali il prestito obbligazionario ed i pagamenti preferenziali, sarebbero stati eseguiti prima della sua nomina ovvero dopo la cessazione della carica. Condividendo le argomentazioni portate nel provvedimento reclamato circa il difetto di prova dei fatti illeciti, del danno e del nesso causale, i convenuti hanno anche argomentato circa il difetto di *periculm in mora*, rammentando di avere accettato l'eredità di V. con beneficio di inventario e non risultando alcun atto pregiudizievole da loro compiuto sui beni caduti in successione.

Anche A. ha resistito alle difese della reclamante, affermando preliminarmente la correttezza del provvedimento di prime cure circa il difetto di prova dei fatti illeciti, del danno e del nesso causale, essendo del tutto arbitrario il criterio liquidatorio della differenza dei

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

netti patrimoniali. In ogni caso, il resistente ha affermato di avere svolto con diligenza e professionalità l'incarico di attestatore non potendosi reputar fondate le doglianze sollevate in punto dalla curatela, relative alla rettifiche al bilancio da essa operate, anche in riferimento alla stima del patrimonio immobiliare della società *in bonis*.

In ogni caso, A. ha osservato che, nel suo ruolo di attestatore, egli non avrebbe dovuto in alcun modo rilevare le violazioni commesse dagli amministratori delle disposizioni di cui agli artt. 2446 e 2447 cod. civ. in riferimento al fatto che il capitale sociale, già nell'esercizio 2010, si sarebbe azzerato ovvero ridotto del terzo, rilevando che, a mente dell'art. 182 *sexies* legge fallim., dal deposito della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione ovvero dalla proposta di accordo e sino all'omologazione non si applicherebbero gli artt. 2446 e 2447 cod. civ., essendo differita la verifica della permanenza della causa di scioglimento della società solo all'esito della procedura. Peraltro, il convenuto ha eccepito che egli non era tenuto a rilevare l'affermata attività non conservativa posta in essere dagli amministratori successivamente all'affermata, ma negata, perdita del capitale sociale. In riferimento alle condotte rilevanti ad egli addebitate, A. ha ribadito la correttezza delle motivazioni del provvedimento di rigetto delle istanze cautelari, osservando che il pagamento del compenso da egli percepito per l'attività svolta non sarebbe revocabile in quanto comunque eseguito anteriormente al periodo sospetto e tenuto conto che il proprio credito sarebbe stato comunque prededucibile, con esclusione dell'ipotesi della bancarotta preferenziale in cui egli avrebbe concorso, secondo asserzione della procedura.

Il fallimento ricorrente addebita agli amministratori ed ai sindaci la responsabilità riconnessa alla omissione delle tempestive obbligatorie iniziative da intraprendere a seguito della perdita del capitale sociale, da un lato affermando che, già in data 30.11.2010, secondo la situazione contabile allegata alla istanza *ex* art. 182 *bis* comma 6 legge fallim. del 18.3.2011, la società avrebbe presentato un patrimonio netto pari ad euro 2.605.488,89, con conseguente perdita di oltre un terzo del capitale sociale di euro 4.000.000,00, perdita rilevante ai sensi dell'art. 2446 cod. civ., nonché affermando d'altro canto che detto patrimonio netto sarebbe stato sovrastimato, in quanto a seguito delle rettifiche apportate dal curatore al bilancio approvato al 31.12.2010, rettifiche riguardanti principalmente la svalutazione dei cespiti immobiliari della società, detto patrimonio netto sarebbe, in realtà, ulteriormente ridotto, con conseguente riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale e perdita rilevante ai sensi dell'art. 2447 cod. civ. In argomento, appare rilevante osservare che U. s.p.a., proprio sulla scorta del suo stato di crisi, ha avuto modo di depositare, in data 18.3.2011, presso il Tribunale di Verona una prima istanza *ex* art. 182 *bis* comma 6 legge fallim. corredata dalla situazione patrimoniale già richiamata e dall'asseverazione e dell'attestatore dott. A. di data 16.3.2011, facendo presente essere in corso trattative per la formalizzazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. A tale istanza, dopo un primo provvedimento del Tribunale fallimentare con cui è stata decretata l'inammissibilità di una istanza di fallimento e dopo l'ordinanza inibitoria *ex* art. 182 *bis* legge fallim., è seguito il decreto 29.7.2011 di improcedibilità dell'istanza di ristrutturazione del debito per mancata presentazione della documentazione attestante il raggiungimento degli accordi di cui alle trattative richiamate dalla ricorrente. Peraltro, è sempre documentato in atti che in data 30.12.2011 è stato depositato presso il Tribunale Fallimentare altro ricorso *ex* art. 182 *bis* comma 1 legge fallim., questa volta sulla scorta del già raggiunto accordo con (*omissis*) e (*omissis*) rappresentanti più del 60% dei creditori sociali, prevedente in sostanza la liquidazione dei cespiti immobiliari (c.d. rimanenze) in modo da fornire alla società nuova liquidità, ricorso accompagnato dall'asseverazione dell'attestatore A. e da situazione patrimoniale al 30.9.2011. Detto accordo di ristrutturazione del debito risulta essere stato omologato dal

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tribunale di Verona in data 16.3.2012.In ragione di detti eventi, la prima questione da porre in evidenza è che, ai sensi dell'art. 182 *sexies* legge fallim. intitolato "Riduzione o perdita del capitale della società in crisi", dalla data del deposito della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 *ter* del codice civile, precisandosi che, per lo stesso periodo, non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484 n. 4 e 2545 *duodecies* del codice civile, restando ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile. Ora, proprio al fine di non pregiudicare la possibilità di successo del piano di ristrutturazione del debito, con conseguente rientro dello stato di crisi dell'impresa, il legislatore ha ritenuto di introdurre una deroga alla disciplina degli obblighi previsti in capo agli amministratori e sindaci in caso di riduzione del capitale sociale, deroga che è ricompresa tra la data del deposito della proposta di accordo ovvero del ricorso per la sua omologazione, fino ad omologazione medesima o, pur nel silenzio del legislatore, fino a cessazione della procedura per sua inammissibilità, essendo vigenti detti obblighi prima del deposito delle istanze di ristrutturazione e successivamente alla cessazione della procedura, ovvero successivamente alla sua omologazione, ove permanga la situazione di perdita del capitale sociale che non sia stata ripianata con l'esecuzione dell'accordo, chiarendosi che la presentazione dell'istanza, comunque, comporta la permanenza dell'applicazione dell'art. 2446 comma 1 cod. civ. dovendo gli amministratori e sindaci, in caso di perdita del capitale oltre al terzo, convocare senza indugio l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. In ragione di quanto indicato, appare evidente che dal momento in cui si è verificata la pacifica perdita del capitale sociale oltre al suo terzo, secondo quanto esposto nella situazione contabile al 30.11.2010 a corredo dell'istanza *ex* art. 182 *bis* comma 6 legge fallim., ovvero dal momento in cui si sarebbe verificata in periodo coevo la perdita del capitale sociale oltre il limite di legge, in ragione delle rettifiche operate dalla curatela, si sono verificati almeno due periodi in cui gli obblighi imposti agli amministratori e sindaci inerenti alle iniziative da adottare in caso di perdita del capitale sociale sono stati sospesi. Il primo periodo va, per quanto detto, dal 18.3.2011 al 29.7.2011, mentre il secondo è decorso dal 30.12.2011 al 16.3.2012, a cui è seguita l'istanza di fallimento proposta dal dott. (*omissis*) che ha segnalato la mancata esecuzione da parte di U. s.p.a. degli accordi di ristrutturazione omologati e la sentenza relativa di data 27.7.2013. Nel caso di specie, caratterizzato dalla presentazione di un piano o accordo di ristrutturazione avente rilievo eminentemente liquidatorio dei cespiti dell'impresa, così come espressamente riconosciuto dallo stesso fallimento nel corpo della memoria autorizzata depositata nella prima fase del giudizio, sia nell'ipotesi in cui si voglia ravvisare la responsabilità degli amministratori e sindaci nel fatto di non aver adottato le iniziative opportune ai sensi dell'art. 2446 cod. civ., sia nel caso in cui si voglia ravvisare la responsabilità per il compimento di atti non meramente conservativi o liquidatori in presenza di perdita del capitale sociale oltre il limite di legge e conseguente stato di scioglimento della società, appare necessario individuare se e quali attività non consentite siano state commesse e quale danno da esse sia derivato durante i periodi temporali in cui non è stata vigente la deroga alla disciplina degli artt. 2446 e 2447 cod. civ.

Così non può reputarsi corretto addebitare agli amministratori e sindaci, nella situazione descritta e sul presupposto che l'organo gestorio avrebbe compiuto attività non meramente conservative e liquidatorie, la differenza tra il patrimonio netto alla data della perdita del capitale sociale, secondo le rettifiche operate dalla curatela, ed il patrimonio netto esi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stente al momento del fallimento, posto che in tale modo si verrebbero ad addebitare perdite patrimoniali per l'intero periodo in considerazione, senza considerare i periodi di cui agli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 sono rimasti del tutto inoperativi. Inoltre, a mente dell'art. 2446 cod. civ. ed al di fuori dell'ipotesi dello stato di scioglimento della società, il danno non può consistere in detta differenza patrimoniale, rappresentante la riduzione del patrimonio della società, posto che gli obblighi scaturenti dalla norma non attengono al divieto di porre in essere attività non conservativa, a mente dell'art. 2486 cod. civ., ma riguardano esclusivamente l'adozione di iniziative opportune, ben potendosi differire l'intervento doveroso di riduzione del capitale sociale all'esercizio successivo, nel caso in cui la perdita non sia stata riassorbita. In ogni caso, il fallimento, in riferimento alla violazione dell'art. 2446 cod. civ. ha mancato di indicare in cosa consista il danno arrecato, posto che esso non può essere determinato, pur se in via equitativa, in modo identico al pregiudizio subito per la violazione degli artt. 2447 e 2486 cod. civ. come pretenderebbe la procedura. In tal senso è condivisibile l'affermazione del Giudice della cautela che ha ritenuto di non poter accogliere l'istanza di sequestro conservativo proposta da Fallimento U. s.p.a. sulla scorta del danno indicato dalla procedura quale conseguenza della violazione degli obblighi di iniziativa sul capitale sociale imposti dalla legge, ovvero per la prosecuzione dell'attività non conservativa anche dopo lo stato di scioglimento della società per perdita del capitale sociale oltre il limite di legge.

Fallimento U. s.p.a. nel corpo del proprio ricorso cautelare, afferma la responsabilità relativa all'omissione degli amministratori, con il concorso di responsabilità dell'attestatore dell'accordo di ristrutturazione del debito e dei sindaci per difetto di vigilanza, nel presentare istanza di fallimento dell'impresa già in crisi, come imposto dall'art. 217 legge fallim., così essendo stato il fallimento medesimo ritardato proprio dalla presentazione dei piani ed accordi di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* legge fallim. di cui i convenuti ben conoscevano la non attuabilità, vista anche la sopravvalutazione dei cespiti immobiliari da liquidarsi. Nel caso, deve rilevarsi che l'eventuale pregiudizio di cui la procedura può lamentare la sussistenza nell'ipotesi dell'illecito in questione non può consistere nella differenza dei netti patrimoniali così come calcolati dalla procedura addebitando indistintamente detta differenza per tutto il periodo dell'affermata perdita del capitale sociale fino alla dichiarazione di fallimento, posto che, come già detto, i piani di ristrutturazione più volte richiamati sono stati proposti pacificamente in termini eminentemente liquidatori, dovendosi ritenere che, nel periodo di tempo intercorso durante le procedure di ristrutturazione del debito, non siano state volte attività di rischio, ma prevalentemente attività dirette alla liquidazione del patrimonio immobiliare. Conseguentemente, nel caso di specie, il fallimento è onerato di allegare le attività gestorie che hanno determinato un maggiore indebitamento per la società, attività che non sarebbero state svolte ove il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente, così consolidandosi il patrimonio sociale e la relativa esposizione debitoria, rimarcandosi come detta maggiore esposizione rimane criterio utilizzabile in ambito cautelare per determinare in via sommaria e di verosimiglianza il danno sino a concorrenza del quale può essere concessa la misura.

