

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale
Fascicolo n. 2/2024

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

Dottrina e giurisprudenza sulla crisi d'impresa

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) con atto Num. 20609 del 27/10/2022 BOLOGNA. Già iscritta nel Registro Regionale delle Associazioni di Promozione Sociale della Regione Emilia-Romagna al n. 3889, a far tempo dal 6 novembre 1995. Già iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31/2011, a far tempo dal 2 novembre 2011. P.Iva: 02216450201; C.F.: 01762090205.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

DIREZIONE SCIENTIFICA

Stefano Ambrosini, *Ordinario nell'Università del Piemonte Orientale*
Franco Benassi, *Avvocato*

COMITATO SCIENTIFICO

Marco Arato, *Ordinario nell'Università di Genova*
Luigi Balestra, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Paolo Bastia, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Giovanni Caruso, *Ordinario nell'Università di Padova*
Paolo Felice Censoni, *Ordinario f.r. nell'Università di Urbino*
Maurizio Dallochio, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Giustino Di Cecco, *Ordinario nell'Università di Roma Tre*
Giuseppe Fauceglia, *Ordinario nell'Università di Salerno*
Francesco Fimmanò, *Ordinario nell'Università del Molise*
Sabino Fortunato, *Emerito nell'Università Roma Tre*
Gianvito Giannelli, *Ordinario nell'Università di Bari*
Fabrizio Guerrera, *Ordinario nell'Università di Messina*
Alberto Jorio, *Ordinario f.r. nell'Università di Torino*
Giuseppe Melis, *Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli*
Alessandro Nigro, *Ordinario f.r. nell'Università La Sapienza*
Stefania Pacchi, *Ordinario f.r. nell'Università di Siena*
Francesco Perrini, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Alberto Quagli, *Ordinario nell'Università di Genova*
Paolo Valensise, *Ordinario nell'Università Roma Tre*
Marco Ventrizzo, *Ordinario nell'Università Bocconi*

Antonio Didone, *Consigliere di Cassazione a rip.*
Aldo Angelo Dolmetta, *Consigliere di Cassazione a rip.*

Federico Casa, *Associato nell'Università di Trento*
Alessandro Danovi, *Associato nell'Università di Bergamo*
Rolandino Guidotti, *Associato nell'Università di Modena*
Andrea Perini, *Associato nell'Università di Torino*
Edgardo Ricciardiello, *Associato nell'Università di Bologna*
Fabio Serini, *Associato nell'Università di Napoli Parthenope*

Vittorio Minervini, *Professore a contratto nell'Università di Roma Tor Vergata*

Quaderni **di** **Ristrutturazioni Aziendali**

COMITATO TECNICO

Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

Componenti

Francesco Grieco, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Guido Doria, Nicoletta Michieli, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Presidente

Antonio Nuzzo

Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni di **Ristrutturazioni Aziendali**

CODICE ETICO

La Rivista "Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali" è una rivista scientifica peer-reviewed, che si ispira al codice etico delle pubblicazioni elaborato da COPE Committee on publication ethics: Best Practice Guidelines for Journal Editors. È pertanto necessario che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione della Rivista (autori, redattori, referees, editori) conoscano e condividano i seguenti requisiti etici.

Doveri della Direzione scientifica

Decisioni sulla pubblicazione

La Direzione Scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista stessa. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata dalle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del copyright e plagio. La Direzione Scientifica della Rivista, nell'assumere queste decisioni, si avvale del supporto dei referees del Comitato per la valutazione, composto di regola da Professori di ruolo italiani e stranieri o di referees esterni scelti, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di blind peer review.

Correttezza

La Direzione è tenuta a valutare i contributi esclusivamente per il loro contenuto scientifico.

Conflitto di interessi e trasparenza

La Direzione Scientifica, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, assicura che ai referees non siano sottoposti contributi rispetto ai quali costoro abbiano o possano avere conflitti di interesse.

Riservatezza

La Direzione Scientifica e le Redazioni sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referees incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale e dall'editore, a seconda dei casi. Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato

da alcuno dei componenti della Direzione Scientifica, dei referees, incaricati della valutazione e delle Redazioni, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Qualità

Se il Comitato Editoriale o una delle Redazioni rileva o riceve segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto d'interessi, o plagio in un articolo pubblicato, ne darà tempestiva comunicazione all'Autore e all'Editore ed intraprenderà ogni azione necessaria per chiarire la questione.

