

## DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il sottoscritto

COGNOME | Berardini |

NOME | Giuseppe |

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1612381 |

Titolo della tesi:

**Il concordato preventivo, spunti per una nuova riflessione: la discrezionalità** |

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'Impresa - diritto fallimentare |

Ciclo | XXVII |

Tutor del dottorando | Prof. Cesare Cavallini |

Anno di discussione | 2016 |

### DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999, n. 224, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);

- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
- tesi di dottorato **Il concordato preventivo, spunti per una nuova riflessione: la discrezionalità;**
  - **di Berardini Giuseppe;**
  - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2016;
  - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviate ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali

|         |           |
|---------|-----------|
| COGNOME | Berardini |
| NOME    | Giuseppe  |

### ABSTRACT

Il presente elaborato esamina l'istituto del concordato preventivo cercando di offrire un nuovo spunto interpretativo basato su la premessa maggiore secondo cui il concordato preventivo ha un profilo multidimensionale, e la premessa minore secondo cui l'intervento dell'autorità giudiziaria è funzionale al perseguimento di obiettivi e finalità pubbliche e sociali. La conclusione cui si giunge è che la procedura di concordato dovrebbe essere positivamente regolata a perseguire un'utilità sociale, avendo una finalità residuale di tipo pubblicistico.

In quest'ottica si propone di introdurre la categoria pubblicistica della discrezionalità e del "vincolo nel fine" all'interno del concordato preventivo, identificando detto vincolo, coerentemente alla pronuncia della Suprema Corte SS.UU. 1521/2013, con il perseguimento del superamento della crisi attraverso il soddisfacimento parziale delle ragioni creditorie. Si tratterebbe, a dire dello scrivente, di finalità socialmente rilevanti che pongono immediatamente due quesiti. Il primo è quello di interrogarsi sul concetto di soddisfacimento parziale e, il secondo quesito, è quello di identificare l'organo deputato a detto controllo.

La conclusione cui si giunge è, con riferimento al soddisfacimento parziale, che detta parzialità dovrebbe coincidere con il concetto di miglior soddisfacimento concretamente attuabile rispetto alle procedure alternative; con riferimento, invece, all'identificazione dell'organo, è che detto compito di garanzia spetti all'autorità giudiziaria - anche con l'ausilio di figura esterne -, realizzando, così, l'utilità sociale in coerenza ai principi costituzionali.

## INDICE

### INTRODUZIONE

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <i>Note introduttive</i> ..... | 6 |
|--------------------------------|---|

### CAPITOLO I

|   |    |
|---|----|
| <i>1) Premessa</i> .....  | 10 |
| <i>2) L'insolvenza in senso tecnico</i> .....   | 20 |
| <i>3) I principi costituzionali e, in generale, i principi che regolano le procedure di insolvenza</i> .....  | 22 |
| <i>4) Le prime risposte dell'ordinamento agli episodi di differenziale negativo: la c.d. moratoria</i> .....  | 26 |
| <i>5) La nascita del concordato preventivo, l'autoreferenzialità della disciplina fallimentare all'epoca fascista e le prime riforme della legge fallimentare</i> .....                 | 29 |
| <i>6) L'intervento di riforma del 2005 e il suo completamento nel 2006: il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa</i> .....  | 35 |
| <i>7) L'intervento di riforma del 2007: il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa</i> .....  | 50 |
| <i>8) L'intervento di riforma del Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134): il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa</i> .... | 52 |
| <i>9) L'intervento di riforma del Decreto del Fare (d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98): il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa</i> .....    | 53 |
| <i>10) L'intervento di riforma del Decreto legge 83 del 2015 convertito con la legge 132 del 2015</i> .....   | 55 |

### CAPITOLO II

|   |    |
|---|----|
| <i>1) Premessa</i> .....  | 58 |
| <i>2) Le concezioni minori</i> .....  | 60 |
| <i>3) La concezione pubblicistica</i> .....   | 64 |
| <i>4) La concezione privatistica</i> .....  | 65 |
| <i>5) L'evoluzione degli orientamenti nel corso delle novelle</i> .....   | 68 |
| <i>6) L'evoluzione giurisprudenziale circa la natura giuridica del concordato fino alla pronuncia delle Sezioni Unite</i> ..... | 71 |
| <i>7) Le Sezioni Unite</i> .....  | 76 |

|  |     |
|--|-----|
| 8) <i>Gli spunti per una nuova cornice interpretativa</i> .....      | 85  |
| 9) <i>Il sacrificio (costituzionale) sociale concordatario</i> ..... | 89  |
| 10) <i>Un possibile criterio interpretativo alternativo</i> .....    | 95  |
| 11) <i>Conclusioni</i> .....   | 114 |

### CAPITOLO III

|  |         |
|--|---------|
| 1) <i>Premessa</i> .....   | 117     |
| 2) <i>Il ruolo del tribunale</i> .....   | 118     |
| 3) <i>I provvedimenti del tribunale sulla domanda prenotativa</i> .....  | 124     |
| 4) <i>I poteri del tribunale in tema di revoca e il ruolo attivo del commissario giudiziale</i> ..               | 128     |
| 5) <i>L'apertura del procedimento e la nomina degli organi della procedura</i> . ....                            | 131     |
| 6) <i>Il giudice delegato</i> . ....   | 132     |
| 7) <i>Il commissario giudiziale</i> .....  | 134     |
| 8) <i>I creditori</i> .....  | 140     |
| 9) <i>L'amministratore giudiziale</i> .....  | 157     |
| 10) <i>Una nuova rimodulazione dei poteri delle parti in coerenza allo standard interpretativo offerto</i> ..... | 158     |
| 11) <i>Conclusioni</i> .....   | 163     |
| <br>BIBLIOGRAFIA .....   | <br>167 |

## INTRODUZIONE

### NOTE INTRODUTTIVE

Il presente elaborato esamina l'istituto del concordato preventivo al fine di tentare di offrire nuovi spunti interpretativi volti a ridisegnare e definire gli interessi sottesi alla procedura e le finalità cui il legislatore tende o dovrebbe tendere.

L'obiettivo è, in particolare, quello di offrire lo spunto per la definizione di una nuova cornice interpretativa dell'istituto fondata su un sillogismo giuridico basato sulla premessa maggiore secondo cui il concordato preventivo è una procedura multidimensionale - con la conseguenza che i soggetti coinvolti dalla procedura non siano solo quelli formalmente interessati dalla procedura (debitore e creditori), bensì l'intero mercato, l'intero sistema economico e, quindi, tutta la società – e, la premessa minore, secondo cui il legislatore ha espressamente previsto il potere in capo all'autorità giudiziaria di intervenire affinché l'attività privata sia coordinata e funzionale al perseguimento di obiettivi e finalità sociali. Da dette premesse, a dire dello scrivente, la conclusione che ne deriverebbe è che la procedura di concordato debba essere positivamente regolata a perseguire un'utilità sociale.

La conclusione cui si giunge avrebbe una duplice conseguenza. In primo luogo, la procedura di concordato, pur essendo destinata a soddisfare esigenze del mercato e, quindi, dei rapporti economici tra privati, è comunque una procedura vincolata positivamente nel proprio fine e nelle proprie finalità che, da ultimo, non possono che essere sociali e pubblicistiche. La seconda conseguenza è che proprio detta finalità sociale ha spinto il legislatore a prevedere l'intervento dell'autorità giudiziaria quale

organo di rappresentanza dello Stato e, quindi, di garanzia per tutti i soggetti coinvolti, con le conseguenze che ne derivano.

Un'impostazione di tal genere comporterebbe, a dire dello scrivente, la necessità di introdurre la categoria pubblicistica della discrezionalità e del "vincolo nel fine", concetti chiaramente di estrazione amministrativa, all'interno della procedura concorsuale di concordato preventivo.

In particolare il fine pubblicistico, recependo la pronuncia della Suprema Corte SS.UU. 1521/2013, dovrebbe essere quello, identificato dalla Corte come causa in concreto della procedura, di perseguire il superamento della crisi attraverso il soddisfacimento parziale delle ragioni creditorie. Si tratterebbe, a dire dello scrivente, di finalità socialmente rilevanti che pongono immediatamente due quesiti. Il primo è quello di interrogarsi sul concetto di soddisfacimento parziale e, il secondo quesito, è quello di identificare l'organo deputato a detto controllo.

La conclusione cui si giunge nel presente elaborato, con riferimento al primo quesito, è che il concetto di parzialità dovrebbe coincidere con il concetto di miglior soddisfacimento concretamente attuabile rispetto alle procedure alternative e, in particolare modo, al fallimento. In questo senso deporrebbero una serie di valutazioni di carattere sistematico, oltre che una riflessione sulla ragionevolezza e la bontà della procedura.

Con riferimento, invece, al secondo quesito, la conclusione cui si giunge è che l'onere di assicurare detta finalità spetterebbe all'autorità giudiziaria in quanto organo di espressione e rappresentanza dello Stato e dell'utilità sociale.

Non avendo la presunzione di voler contrastare quanto affermato dalla pronuncia nomofilattica della Suprema Corte, il potere del tribunale dovrebbe limitarsi a condizionare, mediante un parere, il giudizio di convenienza che spetta, a dire della Suprema Corte, solo ai creditori. È in questo modo che si ritiene possano realizzare l'utilità e il vincolo sociale in coerenza ai principi costituzionali di cui agli articoli 41 e 42.

Ipotizzare un potere più incisivo, almeno su questo punto, in capo al tribunale vorrebbe dire, da un lato, violare il principio di diritto sancito dalla Suprema Corte e, dall'altro lato, omettere i risvolti pratico applicativi della teoria.

Affinché, infatti, si possa prevedere un potere più incisivo in capo al tribunale sul punto occorrerà valutare l'ausilio di figure manageriali esperte del settore in cui opera l'impresa in crisi e, almeno fino ad oggi, esterne al mondo della procedura di concordato preventivo; e ciò in quanto solo dette figure potranno svolgere effettivamente un controllo ponderato e razionale sulla procedura.

## CAPITOLO I

### 1) Premessa

Il presente elaborato nasce dal tentativo di voler offrire un nuovo criterio di analisi e di studio dell'istituto del concordato preventivo superando la classica dicotomia tra natura privatistica e quella pubblicistica.

A tal fine si ritiene opportuno, in via preliminare, determinare e definire i soggetti e gli interessi che interagiscono nelle ipotesi di insolvenza; concetto da intendersi, principalmente, e almeno nelle premesse, nella mera accezione economica e finanziaria, così come meglio si vedrà *infra*.

Tale metodo di studio e analisi potrebbe apparire il risultato negativo di un compromesso fra una impostazione salomonica da uomo di strada e un arduo sillogismo giuridico di un aspirante servo del diritto, ma è un rischio che si vuol assumere.

Ed è proprio sul concetto di rischio che si concentrano i primi paragrafi del presente studio e, forse, l'analisi dell'intero elaborato. In tale contesto, infatti, "rischio" e "interesse", seppur concetti autonomi e differenti, appaiono spesso sinonimi, in quanto criteri di analisi dell'istituto del concordato preventivo, la cui fenomenologia è complessa e multidimensionale, investendo più soggetti e più interessi<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Il Fall.*, 2015, 10, 1137 e ss.; in giurisprudenza, si veda Cass. Civ. SS.UU. n. 1521/2013.

Tale coinvolgimento si basa su un compromesso di cui l'iniziativa economica e il mercato sono i fattori concorrenti. Il compromesso, nel caso di specie, è da intendersi nella sua accezione latina di <cum> “insieme” e <promissus> “promesso”, inteso come condivisione di un progetto; progetto rappresentato da “*un mercato prospero e fecondo di ricchezza*”. A questo progetto concorrono i vari *players*, ossia l'imprenditore, i finanziatori, i creditori, i consumatori, il sistema e l'ordinamento. È chiaro che per il raggiungimento di tale scopo ognuno di questi protagonisti del mercato deve assumere un rischio. L'imprenditore assume il rischio di impresa, i creditori/finanziatori assumono il rischio di scommettere sull'attività di impresa e l'ordinamento assume il rischio, con l'emanazione dei propri *standards* e *rules*, di limitare, o idealmente eliminare, le patologie del sistema attraverso la ricerca del punto di equilibrio tra il diritto del singolo di disporre del proprio patrimonio e il diritto dei creditori a ottenere quanto di loro spettanza<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sull'importanza della legge si veda STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 33, secondo cui “*la legge è necessaria perché le condizioni alle quali l'imprenditore, da un lato, e i creditori, dall'altro, si sono accordati per finanziare l'impresa vengano rispettate nel corso del tempo, anche qualora le condizioni che sussistevano al tempo del finanziamento mutino, e dunque per dare a tutti i creditori, anche quelli non professionali, la garanzia del rispetto delle scadenze pattuite per il rimborso e della massima soddisfazione in termini di capitale e interessi*”.

La prima logica conseguenza a tale approccio è che l'eventuale risultato negativo, inteso nella sua accezione economico-finanziaria, non è una patologia ma uno dei due risultati possibili del progetto<sup>3</sup>.

Ne consegue che l'insolvenza, intesa come “*differenziale negativo fra costo e rendimento del capitale*<sup>4</sup>”, non è una patologia ma uno dei risultati possibili del mercato<sup>5</sup>. Anzi, l'insolvenza fino ad arrivare al fallimento deve, o potrebbe, rappresentare un nuovo punto di partenza, il c.d. *fresh start*<sup>6</sup>. Secondo Ford, infatti, il fallimento costituisce la possibilità di ricominciare in maniera più intelligente. È chiaro, tuttavia, che seppur non connotata da patologia, l'insolvenza è comunque un

---

<sup>3</sup> I risultati ottenibili esercitando un'attività di impresa, in realtà, sono più di due atteso che il la differenza fra il costo e il rendimento del capitale può essere positiva, pari a zero o negativa.

<sup>4</sup> STANGHELLINI, nt. 2, 10.

<sup>5</sup> D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 411, secondo cui “*Il corollario 217 recita: «ogni esposizione ad un rischio, se protratta abbastanza a lungo, mette capo alla realizzazione dell'evento negativo: la catastrofe è solo questione di tempo».* Se ne desume che ogni impresa, quale attività per definizione rischiosa, è destinata prima o poi a fallire. Ci dobbiamo perciò togliere dalla testa l'idea che il fallimento sia un fenomeno anomalo, un incidente che in qualche modo esorbiti dall'ordine naturale delle cose. Al contrario, il fallimento è la fine non solo naturale, ma anche ineluttabile cui ogni iniziativa economica in un regime di libera concorrenza è a lungo andare destinata”; ed ancora, sul medesimo punto, LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2001, II, 331; in giurisprudenza, si veda Cass. Civ. SS.UU. n. 1521/2013.

<sup>6</sup> MANGANELLI, nt. 1, 1136; sul punto si veda altresì, *American bankruptcy Institut, Commission to study the reform of Chapter 11*, 2012-2014 su [corp.gov.law.harvard.edu/2015/01/04](http://corp.gov.law.harvard.edu/2015/01/04) (*abi-commissione to study the reform of chapter 11 report*).

risultato negativo cui nessuno in astratto tende o vorrebbe tendere atteso che, comunque, comporterà il sacrificio, totale o parziale, di alcuni degli interessi coinvolti<sup>7</sup> quali ad esempio **i)** l'interesse dell'imprenditore a ottenere una propria remunerazione della propria idea imprenditoriale e del rischio di impresa assunto; **ii)** l'interesse dei lavoratori a poter continuare a lavorare e fare affidamento sulla propria retribuzione; **iii)** l'interesse dei finanziatori a ottenere un ritorno del proprio capitale investito e, conseguentemente, ad ottenere un guadagno; **iv)** l'interesse dei creditori, da un lato, a ottenere il recupero totale del proprio credito, e dall'altro lato, a poter sviluppare e rafforzare i rapporti commerciali in essere, se positivi; infine, **v)** l'interesse dell'ordinamento a far sì che l'iniziativa economica privata abbia dei riflessi, direttamente e indirettamente, positivi su tutto l'ordinamento<sup>8</sup>.

Tale conclusione rappresenta un punto cruciale nell'analisi dell'istituto. Il passaggio della visione dell'insolvenza da risultato patologico a fisiologico, infatti, ha comportato e comporta un'evoluzione del sistema normativo; evoluzione nel senso di ricerca di un nuovo compromesso tra i *players* del mercato, sia dal lato dell'imprenditore (basti pensare che sono venuti meno i requisiti di "onorabilità" precedentemente previsti), sia dal lato dei creditori (il ruolo degli stessi è cambiato, con un ampliamento dei loro poteri e delle loro capacità di incidere positivamente nella procedura), sia dal lato dell'ordinamento e dell'interferenza dell'autorità giudiziaria (è mutato il ruolo degli organi della procedura e del sindacato dell'organo

---

<sup>7</sup> LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2005, 04, 361.

<sup>8</sup> STANGHELLINI, nt. 2, 68.

giudiziario). Ed invero, si è assistito nel tempo ad un oggettivizzazione della crisi e a una conseguente spersonalizzazione della stessa<sup>9</sup>.

Proprio la multidimensionalità dell'insolvenza ha una logica e immediata conseguenza nel metodo di analisi che verrà utilizzato. L'insolvenza, nel momento in cui si verifica, pur essendo propria, almeno formalmente, di quell'impresa, non è attribuibile a un unico soggetto (imprenditore, impresa, creditori, ordinamento), bensì rappresenta il risultato negativo del progetto condiviso dai vari operatori del mercato che, comunque, subiscono un pregiudizio; pregiudizio che, per la negatività intrinseca alla parola medesima, richiede una giusta e adeguata tutela. È questo il compito del legislatore che, mediante la previsione di un insieme di dettati normativi, interviene al fine di conciliare e trovare un punto di equilibrio fra gli interessi coinvolti e in considerazione del rischio assunto dai vari operatori del mercato. In tale direzione vanno quelle disposizioni normative che disciplinano quelle procedure speciali che si affiancano, o addirittura si sostituiscono, alle più comuni procedure esecutive.

Il legislatore, cioè, ricorre all'introduzione delle c.d. procedure concorsuali, o volgendo lo sguardo al diritto comparato, alle c.d. procedure di insolvenza<sup>10</sup> che si

---

<sup>9</sup> PALETTA, *Tempestiva emersione della crisi e qualità dei piani di concordato, prime evidenze empiriche*, in *Fall.*, 2013, 9, 1038; FABIANI, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del Codice Civile e Codici Collegati Scialoja - Branca - Galgano* a cura di Giorgio De Nova, Bologna, 2014, 35.

<sup>10</sup> Ed invero, a livello comunitario fin dai primi anni 2000 è stata utilizzata l'espressione "procedura di insolvenza", come dimostrato dal Reg. 1346/2000; a livello nazionale, bisognerà, invece, attendere il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210; sul punto, SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 609.

caratterizzano per l'imposizione, nell'interesse collettivo di un corretto e regolare andamento del sistema, ai creditori delle remissioni totali o parziali a fronte dell'astratto diritto del singolo di ottenere il soddisfacimento delle obbligazioni dallo stesso vantate nei confronti del debitore<sup>11</sup>.

Si tratta di uno sforzo teso alla ricerca di un punto di equilibrio tra il principio di responsabilità patrimoniale e la massimizzazione dell'oggetto (*i.e.*, l'impresa) su cui tale responsabilità si basa. Tale equilibrio, nella procedura di concordato preventivo, si fonda su una situazione di compromesso. Il compromesso, inizialmente, nella predominanza di un approccio tipicamente liquidatorio, noto come ricerca del soddisfacimento massimo dei creditori, pur lasciando al debitore che coopera la possibilità di salvare qualcosa; oggi, con la normativizzazione della finalità di risanamento dell'impresa, consiste anche nella ricerca del miglior soddisfacimento dei creditori, tenuto conto, dell'effettiva potenzialità dell'impresa.

Ecco, ancora, una volta la dimostrazione pratica della multidimensionalità dell'insolvenza. Il fine supremo cui tende la procedura di insolvenza, in generale, e del concordato preventivo, nello specifico, è infatti quella di ricomporre una frattura tra i *players* del mercato: *da un lato*, l'imprenditore in difficoltà, *dall'altro lato* un'impresa, a volte ancora capace, almeno potenzialmente, di produrre ricchezza, e, *dall'altro lato*

---

<sup>11</sup> STANGHELLINI, nt. 2, 16 secondo cui “*con tali procedure lo stato mira a regolare la situazione che viene a prodursi allorché il soddisfacimento dei debiti dell'imprenditore è messo in discussione*”, l'Autore prosegue affermando che “*in linea di principio, la procedura di insolvenza dovrebbe porsi come proiezione e attuazione del sistema di regole ordinatorio, del quale il rispetto dell'ordine di priorità è un caposaldo*”.

*ancora*, i creditori sfiduciati dall'eccessivo uso, o addirittura abuso, del debito (quale strumento per la realizzazione del proprio progetto imprenditoriale) da parte dell'imprenditore; il tutto all'interno di un ordinamento e di un sistema in cui l'autorità giudiziaria vigila affinché tutto ciò possa avvenire regolarmente, non intaccando il sistema e la fiducia degli operatori del mercato.

Appare, quindi, necessario, una volta formulata la premessa che l'insolvenza sia il risultato economicamente negativo, ma non di per sé patologico, di un progetto condiviso da più *players*, cercare di delineare il profilo soggettivo di ogni singolo operatore in relazione all'insolvenza. Per far ciò, bisogna forse superare le definizioni dogmatiche per ricercarne di nuove in grado di esaltare questa condivisione. Ed invero, pur trattandosi di soggetti differenti con ruoli differenti, tutti contribuiscono alla realizzazione del progetto: tentare di generare o produrre nuova ricchezza.

Un tale approccio, come si vedrà, ha come logica conseguenza quella di ridimensionare il ruolo dell'imprenditore ed esaltare il valore dell'impresa in sé, un soggetto-oggetto autonomo, il cui valore è rappresentato dalla capacità della medesima di generare o creare ricchezza. Volendo esser provocatori, e con un approccio sistematico all'evoluzione normativa intervenuta, si può affermare che la procedura concorsuale sia, ormai, retta dal principio della proprietà commutativa dove ciò che conta è il risultato della somma (*i.e.*, produzione e generazione di ricchezza), indipendentemente dall'ordine dei fattori.

A conferma di ciò si pensi che, almeno inizialmente, è l'imprenditore che, con una situazione di compromesso e sul presupposto di una fiducia del mercato, o meglio

dei creditori (siano essi, inizialmente, le banche o, più in generale, soggetti finanziatori, siano essi, in seguito, i fornitori e qualunque altro terzo che si relazioni all'operatore commerciale), persegue la propria iniziativa imprenditoriale al fine di prosperare generando o producendo ricchezza<sup>12</sup>. Anzi, è su questo presupposto che trova avvio l'attività imprenditoriale. Una volta avviata, però, l'attività imprenditoriale, a rilevare è l'impresa in sé e il suo avviamento oggettivo. L'impresa è infatti un congegno produttivo che si assume e/o si presume idoneo a generare più ricchezza di quella utilizzata per farla funzionare. Ed invero, l'avvio dell'esercizio di impresa si basa sul concorso del capitale di rischio e di quello di credito<sup>13</sup>.

Il concorso di questi due fattori produttivi evidenzia che l'impresa non è il prodotto unicamente dell'idea imprenditoriale del singolo, ma rappresenta una scommessa di tutti gli operatori del mercato.

Il capitale di credito, infatti, rappresenta il presupposto necessario all'avvio di un'attività imprenditoriale poiché, da un lato, fornisce lo strumento effettivamente necessario (i.e., il denaro) per la realizzazione dell'idea imprenditoriale e, dall'altro lato, rappresenta l'esternalizzazione del rischio, o meglio, *“un'esternalizzazione del*

---

<sup>12</sup> STANGHELLINI, nt. 2, 10 secondo cui *“la premessa dell'indagine è che l'attività di impresa nasce e prospera grazie al debito e al differenziale fra il costo del capitale e il profitto che l'imprenditore si attende dal suo impiego”*.

<sup>13</sup> LIBONATI, nt. 5, 331 secondo cui a bene vedere il capitale di rischio comporta un maggior soddisfo in caso di esito positivo dell'iniziativa imprenditoriale mentre il capitale di credito offre maggiori garanzie nelle ipotesi di recupero.

*costo del fallimento*”, a conferma della multidimensionalità del fenomeno<sup>14</sup>. A tal fine, bisogna qui ricordare che l’avvio di un’attività imprenditoriale trova il suo fulcro su una corretta proporzione tra il capitale di rischio e quello di debito per la realizzazione dell’idea. Tale debito, volendo tradurlo in termini non economici, rappresenta il grado di fiducia potenziale con cui il mercato, qui da intendersi i finanziatori e i creditori, valuta quell’idea imprenditoriale. Tale rapporto di fiducia trova la propria corrispondenza nei risultati dell’attività di impresa. *Nulla quaestio* se i risultati dell’impresa sono positivi e quindi, il differenziale fra ricavi e costi/debito è positivo; diversamente, qualora il risultato sia negativo, occorre interrogarsi su quali siano le cause.

Nell’esercizio di impresa, la generazione di ricchezza o di nuova ricchezza è, pertanto, non un punto di partenza, ma un punto di arrivo cui tendono l’imprenditore e coloro che con il capitale di credito hanno sostenuto e sostengono quella specifica attività d’impresa. Tuttavia, come già detto, tale traguardo non sempre è raggiungibile e, anzi, può verificarsi che, anziché creare o generare nuova ricchezza, l’attività di impresa, per una serie di fattori (meglio analizzati *infra*), degeneri in un’insolvenza, qui da intendersi in senso giuridicamente atecnico, come “*differenziale negativo fra costo e rendimento del capitale*”<sup>15</sup>.

L’insolvenza è, quindi, una delle conseguenze fisiologiche dell’aver assunto il rischio di impresa, fatte salve le ipotesi di abuso da parte di uno degli operatori del

---

<sup>14</sup> D’ALESSANDRO, nt. 5, 413 e ss.

<sup>15</sup> STANGHELLINI, nt. 2, 10.

mercato. Ed invero, la non identificazione di un profilo patologico incontra logicamente i limiti dell'eventuale abuso da parte del debitore o il verificarsi di alcuni fattori, di per sé patologici, che intervengono nell'esercizio di un'attività di impresa.

La connaturazione fisiologica dell'insolvenza non esclude, tuttavia, l'esistenza di effetti negativi nel o sul sistema, atteso che l'insolvenza in sé non colpisce solo l'imprenditore bensì l'impresa intesa come risultato del concorso di tutti gli operatori del mercato.

Tale aspetto rappresenta un punto cruciale nell'analisi dell'istituto atteso che è l'attività di impresa a essere favorita e tutelata dall'ordinamento e non l'imprenditore. Bisogna, cioè, nell'analisi del concordato preventivo, tenere a mente che fin dall'origine vi è stata una spersonalizzazione della attività imprenditoriale dal soggetto che la esercitava. Sebbene oggetto di analisi nei paragrafi successivi, basti qui considerare che l'evoluzione normativa del concordato preventivo si muove in questa direzione. Nel corso dell'evoluzione normativa, infatti, vengono meno i presupposti soggettivi connessi alla figura del debitore in favore di una maggiore focalizzazione sulla capacità dell'attività di impresa di poter ritornare sul mercato per produrre e/o generare ricchezza, con il beneficio non solo dei creditori coinvolti ma dell'intero mercato.

Si tratta, a dire dello scrivente, di un'applicazione *in fieri* di un principio che fonda le proprie radici nell'art. 41 della Costituzione secondo cui a essere tutelato non è il soggetto che assume l'iniziativa privata economica ma è l'iniziativa in sé e per sé.

Per il raggiungimento del fine di questo elaborato si ritiene doveroso soffermarsi sul concetto di insolvenza nell'accezione qui utilizzata, almeno in questo primo capitolo, e che rappresenta un insieme di premesse maggiori che in un sillogismo giuridico vogliono tendere a offrire lo spunto per la definizione di una nuova cornice interpretativa.

## 2) L'insolvenza in senso tecnico

Ai fini della corretta lettura di questo capitolo, come detto sopra, si ritiene opportuno evidenziare che è necessario, almeno inizialmente, superare i limiti cui è circoscritto, in termini fallimentari, il concetto di insolvenza per privilegiarne il profilo meramente economico-finanziario, e ciò, anche al fine di superare, almeno per il momento, la dicotomia tra “*stato di insolvenza*” e “*stato di crisi*”, e soffermarsi, quindi, sui principi generali che regolano le ipotesi in cui l'attività imprenditoriale non raggiunga risultati “non positivi” (la formulazione in termini negativi è appositamente dettata dalla volontà di esaltare la natura fisiologica del risultato indipendentemente dal delta dello stesso).

Analizzata dalla prospettiva del mercato, pertanto, l'insolvenza è una valutazione negativa del mercato sulla capacità finanziaria dell'imprenditore di rimborsare il capitale di credito concessogli dal mercato mediante l'esercizio di quella specifica attività di impresa<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> STANGHELLINI, nt. 2, 34.

La formulazione sottolinea la necessità ontologica di separare i due profili; *il primo*, relativo all'imprenditore e, *il secondo*, relativo all'impresa, purché il giudizio del mercato, inizialmente, e degli organi giudiziari, poi, si fondi su prospettive diverse atteso che al risultato "non positivo" concorrono più fattori e/o cause come, ad esempio, l'incapacità imprenditoriale di onorare i propri impegni, il mancato apprezzamento del mercato o altre possibili cause che concorrono alla definizione del c.d. "rischio di impresa".

L'insolvenza è, quindi, il risultato della sommatoria di più fattori. Tale principio non è, almeno inizialmente, stato recepito dal legislatore nella formulazione delle norme che hanno regolato e regolano tali aspetti. Ed invero, fin dalle origini, il risultato negativo dell'attività imprenditoriale è stato visto, analizzato e disciplinato, come un valore unidimensionale basato non su un giudizio che concernesse l'attività imprenditoriale, bensì il suo fautore principale: l'imprenditore. In tal senso, infatti, le prime forme di disciplina dell'insolvenza hanno rappresentato la commistione di profili morali e sociali focalizzati sulla persona e non sull'impresa. Vi è stato, infatti, un giudizio di meritevolezza sull'imprenditore e non sull'attività imprenditoriale (si guardi *infra*, l'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali) coerentemente al giudizio morale che ha sempre permeato, in negativo, il risultato "non positivo" non dell'impresa ma del debitore che aveva assunto il rischio di impresa. Lo scopo, infatti, non è stato quello di salvare l'impresa e, per effetto consequenziale, l'intero mercato. L'unico fine è stato quello di restituire e riconoscere all'imprenditore "onesto" e

“meritevole” una formale dignità sociale e morale, già di per sé intrinsecamente minacciata e violata dalla prospettiva del fallimento.

### **3) I principi costituzionali e, in generale, i principi che regolano le procedure di insolvenza**

Il ricorso al profilo meramente economico-finanziario del concetto di insolvenza, come detto, è finalizzato all'inquadramento delle premesse maggiori di questo tentativo di un nuovo sillogismo giuridico cui si tende. Al fine di una corretta formulazione delle premesse maggiori, si ritiene doveroso svolgere alcune considerazioni di natura costituzionale al fine di offrire un quadro sistematico della disciplina delle procedure concorsuali e, in particolare, del concordato preventivo.

In particolare, il primo principio costituzionale che incide particolarmente nelle procedure concorsuali è il continuo stato di tensione della medesima verso la ricerca di un punto di equilibrio fra interessi tutelabili e tutelati del nostro ordinamento, avendo il legislatore, con l'art. 24 della Costituzione, elevato a rango costituzionale lo strumento processuale quale mezzo attraverso cui, secondo il Chiovenda, bisogna dare *“per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello che ha diritto di conseguire”*<sup>17</sup>.

Tale principio, se rapportato alle procedure concorsuali, sembrerebbe comportare come logica conseguenza, *“che l'unica ipotesi di scarto fra utilità garantite dal diritto sostanziale e utilità assicurate dal processo, è quella in cui il*

---

<sup>17</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1960, 40.

*patrimonio del debitore non sia sufficiente a soddisfare il creditore: ed è «scarto» non attribuibile al processo. Laddove si consuma, perché interdetta dalla legge, la tutela esecutiva individuale, non si potrebbe senza violazione dell'art. 24 Cost. prevedere che al suo posto ci sia una procedura concorsuale finalizzata al soddisfacimento del diritto dei creditori. Forme procedurali che prevedano, non come incidente di percorso, ma come sbocco fisiologico, l'ablazione della garanzia patrimoniale, incorrerebbero quanto meno nella violazione dell'art. 24 Cost»<sup>18</sup>.*

Questa direttiva interpretativa trova tuttavia, a dire dello scrivente, un limite in quanto intrinsecamente connotata da un giudizio morale e di valore sulla procedura concorsuale in generale. Ed invero, lo strumento processuale della procedura concorsuale non ha lo scopo di ablare, scolpire, sminuire la garanzia patrimoniale del creditore bensì di fornirgli la migliore garanzia concretamente perseguibile. In tal senso, depone anche l'utilizzo terminologico della parola "interesse" al posto di diritto e le recenti riforme in tema di concordato preventivo, in particolare quello in continuità. Tale espressione, infatti, intrinsecamente connaturata da una minor tutela, deve essere interpretata come la più efficiente forma di tutela concretamente attuabile per il creditore che, si ribadisce, ma non al fine di sminuirne il ruolo, è uno dei tanti soggetti coinvolti e interessati nelle ipotesi dell'insolvenza.

Utilizzare l'espressione diritto al posto di interesse avrebbe sancito una scelta formale di elevazione di tale posizione rispetto alle altre coinvolte; così facendo,

---

<sup>18</sup> ROVELLI, *Luci e ombre della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2000, 4, 46.

sempre a dire dello scrivente, si sarebbe forse violato uno dei cardini della nostra costituzione: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione; principio che, per la portata ideologica e astratta intrinseca, ha spinto la stessa Assemblea Costituente a disciplinare e prevedere, nel secondo comma, una disposizione normativa che ne consentisse in concreto il raggiungimento. È in questo senso che si ritiene debba essere letto e utilizzato il termine interesse nel momento in cui ci si relaziona all'insolvenza.

Per questi motivi, si ritiene che la miglior risposta dell'ordinamento al soddisfacimento dell'interesse dei creditori, nelle procedure concorsuali, non sia quello di permettere agli stessi una tutela astrattamente piena, ma concretamente vuota, bensì di perseguire e raggiungere la miglior risposta, concretamente possibile, a tali ragioni di credito e ciò, nel rispetto anche degli altri interessi. Il fine non deve essere solo quello di soddisfare il singolo ma la collettività e, per far ciò, la procedura concorsuale trova la propria causa nella ricerca della miglior soluzione concretamente possibile: dal concordato preventivo alle altre soluzioni previste o che verranno previste dall'ordinamento fino ad arrivare, in ipotesi estrema, al fallimento.

È questo il criterio interpretativo con cui concretamente bisogna introdurre e analizzare ogni singola soluzione concorsuale. È questa la premessa per l'introduzione del concetto di discrezionalità, intesa come vincolatività nel fine, all'interno delle procedure concorsuali; fine rappresentato dalla ricerca del miglior punto di equilibrio fra gli interessi coinvolti.