Consegue che, in via equitativa, il danno può determinarsi più correttamente nei debiti assunti dalla società che non sarebbero stati contratti ove il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente, ovvero nella decorrenza degli interessi maturati per debiti pregressi che con la dichiarazione di fallimento sarebbero stati evitati.

L'ipotesi di responsabilità in discussione e di cui risponderebbero amministratori, sindaci e attestatore, è stata allegata dal fallimento sin dal ricorso introduttivo del giudizio cautelare ed è fondata su di un presupposto diverso rispetto alla violazione degli obblighi di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cui agli artt. 2446 e 2447 cod. civ., presupposto consistente nello stato di dissesto ed illiquidità dell'impresa, ovviamente non coincidente necessariamente con la perdita del capitale, dissesto che avrebbe dovuto indurre a non ritardare con i piani di ristrutturazione la dichiarazione di fallimento. In argomento, la fondatezza dell'*an* della domanda cautelare passa necessariamente dalla valutazione se al momento in cui sono stati presentati i piani di cui all'art. 182 *bis* legge fallim. l'impresa doveva già essere dichiarata fallita e se detti piani di ristrutturazione di natura liquidatoria fossero adeguati ovvero fossero stati rappresentati in modo da far scorrettamente apparire la possibilità di liquidare i cespiti immobiliari dell'impresa in modo da recuperare finanza per rientrare dell'esposizione debitoria, così concentrandosi il giudizio sulla corretta valutazione degli immobili oggetto del piano liquidatorio. Che U. s.p.a., al momento del deposito del primo ricorso *ex* art. 182 legge fallim. si trovasse in stato di dissesto ed illiquidità non solo è testimoniato dal fatto che gli amministratori hanno presentato l'istanza in questione avente natura liquidatoria ed al fine di soddisfare con la vendita dei cespiti immobiliari il ceto creditorio e, in particolare, gli istituti (*omissis*), ma anche dal fatto che in data 10.2.2011 e, quindi, prima dell'istanza di ristrutturazione, era stata presentata richiesta di fallimento di U. da parte del creditore (*omissis*), domanda pur dichiarata inammissibile dal Tribunale di Verona in data 2.5.2011 in ragione della pendenza del procedimento *ex* art. 182 *bis* legge fallim. Quanto alla questione della valutazione dei cespiti immobiliari, nel primo piano di ristrutturazione presentato dagli amministratori di U. s.p.a. la vendita degli immobili facenti parte del complesso denominato (*omissis*) è prospettata nel primo ricorso per euro 12.000.000,00 (4.000.000,00 per ogni annualità 2011, 2012, 2013), mentre è prospettata per euro 6.500.000,00 quanto agli immobili di Forte dei Marmi, considerando il valore di realizzo e non contabile di dette rimanenze. Nel secondo piano detto valore rimane immutato per il complesso (*omissis*), riferito però alle annualità 2012-2014 così come rimane invariato per i beni di Forte dei Marmi, con previsione di realizzo del 50% entro il primo anno e di realizzo della residua quota entro i successivi due anni. A sua volta, A., quale attestatore ha certificato la rispondenza di dette stime al valore di mercato dei cespiti in questione, indicato per i primi in circa euro 13-14.000.000,00 e dei secondi in circa euro 10.000.000,00.Ora, se la stima del complesso immobiliare (*omissis*) indicata dal fallimento come corretta in euro 11.121.800,00, non si discosta in modo considerevole dal prezzo di realizzo prospettato nei piani di ristrutturazione, tenuto conto che sia la stima prospettata dal fallimento che il prezzo di realizzo indicato nei piani si colloca in un ambito temporale ove la crisi del mercato immobiliare è del tutto conclamata, deve diversamente dirsi in riferimento all'immobile di Forte dei Marmi, ove si indica nei piani di ristrutturazione un valore di realizzo pari ad euro 6.500.000,00, contro un valore di mercato attestato da A. pari a circa euro 10.000.000,00.Ora la stima operata dall'attestatore si riferisce alla perizia redatta nel febbraio 2007 su incarico di (*omissis*), a sostegno dei finanziamenti ipotecari erogati dall'istituto in favore della stessa U., perizia che appunto stima il valore di mercato in euro 10.026.450.Appare del tutto evidente l'erroneità dell'attestazione di congruità fatta da A., tenuto conto che i piani di ristrutturazione sono stati presentati nel corso del 2011 quando già era evidente e consolidata la crisi recessiva del mercato immobiliare che avrebbe dovuto prudenzialmente determinare un consistente abbattimento del valore indicato nella perizia del 2007, considerata indebitamente dall'attestatore quale valido supporto di stima. Inoltre, lo stesso valore di realizzo pari ad euro 6.500.000,00 indicato nei piani di ristrutturazione appare verosimilmente del tutto eccessivo, considerato che l'apposizione contabile del cespite è indicata in euro 4.815.049,60, nonché considerando come la vendita dei cespiti era programmata in un contesto liquidato-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rio di crisi aziendale, con necessità di abbattere prudenzialmente la possibilità di realizzo, e non in un ambito speculativo con possibilità di collocare agevolmente i beni sul mercato.

Consegue che la situazione di mercato e la condizione della stessa U. avrebbero dovuto indurre gli amministratori a non presentare i piani di ristrutturazione che avrebbero avuto, secondo giudizio *ex ante*, scarsa possibilità di attuazione, con conseguenze insoddisfacenti e senza verosimile prospettiva di risanamento dell'impresa. Inoltre, è da considerare che l'attestatore, contraddicendo l'evidenza della situazione id crisi del mercato immobiliare esistente e dando il proprio giudizio di fattibilità economica dei piani di ristrutturazione, ha rilevato che la vendita degli immobili nei trienni considerati per complessivi euro 18.500.000,00 sarebbe stata in linea con una ragionevole ripresa del mercato immobiliare e con i risultati conseguiti dalla società negli esercizi precedenti quando, in realtà, sono le stesse istanze di ristrutturazione che danno atto del nettissimo calo di fatturato di U. s.p.a. nell'ultimo periodo. Peraltro, detta scorretta valutazione di ripresa del mercato è tanto più evidente nell'attestazione di fattibilità che ha accompagnato la presentazione del secondo piano di ristrutturazione, riferito al triennio 2012-2014, quanto già nel corso del 2011, anno a partire dal quale rilevava l'attestazione del primo piano, il mercato immobiliare nessun segno di ripresa aveva dato, anzi aggravandosi nelle more la situazione di crisi del settore. Gli amministratori, in conclusione, hanno negligentemente e imprudentemente, se non scientemente e volontariamente, sottovalutato la situazione di crisi aziendale, proponendo i piani di ristrutturazione che hanno ritardato indebitamente la dichiarazione di fallimento, così come deve reputarsi che a tale condotta deve reputarsi partecipe anche l'attestatore che, in modo superficiale, ha attestato la fattibilità economica dei piani. Allo stato, dunque, sussiste il *fumus* dell'illecito contestato, illecito addebitabile anche ai sindaci, in ragione del loro dovere di controllo e vigilanza anche sulla fattibilità economica del piano di ristrutturazione, nella condizione di crisi finanziaria dell'impresa, avendo essi l'onere di adottare tutte le iniziative utili, ivi comprese le iniziative di cui all'art. 2409 cod. civ., per non incorrere nella responsabilità di cui all'art. 2047 cod. civ. inerente all'aggravamento dello stato di dissesto non evitato visto il ritardo nella declaratoria di fallimento dell'impresa. Peraltro, che i sindaci avessero contezza dello stato di illiquidità dell'impresa risulta chiaramente dal verbale del consiglio sindacale del 31.3.2011 in cui risulta indicata dal presidente del consiglio di amministrazione (*omissis*) "l'assoluta mancanza di liquidità che non ha consentito il puntuale pagamento dei fornitori, alcuni dei quali hanno promosso azioni giudiziarie per il recupero del credito", ben sapendo i sindaci medesimi della presentazione del piano di ristrutturazione, oggetto di richiesta in detta sede di acquisizione in copia. Quanto al danno causalmente derivato dal ritardato fallimento, la procedura ricorrente ha indicato come alternativo criterio di calcolo 'aggravamento del dissesto quale maggiore indebitamento che si sarebbe evitato in caso di tempestiva dichiarazione di insolvenza dell'impresa, evidenziando anche i singoli atti gestori, primo tra tutti la presentazione dei piani di ristrutturazione, non adeguatamente censurati dai sindaci, che avrebbero determinato l'ulteriore indebitamento della società che sarebbe stato evitato con la tempestiva pronuncia di insolvenza. Ebbene, tale criterio di liquidazione deve essere utilizzato, allo stato, in termini equitativi, salvo ogni ulteriore approfondimento istruttorio nel corso dell'intentando giudizio di merito. In primo luogo, se fosse stato chiesto doverosamente il fallimento della società si sarebbe evitato l'indebitamento e l'esborso dei costi relativi al piano di ristrutturazione, per l'importo di euro 304.331.20 versato all'attestatore (*omissis*). Inoltre, la procedura reclamante ha offerto fin dall'introduzione del ricorso cautelare gli elementi documentali in forza dei quali ricostruire il danno sopportato nei termini indicati. In particolare, dallo stato passivo reso esecutivo il 4.2.2014 risulta l'ammissione al concorso del credito di complessivi euro 8.872,00 per com-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

penso professionale del lodo arbitrale depositato il 18.11.2011, così come risulta l'ammissione del credito di euro 8.000,00 in ragione di convenzione del 16.7.2012, quando cioè il fallimento avrebbe dovuto essere già dichiarato. Inoltre, possono addebitarsi come danno gli interessi passivi maturati sui crediti pregressi ammessi al passivo, nei limiti di quanto richiesto dal fallimento, interessi che non sarebbero ulteriormente maturati nelle more tra l'iniziativa di ristrutturazione del debito e la dichiarazione di insolvenza. Così, in tal senso, rileva l'ammissione al passivo fallimentare di (*omissis*) per gli interessi dall'importo complessivo di euro 1.044.540,51, precisandosi che detti interessi sono stati maturati nel periodo id moratoria concesso nell'ambito degli accordi *ex* art. 182 *bis* legge fallim. Di converso, non sono forniti elementi sufficienti per affermare la sussistenza di maggiore pregiudizio, in quanto gli allegati dal fallimento e da cui sarebbe sorta la posta debitoria risultano precedenti al momento in cui si può reputare insorto lo stato di insolvenza, ovvero in quanto non sono stati forniti criteri di conteggio adeguati ed attendibili in riferimento al maggiore indebitamento per il decorso nelle more della procedura *ex* art. 182 *bis* legge fallim. degli interessi per i debiti pregressi.

In conclusione, in riferimento al pregiudizio che può reputarsi subito dal fallimento in ragione della colpevole ritardata dichiarazione di fallimento, può operarsi la quantificazione equitativa di euro 1.365.000,00, prendendo a riferimento la sommatoria delle poste di debito sopra evidenziate.

Al fine di imputare, oltre che a A., anche agli amministratori e sindaci il danno evidenziato, è necessario evidenziare come il consiglio di amministrazione di U. fosse composto al momento dell'affermarsi dello stato di insolvenza dell'impresa e contestualmente al deposito del ricorso *ex* art. 182 *bis* legge fallim. del 18.3.2011, da C. e da D., mentre il collegio sindacale era composto da S., F. e V., con conseguente responsabilità di controllo degli stessi, essendo sostituito il sindaco S. in data 7.11.2011, in carica al momento della presentazione del secondo ricorso *ex* art. 182 *bis* legge fallim. e che, pertanto, ha contribuito anch'egli omissivamente a ritardare il fallimento, con il conseguente danno già evidenziato.