In caso di necessità, ritirerà l'articolo o pubblicherà una ritrattazione.

Doveri dei referee (peer reviewers)

Contributo alla decisione editoriale

I referees assistono la Direzione Scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le proprie comunicazioni, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il contributo.

Correttezza e rispetto dei tempi

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti deve tempestivamente darne comunicazione all'Editore o alla Direzione, rinunciando al processo di revisione.

Riservatezza

I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati dai referees come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Le informazioni o idee acquisite tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute riservate e non possono essere utilizzate per vantaggio personale.

Oggettività

La peer-review deve essere condotta in modo oggettivo. Ogni giudizio personale sull'autore è inopportuno. I referees devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate. Essi, qualora non ritengano pubblicabile l'articolo se non previa modifica o integrazione, sono tenuti a motivare adeguatamente i propri giudizi nella scheda standardizzata fornita dall'Editore.

I referees hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare, che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori.

Conflitto di interessi ed autenticità

Ove il referee individui la paternità del saggio sottoposto alla sua valutazione ed esistano conflitti d'interesse dovuti a precedenti rapporti di collaborazione, è tenuto a non accettare la valutazione; lo stesso dicasi in ipotesi di concorrenza.

Il referee deve richiamare l'attenzione della Direzione Scientifica o della Redazione, qualora ravvisi una somiglianza sostanziale, o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale.

Doveri degli autori

Originalità e plagio

Gli autori devono garantire che le loro opere siano pienamente originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente. Il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni rilevanti ai fini dell'elaborato proposto.

Accuratezza nella presentazione dei contributi

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel contributo. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico; sono inaccettabili. Gli elaborati devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permetterne, eventualmente, ad altri la replica.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini della pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, se il contributo è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite all'Editore.

Paternità dell'opera

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione, o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora altri soggetti abbiano partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi coautori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi e divulgazione

Il contributo deve segnalare l'esistenza di conflitti finanziari od altre tipologie di conflitto d'interesse che possano influenzare i risultati o l'interpretazione del contributo. Tutte le fonti di sostegno finanziario al progetto devono essere indicate.

Errori negli articoli pubblicati

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente all'Editore e cooperare con lo stesso al fine di ritrattare o correggere il contributo.

Politica di Green Open Access

La durata dell' "embargo" ai fini di catalogazione in open access di singoli contributi della Rivista in repository istituzionali(c.d. green open access), viene stabilita dall'Editore della Rivista, di volta in volta su motivata richiesta dell'interessato e non può essere inferiore ai due anni. L'Editore dichiara con comunicazione scritta l' "embargo" entro 20 giorni dalla richiesta dell'interessato, nel caso di mancata risposta il silenzio dell'Editore equivarrà a risposta di embargo di due anni.

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi che aspirano a essere pubblicati vengono trasmessi, per posta elettronica ed in formato Word, a uno degli indirizzi dei Direttori stefano.ambrosini@studio-ambrosini.it o ilcaso.benassi@gmail.com i quali dopo una prima delibazione, lo avviano al referaggio o revisione scientifica tra pari (*peer review*), una volta espunto dal testo ogni elemento idoneo a consentire l'identificazione dell'autore o dell'autrice.

Per contributi della Parte Prima della Rivista la revisione scientifica viene affidata, con il metodo del "doppio cieco", ad un componente del Comitato di valutazione, verificata l'assenza di conflitti d'interessi e di legami particolari (di parentela o affinità, di stretta amicizia, di colleganza nel medesimo Dipartimento o nella medesima Scuola accademica) con l'autore o con l'autrice.

Al *referee* viene richiesto di esprimere, entro il termine massimo di 15 giorni, la propria valutazione (positiva ovvero negativa) in ordine al fatto se il lavoro sottoposto al suo esame sia maturo per la pubblicazione nella Rivista, formulando e motivando un breve giudizio scritto, che viene inviato alla Direzione scientifica, la quale ne cura l'inoltro, in maniera anonima, all'autore/autrice dell'articolo.

Nel caso in cui la valutazione del *referee* risulti negativa, e comunque in ogni caso in cui si reputi opportuno un riscontro della prima valutazione, la Direzione scientifica della Rivista può decidere collegialmente di interpellare, con le medesime modalità del primo, un secondo *referee*, oppure, la Direzione della Rivista ha la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Le schede contenenti le valutazioni espresse dai *referees* vengono archiviate e conservate a cura della Direzione della Rivista.