Il piano processuale riflette, necessariamente, un principio di diritto sostanziale sancito all'art. 41 della Costituzione, secondo cui *“l’iniziativa economica privata è libera”*.

La norma rientra nella c.d. costituzione economica, cioè in quella parte della Costituzione italiana che disciplina i rapporti economici.

Per la sua valenza semantica, la norma costituisce il corollario su cui si fonda il nostro ordinamento. Ed invero, con la disposizione normativa in oggetto si afferma il principio della libera iniziativa economica e privata. L'iniziativa economica consiste nella libertà di intraprendere un'attività economica, mediante l'organizzazione di alcune risorse, al fine di generare o produrre nuova ricchezza, nel rispetto dei limiti sanciti in costituzione, in cui l'utilità sociale rappresenta il limite fondamentale che circoscrive, insieme alla sicurezza, libertà e dignità dell'uomo, gli ambiti entro i quali l'attività economica privata può liberamente essere svolta.

L'analisi letterale della disposizione normativa evidenzia che oggetto della tutela è l'iniziativa economica e non il suo risultato; quest'ultimo, infatti, rappresenta la finalità dell'iniziativa economica ma non un obbligo e, tale finalità, può essere perseguita purché soddisfi l'utilità sociale. Già, quindi, l'interpretazione letterale evidenzia l'oggettivizzazione dell'impresa. Ed invero, ad essere tutelato ed elevato a rango costituzionale non è il soggetto che assume l'iniziativa economica bensì l'iniziativa economica in sé. Tale oggettivizzazione rappresenta il fulcro su cui si deve basare la disciplina delle procedure concorsuali.

Non solo, a ciò si aggiunga che il legislatore ha scelto di non disciplinare espressamente “*la generazione o la produzione di ricchezza*” lasciandola a mera finalità; e ciò a dimostrazione che, per i motivi già espressi, la produzione di ricchezza sia, sì, il risultato a cui tendere, ma non il solo concretamente realizzabile. Tale consapevolezza ha, infatti, spinto il legislatore a introdurre delle limitazioni all’iniziativa economica prevedendo che, lo stesso, non debba ledere o incidere sull’utilità sociale, sulla dignità umana e sociale.

In quest’ottica la procedura concorsuale rappresenta lo strumento attraverso cui dare attuazione sostanziale alla disposizione normativa. La procedura concorsuale, in altre parole, rappresenta il limite, con una logica gradazione del limite a seconda della procedura concorsuale concretamente perseguita, all’iniziativa privata nel momento in cui la medesima possa incidere sull’equilibrio sociale cui la medesima iniziativa stessa tende e su cui si fonda.

#### **4) *Le prime risposte dell’ordinamento agli episodi di differenziale negativo: la c.d. moratoria***

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte che, come detto, rappresentano le premesse dell’analisi che si sta svolgendo, è necessario rivedere l’evoluzione normativa della disciplina al fine di definirne i limiti.

Per comprendere a pieno la prima impostazione del concordato preventivo, caratterizzatosi appunto per la centralità del soggetto (l’imprenditore) e non dell’impresa, si ritiene opportuno svolgere alcune brevi cenni sulle figure affini al

concordato preventivo che hanno contraddistinto il nostro sistema normativo fino alla promulgazione della legge 24 maggio 1903 n. 197, con cui è stato appunto introdotto l'istituto del concordato preventivo.

Ed invero, già nel codice del commercio, in particolare agli articoli 819 - 829, il legislatore ha introdotto l'istituto della "moratoria", un istituto per certi versi affine alle attuali figure del c.d. "concordato in bianco" e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. L'analogia di tale istituto con il concordato in bianco è rappresentata dalla possibilità di formulazione del piano (*rectius*, accordo amichevole) nel termine di sei mesi dall'autorizzazione del tribunale. A differenza di quanto previsto oggi, però, si è previsto che il termine concesso potesse essere prorogabile di altri sei mesi solo con il consenso dei creditori<sup>19</sup>. Questi ultimi, a differenza dell'attuale disciplina prevista per l'omologazione, non dovevano manifestare una vera e propria approvazione ma limitarsi a dare il consenso. Con la logica conseguenza, come avviene per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, che l'eventuale creditore dissenziente, non rimanendo vincolato all'accordo amichevole, avrebbe mantenuto il proprio diritto ad ottenere il pagamento integrale del proprio credito<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Nel *Chapter 11* il blocco delle azioni individuali (il c.d. "*automatic stay*") è la conseguenza automatica dell'apertura di una procedura di *Chapter 11* e permane per tutta la durata della procedura; in realtà detto meccanismo subisce alcune limitazioni all'interno del *Chapter 11* in particolare ai paragrafi 361 e 362 del *Bankruptcy Code*, sul punto, si veda COOK, - FAINMAN, *The bankruptcy code's automatic stay*, in [www.srz.com](http://www.srz.com).

<sup>20</sup> FABIANI, nt. 8, 8; BOLAFFIO, *Moratoria: accordo amichevole dei creditori, obbligatorietà per dissenzienti*, in *Tem. ven.*, 1901, 152 e ss.

Con l'introduzione di tale istituto, il legislatore ha permesso, quindi, al debitore "incolpevole" di ottenere la sospensione provvisoria dell'esecuzione della sentenza di fallimento, previo deposito dei libri di commercio regolarmente tenuti<sup>21</sup>. Tale condizione di ammissibilità ha trovato la propria giustificazione nella circostanza che l'istituto fosse stato concepito come strumento per il debitore non colpevole, o affermandolo in positivo, il debitore meritevole. Tale necessario giudizio di non colpevolezza ha trovato, poi, il proprio riflesso pratico e normativo nell'esaltazione del profilo pubblicistico e nella circoscrizione del ruolo dei creditori. Ed invero, poiché non era necessaria una specifica e formale approvazione da parte dei creditori, ai fini della determinazione del giudizio di meritevolezza o meno del debitore, a rilevare non era tanto il sindacato dei creditori, bensì quello del giudice<sup>22</sup>.

Come già affermato *supra*, l'istituto, prodromico alla nascita delle procedure concorsuali, ha trovato il proprio fondamento nella deroga alla normale disciplina dell'esecuzione forzata a dimostrazione della multidimensionalità dell'insolvenza (sempre qui intesa come differenziale negativo fra costi e ricavi).

Tale multidimensionalità si è focalizzata, come avverrà per la disciplina del concordato preventivo fino alla riforma del 2005, non tanto sul valore dell'impresa quanto sull'imprenditore e sulla sua "non colpevolezza" agli occhi degli altri operatori del mercato. Rivisitando l'istituto della moratoria secondo i dettami costituzionali appena analizzati, emerge chiaramente il limite dell'istituto, consistente nel soddisfare

---

<sup>21</sup> FABIANI, nt. 8, 7.

<sup>22</sup> VITALEVI, *La moratoria*, Torino, 1884, 21.

solo parzialmente il dettame costituzionale a causa della prevaricazione del ruolo dell'imprenditore sull'impresa.

5) *La nascita del concordato preventivo, l'autoreferenzialità della disciplina fallimentare all'epoca fascista e le prime riforme della legge fallimentare*

Come evidenziato, l'istituto della moratoria è apparso manchevole nella misura in cui il giudizio sulla meritevolezza del debitore è stato rimesso esclusivamente al giudice, con la conseguenza che i creditori sono stati degradati rispetto al rango del sindacato del giudice<sup>23</sup>. Ed invero, l'istituto rappresentava la procedura introdotta per premiare il "fallendo onesto ma sfortunato"; principio, peraltro ispiratore anche del *Bankruptcy Acts* del 1898, che ha trovato il proprio fondamento nella volontà del legislatore di permettere all'imprenditore di riprendere la propria attività commerciale anche al fine

---

<sup>23</sup> D'ALESSANDRO, nt. 5, 412, secondo cui "Il vecchio pregiudizio secondo il quale falliva solo l'imprenditore disonesto («decoctor, ergo fraudator») è il relitto dell'epoca in cui i nostri istituti si formavano - la civiltà comunale italiana del medio evo - e il prodotto del sistema economico allora vigente, quello corporativo. Là dove un potere centrale disciplina l'economia, controllando gli accessi, i prezzi ecc., al fine di garantire a ciascuno la sua quota di mercato, non c'è, per definizione, concorrenza e, perciò, neppure rischio. In un sistema siffatto è vero che fallisce solo l'imprenditore disonesto"; in tal senso anche LIBONATI, nt. 5, 330 secondo cui, in un passaggio volto alla rivisitazione storica dell'insolvenza, l'Autore evidenzia che inizialmente "l'insolvenza appare come il momento conclusivo di una continua condotta dolosa con cui il decotto, deliberatamente, ha voluto arrecare pregiudizio agli interessi dei suoi creditori"; ed ancora, sempre in argomento, si veda MORTARA, *Sull'interpretazione dell'art. 825 del codice di commercio*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 187 e ss.

di garantire lo sviluppo e la crescita della collettività, c.d. "*fresh start and a second chance*"<sup>24</sup>.

Per questi motivi, con la legge 24 maggio 1903, n. 197, è stato introdotto l'istituto del concordato preventivo. Tale istituto è apparso, fin da subito, ricco di novità anche e soprattutto alla luce della *ratio* ispiratrice. La novella ha cercato di superare i limiti della moratoria rappresentati, da un lato, dal ruolo dell'accordo amichevole quale strumento eccessivamente favorevole ai creditori e, dall'altro lato, dalla predominanza della volontà del giudice; limiti che hanno reso la moratoria un istituto fecondo a condotte opportunistiche<sup>25</sup>.

Il concordato preventivo si è posto, quindi, come una "*procedura mite*"<sup>26</sup>. La *ratio* era, infatti, quella di offrire all'imprenditore ("*debitore corretto ma sfortunato*") il coinvolgimento nella procedura fallimentare, vista ancora come una risposta sanzionatoria e riprovevole da parte dell'ordinamento, e al contempo, permettere il miglior svolgimento delle relazioni commerciali, evitando l'attribuzione di qualsivoglia pregiudizio ai creditori che inconsapevolmente e senza alcuna responsabilità si trovassero coinvolti<sup>27</sup>.

Fin dalle origini della disciplina, quindi, è apparso in un certo modo il recepimento, seppur limitato, del profilo multidimensionale dell'insolvenza, inteso

---

<sup>24</sup> MANGANELLI, nt. 1, 1136.

<sup>25</sup> BUTERA, *Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938, 23 e ss.

<sup>26</sup> FABIANI, nt. 8, 9.

<sup>27</sup> FABIANI, nt. 8, 9; BUTERA, nt. 25, 25.

come risultato non del singolo ma dell'intero sistema. Questo cambiamento ha comportato sul piano dottrinale e giurisprudenziale l'avvio di un dibattito circa la corretta qualificazione giuridica del meccanismo di funzionamento<sup>28</sup>.

La qualificazione del concordato come “*contratto di carattere eminentemente giudiziale*” era già di per sé sufficiente a evidenziare la grande dicotomia esistente attorno alla natura dell'istituto. L'immediata conseguenza di una tale qualificazione è stata quella di spingere il legislatore, nell'epoca fascista, a riconoscere, anche formalmente, l'autoreferenzialità della disciplina fallimentare, intesa come una via di mezzo fra la disciplina di diritto sostanziale e quella di diritto processuale<sup>29</sup>. Ed invero, il concordato preventivo è divenuto, quindi, lo strumento di risposta all'interesse del debitore a evitare l'infamia del fallimento e l'interesse dei creditori a ottenere il miglior soddisfacimento possibile rispetto alla mera procedura di liquidazione fallimentare<sup>30</sup>. Tale autonomia funzionale alla disciplina fallimentare non ha avuto come effetto un cambiamento radicale attorno ai giudizi di valore morale di tali istituti.

---

<sup>28</sup> Il concordato preventivo, invero, è stato subito qualificato come un “*contratto di carattere eminentemente giudiziale*”; sul punto, FABIANI, nt. 8, 10, secondo cui “*posto che l'istituto veniva reputato giovare anche all'interesse pubblico favorendo la permanenza di un imprenditore nel mercato; un interesse pubblico sublimato nella prevista omologazione del concordato*”; in argomento si veda altresì, BUTERA, nt. 25, 57 e ss.; BOLAFFIO, nt. 20, 32 e ss.; RAMELLA, *Trattato del fallimento*, Milano, 1903, 20.

<sup>29</sup> SATTA, *La nuova legge sulle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, 37.

<sup>30</sup> LO CASCIO, nt. 7, 361.

La procedura fallimentare è rimasta, quindi, uno strumento “*per eliminare risorse male impiegate*”, far fuori gli imprenditori incompetenti<sup>31</sup>. L’autoreferenzialità della disciplina fallimentare ha comportato una maggiore discrezionalità nella scelta delle operazioni e/o delle soluzioni perseguibili dal debitore prevedendo, fra l’altro, la cessione dei beni come strumento di soddisfazione dei creditori<sup>32</sup>.

Si è trattato, insomma, di novità, sicuramente positive che, però, hanno continuato a risentire di alcuni limiti interpretativi atteso che, nella concezione sociale, il concordato preventivo altro non era che uno strumento, per evitare il fallimento, a disposizione dei debitori meritevoli, dimenticando o meglio trascurando i profili oggettivi della disciplina (l’impresa e gli interlocutori che a vario titolo si relazionano alla stessa)<sup>33</sup>. A conferma dell’esistenza di questa lacuna che, forse, oltre che essere

---

<sup>31</sup> LO CASCIO, *Risanamento dell’impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Il Fall.*, 2000, 4, 42, secondo cui “*nessun intervento, dunque, per conservare l’impresa insolvente, ma piuttosto per eliminarla a vantaggio dell’economia*”.

<sup>32</sup> REZZERA, *Se nel concordato preventivo sia ammissibile la proposta di rimettere ai creditori la liquidazione amichevole dell’intero patrimonio del debitore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, 686; CENSONI, *Verso il primo centenario del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 240 e ss.

<sup>33</sup> ROVELLI, *Luci e ombre della nuova legge sull’amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2000, 45 secondo cui “*gli interessi che gravitano attorno all’impresa, e soprattutto alla grande impresa, sono tali e di tale spessore (pensiamo non solo all’abusato problema dell’interesse del mantenimento dei posti di lavoro, a quello dell’indotto, ma anche alla non dispersione di valori organizzativi dati dall’aggregazione) che non è così automatica l’identificazione dell’impresa, o meglio della sua proiezione oggettiva, l’azienda, con il mero oggetto dell’azione esecutiva dei creditori. Occorre quindi la ricerca di un punto di equilibrio, e il punto di equilibrio fra i due interessi non è un qualche cosa che è definibile a*

normativa è apparsa anche dottrinale e giurisprudenziale, hanno concorso anche i successivi interventi normativi che intorno agli anni settanta hanno trovato attuazione e recepimento, non tanto nella singola procedura concorsuale ma, in generale, nell'intero e complesso sistema delle procedure concorsuali<sup>34</sup>. Ed invero, è cambiata la concezione del concorso collettivo, in quanto il concorso non era più finalizzato a salvaguardare il diritto del creditore ma a permettere il salvataggio dell'impresa insolvente al fine di conservarne i valori immateriali<sup>35</sup>. In quest'ottica il sistema delle procedure concorsuali è divenuto *l'habitat* naturale e fecondo all'utilizzo di alcuni strumenti di diritto privato (dilazione di pagamento, *pactum de non petendo*) in vista del salvataggio dell'impresa. Tuttavia, il mero affidamento di tali strumenti alla libera iniziativa del debitore e al consenso dei creditori ha trovato il proprio limite intrinseco nella possibilità che tali impegni non venissero onorati; da qui, l'esigenza di colorare tali strumenti di una maggiore tutela, mediante l'intervento pubblico.

---

*priori, è variabile e storicamente determinato. Tuttavia ci sono limiti a questo punto di equilibrio, e il limite è dato dal fatto che forme di continuazione assistita dall'impresa, quando non siano affidate, come in effetti lo sono state, a vere e proprie leggi provvedimento e improvvisazioni normative, risultano inaccettabili quando esse risolvono la contraddizione scaricando il rischio e i costi dell'operazione su un ceto privato non coinvolto nelle scelte gestionali come è quello dei creditori anteriori, con una compressione della tutela esecutiva del diritto di credito che si pone quanto meno sulla soglia (e forse la supera) dell'illegittimità costituzionale".*

<sup>34</sup> FABIANI, nt. 8, 14; LO CASCIO, nt. 31, 42, secondo cui *"l'impresa non è stata più considerata l'esercizio di un'attività professionale riservata all'imprenditore, ma è divenuta non soltanto centro di confluenza delle diverse componenti aziendali, ma anche di equilibrio delle posizioni conflittuali in funzione della sua salvaguardia"*.

<sup>35</sup> LO CASCIO, nt. 31, 42.

Ed invero, negli anni settanta è aumentata in modo esponenziale la “gestione assistita dell’insolvenza” mediante attribuzione di poteri all’Autorità Amministrativa<sup>36</sup>. Ha trovato, quindi, esaltazione il profilo pubblicistico della procedura. Più che esaltazione del profilo pubblicistico, a dire dello scrivente, è stata esaltata la natura multidimensionale dell’insolvenza, con un lento e iniziale percorso di cambiamento delle finalità delle procedure concorsuali e un progressivo sbilanciamento in favore dell’autorità giudiziaria. Ed invero, la pubblicizzazione dell’insolvenza non è corrisposta a una simmetrica e proporzionale riduzione dei profili privatistici quanto, piuttosto, a un’esaltazione della complessità dell’insolvenza, a garanzia dei creditori e del sistema<sup>37</sup>.

È seguita, così, la promulgazione del d.lgs. 270/1999 con cui è stato abbandonato l’approccio meramente conservativo, ma dispersivo di ricchezza, privilegiando il profilo del risanamento, in quanto di per sé produttivo di nuova ricchezza e potenzialmente in grado di soddisfare le esigenze dei vari operatori. In quest’ottica ha iniziato a mutare l’approccio con cui il legislatore si relazionava alle

---

<sup>36</sup> FABIANI, nt. 8, 16; COLESANTI, *Amministrazione e giurisdizione nella nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria*, in *Riv.dir.proc.*, 2001, 25.

<sup>37</sup> LO CASCIO, nt. 7, 361, secondo cui “*era sorta era sorta l’esigenza di un recupero dei valori aziendali, del management, della stessa organizzazione dei beni economici, non più individuabili nella proprietà di cose materiali, quanto piuttosto nei beni immateriali, nei risultati della ricerca, nelle esperienze di mercato e nell’organizzazione di servizi. Occorreva diffondere una nuova cultura d’impresa e con essa anche la fiducia dell’imprenditore nelle soluzioni preventive della crisi, evitando che egli agisse per proprio conto, sperimentando operazioni rischiose, o ricorrendo a finanziamenti usurari, o proseguendo nell’attività in perdita*”.

procedure concorsuali in generale e al concordato preventivo nello specifico. Si è assistito cioè a una dissociazione tra imprenditore e impresa atteso che “*gli strumenti di risanamento se pensati in funzione del soggetto e cioè dell'imprenditore in crisi, non sarebbero stati adeguati per risolvere un problema più complesso, quello dell'impresa in crisi che rappresenta, rispetto all'imprenditore in crisi, un cerchio concentrico di maggiore diametro*”<sup>38</sup>.

**6) L'intervento di riforma del 2005 e il suo completamento nel 2006: il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa**

La visione concentrica dell'impresa ha caratterizzato fin dai primi anni duemila l'intero dibattito sulla possibile riforma della legge fallimentare. Ed invero, la nuova concezione dell'impresa e l'esigenza di conservazione della stessa e di recupero dei suoi valori, almeno inizialmente, hanno rappresentato la *ratio* ispiratrice di ogni progetto di riforma, e in particolare, dei primi lavori della Commissione Trevisanato che operò fra il 2002 e il 2004<sup>39</sup>; riforma indispensabile anche per la necessità di allineamento del nostro ordinamento alla legislazione degli altri paesi e all'esigenza di ridurre la durata dei procedimenti affinché “*il rimedio della crisi aziendale operasse speditamente*”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> FABIANI, nt. 8, 20; ed ancora, LO CASCIO, nt. 7, 361

<sup>39</sup> FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2004, 459.

<sup>40</sup> LO CASCIO, nt. 7, 361; ed ancora, LIBONATI, nt. 5, 327.

Tale radicale cambiamento di prospettiva ha reso feconda e matura l'emanazione della riforma del 2005 definita dai più come *“l'intervento epocale”*<sup>41</sup>, successivamente integrata e completata con il d.lgs. 5/2006 e, poi, con il d.l. 273/2005 convertito nella Legge n. 51 del 23 febbraio 2006. La Relazione ministeriale al d.l. 35/05, infatti, ha chiarito che il concordato preventivo è stato concepito *“come strumento attraverso il quale la crisi dell'imprenditore può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa”*. Si è riconosciuto, quindi, al concordato preventivo una duplice finalità; *la prima*, di offrire ai creditori il proprio soddisfacimento mediante una procedura liquidatoria (tendenzialmente produttiva del venir meno dell'impresa dal mercato); *la seconda*, invece, di offrire la possibilità di un risanamento dell'impresa mediante le più ampie forme di soluzione tutte finalizzate all'esdebitazione dell'imprenditore e permettere la continuità dei rapporti economici.

L'aggettivo *“epocale”* ha avuto, quindi, semplicemente natura descrittiva del progetto di riforma e non è stato espressione di un giudizio di valore sulla stessa. Indipendentemente dal giudizio di valore sulla riforma, anche attraverso un'analisi *ex post* del progetto, si deve rilevare che il d.l. 35/2005, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, abbia rappresentato la pietra miliare del cambiamento, o meglio dell'innovazione.

---

<sup>41</sup> FABIANI, nt. 8, 29; sul punto si veda anche SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *BBTC*, 2006, II, 517.

Ed invero, la scelta terminologica, innovazione appunto, è stata dettata dalla presenza di un cambiamento, tuttavia, con una valutazione *ex post*, non radicale. Dal punto di vista formale, infatti, questa nuova *ratio* ha trovato una propria collocazione in uno schema ben saldo. A cambiare, infatti, non è stata l'intera disciplina del concordato bensì solo sei articoli su ventisei<sup>42</sup>.

Nonostante la presenza di numerosi limiti, la riforma ha avuto una sua precisa storicità e radicalità atteso che la premura del legislatore non è apparsa più quella di “salvare” il debitore “onesto ma sfortunato”, bensì quella di dar rilievo e maggior peso all'impresa, intesa come entità autonoma capace di generare ricchezza, e alla sua intrinseca capacità di offrire il miglior soddisfacimento per i creditori e, conseguentemente, per l'intero sistema. Per far questo, con il decreto legge, prima, e la legge di conversione, poi, sono stati modificati l'istituto della revocatoria fallimentare e quello del concordato preventivo<sup>43</sup>. L'intervento in tema di revocatoria fallimentare è stata espressione appunto del diverso approccio con cui il legislatore si è voluto relazionare alle procedure concorsuali; approccio che ha trovato, appunto, il suo riflesso anche nel concordato preventivo; e ciò, non solo con riferimento alla disciplina sostanziale dell'istituto ma, anche, alla sua applicazione temporale. Ed invero, in sede di conversione del decreto legge è stata appositamente inserita la disciplina transitoria

---

<sup>42</sup> Non solo, tale cambiamento difetta di un mancato coordinamento che più volte emerge durante l'analisi della disciplina. Sul punto, FABIANI, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Il Fall.*, 2005, 9, 985.

<sup>43</sup> FABIANI, nt. 42, 986.

volta a estendere la nuova disciplina del concordato preventivo anche ai procedimenti già pendenti e non ancora omologati alla data di entrata in vigore del d.l. 35/2005.

Con riferimento alle modifiche sostanziali della procedura, anzitutto si evidenzia quanto segue.

**a. Il ridimensionamento dei requisiti soggettivi e oggettivi per potervi accedere**

In particolare, è venuto meno, sotto il profilo soggettivo, il requisito della “meritevolezza”. L’istituto del concordato preventivo non è stato più rivolto al debitore “onesto ma sfortunato” bensì all’imprenditore in crisi. Tale condizione ha rappresentato, sotto il profilo oggettivo, l’ulteriore novità dell’istituto. Non è stato, infatti, più il debitore in stato di insolvenza a proporre ai creditori un concordato preventivo bensì l’imprenditore in stato di crisi. La locuzione ha causato, e causa, ampi dibattiti sull’effettiva portata intrinseca alla locuzione stessa utilizzata dal legislatore a tal punto da costringere il legislatore ad intervenire con il d.l. 273/2005, poi convertito, per introdurre un terzo comma al fine di specificare che lo stato di crisi comprendeva anche quello di insolvenza. L’intervento è stato finalizzato a favorire e incentivare l’utilizzo della procedura. In questo contesto, è stato soppresso l’articolo 181, ossia il requisito della meritevolezza dell’imprenditore, frutto come già detto *infra* di una concezione beneficiaria dell’istituto; sono state eliminate le condizioni personali di ammissibilità (iscrizione nel Registro delle Imprese da almeno un biennio, la non sottoposizione al fallimento, la non ammissione al concordato preventivo negli ultimi cinque anni, l’assenza di precedenti penali). Con riferimento, invece, all’obbligo di presentazione delle scritture contabili i requisiti sono stati cambiati nel senso di

richiedere al debitore *a)* un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; *b)* uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; *c)* l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; *d)* il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; prevedendo, oltre al piano e alla documentazione, la relazione di un professionista volta ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo;

***b. Ampliamento dell'utilizzo dello strumento concordatario con l'introduzione della possibilità della proposizione da parte del debitore "in stato di crisi"***

Al fine di tutelare gli interessi coinvolti, l'introduzione del concetto di "stato di crisi" ha rappresentato lo strumento attraverso cui il legislatore ha voluto favorire l'emersione, in capo al debitore, della difficoltà dello svolgimento dell'attività di impresa al fine limitare e circoscrivere le autonome iniziative dell'imprenditore assoggettandolo dentro a determinati e definiti schemi di risoluzione controllata del fenomeno di difficoltà. L'imprenditore, infatti, agendo per proprio conto, rischierebbe di aumentare la situazione di dissesto con notevole e ulteriore pregiudizio per i creditori e per tutti gli interessi che ruotano attorno all'impresa<sup>44</sup>.

La scelta del legislatore di anticipare l'utilizzo dello strumento del concordato a una fase antecedente all'insolvenza è stata il frutto e la conferma del superamento del vecchio retaggio culturale secondo cui il risultato non positivo sarebbe da attribuire

---

<sup>44</sup> LO CASCIO, nt. 7, 361.

unicamente all'imprenditore. Ed invero, il fine di salvaguardare l'impresa e la nuova visione multidimensionale dell'impresa hanno spinto il legislatore, nell'ottica del superamento della mera finalità liquidatoria, a concedere al debitore la possibilità di ricorrere al concordato in un momento antecedente a quello rappresentato da una situazione irreversibile.

Le importanti novità legislative, tuttavia, hanno scontato e scontano tutt'oggi il limite di efficientamento pratico rappresentato dal fatto che l'iniziativa fu, era ed è rimessa all'imprenditore.

La novella legislativa è stata feconda, comunque, al dibattito circa l'effettiva valenza della locuzione "stato di crisi", non contenendo la disposizione normativa alcun riferimento né limite al concetto. Si è ricorso, pertanto, a quanto contenuto nelle relazioni della commissione incaricata di provvedere ad un disegno di riforma della procedura fallimentare (i.e, Commissione Trevisanato). Secondo tale relazione, la crisi consisterebbe nella *«situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza»*.

La formula per quanto utile a definire quanto meno i limiti concettuali dello stato di crisi è stata comunque causa di ampio dibattito interpretativo soprattutto in relazione al concetto di insolvenza.

In particolare, secondo un primo orientamento, inizialmente giurisprudenziale e poi anche dottrinale, lo stato di crisi rappresenterebbe una situazione diversa e meno grave dell'insolvenza in quanto identificata in *"una situazione di stallo dell'economia dovuta a fattori di breve periodo cioè a cause contingenti di squilibrio o inefficienza,*

*che precede l'insolvenza ma che tendenzialmente risulta reversibile*"<sup>45</sup>. Secondo altro indirizzo, invece, prevalente in giurisprudenza, l'espressione avrebbe un contenuto più ampio dell'insolvenza riferendosi a una difficoltà economica dell'impresa non necessariamente sfociabile nella situazione irreversibile dell'insolvenza<sup>46</sup>.

Tale dibattito ha portato all'emanazione di un'interpretazione autentica da parte del legislatore che con l'intervento del d.l. 273/2005, convertito con l. 51/2006, è intervenuto introducendo il secondo comma (in seguito alla riforma del 2007 diverrà secondo comma) al fine di chiarire che «*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*» in recepimento al secondo orientamento interpretativo sopra rappresentato. Aderendo a tale ricostruzione, si è generato, cioè, un rapporto di genere a specie tra lo stato di crisi e l'insolvenza, rappresentando lo stato di crisi solo un potenziale preambolo allo sfociamento nell'insolvenza<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul punto, in giurisprudenza, Trib. Treviso, 22 luglio 2005, in *Foro It.*, 2006, I, 912; Trib. Alessandria, 7 giugno 2006, in *Giur. It.*, 2006, I, 990; e, in dottrina, BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 8, 954 secondo cui il concordato sarebbe destinato al solo imprenditore in crisi e, conseguentemente, che lo strumento concordatario non fosse più destinato all'imprenditore insolvente cui rimaneva la soluzione del fallimento; in tal direzione anche PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di G. Lo Cascio*, a cura di Fabiani - Patti, Milano, 2006.

<sup>46</sup> Sul punto, in giurisprudenza, Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, in *Giur. Mer.*, 2006, 654; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Il Fall.*, 2005, 793 e sempre sulla stessa rivista Trib. Monza, 28 settembre 2005, 1406; in dottrina, AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di dir.comm.*, diretto da Cottino, XI, 2008.

<sup>47</sup> Sul punto, in giurisprudenza, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 570; e, in dottrina, PACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto Fallimentare*, 2007, 432. In

In seguito, tale interpretazione è divenuta ancor più restrittiva al fine di definire interpretativamente i confini dell'insolvenza, definendo lo stato di crisi, quale presupposto giuridicamente rilevante, quello finanziario e non meramente economico<sup>48</sup>.

La giurisprudenza di merito è stata però propensa, almeno inizialmente, a ricorrere a una nozione estremamente lata di "crisi", ricomprendendo quell'impresa che non avesse perso completamente il proprio patrimonio ma al contempo non fosse più in grado di raggiungere il proprio oggetto sociale<sup>49</sup>.

Tale interpretazione, sebbene utile alla definizione della *voluntas legis*, è stata comunque criticata in quanto si riteneva che un'interpretazione dello stato di crisi in senso così lato portasse, come effetto contrario, a un eccessivo ampliamento, almeno potenziale, dei destinatari della riforma<sup>50</sup>.

---

senso critico nei confronti dell'intervento legislativo, PRESTI, *Rigore è quando l'arbitro fischia?*, in *Il Fall.*, *All.* 1/2009, 25, secondo cui «*la crisi non è uno stato, ma una fase dinamica di cui è ancora ignota l'evoluzione finale*»; più in generale, sulla mancanza di individuazione dei limiti interni dello stato di crisi, CENSONI, *Il "nuovo concordato preventivo"*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 732.

<sup>48</sup> Cass. Civ. n. 19141/2006.

<sup>49</sup> Sul punto, in giurisprudenza, Trib. Salerno, 1° giugno 2005, in *Il Fall.* 2005, 129; e in senso ancor più ampio, rimettendo al sindacato del giudice la soglia minima di stato di crisi, Trib. Salerno, 5 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 153.

<sup>50</sup> Sul punto, si generò un ulteriore dibattito teso alla ricerca e determinazione di alcune soglie minime che identificassero lo stato di crisi. In particolare, secondo un primo orientamento, la soglia minima per accedere alla procedura di concordato preventivo dovrebbe essere individuata nella «*insolvenza non irreversibile*», vale a dire nella situazione di «*temporanea*

c. *Introduzione della possibilità di dividere i creditori in classi diverse per assicurare trattamenti omogenei fra categorie creditorie aventi analoghe caratteristiche*

La riforma ha concesso al debitore la facoltà di prevedere «*la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*», e riservare «*trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*»; facoltà tutt'oggi esistente <sup>51</sup>.

---

*difficoltà ad adempiere*» che costituiva il presupposto oggettivo dell'ora abrogata procedura di amministrazione controllata (così, in giurisprudenza, Trib. Modena, 18 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 661; Trib. Bologna 15 novembre 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 891; Trib. Roma, 1° febbraio 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 95; Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006 in *Fall.*, 06, 608; Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in *Giur. Comm.*, 06, II, 891; e, in dottrina, CENSONI, nt. 47, 732; GALLETTI, *Sub art. 160*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2007, 2275, secondo cui lo stato di crisi non sarebbe «*troppo lontano dal contenuto semantico del sintagma "temporanea" difficoltà di adempiere*»); secondo altro orientamento, invece, lo stato di crisi comprenderebbe quelle situazioni simili all'insolvenza ma che a differenza di quest'ultima si connotano per un loro possibile superamento, così, Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Giur. It.*, 2006, I, 518; in dottrina, AMBROSINI, nt. 46, 25.

<sup>51</sup> In realtà l'utilizzo dell'espressione facoltà non è pacifico e potrebbe essere oggetto di contestazione. Ed invero, sul punto, secondo l'opinione preferibile e maggioritaria, non esisterebbe un obbligo di suddivisione in classi e ciò in quanto *i)* sul piano letterale del sistema normativo dettato per il concordato preventivo e per il richiamo alle norme sul concordato fallimentare (così, in dottrina, LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.* 2009, 1132 ss., secondo cui, «*se fosse vero che i creditori debbano essere suddivisi necessariamente in classi, non si spiegherebbe perché il legislatore abbia previsto due diverse ipotesi di approvazione ed omologazione del concordato preventivo e fallimentare a seconda che siano state previste o meno le classi ed un giudizio di*

Oltre a rispondere all'esigenza di adeguamento del nostro sistema agli altri ordinamenti, tale facoltà ha assecondato la volontà del legislatore di favorire l'accesso alla procedura concordataria e il buon esito della stessa<sup>52</sup>, offrendo un effettivo riscontro pratico al principio della *par condicio creditorum*<sup>53</sup>, vanificato dalla moltiplicazione normativa dei privilegi<sup>54</sup>.

---

*convenienza del tribunale nell'ipotesi in cui i creditori siano stati suddivisi in classi*"; in giurisprudenza, Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98; Trib. Bari 26 ottobre 2009, in *Il Fall.* 2010, 377); di diverso avviso, invece, FABIANI (FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. Soc.*, 1998, 441), secondo cui l'unica possibilità per il debitore di non prevedere classi ricorre nel caso in cui sia previsto il pagamento come unica modalità di soddisfazione e quando i destinatari del pagamento si trovino in posizione economica omogenea, pure al cospetto di diversità di posizione giuridica (sul punto, in giurisprudenza, Trib. Monza, 7 aprile 2009, *Giur. comm.* 2010, II, 340, che fonda il proprio ragionamento sull'argomentazione secondo cui un piano senza classi è in realtà un piano con una classe unica). In realtà, è stata una scelta legislativa dettata in parte dall'esigenza di adeguamento agli altri sistemi normativi che aveva rappresentato uno dei motivi dell'esigenza di una novella in materia. In particolare, tale scelta legislativa si ispirò, a livello comparativo, al sistema giuridico nordamericano del *Bankruptcy Code* del 1978 (sul punto, PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, MILANO, 1993, 97), e, a livello sistematico, all'art. 4-bis del d.l. 347/2003 relativamente alla disciplina dell'amministrazione straordinaria (sul punto, LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2005,04, 361).