Venendo a considerare gli ulteriori motivi di censura formulati da fallimento U. avverso l'ordinanza cautelare di rigetto, si deve rilevare che l'ipotesi di bancarotta preferenziale per il pagamento eseguito a A. del compenso di attestatore, nonostante il palese stato di insolvenza dell'impresa, con conseguente richiesta di corresponsione e restituzione del relativo importo, appare assorbita una volta riconosciuto il danno per la violazione dell'art. 217 legge fallim. anche in riferimento ai costi sostenuti per il procedimento *ex* art. 182 *bis* legge fallim., così come appare assorbita la richiesta di restituzione della somma in questione a titolo di risarcimento del danno sopportato dall'impresa *in bonis* e nella cui posizione sarebbe subentrato il fallimento, per l'inesatto inadempimento dell'incarico di attestatore da parte del professionista. Infondate sono anche le doglianze del fallimento U. quanto al rigetto delle istanze cautelari proposte ai danni dell'attestatore in riferimento alle ipotizzate fattispecie delittuose *ex* artt. 373 e 481 c.p. e giustificanti il risarcimento di un autonomo danno da reato. In argomento, va condivisa la motivazione data dal primo Giudice circa l'impossibilità di configurare la fattispecie delittuosa prevista per la falsa perizia dal momento che l'art. 373 cod. civ. si applica esclusivamente al perito nominato dall'autorità giudiziaria e non a quelli nominati dai privati, quali è stato A. e considerato che il fatto illecito addebitato all'attestatore è intervenuto precedentemente all'introduzione dell'art. 236 *bis* legge fallim. che ha previsto la fattispecie di falso in attestazione e relazione, fattispecie che non può avere applicazione retroattiva. Quanto al reato di falsità in certificati ex art. 373 c.p., correttamente il primo Giudice ha rilevato che, pur volendo accedere all'orientamento secondo cui la norma sarebbe astrattamente applicabile all'attestatore, in ogni caso, la respon-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sabilità dovrebbe essere addebitata, a titolo di dolo, per la falsa attestazione di fatti per i quali l'atto è destinato a provare la verità, mentre il fallimento, con il ricorso cautelare introduttivo ha allegato omissioni, errori di appostazioni contabili ovvero false valutazioni e, quindi, comportamenti colposi ovvero valutativi estranei all'attestazione circa la verità dei fatti.

Venendo, infine, a considerare il presupposto del *periculum in mora*, è da dire che esso ricorre in capo al convenuto D., in quanto è risultato come l'assicurazione dallo stesso stipulata con (*omissis*) non attenga alla copertura per la responsabilità civile, ma solo al rischio delle spese legali e peritali per fatti inerenti alla famiglia con massimale limitatissimo di euro 30.000,00 e con decorrenza successiva ai fatti di causa. Inoltre, il convenuto non risulta avere beni agevolmente aggredibili in Italia, ma solo la quota del 50% di un immobile sito in Londra che potrebbe essere agevolmente sottratta alla garanzia patrimoniale nelle more del giudizio di merito, considerato l'elevato verosimile ammontare del credito vantato nei suoi confronti da parte del fallimento. Quanto a C., va evidenziato che in atti è documentato che lo stesso, subito dopo la dichiarazione di fallimento, ha venduto alla moglie alcuni cespiti immobiliari per il prezzo corrispettivo di euro 360.000,00 e, nella medesima data a venduto a certa (*omissis*) la sua quota di proprietà di un immobile adibito a civile abitazione e studio odontotecnico per il prezzo di euro 375.000,00, mentre l'assicurazione dello stesso stipulata, al di là della contestazioni di operatività di polizza che potrebbero essere sollevate dalla compagnia (*omissis*), ha massimale di euro 250.000,00, per quanto eccepito dalla compagnia costituitasi in giudizio, con la conseguente insufficiente garanzia di risarcimento per l'importo di gran lunga superiore verosimilmente spettante alla procedura. In riferimento a S. è documentalmente attestato che il suo patrimonio immobiliare, costituito da usufrutto su due cespiti, è colpito da ipoteche giudiziali ed atti di pignoramento, cosicché è posta a rischio la garanzia di soddisfacimento dell'ingente credito della procedura. Anche per A. deve reputarsi la sussistenza del presupposto cautelare in discussione, posto che egli non appare disporre di beni agevolmente aggredibili e del valore sufficiente a garantire il credito vantato dalla procedura, avendo già da tempo perduto le proprie consistenza immobiliari, cosicché è ragionevole ritenere che egli possa disfarsi o occultare, nelle more del giudizio di merito, quelle sostanze che egli pur potrebbe avere e che allo stato non sono risultanti e comunque che non sono consistenti in patrimonio immobiliare. Quanto a L. è pacifico, per stessa asserzione del convenuto che egli sia proprietario di una casa di abitazione, oltre ad avere ereditato un terreno il cui valore non risulta in alcun modo comparabile con il credito azionato in via cautelare, potendosi così ravvisare il rischio, già evidenziato, che nelle more del giudizio di merito, esso compendio possa essere sottratto alla garanzia generica posta in favore della procedura. Identiche considerazioni possono essere fatte circa la sussistenza del *periculum in mora* relativamente alla posizione degli eredi di V. che risulta abbiano accettato con beneficio di inventario l'eredità del *de cuius*. In tale caso, detti eredi debbono rispondere ciascuno per la sua quota ereditaria ed *intra vireheréditatis*. Ebbene, pur rispondendo *pro quota*, il patrimonio ereditario rimane incapiente. Appare incapiente anche il patrimonio dell'attestatore A. che non risulta proprietario di cespiti immobiliari ma solo di partecipazioni societarie che ben potrebbero essere agevolmente sottratte nelle more del giudizio.

In conclusione, deve essere autorizzato il sequestro conservativo sui beni immobili, mobili e crediti di C., D., F., S., L., e A. fino a concorso per ciascuno di essi della somma di euro 1.550.000,00, comprendente anche gli interessi compensativi, la rivalutazione e le spese. Di converso, il sequestro può essere autorizzato nei confronti degli eredi di V., fino

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

a concorso della somma indicata e per ciascuno di essi nei limiti della sua quota successoria ed esclusivamente sui beni ereditari.

(*Omissis*).

Azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: corresponsabilità dell'attestatore del piano *ex* art. 182-*bis* l. fallim. e criteri di quantificazione del danno

Abstract: Nell'ordinanza annotata viene per la prima volta affermata la corresponsabilità tra l'attestatore degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182-*bis* legge fallim. e gli organi sociali per il danno da ritardo nella dichiarazione di fallimento. La nota di commento si sofferma pertanto sulla natura e sulle caratteristiche della responsabilità civile dell'attestatore, se contrattuale o aquiliana, se necessariamente concorrente o anche autonoma, confrontandola con quella di figure professionali affini (in particolare, il revisore legale dei conti e l'esperto nominato nell'ambito di operazioni di fusione con acquisizione a seguito di indebitamento). Nell'ultima parte, il commento si sofferma sugli effetti della sospensione degli obblighi di manutenzione del capitale per le società che ricorrono a strumenti di composizione concordata della crisi (artt. 182-*sexies* legge fallim.; 2446 e 2447 cod. civ.); in particolare, il criterio dei netti patrimoniali va in questi casi corretto, tenendo conto degli effetti di tale sospensione.

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. La responsabilità dell'attestatore. - 3. La sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 cod. civ. e il suo riflesso sulla quantificazione del danno.

1. *Il caso*

La Curatela del fallimento di una società per azioni aveva proposto un ricorso per sequestro conservativo *ante causam* finalizzato alla conservazione delle proprie affermate ragioni creditorie, in relazione alle responsabilità dei membri degli organi di amministrazione e di controllo di una società per azioni, per avere questi indebitamente ritardato la dichiarazione di fallimento. La Curatela richiedeva altresì disporsi la medesima misura anche nei confronti dell'attestatore del piano di due successivi accordi di ristrutturazione dei debiti, il secondo dei quali approvato da più del 60% dei creditori sociali e successivamente omologato dal Tribunale di Verona. Secondo la Curatela, infatti, l'attestatore avrebbe assunto corresponsabilità per inadempimento contrattuale (o comunque per avere incamerato un pagamento indebito), concorrendo con gli amministratori e i sindaci nella causazione del danno alla società. Tanto le condotte degli amministratori e dei sindaci quanto quella dell'attestatore avrebbero poi costituito reato.

Il Tribunale adito in prime cure rigettava la richiesta di sequestro reputando insufficiente la dimostrazione del *fumus boni iuris*. Nell'ordinanza che qui si annota, invece, il Tribunale di Venezia, in sede di recla-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mo, accoglieva il ricorso per sequestro conservativo, ritenendo sussistente il *fumus* di una responsabilità degli amministratori e dei sindaci, in concorso con quella dell'attestatore. Il Tribunale riteneva tuttavia doversi circoscrivere l'entità del sequestro alla somma ritenuta *prima facie* imputabile al ritardo nella dichiarazione di fallimento, anche tenendo in considerazione la sospensione delle misure di manutenzione del capitale in pendenza di procedure di composizione concordata della crisi d'impresa.

Sebbene resa in sede cautelare e non di merito, l'ordinanza in epigrafe appare meritevole di attenzione per due motivi: da un lato, per l'assenza di precedenti giurisprudenziali che direttamente affermino il "concorso" di soggetti terzi nella responsabilità propria degli amministratori e dei sindaci; dall'altro, per la scelta, da parte del Tribunale, di applicare una "correzione" al criterio di quantificazione del danno c.d. dei netti patrimoniali, che è solitamente impiegato dalla giurisprudenza più recente nei casi in cui sia disagevole (se non addirittura impossibile) identificare con esattezza gli atti di *mala gestio* posti in essere dagli amministratori e di conseguenza i loro singoli effetti pregiudizievoli. Non minore rilievo assume anche la applicazione concreta della esenzione dalle misure di manutenzione del capitale.

2. *La responsabilità dell'attestatore*

Con riferimento al primo profilo, è noto che il professionista attestatore del piano negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi, per la delicatezza del compito che è chiamato a svolgere, è soggetto a una responsabilità professionale considerevole, di natura sia civile che penale.

Penalmente, l'art. 236-*bis* legge fallim., di recente introduzione [1], punisce la condotta dell'attestatore che esponga informazioni false o ne ometta di rilevanti [2].

---

[1] Secondo quanto si legge nella Relazione ministeriale illustrativa del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. "Decreto Sviluppo"), il reato è stato introdotto soprattutto e fondamentalmente per «saldare i meccanismi di tutela e bilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore nell'intero intervento normativo». Analoghe considerazioni sono state espresse anche dall'Ufficio Studi della Corte di Cassazione, con Relazione n. III/07/2012 del 13 luglio 2012 (su *www.cortedicassazione.it*), oltre che da autorevole dottrina: v. *ex multis*, F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimentarista*, 2012, p. 5; BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 1 s.

[2] E tale rilevanza dev'essere valutata in relazione al giudizio finale (positivo o nega-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dal punto di vista civilistico, è opinione largamente diffusa che l'attestatore risponda *ex contractu* del suo operato nei confronti del committente-debitore (3): la sua responsabilità deriva dal contratto di opera professionale stipulato con quest'ultimo. La diligenza richiesta è quindi quella professionale, ferma restando l'esenzione da responsabilità quando la prestazione implichi la soluzione a problemi tecnici di particolare difficoltà, salvi i casi di dolo o colpa grave (4).

Pur in assenza di un'esplicita disposizione normativa, è peraltro convinzione comune che il professionista risponda del suo operato *anche* nei confronti dei terzi, ed in primo luogo dei creditori dell'impresa in crisi. La responsabilità avrebbe in questo caso carattere aquiliano: secondo alcuni, essa sorgerebbe solo qualora la condotta del professionista possa qualificarsi come colpevole sotto il profilo soggettivo (5); secondo altri, invece, sorgerebbe responsabilità ogni qual volta il danno subìto da creditori e

---

tivo) dell'attestazione: il reato è integrato se tale giudizio sia stato falsato dall'omissione dell'informazione. V. F. MUCCIARELLI, *op. cit*., p. 4; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 2012, n. 29, p. 45; BORSARI, *op. cit*., p. 91 ss.; DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fallimentare; la responsabilità penale dell'attestatore*, su *www.ilcaso.it*.