In linea con le previsioni del Regolamento dell'ANVUR, non sono di regola sottoposti a revisione scientifica (*peer review*): (a) i lavori pubblicati, a firma della Direzione o di uno o più condirettori, nella misura in cui si tratti di lavori specificamente rivolti alla rappresentazione di una determinata linea editoriale della Rivista ovvero al lancio di una determinata proposta culturale, il cui merito non è perciò assoggettabile ad una valutazione esterna; (b) gli articoli scaturiti dalla partecipazione a seminari o convegni.

In casi eccezionali, la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione di singoli contributi senza sottoporli a previa revisione scientifica, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo II

Sommario

Sezione I – Dottrina

I poteri del giudice nei vari rimedi alla crisi

STEFANIA PACCHI, *Il giudice nella composizione negoziata e nel concordato semplificato* 4

STEFANO AMBROSINI, *Concordato preventivo e controllo giudiziale: spigolature sui concetti di “fattibilità”, “non manifesta inidoneità” e “ragionevoli prospettive” (con una proposta de iure condendo)* 26

Problemi della pratica

FRANCESCO BORDIGA, *Le somme non rimosse dai c.d. “creditori irreperibili” nella disciplina anteriore all’entrata in vigore della riforma delle procedure concorsuali (D.Lgs. N. 5/2006)* 43

NICOLA CADEI, *Il valore riservato ai soci ex art. 120-quater CCII: brevi riflessioni de iure condito sulla possibile quantificazione*63

Sezione II – Giurisprudenza

Le misure protettive nella prassi applicativa

<i>Misure protettive e assegnazione dei canoni di locazione al creditore fondiario procedente - Tribunale di Mantova, 08 aprile 2024</i>	81
<i>Misure protettive atipiche nei confronti del garante - Tribunale di Verona, 11 aprile 2024</i>	82
<i>Proroga delle misure protettive come contrasto all'inerzia dei creditori - Tribunale di Napoli Nord, 4 giugno 2024</i>	84
<i>Archiviazione del procedimento e improcedibilità del ricorso per misure protettive - Tribunale di Brescia, 16 giugno 2024</i>	86

**Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo II**

Sezione I - Dottrina

IL GIUDICE NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA E NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO*

STEFANIA PACCHI

Sommario: 1. L'entrata della composizione negoziata nell'Ordinamento della crisi d'impresa. - 2. La natura non concorsuale della composizione negoziata e la gestione dell'impresa. - 3. La conferma di protezioni e le "autorizzazioni" per determinati supporti. - 4. Gli esiti della composizione negoziata: quando non è individuata una delle soluzioni. - 5. Dove si radica la semplificazione. - 6. La distanza dal concordato preventivo e la vicinanza con la liquidazione giudiziale. - 7. Le tutele per i creditori. - 8. Conclusioni.

Abstract: L'avvento della composizione negoziata della crisi nel Nostro ordinamento mette in evidenza la sua natura non concorsuale e il suo impatto sulla gestione aziendale. Nel presente scritto vengono analizzati alcuni degli aspetti salienti di tale istituto, tra i quali: le differenze con il concordato preventivo, la vicinanza alla liquidazione giudiziale e le tutele previste per i creditori.

Parole Chiave: Codice della Crisi, composizione negoziata della crisi, concordato semplificato, tutela dei creditori.

Abstract: The advent of negotiated crisis settlement in the Italian legal system highlights its non-insolvency related nature and its impact on business management. This paper analyzes some of the most significant aspects of this institution, including the distinctions from arrangement with creditors, its proximity to judicial liquidation, and the protections provided for creditors.

Keywords: Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), negotiated crisis settlement, simplified arrangement with creditors, creditor protection.

* Il contributo è stato sottoposto al comitato di valutazione e destinato alla rivista Quaderni di Ristrutturazioni aziendali; farà inoltre parte di un volume collettaneo in corso di redazione.