<sup>52</sup> AMBROSINI, nt. 46, 44; GALLETTI, NT. 49, 2275, si offre cioè al debitore lo strumento per poter concentrare, visto il criterio della doppia approvazione, nel minore numero possibile di classi coloro che ragionevolmente non condivideranno la proposta.

<sup>53</sup> Sul punto, JAEGER, *Par Condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 88. secondo cui "*sulla par condicio creditorum si deve evidenziare che tale regola appare più un'affermazione di principio piuttosto che di sostanza (secondo ROPPO, infatti, il principio «è ben lontano da spingersi fino a far sì che di fatto i creditori possano soddisfarsi sui beni dei debitori in modo*

Tale impostazione ha richiesto che i creditori di una stessa classe fossero accomunati da una posizione e un interesse giuridico omogeneo, rilevando a tal fine la natura del rapporto, l'entità del credito, la titolarità di eventuali diritti di prelazione. La novità introdotta, anche se già in parte anticipata nel decreto Marzano, è consistita nell'introduzione all'interno delle procedure concorsuali di una deroga ai generali principi di cui agli artt. 2777 cod. civ.

I primi dubbi interpretativi e applicativi di tale facoltà sono emersi in merito alla possibilità di poter creare una classe di creditori composta da un solo soggetto. Ed invero, secondo il profilo semantico, il termine "classe" presupporrebbe l'esistenza di una pluralità di soggetti. Vi sarebbe, quindi, anche a dire dello scrivente, l'impossibilità di formare una classe con un solo creditore; e ciò, alla luce del fatto che tale ipotesi troverebbe *ictu oculi* il proprio ostacolo nell'espressione letterale utilizzata dal legislatore. Ed invero, l'espressione "classe" presupporrebbe l'esistenza di almeno due creditori<sup>55</sup>.

---

*effettivamente paritario».* Appare, pertanto, condivisibile l'idea che il principio della par condicio creditorum appaia uno strumento "di polizia processuale" volto ad attenuare il principio individualistico "prior in tempore potiore in jure".

<sup>54</sup> PACCHI, nt. 47, 436.

<sup>55</sup> CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 27.

Secondo altra corrente di pensiero, invece, la formazione di una classe comprenderebbe anche l'ipotesi di un solo creditore, qualora vi sia effettivamente un solo soggetto che possieda posizione giuridica ed interesse economico omogeneo<sup>56</sup>.

Al di là del dibattito relativo al numero minimo di componenti di una classe, si è reso necessario definire i criteri di determinazione della suddivisione in classi.

La suddivisione in classi, infatti, si è presentata come facoltà ampia e rimessa alla libertà del debitore che ha incontrato come unici limiti a questa discrezionalità, il rispetto dell'omogeneità di posizione giuridica e l'omogeneità dell'interesse economico dei creditori<sup>57</sup>.

Il primo criterio, l'omogeneità della posizione giuridica, sembrerebbe fondarsi sulla distinzione tra creditori chirografari e privilegiati<sup>58</sup>, contrariamente ad altra

---

<sup>56</sup> Si pensi, ad es. un creditore ipotecario sull'unico bene aziendale; sul punto si veda, AMBROSINI, *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in *Il concordato preventivo*, diretto da Ambrosini - Demarchi - Vitiello, Bologna, 2009, 31.

<sup>57</sup> Si noti l'utilizzo della congiunzione "e" trova il proprio fondamento in quell'orientamento dottrinale secondo cui le classi devono essere formate in modo tale che in ciascuna classe si trovino creditori che siano, dal punto di vista sia giuridico, sia economico, in posizione omogenea; in tal senso, LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.* 2009, 1132 ss.

<sup>58</sup> Sull'argomento si veda, in giurisprudenza di legittimità, Cass. Civ., n. 2706/2009; nella giurisprudenza di merito, Trib. Modena, 9 ottobre 2009, in *Il Fall.*, 2010, 121; e, in dottrina, BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Il Fall.*, 2005, 1028.

corrente di pensiero secondo cui, invece, la suddivisione dovrebbe avvenire per categorie di credito, focalizzandosi cioè sulla natura del credito<sup>59</sup>.

L'omogeneità degli interessi economici, invece, permetterebbe di suddividere in classi diversi creditori che abbiano un minimo comune denominatore in caratteristiche oggettive sul piano giuridico formale. In tal senso, è stata ammessa la suddivisione in classi tra creditori maggiormente propensi alla prosecuzione del rapporto commerciale piuttosto che alla liquidazione dei relativi crediti<sup>60</sup>.

Il contrappeso all'ampia discrezionalità concessa al debitore è consistito nel prevedere a carico del debitore medesimo l'onere di esplicitare, illustrare e motivare, nella propria domanda di concordato, i criteri seguiti nella formazione delle classi di creditori al fine di fornire una giustificazione alla propria scelta<sup>61</sup>.

Si è trattato di un intervento rilevante, soprattutto sul piano comparatistico, atteso che l'adeguamento alla disciplina di altri ordinamenti europei, o più in generale, degli altri ordinamenti ha rappresentato una delle esigenze che hanno spinto il legislatore e l'intero ordinamento a pensare a una riforma del sistema fallimentare.

---

<sup>59</sup> Sull'argomento si veda, in giurisprudenza, Trib. Firenze, 28 aprile 2010, in *Il Fall.*, 2010, 1427; e, in dottrina, SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 986; AMBROSINI, nt. 46, 44.

<sup>60</sup> GALLETTI, nt. 49, 2287.

<sup>61</sup> Sull'argomento si veda, in giurisprudenza, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 571 e Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Il Fall.*, 2007, 1218; e, in dottrina, LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 266.

**d. Riduzione delle maggioranze per l'approvazione (177 l.f.)**

Il nuovo articolo 177 della legge fallimentare ha ridotto, poi, il *quorum* deliberativo necessario all'approvazione del concordato prevedendo che *“il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto”*. Non solo, ai fini di un esatto coordinamento di detta previsione normativa con la facoltà in capo al debitore di dividere i creditori in classi, anche nel nostro ordinamento ha trovato applicazione il principio di *cram down*<sup>62</sup>.

**e. Esaltazione della funzione non meramente liquidatoria della procedura**

Nel garantire il miglior soddisfacimento possibile ai creditori, il legislatore coerentemente alla nuova centralità attribuita all'impresa ha superato la funzione meramente liquidatoria del concordato (sia essa nella forma del concordato remissorio, sia essa nella forma del concordato con cessione dei beni ai creditori) per introdurre un concetto di risanamento dell'impresa. Si è affermato, infatti, la possibilità per il debitore di prevedere nel piano *“la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti”* attraverso qualsiasi forma<sup>63</sup>.

**f. Definizione dei poteri del tribunale a vantaggio della volontà dei creditori**

Alla luce delle novità legislative introdotte con la riforma del 2005 (qui da intendersi come atto complesso composto dalla legge 80/2005, dal d.lgs. 5/2006 e dal d.l.

<sup>62</sup> SANTONI, nt. 41, 518; secondo cui *“il principio del cram down, anch'esso già anticipato nel decreto Marzano, e che forse costituisce il ripristino del criterio di convenienza pure apparentemente abolito dal successivo art. 180, nel quale peraltro il criterio del cram down è ribadito”*.

<sup>63</sup> SANTONI, nt. 41, 518.

273/2005 convertito nella Legge n. 51 del 23 febbraio 2006) si può ragionevolmente affermare che il legislatore ha voluto rompere con il passato ed in particolare con l'idea *i)* che il concordato rappresentasse un antidoto al fallimento; *ii)* che il concordato fosse uno strumento pensato per l'imprenditore onesto ma sfortunato e che conseguentemente fosse il tribunale ad esprimere il giudizio morale sull'imprenditore indipendentemente dalla volontà e dalla considerazione dei creditori; *iii)* che il concordato rappresentasse un strumento attraverso cui sgravarsi dalle obbligazioni in modo non traumatico; *iv)* che il concordato rappresentasse unicamente una procedura liquidatoria e dissolutiva e dispersiva della ricchezza; *v)* che il concordato in quanto procedura concorsuale dovesse essere focalizzata sulla *par condicio creditorum* e sull'uso dell'azione revocatoria, il c.d. "*cordone sanitario intorno all'impresa per isolarla ed avviarla verso le procedure concorsuali*"<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Sulla natura dell'azione revocatoria si veda LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2005,04, 363, secondo cui "*è spiegabile il sorgere delle due note tesi dottrinali sulla natura indennitaria ed antindennitaria o redistributiva dell'azione revocatoria fallimentare: la prima, come è noto, volta a valorizzare l'essenza dell'azione destinata a colpire tutti gli atti che abbiano arrecato un pregiudizio patrimoniale presunto, salvo prova contraria da parte dell'accipiens, identificabile nell'insolvenza e nella lesione della par condicio creditorum; l'altra destinata a ridistribuire le perdite derivanti dal dissesto imprenditoriale ed a formare una sorta di cordone sanitario intorno all'impresa per isolarla ed avviarla verso le procedure concorsuali. In questo secondo caso si è configurata una collettivizzazione delle perdite tra tutti coloro che hanno avuto causa dal fallimento per rendere meno gravose le conseguenze dell'insolvenza la quale non è ricollegabile necessariamente al compimento degli atti revocabili, ma può dipendere anche da circostanze estranee ed inerenti alla stessa attività produttiva. Né l'una, né l'altra soluzione interpretativa sono state soddisfacenti perché la*

La rottura con questi retaggi culturali del passato, tuttavia, non deve tuttavia essere letta come una bocciatura piena e completa della rilevanza pubblicistica del concordato in favore della sua natura privatistica. Non si tratta, infatti, della privatizzazione della procedura bensì di una ridefinizione del ruolo del giudice a fronte di una maggiore autonomia dell'accordo dei privati. Si gettano le basi, cioè, per l'introduzione della natura negoziale della procedura, natura che detterà anche i progetti di riforma successivi.

### **7) L'intervento di riforma del 2007: il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa**

Le contraddizioni intrinseche all'intervento del 2005 hanno spinto, poi, il legislatore a delegare il Governo a emanare alcune disposizioni volte a correggere, integrare e uniformare la disciplina fallimentare e, nello specifico, il concordato preventivo a conferma di quell'esigenza di riforma sistematica della disciplina<sup>65</sup>. In tal senso il d.lgs. 169/2007 è intervenuto, ancora una volta, nella disciplina fallimentare

---

*prima (indennitaria) non copre soltanto l'area della reintegra del patrimonio, ma si estende sino a ricomprendere il compimento di atti che non arrecano alcun pregiudizio (revoca di pagamenti che hanno consentito l'acquisto di un bene ancora presente nel patrimonio del debitore di valore corrispondente all'obbligazione estinta od addirittura superiore); l'altra (antindennitaria) non è apparsa conciliante con un'agevole determinazione temporale del vincolo di indisponibilità”.*

<sup>65</sup> LO CASCIO, nt. 61, 140, secondo cui con il d.lgs. 169/2007, il legislatore non solo ha soddisfatto le finalità della delega ma ha, altresì, improntato la disciplina fallimentare nella direzione di una maggiore privatizzazione in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale predominante; sul punto si veda, altresì, FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Il Foro It.*, 2007, 225.

precisando e chiarendo i principi generali e aspetti delle singole procedure. In particolare, sono stati introdotti dei parametri economico aziendalistici ai fini dell'individuazione dell'imprenditore commerciale; è stata modificata la disciplina della trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento; è stata attribuita una maggiore responsabilità e ruolo al curatore e al comitato dei creditori<sup>66</sup> a fronte di un ridimensionamento della figura del giudice delegato<sup>67</sup>; sono stati modificati i criteri di accertamento del passivo; è stata svolta un'attenta analisi di coordinamento sistematico fra la disciplina del concordato preventivo e quella del concordato fallimentare. Ed invero, in primo luogo, è stato modificato il trattamento dei creditori privilegiati, con l'introduzione della possibilità di falcidiare il creditore privilegiato nelle ipotesi in cui il bene su cui grave il privilegio speciale non fosse sufficiente, a condizione che la percentuale di soddisfacimento del credito non fosse inferiore a quella che sarebbe garantita dalla vendita del bene al valore di mercato; è stato ridefinito il ruolo del pubblico ministero e quello del tribunale; analogamente al concordato fallimentare, è stata modificata la regolamentazione relativa alla maggioranza dei crediti prevedendo il doppio requisito della maggioranza dei creditori votanti e, nelle ipotesi di concordato con classi, della maggioranza delle classi e dei crediti ammessi al voto in ciascuna classe.

---

<sup>66</sup> E' stato, infatti, introdotto il criterio della maggioranza dei crediti accertati al termine dell'adunanza di verifica; sul punto, ESPOSITO, *Il comitato dei creditori: la necessità dell'accettazione della carica ai fini della composizione di un organo non necessario*, in *Il Fall.*, 2007, 111.

<sup>67</sup> STANGHELLINI, *Creditori forti e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2006, 378; LO CASCIO, nt. 61, 141.

**8) L'intervento di riforma del Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134): il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa**

In un'ottica di snellimento e sviluppo della procedura, sempre al fine di incentivare, a beneficio di tutti i *players*, l'emersione dello stato di crisi, con il decreto sviluppo e la relativa legge di conversione, si è intervenuto significativamente anche sui seguenti profili:

- (i)** l'attestazione, prevedendo per l'attestatore designato dal debitore la sussistenza di requisiti professionali più stringenti rispetto al passato;
- (ii)** l'iniziativa del debitore e *l'automatic stay*, introducendo la possibilità di presentare una domanda prenotativa di concordato al fine di permettere all'imprenditore di beneficiare immediatamente dei benefici dell'interruzione delle azioni esecutive estendendo tale effetto anche alle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso e alle azioni cautelari, ma non ai procedimenti a cognizione piena già instaurati o instaurati successivamente alla presentazione della domanda di concordato;
- (iii)** la tutela del debitore, prevedendo l'estensione dell'esonero da responsabilità per i reati di bancarotta avente a oggetto i pagamenti autorizzati dal giudice;
- (iv)** il piano, prevedendo la modifica del piano e, conseguentemente, l'obbligo di una nuova relazione del professionista;

- (v) l'adunanza dei creditori, modificando l'art. 178 L.F. nel senso di prevedere la redazione di un processo verbale dell'adunanza dei creditori chiamati a esaminare la proposta concordataria insieme al giudice delegato ed al debitore stesso; con il conseguente inserimento dei dati relativi ai creditori (presenza, ammontare del credito, esercizio del diritto di voto); ed ancora, sempre in tema di adunanza dei creditori, introducendo un nuovo concetto, analogo a quello che regola parte del procedimento amministrativo, il c.d. "silenzio assenso". In particolare, al quarto comma dell'art. 178 L.F. si è previsto che i creditori assenti alla votazione di cui all'art. 177 L.F. potessero far pervenire il loro dissenso fino alla chiusura del processo, in mancanza del quale sarebbero stati intesi come favorevoli, con la conseguenza del loro conteggio ai fini del calcolo delle maggioranze per il *quorum* deliberativo;
- (vi) i terzi, prevedendo la possibilità per il tribunale di autorizzare il debitore a sciogliersi dai contratti in corso, se ciò si rilevi più favorevole al superamento della crisi.
- (vii) il concordato in continuità.

9) **L'intervento di riforma del Decreto del Fare (d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98): il ruolo dell'imprenditore e il ruolo dell'impresa**

Le novità normative contenute nel c.d. Decreto Sviluppo hanno richiesto un

immediato e successivo intervento correttivo volto a limitare o contenere gli abusi del sistema.

In particolare, con riferimento agli obblighi a carico del debitore, è stato introdotto un ampliamento del novero di documenti da produrre al momento della presentazione della domanda e così, anche, degli obblighi informativi periodici.

Con particolare riferimento alla domanda di concordato in bianco, si è introdotto l'obbligo di deposito dell'elenco dei creditori.

Ai fini di una maggior tutela del sistema, è stata introdotta la facoltà per il tribunale di nominare un commissario giudiziale con la funzione di controllare l'effettiva attività dell'imprenditore per la predisposizione di una proposta; scelta dettata dall'esigenza di limitare gli eventuali usi distorsivi dai benefici automatici connessi all'istituto, concepiti come stimolatori dell'emersione della situazione di crisi.

Si tratta di meccanismi privilegiati e favoriti anche a livello comunitario. In data 12 marzo 2014 la Commissione Europea ha pubblicato, infatti, la Raccomandazione n. 135/2014 espressamente prevedendo agli articoli 6 e 10 il meccanismo dell'*Automatic Stay*<sup>68</sup>.

Ed ancora, è stato integrato l'art. 161, settimo comma, L.F. prevedendo la possibilità per il debitore di compiere atti straordinari ed urgenti previa acquisizione del parere del Commissario giudiziale e autorizzazione del tribunale.

---

<sup>68</sup> MANGANELLI, nt. 1, 1136.

**10) L'intervento di riforma del Decreto legge 83 del 2015 convertito con la legge 132 del 2015**

L'ultimo intervento di riforma del 2015 ha introdotto rilevanti modifiche relativamente alla presentazione della domanda di concordato preventivo e al suo funzionamento volte, da un lato, a tutelare maggiormente i creditori e, dall'altro lato, a rendere più veloce e snella la procedura di concordato; il tutto, al fine di rendere il mercato italiano maggiormente competitivo e, per l'effetto, attirare gli investitori stranieri.

Ed invero, **(i)** è stato allungato il termine entro il quale il tribunale provvede alla convocazione dei creditori; **(ii)** è stato introdotto l'obbligo di indicare l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare; **(iii)** è stata introdotto l'obbligo di consegna di copia informatica o su supporto analogico; **(iv)** è stata introdotta l'obbligo di assicurare una percentuale minima del 20% di soddisfazione per i chirografari; **(v)** è stata prevista la trasmissione al pubblico ministero degli atti, dei documenti e della relazione *ex art 172 legge fallimentare*; **(vi)** è stata introdotta la facoltà per i creditori titolari di almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale, di proporre una proposta concorrente a quella del debitore<sup>69</sup>.

L'ampliamento del coinvolgimento dei creditori conferma la visione metagiuridica del concordato quale procedura a soggettività multidimensionale, in analogia ad altri sistemi giuridici ove la partecipazione di tutti i soggetti interessati alla

---

<sup>69</sup> VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

procedura ha da sempre caratterizzato il sistema<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Il Fall.*, 2015, 10, 1137 e ss.

## CAPITOLO II

### 1) Premessa

Fin dall'introduzione dell'istituto vi è stato un notevole e copioso dibattito dottrinale focalizzato sulla natura del concordato preventivo<sup>71</sup>.

In particolare, il dibattito ha fin da subito visto contrapposte la teoria contrattualistica e quella pubblicistica in una costante diatriba volta ad affermare la prevalenza di una teoria sull'altra; conflitto intellettuale alimentato, non poco, dalle numerose novelle legislative che, nel corso degli anni, sono state emanate dal legislatore - anche ricorrendo “forzatamente” a provvedimenti di urgenza - per rispondere a singole esigenze, emergenti di volta in volta nel mercato, piuttosto che soddisfare la richiesta di una più profonda e radicale riforma sistematica della procedura di concordato e dell'intero sistema fallimentare.

Senonché, il conflitto intellettuale sul punto non si è risolto e, anzi, apparentemente placato dalla pronuncia n. 1521/2013 a Sezioni Unite della Suprema Corte, si ritiene che avrà nuovo fervore a seguito degli ultimi interventi del legislatore con la legge di conversione n. 132/2015 del decreto legge n. 83/2015.

Fin da subito, tuttavia, si ritiene doveroso sottolineare che concentrarsi esclusivamente su detto dibattito potrebbe risultare non efficiente sul piano operativo;

---

<sup>71</sup> sul punto, LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2015, 81 secondo cui sarebbe necessario distinguere l'istituto in tre fasi processuali, ognuna delle quali connotata da una specifica natura alle quali seguirebbe la fase dell'esecuzione; JORIO, *Le crisi di impresa, il fallimento*, Milano, 2000, 716 secondo cui le caratteristiche dell'istituto sono tali da ostacolare l'adesione all'una o all'altra tesi; ed ancora, PAGNI, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 579.

e ciò, ancor di più, se si considera che il dibattito “sconterebbe” un limite primordiale consistente nella scelta del legislatore di privilegiare l'intervento d'urgenza in luogo di quello sistematico; dibattito che, in ogni caso, sembrerebbe ancora scontare un pregiudizio morale nei confronti delle procedure concorsuali.

É, quindi, evidente che i limiti intrinseci al dibattito dovrebbero spingere a ricercare un nuovo approccio di analisi che privilegi l'analisi sistemica delle norme e del contesto storico, politico ed economico in cui le stesse si applicano.

A tal fine, si ritiene utile partire da una considerazione preliminare volta a definire una nuova cornice operativa entro cui tentare di indirizzare l'attuale dibattito. Detta cornice presuppone l'identificazione oggettiva del concordato quale procedura mista basata su un negozio multidimensionale di tipo procedurale. Ed invero, come già visto nel precedente capitolo, la procedura concorsuale rappresenta un compromesso tra più *players* del mercato volto a garantire ai medesimi di poter ottenere, sulla base di una valutazione concreta e attuale della situazione contingente, il miglior soddisfacimento sociale dei propri interessi; compromesso rimesso, almeno per l'iniziativa, nelle mani del debitore e, successivamente, accompagnato dalla supervisione dell'autorità giudiziaria.

É in quest'ottica che il presente elaborato propone di superare il conflitto tra visione privatistica e pubblicistica (non perché di minore importanza ma, perché, meno funzionale all'analisi dell'istituto) in favore di un approccio volto ad affermare il concetto di discrezionalità all'interno dell'istituto, da intendersi come vincolo nel fine; tentativo volto a privilegiare un migliore equilibrio tra efficienza pratica e formalismo.

In tal senso deporrebbe la considerazione che il patto di concordato è un negozio giuridico attraverso il quale, all'interno di una procedura controllata e visionata dall'autorità giudiziaria, si regolano i rapporti di conflitto tra più posizioni e interessi coinvolti al fine di assicurare il buon andamento e la fiducia nel mercato e nelle relazioni commerciali.

Offrire le basi per un nuovo approccio non vuol dire, tuttavia, negare e/o sminuire l'esistenza di un autorevole dibattito che non può essere taciuto.

## 2) Le concezioni minori

Prima di addentrarsi nell'analisi degli orientamenti maggiormente diffusi e che tutt'oggi ancora mantengono vivo il dibattito dottrinale, preme richiamare alcune concezioni sulla natura del concordato preventivo che diffusesi con il sorgere dell'istituto, e come sottocategorie della visione pubblicistica, hanno poi lasciato posto alla più nota dicotomia tra i due macro orientamenti: quello privatistico e quello pubblicistico.

In particolare, un primo orientamento, ha visto nel decreto di ammissione alla procedura un provvedimento cautelare volto "*ad impedire la disgregazione del patrimonio del debitore*"<sup>72</sup>; tesi fondata sulla qualificazione del concordato preventivo come processo giurisdizionale attraverso cui porre fine, con l'omologazione, al

---

<sup>72</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 71, 75; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 1521.

conflitto tra la posizione del debitore e quelle dei creditori, con sacrificio degli interessi individuali di questi ultimi in favore della collettività<sup>73</sup>.

Tuttavia, detta visione ha risentito di un forte limite: la necessità dell'omologa. Ed invero, qualora al decreto di ammissione non fosse seguita l'omologa il provvedimento cautelare di ammissione non avrebbe posto rimedio a quel conflitto di interessi sopra prospettato (e che rappresentava il fine della medesima tesi) e, anzi, avrebbe permesso - con il fallimento - il prevalere dell'interesse dei creditori in danno dell'imprenditore e della collettività.

È, quindi, evidente che detto orientamento non fosse in grado di coprire e giustificare tutte le possibili ipotesi concretamente realizzabili con l'istituto del concordato, con la logica conseguenza che detta orientamento non avrebbe potuto ritenersi completo e, conseguentemente, funzionale all'interpretazione.

Altra corrente di pensiero ha identificato il concordato, a causa dell'intervento del tribunale, come un procedimento esecutivo concorsuale attenuato<sup>74</sup>. In particolare, il concetto di procedimento esecutivo concorsuale attenuato, secondo detto orientamento, si sarebbe fondato sulla premessa che con la proposta il debitore avrebbe dato corso a una procedura esecutiva più attenuata come alternativa al fallimento *"nel senso che, a fronte della cessazione dei pagamenti, si sarebbe esercitato un intervento dei pubblici poteri che, da una parte, avrebbero attuato*

---

<sup>73</sup> sul punto, G. BONELLI, *Fallimento*, Milano, 1938, 434 e in giurisprudenza Cass. Civ., n. 1223/1967.

<sup>74</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 71, 76; AZZOLINA, nt. 72, 1580.

*l'esercizio del diritto del debitore e, dall'altra, si sarebbero sostituiti a quest'ultimo per determinare il soddisfacimento delle ragioni creditorie"*<sup>75</sup>.

Senonché anche detta tesi ha difettato di completezza per il solo fatto che la semplice analogia agli schemi della procedura esecutiva forzata ometterebbe la natura complessa della procedura di concordato; complessità imputabile alla presenza del giudizio sull'ammissibilità e alla verifica dei presupposti di legge, al controllo dell'amministrazione dei beni e all'approvazione da parte dei creditori. In sostanza, il concordato non avrebbe potuto essere ricondotto a una mera procedura di intervento dell'autorità giudiziaria volta alla conservazione del patrimonio del debitore per soddisfare i creditori, in quanto più ampia e complessa.

I limiti emersi nell'analisi di questi orientamenti "minori", limiti rappresentati principalmente dal tentativo di catalogare il concordato all'interno di una procedura giudiziale preconfezionata, hanno spinto altra parte della dottrina a concepire una nuova chiave di lettura volta a identificare il concordato come un procedimento di volontaria giurisdizione<sup>76</sup>.

In base a detta lettura, l'accertamento del giudice avrebbe rappresentato una condizione di efficacia dell'accordo raggiunto tra il debitore e i creditori; questi ultimi,

---

<sup>75</sup> in questo senso, LO CASCIO, nt. 71, 76; in giurisprudenza, cfr. Trib. Potenza, 22 maggio 1970, in *Dir. Fall.*, 1970, II.

<sup>76</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 71, 79; AZZOLINA, nt. 72, 1581.

infatti, avrebbero potuto assumere una decisione negativa o positiva sulla proposta formulata dal debitore<sup>77</sup>.

Tuttavia, anche detta tesi non è stata in grado di fornire una chiave di lettura completa e veritiera della procedura concorsuale atteso che il provvedimento di omologazione del giudice non si sarebbe limitato a svolgere una mera funzione dichiarativa atteso che, il medesimo, interverrebbe in un contrasto fra più parti assumendone, con il passaggio in giudicato, il carattere della definitività. Detto orientamento avrebbe omissso, quindi, una componente essenziale: quella giurisdizionale.

Come detto, suddette tesi hanno sempre rappresentato costole minori dell'orientamento maggiore incentrato sulla qualificazione della natura pubblicistica del concordato. Detta teoria oltre a caratterizzarsi per l'esaltazione del ruolo del tribunale - destinato, invece, ad esser un mero esecutore materiale nella visione privatistica - fornirebbe una valida argomentazione volta a giustificare il meccanismo secondo cui, con la procedura di concordato, anche il creditore dissenziente rimane comunque vincolato alla volontà espressa, secondo il principio assembleare, da parte della maggioranza dei creditori in merito alla proposta formulata dal debitore<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> sul punto, G. DE SEMO, *Teoria della condizione legale e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1960, 5; FABIANI, nt. 8, 79; in giurisprudenza, e con riferimento al concordato fallimentare, Cass. Civ. n. 1491/1965.

<sup>78</sup> cfr. Cass. Civ., n. 723/1960 ; Cass. Civ., n. 2405/1961.

### 3) La concezione pubblicistica

La tesi della natura pubblicistica del concordato, come già detto, avrebbe il vantaggio di fornire una valida argomentazione volta a giustificare il meccanismo secondo cui anche il creditore dissenziente rimarrebbe, comunque, vincolato alla volontà espressa secondo il principio assembleare da parte della maggioranza dei creditori in merito alla proposta formulata dal debitore<sup>79</sup>.

In quest'ottica, il concordato sarebbe assimilato a un processo giurisdizionale in cui con la sentenza verrebbe superato il conflitto tra i creditori in forza di un'espropriazione dei diritti del singolo in favore della collettività<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 71, 198 secondo cui *"la partecipazione dei creditori e l'approvazione del concordato erano state definite un semplice presupposto di legge, riconoscendosi che era l'ingerenza del pubblico potere che si sovrapponeva alla volontà degli interessati, determinando una parziale espropriazione dei diritti dei creditori"*. Secondo SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, 319, la tutela degli interessi dei creditori era sottratta ai medesimi per essere affidata all'autorità giudiziaria che ne disponeva, poi, con il provvedimento di omologazione. L'Autore, tuttavia, evidenzia che l'eterotutela degli interessi dei creditori pur impedendo l'assimilazione alla figura contrattuale non permetterebbe, comunque, un'automatica qualificazione di tipo interamente processuale.

<sup>80</sup> sul punto, cfr. LO CASCIO, nt. 71, 199. Secondo l'Autore la sentenza in realtà non espropria la tutela del singolo in favore dell'autorità ma si limita, con l'omologazione, a rendere efficace il negozio conclusosi tra debitore e creditori; ed ancora, VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, commento a App. Torino 19 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2007, 8, 1321; RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998; cfr. altresì Cass. Civ., n. 1223/1967.

Anche detta tesi, tuttavia, come le sue costole minori, incontrerebbe il proprio limite nel vano tentativo di far rientrare il concordato in uno schema tipico<sup>81</sup>.

#### 4) La concezione privatistica

Del tutto differente è, invece, la tesi che privilegia la natura privatistica del concordato basata sulla convinzione che il legislatore, fin dalle origini ma, soprattutto, con gli interventi modificativi che si sono succeduti nel tempo, abbia sempre più lasciato ampio spazio operativo all'imprenditore e, in generale, all'autonomia negoziale a discapito dell'autorità giudiziaria.

A proprio supporto gli esponenti di suddetta tesi hanno evidenziato che la natura privatistica emergerebbe proprio nella fase di avvio della procedura, esclusivamente rimessa all'iniziativa del debitore. È infatti, l'imprenditore a far emergere il proprio stato di difficoltà in quanto è a lui che è rimessa la presentazione della domanda correlata da una proposta; ed è sempre a lui che viene rimessa ogni più ampia scelta sul contenuto della proposta<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Secondo SACCHI, nt. 79, 387, l'eterotutela degli interessi dei creditori rappresentava sicuramente una bocciatura all'assimilazione del concordato alla figura contrattuale, tuttavia, non comporta necessariamente l'inquadramento del medesimo negli schemi processuali tipici

<sup>82</sup> libertà di scelta comunque in parte limitata dal nuovo contenuto delle disposizioni normative a seguito del recente intervento di modifica del 2015; LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fall.*, 2013, 5, 526; AZZARO, *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, 1267; NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, commento a Cass. Civ. n. 15699/2011, in *Il Fall.*, 2011, 1294.

Già solo sulla base di dette considerazioni, secondo la tesi *de qua*, si confermerebbe la natura evidentemente privatistica della procedura di concordato, atteso che alcuni degli elementi più importanti e dei passaggi procedurali dell'istituto, a partire proprio dall'avvio dello stesso, sono rimessi all'iniziativa dell'imprenditore. Non solo, in questo contesto di esaltazione del ruolo del debitore, verrebbe notevolmente ridimensionato il ruolo dell'autorità giudiziaria che sarebbe chiamata a svolgere un mero compito di riconoscimento formale di una volontà formatasi altrove, con la conseguenza che non vi sarebbe spazio per alcun spazio d'azione per l'organo giudiziario adito.

Detta visione troverebbe, peraltro conferma, nell'impostazione ideologica di fondo che ha caratterizzato la stagione delle ultime riforme, secondo cui un'eccessiva presenza dell'autorità giudiziaria sarebbe espressione di anticompetitività<sup>83</sup>.

Detta tesi privatistica, tuttavia, non sempre è stata univoca e unidirezionale e, anzi, anch'essa, così come quella pubblicistica, si è diramata in diverse sfumature minori.

In particolare, secondo una prima corrente minore il concordato preventivo avrebbe potuto qualificarsi come una transazione fondata sulla presa d'atto

---

<sup>83</sup> sul punto, MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Il Fall.*, 2008, 9, 1047, secondo cui "si ritiene che gli attori della crisi sono i migliori arbitri e tutori dei loro interessi e della par condicio, mentre non possono attribuirsi a un'autorità pubblica poteri inquisitori sul regolare andamento delle imprese"; sul punto, cfr. altresì BONFANTI- CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, 42; SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, 54.

dell'esistenza sia dell'*aliquid datum* che di quello *retentum* con lo scopo di evitare il fallimento, "lite esecutiva"<sup>84</sup>. Detta tesi si baserebbe sulla circostanza che, con il fallimento, i creditori non possono preventivamente conoscere con precisione l'*an* e il *quantum* delle proprie ragioni creditorie; questi ultimi dati, infatti, sarebbero conoscibili solo con l'avvio della "lite esecutiva". È in questo contesto che il concordato assumerebbe la natura transattiva atteso che *"la transazione non tanto si propone di realizzare un accertamento privato che si sostituisca a quello giudiziario, quanto piuttosto intende evitarlo, attraverso una soluzione pratica che prescinda dall'effettiva portata della realtà giuridica su cui si muove la contestazione"*<sup>85</sup>. Suddetta tesi ha, peraltro, trovato conferma in alcune pronunce giurisprudenziali secondo cui il concordato preventivo sarebbe *"un regolamento amichevole di dissesto commerciale del debitore"*<sup>86</sup>.

Anche detta tesi, tuttavia, scontrerebbe alcuni limiti rappresentati dal fatto che con l'avvio della procedura di concordato non vi è una lite né tantomeno una lite è minacciata atteso che il fallimento non è la logica conseguenza del concordato medesimo e, pertanto, mancherebbe uno dei requisiti dell'art. 1956 cod.civ.

---

<sup>84</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 71, 194.

<sup>85</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 71, 194; cfr. altresì, FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 167.

<sup>86</sup> sul punto, Cass. Civ., n. 2593/1954; App. Roma, 9 marzo 1959, in *Dir. Fall.*, 1959, 208.

### 5) L'evoluzione degli orientamenti nel corso delle novelle

Il dibattito è stato fin da sempre alimentato dagli interventi normativi di emergenza cui è ricorso il legislatore nel corso del tempo; interventi di certo non rispondenti a un progetto di riforma definitivo e sistematico come, invece, richiesto.