(3) V., tra gli altri, AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, Padova, 2008, p. 171 s.; FRASCAROLI SANTI, *sub* art. 182-*bis*, legge fallim., Commentario Maffei Alberti, Padova, 2013, p. 1246; M. MONTELEONE, *La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d'impresa*, su *www.osservatorio-oci.org.* In giurisprudenza, v. decr. Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 1179, n. MARZOCCHI, secondo cui la responsabilità dell'attestatore è «di natura contrattuale verso il debitore proponente-committente, e di natura normalmente extracontrattuale verso la generalità dei creditori e/o dei terzi interessati».

(4) GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm*., 2006, II, p. 2331; ID, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1195 ss.; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 172; LICCARDO, *sub* art. 161 legge fallim., in *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, Torino, 2014, p. 63. Sul punto, per un'analisi completa, non limitata ai profili di responsabilità, v. L. MANDRIOLI, *La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di Antonio Caiafa, Torino, 2009, p. 631 ss.

(5) In questo senso, v. decr. Trib. Milano, 25 marzo 2010, cit., secondo cui la responsabilità dell'attestatore nei confronti di creditori e terzi viene ascritta per «l'eventuale colposa erroneità della verifica stessa o per la dolosa falsificazione dei relativi dati». V., nello stesso senso, anche Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2012, in questa *Rivista*, 2012, II, p. 716; nonché GRIGOLIN-PERACIN-BASILE-CAVALIERE-SCARABELLO, *L'attestazione dell'esperto negli accordi di ristrutturazione del debito e nei piani di risanamento*, relazione dell'incontro organizzato dall'ODCEC di Padova in data 11 dicembre 2013 presso la sala conferenze dell'Ordine, disponibile su *www.padova.odcectriveneto.org*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

terzi sia ricollegabile all'affidamento da questi riposto sull'attestazione del professionista (6).

Nel caso che si commenta, il presupposto della responsabilità dell'attestatore viene individuato nell'avere questo «in modo superficiale attestato la fattibilità economica dei piani», giudicati dalla corte del tutto inadeguati a consentire una liquidazione *in bonis* della società. Secondo il giudice del reclamo, lo stato di dissesto ed illiquidità dell'impresa, non adeguatamente considerato dal professionista, avrebbe dovuto indurre a non ritardare la dichiarazione di fallimento con piani di ristrutturazione di cui amministratori, sindaci ed attestatore «ben conoscevano la non attuabilità»: in questo senso, il Tribunale ha ritenuto irrilevante anche la circostanza che gli stessi piani fossero stati presentati due volte prima del fallimento e uno dei due persino approvato da più del 60% dei creditori sociali e quindi omologato. Più in particolare - ed è questo il punto di maggiore interesse della decisione *de qua* - l'attestatore viene ritenuto "corresponsabile" con amministratori e sindaci della società per il danno da questi cagionato, configurandosi la sua condotta come *condicio sine qua non* del ritardo nella dichiarazione di fallimento e quindi, in ultima istanza, del pregiudizio alla società e ai suoi creditori.

Sul punto l'ordinanza in commento non ha precedenti specifici.

La giurisprudenza ha infatti spesso riconosciuto, più o meno esplicitamente, la responsabilità di soggetti terzi che abbiano concorso (insieme ad amministratori e sindaci) a provocare un danno alla società e ai suoi creditori. Si è trattato tuttavia di fattispecie diverse da quella che si commenta. Invero, tale responsabilità è stata di volta in volta fatta derivare ora dalla sussistenza di un rapporto amministrativo di fatto (7), ora dalla condotta delle banche che, attraverso la concessione abusiva del credito,

---

(6) VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art.* 182 bis, *l. fall.)*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 952; CASTIELLO D'ANTONIO, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 619; FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 1246; VALENSISE, *sub* art. 182-*bis* legge fallim., in *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, Torino, 2014, p. 1096.

Secondo alcuni autori, comunque, la responsabilità del professionista nei confronti dei terzi dovrebbe più correttamente essere inquadrata come *lato sensu* contrattuale: la stessa quindi sorgerebbe per avere il professionista violato l'obbligo di protezione che *ex lege* lo lega a tutti i soggetti direttamente coinvolti, e più in particolare ai creditori che sono stati lesi dalle sue dichiarazioni. Così, ad esempio, A. PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento*, in *Fallimento*, 2008, p. 1073; ID., in FABIANI, PATTI, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Lo Cascio*, Milano, 2006, p. 280.

(7) Cfr. Cass., 5 dicembre 2008, n. 28819 e Cass., 12 marzo 2008, n. 6719.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

abbiano concorso con gli organi sociali a cagionare il danno alla società e ai suoi creditori (8).

Migliori spunti di comparazione possono trarsi dalla disciplina della responsabilità degli esperti che, ai sensi dell'art. 2501-*bis*, comma 4, cod. civ., sono chiamati ad attestare la ragionevolezza del progetto di fusione (9) nell'ambito di operazioni di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (c.d. operazioni di *merger leveraged buyout*), nonché dalla disciplina della revisione legale dei conti, così come novellata dal d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (10).

---

(8) V. ad esempio Cass., 19 novembre 2010, n. 13413, in cui si è ammessa la possibilità che il curatore fallimentare agisse *ex* art. 146 legge fallim. *anche* nei confronti della banca che conceda abusivamente credito in una condizione di squilibrio economico e finanziario tale per cui la finanziata non ne avrebbe avuto merito. Con tale condotta, secondo la Cassazione, la banca concorre alla formazione del legittimo affidamento dei creditori sulla solvibilità della propria debitrice, e si rende quindi solidalmente responsabile, insieme agli amministratori e ai sindaci, per il danno da ingiustificato affidamento. Analogamente, v. Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in questa *Rivista*, 2002, II, p. 510. In Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, invece, pur affermando che il curatore non può agire contro un istituto di credito in qualità di rappresentante dei creditori, la Suprema Corte precisa (sebbene in *obiter dictum*) che il curatore sarebbe astrattamente legittimato ad intraprendere un'azione risarcitoria contro la banca, in forza del combinato disposto degli artt. 146 legge fallim. e 2055 e 2395 cod. civ., avendo l'istituto di credito concorso, per mezzo del suo funzionario, negli atti di *mala gestio* posti in essere dagli amministratori.

Sul punto, in dottrina v., tra altri, NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione abusiva di credito e di legittimazione del curatore fallimentare*, in *Dir. banc.*, 2002, I, p. 296 ss.; ID, *La responsabilità della banca nella erogazione del credito*, in *Società*, 2007, p. 441; DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 399 ss.

(9) E cioè l'idoneità delle risorse finanziarie indicate nello stesso a soddisfare le obbligazioni della società risultante dalla fusione.

(10) Il decreto ha recepito la direttiva 2006/43/CE relativa alla revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati. Su impulso di tale direttiva, la Commissione Europea, con Raccomandazione del 5 giugno 2008 (artt. 5 e 6), ha esortato gli Stati Membri ad adottare misure che espressamente limitassero la responsabilità delle società di revisione. Il legislatore italiano, nel dare attuazione alla direttiva, ha abrogato buona parte della disciplina prima contenuta nel codice civile e nel t.u.f. per farla confluire nel decreto n. 39/2010, diventato così una sorta di "testo unico della revisione legale". La novella è stata accolta criticamente da molti autori, anche e soprattutto per la nuova disciplina della responsabilità: v. BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all'ombra degli IAS e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1116 ss.; GIUDICI, *La nuova legge della revisione legale*, in *Società*, 2010, p. 533; BUTA, *sub* art. 15, in *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, Commentario a cura di N. de Luca, in *Nuove leggi civ.*, 2011, p. 160; EAD., *sub* art. 15, in *Le società per azioni*, *Commentario* Abadessa-Portale, Tomo I, Milano, 2016, p. 1812 ss.

Specificamente sulla disciplina europea, v. DE LUCA, *Foundations of European Company Law*, LUISS University Press, Roma, 2016, p. 238 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tanto la prima (11) quanto la seconda (12) fattispecie di responsabilità, infatti, si caratterizzano per avere natura pacificamente contrattuale nei confronti della società committente (e per essere soggette a un canone di

(11) Pur in assenza di specifiche disposizioni positive (salvo per i profili di responsabilità penale, disciplinati dal rinvio, contenuto nell'art. 2501-*sexies*, comma 6, cod. civ., all'art. 64 cod. proc. civ. in tema di responsabilità del consulente tecnico d'ufficio), si ritiene che gli esperti di cui all'art. 2501-*sexies* cod. civ. rispondano civilisticamente in via contrattuale nei confronti della società conferente (o delle società conferenti) l'incarico e in via extracontrattuale nei confronti dei terzi, cioè dei soci, dei creditori, e di tutte le società partecipanti all'operazione. In questo senso, v. BONELLI, *Responsabilità della società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. Società*, 1979, p. 974; SERRA-SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 73; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato* Colombo Portale, 7**1, Torino, 2004, p. 378; BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, p. 235. V. anche, ma senza una presa di posizione nella disputa sulla natura della responsabilità *de qua*, CACCHI PESSANI, *sub* 2501-*sexies*, cod. civ., in *Commentario* Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006, p. 612; PERRINO, *sub* art. 2501-*sexies*, cod. civ., in *Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1958.

(12) Con riferimento alla responsabilità dei revisori legali dei conti, l'assenza di norme espresse ha causato maggiori incertezze in dottrina. Se da un lato è pacifico che revisori e società di revisione rispondono a titolo contrattuale nei confronti della società conferente l'incarico, meno certa è la natura della responsabilità nei confronti dei terzi. A favore della (prevalente) tesi della responsabilità aquiliana, v., tra gli altri, RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 648 ss.; SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, Milano, 1984, p. 199 ss.; FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Napoli, 1985, p. 91 (nonché ID., *sub* art. 2409-*sexies*, cod. civ., in *Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 845); BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, p. 332 ss.; BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e "fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539. In giurisprudenza, anche la Cassazione ha di recente affermato la natura extracontrattuale di questa responsabilità, in ragione della forte esigenza di tutelare l'affidabilità delle contrattazioni e del mercato mobiliare: v. Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Società*, 2002, 1513, n. SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*; v. inoltre, Trib. Milano, 6 ottobre 2008, in *Riv. dir. soc.*, I, 2010, n. BUTA, *La responsabilità della società di revisione per un erroneo giudizio sul bilancio: il caso Parmalat*; App. Torino, 30 maggio 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 497, n. VALENSISE, *Le responsabilità delle società di revisione – Considerazioni dopo le prime pronunzie giurisprudenziali*. Ritiene invece che tale responsabilità abbia natura contrattuale, tra gli altri, BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori leali dei conti*, Torino, 2003, p. 203 ss.

Molti autori assumono invece una posizione 'intermedia' tra le due fattispecie di responsabilità, muovendo dalla generalità del principio espresso dall'art. 2043 cod. civ., ma al tempo stesso riconoscendo che l'antigiuridicità del fatto fonte di responsabilità per i revisori risiede nell'inosservanza di specifici obblighi di legge (a tutela della società revisionata, dei soci e dei terzi): così, v. ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, Milano, 1985, p. 194; CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000, p. 87 ss.; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 143. In questo stesso senso, ma probabilmente propendendo per la tesi della responsabilità contrattuale, v. anche BUTA, *sub* art. 15, in *La revisione*, cit., p. 168.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diligenza professionale) (13) e, almeno secondo l'opinione largamente dominante, extracontrattuale nei confronti di terzi.