1. L'entrata della composizione negoziata nell'Ordinamento della crisi d'impresa

Il passaggio dell'ordinamento della crisi da un'impostazione prettamente esecutiva e sanzionatoria a una dove la negozialità per l'individuazione di una soluzione conservativa di valori è al centro ha inciso – se pur con andamento altalenante – sul tipo di intervento demandato al giudice, soprattutto quando è chiamato ad apporre il sigillo dell'omologazione ad un accordo tra privati. In linea generale si può affermare che da una fase in cui il giudice era il *dominus* della procedura che dirigeva e della quale soppesava la convenienza per i creditori, siamo approdati ad un'altra nella quale l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere la funzione, tipica della giurisdizione, di risoluzione dei conflitti (nel fallimento/liquidazione giudiziale) e di garanzia¹ circa il corretto utilizzo dello strumento (negli accordi e concordati). Quest'ultimo tipo di controllo è poi diversamente modulato a seconda della funzione (per la continuità o per la liquidazione) e talora anche della struttura dello strumento che può prevedere ora verifiche (di diversa intensità e con diverso oggetto) iniziali e finali ora soltanto finali (omologazione degli accordi).

Fino al 2021, l'unico strumento per il quale si poteva a ragione affermare la presenza soltanto eventuale del giudice era il piano attestato di risanamento (*ex art. 67, comma 3, lett. d), l.fall.*). In quell'anno il d.l. 118/2021, conv. nella L. 147/2021 ha, però, introdotto la composizione negoziata della crisi, percorso stragiudiziale, riservato, su domanda “protetto”, idoneo per l'instaurazione e conduzione di trattative - facilitate dalla presenza di un Esperto terzo, imparziale e indipendente dalle parti – che possono sfociare in un caleidoscopio di sbocchi ciascuno dotato di proprie peculiarità e funzioni (eminentemente conservative del complesso aziendale o di suoi rami senza però arroccarsi sul mantenimento della titolarità).

Questa disciplina – in occasione del recepimento della Direttiva *Insolvency* con il d.lgs. 83/2022 – veniva recepita nel Codice della crisi andando a sostituirsi, grazie a un'energica inversione di rotta (da taluni pesantemente criticata), alla primigenia allerta ritenuta (anche alla luce delle linee unionali) troppo rude e, fors'anche pericolosa², per un panorama imprenditoriale duramente colpito dalle conseguenze della pandemia³.

¹ R. RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Diritto della crisi*, 8 marzo 2023-

² S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive “differimento” e si legge “ripensamento”*, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 22 settembre 2021.

³ Per una ricostruzione del passaggio tra l'allerta della prima versione del Codice della crisi alla Composizione negoziata, si rinvia a S. PACCHI, *L'allerta tra reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir.fall.*,

Sicuramente l'intervento del 2021 è stato significativo tanto da registrare sconcerto da parte di taluno⁴ mentre i più si accostavano con curiosità e fiducia alla nuova "proposta" del legislatore⁵ perché, presentandosi come un peculiare "setting" creato per le trattative aperte a un paniere di soluzioni diversificate e originali (in particolare il concordato semplificato, opzionabile in caso di esito negativo della composizione negoziata), scompigliava lo *status quo* costringendo, per poter coglierne le implicazioni, a cambi di prospettiva. Intanto non è né strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, né procedura concorsuale⁶ dei quali, tuttavia, può costituire un segmento secondo la

2022, I, 501 ss. È la stessa Relazione al d.l. 118/2021 che definisce la composizione negoziata come "percorso". Inoltre, per un'ampia motivazione sull'introduzione di questo percorso, I. PAGNI-M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto della crisi*, 2 novembre 2021.

⁴ D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, in *ilfallimentarista.it*, 27 luglio 2021; Id., *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, *ivi*, 1° settembre 2021; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa nel D.L. 118/21: Penelope disfa il codice della crisi recitando il De Profundis per il sistema dell'allerta*, in *Ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021; P. LICCARDO, *Neoliberismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Giustiziainsieme.it* 7 settembre 2021; R. BRACCIALINI, *"Qualcosa di nuovo oggi nel sole? Anzi, d'antico..."*, in *Questione Giustizia*, 2021; G. SCARSELLI, *La composizione negoziata della crisi d'impresa, ovvero la libertà economica sotto il controllo pubblico*, in *Judicium.it*, 3 maggio 2022. Meno drasticamente facendo piuttosto cenno a un cambio cultura difficile da recepire, S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Quadernidiristrutturazioniazendali.it*, 9 agosto 2021.