Ed invero, già gli interventi normativi intervenuti nel biennio 2005 e 2007 hanno offerto nuovo *humus* al dibattito dottrinale circa la qualificazione giuridica del concordato.

La causa di questa rinascita si è fondata principalmente sul fatto che nei vari interventi di adeguamento della normativa si era assistito a un ampliamento dello spazio operativo del debitore e a un contestuale arretramento del ruolo dell'autorità giudiziaria.

Si è trattato di un'impostazione coordinata volta a permettere un miglior, sotto il profilo dell'efficienza, concorso delle parti coinvolte nel procedimento di concordato in risposta alla evidente anticompetitività della procedura, e conseguentemente dell'intero paese, dovuta all'importante ruolo attribuito all'autorità giudiziaria<sup>87</sup>.

Ed invero, l'ampliamento del raggio di azione operativo del debitore ha avuto il suo immediato riflesso nella determinazione di una maggiore ampiezza operativa dello stesso volta, da un lato, ad aumentare il ricorso all'avvio della procedura e, dall'altro

---

<sup>87</sup> cfr. Cass. Civ., n. 3903/2009; MINUTOLI, nt. 83, 1047 secondo cui "*si ritiene che gli attori della crisi sono i migliori arbitri e tutori dei loro interessi e della par condicio, mentre non possono attribuirsi a un'autorità pubblica poteri inquisitori sul regolare andamento delle imprese*"; sul punto, cfr. altresì BONFANTI- CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, 42; SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, 54.

lato, a ricercare la migliore soluzione di soddisfacimento dei creditori; da qui, la possibilità per il debitore di ricorrere a qualsivoglia forma di cessione, a qualsivoglia forma di operazione societaria. Si è trattato, in altre parole, di una liberalizzazione della iniziativa del debitore il quale non era più soggetto a schemi legali definiti e prestabiliti<sup>88</sup>.

Si tratterebbe, *prima facie*, come già visto nel precedente capitolo, di interventi legislativi volti ad affermare l'autonomia privata e il profilo negoziale a discapito del ruolo dell'autorità giudiziaria.

Non bisogna dimenticare, tuttavia, che il concordato è sempre stato, e continua a essere, un procedimento giudiziale. Ed invero, il debitore non rivolge direttamente la propria proposta ai creditori. Quest'ultima (i.e., la proposta) è, infatti, contenuta nella domanda di concordato che viene presentata anzitutto al tribunale. Si instaura, quindi, un procedimento, che vede coinvolti più soggetti, finalizzato al raggiungimento dell'omologa in cui è comunque presente attivamente l'autorità giudiziaria<sup>89</sup>.

Alla fase iniziale, rimessa interamente all'iniziativa privata segue, infatti, una fase di ampia giurisdizionalizzazione atteso che il tribunale viene investito, con la presentazione della domanda, del potere di incidere sul procedimento avviato, dichiarandone la sua ammissibilità, concedendo un termine per il perfezionamento

---

<sup>88</sup> sul punto, AZZARO, nt. 82, 1267; LO CASCIO, nt. 82, 526.

<sup>89</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 82, 526, secondo cui "*si è in presenza di un contenuto privatistico della proposta caratterizzata dal principio dispositivo dei contratti, ma non si accede alle trattative tra parti, quanto piuttosto a una fase giurisdizionale*".

della proposta fino, ovvero interrompendo la procedura e dichiarandola inammissibile<sup>90</sup>.

È evidente, quindi, che l'annoso dibattito sulla natura del concordato appare, sul piano pratico, poco efficiente in quanto lacunoso in partenza atteso che si omette un profilo oggettivo consistente nella valenza procedurale del concordato medesimo. A ciò si aggiunga che il recente intervento di riforma (*i.e.*, l. 132/2015) ha posto dei limiti all'autonomia negoziale reintroducendo una percentuale minima di pagamento in favore dei creditori. Anche quest'ultimo intervento appare *prima facie* una urgente risposta al giudizio negativo espresso dagli investitori e dal mercato sui risvolti pratici del precedente intervento di riforma. È evidente, quindi, che mancando allo stato una riforma sistemica e sistematica dell'istituto occorra, nella pratica, ricercare una nuova cornice interpretativa e operativa delle disposizioni normative che disciplinano il concordato.

Anche alla luce del breve *excursus*, sembra emergere la necessità di ricercare e offrire nuovi spunti di riflessione; obiettivo che detto elaborato tenta, nel rispetto del dibattito, di perseguire trovando il proprio conforto anche nella spinta innovativa offerta dalla Suprema Corte, nella pronuncia di legittimità assunta a sezioni unite, con la sentenza n. 1521/2013.

---

<sup>90</sup> VACCHIANO, nt. 80, 1321.

**6) L'evoluzione giurisprudenziale circa la natura giuridica del concordato fino alla pronuncia delle Sezioni Unite**

Anche la giurisprudenza, come già rappresentato *supra*, non è mai stata univoca sulla natura giuridica del concordato; e ciò, sicuramente, anche a causa della costante indecisione del legislatore espressamente manifestata nei numerosi interventi di riforma privi di un *liet motiv* e finalizzati, come visto, a offrire una risposta d'urgenza alle esigenze del mercato piuttosto che prediligere e perseguire una precisa e specifica *ratio* di riforma.

Ed invero, nel corso del tempo la giurisprudenza di merito, in coerenza con gli interventi normativi, ha più volte esaltato i nuovi profili privatistici emersi dagli interventi di riforma del 2005 e del 2007, corroborati, poi, dagli interventi del 2012 e del 2013, rilegando il ruolo del tribunale a mero organo di controllo formale; controllo finalizzato a ridurre le asimmetrie informative tra debitore e creditori<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> cfr. App. Torino, 21 febbraio 2012, in *Il Fall.*, 2012, 6, 743, secondo cui "*in sede di omologazione del concordato preventivo il tribunale non ha il potere di sindacare la fattibilità del piano*"; ed ancora, App. Torino, 20 luglio 2009, in *Il Fall.*, 2010, 8, 961, con nota di MICHELOTTI "*Il controllo del Tribunale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo va esercitato, senza valutare il merito della proposta e le considerazioni contenute nella relazione attestativa, ma la loro legittimità formale e sostanziale, verificando che siano assicurate le condizioni dell'accordo tra il debitore e i suoi creditori, senza che la volontà di questi ultimi sia viziata da un'informazione incompleta, falsa o erronea*"; Trib. Salerno, 9 novembre 2010, in *www.ilcaso.it* ; Trib. Mantova, 22 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*.

Si rileva, tuttavia, che in dette pronunce, pur ridimensionando il ruolo dell'organo giudiziale, non ci si esime dal ricordare costantemente l'esistenza di alcuni profili pubblicistici che devono necessariamente competere all'organo adito specialmente nella fase di ammissione, revoca e omologazione; a conferma dell'impossibilità di affermare l'univoca prevaricazione di un orientamento sull'altro. In questo senso, ad esempio, si afferma che *"il sindacato del tribunale nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, in difetto di opposizione da parte dei creditori appartenenti ad una classe dissenziente, non può avere ad oggetto la fattibilità e la convenienza del piano, ma ciò non relega detta verifica ad un mero controllo formale, poiché la stessa è preordinata a riscontrare che i creditori siano stati posti in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa e che lo stesso non sia viziato da una falsa rappresentazione della realtà, ferma l'impossibilità di effettuare accertamenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali"*<sup>92</sup>.

Il contrasto emerso nelle pronunce di merito ha avuto i propri riflessi e risvolti anche nelle pronunce di legittimità.

In particolare, con la pronuncia n. 21860/2010, la Suprema Corte sembrava esaltare il profilo privatistico ridimensionando il ruolo del giudice a mero esecutore

---

<sup>92</sup> cfr. App. Genova, 23 dicembre 2011, in *Il Fall.*, 2012, 4, 437; cfr. Trib. Milano, 2 ottobre 2006 secondo cui la valutazione che va operata in sede di omologazione di concordato preventivo attiene, oltre alla regolarità formale della procedura ed alla verifica dell'intervenuta accettazione da parte dei creditori della proposta concordataria, alla sussistenza degli elementi cui la legge subordina l'ammissibilità della procedura, dei quali fa parte l'attuabilità della proposta in *Il Fall.*, 2007, 3, 331 nota di CATALOZZI.

formale di una volontà formatasi all'esterno. Più nello specifico, la Suprema Corte nella pronuncia *de qua*, dopo aver affermato l'esistenza di due orientamenti circa il potere che spetterebbe al tribunale, sembrerebbe optare per quell'orientamento che privilegi il ruolo negoziale, atteso che dal dettato normativo "*si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori*" con la logica conseguenza che ogni giudizio di merito relativo alla fattibilità del piano spetterebbe solo ai creditori che, per far ciò, si avvarranno dei dati e delle informazioni fornite<sup>93</sup>. Senonché la medesima Corte affermava, poi, che il ruolo del tribunale non si sarebbe

---

<sup>93</sup> cfr. Cass. Civ., n. 21860/2010 secondo cui "*un primo orientamento, soprattutto dottrinale, ritiene che, in sede di giudizio di ammissibilità, il Tribunale deve limitarsi ad un controllo meramente formale della completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda; altro orientamento ritiene che il Tribunale, in tale sede, è tenuto ad accertare anche la fattibilità del piano, attraverso un controllo della regolarità e della completezza dei dati aziendali esposti ed attraverso una puntuale verifica dell'iter logico attraverso il quale il professionista è giunto ad affermare la fattibilità del piano, e ciò al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore o la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano*"; per un maggior approfondimento sulla distinzione tra proposta, piano e domanda di concordato preventivo e i loro riflessi sulla fattibilità, BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*; ed ancora, AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, commento a Cass. Civ., n. 13817/2011; CATALLOZZI, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecnica di tutela dei creditori "deboli"*, commento a Trib. Milano 2 ottobre 2006, nn. 10640 e 10642, in *Il Fall.*, 2007, 3, 333; MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, commento a App. Torino 20 luglio 2009, in *Il Fall.*, 2010, 8, 961; RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fall.*, 2007, 2, 264.

limitato al mero controllo formale, esistendo un intrinseco e costante profilo pubblicistico volto a "*garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà*".

Si è trattato di un principio ribadito in altra pronuncia della Suprema Corte, sentenza n. 3856/2011, secondo cui sarebbe il commissario giudiziale a verificare la veridicità dei dati aziendali effettuati dal professionista, non dovendo il tribunale, neppure nell'esercizio delle proprie facoltà di richieste di informazioni/integrazioni, sovrapporsi al commissario giudiziale. In quest'ottica quindi la facoltà del tribunale di richiedere informazioni e/o integrazioni dovrebbe essere letta come richiesta finalizzata a permettere ai creditori, supportati dal commissario giudiziale, di avere una maggiore completezza e chiarezza della situazione ai fini di una corretta e libera determinazione del proprio diritto di voto<sup>94</sup>.

Ed ancora, sempre in altra pronuncia, la Suprema Corte ha affermato che l'intervento dell'autorità giudiziaria avrebbe il mero fine di svolgere un controllo di regolarità formale circa la documentazione allegata alla domanda e circa la correttezza della finalità della relazione del professionista volta a fornire ai creditori tutti gli elementi di valutazione necessari alla proposta. Non solo, detto controllo di mere

---

<sup>94</sup> cfr. Cass. Civ., n. 3856/2011.

regolarità formale sarebbe sussistito anche nelle ipotesi di revoca del concordato in quanto l'intervento del tribunale sarebbe, in ogni caso, residuale<sup>95</sup>.

Il panorama giurisprudenziale e dottrinale sopra rappresentato dimostra che, ad oggi, non si è ancora giunti alla condivisione di una chiave interpretativa che consenta alla procedura di concordato preventivo di sfuggire ai numerosi e disperati interventi d'urgenza da parte del legislatore in materia.

A supporto di quanto sostenuto, si riporta un'altra pronuncia, del medesimo periodo, della Suprema Corte di tutt'altra direzione interpretativa, secondo cui la possibilità di richiesta di integrazione di documenti rappresenterebbe, a tutti gli effetti,

---

<sup>95</sup> cfr. Cass. Civ., n. 13817/2011, in *Dir. Fall.*, 2011, 6, 2, 615 nota di BERTACCHINI secondo cui *"il giudizio in ordine alla fattibilità del piano di concordato spetta ai creditori, sicché il tribunale non può procedere alla revoca dell'ammissione alla procedura sul ravvisato presupposto dell'assenza (o del venir meno) di detta fattibilità, né su tali basi può rifiutare l'omologazione, salvo che siano state proposte ed accolte opposizioni aventi specificamente ad oggetto questo profilo"*; *"l'indicazione, nella domanda di concordato preventivo, della percentuale di soddisfacimento che all'esito del realizzo dei beni i creditori sono verosimilmente destinati a ottenere e la menzione dei presumibili tempi della liquidazione sono necessarie ai fini della determinatezza e della piena comprensione, da parte dei creditori, dei termini effettivi della proposta, ma non sono vincolanti per il debitore ai fini del buon esito della procedura"* in *Il Fall.*, 2011, 8, 933 nota di AMBROSINI e Cass. Civ., n. 18987/2011, secondo cui *"il sindacato di merito del giudice in tema di fattibilità del concordato in assenza di opposizione da parte dei creditori non è ammesso anche laddove il parere del commissario evidenzi fatti ed allegghi circostanze atte a confutare l'attendibilità dei dati forniti dal debitore"* in *Il Fall.*, 2012, 6, 740.

un controllo di merito da parte del tribunale, volto anche alla verifica di eventuali casi di nullità<sup>96</sup>.

Pur privilegiando la natura negoziale del concordato, quindi, alcuni degli interventi della Suprema Corte, sottolineando in ogni caso il ruolo del tribunale, e quindi il profilo pubblicistico, evidenziano il mancato prevalere di un orientamento a tal punto da ritenere di dover rimettere la questione interpretativa, ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ., alle Sezioni Unite<sup>97</sup>.

### 7) Le Sezioni Unite

Il dibattito interno alla Suprema Corte, come detto, è stato motivo di rimessione alle Sezioni Unite atteso che la presenza di "*profili di non totale sintonia nella giurisprudenza di legittimità, un non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito ed un ampio dibattito in dottrina con la prospettiva di soluzioni non coincidenti*"

---

<sup>96</sup> cfr. Cass. Civ., n. 18864/2011, in *Giur. It.*, 2012, 1, 82 nota di TEDOLDI "*nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo il Tribunale deve compiere un'analisi anche del piano che sorregge la proposta di concordato, sia pure entro la soglia minimale della non manifesta inadeguatezza, prima facie, della relazione del professionista che ne attesti la fattibilità*" ed ancora "*la cessione di beni e le altre operazioni, anche di ingegneria imprenditoriale e societaria, contemplate dall'art. 160 L. Fall., non possono essere disancorate dalla promessa di un risultato utile conseguibile, precisato o implicito in una percentuale di soddisfacimento, senza il quale la proposta del debitore diverrebbe aleatoria in senso giuridico, pur a fronte dell'effetto esdebitativo certo della falcidia concordataria*".

<sup>97</sup> sul punto, LO CASCIO, *Concordato Preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fall.*, 2012, 5, 530]

hanno reso necessario un intervento nomofilattico della Suprema Corte<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> cfr. Cass. Civ., n. 27063/2011, in *Corr. Giur.*, 2012, 2, 229 con nota di DI MAJO *"l'orientamento prevalente di questa corte appare contrario alla sindacabilità del merito della proposta di concordato (sia preventivo sia fallimentare) - e quindi della fattibilità del piano - tanto in sede di giudizio di ammissione alla procedura quanto nella successiva fase del giudizio di omologazione, salvo che, in quest'ultimo caso, un creditore a ciò legittimato abbia proposto opposizione proprio al fine di sollecitare un siffatto giudizio di merito (si vedano Cass. Civ. n. 21860/10, Cass. Civ. n. 3274/11, Cass. Civ. n. 3586/11, Cass. Civ. n. 13817/11 e Cass. Civ. n. 18987/11); tale orientamento riviene nell'adesione espressa dall'adunanza dei creditori il momento decisivo in cui si possa e debba giudicare del merito della proposta, anche sotto il profilo della fattibilità del piano, e limita perciò il compito del tribunale alla verifica della regolarità della procedura, al fatto che i creditori chiamati ad esprimere il loro consenso nell'adunanza siano stati compiutamente e correttamente informati ed all'assenza di eventuali ragioni d'illiceità o comunque di nullità della proposta, come tali non sanabili neppure mediante la prestazione del consenso dei creditori; una recente pronuncia - Cass. Civ. n. 18864/11 - ha però seguito una linea motivazionale non del tutto coincidente con il suddetto orientamento, pur non sconfessandolo in modo esplicito (ed anzi talvolta richiamandolo), giacché per un verso ha espressamente inteso ridimensionare la valenza contrattuale dell'adesione dei creditori alla proposta concordataria, per altro verso ha sottolineato il ruolo di controllo anche sostanziale che sin dalla fase dell'ammissione residuerebbe in capo al tribunale, quanto ai requisiti di fattibilità del piano, confermato dalla possibilità di concedere un termine per apportarvi integrazioni (L. Fall., art. 162, comma 1); la sentenza da ultimo citata, pur non potendosi forse considerare in diretto contrasto con le altre sopra menzionate, giacché in definitiva ha fondato la propria decisione sul rilievo d'ufficio di una causa di nullità assoluta (per impossibilità dell'oggetto) della proposta concordataria approvata dall'adunanza dei creditori, è stata apprezzata anche dai commentatori come dissonante rispetto alla linea giurisprudenziale maggioritaria che si era andata prima definendo, e probabilmente sottende un'ulteriore ragione di distonia anche in ordine alla rilevanza che, nell'economia della proposta concordataria (e della sua fattibilità), oggi assume l'indicazione della percentuale dei creditori che si prevede possano essere soddisfatti; la ratio decidendi su cui la citata sentenza n. 18864/11 si fonda, d'altronde, rende*

È in detto contesto che la Suprema Corte si pronunciava a Sezioni Unite con la sentenza n. 1521/2013. Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte sembrerebbe rigettare i vari tentativi di sussunzione sotto un unico profilo, sia esso privatistico che pubblicistico, dell'istituto del concordato preventivo, privilegiando la frammentazione dell'istituto nelle sue varie fasi e la sua riconducibilità ad un profilo piuttosto che ad un altro a seconda della fase in cui la procedura si trovi.

Per far ciò, la Suprema Corte ha introdotto il concetto di fattibilità, distinguendo tra quella giuridica e quella economica e ricorrendo, per lo scopo, al concetto della causa in concreto quale argomentazione giuridica attraverso cui distinguere i due profili. La Suprema Corte, nello specifico, ha distinto il profilo della fattibilità giuridica dal profilo della fattibilità economica, precisando che al giudice spetterebbe

---

*necessario chiedersi in qual misura l'eventuale non fattibilità del piano si traduca in un'impossibilità dell'oggetto del concordato: il che finisce per riproporre in altra veste il medesimo problema dei limiti entro cui il giudice è legittimato a sindacare l'anzidetto requisito della fattibilità; l'importanza dei temi cui s'è fatto cenno (ai quali potrebbe aggiungersi anche l'interrogativo circa le conseguenze di un negativo giudizio del tribunale in ordine alla fattibilità del piano, ove si ravvisi un difetto d'informazione del ceto creditorio, ed in particolare se ed entro quali limiti ne possa derivare la riconvocazione dell'adunanza dei creditori per esprimere un nuovo e più consapevole voto) - temi in ordine ai quali si registra non solo un ampio dibattito in dottrina ma anche un tuttora non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito, reso più acuto dalla frequenza delle questioni che in siffatta materia vengono sottoposte a giudizio - concorre a suggerire l'opportunità di valutare l'eventuale rimessione del ricorso all'esame delle sezioni unite di questa corte; nel caso si optasse per questa scelta, parrebbe altresì opportuno vagliare se non sia il caso di rimettere alle sezioni unite anche il ricorso n. 5380/11 R.G., che appare connesso, perché riguardante la sopravvenuta dichiarazione di fallimento della medesima società, in vista di una trattazione unitaria dei due ricorsi".*

la sola possibilità di esprimere un giudizio negativo nel momento in cui le modalità attuative della proposta "*risultino incompatibili con norme inderogabili*"<sup>99</sup>.

Ai fini della legittimazione di detta dicotomia, la Suprema Corte è ricorsa all'introduzione della funzione economico-sociale del contratto di concordato preventivo quale *species* del più ampio *genus* dei "*negozi di regolazione della crisi*", e ciò, al fine di dar maggior peso agli effettivi e concreti interessi coinvolti dalla procedura di concordato<sup>100</sup>.

La Suprema Corte, infatti, per far ha richiamato la figura della causa in concreto<sup>101</sup> identificando il concordato preventivo come una procedura tesa al

---

<sup>99</sup> sul punto, ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle sezioni unite*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, 869; FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azienalista*, in *Il Fall.*, 2013, 8, 1014.

<sup>100</sup> sul punto, ABETE, nt. 99, 871, l'Autore evidenzia che l'intervento di riforma "*ha dato corpo al genus dei negozi di regolazione della crisi*"; genere costituito da tre differenti tipi di negozio (il contratto di concordato, il patto *ex art. 67, 3° comma, lett. d)*, legge fall., e 182-*bis*, legge fall.) ognuno caratterizzato da una propria specifica causa. In particolare, l'Autore identifica la causa, nel contratto di concordato, con il binomio "*ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti*"; nel negozio di cui all'*art. 67, 3° comma, lett. d)*, legge fall., "*sarebbe esplicitata dalla locuzione «che appia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria»*; con l'accordo di ristrutturazione dei debiti, la causa consisterebbe nella "*ristrutturazione*"; sul punto, nel senso di identificare la causa con la singola fattispecie di negozio, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 173.

<sup>101</sup> sulla necessità di privilegiare il concreto coacervo di interessi, C.M.BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 452, secondo cui "*il riferimento alla nozione di causa tipica porta a trascurare la realtà viva di ogni singolo contratto, e cioè gli interessi reali che di volta in volta il*

raggiungimento della regolazione della crisi attraverso le regole del concorso concordatario<sup>102</sup>.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, il ragionamento della Suprema Corte, e il conseguente ricorso alla causa in concreto, difetterebbe per la sovrapposizione tra la causa e l'oggetto del contratto atteso che la parola "*procedura*", all'interno dell'espressione "*causa in concreto della procedura*", "*sia stata impiegata per riferirla al concordato preventivo e, quindi, al contenuto dell'accordo dell'imprenditore con i suoi creditori o della proposta e del piano che il debitore sottopone all'adesione dei creditori*"<sup>103</sup>. La critica, tuttavia, non appare condivisibile atteso che si ritiene preferibile l'orientamento secondo cui "*l'oggetto individua i comportamenti cui le parti*

---

*contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato*"; ed ancora, in argomento, SANTORO PASSARELLI, nt. 100, 174, secondo cui "*si intende come la causa sia al tempo stesso un elemento oggettivo, in quanto è stabilito dalla legge come condizione dell'autonomia privata, e anche soggettivo, in quanto la volontà deve in concreto essere mossa da una causa, cioè tendere ad uno scopo, in conformità della legge*".

<sup>102</sup> FABIANI, nt. 8, 57 secondo cui "*se il concordato è un insieme di regole, per logico sillogismo, si dovrebbe concludere che la funzione del concordato è quella di regolare la crisi di un imprenditore secondo le regole, sostanziali e processuali, del concordato*"; in argomento, FARNETI, nt. 99, 1014.

<sup>103</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 82, 531; in argomento, ABETE, nt. 99, 881; PANZANI, *I nuovi poteri poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Le Soc.*, 2013, 576, secondo cui "*l'esame della possibilità giuridica della proposta quando essa si traduca nella cessione ai creditori di beni incommerciabili o in altra situazione analoga non attiene alla causa del negozio, ma semmai all'oggetto*"; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, 175.

*si impegnano, considerati singolarmente e non nel loro collegamento teleologico"*<sup>104</sup>.

Ed è, infatti, detta nozione di oggetto, e *a contrario* di causa, che giustifica l'impostazione argomentativa e interpretativa della Suprema Corte nel momento in cui ricorre al concetto di causa in concreto.

La Suprema Corte, una volta richiamato il concetto di causa in concreto, ha concluso il proprio ragionamento sostenendo che il giudice sarebbe chiamato a conoscere della fattibilità giuridica, intesa come verifica della correttezza e completezza delle informazioni che devono essere fornite ai creditori affinché esercitino il proprio diritto di voto atteso che spetterebbe a loro ogni valutazione circa la convenienza della proposta.

Sebbene dai più, la sentenza *de qua* sia stata vista e interpretata come un trionfo della corrente privatistica, si ritiene che il ricorso alla causa in concreto, e il conseguente principio di diritto, non escludano comunque il profilo pubblicistico della procedura; così come, peraltro, confermato sempre dalla medesima Corte in altra pronuncia secondo cui il giudizio di omologazione concernerebbe anche un esame dell'invalidità del concordato nelle ipotesi di mancanza dell'oggetto o di violazioni di norme imperative. In altre parole, a dire della Suprema Corte, il tribunale avrebbe il compito di rilevare in tutte le fasi del procedimento di concordato (ammissione, revoca e/o omologazione) l'effettiva realizzabilità della causa in concreto della procedura<sup>105</sup>.

Ne conseguirebbe che, affinché il procedimento di concordato si possa dire conforme

---

<sup>104</sup> MIRABELLI, nt. 103, Torino, 1980, 176.

<sup>105</sup> DE SANTIS, *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Il Fall.*, 2013, 279.

alle indicazioni del legislatore, sarebbe necessario perseguire due finalità: la prima, rappresentata dal superamento della crisi imprenditoriale e, la seconda, rappresentata, invece, dal raggiungimento di un compromesso tra i creditori e il debitore mediante un soddisfacimento delle pretese dei medesimi creditori<sup>106</sup>.

La Suprema Corte infatti ha affermato che un corretto intervento dell'autorità giudiziaria "*presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato preventivo*". Il giudice, pertanto deve procedere "*all'accertamento delle modalità attraverso le quali, per effetto dell'attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi*".

Detta pronuncia, come detto, si è fondata sul concetto di "*causa in concreto della procedura di concordato*"<sup>107</sup>.

La causa, a differenza del motivo - elemento individuale riconducibile alla singola parte - è individuata nella pronuncia come lo scopo economico - sociale del contratto<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> cfr. Cass. Civ., n. 18864/2011.

<sup>107</sup> sul punto, LO CASCIO, NT. 82, 531, secondo cui "*la previsione di un controllo giudiziale del tribunale che ripercorra lo svolgimento della procedura e ne rilevi eventuali invalidità, anche se prospettato in modo confuso e talvolta ripetitivo, sembra alludere alla configurabilità di una causa atipica del contratto o dell'atto unilaterale (La Corte non specifica se intende riferirsi alla proposta oppure all'accordo che interviene con i creditori e indica un motivazione e nello stesso principio di diritto enunciato nel dispositivo "la Causa della procedura di concordato")*".

La dimensione economico sociale della causa presuppone, quindi, che la causa sia l'elemento comune alle parti volto al conseguimento di realizzare lo scopo del negozio contrattuale prescelto (nell'evoluzione dottrinale del concetto di causa, si prescinde dal profilo sociale, identificando la causa come un compromesso degli interessi delle parti, e quindi lo scopo per cui le parti hanno avviato la negoziazione)<sup>109</sup>.

Secondo detta impostazione, verrebbe, quindi, meno l'astrattezza della causa in favore di un concetto di causa fondato sulla concretezza situazionale in cui a prevalere non è la tipicità negoziale ma la rilevanza degli interessi concreti di tutti i soggetti coinvolti<sup>110</sup>.

Applicando detti principi all'istituto del concordato, la Corte evince che la causa in concreto della procedura e, quindi, lo scopo che spinge le parti a raggiungere il negozio giuridico, è *"univocamente ed incontestabilmente individuabile nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore, obiettivo ritenuto meritevole di tutela"* mediante il riconoscimento, seppur di una piccola parte, delle ragioni creditorie

---

<sup>108</sup> sul punto, LO CASCIO, nt. 82, 531, secondo cui la causa rappresenta lo scopo da doversi raggiungere affinché l'ordinamento riconosca validità allo schema negoziale perseguito.

<sup>109</sup> sull'evoluzione in merito al concetto di causa si veda DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, 340 e ss..

<sup>110</sup> cfr. Cass. Civ., n. 10490/2006; Cass. Civ., n. 5324/2003; Cass. Civ., n. 1898/2000; cfr. altresì, LO CASCIO, nt. 82, 532, che distingue tra causa del contratto e causa dell'obbligazione in quanto la causa del contratto è lo scopo che si vuole conseguire mentre la causa dell'obbligazione è la ragione dell'obbligazione. Ed invero, *"la causa del contratto sorge prima della sua stipulazione o al più mentre si sta perfezionando; la causa dell'obbligazione opera poi quando il contratto si è formato o quando l'obbligazione deve essere adempiuta"*.

dei singoli creditori. Essendo questo lo scopo che spingerebbe le parti ad addivenire al negozio, sarebbe opportuno che le parti vengano messe nelle migliori condizioni di poter esprimere la propria volontà negoziale. In particolare, con riferimento alla regolamentazione della crisi la Suprema Corte ha affermato che detta regolazione "*a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni della modalità di soddisfacimento dei creditori (in essa comprese quindi le relative percentuali ed i tempi di adempimento) rispetto ai quali la valutazione è rimessa ai creditori*". È per questo motivo, perciò, che i medesimi creditori devono essere messi nelle condizioni di poter esprimere serenamente il proprio voto essendo stata precedentemente verificata dall'organo giudiziale la fattibilità giuridica. A fronte di detto sbilanciamento in favore della natura pubblicistica, la Suprema Corte è intervenuta, poi, esaltando l'elemento negoziale della procedura e ribadendo che ogni valutazione di convenienza e libertà è rimessa ai creditori.

Su questi presupposti è il giudice che dovrebbe provvedere a un'analisi degli interessi che il concordato ha lo scopo di realizzare. In altre parole, il giudice sarebbe chiamato a verificare che lo strumento contrattuale adoperato per il perseguimento degli interessi delle parti sia meritevole di tutela giuridica<sup>111</sup>.

Detto principio, sempre secondo la Suprema Corte, comporterebbe che lo spazio d'azione del giudice non sarebbe definito atteso che "*la specifica determinazione dei poteri del giudice va compiuta in considerazione del ruolo a lui*

---

<sup>111</sup> sul punto, DE SANTIS, nt. 104, 279.

*attribuito in funzione dell'effettivo perseguimento della causa del procedimento, ruolo che rimane identico nei diversi momenti ora considerati".*

La pronuncia della Suprema Corte, quindi, sembrerebbe porre fine all'annoso conflitto intellettuale circa la natura del concordato definendo il raggio operativo di ogni singolo soggetto coinvolto nella procedura.

Partendo, tuttavia, proprio dall'ultimo passaggio argomentativo della Suprema Corte si ritiene che la pronuncia *de qua* possa offrire un'ulteriore conclusione cui giungere; e detta conclusione avrebbe il vantaggio di permettere alla procedura di concordato di continuare a svolgere quel ruolo primario sul mercato volto a mantenere elevata la fiducia nel mercato, nei rapporti commerciali e, per l'effetto, nel sistema paese.

Questa considerazione, per amore di verità, già maturata prima degli ultimi interventi legislativi, sembrerebbe trovare supporto, appunto, anche nell'ultimo intervento di riforma, dettato proprio dall'esigenza di continuare a garantire al concordato una dignità formale e sostanziale che attragga gli investitori e mantenga alta la fiducia nel mercato.

#### **8) Gli spunti per una nuova cornice interpretativa**

Il tentativo di questo approfondimento è quello di offrire lo spunto per un nuovo approccio e/o una nuova cornice interpretativa della disciplina del concordato. A tal fine è doveroso svolgere alcune considerazioni preliminari.

In primo luogo, si ritiene opportuno ricordare che le finalità del concordato sono ben più ampie del semplice tentativo di evitare il fallimento atteso che la procedura di concordato ha il fine di coinvolgere e soddisfare più interessi, multidimensionali e più complessi rispetto alla mera finalità egoistica del debitore di evitare il fallimento e le conseguenze ad esso connesso. Le finalità del concordato, ben identificate dalla Suprema Corte nella pronuncia a Sezioni Unite, sono, infatti, quelle di regolare la crisi e, al contempo, soddisfare i propri creditori e, più in generale, tutti i soggetti direttamente e/o indirettamente coinvolti<sup>112</sup>.

Ed è proprio sul concetto di soddisfacimento che è opportuno svolgere alcune considerazioni.

Più in particolare, il concetto di soddisfacimento utilizzato dal legislatore e sottolineato dalla Suprema Corte, a prescindere dal mero significato letterale, prettamente spirituale, dovrebbe essere inteso come una tensione della proposta del creditore volta a offrire, per mezzo del piano offerto, ai propri creditori, una soddisfazione parziale e sociale rispetto alle proprie originali posizioni creditorie cui il singolo creditore sottostà adeguandosi alla volontà della maggioranza dei medesimi<sup>113</sup>; detto soddisfacimento, almeno fino all'ultimo intervento del legislatore con la legge 132/2015, non avrebbe imposto il pagamento in denaro del credito ma semplicemente il fatto che la pretesa creditoria venisse in qualche modo soddisfatta<sup>114</sup>, con la logica

---

<sup>112</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 51.

<sup>113</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 52.

<sup>114</sup> Si tratterebbe quindi, nella sostanza, di una sorta di *datio in solutum* "eccezionale" nel senso che, come per altri istituti del diritto commerciale, assume dei propri caratteri che la

conseguenza che detto soddisfacimento avrebbe potuto assumere la più ampia forma sia nell'*an* che nel *quantum*, rilevando solo, per il buon esito della procedura, la volontà sociale della maggioranza dei crediti.

Secondo questo orientamento, quindi, il concetto di soddisfacimento, almeno fino all'ultimo intervento di riforma, avrebbe potuto essere inteso come capacità della proposta di procurare un'utilità al creditore; utilità, appunto, che può assumere la forma più ampia con il conseguente riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità del debitore nella formulazione della proposta - sebbene da ultimo vincolata in parte prevedendo una misura minima di soddisfacimento - di un piano non vincolato né predeterminato *nell'an* e nel *quantum*.

In questo senso è sembrata orientarsi anche la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite (il cui principio di diritto necessariamente dovrà essere adeguato agli ultimi interventi normativi) prediligendo una maggiore attenzione e sensibilità agli scopi della procedura piuttosto che al contenuto della medesima atteso che la finalità principale è quella di regolare la crisi assicurando, al contempo, il soddisfacimento parziale delle pretese creditorie.

---

differenziano da quella classica del diritto civile. In particolare, la differenza consisterebbe nel fatto che nell'ipotesi del concordato non vi sarebbe la necessità del consenso di tutti i creditori ma solo della maggioranza degli stessi Sul punto, FABIANI, nt. 8, 53 secondo cui "*la differenza fondamentale rispetto al passato è data dal fatto che il singolo creditore non solo è vincolato al volere della maggioranza sul quoziente monetario che è destinato a ricevere, ma è addirittura vincolato in ordine alla qualità della prestazione che può essere un adempimento no in moneta*"; PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, 97.