Più in particolare, però, le figure dell'esperto di cui all'art. 2501-*bis*, comma 4, cod. civ. e del professionista *ex* art. 182-*bis* legge fallim. appaiono simili anche per quanto riguarda il tipo di attività rispettivamente svolte. È opinione comune (14), infatti, che l'attività degli esperti che certificano la ragionevolezza del progetto di fusione, più che come un'attestazione in senso proprio, si qualifichi quasi come una "previsione", con la conseguenza che gli stessi non possono essere ritenuti responsabili in caso di mancata attuazione del piano (a condizione, ovviamente, che le ipotesi formulate dagli amministratori apparissero ragionevoli al momento della redazione del progetto, oltre che sufficientemente dettagliate). A ben vedere, anche gli attestatori di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. sono chiamati a un giudizio prognostico sul buon esito dei piani di ristrutturazione e di concordato preventivo, dovendo essi attestare la «attuabilità dell'accordo […], con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori».

Soprattutto, sia l'esperto di cui all'art. 2501-*bis*, comma 4, cod. civ., sia l'attestatore di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. possono rispondere dei danni cagionati dalla loro attività tanto autonomamente quanto solidalmente con gli amministratori della società conferente l'incarico, ciò che costituisce la più notevole differenza con la disciplina della revisione legale dei conti (15).

---

(13) V., *ex multis*, App. Milano, 27 marzo 2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, p. 319; App. Milano, 7 luglio 1998, in *Società*, 1998, p. 117; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, II, p. 554; Trib. Torino, 21 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 1106.

(14) Tra gli altri, PERRINO, *sub* art. 2501-*bis*, cod. civ., in *Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1943 ss.; TAMBURINI, *sub* art. 2501-*bis*, cod. civ., in *Commentario* Maffei Alberti, IV, Padova, 2005, p. 2533; ARDIZZONE, *sub* art. 2501-*bis*, cod. civ., in *Commentario* Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006, p. 463 ss.; RUSSO, *sub* art. 2501-*bis*, cod. civ., in *Commentario* Abriani-Stella Richter, Torino, 2010, p. 2299; VICARI, *sub* art. 2501-*bis*, cod. civ., in *Commentario* Abbadessa-Portale, Milano, 2016, p. 3291 ss. Sul contenuto della relazione *ex* art. 2501-*sexies*, cod. civ., si veda inoltre la Comunicazione Consob n. 73063 del 5 ottobre 2000 (applicabile però direttamente solo al caso in cui la società risultante dalla fusione sia quotata).

(15) Ai sensi dell'art. 15, comma 1, d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, infatti, i revisori e le società di revisione possono rispondere *solo* in solido (tra loro e) con gli amministratori nei confronti della società committente, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri.

Sempre al primo comma è poi letteralmente stabilito che «nei rapporti interni tra debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato». L'interpretazione di questa norma non è univoca. Secondo alcuni autori, essa andrebbe interpretata nel senso che amministratori e revisori sono solidalmente responsabili per i

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La responsabilità dell'esperto coinvolto nelle operazioni di *merger leveraged buyout* - salvo che esso stesso non sia una società di revisione (16) - è infatti limitata *ex lege* alle sole violazioni dei doveri di diligenza assunti accettando l'incarico. Similmente, il professionista attestatore del piano *ex* art. 182-*bis* legge fallim., che pure nel caso in commento il Tribunale di Venezia ha ritenuto "corresponsabile" con amministratori e sindaci, sicuramente potrebbe assumere tale responsabilità *anche* in via autonoma. Ed infatti ben potrebbe darsi il caso che una società incarichi *non solo* un soggetto che, ai sensi dell'art. 182-*bis* legge fallim. attesti la fattibilità dei piani di ristrutturazione o di concordato preventivo, ma anche un ulteriore professionista che rediga materialmente gli stessi. In simili casi, l'incarico di redazione del piano potrebbe addirittura risultare idoneo ad esimere gli amministratori da responsabilità, soprattutto là dove gli stessi abbiano inteso riporre il loro affidamento sulle capacità tecniche del redattore e quindi dell'attestatore. Ipotesi questa che invece sicuramente non può ricorrere nel caso in cui gli amministratori siano i redattori materiali del piano, ed abbiano delegato a professionisti "esterni" solo la relativa attestazione; in questo caso, infatti, si potrebbe determinare una corresponsabilità tra gli uni e gli altri analogamente a quanto previsto dall'art. 15, d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

---

danni che gli amministratori hanno cagionato a società, soci e terzi. Sul punto, v. BUTA, *sub* art. 15, in *La revisione*, cit., p. 175. Ulteriori problemi interpretativi sono inoltre sollevati dal secondo comma di tale disposizione, ove è stabilito, da un lato, che il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione sono responsabili, in solido tra loro e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti a propri inadempimenti o a fatti illeciti nei confronti della società committente e dei terzi danneggiati, e, dall'altro lato, che essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato. Mancando qui un esplicito riferimento ai "rapporti interni", tale disposizione potrebbe essere interpretata nel senso di configurare una responsabilità parziaria, e in quanto tale opponibile anche alla società e ai terzi. Tuttavia, secondo parte della dottrina, l'unica interpretazione possibile è che, al pari della società di revisione, anche il responsabile della revisione e i dipendenti coinvolti sono responsabili solidalmente, e che dunque non sarebbe possibile limitare la responsabilità sul piano esterno: ciascuno verrebbe a rispondere per l'intero del danno che ha contribuito a determinare, salvo il regresso. In questo senso, v. GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010, p. 36 s.; BUTA, *sub* art. 15, in *La revisione*, cit., p. 176 ss. In generale, sulla disciplina della responsabilità nell'ottica della storia della riforma delle società di revisione, v. DE LUCA, *Introduzione*, in *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, cit., p. 93 ss.

(16) In questo caso si ritiene doversi applicare la richiamata disciplina di cui al d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39; sul punto v. RORDORF, *La nuova disciplina della fusione e della scissione di società*, in *Società*, 1991, p. 410; LAURINI, *La fusione*, in *Riv. not.*, 1991, p. 581; SERRA-SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 75. Ma *contra*, e cioè nel senso che la responsabilità della società di revisione che assume la qualità di esperto nel procedimento di fusione rimanga disciplinata esclusivamente dall'art. 2501-*sexies*, comma 6, cod. civ., v. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 175.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In conclusione, quindi, la responsabilità professionale delle tre figure prese in esame, pur sempre identica nella sua natura contrattuale o aquiliana, può assumere sfumature diverse a seconda dei soggetti che di volta in volta vengono chiamati "dall'esterno" a fornire la loro opera professionale: la fattispecie revisione legale implica sempre una corresponsabilità tra professionista e organo amministrativo (corresponsabilità "necessaria"); al contrario, l'attestatore dei piani di ristrutturazione o di concordato preventivo nonché l'esperto nell'ambito delle operazioni di *merger leveraged buyout* possono rispondere tanto autonomamente quanto in via solidale con gli organi sociali (corresponsabilità "eventuale").

3. *La sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 cod. civ. e il suo riflesso sulla quantificazione del danno.*

Una volta accertata la fondatezza *prima facie* dell'*an* della domanda di sequestro conservativo, i giudici veneziani hanno dovuto identificare il *quantum* del danno arrecato alla società, sulla base del quale concedere la misura cautelare.

È nota la difficoltà di provare il danno effettivo nelle azioni di responsabilità promosse nell'ambito di un fallimento. La giurisprudenza si è dunque tradizionalmente mostrata indulgente nei confronti delle curatele, ammettendo che la prova del danno possa essere fatta anche per presunzioni, più o meno rispondenti ai principi processualcivilistici in materia di onere della prova. Così, nei casi in cui non sia possibile provare il pregiudizio arrecato al patrimonio della società fallita e ai suoi creditori nel suo preciso ammontare, per superare il rozzo criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare (17), la giurisprudenza più recente ricorre al criterio

(17) Tale criterio (noto anche come criterio del deficit fallimentare), ovviamente non tiene conto che l'attivo risente della svalutazione di alcuni beni direttamente riconducibile alla dichiarazione di fallimento (ad es. l'avviamento), e che non sempre le passività coincidono con la somma delle domande di ammissione presentate dai creditori. Dati questi limiti, esso è stato concretamente utilizzato solo quando, vuoi per la totale mancanza o inattendibilità della contabilità sociale, vuoi per una sistematica attività distrattiva da parte dell'imprenditore, sia del tutto impossibile ricostruire la storia della gestione dell'impresa e quindi identificare con precisione i singoli atti di *mala gestio* degli amministratori. V., *ex multis*, Cass., 8 luglio 2009, n. 16050; Cass., 23 giugno 2008, n. 17033; Cass., 19 dicembre 1985, n. 6493; Cass., 23 giugno 1977, n. 2671; App. Bologna, 5 febbraio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2284; Trib. Torino 11 febbraio 1989, in *Fallimento*, 1989, p. 668. Peraltro, la recente Cass., sez. un., 28 aprile 2015, n. 9100 ha sconfessato l'idea che la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili basti, di per sé, a rendere adeguato il criterio del deficit: «*La contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività d'impresa, non li determina; ed è da quegli accadimenti che deriva il deficit patrimoniale, non certo dalla (mancata*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

equitativo c.d. dei netti patrimoniali (18). Si fa così coincidere il danno prodotto da amministratori e sindaci con la differenza tra il patrimonio netto della società alla data in cui gli amministratori avrebbero dovuto rilevare la causa di scioglimento e interrompere quindi la gestione caratteristica (PN_1), e il patrimonio netto alla data della effettiva dichiarazione di fallimento o messa in liquidazione (PN_2).

Come è evidente, sebbene meno impreciso del criterio del deficit fallimentare, anche questo è un criterio necessariamente presuntivo perché, in astratto, la prosecuzione dell'attività (anche in forma non conservativa) potrebbe non aver cagionato alcun danno (19). Ebbene, nel caso di specie il Tribunale di Venezia ha ritenuto che per poter applicare tale criterio sarebbe stata necessaria quanto meno una sua 'correzione' in quanto, pur nell'impossibilità di determinare con esattezza i singoli effetti dannosi prodotti dalla condotta degli amministratori, gli stessi si sono trovati ad operare per larghi tratti in presenza dell'esenzione di cui all'art. 182-*sexies* legge fallim. Introdotta di recente (20) con la finalità di favorire la continuità aziendale, tale disposizione prevede, tra le altre cose, che dalla data del deposito della domanda per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* legge fallim. o per l'ammissione al concordato preventivo, e sino alla loro omologazione, non si applicano le disposizioni sugli obblighi di manutenzione del capitale (ovvero, per le s.p.a., gli artt. 2446, comma 2, e 2447 cod. civ.) (21).

Ricorrendo la sospensione di tali obblighi, alla corte è dunque apparso iniquo applicare integralmente il criterio dei netti, che considera il lasso

---

o scorretta) registrazione in contabilità. […] *è vero che tale violazione risulta di per sé (almeno potenzialmente) idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale. Non può tuttavia farsene in alcun modo derivare la conseguenza che quel pregiudizio si identifichi nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare*».

(18) *Ex multis*, Cass., 19 ottobre 2008, n. 10350; Cass., 23 giugno 2008, n. 17033; Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538; App. Torino, 12 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 35; Trib. Milano, 3 febbraio 2010, in *Giur. it*., 2010, p. 2352; Trib. Padova, 24 giugno 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 729; Trib. Genova, 30 luglio 1997, in *Fallimento*, 1997, p. 1242.

(19) In questo senso, A. MAMBRIANI, *La prova del danno nelle azioni di responsabilità esercitate dal Curatore Fallimentare ex art. 146 L.F.*, relazione al Convegno ODCEC Milano, *L'azione di responsabilità esercitata dal Curatore Fallimentare ex art. 146 L.F.*, 20 settembre 2012, p. 8.

(20) Con art. 33, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. "Decreto Sviluppo"), convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134.