⁵ *Ex multis*, S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.* 2021, I, 922; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Quadernidiristrutturazioniazendali.it*, 2021; L. PANZANI, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid*, su *Diritto della crisi*, 25 agosto 2021; I. PAGNI E M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, su *Diritto della crisi*, 2 novembre 2021; A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse «a prima lettura»*, in *Diritto della crisi*, 6 settembre 2021; M. IRRERA, S. CERRATO E F. PASQUARIELLO (a cura di), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Zanichelli, Bologna, 2022; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 202*, in *Diritto della crisi*, 28 settembre 2021; A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della crisi*, 1° ottobre 2021; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 26 ottobre 2021; A. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 30 novembre 2021.

⁶ Circa la natura della Composizione negoziata, le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 42093 del 31 dicembre 2021 hanno puntualizzato che si tratta "di un istituto che pacificamente non integra una procedura concorsuale, ma egualmente implica, con la scelta unilaterale del regime protettivo ed il controllo del tribunale, preclusioni alle azioni di tutela del credito". Sul punto si è soffermato anche il documento redatto dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, del 15 settembre 2022 ("Relazione su novità normativa. Nuovo

definizione posta nell'art. 2, lett. m-bis, CCII. Insomma, la composizione negoziata sfugge ad ogni categoria conosciuta in questo settore dell'ordinamento.

Intanto, l'imprenditore sceglie di immettersi in questo percorso senza rivolgere una domanda al tribunale ma attraverso la richiesta della nomina di un esperto presentata telematicamente al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale (art. 12). Una commissione insediata presso la camera di commercio, della quale fa parte un solo giudice, provvede alla nomina tenendo conto delle caratteristiche dell'impresa richiedente e della crisi. La composizione negoziata ha inizio con l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto il quale, immediatamente, deve valutare l'esistenza di concrete prospettive di risanamento "che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative, perché dovranno essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito"⁷.

All'esperto "il legislatore ha affidato un compito chiave ai fini dell'emersione anticipata della crisi. E ciò entro i confini di un procedimento nuovo di natura essenzialmente negoziale, nel cui contesto sono stati ridefiniti compiti e ruoli secondo un archetipo sostanzialmente degiurisdizionalizzato"⁸ coerente con l'impostazione della direttiva UE 2019/1023⁹.

Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza - Attuazione della Direttiva UE n. 1083/2019 c.d. *Insolvency* - d.lgs. n. 83/2022."), osservando che la composizione negoziata "non costituisce una procedura concorsuale, come è reso evidente dalla libertà di eseguire pagamenti (art. 18, comma 1, ult. periodo), dall'assenza di qualunque cristallizzazione del debito e dalla mancanza di uno spossamento in capo all'imprenditore. Si tratta, piuttosto, di un percorso di carattere negoziale che, per la particolare rilevanza degli interessi che arriva ad intercettare, è sottoposto all'impulso ed alla vigilanza dell'esperto, oltre che all'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi, formalmente eventuali, ma di fatto si ritiene molto frequenti, in cui questa negoziazione debba avvenire sotto l'egida di misure protettive e cautelari (artt. 6 e 7)".

⁷ Decreto dirigenziale, 28 settembre 2021, Sez. III – Protocollo di conduzione della composizione negoziata, Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, 2.4.

⁸ F. TERRUSI, *Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti*, in A. CAIAFA (a cura di), *La composizione negoziata della crisi di impresa*, Nuova editrice universitaria, Roma, 2022, 139, osservando che con la creazione dell'esperto il legislatore intendeva correggere la "rotta" di una eccessiva giurisdizionalizzazione degli strumenti negoziali così come disciplinati nella prima versione del CCII.

⁹ Al considerando 29 leggiamo che: "fatta eccezione per i casi in cui la presente direttiva preveda la partecipazione obbligatoria delle autorità giudiziarie o amministrative, gli Stati membri dovrebbero poter limitare la partecipazione di tali autorità alle situazioni in cui sia necessaria e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l'altro, dell'obiettivo di tutelare i

Tutto si svolge all'interno dell'impresa. Ciò a partire sia dal test pratico di risanamento (art. 13, comma 2) – voluto dalla Direttiva *Insolvency* - quale strumento di analisi delle condizioni di salute dell'impresa, utilizzabile dall'imprenditore in qualsiasi momento e a prescindere dall'apertura della composizione negoziata¹⁰, sia dalle flebili segnalazioni provenienti dall'organo societario di controllo o dai creditori pubblici qualificati¹¹ e dirette ai gestori che ne valuteranno la consistenza, conseguentemente decidendo sul da farsi e senza che ciò determini l'entrata del giudice¹².