Con particolare riferimento alla regolazione della crisi, la Suprema Corte, partendo dall'idea che lo stato di crisi possa essere solo uno dei due possibili risultati fisiologici di un'attività economica, vedrebbe nel concordato un mezzo per evitare la dispersione dei valori aziendali. La Suprema Corte, con riferimento allo stato di crisi, afferma infatti che il medesimo rappresenterebbe " *uno dei possibili e fisiologici esiti della sua attività e della ravvisata opportunità di privilegiare soluzioni di composizione idonee a favorire, per quanto possibile, la conservazione dei valori aziendali, altrimenti destinati ad un inevitabile quanto inutile depauperamento*".

Detta lettura, tuttavia, necessariamente, anche alla luce del recente intervento legislativo (legge 132/2015), dovrà essere rivista nel senso che comportando, la procedura di concordato, il sacrificio di tutti i creditori per volontà della sola maggioranza di essi, è necessario che il soddisfacimento dei creditori si concretizzi in un'utilità di soddisfacimento economicamente valutabile<sup>115</sup>, in grado di giustificare il sacrificio del singolo.

Ed invero, se la negoziabilità della procedura e l'iniziativa autonoma appaiono maggiormente proficue a disciplinare la procedura di concordato, è necessario che detta autonomia non si traduca in assenza di regole<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> viene meno, quindi, l'ipotesi sostenuta da alcuni autori secondo cui il creditore potrebbe, in applicazione ai principi civilistici, ritenersi soddisfatto anche mediante la rinuncia alla propria posizione creditoria estinguendo in questo modo l'obbligazione; in senso conforme a tale orientamento, ABETE, nt. 99, 878.

<sup>116</sup> NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 302.

### 9) *Il sacrificio (costituzionale) sociale concordatario*

La consapevolezza che la procedura di concordato, per gli ovvi intrinseci profili pubblicistici, non possa essere vista come una procedura meramente negoziale rimessa all'autonomia dei privati, ha spinto la Suprema Corte, sempre nella pronuncia a sezioni unite sopra richiamata, ad affermare che il concordato, ferma la natura negoziale della proposta, rimane pur sempre una procedura i cui profili pubblicistici si riscontrano *a)* nelle forte limitazioni che il creditore subisce per effetto della procedura di concordato ("*vedendo vanificato il suo diritto di azione pur costituzionalmente garantito*") (ndr "*sacrificio sociale concordatario*"); *b)* nelle numerose limitazioni attraverso le quali viene regolata la procedura al fine di giustificare detta limitazione e restrizione alla posizione del creditore.

Il profilo pubblicistico consisterebbe, quindi, in quell'intervento dell'autorità giudiziaria volto a garantire la tutela di tutti i soggetti direttamente e/o indirettamente coinvolti e "sacrificati" dall'avvio della procedura; non si tutelano, quindi, i soli creditori ma, in coerenza al profilo multidimensionale della procedura, con il c.d. sacrificio sociale concordatario, l'intero sistema e l'appetibilità del paese e del suo mercato.

Ed è proprio questo profilo sociale e costituzionale a comportare che il sacrificio del creditore abbia una propria legittimità nel momento in cui la regolazione della crisi "*si realizzi con il raggiungimento della duplice finalità perseguita con l'instaurazione di detta procedura, consistenti nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale*

*consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti*". Si tratta, peraltro, di un'esigenza emersa nel corso dell'analisi dei risultati delle applicazioni pratiche dell'istituto.

È evidente, quindi, che la garanzia di detti principi comporti, all'interno della procedura di concordato, necessariamente un contrappeso consistente nella previsione di un obbligatorio incardinamento della regolazione della crisi all'interno di un procedimento giurisdizionale in cui l'intervento dell'autorità è finalizzato a garantire "giustizia" nelle forme e nella sostanza alla procedura e agli interessi coinvolti.

L'autonomia del singolo creditore, tuttavia, deve sempre conciliarsi nello schema procedurale con il principio maggioritario in funzione della realizzazione del "sacrificio sociale concordatario". Detto sacrificio, come più volte ribadito, si riflette direttamente sul singolo e indirettamente su tutti coloro che sono interessati a vario titolo, o anche solo indirettamente, dalla procedura di concordato dimenticando in realtà che, per l'effetto di detto coinvolgimento, il primo soggetto interessato dalla procedura di concordato dovrebbe essere proprio l'autorità giudiziaria che con la propria attività assolve il compito di garantire la correttezza e l'esistenza dell'ordinamento e, conseguentemente, legittimare quel sacrificio. E' la medesima corte, infatti, ad affermare in alcuni passaggi successivi che il ricorso e l'intervento dell'autorità giudiziaria è finalizzato a rispondere all'esigenza di giustizia invocata dagli interessi coinvolti.

Nelle premesse della pronuncia si legge, infatti, che le riforme legislative, pur scontando il limite di non avere *"trovato riconoscimento in un testo legislativo*

*apparentemente ridisegnato per il conseguimento delle indicate finalità, ma avendo avuto piuttosto collocazione nell'esistente corpo normativo, ispirato al raggiungimento di finalità del tutto diverse",* hanno la finalità di **i)** snellire le procedure esistenti; **ii)** valorizzare il ruolo del giudice quale tutore della legalità e **iii)** rafforzare il ruolo propositivo delle parti.

Dette tre finalità riflettono, quindi, la tensione della procedura verso l'economicità della stessa e la sua effettiva operatività ed utilizzabilità al fine di impedire un'eccessiva dispersione di quella utilità messa a disposizione dal debitore.

Si tratta di un fine sociale e pubblicistico che plasma l'intera procedura e trova una propria manifestazione anche in quei principi regolatori della procedura volti a prevedere un bilanciamento della lievitazione dei costi, disciplinando un ristretto termine di durata della procedura (art. 180 l.fall.) e prevedendo tempi molto ristretti, nelle ipotesi di risoluzione, per il ricorso (art. 137 l.fall.).

É in questo contesto che andrebbe letto il recente intervento normativo con cui il legislatore ha puntato a un nuovo rapporto tra l'autonomia negoziale e il potere del tribunale. Detta circostanza, per quanto apparentemente innovativa rispetto ai fini perseguiti dagli ultimi interventi di riforma del 2005 e del 2007 e, al contempo, "*vintage*" per il ritorno ad alcuni principi del passato, appare a dire dello scrivente l'esplicitazione di un principio e di una finalità che era già contenuta nella pronuncia di legittimità della Suprema Corte e che, in ogni caso, ha sempre contraddistinto la procedura. Ignorando suddetto profilo, si rischierebbe di sterilizzare la pronuncia di legittimità della Suprema Corte rilegandola a mera bandiera del profilo privatistico e

annullando i riferimenti ai profili pubblicistici ivi espressamente e implicitamente contenuti che sono ben più ampi del mero compito di garanzia di acquisizione delle informazioni in funzione del tentativo di riduzione dell'asimmetria informativa. È in questo senso che si vuol offrire un nuovo spunto interpretativo; spunto focalizzato sull'analisi del concetto di soddisfacimento del creditore e del sistema. Il soddisfacimento del creditore si deve conciliare con l'esigenza di tutela di tutti i soggetti coinvolti dall'avvio della procedura di concordato tra cui, in primo luogo, il mercato medesimo.

Questo sforzo di giustizia, in coerenza al principio espresso dalla Suprema Corte non comporta, come affermato dalla Suprema Corte, il ricorso a figure giuridiche astratte bensì alla ricerca in concreto di uno *standard* che, nella concretezza della vicenda, soddisfi tale esigenza e completi il sillogismo giuridico offerto dalla Suprema Corte.

Sempre seguendo la pronuncia, la premessa maggiore consisterebbe nel fatto che ogni valutazione sarebbe rimessa ai creditori i quali devono essere messi, grazie all'organo giudiziario investito della procedura, nelle condizioni di ridurre al minimo le asimmetrie informative che impediscano l'esercizio del proprio voto e del proprio potere decisorio e vincolante; la premessa minore, poi, consisterebbe nella permanenza di profili pubblicistici volti a garantire l'acquisizione delle informazioni e realizzare concretamente le finalità della procedura, legittimandola. Nel giungere alla conclusione la Suprema Corte affermerebbe l'esistenza in capo all'organo giudiziale

adito di un onere volto a garantire la correttezza e la completezza delle informazioni per poter esprimere il voto.

La conclusione cui giunge la Suprema Corte tuttavia non si dovrebbe limitare ad affermare il mero principio di rimessione di ogni potere valutativo al ceto creditorio e a identificare il ruolo del giudice quale *watch dog* della lotta all'asimmetria informativa, bensì avrebbe dovuto comportare l'affermazione di un'ulteriore conclusione volta a delineare uno *standard* e/o criterio interpretativo di tipo applicativo per meglio esplicitare la proposizione secondo cui "*la specifica determinazione dei poteri del giudice va compiuta in considerazione del ruolo a lui attribuito in funzione dell'effettivo perseguimento della causa del procedimento, ruolo che rimane identico nei diversi momenti ora considerati*".

Questa ulteriore conclusione emergerebbe, a dire dello scrivente, già dalla lettura della pronuncia della Suprema Corte nel momento in cui la medesima Corte ribadisce, alcuni principi volti a legittimare il "sacrificio sociale concordatario", qualificato dalla medesima Corte come il "*fisiologico bilanciamento*". In particolare, dalla pronuncia sembrerebbe evincersi che le limitazioni della posizione creditoria si giustificano solo in presenza del riconoscimento di una "*pur minimale consistenza del credito*"; il tutto, in tempi ristretti.

Ed è proprio su questo concetto che si ritiene doveroso richiamare l'attenzione sul concetto di "*pur minimale consistenza del credito*". Una maggiore riflessione sull'espressione, infatti, potrebbe comportare l'introduzione di un nuovo concetto all'interno della procedura di concordato già da alcuni autori, indirettamente, introdotto

analizzando il concetto di causa in concreto. In particolare, ci si riferisce al pensiero di Fabiani secondo cui la causa in concreto del concordato comporterebbe non tanto la necessità che tutti i creditori risultino soddisfatti quanto che la loro posizione "*migliori con il concordato e che pertanto tutti siano economicamente soddisfatti*"<sup>117</sup>.

Analogamente, secondo altra corrente di pensiero, il concordato dovrebbe promettere il conseguimento di un'utilità qualsiasi, come ad esempio, quella di anticipare la detrazione fiscale della parte di credito insoddisfatto o di evitare l'azione revocatoria fallimentare per il pagamento ricevuto nel periodo sospetto potrebbe rappresentare lo spunto per un nuovo criterio interpretativo e valutativo della procedura<sup>118</sup>.

Ed è proprio su questo concetto che occorre soffermarsi.

Determinare quali siano le condizioni necessarie affinché trovi una propria legittimazione il "sacrificio sociale concordatario", individuando possibilmente uno *standard* applicativo.

---

<sup>117</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 57.

<sup>118</sup> sul punto, cfr. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2012, 97; SANDULLI, sub. *Art. 160*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di NIGRO, SANDULLI, SANTORO.

### **10) Un possibile criterio interpretativo alternativo**

Anche alla luce del recente intervento normativo e tenuto conto del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite appare necessario, a dire dello scrivente, identificare uno *standard* interpretativo che garantisca funzionalità alla procedura di concordato.

In realtà la risposta, come detto, ci viene fornita dalla medesima pronuncia, nel momento in cui la Suprema Corte, introducendo un concetto discrezionale, afferma che la posizione creditoria deve essere soddisfatta in una "*pur minimale consistenza*".

Si tratterebbe della formalizzazione, all'interno della procedura concorsuale e con i connessi e naturali adattamenti, di un concetto giuridico, quello della discrezionalità intesa come vincolo nel fine, tipica del diritto pubblico e amministrativo. In verità, l'espressione è già stata utilizzata, tuttavia, in senso atecnico. In particolare, il termine viene utilizzato, con riferimento al debitore, per indicare l'ampia libertà in capo allo stesso di definire una proposta. Detta libertà in realtà incontra un limite; limite che è stato espressamente identificato dalla Suprema Corte nel senso di necessità di fornire una "*pur minimale consistenza*" alla soddisfazione del credito.

Lo scrivente, tuttavia, ritiene che detto vincolo non debba essere qualificato negativamente con il termine di limite quanto, appunto, di "*vincolo nel fine*".

Ed invero, pur privilegiando la natura negoziale del concordato occorre ricordare (e, in questo senso si esprime anche la Suprema Corte) che si tratta di un procedimento innanzi all'autorità giudiziaria in cui il coinvolgimento della medesima

autorità risponde a un'esigenza di giustizia, di equilibrio e di contemperamento dei vari soggetti, a vario titolo coinvolti, e dei loro interessi. Si tratta, peraltro, di un fine espressamente identificato dalla Suprema Corte nel momento in cui nella propria funzione nomofilattica afferma che vi debba essere una "pur minimale consistenza" nel soddisfacimento della propria posizione creditoria.

Già solo questa preliminare considerazione porta lo scrivente a insistere nel ritenere che il termine discrezionale non debba essere limitato a descrivere l'ampia libertà di azione del debitore quanto, piuttosto, dovrebbe essere utilizzato per identificare le finalità della procedura intesa come insieme di disposizioni volte a vincolare positivamente e, quindi, socialmente l'iniziativa del debitore da intendersi, richiamando le parole di Giannini, come una "*sfera di disposizione (libertà) limitata positivamente*" <sup>119</sup>.

Ed invero, si è in presenza di un procedimento giudiziale che ha la finalità di permettere all'imprenditore e all'impresa di continuare la propria vita sul mercato; per far ciò è, tuttavia, necessario che i soggetti coinvolti da detta procedura continuino ad aver fiducia nel mercato in cui quel medesimo soggetto opera e nell'attività di impresa dal medesimo esercitata.

La procedura di concordato è infatti retta da un interesse e/o fine pubblicistico, rappresentato dalla volontà di comporre la crisi mediante la concreta miglior realizzazione degli interessi dei soggetti direttamente e/o indirettamente coinvolti, e questo pubblico interesse condiziona la discrezionalità del debitore poiché "*permette*

---

<sup>119</sup> sul punto, GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 2000, 25.

*al suo titolare di valutare gli interessi per cui dovrà esercitarla* (n.d.r. la propria libertà), *ma vieta che da tale valutazione egli possa prescindere*" <sup>120</sup>. Ne segue che - adattando le parole di Giannini alla materia concorsuale - il patto discrezionale di concordato consisterebbe nell'apprezzamento dell'opportunità della soluzione offerta all'interno di un margine determinato <sup>121</sup>.

Si tratta di una conclusione che potrebbe apparire affrettata e in contrasto con il principio di diritto secondo cui ogni valutazione spetterebbe ai creditori; ma non è così, la risposta è stata già di fatto offerta da alcune pronunce giurisprudenziali emesse in risposta al dibattito sorto in seguito all'intervento di riforma del 2007 e, quindi, al venir meno della previsione di una percentuale minima di soddisfacimento, volta a comprendere se "*sia lecito introdurre la nozione di <<soddisfazione non irrisoria>>*", definendone contorni e limiti <sup>122</sup>.

In particolare, ricercare uno *standard*, pratico, attraverso cui identificare il punto di rottura tra un patto di concordato privo di causa e un patto di concordato con causa non sembra privare, né tantomeno, sminuire l'autonomia negoziale e il potere decisorio dei creditori. Semmai, la ricerca di uno *standard* legittimerebbe ancor di più il "sacrificio sociale concordatario" e, per l'effetto, renderebbe anche sul piano pratico la procedura di concordato uno schema negoziale procedurale effettivamente appetibile in quanto ridurrebbe il pregiudizio morale intrinseco all'espressione "sacrificio"

<sup>120</sup> sul punto, ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, 74.

<sup>121</sup> sul punto, GIANNINI, nt. 119, 52.

<sup>122</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 53.

Detta interpretazione, peraltro, appare ancor più ragionevole seguendo il sillogismo giuridico dei giudici di Roma che già prima della pronuncia della Suprema Corte avevano avuto modo di affermare che sarebbe stato necessario prevedere una misura "*non irrisoria*"<sup>123</sup>. La verifica della sussistenza di detta misura rappresenterebbe un'ingerenza dell'organo giudiziario; tuttavia detta ingerenza non riguarderebbe la congruità della proposta bensì la "*ragionevolezza economia del concordato*" mediante il ricorso al "*concetto di pagamento che «può apprezzarsi come tale solo se supera il vaglio di una minima riconoscibilità sociale»*"<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> cfr. Trib. Roma, 18 aprile 2008, in *BBTC*, 2009, II, 732 con nota adesiva di MACARIO, *Nuovo Concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*; detta pronuncia di inammissibilità si fonda sulla considerazione che pur essendo escluso dal sindacato del giudice ogni valutazione circa la congruità della percentuale di soddisfacimento offerta, in via preliminare, sarebbe compito del giudice adito porsi il problema di qualificare l'offerta concretamente presentata con l'ausilio della ragionevolezza economica ("*un tempo predeterminata dal legislatore in una precisa percentuale minima e ora rimessa alla prudente valutazione del giudice*", così MACARIO). Sempre in giurisprudenza, si veda Trib. Milano 28 ottobre 2011, in *Foro It.*, 2012, I, 136; e in dottrina, AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 559. Di diverso avviso, invece, la corrente maggioritaria secondo cui, con le novelle intervenute negli anni, e la conseguente esaltazione del profilo privatistico, non vi dovesse essere alcuna previsione di percentuale minima atteso che "*la proposta che preveda una irrisoria soddisfazione, purché formulata a tutti i creditori è da reputare ammissibile*" atteso che non sarebbe corretto e ragionevole sottrarre ai creditori ogni valutazione a loro rimessa e riservata FABIANI, nt. 8, 54; CANALE, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 366; CENSONI, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Fall.*, 2010, 988.

<sup>124</sup> cfr. Trib. Roma, 18 aprile 2008, nt.123, 734 con nota adesiva di MACARIO, *Nuovo Concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia:*

Di diverso avviso, invece, altro orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui, qualora il piano soddisfi comunque la funzione di ristrutturazione dei debiti, la previsione di una percentuale irrisoria non priverebbe il negozio di ragionevolezza, né tantomeno del requisito della causa, atteso che darebbe vita ad una figura di concordato preventivo "donandi *causa anziché* solvendi *causa*"<sup>125</sup>.

Sostenere che nessuna ingerenza da parte dell'autorità giudiziaria vi debba essere in merito a un accertamento di una percentuale minima di soddisfacimento del credito appare, tuttavia, a dire dello scrivente una forzatura atteso che la causa in concreto del patto di concordato si compone anche di un profilo sociale e multidimensionale, ben più ampio della mera dimensione dispositiva del singolo creditore. Non solo, a legittimare l'intervento valutativo di ragionevolezza da parte del tribunale, sarebbero proprio i sostenitori della c.d. *causa donandi* nel momento in cui rilevano che la verifica di suddetta causa sarebbe, in ogni caso, rimessa ad una precisa

---

*l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa; secondo l'Autore, la Suprema Corte identifica detto controllo come un controllo di serietà della domanda nei confronti dell'ordinamento atteso che "in gioco non è l'interesse degli eventuali creditori di minoranza o dissenzienti o comunque assenti, ma lo stesso carattere giurisdizionale del procedimento, cui il debitore si rivolge a seguito di una sua scelta".*

<sup>125</sup> ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle sezioni unite*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, 878; in giurisprudenza, Cass. Civ. n. 8357/1998 secondo cui "il riscontro di una oggettiva, notevole sproporzione fra l'entità delle corrispettive prestazioni dedotte nel contratto, nella mancata dimostrazione e, addirittura, indicazione, di un qualsiasi altro tipo di plausibile interesse " in grado di giustificare lo squilibrio fra le prestazioni sarebbe "di per sé sufficiente a rilevare la sussistenza dell'*animus donandi*"; in senso ancor più ampio, Cass. Civ., n. 1933/1970.

e prudente valutazione da parte del tribunale<sup>126</sup>. Nulla di più vero; indipendentemente dalla qualificazione dell'attività del tribunale, non vi è dubbio che un'attività valutativa ci debba essere; sia essa qualificata come verifica della sussistenza di ragionevolezza, sia essa qualificata come verifica della *causa donadi*.

Detta circostanza sembrerebbe confermata non solo dal recente intervento di riforma del 2015 ma, anche e soprattutto, dalla pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite e da alcune sentenze di merito, oltre che da una mera considerazione valutativa circa l'effettiva utilizzabilità della procedura.

Ed invero, la Suprema Corte identificando la causa in concreto, utilizzata quale criterio di vaglio e di ammissibilità, introduce il concetto di "*di duplice finalità perseguita con l'instaurazione di detta procedure, consistente nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti*"<sup>127</sup>.

Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte è, quindi, ben più ampio della semplice conclusione che ogni valutazione di merito spetti ai creditori atteso che il profilo pubblicistico viene identificato dalla medesima Corte nel riconoscimento di

---

<sup>126</sup> sul punto, ABETE, nt. 125, , 880; sul punto, GORLA, *Il contratto*, 1955; PICCININI, *Gli atti di liberalità*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da RESCIGNO, Padova, 2010, 357.

<sup>127</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 57 secondo cui "*se il concordato è un insieme di regole, per logico sillogismo, si dovrebbe concludere che la funzione del concordato è quella di regolare la crisi di un imprenditore secondo le regole, sostanziali e processuali, del concordato*".

una "*pur minimale consistenza del credito*" vantato dai creditori in coerenza a quel principio di ragionevolezza affermato dai giudici di Roma. Si tratterebbe, quindi, di uno specifico vincolo nel fine della procedura del negozio giuridico di cui detta procedura si compone<sup>128</sup>.

Il cosiddetto vincolo nel fine del concordato, rappresentato dalla necessità di riconoscere un'utilità al concordato, con un conseguente controllo di ragionevolezza da parte del giudice, appare la logica e consequenziale esplicazione del principio della Suprema Corte.

Non si tratterebbe di un ritorno al passato, con la conseguente esaltazione dell'impronta pubblicistica del concordato quanto, semmai, di una definizione di una nuova cornice entro cui inquadrare e interpretare la procedura di concordato atteso che la liberalizzazione della proposta non dovrebbe essere cucita nel tema della degiurisdizionalizzazione<sup>129</sup>.

Ed invero, il concordato, o meglio il patto di concordato<sup>130</sup>, è un negozio giuridico la cui formazione, efficacia ed esecuzione si compie e realizza all'interno di un procedimento giudiziale; e ciò, in quanto il legislatore si è preoccupato di contrapporre all'autonomia delle parti un'eteronomia dei controlli.

---

<sup>128</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 60, secondo cui, il riconoscimento di un'utilità ai creditori rappresenta la "funzione" di regolare la crisi.

<sup>129</sup> sul punto, in senso contrario, GALLETI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 731 e ss.

<sup>130</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 65, secondo cui il patto di concordato deve essere inteso "*come l'accordo che si forma fra debitore e creditore su come il concordato (quale procedura) deve essere regolato*".

La collocazione del negozio in questione all'interno di un procedura comporta, a dire dello scrivente, che l'autonomia e l'iniziativa del debitore debba qualificarsi come espressione di una libertà positivamente vincolata all'interno di una procedura discrezionale. In altre parole il concordato dovrebbe essere qualificato come negozio discrezionale.

In tal senso, il concetto di discrezionalità nella procedura di concordato sarebbe ben più ampio di quello che solitamente si rappresenta. La discrezionalità della iniziativa del debitore, e più in particolare della proposta, dovrebbe essere intesa come maggiore flessibilità e libertà<sup>131</sup> del contenuto della proposta nel rispetto della sua finalità e funzione, ossia quella di permettere il superamento della crisi mediante il soddisfacimento di una pur minimale consistenza del credito; funzione, per l'appunto, garantita e controllata dall'autorità giudiziaria<sup>132</sup>.

Si tratta, quindi, di un atto discrezionale, in cui la causa in concreto, e per l'effetto i motivi dichiarati giuridicamente rilevanti (i.e., superamento della crisi e

---

<sup>131</sup> sul punto, GIANNINI, nt. 119, 14 secondo cui la "*libertà non significa assenza assoluta di disciplina legislativa*".

<sup>132</sup> sul punto, GIANNINI, nt. 119, 25 secondo cui la "*rispetto al negozio privato si dovrà perciò distinguere fra negozio libero e negozio discrezionale, in quanto quest'ultimo pur rientrando nell'autonomia privata, rientra anche nella sfera di minore ampiezza, che è la discrezionalità privata*"; in senso contrario all'esistenza di una discrezionalità privata, SCORZA, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 457.

soddisfacimento pur minimale dei creditori) assumono rilievo giuridico limitando positivamente l'atto del debitore<sup>133</sup>.

La suddetta tesi trova, peraltro, conferma nelle parole di Fabiani e nel paragone dallo stesso utilizzato per meglio esplicitare il ruolo dell'autorità giudiziaria. L'Autore, infatti, sostiene che *"come nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione si vuole che l'efficacia del negozio stipulato e perfezionato sia subordinata all'approvazione di taluni organi e ciò per una verifica della sussistenza dell'interesse pubblico, così pure la presenza di interessi superindividuali giustifica il fatto che l'accordo concordatario produca effetto solo dopo che sia stato omologato dal tribunale"*<sup>134</sup>.

Detto principio è coerente alle recenti novelle intervenute in tema di concordato con il decreto legge 83/2015 convertito nella legge 132/2015.

Con detto intervento, ancora una volta lacunoso per mancanza di sistematicità e coerenza normativa, sono stati introdotti alcune limitazioni positive all'iniziativa del debitore che confermano - appunto - la natura discrezionale della sua iniziativa e dell'intera procedura di concordato. Più in particolare, il legislatore è intervenuto, coerentemente al principio di diritto affermato dalla Suprema Corte, introducendo, fra

---

<sup>133</sup> sul punto, GIANNINI, nt. 119, 119, secondo cui *"avviene perciò che l'attività privata, normalmente qualificabile solo con la formula latissima dell'autonomia (privata), assume un'ulteriore qualifica, rimanendo specificata dal divenire un'attività diretta a uno scopo giuridicamente definito; ove normalmente gli scopi non sono per essa giuridicamente definiti"*.

<sup>134</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 68.

le altre, **(i)** una percentuale minima di soddisfacimento per i chirografari del concordato liquidatorio pari al 20% dei crediti chirografari e non prevedendola per i concordati in continuità; **(ii)** l'obbligo di indicare l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore; **(iii)** prevedendo il concorso di proposte concorrenti formulate dai creditori che detengano almeno il 10% dei crediti e precisando, tuttavia, che *"le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari"*<sup>135</sup>.

Si tratta, nello specifico, di un intervento normativo dettato dalla volontà del legislatore di moralizzare la procedura attraverso una maggiore sensibilità nei confronti dei creditori e, quindi, permettere la riaffermazione di quella garanzia sociale, e costituzionale, intrinseca al concordato e alla base della legittimazione del sacrificio dell'interesse del singolo per il bene della collettività<sup>136</sup>.

L'intervento recepisce, quindi, e riconosce il profilo multidimensionale della crisi e la funzionalità della procedura di concordato quale procedimento volto alla regolamentazione, e suo conseguenziale superamento, della crisi mediante il

---

<sup>135</sup> cfr. art. 163 l.fall.

<sup>136</sup> sul punto, PALUCHOWSKI, *La nuova disciplina del concordato preventivo alla luce della legge 132/2015*, Milano, convegno del 23 settembre 2015.

soddisfacimento sociale dei creditori e degli altri soggetti interessati. Ed è proprio questa rilevanza sociale che dovrebbe essere riscoperta.

L'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale maggiormente propensa a esaltare l'autonomia negoziale in luogo degli aspetti pubblicistici, seppur maggioritaria, ha comportato, infatti, il susseguirsi di procedure fondate su proposte irrisorie a tal punto da sminuire il fascino dell'istituto e, quindi, del paese.

È in questo contesto che trova collocazione l'intervento normativo del 2015 che appare, almeno inizialmente, eccessivamente rigido rispetto allo scopo e alla *ratio* del legislatore.

Ed invero, con la recente novella del 2015, il legislatore, salvo diversa applicazione giurisprudenziale, sembrerebbe aver optato non per uno *standard* ma per una vera e propria *rule*, imponendo nei concordati liquidatori che i creditori chirografari debbano essere soddisfatti almeno per il venti per cento del loro credito; e ciò, come detto, al fine di moralizzare la procedura e limitare quelle proposte irrisorie finalizzate non tanto a superare la crisi quanto a evitare il fallimento.

Senonché, nonostante lo scrivente sia favorevole alla legificazione di uno *standard* che persegue detti obiettivi, la *rule* appena introdotta appare eccessiva e, nella pratica, controproducente e in contrasto con il principio negoziale.

Ed invero, sul piano operativo, l'introduzione di questa *rule* appare essere non funzionale allo scopo delle procedure concorsuali, in genere, e del concordato preventivo, nello specifico, atteso che la funzionalità di queste procedure risiederebbe

nell'anticipazione della situazione di crisi irreversibile destinata unicamente al fallimento. In questo senso, come già visto nel primo capitolo, l'introduzione del concetto di "stato di crisi", più ampio del mero "stato di insolvenza". Senonché la previsione di una *rule* così rigida appare controproducente nella sua applicazione pratica, rischiando di ritardare detta emersione.

Si tratterebbe, paradossalmente, di un risultato - salvo smentite nella pratica - che anziché avvantaggiare e tutelare i creditori, in coerenza alla maggiore sensibilità nei loro confronti maturata dal legislatore nel tempo, ne priverà nella pratica l'effettiva tutela.

Ed invero, il testo normativo, infatti, non si limita a disporre una percentuale minima di soddisfacimento dei crediti chirografari bensì prevede che quella percentuale minima debba essere, da un lato, assicurata e, dall'altro lato, assicurata in denaro.

La proposta del debitore, pertanto, non si deve più limitare a prevedere un piano ma deve contenere l'assunzione di un "obbligo minimo" ben più specifico: *"l'obbligazione pecuniaria di almeno il venti per cento dei crediti chirografari"*<sup>137</sup>.

Si ritiene che detto contenuto minimo contrasti con una lettura di analisi economica del diritto dei principi di diritto affermati dalla Suprema Corte e con la procedura di concordato. In quest'ottica, infatti, la previsione di un contenuto minimo più che apparire una disposizione normativa a tutela dei creditori appare nella pratica

---

<sup>137</sup> sul punto, NARDECCHIA, *La nuova disciplina del concordato preventivo alla luce della legge 132/2015*, Milano, convegno del 23 settembre 2015.

una delimitazione del potere dell'autorità giudiziaria nella procedura di concordato e una non-tutela per i creditori.

In questo senso vi sarebbe conferma anche nell'analisi sistematica della procedura.

La recente riforma del 2015, come già detto, è stata dettata da una volontà del legislatore di moralizzare la procedura di concordato anche mediante una maggiore sensibilità nei confronti dei creditori, i quali, da ultimo, assumono un ruolo maggiormente attivo all'interno della procedura (si pensi, alla facoltà di formulare proposte concorrenti).

In quest'ottica allora l'inserimento di un contenuto minimo predefinito e racchiuso in una percentuale minima di soddisfacimento appare un fuor d'opera e, conseguentemente, una previsione inefficiente.

Più che preoccuparsi di definire una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, il legislatore, forse, avrebbe dovuto preoccuparsi di definire un principio normativo, uno *standard* appunto, volto a garantire il soddisfacimento dei creditori favorendo, al contempo, l'effettivo ricorso alla procedura; diversamente, pur in presenza di una norma potenzialmente più tutelante, il risultato pratico è un maggior pregiudizio per i creditori e, conseguentemente, per il sistema. In particolare, a dire dello scrivente, lo *standard* dovrebbe consistere nel verificare la ragionevolezza e l'utilità sociale del concordato attraverso un giudizio valutativo e comparativo dei potenziali risultati della procedura di concordato rispetto alle procedure alternative concretamente applicabili.

In tal senso depongono anche, in un'ottica sistematica, le altre disposizioni normative che regolano la procedura di concordato; disposizioni in cui non vi è la definizione di un contenuto minimo bensì vi è la limitazione positiva dell'attività del debitore mediante l'individuazione del fine cui si tende.

Ed invero, in tema di soddisfazione dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, all'art. 160 della legge fallimentare, è prevista la possibilità di presentare una proposta che non preveda l'integrale soddisfo 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"*. In questo caso, quindi, prescindendo dal necessario coordinamento con le recenti novelle, il legislatore si è preoccupato di prevedere quale termine di paragone e limite al ricorso alla procedura di concordato il paragone con la liquidazione *in bonis*.

Ed ancora, con riferimento al giudizio di omologazione, il legislatore ha disposto che qualora sorgano contestazioni (da parte dei creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto) è necessario che prima dell'omologazione il tribunale svolga un'indagine di merito volta a verificare che *"il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili"* (art. 180 l.fall.). Simile principio è, altresì, affermato in tema di *"Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratori"* (art. 182-septies l.fall.) secondo cui il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, fra l'altro, che le banche e gli intermediari

finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo " *possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*".

*De iure condendo*, il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte, secondo cui vi debba essere un riconoscimento "pur minimale" della consistenza del credito, dovrebbe interpretarsi, e conseguentemente esser definito, come una regola - prescindendo al momento dal soggetto legittimato a compiere tale funzione - di comparazione del contenuto della proposta di concordato rispetto al contenuto di proposte scaturenti da procedure concorrenti al fine di assicurare il miglior soddisfacimento sociale dei creditori.

Detta lettura, sempre in ottica sistematica, troverebbe peraltro conferma anche in tema di disciplina del concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis*, *sub lett. b*), l.fall.).

Ed ancora, detta lettura appare coerente ai principi di rango costituzionale ed europeo.

Nel disciplinare l'autonomia e l'iniziativa privata, l'Assemblea Costituente agli articoli 41 e 42 della Costituzione ha infatti previsto una clausola generale di limitazione di detta autonomia e iniziativa, nella forma dell'"*utilità sociale*" e della "*funzione sociale*", volte a garantire che detta iniziativa persegua fini socialmente utili e non violi l'equilibrio degli interessi coinvolti. Sulla base di detti principi, lo *standard*, qui invocato, dovrebbe consistere in una legittimazione dell'autorità giudiziaria a intervenire esercitando un potere di controllo attivo volto a garantire che l'iniziativa

del singolo trovi un proprio equilibrio attraverso il sacrificio e/o la limitazione del singolo a beneficio di interessi superiori della collettività<sup>138</sup>.

Detti principi costituzionali sono peraltro confermati, in tema di disciplina dei contratti, dall'art 1322 cod.civ., disposizione normativa con la quale il legislatore ha espressamente disciplinato, definito e limitato l'autonomia negoziale in favore interessi "*meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*". L'autonomia negoziale è, pertanto, sempre regolata da una relazione biunivoca con interessi e fini pubblici e pubblicistici<sup>139</sup>.