(21) In dottrina, sulla sospensione degli obblighi di manutenzione del capitale per le società in crisi, v., tra altri, DE LUCA, *Manutenzione del capitale nelle srl semplificate e in quelle in crisi*, in *Società*, 2013, p. 1185; BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. decreto sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contr. e impr*., 2013, p. 354 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

temporale tra PN_1 e PN_2 come un *unicum*. Trovandosi ad operare in presenza della "scriminante" offerta dall'art. 182-*sexies* legge fallim. - questo il ragionamento tra le righe dell'ordinanza - *legittimamente* gli amministratori non si sono limitati ad atti meramente conservativi e liquidatori, ma hanno continuato a gestire ordinariamente l'impresa. Proprio questa è, del reso, la *ratio* della novella fallimentare.

Ne è conseguita l'elaborazione di un altro criterio di determinazione del danno (*rectius*: di una 'correzione' al criterio dei netti patrimoniali), coincidente con l'ulteriore indebitamento (inteso come «costi per la presentazione dello strumento di cui all'182-*bis* legge fallim.» più «interessi passivi maturati sui crediti pregressi poi ammessi al passivo») che si sarebbe evitato ove il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente. Così facendo, pertanto, il Tribunale di Venezia ha individuato il presupposto del danno cagionato alla società non già nella asserita violazione degli artt. 2446, comma 2, e 2447 cod. civ., bensì nello stato di dissesto ed illiquidità dell'impresa, che avrebbe dovuto indurre a non ritardare la dichiarazione di fallimento.

A ben vedere, così riformulato, il criterio dei netti patrimoniali sembra conformarsi al generale criterio civilistico per cui la responsabilità può essere imputata solo in relazione al danno effettivamente cagionato.

ANDREA NAPOLITANO
Dottore in Giurisprudenza della LUISS Università Guido Carli

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

TRIBUNALE DI SALERNO, Sez. III civ., 19 settembre 2015

Pres. Russo - *Rel.* Brancaccio

P.L. *c.* CSTP in A.S.

Fallimento - Ammissione al passivo - Credito proveniente da assegnazione in sede di espropriazione presso terzi - Terzo debitore sottoposto a procedura concorsuale - Insinuazione al passivo del creditore assegnatario - Ammissibilità

(Cod. proc. civ., artt. 546 e 547; legge fallim., artt. 93 e 98)

Il creditore assegnatario di un credito, a seguito di esecuzione forzata presso il terzo debitore, può far valere il suo diritto con insinuazione al passivo anche nei confronti del terzo sottoposto a procedura concorsuale.

Fallimento - Ammissione al passivo - Credito proveniente da assegnazione in sede di espropriazione presso terzi - Credito pignorato - Natura privilegiata - Assegnazione - Terzo sottoposto a procedura concorsuale - Insinuazione al passivo del creditore assegnatario - Privilegio - Esclusione

(Cod. proc. civ., art. 543; legge fallim., artt. 93 e 98)

Il creditore assegnatario di un credito non può vantare nello stato passivo del terzo debitore il medesimo privilegio che assisteva il suo credito nei confronti dell'originario debitore.

(Omissis)

Con domanda spiegata ai sensi degli artt. 93 r.d. n. 267/1942 e 53, comma 1, d.lgs. n.270/1999, P.L. chiedeva l'ammissione al passivo dell'amministrazione straordinaria del "CSTP Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione, in via privilegiata a norma dell'art 2751 *bis* c.p.c., per la somma di euro 6.607,96, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali dalla data di maturazione sino al soddisfo, deducendo: di avere ottenuto dal Tribunale dì Salerno - Sezione Lavoro il decreto ingiuntivo n. 339/2011 nel confronti della "Utec s.r.l"; di avere instaurato il procedimento esecutivo mobiliare presso il terzo "CSTP s.p.a.; di avere conseguito dal giudice dell' esecuzione del Tribunale di Salerno in data 18 luglio 2012, per effetto della dichiarazione positiva resa dal *debitor debitoris* ai sensi dell'art. 547 *c.p.c.*, l'emanazione dell'ordinanza di assegnazione della somma di euro 6.607,96; di avere notificato tale provvedimento al '"CSTP s.p.a." in data 26 ottobre 2012; di non aver ricevuto alcun pagamento dal terzo pignorato. Con decreto del 14 novembre 2014 il giudice delegato disattendeva la domanda di ammissione al passivo sulla base delle seguenti motivazioni: il titolo giudiziale posto a fondamento della pretesa si era formato nei confronti dalla "Utec s.r.l." e non del "CSTP s.p.a."; l'ordinanza di assegnazione emessa dal giudice dell'esecuzione era inefficace nei confronti dell'amministrazione straordinaria del "CSTP s.p.a." per la dichiarata improcedibilità dell'espropriazione presso terzi.

Con ricorso depositato il 12 dicembre 2014 P.L. spiegava, ai sensi degli artt. 98 r.d. n. 267/1942 e 53, comma 1, d.lgs. n. 270/1999, opposizione allo stato passivo, assumendo che: l'ordinanza di assegnazione del giudice dell'esecuzione del 18 luglio 2012 era opponibile al Consorzio CSTP s.p.a. giacché solo in data 15 ottobre 2012, era stata depositata la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; proprio l'emanazione dell'ordinanza di assegnazione della somma di euro 6.607,96 escludeva che il procedimento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

esecutivo fosse stato dichiarato improseguibile, come erroneamente affermato dal giudice delegato; il credito vantato aveva collocazione privilegiata, ai sensi dell'art 2751 *bis* cod. civ., traendo origine dal decreto ingiuntivo n. 339/2011 del Tribunale di Salerno - Sezione Lavoro, confermato con la sentenza n. 3856/2012, a titolo di retribuzione e trattamento di fine rapporto non corrisposti dalla "Utec s.r.l.". Costituitasi in giudizio l'amministrazione straordinaria del "C.S.T.P. s.p.a", nel reiterare le motivazioni poste a base del decreto con il quale il giudice delegato aveva disatteso la domanda di ammissione al passivo di P.L., instava per il rigetto dell'opposizione. Il ricorso è parzialmente fondato e, come tale, va accolto per quanto di ragione. Ed invero, il divieto sancito dall'art. 168 r.d. n. 267/1942, ai sensi del quale dalla data della pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per ammissione al concordato preventivo e fino al momento in cui il decreto di omologazione 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, non è applicabile all'espropriazione presso terzi quando ad essere sottoposto a procedimento concorsuale sia il *debitor debitoris*, *id est* il soggetto nei confronti del quale l'esecutato ha diritto di ottenere la consegna dei beni mobili o il pagamento delle somme di denaro attinti dal vincolo del pignoramento, come del resto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all'art. 51 r.d. n. 267/1942 (cfr. Cass. 21 ottobre 2009 n. 22361).

In tal caso, infatti, il rapporto obbligatorio per il cui soddisfacimento è stata promossa o deve essere promossa l'espropriazione individuale è intercorso tra un creditore e un debitore non assoggettato a procedimento concorsuale, sui beni del quale soltanto viene effettuato il pignoramento, con la conseguenza che, non dovendo essere garantita l'integrità del patrimonio dell'esecutato e salvaguardato il principio della *par condicio creditorum*, viene meno la *ratio essendi* sottesa all'art. 168 r.d. n. 267/1942 e, con essa, il divieto di iniziare o proseguire le singole azioni esecutive.

L'espropriazione presso terzi non può essere incardinata o, se incardinata, diviene improseguibile solo quando ad essere interessato dal procedimento concordatario sia il debitore in danno del quale la stessa è diretta, giacché, in tale ipotesi, l'esecuzione individuale è funzionalmente preordinata a realizzare il soddisfacimento di uno o più crediti sorti in virtù di rapporti giuridici dal medesimo contratti mediante l'aggressione collettiva del suo patrimonio la cui tutela è assicurata, al fine di attuare il principio dell'universalità del concorso, dagli effetti protettivi derivanti dal citato art. 168.

L'inoperatività del divieto previsto dall'art. 168 r.d. n. 267/1942 quando sia il terzo pignorato e non il debitore ad essere assoggettato agli effetti protettivi rende del tutto irrilevante l'individuazione della data in cui viene pubblicato il ricorso per l'ammissione al procedimento di concordato preventivo, restando l'azione esecutiva individuale insensibile a tale evento, nel senso che il creditore non solo può continuare ad esercitarla nel caso in cui l'abbia intrapresa prima del suo verificarsi, ma è anche legittimato a promuoverla in un momento successivo. Ne consegue che, quand'anche l'ordinanza di assegnazione delle somme assoggettate ad espropriazione forzata sia emessa dal giudice dell'esecuzione dopo la pubblicazione del ricorso per l'ammissione dei terzo pignorato ai procedimento di concordato preventivo, tale provvedimento non diviene inopponibile alla massa dei creditori di quest'ultimo essendo l'esecuzione individuale stata incardinata nei confronti di un soggetto il cui patrimonio non è preservato dagli effetti protettivi derivanti dai divieto imposto dall'art. 168 r.d. n. 267/1942. Pertanto, l'ordinanza di assegnazione, comportando il trasferimento coattivo del credito staggito dalla sfera giuridica del debitore a quella del creditore procedente consente a quest'ultimo di farlo valere nei confronti del terzo pignorato, anche se il medesimo sia già stato sottoposto a procedimento concorsuale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'assegnatario di credito pignorato presso terzi succede nel diritto di credito del suo debitore, ma non acquista la proprietà di una *species* monetaria e, dunque, non può procedere a rivendicare o a richiedere la consegna di cose determinate, sicché, qualora il terzo pignorato sia stato assoggettato a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la sua pretesa creditoria non potrà essere soddisfatta in prededuzione, ma dovrà essere insinuata al passivo nella competente sede, in via privilegiata o chirografaria (cfr. Cass. 19 aprile 1966, n. 989).

Alteris verbis l'assegnatario di un credito pignorato presso il terzo debitore, nel caso in cui quest'ultimo sia sottoposto a procedimento concorsuale, non può fondatamente pretendere l'immediata e diretta consegna della somma oggetto dell'esecuzione individuale, avendo soltanto un diritto di credito senza alcuna prelazione, da far valere nelle forme normali dell'ammissione al passivo (cfr. Cass. 4 maggio 1966, n. 1118).

Dall'applicazione dei suesposti principi alla fattispecie *de qua agitur* deriva che, sebbene l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Salerno ha assegnato a P.L. la somma di euro 6.607,92 sia stata depositata il 15 ottobre 2012 e, dunque, dopo la pubblicazione del ricorso per l'ammissione del "C.S.T.P. Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione al procedimento di concordato preventivo, avvenuta l'11 ottobre 2012, tale provvedimento, costituente titolo esecutivo in danno del terzo pignorato (cfr. *ex ceteris* Cass. 18 marzo 2003, n. 3976; Cass, 18 settembre 2007, n. 19363; Cass. 3 giugno 2015, n. 11493), *è de plano* opponibile all'amministrazione straordinaria giacché il procedimento espropriativo dal quale è scaturito è stato incardinato nei confronti della Utec s.r.l. vale a dire di un debitore i cui beni, non essendo preservati dagli effetti protettivi di cui all'art. 168 r.d. n. 267/1942, erano legittimamente aggredibili. D'altra parte, anche qualora la pubblicazione del ricorso per l'ammissione del "CSTP Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione al procedimento di concordato preventivo fosse intervenuta prima della stessa instaurazione dell'espropriazione forzata quest'ultima sarebbe stata comunque destinata alla sua regolare prosecuzione, con la duplice conseguenza che da un lato, il terzo pignorato avrebbe avuto l'onere di rendere la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., previa autorizzazione del giudice delegato, a norma dell'art 16. comma 2 r.d. n. 267/1942 (cfr. per il principio Cass. 8 agosto 1995, n. 8669) trattandosi di una possibile ricognizione di diritti altrui e, dall'altro, in caso di positiva dichiarazione di quantità, il giudice dell'esecuzione avrebbe ordinato l'assegnazione delle somme staggite al creditore esecutante, che avrebbe avuto titolo a domandare l'ammissione al passivo della sopravvenuta amministrazione straordinaria. Nel procedimento espropriativo presso terzi intrapreso da P.L. il "CSTP Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione non ha rivestito il ruolo di soggetto passivo del rapporto obbligatorio azionato *in executivis*, ma quello di debitore di somme di denaro nei confronti della "Utec s.r.l." di talché l'eccezione sollevata dalla resistente in ordine all'improseguibilità dell'azione esecutiva esercitata dal ricorrente è destituita di ogni fondamento non potendo giammai essere invocato il divieto di cui all'art. 168 r.d. n. 267/1942 al fine di paralizzare l'ammissione al passivo del creditore istante. Né assume alcun rilievo, in senso contrario, la circostanza che le somme assegnate al creditore procedente rientrino nel patrimonio del terzo pignorato, giacché il divieto di promuovere o proseguire le azioni esecutive individuali opera esclusivamente quando l'obbligazione da escutere sia stata contratta dal debitore assoggettato a procedimento concorsuale e non, dunque, nelle ipotesi in cui sia stata assunta da altro soggetto. Pertanto, il ricorrente, divenuto creditore del "C.S.T.P. Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione per effetto dell'ordinanza di assegnazione emessa dal giudice dell'esecuzione, con la quale gli è stata coattivamente trasferita la posizione giuridica soggettiva originariamente vantata dall' Utec s.r.l., ha titolo per proporre la domanda di ammissione al

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

passivo dell'amministrazione straordinaria del terzo pignorato. Tuttavia, il ricorrente, sebbene legittimato a spiegare l'istanza di insinuazione al passivo e a partecipare alla distribuzione dell'attivo concorsuale, non può vantare alcun privilegio nei confronti dell'amministrazione straordinaria del "C.S.T.P. Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione giacché avendo acquistato a titolo derivativo il credito già vantato nei riguardi di quest'ultima dall'"Utec s.r.l.", è subentrato nel lato attivo di un rapporto obbligatorio non assistito da alcuna causa legittima di prelazione. Ed infatti il titolo azionabile da P.L. nei confronti del terzo pignorato è costituito non già dal decreto ingiuntivo n. 330/2011 del Tribunale di Salerno - Sezione lavoro, fornitosi nei riguardi della "Utec s.r.l." ma dall'ordinanza di assegnazione emessa dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art 553 c.p.c. sicché il credito vantato nei confronti del "CSTP Azienda della Mobilità s,p.a." in liquidazione non trova fondamento nel rapporto di prestazione d'opera intercorso con la società sottoposta ad espropriazione forzata e, dunque, essendo privo della connotazione privilegiata dì cui all'art. 2751 *bis* c.p.c. è destinato ad essere collocato in via meramente chirografaria nella fase distributiva dell'attivo concorsuale.

In definitiva P.L. può far valere la natura privilegiata dei credito derivante dal decreto ingiuntivo n. 339/2011 del Tribunale di Salerno - Sezione Lavoro in ulteriori procedimenti esecutivi dal medesimo eventualmente promuovibili in danno della Utec s.r.l. rispetto agli altri creditori della stessa ma non nell'ambito dell'amministrazione straordinaria del CSTP Azienda della Mobilità s,p.a. in liquidazione e nei riguardi dei creditori concorsuali, ai quali non è legittimato ad opporre alcuna causa di prelazione. Pertanto il ricorrente può essere ammesso al passivo dell'amministrazione straordinaria, in via chirografaria, per la somma di euro 6.607,96, oltre interessi al tasso legale a decorrere dal 18 luglio 2012 (data fino alla quale sono stati quantificati dal giudice dell'esecuzione con ordinanza di assegnazione) e fino alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi degli artt. 35 e 169 r.d. n. 267/1942, dovendo la sospensione del decorso degli interessi moratori retroagire a tale momento per effetto della consecuzione tra le due procedure concorsuali (cfr. *ex ceteris* Cass. 15 febbraio 1995, n. 1638; Cass. 15 giugno 2000, n. 8160; Cass. 28 maggio 2012, n. 8439). Né può sostenersi che l'ammissione del ricorrente allo stato passivo in via chirografaria comporta la violazione dell'art. 112 c.p.c., determinando la stessa effetti giuridici meno ampi di quelli dal medesimo richiesti (cfr. Cass. 23 giugno 2015, n. 12953). Ed infatti il vizio dì ultrapetizione ricorre quando il giudice interferisce sul potere dispositivo delle parti ed altera uno degli elementi oggettivi di identificazione dell'azione, attribuendo all'istante un bene diverso da quello richiesto e non compreso nemmeno virtualmente o implicitamente nella domanda (cfr. *ex ceteris*, Cass. 9 aprile 1975 n. 1305; Cass. 1 aprile 1980, n, 2109). La fondatezza soltanto parziale del ricorso nell'integrare l'ipotesi di soccombenza reciproca (cfr. Cass. ord. 21 ottobre 2009 n. 22381; Cass. ord., 23 settembre 2013, n. 21684), legittima, ai sensi dell'art. 92, comma 2, c.p.c, l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali. P.Q.M.1- accoglie in parte il ricorso in opposizione e, per l'effetto dispone l'ammissione di P.L. allo stato passivo dell'amministrazione straordinaria del "CSTP Azienda della Mobilità s.p.a." in liquidazione, in via chirografaria, per la somma di euro 6,607,96 oltre interessi al tasso legale a decorre dal 18 luglio 2012 fino alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo; 2- compensa integralmente fra le parti le spese processuali.

(Omissis).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Insinuazione al passivo di creditore assegnatario e vicende del privilegio che assisteva il credito originario

Abstract: Il commento che qui si propone riguarda un provvedimento del Tribunale di Salerno che approfondisce una duplice tematica: da una parte, l'ammissione allo stato passivo del credito ottenuto a séguito di ordinanza di assegnazione in sede di esecuzione forzata presso il terzo in amministrazione straordinaria, dall'altra, l'ammissibilità del privilegio verso il terzo debitore, nel caso in cui il credito nei confronti del debitore originario sia assistito da prelazione. Le motivazioni evidenziano come il divieto di promuovere o proseguire azioni esecutive individuali operi esclusivamente qualora l'obbligazione da escutere sia direttamente attribuibile al debitore sottoposto a procedura concorsuale, e non anche quando la procedura sia *debitor debitoris*. Si analizza altresì come non sia trasmissibile verso il terzo, il privilegio che il creditore vanta nei confronti del debitore originario. L'impostazione del Tribunale risulta essere coerente con i principi del diritto fallimentare, nel rispetto della *par condicio creditorum*.

SOMMARIO: 1. Il fatto. - 2. Pignoramento presso terzi e procedure concorsuali. - 3. Non invocabilità del privilegio originario nei confronti del *debitor debitoris* sottoposto a procedura concorsuale.

1. *Il fatto.*

Con istanza *ex* art. 93 legge fallim., P.L. chiedeva di essere ammesso, in via privilegiata al passivo del C.S.T.P. in A.S. deducendo a) di vantare un credito di lavoro per € 6.607,96 (privilegiato a norma dell'art. 2751-*bis* c.c.) risultante da decreto ingiuntivo reso dal Tribunale di Salerno – Sezione Lavoro nei confronti della società presso cui aveva prestato la propria opera, la Utec S.r.l.; b) di aver proceduto, in tale qualità, ad espropriazione forzata presso il terzo C.S.T.P., in esito alla quale era risultato assegnatario del credito pignorato.

Il Giudice Delegato rigettava la domanda di ammissione ritenendo che il titolo giudiziale relativo al decreto ingiuntivo si fosse formato unicamente nei confronti dell'originario creditore, con conseguente inefficacia nei confronti della procedura. Il creditore insinuatosi proponeva opposizione allo stato passivo assumendo le medesime ragioni poste a fondamento dell'insinuazione al passivo, chiedendo il riconoscimento al privilegio del proprio credito. L'amministrazione straordinaria, nelle proprie difese, oltre ad insistere per il rigetto del ricorso, in considerazione della circostanza che l'ordinanza di assegnazione era stata resa in data successiva alla pubblicazione del ricorso per l'ammissione del C.S.T.P. S.p.a. alla procedura di concordato preventivo (che aveva preceduto l'accesso all'amministrazione straordinaria), evidenziava la non invocabilità del privilegio vantato verso il datore di lavoro nei confronti della procedura, con conseguente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riconoscimento in chirografo, essendo il credito insinuato nuovo e non contraddistinto da privilegio.

Il Tribunale di Salerno accoglie parzialmente il ricorso, considerando l'ordinanza di assegnazione opponibile all'amministrazione straordinaria anche se successiva alla pubblicazione del ricorso per l'ammissione al procedimento di concordato, essendo stato, il procedimento espropriativo presso terzi incardinato nei confronti del debitore originario, i cui beni, non essendo preservati dagli effetti protettivi di cui all'art. 168 legge fallim., sarebbero stati in ogni caso aggredibili. Il credito, però, viene ammesso in chirografo, non potendo riconoscersi cause legittime di prelazione nei confronti dell'amministrazione straordinaria.

2. *Pignoramento presso terzi e procedure concorsuali.*

Il ricorrente chiedeva l'ammissione al passivo del "*terzo*" in amministrazione straordinaria, in virtù di ordinanza di assegnazione ottenuta in seguito alla dichiarazione positiva resa ai sensi dell'art. 547 cod. proc. civ. dal terzo esecutato *in bonis*. Nel caso di specie, l'ordinanza di assegnazione - che conclude il procedimento esecutivo determinando il trasferimento dal debitore esecutato al creditore pignorante del credito staggito (1) - veniva resa in data successiva rispetto alla pubblicazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Come è noto, a norma dell'art. 168 legge fallim., tra gli effetti della presentazione del ricorso alla procedura di concordato vi è l'inibizione per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Il divieto trova ragione nel principio di universalità soggettiva della procedura concorsuale, ponendosi nell'esclusivo interesse del ceto creditorio (2), che non sarebbe a pieno tutelato laddove fosse consentito ai creditori di procedere in via esecutiva sui beni del debitore (3). La

(1) Cass., 27 aprile 1985, n. 2744, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc. 4; Cass., 13 giugno 1992, n. 7248, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 6; Cass., 28 giugno 2000, n. 8813, in *Foro it.*, 2002, p. 527; Cass., 29 ottobre 2003, n. 16232, in *Mass. Giust. civ.*, fasc. 10; Cass., 7 ottobre 2005, n. 19652, in *Mass. Giust. civ.*, fasc. 10.

(2) In questo senso CAIAFA, *Le procedure concorsuali*, Milano, 2011, p. 369; FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 346; *ex adverso* si segnala la posizione di CELENTANO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia-Panzani, Torino, 2009, II, p. 494, secondo cui la *ratio* del divieto è fondata sull'unitarietà e la contestualità delle operazioni di liquidazione del patrimonio del debitore.

(3) Sul punto rimando necessario a PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 2009, p. 313, ove si specifica che nel caso in cui ogni creditore si munisse previamente di un titolo giudiziario in sede ordinaria per poi eseguirlo sul passivo fallimentare, ci si imbatterebbe nel rischio di tramutare il procedimento in un caos esecutivo e non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lettura della norma sembrerebbe impedire qualsivoglia azione esecutiva da parte dei creditori successivamente all'inizio della procedura. Conseguente al deposito della domanda di concordato in bianco o piena, ciò essendo confermato, tra l'altro, dalla circostanza che *ex* art. 168 legge fallim. non ammetterebbe deroghe, stante il mancato richiamo espresso all'art. 51 legge fallim. (4).

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto inapplicabile il divieto sancito dall'art. 168 legge fallim., ritenendo incompatibile il disposto con la disciplina dell'espropriazione presso terzi. Al riguardo, il Tribunale fonda il proprio convincimento sull'orientamento già palesato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di pignorabilità delle quote di S.r.l. del socio debitore di società fallita (5), ove si è specificata l'estraneità del terzo pignorato nel procedimento espropriativo. Tale pronuncia, che nella giurisprudenza di legittimità non ha precedenti omologhi (6), chiarisce che, nella espropriazione presso terzi, non rileva la circostanza che il *debitor debitoris* sia sottoposto a procedure concorsuali, non essendo lo stesso "parte" originaria del rapporto fondamentale. Tanto corrisponde anche all'orientamento della dottrina che in modo assolutamente pacifico ha ritenuto di determinare la nozione di terzo in senso distinto e contrario a quello di parte (7).