Detto controllo, logicamente, nel corso degli anni ha subito un'evoluzione indirizzata a diminuire lo spazio operativo attivo dello Stato in favore di un maggiore spazio all'autonomia privata senza che, però, detto intervento sia completamente

---

<sup>138</sup> sul punto, DEL GIUDICE, *La costituzione esplicita*, Napoli, 2014, 122 secondo cui "*la funziona sociale dunque rappresenta un principio ordinatorio cui fare riferimento nel momento in cui è necessario operare un controllo dei poteri attribuiti ai proprietari nel caso in cui il loro esercizio possa causare un conflitto con gli interessi della collettività*"; cfr. altresì, MINUTOLI, nt. 83, 1048; sul dibattito, circa, la previsione autonoma all'interno della Costituzione del limite sociale all'iniziativa privata, si veda MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *BBTC*, 1996, I, 1 ss. e più ampiamente, ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003. In posizione dissonante PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in *Belvedere - Granelli, Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 96 s., secondo cui «*l'autonomia, unitariamente intesa, non esiste sotto il profilo della sua giustificazione costituzionale, essendo strumento di attuazione di valori che, di volta in volta, vengono presi in considerazione, per giustificare - anche sotto il profilo della meritevolezza costituzionale - l'atto posto in essere*».

<sup>139</sup> sul punto, MINUTOLI, NT. 83, 1049 secondo cui "*vale ad insinuare profili pubblicistici e solidaristici in istituti di impronta tradizionalmente privata*".

venuto meno. Ed invero, l'intervento dello Stato si è rielaborato nell'ottica dell'attuazione di quelle clausole generali di cui agli articoli 41 e 41 della Costituzione volte a permettere il funzionamento e il miglioramento del mercato<sup>140</sup>. Tali clausole generali di salvaguardia dell'utilità sociale rappresentano il principio ispiratore dell'intervento del legislatore che, tuttavia, incontra dei limiti sia a livello generale che a livello del singolo negozio, da qui la preferenza, a dire dello scrivente, di uno *standard* al posto di una *rule*<sup>141</sup>.

Con particolare riferimento al limite del singolo negozio, seguendo il sillogismo della Suprema Corte, è evidente che detto intervento, limitativo dell'autonomia negoziale, troverebbe una propria *ratio* giustificatrice solo nel momento in cui il medesimo intervento appare in linea con la struttura del negozio e con i risultati economici e giuridici cui il medesimo negozio tende, ossia alla sua causa in concreto<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> sul punto, MENGONI, nt. 138, 4, secondo cui il perseguimento di questo fine avviene mediante il contemperamento dell'incoraggiamento delle iniziative private volte alla valorizzazione del mercato e la correzione delle disparità di potere.

<sup>141</sup> potere discrezionale che incontra il proprio limite nel criterio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, sul punto, MENGONI, nt. 83, 5 e, in giurisprudenza, Corte Cost. 28 maggio 2004, n. 158]

<sup>142</sup> sul punto, DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008 ANNUNZIATA, *Gli angusti confini dell'autonomia privata*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 25.6.2008; ed ancora, secondo Minutoli, "*proprio la causa (quale elemento essenziale del contratto, da intendersi come funzione economico- individuale) si prospetta come strumento di accertamento, per l'interprete, della generale conformità a legge dell'attività negoziale posta effettivamente in essere, della quale va accertata la conformità ai parametri normativi degli artt. 1343 c.c., in tema di causa*

E' in tale contesto che dovrebbero trovare applicazioni le clausole generale di cui sopra all'interno del diritto concorsuale "privatizzato". Ed invero, se già di per sé l'autonomia negoziale incontra limiti e vincoli, a maggior ragione dette restrizioni e/o clausole generali dovrebbero, altresì, trovare applicazione nella procedura concorsuale che per definizione coinvolge interessi superindividuali<sup>143</sup>.

Ed invero, all'interno delle procedure concorsuali e, in particolare, del concordato preventivo, oltre a valere il generale principio della buona fede quale regola di condotta, occorre, altresì, procedere a un'analisi, in coerenza alla multidimensionalità della crisi di impresa, dei soggetti coinvolti, del loro ruolo, e della loro accezione. In tal senso, occorrerebbe prima di tutto definire cosa sia il mercato e quali siano gli interessi e benefici che persegue. Ed invero, con particolare riferimento alle procedure concorsuali è evidente che il mercato sia composto dai creditori, i quali hanno interesse e interessi<sup>144</sup> a intervenire nella gestione dell'impresa essendone divenuti di fatto "*i soci senza* (n.d.r. in virtù del recente intervento 132/2015, è più consono parlare di "pochi" piuttosto che di "privi") *diritti e poteri*" dallo Stato che ha

---

*illecita, e 1322, secondo comma, c.c., inerente il giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi dei soggetti contraenti secondo l'ordinamento giuridico", MINUTOLI, nt. 83, 1049, ed ancora, l'Autore continua affermando che "in tal modo si sono introdotte le nozioni di equilibrio contrattuale e di giustizia contrattuale"; cfr. altresì, in giurisprudenza, Cass. Civ. 1898/2000, in Giust. civ., 2001, I, 2481, fattispecie in cui la Corte di Cassazione ha cassato la sentenza impugnata per avere omesso di accertare la conformità di un'autonoma operazione di compensazione effettuata dalla banca con una società in concordato.*

<sup>143</sup> per la definizione, MINUTOLI, nt. 83, 1049.

<sup>144</sup> sul punto, Cass. Civ. n. 3274/2011 e, in dottrina, LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fall.*, 2012, 8.

interesse a mantenere in vita i livelli occupazionali, il buon funzionamento del mercato, la fiducia in quel mercato sia per chi lo compone sia per i potenziali investitori<sup>145</sup>. La multidimensionalità è la prova intrinseca che la privatizzazione delle crisi di impresa non comporta l'assenza di regole ma, anzi, la necessità di ricorrere a degli *standards* che limitino positivamente la libertà in ragione di un'esigenza di equilibrio sociale<sup>146</sup>.

Detto principio, peraltro, come già detto, è stato confermato in alcune pronunce di merito. In particolare, secondo il Tribunale di Roma del 16 aprile 2008, si è affermato che *"il Tribunale non può, nell'esercizio del potere di controllo sull'equilibrio contrattuale, omologare un concordato che, sebbene approvato dai creditori, non garantisce tale presupposto minimo, in quanto con esso i creditori verrebbero pagati in misura inferiore a quella garantita dall'esito naturale della procedura, per quanto già risulta in atti. Tanto in considerazione del fatto che, alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico, il giudice è chiamato ad operare un controllo sul rispetto dell'equilibrio minimo nel sinallagma contrattuale ed, eventualmente, a esercitare una funzione correttiva della volontà manifestata dalle parti, come si evince da numerosi istituti codicistici quali l'azione generale di rescissione per lesione, la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità (art. 1467c.c.), il potere conferito al giudice di ridurre l'indennità dovuta per la risoluzione della vendita con riserva di proprietà, il potere conferito al giudice di limitare*

---

<sup>145</sup> sul punto, MINUTOLI, nt. 83, 1051; STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2006, 377.

<sup>146</sup> sul punto, GALASSO - PALMIERI, *Persona e mercato*, in *La magistratura*, 2008, I, 168.

*d'ufficio la penale manifestamente eccessiva, e da istituti non codicistici quali le disposizioni di cui alla L. n. 108/1996 volte al ripristino dell'equilibrio contrattuale nei contratti stipulati con gli intermediari finanziari, istituti tutti da leggersi in senso conformativo ai precetti costituzionali, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)"*<sup>147</sup>.

La conclusione cui si giunge troverebbe, peraltro, conferma nella raccomandazione n. 135/2014, la quale stabilisce anche essa alcuni principi in tal senso. Si pensi, ad esempio, all'articolo 22, lett. d), che fra le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione prevede che *"il piano di ristrutturazione non limita i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione, se l'impresa del debitore fosse liquidata o venduta in regime di continuità aziendale, a seconda del caso"*<sup>148</sup>.

### **11) Conclusioni**

Alla luce delle argomentazioni svolte, si ritiene che la Suprema Corte e i recenti interventi normativi abbiano offerto lo spunto per una nuova cornice interpretativa focalizzata sul concetto di discrezionalità riferibile non solo all'autonomia dell'iniziativa del debitore ma anche del piano della proposta. La soluzione proposta

---

<sup>147</sup> sul punto, ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità*, in *Il Fall.*, 2009, 866.

<sup>148</sup> sul punto, "La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza" con nota di MACRÌ, in *Il Fall.*, 2014, 393.

non vuole attestarsi a verità assoluta in quanto come tutte le soluzioni è intrinsecamente connaturata da limiti che, oltre a essere dottrinali, sarebbero sicuramente pratici. In tal senso, forse, sarebbe sufficiente pensare alla regolamentazione dei costi per poter svolgere concretamente questa analisi di comparazione suggerita come strumento alternativo per una nuova cornice interpretativa della procedura.

In ogni caso, il primo risultato utile che si intende raggiungere offrendo questa alternativa interpretativa è anzitutto quello di considerare la procedura di concordato per quello che effettivamente è: un negozio procedurale positivamente vincolato.

Ed è proprio su questo presupposto che si insiste affinché gli sforzi del legislatore e degli interpreti non portino alla formulazione di *rules*, per definizione astratte e avulse dall'operatività, quanto alla formulazione di *standards* intrinsecamente connessi alla effettiva risultanza pratica della procedura nella sua valenza multidimensionale.

### **CAPITOLO III**

## **1. Premessa**

Sostenere l'introduzione di nuovi *standards* di funzionamento della procedura, consistenti principalmente nel riconoscimento in capo al tribunale nel dovere di svolgere un giudizio di ragionevolezza, in ogni caso, non preclusivo e inibitorio del giudizio di convenienza che sono chiamati a esprimere i creditori, potrebbe apparire una forzatura senza la preventiva analisi del ruolo delle singole parti coinvolte nella procedura, specialmente alla luce degli ultimi interventi legislativi che incidono profondamente sulla procedura e sul ruolo dei creditori.

L'esigenza di tutela ed efficientamento della procedura, anche ai fini dell'appetibilità della procedura medesima, oltre che del sistema, ha spinto infatti il legislatore a intervenire nuovamente con la l. 132/2015 al fine di introdurre nuovi poteri e nuove regole in tema di proposta e di attivismo dei destinatari della proposta medesima, sottolineando, ancora una volta, l'esigenza di perseguire un equilibrio sociale degli interessi, a conferma della già evidenziata necessità di individuare una nuova cornice interpretativa.

Appare sempre più che la natura multidimensionale della procedura stia incidendo positivamente nella regolamentazione riconoscendo, anche formalmente, un attivismo in capo ai destinatari principali della proposta (*i.e.*, i creditori) al fine di offrire un'ulteriore occasione per ricercare l'equilibrio tra gli interessi coinvolti e confliggenti nella procedura dando maggior rilievo all'aspetto garantista della procedura medesima, oltre che sociale. Il nuovo ruolo dei creditori, su cui si dirà *infra*,

non sminuisce il ruolo degli altri soggetti della procedura su cui, comunque, si ritiene doveroso soffermarsi al fine di definire i perimetri operativi.

In quest'ottica vengono, infatti, analizzati i poteri, le facoltà e i doveri delle parti coinvolte nella procedura; e ciò anche al fine di affermare, ancora una volta, l'utilità di ricercare una nuova cornice interpretativa del concordato nel rispetto del perimetro delineato dalla Suprema Corte nella pronuncia a Sezioni Unite n. 1521/2013.

## **2. Il ruolo del tribunale**

L'analisi dei soggetti coinvolti non può che partire dal tribunale.

In particolare, nel momento in cui viene presentata una domanda di concordato preventivo, comprensiva del piano, della proposta e della documentazione, il tribunale deve procedere all'esame della domanda. Detto esame avviene secondo le forme e i modi previsti dai procedimenti in camera di consiglio. In questo senso, il tribunale medesimo può disporre l'audizione del debitore, richiedere l'acquisizione di sommarie informazioni e, addirittura, concedere un termine per integrare la domanda. In particolare, ai sensi dell'art. 162 l.fall., la richiesta di integrazione della domanda avviene concedendo un termine al debitore per integrare la documentazione e le informazioni già fornite al momento della presentazione della domanda.

Detto onere integrativo dovrebbe avvenire, a norma dell'art. 162 l.fall., in un termine non superiore ai quindici giorni. Con riferimento a detta concezione sorgono immediatamente due questioni interpretative; la prima ha ad oggetto la natura del

termine e, la seconda, ha ad oggetto la reclamabilità della decisione relativa alla concessione del termine.

Con riferimento alla natura del termine si è unanimi nel ritenere che si tratti di un termine, nella prassi, non sempre rispettato; e ciò alla luce del fatto che è unanime l'orientamento secondo cui si è in presenza di un termine di natura ordinatoria, nonostante la *ratio* della norma sia quella di assicurare una certa speditezza alla procedura oltre che voler evitare, o meglio inibire, il ricorso alla presentazione di domande incomplete<sup>149</sup>.

Con riferimento alla seconda questione, la reclamabilità della decisione, si ritiene che la valutazione circa la concessione del termine sia espressione di un'attività discrezionale del tribunale. L'eventuale diniego, infatti, secondo la Suprema Corte non è impugnabile<sup>150</sup> sebbene, qualora non venga esercitato detto potere discrezionale da parte del tribunale, detta circostanza possa rappresentare motivo di reclamo ove si dimostri che l'eventuale concessione del termine avrebbe permesso di superare le obiezioni del giudice all'apertura della procedura<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> cfr. Trib. Roma., 20 aprile 2010, in *Dir. Fall.*, 2011, II, 297.

<sup>150</sup> cfr. Cass. Civ., n. 12549/2014.

<sup>151</sup> sul punto, si richiama un orientamento della giurisprudenza di merito, non condiviso dalla scrivente, App. Torino, 20 luglio 2009, in *Il Fall.*, 2010, 961 secondo cui il termine per l'integrazione possa essere concesso solo nelle ipotesi in cui sia stato richiesto dalla parte come se lo stesso fosse espressione di un potere dispositivo. La non condivisibilità di detta impostazione, a dire dello scrivente, nasce proprio dalla natura multidimensionale della procedura e che, pertanto, vede nella concessione del termine per l'integrazione, un momento di riflessione e chiarezza non solo in favore del debitore ma anche del tribunale medesimo

Una volta presentata la domanda, poi, il tribunale procede alla verifica e alla valutazione di una serie di profili, primo fra tutti, quello della competenza. Già solo la verifica di detto profilo potrebbe portare il tribunale a dichiarare la propria incompetenza<sup>152</sup>.

In particolare, il tribunale deve verificare:

**(i)** la sussistenza del requisito oggettivo, inteso come verifica che l'imprenditore e l'impresa che hanno presentato la domanda siano quanto meno in stato di crisi, se non addirittura di insolvenza;

**(ii)** la sussistenza della legittimazione dell'imprenditore a presentare la domanda ai sensi dell'art. 152 l.fall., oltre alla sussistenza del presupposto soggettivo;

**(iii)** la sussistenza di tutta la documentazione richiesta ai sensi dell'art. 161 l.fall.;

**(iv)** la presentazione di *"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"*;

---

<sup>152</sup> cfr. Cass. Civ., n. 15440/2011; Cass. Civ., n. 20717/2009; in dottrina, LO CASCIO, nt. 61, 241.

(v) il deposito della relazione di un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67 l.fall. e che dalla relazione emerga la fattibilità del piano oltre che la veridicità dei dati aziendali<sup>153</sup>;

(vi) ove sia prevista la suddivisione in classi, il tribunale deve verificare altresì che sia corretta la formazione delle classi.

Dall'analisi dell'elenco si evince subito che la valutazione *sub* (v) appare l'unica forma di controllo di merito di cui sia investito il tribunale, almeno nella fase dell'apertura.

Secondo Fabiani, detto controllo da parte del tribunale non può qualificarsi come un vero e proprio controllo di merito atteso che il tribunale non può modificare

---

<sup>153</sup> sul ruolo e sulle funzioni dell'asseveratore, BRUGGER, Sub Art. 161, in in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, Milano, 2010, III, 439. Il legislatore negli ultimi interventi normativi si è preoccupato di disciplinare con maggior scrupolo e precisioni i requisiti del professionista incaricato di redigere la relazione. in particolare, il legislatore ha previsto che debba essere "*un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)*" (art. 161 l.fall.). trattandosi di un professionista nominato dal debitore, il legislatore ha previsto che lo stesso sia indipendente; e ciò al fine di legittimare il ruolo dallo stesso svolto. Ed invero, è lui che deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, così come confermato anche dalla Suprema Corte SS.UU. 1521/2013. In particolare, deve relazionare motivando adeguatamente e dettagliatamente le verifiche svolte e i criteri utilizzati nelle verifiche. Non solo, il professionista deve attestare altresì la fattibilità del piano esprimendo un giudizio prognostico in merito alla potenzialità della piano circa la capacità di assicurare l'impegno assunto nella proposta

la formazione delle classi, limitandosi solo a chiedere chiarimenti, suggerire una rimodulazione delle classi al debitore e da ultimo dichiarare inammissibile il ricorso<sup>154</sup>.

In ogni caso, si tratta di un controllo che nasce dall'esigenza di contemperare l'ampia flessibilità della proposta e del piano di cui gode il debitore con il principio della *par condicio creditorum*. Il tribunale adito deve, pertanto, procedere alla verifica che quel trattamento differenziato trovi una propria giustificazione nel fatto che quel/quei creditori siano portatori di un interesse economico omogeneo e, allo stesso tempo, differente rispetto a quello di altri creditori<sup>155</sup>.

Una volta verificata la sussistenza di tutti i presupposti di cui sopra, il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato preventivo disciplinandone l'organizzazione mediante la nomina degli organi della procedura (giudice delegato e commissario giudiziale), la fissazione dell'adunanza dei creditori e dei termini per gli adempimenti connessi, stabilendo il termine per il deposito delle somme necessarie alle spese di procedura<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 327; in giurisprudenza, Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. Comm.*, 2010, II, 332; Trib. Milano, 4 dicembre 2008 in *Il Fall.*, 2009, 432.

<sup>155</sup> sui criteri di formazione delle classi di veda Cap. I.

<sup>156</sup> si tratta di un termine di quindici giorni. Sulla qualifica della preteritorietà del termine punto RAGO, *Il deposito delle spese nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2009, 209; FINARDI, *Il mancato versamento della cauzione, revoca del concordato e successiva dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2011, 47; FABIANI, nt. 8, 330 secondo cui la preteritorietà del termine, nel silenzio della norma, sarebbe da desumere dalla funzione di deposito che il versamento svolge al fine di garantire speditezza alla procedura; e in giurisprudenza, Cass. Civ. n. 20667/2012.

Trattandosi di un provvedimento al contempo intermedio e/o definitivo, a seconda del contenuto del medesimo, ci si è interrogati sui possibili mezzi di impugnazione del medesimo provvedimento<sup>157</sup>.

Il decreto di apertura della procedura, ai sensi dell'art. 163 l.fall., non è soggetto reclamo.

Sempre nell'ottica del profilo multidimensionale della procedura, ci si è interrogati se il decreto possa essere oggetto di impugnazione straordinaria per cassazione ai sensi del combinato disposto degli articoli 111 della Costituzione e 360 del cod. proc. civ.<sup>158</sup>

Ai fini dell'impugnazione straordinaria sarebbe necessario, infatti, che il provvedimento oggetto di impugnazione abbia natura decisoria e definitiva.

Qualora il tribunale non ravvisi, invece, la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge emette un decreto di inammissibilità, previa audizione del debitore in camera di consiglio. Qualora siano pendenti richieste dei creditori o del pubblico ministero,

---

<sup>157</sup> sul punto, se non sussistono dubbi circa la natura decisoria del decreto di apertura della procedura di concordato, atteso che con il provvedimento vengono modificate le posizioni dei creditori e si verifica il c.d. *automatic stay*, maggior dubbi, invece, sussistono sulla natura di definitività del decreto atteso che il medesimo, all'interno della procedura, dovrebbe poi essere sostituito dal decreto di omologazione; così FABIANI, nt. 8, 329.

<sup>158</sup> si tratta, in particolare, di uno strumento di impugnazione straordinario per quei provvedimenti che abbiano natura decisoria e definitiva; in giurisprudenza, in senso favorevole al ricorso, Cass. Civ., n. 2747/1993.

qualora sussista lo stato di insolvenza, il tribunale oltre a dichiarare inammissibile la procedura di concordato il tribunale dichiara il fallimento<sup>159</sup>.

Se il tribunale si limita a dichiarare inammissibile la procedura, suddetto decreto, come quello di ammissione, non è soggetto a reclamo ma rimane, comunque, impugnabile<sup>160</sup>.

Diversamente, nelle ipotesi in cui sia dichiarato contestualmente il fallimento, il provvedimento emesso dal tribunale è invece reclamabile ai sensi dell'art. 18 l.fall. nel termine di trenta giorni<sup>161</sup>.

### **3. I provvedimenti del tribunale sulla domanda prenotativa**

Il procedimento per la domanda prenotativa di concordato è più snello e veloce rispetto alla procedura *standard* atteso che, a seguito della presentazione della domanda, il tribunale può emettere un decreto di concessione del termine o di preventiva audizione del debitore.

---

<sup>159</sup> cfr. Cass. Civ. n. 2671/2012; Cass. Civ., n. 12986/2009; Corte Cost., n. 184/2013 in *Il Fall.*, 2014, 27.

<sup>160</sup> sul punto, in senso contrario, AMBROSINI, nt. 46, 75; CORDOPATRI, *Il processo di concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2014, I, 354, secondo cui il decreto è reclamabile ex art. 739 cod.proc.civ. Ed ancora, ove non sia disposto contestualmente il fallimento per mancanza dei presupposti, si ritiene ammissibile il ricorso straordinario ex art. 111 Cost.; sul punto, BONSIGNORI, FRASCAROLI SANTI, NARDO, ZOPPELLARI, *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in AA.VV., *Le Procedure concorsuali. Le Procedure minori.*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, vol. I, 67; in senso contrario CAVALLINI, *Sub art. 162*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, III, 460.

<sup>161</sup> cfr. Cass. Civ., n. 12986/2009.

Il termine concesso dal tribunale è modulato fra i sessanta e i centoventi giorni<sup>162</sup>, eventualmente prorogabile di altri sessanta, previa formulazione di richiesta espressa e motivata da parte del debitore<sup>163</sup>.

Il tribunale, anche in questo caso, non è obbligato a emettere un provvedimento di fissazione del termine atteso che il medesimo può dichiarare la propria incompetenza o, diversamente, dichiarare inammissibile la domanda.

Con particolare riferimento alla concessione del termine, la prassi giurisprudenziale e dottrinale si è dimostrata favorevole alla nomina di un ausiliario del tribunale, e in particolare modo del commissario giudiziale con l'incarico di verificare gli atti compiuti dal debitore, l'assolvimento degli obblighi informativi periodici e il lavoro di presentazione del piano e della proposta e ciò a garanzia dell'equilibrio sociale su cui lo scrivente fonda la propria convinzione e il proprio tentativo di suggerire una nuova cornice interpretativa del concordato che abbia come effetto la ridefinizione dei ruoli e dei poteri delle parti<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> sul punto, si rileva che sessanta giorni sono previsti nelle ipotesi in cui al momento dell'emissione del decreto sia già pendente un ricorso per fallimento; sul punto, FABIANI, nt. 8, 334; sulla decorrenza del termine nelle ipotesi in cui il decreto non venga emesso immediatamente sempre FABIANI, nt. 8, 329, secondo cui il termine decorre dalla pubblicazione del ricorso.

<sup>163</sup> cfr. sulla non gravità dei motivi ai fini della concessione, Trib. Udine, 15 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*.

<sup>164</sup> sul punto si rileva che già prima dell'introduzione di un'espressa previsione normativa, si era diffusa la prassi secondo cui il tribunale potesse nominare o designare un ausiliario del

L'attività del commissario non si limita alla mera funzione di controllo. Ed infatti, il commissario svolge la propria attività anche rilasciando il proprio parere in merito alle richieste di autorizzazione per il compimento di atti e/o operazioni presentate dal debitore al giudice in pendenza di procedura<sup>165</sup>.

Sempre in un'ottica di equilibrio e contemperando gli interessi, oltre a nominare il commissario giudiziale, il tribunale dispone una serie di oneri a carico del debitore, di natura informativa, prevedendo l'obbligo di presentare mensilmente la relazione informativa periodica durante la pendenza del termine<sup>166</sup>. Non solo, al fine di diminuire le asimmetrie informative, il tribunale dispone altresì che le relazioni mensili vengano pubblicate nel registro delle imprese a cura del cancelliere. Si tratta di un dovere connesso alla natura multidimensionale dell'impresa la cui violazione di detti obblighi informativi comporta l'immediata dichiarazione di inammissibilità della procedura previa, in ogni caso, l'audizione del debitore da parte del tribunale in coerenza alla natura di procedimento in camera di consiglio<sup>167</sup>.

---

giudice in forza dell'articolo 64 cod.proc.civ.. Sul punto, SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva* in *Il Fall.*, 2013, 1216.

<sup>165</sup> sul punto, DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti il potere del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Il Fall.*, 2013, 1064; ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, 98.

<sup>166</sup> cfr. così, Trib. Mantova, 27 settembre 2013 in *Il Fall.*, 2013, 101.

<sup>167</sup> sul punto, secondo Fabiani, si dovrebbe parlare di improcedibilità della domanda piuttosto che di inammissibilità, FABIANI, nt. 8, 337.

La dichiarazione di improcedibilità da parte del tribunale viene, altresì, emanata nell'ipotesi in cui il debitore, in pendenza di procedura, compia atti di straordinaria amministrazione senza esserne stato preventivamente autorizzato<sup>168</sup>.

La stessa sorte spetterebbe a quel debitore che in pendenza del termine dovesse compiere atti in frode<sup>169</sup>.

Infine, almeno inizialmente, era prevista una quarta ipotesi di improcedibilità; e cioè nel caso in cui il debitore non fosse stato in grado di proseguire la propria attività di redazione della proposta del piano. In detta ipotesi, tuttavia, la prassi si è indirizzata nel senso di prevedere a carico dell'organo giudiziario che aveva messo il decreto di fissazione del termine l'emissione di un nuovo decreto che, sostituendosi a quello precedente di apertura della procedura con la fissazione di un determinato termine, si limita a ridurre lo spazio temporale concesso al debitore per la redazione del piano e della proposta concedendo, così, al debitore la possibilità di confezionare comunque

---

<sup>168</sup> in un primo momento, la giurisprudenza di merito aveva ritenuto che il compimento dell'atto straordinario senza alcuna autorizzazione comportasse semplicemente l'inefficacia dell'atto rispetto alla procedura: così, Trib. Catania, 18 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*; successivamente, l'introduzione di una disposizione normativa espressa sul punto ha comportato che, in dette ipotesi, il tribunale dichiarò improcedibile la domanda prenotativa: così, Trib. Milano, 27 giugno 2013 in *Il Fall.*, 2014, 299 e in dottrina, BOTTAI, *Il criterio funzionale e il pagamento non autorizzato di crediti anteriori*, in *Il Fall.*, 2014, 304.

<sup>169</sup> In quest'ultima ipotesi, tuttavia, in dottrina ci si è posto il dubbio se il debitore possa presentare una nuova domanda prenotativa di concordato; sembrerebbe preferibile la soluzione affermativa al quesito. Sul punto, secondo Fabiani, si dovrebbe parlare di improcedibilità della domanda piuttosto che di inammissibilità, FABIANI, nt. 8, 339.

un piano e una proposta e, solo successivamente, procede a rendere noto anche ai terzi lo stallo della procedura<sup>170</sup>.

Diversamente, nelle ipotesi in cui si giunga allo scadere del termine concesso con il decreto di apertura, sono due i possibili esiti.

La prima ipotesi concerne il caso in cui il debitore, nel termine fissato, non abbia depositato il piano. In questo caso, il tribunale prende atto che sono venuti meno gli effetti della domanda e dispone che venga data notizia di ciò ai terzi mediante l'iscrizione registro imprese<sup>171</sup>.

La seconda ipotesi è, invece, quella in cui il debitore, nel termine fissato dal tribunale, presenti il piano. In questo caso, il tribunale può adottare quei provvedimenti previsti dagli articoli 162 e 163 della legge fallimentare e, quindi ammettere il debitore al concordato, convocarlo per un'audizione, dichiarare inammissibile la domanda.

#### **4. I poteri del tribunale in tema di revoca e il ruolo attivo del commissario giudiziale**

Tornando all'analisi del ruolo del tribunale nella fase di avvio della procedura, occorre esaminare le ulteriori fasi della procedura, privilegiando in particolare l'eventuale fase di revoca.

Detto potere si verifica in tutte le ipotesi in cui venga compiuto un atto in frode da parte dell'imprenditore, ossia ogni qualvolta vengano compiuti fatti e atti tali da i)

---

<sup>170</sup> sul punto, SALVATO, nt. 164, 1219.

<sup>171</sup> sul punto, ARATO, nt. 165, 77.

non consentire ai creditori di avere un'esatta e corretta rappresentazione e *ii*) arrecare un pregiudizio agli interessi dei creditori<sup>172</sup>.

Le ipotesi di frode possono essere suddivise in due macrocategorie: la prima, riguardante gli atti compiuti prima della domanda di concordato; la seconda, invece, concernente gli atti compiuti dopo la domanda di concordato.

Nella prima ipotesi sono ricomprese tutte quelle fattispecie volte ad aumentare l'asimmetria informativa dei creditori in quanto, con il compimento di quel particolare atto o fatto, lo scopo dell'imprenditore è quello di celare ai creditori la verità sulla esatta rappresentazione della situazione. In quest'ottica, quindi, doloso non sarebbe il fatto in sé, ma l'effetto che con quell'atto l'imprenditore vuol perseguire: nascondere o offuscare ai creditori la rappresentazione della realtà in modo da indurre loro in errore al momento della votazione<sup>173</sup>.

La seconda ipotesi, invece, comprende tutte quelle fattispecie in cui venga a essere violato, in senso peggiorativo, l'interesse dei creditori. In questo caso, quindi,

---

<sup>172</sup> sul concetto di frode, FABIANI, nt. 8, 349.

<sup>173</sup> sul punto, ad esempio, è stato interpretato come atto fraudolento l'esposizione di passività inesistenti, l'indicazione di debiti inesistenti così da modificare la classe dei creditori; ed ancora, si richiama la pronuncia, Cass. Civ., n. 17038/2011, secondo cui configura un'ipotesi di frode l'aver fornito una rappresentazione debitoria differente da quella poi accertata dal commissario giudiziale al solo fine di incidere sulla formazione della volontà dei creditori.

l'intento fraudolento risiederebbe nel tentativo del debitore di creare un'alterazione *in peius* della posizione dei creditori<sup>174</sup>.

Alla luce di quanto sopra, emerge chiaramente come la natura fraudolenta di un atto possa esser relativamente tipicizzata, atteso che il concetto di frode è ampio e modulabile, in quanto strettamente collegato alla concretezza situazionale e all'ulteriore clausola generale secondo cui occorre tutelare l'interesse dei creditori.

Venendo, quindi, al procedimento di revoca, si rileva che il medesimo si basa sull'iniziativa del commissario giudiziale che, agendo su propria iniziativa o su segnalazione dei creditori, una volta accertato il compimento di fatti che violano i principi e le regole sottese alla procedura di concordato, invita il tribunale a pronunciarsi sull'eventuale revoca della procedura<sup>175</sup>.

Il procedimento di revoca si svolge sulla falsariga dell'istruttoria prefallimentare con la particolarità che è prevista l'invito al pubblico ministero e ai creditori, al fine di permettere ai medesimi di presentare l'istanza di fallimento.

---

<sup>174</sup> sul punto, si è qualificato come fraudolento il pagamento di creditori pregressi; sul punto, la giurisprudenza ha preso posizione anche sull'ipotesi in cui si realizzi un c.d. "ravvedimento operoso da parte dell'imprenditore" volto a rimuovere il pregiudizio. In particolare, secondo App. Bologna, 25 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, non vi sarebbe alcuna rilevanza di detto ravvedimento atteso che, ai fini della configurazione della frode, sarebbe sufficiente la violazione formale dell'atto. Si tratta di una tesi, confermata e sostenuta anche dalla dottrina. In particolare, secondo Fabiani si "*tratta di un'interpretazione rigida ma non infondata, in quanto la norma mira a determinare nel debitore un contegno corretto che va osservato ex ante non ex post*". Così, FABIANI, nt. 8, 350.

<sup>175</sup> sul punto, in senso favorevole al riconoscimento dell'iniziativa in favore del commissario giudiziale FABIANI, nt. 8, 353; in senso contrario, GALLETTI, nt. 129, 745.

Qualora, quindi, il tribunale ravvisi la natura fraudolenta di detti comportamenti procederà, con decreto, alla dichiarazione di revoca del concordato, e, ove contestualmente sia stata presentata un'istanza di fallimento dal pubblico ministero e/o dai creditori, si pronuncia anche su detta istanza, reclamabile ai sensi dell'art.18 l.fall.<sup>176</sup>.

##### **5. L'apertura del procedimento e la nomina degli organi della procedura**

Il potere di revoca comporta che la procedura di concordato sia stata già avviata.

Con il decreto di apertura della procedura, il tribunale oltre a esercitare la propria funzione giurisdizionale, assolve anche una funzione amministrativa volta a disciplinare l'organizzazione della procedura nel rispetto dell'interesse dei fini pubblicistici previsti e assicurati proprio dall'intervento dell'organo giudiziale.

In particolare, oltre alla nomina degli organi della procedura, con il medesimo decreto, il tribunale provvede, altresì, a fissare le spese di procedura che, in coerenza

---

<sup>176</sup> sul punto, una tesi minoritaria ritiene che non sia necessario procedere alla convocazione del pubblico ministero e dei creditori in quanto la dichiarazione di fallimento potrebbe essere pronunciata dal tribunale semplicemente sulla base della natura confessoria dell'esistenza dello stato di insolvenza, dichiarata nella presentazione della domanda. Così, CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetti e procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità*, diretto da JORIO - FABIANI, 1009. La tesi, tuttavia, a dire dello scrivente non appare condivisibile per almeno due ordini di motivi. Il primo, relativo al requisito oggettivo della procedura, atteso che la procedura di concordato preventivo è rivolta a quel soggetto che sia già solo in stato di crisi e non di insolvenza; il secondo motivo, attiene invece al contenuto della domanda di concordato, atteso che nella medesima non vi è alcun riferimento alla richiesta di dichiarare alternativamente il fallimento.

ai principi che regolano i procedimenti espropriativi, sono a carico del debitore esecutato.

Prima di analizzare i singoli organi della procedura, preme evidenziare la particolarità della procedura di concordato preventivo rispetto alla procedura fallimentare. In quest'ultima, infatti, è previsto che le scelte gestorie vengano condivise tra il curatore e il comitato dei creditori. Diversamente, invece, nel concordato preventivo le scelte gestorie vengono autorizzate dal giudice delegato senza alcun intervento da parte dei creditori.

## **6. Il giudice delegato**

Con il provvedimento di ammissione alla procedura, il tribunale nomina il giudice delegato.

Quest'ultimo, contrariamente a quanto avviene nel fallimento, non svolge una vera e propria funzione giurisdizionale, ma si limita a svolgere una funzione di anello di congiunzione tra le segnalazioni che provengono dal commissario giudiziale e quelli che sono i poteri attribuiti al tribunale, specialmente nelle ipotesi di revoca a seguito del compimento di atti fraudolenti<sup>177</sup>.

Dette limitazioni del giudice delegato non sminuiscono, tuttavia, il ruolo dello stesso, il quale, in realtà, svolge un ruolo primario avendo un'importante influenza sulla procedura.

---

<sup>177</sup> sul punto, AMBROSINI, nt. 124, 86.

Il giudice delegato svolge, infatti, una funzione decisoria nelle ipotesi in cui intervenga negli atti dispositivi delle parti: si pensi, ad esempio, ai provvedimenti che emette durante la procedura di votazione, risolvendo eventuali contestazioni e/o questioni insorte sulla proposta; al decreto con cui il giudice delegato invita il debitore a depositare determinate somme<sup>178</sup>.

Non solo, nello specifico, è lui che ha il compito di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione<sup>179</sup>.

La necessaria autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione da parte del giudice delegato non deve, tuttavia, essere letta come un potere negoziale sostitutivo del giudice delegato rispetto al debitore. Ed invero, è l'imprenditore che continua a gestire l'impresa nel rispetto, però, dei limiti che il controllo del giudice delegato assolve. Conferma ne è la circostanza che si tratta in particolare di decreti passibili di reclamo ma non, secondo i più, nell'ipotesi in cui abbiano natura autorizzatoria, del ricorso straordinario per cassazione è sensi dell'articolo 111 Cost.<sup>180</sup>.

Da ultimo, un importante ruolo è stato riconosciuto al giudice delegato anche con riferimento alla verifica della deliberazione di voto in merito alle proposte

---

<sup>178</sup> sul punto, GABOARDI, Sub. art. 164, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, Milano, 2010, III, 487.

<sup>179</sup> detto potere, tuttavia, non deve essere inteso nel senso di legittimare il giudice delegato al compimento di atti negoziali atteso che l'impresa rimane nelle mani del territorio. Sul punto, FABIANI, nt. 8, 353; in senso contrario, GALLETTI, nt. 129, 363.

<sup>180</sup> cfr. Cass. Civ., n. 15974/2011.

concorrenti. In particolare, la procedura di voto si dovrebbe svolgere invitando i creditori ad esprimere il voto su tutte le proposte concorrenti e, a seguito della votazione, sarà il giudice delegato a verificare quale proposta abbia ottenuto il maggior consenso privilegiando, in caso di parità, la proposta del debitore. Una volta terminata la prima fase, il giudice delegato dovrà poi verificare che la proposta prevalente ottenga, nella seconda fase, il *quorum* sufficiente per l'omologazione. Se, invece, non viene raggiunto il *quorum* necessario, viene avviata una nuova votazione secondo un rito semplificato. Se anche in questo caso la proposta concorrente non dovesse raggiungere il quorum sufficiente si procederà ai sensi dell'art. 179 l.fall.

### **7. Il commissario giudiziale**

La figura del commissario giudiziale è disciplinata sulla falsariga di quella del curatore.

Ed invero, per la sua nomina, i criteri utilizzati sono quelli previsti per il curatore ai sensi dell'art. 28 l.fall.<sup>181</sup>.

Colui che viene nominato commissario giudiziale assume la qualifica di pubblico ufficiale. Detta qualificazione ha comportato il sorgere di un dibattito incentrato sulla connaturale e connessa qualificazione di ausiliario del giudice piuttosto che dei creditori. In particolare, secondo un primo orientamento, il commissario giudiziale dovrebbe essere visto come un ausiliario del giudice,

---

<sup>181</sup> sul punto, nel senso della nomina del singolo e/o in alcuni casi del collegio dei commissari; in senso favorevole alla collegialità dell'organo, Trib. Milano, in *Foro it.*, 2012, I, 135.

rivestendo la qualifica di pubblico ufficiale<sup>182</sup>. Secondo altro orientamento, preferibile, il commissario giudiziale svolgerebbe il ruolo di ausiliario dei creditori<sup>183</sup>. In tal ultimo senso deporrebbe la circostanza che, pur trattandosi di pubblico ufficiale, il commissario giudiziale svolge compiti tipicizzati ed espressamente disciplinati (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla partecipazione alla redazione del processo di inventario) volti a garantire la corretta informazione dei creditori e del tribunale oltre che tutelare e salvaguardare il patrimonio del debitore<sup>184</sup>.

Ed ancora, sempre a conferma dell'orientamento favorevole a qualificare il commissario giudiziale quale ausiliario dei creditori deporrebbero anche due circostanze, una di natura processuale e, l'altra, di natura sostanziale.

Il commissario giudiziale non gode di alcuna legittimazione processuale (attiva e passiva) né rispetto alla posizione del debitore né rispetto a quella dei creditori. Allo stesso è, infatti, impedito di promuovere azioni in via surrogatoria e non ha alcun ruolo attivo nella gestione dell'impresa poiché quest'ultima rimane nella mani dell'imprenditore, sebbene allo stesso spetti il diritto di controllare e visionare le scritture contabili che rimangono nella disponibilità dell'imprenditore<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> sul punto, TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, 651.

<sup>183</sup> cfr. Cass. Civ., n. 8221/2011.

<sup>184</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 367, secondo cui a conferma della classificazione del commissario giudiziale quale ausiliario dei creditori rileverebbe anche il fatto che la relazione dallo stesso redatta non rientrerebbe tra gli atti fidejacenti in quanto l'amministrazione del patrimonio e la gestione dell'impresa rimangono in capo al debitore.

<sup>185</sup> cfr. Cass. Civ., n. 17717/2011.

Pur privilegiando l'orientamento secondo cui il commissario giudiziale sarebbe un ausiliario del creditori dovrebbe, in ogni caso, prevalere la sua natura di ausiliario della procedura atteso che, fra i poteri allo stesso spettante a garanzia della multidimensionalità della procedura; vi è, infatti, la legittimazione dello stesso a promuovere l'azione di annullamento nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e/o di due anni dalla scadenza dell'ultimo adempimento concordatario<sup>186</sup>. Non solo, a ciò si aggiunga che in tal senso deporrebbe anche la circostanza secondo cui il commissario giudiziale risponderebbe per le proprie azioni a titolo di responsabilità extracontrattuale non esistendo un vincolo obbligatorio del commissario giudiziale nei confronti del debitore o dei creditori<sup>187</sup>.

Sotto il profilo sostanziale, come già detto, il commissario giudiziale non si sostituisce all'imprenditore nell'amministrazione dell'impresa. Tuttavia, in capo allo stesso, sussiste e permane un obbligo di rendicontazione atteso che comunque lo stesso

---

<sup>186</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 775, secondo cui *"in presenza di questi interesse non è infrequente che la legge affidi al pubblico ministero la tutela processuale, così la presenza di un pubblico ufficiale quale è il commissario giudiziale giustifica che gli siano attribuiti poteri di rappresentanza processuale, di natura eccezionale, non troppo diversi da quelli di cui è portatore il sostituto processuale (...) in quanto il commissario agisce in nome proprio ma nell'interesse dei creditori, con la differenza che il risultato utile dell'azione non ridonda, neppure di riflesso, a favore del commissario"*.

<sup>187</sup> sul punto, a tal proposito non ci si può esimere dal rilevare come la giurisprudenza e la dottrina civilistica, negli ultimi anni, abbiano allargato le ipotesi di responsabilità contrattuale anche in favore di rapporti che derivino dalla legge; aderendo a tale impostazione, sarebbe configurabile in capo al commissario giudiziale, un'ipotesi di responsabilità contrattuale. Così, FAUCEGLIA - ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Torino, 2010, 332.

è investito di un potere di gestione di denaro altrui. Per questo motivo, in capo allo stesso, graverebbe, al termine della prima fase della procedura, con il decreto di omologazione del concordato, un onere di rendiconto<sup>188</sup>.

Con particolare riferimento alle attività in capo al commissario giudiziale si rileva che le stesse possono essere suddivise a seconda della finalità che il medesimo commissario deve perseguire.

Ed invero, con riferimento alla finalità consistente nella tutela del patrimonio del debitore, incombe sullo stesso un onere di trascrizione del decreto di ammissione alla procedura sul registro dei beni immobili e mobili registrati. Il commissario deve, poi, procedere alla redazione dell'inventario ai sensi dell'art. 172 l.fall. Si tratta di un onere volto a soddisfare, oltre che tutelare il patrimonio del debitore, nell'interesse dei creditori attraverso una verifica delle informazioni fornite dal debitore relativamente all'attivo prospettato ai creditori<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> sul punto, in senso favorevole, LO CASCIO, nt. 61, 281; D'AIELLO, Sub *art. 165*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di NIGRO, SANDULLI, SANTORO, TORINO, 2006, 230; in senso contrario, GABOARDI, Sub *art. 165*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, Milano, 2010, III, 497, secondo cui l'assenza di un obbligo di rendicontazione sarebbe il corollario della mancanza di riconoscimento di un potere gestorio in capo al commissario.

<sup>189</sup> sul punto, BRENCIA, *Il commissario giudiziale: convocazione dei creditori, relazione e stima*, in *Fallimento*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2008, III, 168.

Con la redazione dell'inventario, infatti, il commissario giudiziale deve offrire ai creditori degli elementi valutativi e comparativi della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare<sup>190</sup>.

Con riferimento, invece, alle attività incombenti sul commissario giudiziale al fine di soddisfare l'esigenza di una corretta e completa informativa dei creditori, incombe sullo stesso un onere di analisi meramente amministrativo dell'elenco dei creditori<sup>191</sup>. Una volta terminata detta analisi dell'elenco dei creditori, il commissario giudiziale deve procedere all'invio dell'avviso nei confronti dei medesimi della proposta del debitore e dell'adunanza<sup>192</sup>.

L'importanza della comunicazione, e in generale, delle comunicazioni del commissario giudiziale in favore dei creditori, anche alla luce delle recente pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 1521/2013, assume maggior peso atteso che, come ribadito nella pronuncia, i creditori devono essere messi nelle condizioni di poter

---

<sup>190</sup> nel senso di un inventario di natura selettiva e valutativa, ROCCO DI TORREPADULA, Sub art. 172, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di NIGRO, SANDULLI, SANTORO, Torino, 2006, 245; AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, in *Il Fall.*, 2006, 1037.

<sup>191</sup> sul punto, ARMELI, Sub Art. 171, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, III, 620; BRENCIA, *Il commissario giudiziale: convocazione dei creditori, relazione e stima*, in *Fallimento*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2008, III, 1678.

<sup>192</sup> sul punto, detta comunicazione non deve essere indirizzata solo ai creditori che vantano il diritto di voto sulla proposta dell'imprenditore ma deve comprendere altresì i creditori privilegiati in quanto lo scopo della comunicazione è quello di fornire una rappresentazione quanto più è possibile completa ai soggetti coinvolti nella procedura, così FABIANI, nt. 8, 375; BRENCIA, nt. 191, 1080.

esprimere liberamente il proprio voto avendo una conoscenza quanto più è possibile aderente alla realtà. A tal proposito ci si è interrogati su quali possano essere le conseguenze di un'eventuale omissione della comunicazione. Ed invero, a tal domanda, la soluzione estrema consisterebbe nel dover ritenere nulla la votazione espressa. Preferibile, tuttavia, appare la soluzione intermedia favorevole al differimento dell'adunanza dei creditori in tali casi<sup>193</sup>.

L'adempimento successivo di cui è gravato il commissario giudiziale è quello di redigere la relazione *ex art. 172 l.fall.*; relazione funzionale alla rappresentazione della procedura e alla verifica della sussistenza e permanenza, anche in forza delle eventuali modifiche intervenute, dei presupposti della procedura. Si tratta di una relazione il cui ruolo e peso, all'interno della procedura, è aumentato alla luce dell'impedimento in capo al tribunale di svolgere un giudizio di convenienza e di merito sulla procedura<sup>194</sup>, con la logica conseguenza che la relazione del commissario dovrà riguardare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano<sup>195</sup>. L'importanza della relazione si desume anche dalla circostanza che la procedura di concordato viene avviata sulla base della relazione di un professionista designato dal debitore.

---

<sup>193</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 376.

<sup>194</sup> sul punto, ARMELI, Sub *Art. 172*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, III, 637 secondo cui se è vero che la valutazione di convenienza spetta ai creditori, è pur vero che gli stessi devono essere messi in grado di poter esprimere tale valutazione.

<sup>195</sup> sul punto, ROCCO DI TORREPADULA, nt. 190, 240 secondo cui la valutazione di fattibilità che deve svolgere il commissario riguarda solo il profilo economico atteso che la valutazione sulla fattibilità giuridica spetta al tribunale.

E' cruciale, quindi, che la relazione del professionista designato dal debitore venga esaminata, ed eventualmente recepita, dal commissario giudiziale; e ciò al fine di consentire e fornire ai creditori la possibilità di svolgere una valutazione ponderata della proposta ai medesimi formulata.

Infine, come già visto *supra*, la relazione del commissario deve essere presentata nel termine di dieci giorni prima dell'udienza e l'eventuale ritardo comporta il rinvio dell'udienza.

### **8. I creditori**

Il ruolo dei creditori nella procedura concorsuale è sempre stato marginale, almeno fino al recente intervento normativo con cui è stato riconosciuto un attivismo positivo in capo ai creditori al fine di ancor meglio contemperare gli interessi dei soggetti coinvolti dalla procedura concorsuale, confermando ancora una volta la multidimensionalità della procedura<sup>196</sup>. Ed invero, nelle ipotesi in cui il debitore presenti una proposta di concordato "sotto soglia" (*i.e.*, quaranta per cento o, in ipotesi di concordato in continuità, il trenta per cento) è facoltà dei creditori presentare una proposta concorrente<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> sul punto, D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il Fall.*, 2015, 11, 1163.

<sup>197</sup> sul punto, la scelta di legittimare una proposta concorrente da parte dei creditori solo nell'ipotesi in cui il debitore presenti una proposta "sotto soglia" appare una scelta legislativa volta a impedire o ridurre eventuali forme distorsive di estromissione del debitore dalla capacità di disporre del proprio patrimonio; sul punto, LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un*

Si tratta di un'importante novità i cui effetti potranno essere effettivamente valutati solo dopo i primi riscontri empirici, sebbene la portata della riforma (*i.e.*, l. 132/2015) appaia intrinsecamente eccezionale e rilevante. Ed invero, viene meno il monopolio del debitore alla determinazione del contenuto della proposta atteso che il creditore potrà proporre una proposta concorrente; certo il monopolio del debitore permane con riferimento all'iniziativa e, quindi, all'avvio della procedura.

Non solo, la riforma è talmente radicale da prevedere addirittura la possibilità del terzo concorrente di prevedere nella propria proposta, in presenza di una società di capitali, un aumento di capitale con limitazione (se non addirittura esclusione) del diritto di opzione.

La eccezionalità della riforma, inoltre, incide direttamente sulla struttura del concordato, a discapito della visione contrattualistica, intesa come accordo fra debitore e creditori, in quanto, nel caso di omologazione della proposta concorrente formulata dal creditore, la proposta approvata non perviene dal debitore<sup>198</sup>. Paradossalmente,

---

*primo commento*, in *Il Fallimentarista*, 29 giugno 2015, 2; FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 2015, II, 814, 5.

<sup>198</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, secondo cui "*l'assenza (o comunque il ruolo marginale) del debitore acuisce l'imbarazzo nell'inquadrare il concordato preventivo in termini puramente contrattuali, perché se è vero che queste ipotesi di concordato potrebbero essere inquadrare come accordi non più tra debitore e massa dei creditori, quanto tra proponente e massa dei creditori, così mutandosi i soggetti coinvolti ma non la struttura giuridica, rimane irrisolto il problema di giustificare un contratto con il quale dei soggetti dispongono della sorte del patrimonio altrui, ovvero del patrimonio del debitore, che a questo accordo rimane estraneo e forse contrario*".

infatti, l'attore della procedura, il debitore, viene relegato a mera comparsa di un negozio che si forma tra il creditore proponente e la massa dei creditori.

Come già visto *supra*, il potere riconosciuto ai creditori è tuttavia limitato positivamente dalla sussistenza di alcuni presupposti, uno soggettivo e l'altro oggettivo.

Con particolare riferimento al presupposto oggettivo, il legislatore con l'art. 163, comma 4, l.fall., statuisce che *"le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari"*.

Si è già avuto modo di manifestare la contrarietà all'utilizzo di una *rule* che identifichi in un *quantum* predefinito e astratto una percentuale di soddisfacimento dei creditori, sebbene, per onestà intellettuale, si ritiene particolarmente apprezzabile lo sforzo fatto dal legislatore con l'introduzione di una tale previsione e condizione di ammissibilità della proposta concorrente.

La disposizione normativa manifesta nella sua interezza la completezza e l'importanza della riflessione e della *ratio legis* sottesa. La scelta dell'introduzione di una condizione di ammissibilità così elevata, infatti, è una chiara forma di *moral suasion* volta, da un lato, a inibire proposte di concordato dal contenuto minimale,

privo di ragionevolezza, se non addirittura di causa e, dall'altro lato, di eventuali comportamenti abusivi *latu creditoris*.

In quest'ottica appare coerente la differenziazione tra concordati liquidatori e concordati con continuità<sup>199</sup>.

L'introduzione del suddetto presupposto oggettivo pur coerente e ponderata apre non pochi problemi interpretativi almeno fino a che non si consoliderà una prassi applicativa della disposizione normativa.

Ed invero, in via preliminare, occorre chiedersi quale organo della procedura, e con che poteri, debba accertare la sussistenza del presupposto oggettivo. Il legislatore sembra aver attribuito detto potere all'asseveratore che dovrebbe certificare la percentuale minima di soddisfacimento relegando gli altri organi della procedura a un mero controllo formale (o, per rimanere in tema, "notarile").

Come già detto nel precedente capitolo, a proposito del controllo di ragionevolezza del tribunale, un'impostazione del genere rappresenterebbe un'incoerenza e una contraddittorietà della procedura, oltre a rappresentare una negazione del profilo multidimensionale e, per l'effetto, pubblicistico della procedura<sup>200</sup>. Si tratta di una lettura, peraltro, confermato anche da quell'orientamento

---

<sup>199</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, secondo cui *"il rischio, certamente presente, che la proposta concorrente venga presentata da un competitore del debitore, al fine di sottrargli l'azienda o di eliminarlo dal mercato, è ben più alto nel caso di concordato con continuità piuttosto che in quelli liquidatori, così da giustificare una disciplina delle proposte concorrenti più restrittiva nel primo caso"*.

<sup>200</sup> sul punto, in questo senso, D'ATTORRE, nt. 196, 1167.

secondo cui laddove il commissario nella propria relazione *ex art.* 172 l.fall. non ravvisi il raggiungimento della soglia minima, il tribunale dovrebbe aprire alle proposte concorrenti<sup>201</sup>.

La questione, teoricamente, assume ancor più rilevanza nella ipotesi in cui la proposta del debitore preveda modalità di soddisfacimento diverse, sebbene il problema, in parte, sia notevolmente ridotto nella pratica dalla previsione, nei concordati liquidatori, della percentuale minima di pagamento del venti per cento<sup>202</sup>.

Il presupposto soggettivo, invece, viene identificato dal legislatore nell'art. 163, comma 4, l.fall., secondo cui la proposta concorrente, ferma la sussistenza del presupposto oggettivo, può essere presentata da quei creditori che, anche in forza di

---

<sup>201</sup> sul punto, LAMANNA, nt. 197, 2.

<sup>202</sup> in questo senso, D'ATTORRE, nt. 196, 1167 secondo cui *"d'altra parte, la chiara volontà legislativa, da un lato, di agevolare i concordati con continuità anche attraverso la previsione di modalità di soddisfacimento dei crediti diversi dal pagamento, e, dall'altro lato, di limitare la possibilità di presentazione di proposte di concordato concorrenti proprio nei concordati con continuità, rende difficilmente sostenibile una tesi che ammetta senza limiti le proposte concorrenti nei concordati con continuità con previsione di soddisfacimento dei creditori (o anche di una sola classe) con modalità alternative al pagamento"*. L'Autore continua sostenendo che si è davanti a una scelta, l'una propensa alla differenziazione dei casi a seconda della natura della procedura di concordato e, l'altra, volta a ritenere comunque sussistente il presupposto oggettivo anche nelle ipotesi in cui siano previste forme di pagamento alternativo e conclude privilegiando una soluzione di compromesso *"che rimette agli organi della procedura, in sede di delibazione di ammissibilità della proposta concorrente, il compito, certo non facile e non oggettivo, di procedere ad una "conversione" teorica della modalità di soddisfacimento in una possibile percentuale di pagamento, onde valutare per questa via se è raggiunta o meno la soglia minima che impedisce l'apertura alle proposte concorrenti"*.

cessioni del credito successive alla presentazione della domanda, detengano una percentuale pari ad almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'art. 161, comma 2, lett. a). Il legislatore ha stabilito, altresì, che detta proposta debba essere presentata nel termine di trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori e, quindi, successivamente rispetto al termine previsto per il commissario giudiziale per il deposito della propria relazione<sup>203</sup>.

Analizzando sistematicamente l'intervento di riforma, si può notare come il legislatore abbia introdotto ulteriori limiti soggettivi. Ed invero, nell'art. 165, 1.fall., al secondo comma è stato disposto che, fermo il divieto di cui all'art. 124 1.fall., il commissario giudiziale fornisca ai creditori richiedenti le informazioni utili alla presentazione della proposta. Il legislatore ha, quindi, sancito il difetto di legittimazione attiva in capo a quelle società in qualche modo collegate al debitore. Così come già detto con riferimento al presupposto oggettivo, si tratta di un divieto ponderato e coerente allo spirito di riforma. Lo scopo dell'intervento è stato, infatti, quello di migliorare la regolamentazione della procedura di concordato al fine di ridurre le ipotesi di abuso dei soggetti coinvolti, privilegiando una maggiore efficienza ed equilibrio.

Appare, quindi, ampiamente condivisibile la scelta di limitare eventuali raggiri da parte del debitore a svantaggio del ceto creditorio e del buon nome della procedura e della sua rilevanza pubblicistica e sociale.

---

<sup>203</sup> sul punto, si rileva che il fine è chiaro: permettere ai creditori di valutare l'utilità di riconoscere una procedura concorrente o meno.

Ed è sempre in quest'ottica di tutela sociale e pubblicistica che deve essere letta la previsione del limite quantitativo contenuto nel presupposto soggettivo. La *ratio* appare, infatti, quella di garantire l'equilibrio del mercato evitando facili distorsioni di un procedimento giudiziale pensato e introdotto per garantire la funzionalità del mercato e, quindi, della concorrenza<sup>204</sup>.

Ed è, forse, sempre in quest'ottica che dovrebbe essere interpretata la facoltà concessa di divenire un creditore soggettivamente legittimato a presentare una proposta concorrente anche in un momento successivo alla presentazione della domanda. La *ratio* del legislatore dovrebbe essere, infatti, quella di salvaguardare quei valori aziendali e d'impresa permettendo agli esperti finanziari di fornire nuovo ossigeno a quella singola impresa e, con essa, all'indotto e al mercato.

I dubbi interpretativi e applicativi oltre a concernere la definizione dei ruoli degli organi coinvolti nella procedura, attengono anche ai criteri quantitativi del presupposto soggettivo. In particolare, il legislatore specifica che il dieci per cento dei crediti è quello risultante “*dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a)*”, e che, ai fini del computo, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo.

---

<sup>204</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, 1165, secondo cui “*a fronte di tali potenziali rischi, la limitazione della legittimazione serve a funzionalizzare l'istituto alla effettiva soddisfazione dell'interesse della massa dei creditori, attribuendo un ruolo solo a coloro che, essendo creditori con posizioni rilevanti, patiscono maggiormente gli effetti della crisi del debitore*”.

Anzitutto, si rileva il difetto di coordinamento sistematico tra le norme, atteso che il legislatore privilegia, quale dato da utilizzare per verificare la sussistenza del presupposto soggettivo, le risultanze della situazione patrimoniale di cui all'art. 160, comma 2, lett. a), l.fall. anziché privilegiare il documento che accerta e rappresenta la posizione debitoria dell'impresa, con indicazione di cause di prelazione, ammontare del credito e indicazione del creditore è l'elenco depositato ai sensi dell'art. 161, comma 2, lett. c). La critica a detta scelta legislativa si fonda anche sul fatto che è quest'ultimo elenco che dovrebbe essere preso come criterio valutativo e dato su cui verificare la sussistenza del presupposto soggettivo; e ciò in ragione anche del fatto che il medesimo elenco viene utilizzato come dato di analisi e verifica da parte del commissario giudiziale<sup>205</sup>.

Ancor più critico in questa senso appare D'Attorre, il quale sostiene che in ogni caso si tratta di documenti di provenienza unilaterale e non definitivi, in quanto oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale e del giudice delegato, oltre che ad eventuali contestazioni. L'Autore, pertanto, suggerisce che vengano riconosciuti in capo agli organi della procedura specifici e precipui oneri di accertamento e verifica della correttezza dei dati offerti alla procedura<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> sul punto, D'ATTORRE, *Art. 176*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di NIGRO - SANDULLI - SANTORO, Torino, 2014, 284.

<sup>206</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, 1166; l'Autore in particolare identifica nel tribunale l'organo designato alla verifica e accertamento del raggiungimento del presupposto soggettivo.

Una volta verificata la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi, espressamente disciplinati dal legislatore, occorre svolgere una serie di considerazioni in tema di contenuto della proposta concorrente.

Detta proposta, anzitutto, si deve collocare nella medesima cornice operativa prevista dal legislatore per il debitore.

Come già detto per il debitore, ed essendo lo scrivente fortemente persuaso dall'idea di una procedura concordataria che, per i suoi profili sociali e multidimensionali, debba essere vincolata nel fine, così anche il creditore dovrà rispettare i limiti legali e le finalità della procedura. All'interno di questa cornice, però, il creditore avrà ampia autonomia a tal punto che, secondo alcuni autori, lo stesso potrà presentare una proposta concorrente che differisca rispetto a quella del debitore anche nella natura della procedura e ciò in funzione del fatto che, in ogni caso, saranno i creditori con il proprio voto a giudicare la proposta concorrente<sup>207</sup>.

In realtà, la competizione tra la proposta del debitore e quella concorrente risente di un confronto impari sotto più profili, atteso che alla proposta del creditore il legislatore ha previsto la possibilità per il terzo di concorrere mediante il ricorso all'aumento di capitale<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> sul punto, FABIANI, nt. 197, 6; D'ATTORRE, nt. 196, 1169.

<sup>208</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, 1169, secondo cui "*finora, era orientamento consolidato quello per cui, in caso di apertura di procedura concorsuale di una società per azioni o a responsabilità limitata, oggetto dello spossessamento (pieno o attenuato a seconda del tipo di procedura) fosse solo il patrimonio della società, non certo le partecipazioni dei soci, i quali rimanevano gli unici titolari delle quote di partecipazioni e del potere di disporre*"; l'Autore

Pur modificando l'equilibrio della concorrenza in favore della proposta concorrente, la *ratio legis* sembra quella di favorire in ogni caso il miglior soddisfacimento per i creditori; e ciò a conferma, ancora una volta, di quel vincolo del fine su cui di fonda il nuovo parametro di giudizio che dovrebbe competere, a dire dello scrivente, al tribunale.

Si tratta di una scelta legislativa che in parte recepisce principi e impostazioni di altri ordinamenti stranieri<sup>209</sup> e che sconta, ancora, un prassi interpretativa. Ed invero, volendo aderire al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, detta facoltà di incidere sulle partecipazioni e sul capitale sociale spetterebbe solo al creditore nella formulazione della proposta concorrente e non, invece, alla proposta del debitore. Tuttavia appare del tutto singolare una limitazione di tal specie soprattutto alla luce del fatto che l'intervento, da ultimo, e le procedure, in generale, hanno come finalità quella di garantire l'appetibilità del sistema paese e la tutela dei creditori e, per l'effetto, della tutela sociale.

Come già detto, il contrappeso a questo riconoscimento formale di un attivismo

---

continua affermando che "*la formulazione letterale dell'art. 163, comma 5, l.fall. indurrebbe a ritenere che in questi casi, in deroga alle norme degli artt. 2436, 2441 e 2443 c.c., l'aumento di capitale sia attuato senza una deliberazione dell'assemblea straordinaria o degli amministratori (art. 2443 c.c.), ma operi automaticamente per effetto dell'omologazione della proposta concorrente, potendosi procedere all'iscrizione nel registro delle imprese su ordine del giudice delegato e dovendosi poi procedere al deposito nel registro delle imprese del nuovo testo integrale dello statuto nella sua redazione aggiornata*".

<sup>209</sup> si pensi al recente intervento del 2012 nel sistema tedesco attraverso la quale è stato previsto il compimento di operazioni sul capitale anche all'interno di società insolventi; o alla disciplina francese in tema di grandi imprese di cui all'art. 631-19-2 del *Code de Commerce*.

in capo ai creditori, ai fini di limitare eventuali manifestazioni di abuso del diritto *latu creditoris*, è consistito nel legittimare una tale facoltà solo in presenza di una proposta del debitore "sotto soglia" e, in ogni caso, solo in caso in cui sia stato il debitore medesimo ad avviare la procedura di concordato. Un'impostazione del genere, secondo lo scrivente, potrebbe rappresentare un forte limite ad eventuali tentativi di far valere dubbi di costituzionalità della riforma, in particolare, facendo riferimento agli articoli 41 e 42 della Costituzione; si tratterebbe di dubbi che peraltro risentirebbero della ormai pacifica circostanza secondo cui in condizioni patologiche (o, di risultato fisiologico non positivo, come lo scrivente preferisce qualificare) è corretto che il controllo della impresa venga, quantomeno, condiviso con i creditori dell'impresa medesima che forniscono, nella sostanza, la maggior parte dell'effettivo capitale di rischio.

Ed ancora, seppur con qualche cenno di critica, la tutela del mercato e dei creditori è tale da comportare un pregiudizio per i soci; questi ultimi, infatti, apportando formalmente il capitale di rischio, dovrebbero aver diritto a quel che rimane dopo aver soddisfatto tutti i creditori<sup>210</sup>.

Il procedimento si concentra su un obbligo di riservatezza iniziale oltre che di

---

<sup>210</sup> sul punto, STANGHELLINI, nt. 2, 36; SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 572; sul punto, si è segnalata l'esigenza di un intervento normativo volto a stabilire delle tutele per i soci; in questo senso, D'ATTORRE, nt. 196, 1170 che addirittura propone il diritto di voto per i soci sulla proposta concorrente atteso che i soci sarebbero i creditori di ultima istanza.

verifica da parte del commissario giudiziale circa la "congruità" della proposta<sup>211</sup>.

L'art. 165, comma 3, l.fall. dispone, infatti, che *“il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso”*.

Il creditore dovrà presentare con ricorso la proposta concorrente<sup>212</sup>. A tal proposito si rileva che il legislatore non disciplina, poi, espressamente la documentazione che dovrebbe essere allegata al ricorso prevedendo solo che venga depositata una relazione di fattibilità sul piano<sup>213</sup>. Una maggiore rigidità nella presentazione della proposta concorrente sembra trovare una propria *ratio* giustificatrice nel fatto che si tratta di un *"sub-procedimento"* all'interno di una procedura già avviata e che, conseguentemente, ha già *"scontato"* in termini di complessità e di formalismi l'avvio della procedura.

---

<sup>211</sup> sul punto, i primi contributi dottrinali sulla riforma hanno criticato la scelta del legislatore di attribuire questa verifica di congruità al commissario giudiziale e non invece al giudice delegato.

<sup>212</sup> sul punto, si rileva che secondo i primi contributi dottrinali sulla riforma non dovrebbe trovare applicazione la disposizione normativa di cui all'art. 152 l.fall.; sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, 1172 secondo cui *"i requisiti formali richiesti dall'art. 152 l.fall. si giustificano in ragione dei rilevanti effetti che l'apertura della procedura di concordato produce nei confronti della società proponente che sia anche la debitrice-ricorrente (spossestamento attenuato, divieto di pagamento dei crediti anteriori, ecc.)"*.

<sup>213</sup> sul punto, LAMANNA, nt. 197, 5.

Detta *ratio*, tuttavia, non esime il Tribunale dallo svolgere un controllo di ammissibilità della proposta concorrente in ragione del compito e della funzione di garanzia allo stesso attribuito dalla legge e dall'ordinamento. In realtà, detto controllo è previsto solo nelle ipotesi di proposte concorrenti che prevedono la suddivisione in classi, tuttavia è ragionevole che la prassi interpretativa, a maggiore tutela della procedura e del sistema, interpreti la norma nel senso di svolgere in ogni caso un controllo di ammissibilità.

Detta analogia comporterà, inoltre, il diritto in capo al tribunale di concedere al creditore proponente un eventuale termine di integrazione della proposta e del piano; diversamente ammetterà la proposta concorrente o, ove esistano, le proposte concorrenti su cui sarà chiamato a esprimere un giudizio anche il commissario giudiziale. Quest'ultimo dovrà poi, nel corso dell'adunanza, rappresentare ai creditori le varie proposte affinché gli stessi esercitino in modo consapevole il proprio diritto di voto.

Occorre poi interrogarsi sul rapporto tra proposta concorrente e proposta del debitore atteso che, nelle ipotesi patologiche della procedura, quella del debitore potrebbe venir meno.

La Suprema Corte ha avuto modo di affermare la necessaria distinzione tra le fasi della procedura: domanda, proposta e piano<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> sul punto, si rileva che la Suprema Corte, SS. UU. 1521/2013 ha avuto modo di affermare che la domanda di concordato è la richiesta dell'ombrello protettivo della procedura rispetto a quella fallimentare “*e dunque oggetto del processo di omologazione del concordato è il*

Applicando il principio interpretativo letterale appare immediato che il legislatore abbia confermato che, in ogni caso, l'iniziativa rimane in capo al debitore e che ai creditori sia concesso di formulare solo una proposta concorrente; con la conseguenza che, qualora il debitore rinunci alla domanda, nessun potere avranno i creditori<sup>215</sup>.

Non appare, diversamente, condivisibile quell'orientamento secondo cui il termine finale per la rinuncia dovrebbe coincidere con il termine previsto per la modifica: quindici giorni prima dell'adunanza<sup>216</sup>. Accoglibile, invece, è l'orientamento secondo cui la proposta concorrente ha validità in pendenza di una procedura aperta e

---

*potere del debitore di ottenere di regolare la crisi con lo strumento dell'autonomia negoziale*"; la proposta, invece, definisce l'impegno che l'imprenditore assume nei confronti del creditore; il piano è invece lo strumento operativo per formulare la proposta.

<sup>215</sup> sul punto, in senso contrario a tale limitazione, LAMANNA, nt. 197, 7 secondo cui la presentazione di proposte concorrenti impedisce al debitore di rinunciare alla propria domanda; in senso favorevole In questo senso si veda altresì, FABIANI, nt. 197, 7; AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *www.ilcaso.it*, 2015, II, 816, 21; ed ancora, D'ATTORRE, nt. 196, 1174 secondo cui "*opinare diversamente significherebbe trasformare il concordato preventivo da procedura "volontaria" in procedura "coattiva", soluzione forse possibile, ma che non è stata (ancora) accolta dal legislatore*"; BELLÈ, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2015, 645 secondo cui è solo con l'omologazione del concordato il debitore può essere privato della propria libertà di rinunciare alla domanda.