In particolare, è stato chiarito dalla giurisprudenza costante di legittimità che, nel procedimento di esecuzione forzata con espropriazione pres-

---

sarebbe possibile applicare i principi di giustizia distributiva che presiedono la procedura fallimentare.

(4) Sulle differenze tra l'artt. 51 e 168 legge fallim. si rimanda a: COSTA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2008, p. 116 ss.; VILLANACCI, *Il concordato preventivo*, Padova, 2010, p. 125 ss.

(5) Cass., 21 ottobre 2009, n. 22361, in *Fallimento*, 2010, p. 565, con commento di Gasperini.

(6) Si rinvengono due ulteriori precedenti di legittimità, Cass., 19 aprile 1966, n. 989 (di cui è possibile reperire unicamente la massima) e Cass., 4 maggio 1966, n. 118, in questa *Rivista*, 1966, p. 359, ove si precisa che il diritto di credito dell'assegnatario può essere insinuato al passivo nella competente sede. Nel caso di specie l'assegnazione del credito avveniva in data precedente rispetto alla dichiarazione di fallimento del terzo.

(7) Sul concetto di terzo si rimanda tra gli altri a: CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 15 che specifica che specifica che la nozione di terzo è da «*determinare in senso negativo*» rispetto a quello di parte; SEGNI, *Procedimento civile* (voce), in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 561 che specifica che «terzo è chi non è parte»; PROTO PISANI, *L'opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 228. Si ritiene definitivamente superata la dottrina e la giurisprudenza più risalente che riteneva il terzo pignorato parte del procedimento e destinato a subire gli effetti sostanziali del procedimento. Si segnalano in giurisprudenza Cass., 13 febbraio 1942, n. 400; Cass., 18 aprile 1977, n. 1425; in dottrina FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1975, p. 25 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

so terzi, sono parti necessarie solo il creditore ed il debitore esecutato, mentre il terzo pignorato non è il soggetto passivo dell'esecuzione, restando estraneo ad essa in quanto chiamato unicamente a rendere la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c. (8). Il procedimento espropriativo, dunque, prescinde dalla soggezione del terzo e si compie contro il debitore originario e verso il *debitor debitoris*, il quale non rientra tra i destinatari del titolo già costituitosi tra le parti originarie (9).

Il credito verso il terzo, sia pure già assoggettato a procedura concorsuale (10), dunque, verrebbe ugualmente tutelato, potendosi eseguire un procedimento di espropriazione forzata, solo che, in tal caso, in presenza di una possibile ricognizione di diritti altrui, il terzo pignorato avrebbe l'onere di rendere la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., previa autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'art. 167, comma 2, legge fallim. (11).

La pronuncia in esame, assolutamente condivisibile, evidenzia come il divieto di promuovere o proseguire azioni esecutive individuali operi esclusivamente qualora l'obbligazione da escutere sia direttamente attribuibile al debitore assoggettato alla procedura concorsuale, e non già nel caso di altro debitore (quale soggetto dell'originario rapporto sostanziale), con contestuale impossibilità, in questo caso, di preservare il patrimonio della procedura attraverso il sistema protettivo imposto dall'art. 168 legge fallim.

---

(8) *Ex aliis* Cass., 4 marzo 2015, n. 4380, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 151 ss., con nota di Spagnuolo.

(9) Sul punto necessario riferimento a COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Milano, II, 1967, p. 221 ss.; in giurisprudenza: Cass., 16 ottobre 1969, n. 3374, in *Mass. Giust. civ.*, 1969; Cass., 10 settembre 1998, n. 8966, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1882. In particolare, è stato chiarito dalla giurisprudenza costante di legittimità che nel procedimento di esecuzione forzata con espropriazione presso terzi sono parti necessarie solo i creditori ed il debitore esecutato, mentre il terzo pignorato non è il soggetto passivo dell'esecuzione, restando estraneo ad essa in quanto chiamato unicamente a rendere la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c.

(10) Sul punto DI AMATO, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, 2012, p. 292 ss.

(11) Nel caso di fallimento il curatore deve munirsi di autorizzazione del comitato dei creditori *ex* art. 35 legge fallim.; in giurisprudenza sull'annullabilità degli atti sprovvisti di autorizzazione Cass., 8 agosto 1995, n. 8669, in *Fallimento*, 1996, p. 145; Cass., 26 giugno 2015, n. 13242, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

3. *Non invocabilità del privilegio originario nei confronti del* debitor debitoris *sottoposto a procedura concorsuale*

Come anticipato, il ricorrente, in sede di ammissione allo stato passivo e di successiva opposizione, chiedeva il riconoscimento del privilegio *ex* art. 2751-*bis* c.c. Il Tribunale rigettando tale pretesa, precisava che il fondamento del credito insinuato non poteva risiedere nel decreto ingiuntivo e nella qualificazione del credito come ottenuto nei confronti del debitore originario, ma dall'ordinanza di assegnazione resa nei confronti del *debitor debitoris*. Posto che l'assegnazione è equiparabile, *quoad effectum*, ad una cessione del credito (art. 1263 c.c. a tenore del quale «il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori» (12)), il Tribunale ha correttamente ritenuto che il creditore procedente possa far valere il credito per il quale ha ottenuto l'assegnazione nei limiti di quelle che sono le caratteristiche della situazione giuridica soggettiva attiva relativa al rapporto tra debitore originario e terzo (nella specie, priva del privilegio). La dottrina, in tal senso, ritiene applicabile l'art. 1263 c.c. anche alla assegnazione del credito pignorato, in quanto ritenuta una "cessione forzata del credito" (13).

Invero, nel caso di specie non vi è identità tra il credito che vantava il ricorrente verso il proprio datore di lavoro e tra quello che lo stesso datore vantava nei confronti del Consorzio C.S.T.P. S.p.a. in A.S.

Infatti, mentre il primo credito trova la sua causa di prelazione nel rapporto lavorativo nei confronti del datore di lavoro, il secondo - vantato dal datore di lavoro nei confronti della procedura - risulta essere sprovvisto di privilegio, qualificandosi come chirografo. Orbene, l'assegnatario non avendo alcun rapporto diretto con la procedura ha diritto unicamente a vedersi attribuita una somma quantitativamente e qualitativamente corrispondente a quella spettante al proprio creditore originario senza poter

---

(12) Per un'approfondita riflessione sul trasferimento dei privilegi si rimanda a PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja, Branca* sub. artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982, p. 134 e PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 36.

(13) In merito è interessante la posizione di CASTORO, *Il processo di esecuzione*, Milano, 2013, p. 448, in tema di Vendita e assegnazione di crediti pignorati del concessionario per la riscossione coattiva delle imposte, *ex* artt. 72-75 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, modificato da D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, nonché dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni in L. 9 agosto 2013, n. 98, ove specifica che «*l'assegnazione ha anche effetti per i quali il credito è trasferito all'assegnatario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e gli altri accessori considerati nell'art. 1263 c.c.*».

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vantare il privilegio di cui era munito il proprio credito verso il datore di lavoro.

Tale evenienza è pienamente coerente con l'applicabilità della disciplina del 1263 c.c. all'espropriazione presso terzi nel senso che il trasferimento ha ad oggetto un credito che ha le identiche caratteristiche di quelle che aveva nel patrimonio del debitore esecutato. In sostanza il creditore procedente avrebbe potuto far valere la natura privilegiata in ulteriori procedimenti esecutivi verso il debitore originario, ma non verso i terzi assoggettati a procedure concorsuali, nei confronti dei quali non può opporre alcuna causa di prelazione.

Quanto esposto conferma l'"estraneità" del creditore assegnatario nella espropriazione presso terzi nei confronti della procedura concorsuale, nel rispetto della *par condicio creditorum*. Il creditore procedente, infatti, si sostituisce al creditore del terzo e non può mantenere il suo diritto sul patrimonio della procedura. Sono dunque, i principi fondamentali dell'accertamento del passivo a rendere del tutto impossibile l'attribuzione del privilegio al creditore procedente.

Da questo punto di vista la procedura dell'espropriazione forzata presso il terzo debitore si distingue rispetto all'azione surrogatoria *ex* art. 2900 c.c. come strumento di conservazione della garanzia patrimoniale generica (14): con l'esperimento dell'azione surrogatoria si sarebbe potuta verificare una effettiva sostituzione del creditore nei confronti del proprio debitore diretto, con il potere di esercitare i diritti o le azioni a contenuto patrimoniale appartenenti al proprio debitore nei confronti del *debitor debitoris*, proprio in funzione della conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 (15). Poiché in esito all'azione surrogatoria il pagamento del *debitor debitoris* sarebbe pur sempre transitato per il patrimonio del sostituito processuale, il creditore sostituto processuale avrebbe potuto ancora far valere il proprio originario privilegio. Diversamente nell'assegnazione del credito, laddove non può più riconoscersi tale privilegio: infatti, considerata la non sovrapponibilità tra le posizione del creditore procedente e del proprio diretto debitore, il Tribunale, con un'interpretazione coerente con i principi della disciplina concorsuale, ha ritenuto preminente la applicazione della *par condicio creditorum*, consideran-

---

(14) Sul punto rimando necessario Cass., 14 maggio 1980, n. 1713, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 1572.

(15) Sulla natura dell'azione surrogatoria si veda PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 20, II, Torino, 1988, p. 122; per i profili processualistici, v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2014, Torino, p. 555 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

do il credito del creditore procedente sprovvisto di cause di prelazione nei confronti della procedura.

ANDREA TANGA
Dottore in giurisprudenza

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio e scade il 31 dicembre successivo. In ipotesi il cliente sottoscriva l'abbonamento nel corso dell'anno la scadenza è comunque stabilita al 31 dicembre del medesimo anno: in tal caso l'abbonato sarà tenuto al pagamento dell'intera annata ed avrà diritto di ricevere gli arretrati editi nell'anno prima dell'inizio dell'abbonamento.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista nelle versioni online su *http://www.edicolaprofessionale.com/DFSC*, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android) scaricando l'App Edicola professionale.

L'abbonamento si intenderà tacitamente rinnovato per l'anno successivo in assenza di disdetta da comunicarsi almeno 30 giorni prima della scadenza del 31 dicembre esclusivamente a mezzo lettera raccomandata a.r.

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.

Abbonamento 2016: € 220,00 - per l'estero € 275,00

Il pagamento potrà essere effettuato tramite incaricati della Casa Editrice sottoscrivendo l'apposita ricevuta intestata a WKI Srl – Cedam oppure con un versamento intestato a WKI Srl - Cedam - Viale dell'Industria, 60 - 35129 Padova, utilizzando una delle seguenti modalità:

Conto corrente postale 205351

Bonifico Cassa di Risparmio del Veneto Agenzia di Padova via Valeri - CIN C - ABI 06225 - CAB 12163 - n. c/c 047084250184 - IBAN IT 30 C 06225 12163 047084250184

Carta di credito Visa, Master Card, Carta Sì, American Card, American Express, Diners Club, Eurocard specificando il numero e la data di scadenza.

SERVIZIO CLIENTI CEDAM

▸ Informazioni commerciali ed amministrative:
tel. 06.20381100 - Indirizzo internet: *www.servizioclienti.wki.it* - e-mail: *servizioclienti.legale@wki.it*

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.

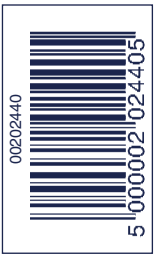
Editore: Wolters Kluwer Italia Srl - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1, Pal. F6 - 20090 Assago (MI)

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)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



€ 50,00 I.V.A. INCLUSA