<sup>216</sup> in questo senso, AMATORE, *Offerte e proposte concorrenti nel concordato preventivo: le novità introdotte dalla "mini" riforma del diritto fallimentare*, in *www.giustiziacivile.com*, 8 luglio 2015, 8.

retta dalla volontà del debitore e ciò in quanto il giudizio di omologazione e/o di revoca sono fasi di un unico procedimento<sup>217</sup>.

Con riguardo al procedimento di voto e alla determinazione dei calcoli, il legislatore ha dettato una procedura alternativa e differente rispetto a quella del concordato fallimentare. Ed invero, mentre nel concordato fallimentare, i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto solo sulla proposta scelta dal comitato dei creditori, nel concordato preventivo, i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto su tutte le proposte concorrenti secondo il criterio temporale. Si tratta in realtà di un dubbio interpretativo applicativo, tuttavia, lo scrivente ritiene che sia da preferire quella prassi applicativa che consenta al creditore di esprimere il proprio voto favorevole su tutte le proposte concorrenti su cui sia chiamato ad esprimere un proprio giudizio<sup>218</sup>.

Ed è proprio questa particolarità a far sorgere alcuni dubbi applicativi in tema di calcolo delle maggioranze e determinazione della proposta vincente cui il legislatore ha cercato di dar risposta novellando l'art. 177 l.fall.. Ed invero, le criticità nascono nel

---

<sup>217</sup> in tal senso, in costanza della previgente normativa, Cass. Civ., n. 17191/2014 secondo cui *“il giudizio di omologazione del concordato preventivo ed il procedimento per la revoca dell’ammissione ed art. 173 legge fall. (nella specie innestatosi nel primo), non sono due subprocedimenti separati ed autonomi ma due fasi di un unico procedimento, poiché l’ammissione costituisce il presupposto necessario per l’omologazione, sicché, venuta meno la prima, non è più possibile la seconda”*.

<sup>218</sup> diverso, invece, è il tema relativo alla possibilità del creditore di modificare il proprio voto fra il primo e il secondo *round*, su cui comunque lo scrivente propende per l'affermazione della più ampia libertà di scelta.

momento in cui, a seconda della struttura della proposta, i creditori privilegiati siano chiamati a esprimere il proprio voto. In particolare, il dubbio attiene al criterio di calcolo dei consensi, tenendo conto della possibilità per i creditori privilegiati di concorrere al voto, a seconda della struttura della proposta. In questo senso appare ragionevole la risposta offerta da D'Attorre secondo cui ai fini della determinazione del voto bisognerebbe tener conto "*dei voti favorevoli sul totale dei crediti aventi diritto al voto*"<sup>219</sup>.

In base alla novella, poi, la procedura di voto si dovrebbe svolgere invitando i creditori ad esprimere il voto su tutte le proposte concorrenti e, a seguito della votazione, sarà il giudice delegato a verificare quale proposta abbia ottenuto il maggior consenso privilegiando, in caso di parità, la proposta del debitore. Una volta terminata la prima fase, il giudice delegato dovrà poi verificare che la proposta prevalente ottenga, nella seconda fase, il *quorum* sufficiente per l'omologazione. Se, invece, non dovesse essere raggiunto il *quorum* necessario, dovrà essere avviata una nuova votazione secondo un rito semplificato. Se anche in questo caso la proposta concorrente non dovesse raggiungere il quorum sufficiente si procederà ai sensi dell'art. 179 l.fall.

Una volta che la proposta abbia ottenuto l'omologazione, la procedura seguirà lo stesso procedimento già previsto per la fase di omologazione e, poi, di esecuzione.

---

<sup>219</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, 1176; BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *Fallimenti e Società.it*, 2015, 20.

L'introduzione di detta disciplina non può che essere accolta con favore in quanto è finalizzata a tutelare l'interesse della procedura, dei soggetti coinvolti e del sistema. Trattandosi di una novità legislativa, tuttavia, occorrerà valutare i risvolti applicativi della stessa anche al fine di identificare eventuali limiti e intervenire di conseguenza.

Ad una prima lettura, in ogni caso, sembrerebbero esserci già alcuni profili di criticità.

In primo luogo, un primo problema sembrerebbe sorgere in tema di diritto di voto e conflitto di interessi. In particolare, se da un lato, è escluso il diritto di voto del debitore così come anche di quei soggetti collegati, a vario titolo, al debitore sulla proposta e su quelle concorrenti, così non è per i creditori concorrenti che, infatti, manterranno il loro diritto di voto "*se collocati in una autonoma classe*"<sup>220</sup>. Non solo, in ogni caso, potranno esercitare il proprio diritto di voto tutti quei soggetti che risultano collegati, a vario titolo, al creditore proponente. Sebbene la norma sembra rispondere ad un'esigenza di maggior tutela in favore della procedura, detta disparità suscita alcuni profili di criticità atteso che, paradossalmente, i creditori proponenti si troverebbero improvvisamente in una posizione di forza e di potenziale abuso con la conseguenza che la tutela cui tende la norma non sarebbe effettivamente perseguita<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> cfr. art. 163, comma 6, l.fall.

<sup>221</sup> sul punto, D'ATTORRE, nt. 196, 1177; FABIANI, nt. 197, 7; in senso contrario, invece, BOZZA, nt. 219, 21, secondo cui invece dovrebbe riconoscersi il diritto di voto anche a quei soggetti cui ai sensi dell'art. 177 l.fall. ne sono esclusi o privati.

Altro problema concerne l'esecuzione del concordato nell'ipotesi di omologazione della proposta concorrente atteso che in tal caso il tribunale riconosce e svolge la propria funzione di garanzia su un accordo intervenuto tra soggetti non formalmente titolari del patrimonio oggetto di disposizione. Si tratta di un problema pratico applicativo cui il legislatore ha cercato di rispondere prevedendo una clausola generale di collaborazione in capo al debitore (185 l.fall.)<sup>222</sup>; onere di collaborazione che conferisce al commissario giudiziale un ruolo di intervento attivo nelle ipotesi di inerzia da parte del debitore. Si tratta del riconoscimento di un ruolo nuovo per il commissario giudiziale di cui occorrerà valutare gli effettivi risvolti pratici.

### **9. L'amministratore giudiziale**

L'introduzione dell'amministratore giudiziario all'interno della procedura concorsuale appare una novità rispetto agli ultimi orientamenti e indirizzi giurisprudenziali e dottrinali atteso che viene formalmente riconosciuto un poter di incisione, anche sul patrimonio sociale, in capo al tribunale.

Si tratta di una novità legislativa prevista dal legislatore, infatti, solo nel caso in cui il debitore che eserciti l'attività di impresa nella forma societaria si opponga, o sia semplicemente inerte, rispetto agli adempimenti sullo stesso gravanti in forza dell'approvazione della proposta concorrente; il tutto, in ogni caso, previa audizione da parte del tribunale del debitore e del commissario giudiziale.

---

<sup>222</sup> sul punto si pensi che nelle ipotesi in cui il debitore sia una società, è previsto in capo al tribunale il potere di revoca dell'organo amministrativo e contestuale nomina di un amministratore giudiziario.

Lo scrivente recepisce con favore l'introduzione della novella legislativa in quanto si ritiene che la stessa possa comportare solo effetti positivi per la procedura atteso che pur spossando il debitore del proprio patrimonio, lo stesso conseguirà il vantaggio più importante: l'effetto esdebitatorio *ex art. 184 l.fall.*

**10. Una nuova rimodulazione dei poteri delle parti in coerenza allo standard interpretativo offerto**

Come già visto nel secondo capitolo, il recente intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 1521/2013, in tema di fattibilità del concordato, ha comportato una rimodulazione dei poteri delle parti nel senso di rimettere ai creditori ogni valutazione di merito e convenienza della proposta.

Storicamente, il termine fattibilità veniva espressamente menzionato dal legislatore, almeno fino all'intervento della legge 134/2012, nell'art. 161 l.fall, con riferimento alla necessità che la relazione del professionista attestasse la fattibilità del piano.

Non solo, la minor importanza dell'uso del termine e del suo significato, non era neppure stata recepita dalla giurisprudenza di merito e di legittimità se non per qualche eccezione, quale la pronuncia emessa dal Tribunale di Sulmona<sup>223</sup>.

E in questo contesto, il concetto di fattibilità era stato interpretato nel senso di un onere in capo al professionista attestatore di formulazione "*di una motivata idoneità del piano al raggiungimento dei risultati esposti dal debitore*" con la logica

---

<sup>223</sup> cfr. Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Il Fall.*, 2005, 793.

conseguenza che il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile nel momento in cui la relazione non avesse adempiuto a tale onere.

É su questa impostazione, secondo Fabiani, che è sorto il dibattito giurisprudenziale e dottrinale che ha comportato la confusione fra il giudizio del professionista e quello del tribunale. L'autore, infatti, sostiene che *"i due piani, per quanto confinanti, non possono essere resi omogenei. Infatti, un conto è affermare che il vizio si trova nel ricorso ed altro conto è affermare che il vizio si trova nel ricorso che contiene la proposta e il piano"*<sup>224</sup>. Seguendo tale sillogismo, il concetto di fattibilità concernerebbe il piano e non la proposta, e conseguentemente, l'adempimento; in questo senso, la valutazione spetterebbe solo ai creditori.

In questa cornice la relazione dell'attestatore non dovrebbe essere, infatti, una relazione paragonabile o assimilabile a quella di un consulente d'ufficio; in quest'ultimo caso, infatti, il giudice avrebbe il potere di sovrapporre il proprio parere su quello fornito dal consulente<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 557; in questo senso l'Autore evidenzia come la relazione del professionista avrebbe a oggetto la fattibilità del piano e non della proposta con la conseguenza che la fattibilità del piano va vagliata da chi quella proposta è chiamato ad accettare: i creditori. L'Autore continua affermando che *"ad una falsa attestazione corrisponde una rappresentazione distorta della realtà ma questo nulla ha a che vedere con la fattibilità, perché un piano può essere fattibile anche se l'attestazione è falsa o gravemente insufficiente"*; ed ancora, FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro It.*, 2006, I, 919.

<sup>225</sup> sul punto, in senso contrario e, quindi, favorevole all'identificazione della relazione dell'attestatore alla perizia svolta dal c.t.u.. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità*

L'Autore, tuttavia, ritiene che l'impostazione non reggerebbe in quanto l'attestazione non sarebbe né un mezzo di prova né un mezzo istruttorio. Aderendo a tale impostazione, l'Autore suggerisce di invertire i criteri di analisi ricorrendo a un metodo deduttivo consistente nella preventiva analisi dei poteri del tribunale e, successivamente, una volta verificata la legittima facoltà del tribunale di valutare la fattibilità, allora avrebbe senso discutere o meno del poter del tribunale di sindacare la relazione dell'attestatore<sup>226</sup>. Ed è proprio questo, sempre secondo l'Autore, il limite dell'analisi atteso che nessuna disposizione espressamente disciplini questo aspetto. In assenza di un'espressa previsione diviene allora principale analizzare la prassi e gli orientamenti giurisprudenziali.

Non vi è dubbio, infatti, che in presenza dei due poli estremi, già analizzati, nel secondo capitolo, uno volto a qualificare il controllo del tribunale come controllo meramente notarile e l'altro volto ad attribuire un ruolo primario al tribunale, occorre percorrere la via di mezzo volta ad identificare l'intensità del potere di controllo del tribunale in tema di fattibilità.

La relazione, quindi, assumerebbe la natura di documento informativo e non probatorio la cui attendibilità e veridicità sarebbe garantita dai requisiti di professionalità e indipendenza previsti dal legislatore, quale contrappeso alla circostanza che la nomina del medesimo professionista spetti pur sempre al debitore.

---

*nel concordato preventivo*, in *In Fall.*, 2011, 183; NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Il Fall.*, 2011, 1455.

<sup>226</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 558.

In questo senso, il compito del tribunale sarebbe quello di verificare la funzionalità della relazione da intendersi come capacità della stessa di offrire un giudizio di attendibilità della proposta<sup>227</sup>.

Aderendo a questa impostazione, come già visto nel secondo capitolo, il tribunale non avrebbe il potere di svolgere una valutazione di fattibilità ma solo una valutazione penetrante circa la funzionalità della medesima relazione che è volta a superare le asimmetrie informative tra creditori e imprenditore nella procedura di concordato<sup>228</sup>.

Senonché come detto, il dibattito, è stato superato dalla pronuncia a Sezione Unite della Suprema Corte, la quale introducendo la dicotomia tra fattibilità giuridica e fattibilità economica ha specificato che la prima spetterebbe al tribunale mentre la seconda spetterebbe ai creditori<sup>229</sup>.

Il corollario di detta tesi è che una volta aperta la procedura concorsuale, il compito di verificare e vigilare sulla fattibilità del piano graverebbe in capo al

---

<sup>227</sup> sul punto, PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Il Fall.*, 2012, 46; in senso contrario, elevando l'attestazione del professionista a strumento di garanzia, BOZZA, nt. 219, 183; DE SANTIS, *Nota a Cass. 1521/2013*, in *Soc.*, 2013, 447.

<sup>228</sup> cfr. Cass. Civ., n. 21860/2010 secondo cui "*la condizione di ammissibilità del concordato non è, allora, la verifica della fattibilità, ma il riscontro dell'adeguatezza della relazione*".

<sup>229</sup> sul punto, si rileva che si tratta di una distinzione già affermata in dottrina, sul punto RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da BUONOCORE e BASSI, Padova, 2010, I, 490.

commissario giudiziale che è chiamato ai sensi dell'art. 172 l.fall., a prendere una propria posizione in merito alla fattibilità del piano. Con riferimento alla fattibilità del piano e il ruolo del commissario giudiziale, secondo prassi diffusa nelle corti di merito, il commissario giudiziale che verifici la mancanza o il venir meno delle condizioni di fattibilità, dovrebbe stimolare la revoca della procedura ai sensi dell'art. 173 l.fall.<sup>230</sup>. Tuttavia, detto orientamento, seppur sostenuto anche da una corrente dottrinale minoritaria, non sarebbe assecondabile nella misura in cui un elemento che non rappresenti requisito di ammissibilità lo diventi successivamente rappresentando causa di inammissibilità<sup>231</sup>.

In quest'ottica, e alla luce dei recenti interventi normativi, l'orientamento prevalente è nel senso di non ritenere ampliata il novero dei poteri del tribunale salvo che per la fase di esecuzione del concordato, nelle ipotesi in cui il debitore che eserciti l'attività di impresa in forma societaria non si attivi per far eseguire la proposta del terzo omologata<sup>232</sup>.

Come già avuto modo di sottolineare nel secondo capitolo, si ritiene che l'orientamento secondo cui non vi sarebbe spazio per una mutazione dei poteri del tribunale non appare condivisibile.

La pronuncia della Suprema Corte, anche alla luce di una lettura *ex post* che tenga conto del recente intervento normativo, appare, offrire le basi per l'introduzione

---

<sup>230</sup> cfr. Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, 149; Trib. Milano, 31 ottobre 2007 in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *www.ilcaso.it*.

<sup>231</sup> sul punto, FABIANI, nt. 8, 558.

<sup>232</sup> sul punto, LAMANNA, nt. 197, 9.

del concetto di discrezionalità, inteso come vincolo nel fine, all'interno della procedura di concordato preventivo nel momento in cui prevedere che la procedura debba offrire *"il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti"* (così, Cass. Civ. SS.UU. 1521/2013).

In questo senso si insiste in quello che è un ampliamento dei poteri del tribunale da intendersi non come potere di bloccare d'ufficio la procedura quanto come potere, e dovere, di esprimere un giudizio su quella proposta affinché i creditori, cui è rimessa ogni valutazione di convenienza, possano valutare se effettivamente quella proposta contenga un equilibrio e un soddisfacimento degli interessi rispetto a procedure concretamente alternative e non rappresenti, invece, un solo mezzo di sussistenza del debitore e della sua impresa al fine di beneficiare dei soli vantaggi offerti dall'ombrello protettivo della procedura di concordato. Il tribunale dovrebbe, cioè, condizionare con il proprio parere il voto dei creditori in quanto con il medesimo non si risolve e disciplina solo il rapporto tra debitore e creditori ma tra impresa e mercato, debitore e sistema, creditori e terzi. Non è forse in quest'ottica che è stata introdotta la previsione per i creditori di presentare una proposta concorrente.

### **11. Conclusioni**

L'analisi dei ruoli delle parti e del nuovo ruolo attivo dei creditori è espressione di un netto cambio di impostazione da parte del legislatore, cui dovranno adeguarsi gli indirizzi giurisprudenziali e gli orientamenti dottrinali.

Si tratta di una svolta che sembra confermare la necessità di superare il dibattito sulla natura della procedura che, evidentemente, ha un profilo e un fine pubblicistico per ricercare, invece, il miglior equilibrio pratico tra gli interessi coinvolti e la valenza sociale della procedura.

Abbiamo già visto che è proprio la Costituzione a prevedere un potere di intervento e di limitazione dell'iniziativa privata in favore di una finalità e utilità sociale. Si tratta di una finalità che incide quale vincolo dell'intera procedura, definendone, quindi, la cornice operativa entro cui delimitare i poteri e il ruolo delle parti.

Per questo motivo si è ribadita la convinzione che appaia necessario iniziare a pensare alla discrezionalità, intesa come vincolo nel fine, quale clausola generale di disciplina della procedura.

Si tratta, e vuole essere, un ingresso in punta di piedi all'interno di un sistema sovrabbondante di contributi dottrinali e giurisprudenziali ispirato ad un principio di ragionevolezza e di utilità pratica e sociale.

Sostenere che il tribunale abbia il diritto e il dovere di intervenire nella procedura attraverso l'applicazione di uno *standard* consistente nella manifestazione di un giudizio di convenienza della procedura rispetto alle altre alternative concorsuali e/o fallimentari effettivamente praticabili appare doveroso e funzionale a garantire e tutelare i soggetti direttamente coinvolti e, per l'effetto, l'intero sistema e il mercato. Non solo, sostenere detto potere in capo al tribunale non vuol dire negare che, in ogni caso, il giudizio di convenienza spetti ai creditori, bensì vuol dire riconoscere

l'importante ruolo dei creditori e la necessità che gli stessi possano esercitare detto potere con piena consapevolezza di quelli che saranno gli effetti del proprio diritto di voto. Non si tratterebbe neppure di una forzatura giuridica atteso che, in un'ottica sistematica, detto potere in capo al tribunale è già formalmente riconosciuto per le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Si tratta di una nuova chiave di lettura che trova conferma a livello sistematico e, da ultimo, anche nel recente intervento di riforma della procedura prevedendo una percentuale minima di soddisfacimento e riconoscendo un potere attivo in capo ai creditori. Si tratta di una scelta legislativa che sicuramente rappresenta un incentivo per il debitore affinché la domanda abbia ad oggetto una proposta seria, equilibrata e socialmente rispettosa. Ed è in quest'ottica di utilità sociale che il legislatore ha previsto il potere in capo al tribunale di nominare un amministratore giudiziale che si sostituisca al debitore nella gestione ed esecuzione della procedura.

Gli ultimi interventi di riforma sembrano privilegiare, quindi, gli aspetti pratico funzionali della procedura. In quest'ottica allora sarebbe, a dire dello scrivente, necessario soffermarsi, studiare e riflettere sulla ricerca e l'introduzione di *standards* interpretativi che meglio rispondano a quest'esigenza pratica di soddisfare e ricercare un punto di equilibrio fra le parti, il mercato e il sistema.

L'ultima novella legislativa, pur non assecondando detta impostazione, non può che essere accolta con favore in quanto getta le basi per nuovi spunti di riflessione e di analisi.

Certo è che dette tesi risentiranno, in ogni caso, di alcuni limiti applicativi.

In primo luogo, infatti, con riferimento al nuovo ruolo delle proposte concorrenti vi è il rischio che le stesse vengano utilizzate dai creditori quale mezzo di sottrazione del patrimonio del debitore; motivo per cui il legislatore è stato ben attento a disciplinarne condizioni e limiti applicativi.

Ciò che più rileva è però la circostanza che l'iniziativa rimane sempre in capo al debitore che, se eccessivamente vincolato nelle forme e nei modi, potrebbe far tardare l'emersione dello stato di crisi con dannose conseguenze strutturali per il sistema e il mercato.

In questo senso si ritiene di dover privilegiare il ricorso agli *standards* piuttosto che alle *rules* al fine di meglio ricercare, concretamente, la migliore soluzione per la procedura, l'impresa, il debitore, i creditori e, per l'effetto, il sistema anziché privilegiare una tutela formale priva di effetti e risvolti pratici atteso che in ogni caso l'iniziativa rimane al debitore<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> sul punto, sebbene con riferimento alla sola scelta legislativa di imporre una percentuale minima, LAMANNA, nt. 197, 4 secondo cui *"al riguardo occorre ammettere, se non si vuole mancare di onestà intellettuale, che essere stati costretti a discutere, nell'imperio della legislazione previgente, in ordine alla proponibilità o meno di un concordato con "soddisfazione" per il ceto chirografario nella misura dello 0,0003% ha voluto dire che un certo segno era stato passato; sebbene alcuni di noi continuino a ritenere che la reintroduzione di una percentuale minima sia verosimilmente destinata a comportare null'altro che un incremento dei fallimenti e con esso un ulteriore carico per la – già cronicamente affaticata – giustizia civile, senza apprezzabili vantaggi per i creditori, cui viene in tal modo sottratta la possibilità di scegliere fra un concordato con soddisfacimento compreso, ad esempio, fra il 15% e il 19,9% (in sé non disprezzabile) e, appunto, un fallimento. Oltre tutto senza distinguere, come invece sarebbe stato d'uopo, fra cessione dei*

Allo stato, tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare che detta soluzione appare di difficile applicazione atteso che allo stato gli organi coinvolti non godono di *know how* necessario e sufficiente a svolgere un'analisi comparativa della proposta rispetto alle altre alternative concorsuali e, in particolare, fallimentari. A tal fine, si ritiene, necessario avviare una profonda riflessione circa la ricerca di nuove figure professionali e/o manageriali attive all'interno della procedura.

---

*beni sic et simpliciter e proposta (pur sempre liquidatoria ma) contemplante apporti di soggetti terzi".*

## BIBLIOGRAFIA

- ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle sezioni unite*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, 869;
- AMATORE, *Offerte e proposte concorrenti nel concordato preventivo: le novità introdotte dalla “mini” riforma del diritto fallimentare*, in *www.giustiziacivile.com*, 8 luglio 2015, 8;
- AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, in *Il Fall.*, 2006, 1037;
- AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di dir.comm.*, diretto da Cottino, XI, 2008;
- AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 559;
- AMBROSINI, *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in *Il concordato preventivo*, diretto da Ambrosini - Demarchi - Vitiello, Bologna, 2009;
- AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, commento a Cass. Civ. 13817/2011;
- AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, in *www.ilcaso.it*, 2015, II, 816, 21;
- *American bankruptcy Institut, Commission to study the reform of Chapter 11*, 2012-2014 su [corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04](http://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04) (*abi-commissione to study the reform of chapter 11 report*)
- *American bankruptcy Institut, Commission to study the reform of Chapter 11*, 2012-2014 su [corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04](http://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04) (*abi-commissione to study the reform of chapter 11 report*) ok, - Fainman, *The bankruptcy code's automatic stay*, in *www.srz.com*;

- ANNUNZIATA, *Gli angusti confini dell'autonomia privata*, in *www.altalex.it*, 25.6.2008;
- ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013;
- ARMELI, Sub Art. 171, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010;
- ARMELI, Sub Art. 172, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, III, 637
- AZZARO, *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, 1267;
- AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961;
- BELLÈ, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2015, 645;
- BOLAFFIO, *Moratoria: accordo amichevole dei creditori, obbligatorietà per dissenzienti*, in *Temì ven.*, 1901, 152 e ss.;
- BONFANTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004;
- BOTTAI, *Il criterio funzionale e il pagamento non autorizzato di crediti anteriori*, in *Il Fall.*, 2014, 304;
- BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *Fallimenti e Società.it*, 2015, 20;
- BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Il Fall*, 2011, 167;
- BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 8, 954;
- BRENCIA, *Il commissario giudiziale: convocazione dei creditori, relazione e stima*, in *Fallimento*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2008, III;
- BRUGGER, Sub Art. 161, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, III, 439;
- BUTERA, *Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938, 23 e ss.;

- BUTERA, *Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938;
- C.M.BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 452;
- CANALE, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 366;
- CATALLOZZI, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecnica di tutela dei creditori "deboli"*, commento a Trib. Milano 2 ottobre 2006, nn. 10640 e 10642, in *Il Fall.*, 2007, 3, 333;
- CAVALLINI, Sub art. 162, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, III;
- CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 27;
- CENSONI, *Il "nuovo concordato preventivo"*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 732
- CENSONI, *Il concordato preventivo: organi ,effetti e procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità*, diretto da Jorio - Fabiani, 1009;
- CENSONI, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Il Fall.*, 2010, 988;
- CENSONI, *Verso il primo centenario del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 240 e ss;
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1960;
- COLESANTI, *Amministrazione e giurisdizione nella nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Riv.dir.proc.*, 2001, 25;
- COOK, - FAINMAN, *The bankruptcy code's automatic stay*, in [www.srz.com](http://www.srz.com)
- CORDOPATRI, *Il processo di concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2014, I, 354; Bonsignori, Frascaroli Santi, Nardo, Zoppellari, *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in AA.VV., *Le Procedure concorsuali. Le Procedure minori.*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 2001, vol. I;

- D'AIELLO, Sub art. 165, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2006;
- D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 411;
- D'ATTORRE, Art. 176, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro - Sandulli - Santoro, Torino, 2014, 284;
- D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il Fall.*, 2015, 11, 1163;
- DE SANTIS, *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Il Fall.*, 2013, 279;
- DE SANTIS, *Nota a Cass. 1521/2013*, in *Soc.*, 2013, 447.
- DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti il potere del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Il Fall.*, 2013, 1064;
- DEL GIUDICE, *La costituzione esplicita*, Napoli, 2014.
- DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008;
- DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011;
- ESPOSITO, *Il comitato dei creditori: la necessità dell'accettazione della carica ai fini della composizione di un organo non necessario*, in *Il Fall.*, 2007, 111;
- ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità*, in *Il Fall.*, 2009, 866.
- ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.
- FABIANI, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Il Fall.*, 2005, 9, 985;
- FABIANI, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del Codice Civile e Codici Collegati Scialoja-Branca- Galgano* a cura di Giorgio De Nova, Bologna, 2014;

- FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Il Foro It.*, 2007, 225;
- FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. Soc.*, 1998, 441;
- FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 2015, II, 814, 5;
- FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azienalista*, in *Il Fall.*, 2013, 8, 1014;
- FAUCEGLIA - ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Torino, 2010;
- FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995;
- FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro It.*, 2006, I, 919;
- FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Il Fall.*, 2004, 459;
- FINARDI, *Il mancato versamento della cauzione, revoca del concordato e successiva dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2011, 47;
- G. BONELLI, *Fallimento*, Milano, 1938;
- G. DE SEMO, *Teoria della condizione legale e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1960, 5;
- GABOARDI, Sub art. 165, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, III, 497;
- GABOARDI, Sub. art. 164, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, III, 487;
- GALASSO - PALMIERI, *Persona e mercato*, in *La magistratura*, 2008, I, 168.
- GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 731 e ss.

- GALLETTI, *Sub art. 160*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2007;
- GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 2000, 25;
- GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955;
- JAEGER, *Par Condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 88.;
- JORIO, *Le crisi di impresa, il fallimento*, Milano, 2000;
- LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in *Il Fallimentarista*, 29 giugno 2015, 2;
- LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2001, II, 327 e ss.;
- LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.* 2009, 1132 ss.;
- LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fall.*, 2012, 8;
- LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fall.*, 2013, 5, 526;
- LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2015;
- LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007;
- LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008;
- LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2005,04, 363;
- LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2005,04, 361;
- LO CASCIO, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Il Fall.*, 2000, 4;
- MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Il Fall.*, 2015, 10;

- MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *BBTC*, 1996, I, 1 ss.
- MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, commento a App. Torino 20 luglio 2009, in *Il Fall.*, 2010, 8, 961;
- MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Il Fall.*, 2008, 9, 1047;
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980;
- MORTARA, *Sull'interpretazione dell'art. 825 del codice di commercio*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 187 e ss.;
- NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in *Il Fall.*, 2012, 97;
- NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 302;
- NARDECCHIA, *La nuova disciplina del concordato preventivo alla luce della legge 132/2015*, Milano, convegno del 23 settembre 2015;
- NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Il Fall.*, 2011, 1455;
- NISIVOCIA, *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2011, 1294;
- PACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto Fallimentare*, 2007;
- PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, 97;
- PAGNI, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 579;

- PALETTA, *Tempestiva emersione della crisi e qualità dei piani di concordato, prime evidenze empiriche*, in *Fall.*, 2013, 9;
- PALUCHOWSKI, *La nuova disciplina del concordato preventivo alla luce della legge 132/2015*, Milano, convegno del 23 settembre 2015;
- PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Le Soc.*, 2013, 576;
- PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di G. Lo Cascio*, a cura di Fabiani - Patti, Milano, 2006;
- PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Il Fall.*, 2012, 46;
- PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in *Belvedere - Granelli, Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001;
- PICCININI, *Gli atti di liberalità*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, Padova, 2010;
- PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 97;
- PRESTI, *Rigore è quando l'arbitro fischia?*, in *Il Fall.*, *All. 1/2009*, 25;
- RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, Padova, 2010, I, 490;
- RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fall.*, 2007, 2, 264;
- RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998;
- RAGO, *Il deposito delle spese nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2009, 209;
- RAMELLA, *Trattato del fallimento*, Milano, 1903;

- REZZERA, *Se nel concordato preventivo sia ammissibile la proposta di rimettere ai creditori la liquidazione amichevole dell'intero patrimonio del debitore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, 686;
- ROCCO DI TORREPADULA, *Sub art. 172*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2006;
- ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, 74;
- ROVELLI, *Luci e ombre della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2000, 4, 46;
- SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984;
- SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva* in *Il Fall.*, 2013, 1216;
- SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009;
- SANDULLI, *Sub. Art. 160*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro;
- SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 609;
- SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *BBTC*, 2006, II, 517;
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983;
- SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996;
- SATTA, *La nuova legge sulle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, 37;
- SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 572;
- SCORZA, *Necrologio*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 457;
- STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2006, 377;

- STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007;
- TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, 651;
- VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, commento a App. Torino 19 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2007, 8, 1321;
- VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it.*;
- VITALEVI, *La moratoria*, Torino, 1884.

## GIURISPRUDENZA

**2014**

- Cass. Civ., n. 17191/2014;
- Cass. Civ., n. 12549/2014.

**2013**

- Corte Cost. n. 184/2013
- Cass. Civ., SS.UU., n. 1521/2013
- Trib. Catania, 18 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*;
- App. Bologna, 25 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*;
- Trib. Milano, 27 giugno 2013, in *Il Fall.*, 2014, 299
- Trib. Udine, 15 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*;
- Trib. Mantova, 27 settembre 2013 in *Il Fall.*, 2013, 101;

**2012**

- Cass. Civ., n. 2671/2012;
- Cass. Civ., n. 20667/2012;
- App. Torino, 21 febbraio 2012, in *Il Fall.*, 2012, 6, 743;

**2011**

- Cass. Civ., n. 3274/2011;
- Cass. Civ., n. 3586/2011;
- Cass. Civ., n. 3856/2011;
- Cass. Civ., n. 8221/2011;
- Cass. Civ., n. 13817/2011;
- Cass. Civ. n. 15440/2011;
- Cass. Civ., n. 15699/2011,
- Cass. Civ., n. 15974/2011;
- Cass. Civ., n. 17038/2011;
- Cass. Civ., n. 17717/2011;
- Cass. Civ., n. 18864/2011;

- Cass. Civ., n. 18987/2011;
- Cass. Civ., n. 27063/2011;
- Trib. Milano 28 ottobre 2011, in *Foro It.*, 2012, I, 136;
- App. Genova, 23 dicembre 2011, in *Il Fall.*, 2012, 4, 437;

### 2010

- Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98;
- Cass. Civ., n. 21860/2010;
- Trib. Roma., 20 aprile 2010, in *Dir. Fall.*, 2011, II, 297;
- Trib. Firenze, 28 aprile 2010, in *Il Fall.*, 2010, 1427
- Trib. Salerno, 9 novembre 2010, in *www.ilcaso.it* ;

### 2009

- Cass. Civ., n. 2706/2009;
- Cass. Civ., n. 3903/2009;
- Cass. Civ., n. 12986/2009;
- Cass. Civ. n. 20717/2009;
- Trib. Monza, 7 aprile 2009, *Giur. comm.* 2010, II, 340;;
- App. Torino, 20 luglio 2009, in *Il Fall.*, 2010, 8, 961, con nota di Michelotti
- Trib. Modena, 9 ottobre 2009, in *Il Fall.*, 2010, 121;
- Trib. Bari, 26 ottobre 2009, in *Il Fall.* 2010, 377;

### 2008

- Trib. Roma, 18 aprile 2008 in *BBTC*, 2009, II, 732 con nota adesiva di MACARIO, Nuovo Concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa;
- Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, 149;
- Trib. Milano, 4 dicembre 2008 in *Il Fall.*, 2009, 432;

### 2007

- Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Il Fall.*, 2007, 1218
- App. Torino 19 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2007, 8;

- Trib. Milano, 31 ottobre 2007 in *www.ilcaso.it*;

### 2006

- Cass. Civ., n. 10490/2006;
- Cass. Civ. n. 19141/2006;
- Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006 in *Fall.*, 06, 608;
- Trib. Roma, 1° febbraio 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 95;
- Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 571;
- Trib. Alessandria, 7 giugno 2006, in *Giur. It.*, 2006, I, 990;
- Trib. Milano, 2 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, 3, 331 nota di Catalozzi;

### 2005

- Trib. Salerno, 1° giugno 2005, in *Il Fall.* 2005, 129;
- Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Il Fall.*, 2005, 793
- Trib. Treviso, 22 luglio 2005, in *Foro It.*, 2006, I, 912;
- Trib. Monza, 28 settembre 2005, n *Il Fall.*, 2005, 1406;
- Trib. Salerno, 5 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 153;
- Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, in *Giur. Mer.*, 2006, 654;
- Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *www.ilcaso.it*;
- Trib. Modena, 18 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 661;
- Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Giur. It.*, 2006, I, 518;
- Trib. Bologna 15 novembre 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 891;

### 2004

- Corte Cost. 28 maggio 2004, n. 158;

### 2003

- Cass. Civ., n. 5324/2003;

### 2000

- Cass. Civ., n. 1898/2000;

### 1998

- Cass. Civ., n. 8357/1998;

**1993**

- Cass. Civ., n. 2747/1993;

**1970**

- Cass. Civ., n. 1933/1970;

**1967**

- Cass. Civ., n. 1223/1967;

**1965**

- Cass. Civ., n. 1491/1965;

**1961**

- Cass. Civ., n. 2405/1961;

**1960**

- Cass. Civ., n. 723/1960;

**1954**

- Cass. Civ., n. 2593/1954.