È un campo di gioco al quale si accede volontariamente; nel quale si può rimanere, sussistendo le condizioni e rispettando il regolamento, fino alla scadenza del termine assegnato per condurre, con chi è stato selezionato, una partita doverosamente solcata da scambi di informazioni e animata da flussi di interlocuzioni su possibili soluzioni.

La individuazione della soluzione alla crisi è affidata all'autonomia privata e non al giudice che non è chiamato neppure a imprimere il sigillo alle soluzioni “target” (art. 23, comma 1).

È un campo “neutro” per trattare; non è di principio solcato dal giudice, a meno che questi non venga chiamato dallo stesso imprenditore per confermare richieste di protezioni o autorizzare fruizioni di strumenti che, in una valutazione prospettica, immettono in sentieri potenzialmente lesivi di interessi e/o diritti altrui. L'ingresso dell'autorità giudiziaria, così, è eventuale ed episodico ma allora, come si dirà, niente affatto marginale.

diritti e gli interessi dei debitori e delle parti interessate così come dell'obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure”.

¹⁰ C. RUFFINI – M. GARUTI, *Test pratico e check-list particolareggiata nella composizione negoziata: la portata delle novità poco esplorate introdotte dal nuovo decreto dirigenziale 21.03.2023*, in *Diritto della crisi*, 24 ottobre 2023.

¹¹ Sul tema delle segnalazioni, S. PACCHI, *Le segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi. Così è se vi pare*, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 9 agosto 2022; M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, Torino, 2022, 476 ss. Nella bozza di decreto correttivo al CCII del 4 maggio 2024, pubblicata in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, è previsto un emendamento all'art. 25-octies per migliorarne l'efficacia. Dovrebbero essere, così, inserite anche le segnalazioni da parte dei revisori. Per quanto riguarda l'oggetto della segnalazione, al fine di evitare segnalazioni troppo precoci, sarebbe soltanto l'esistenza di uno stato di crisi o d'insolvenza.

¹² R. RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Diritto della crisi*, 8 marzo 2023.

2. La natura non concorsuale della composizione negoziata e la gestione dell'impresa

L'*appeal* del percorso si rintraccia nell'essere volontario, stragiudiziale e riservato. La scelta di entrare in composizione negoziata spetta soltanto all'imprenditore il quale deciderà – nella piena consapevolezza della situazione in cui versa e degli strumenti di cui necessita – se scambiare la riservatezza con una protezione o un supporto ai quali soltanto il giudice può imprimere il sigillo della piena legittimità.

Nessun tratto di procedura e di concorsualità è presente nelle sembianze essenziali – meramente privatistiche – della Composizione negoziata. La disciplina (racchiusa negli artt. 12 e ss. CCII) non ha ad oggetto un “concorso” bensì la trattativa che lo potrà precedere¹³. Ecco allora che le regole imposte alle parti sono in essenza quelle che presiedono ad ogni trattativa precontrattuale: correttezza e buona fede.

La trattativa, quando instaurata perché sussiste il requisito della risanabilità, verte su una situazione disfunzionale di un'impresa per tentare di superarla con una soluzione condivisa – non necessariamente concorsuale – raggiunta all'interno del percorso dialogico svolto, o individuata successivamente, ma pur sempre “innestata” e ancorata a quello per il nesso temporale e il bagaglio informativo dell'iter precedente. Ciò impone attenzione per quella fase gestionale non potendosi disporre condizionamenti (autorizzazioni) che sarebbero incompatibili con un percorso di trattative volutamente non calato in una procedura.

Il fatto che la trattativa abbia ad oggetto una vicenda relativa ad un'impresa che si trova in una situazione di crisi (più o meno profonda ma comunque risanabile) e che, ciononostante, è gestibile autonomamente dall'imprenditore, impone, allora, qualche regola prudenziale cercando di armonizzare l'autonomia con il rischio che da quella conduzione può discendere sui creditori. Dalla legge emergono (soltanto) regole di buona conduzione a protezione della stessa impresa e del percorso di risanabilità intrapreso e non solo dei creditori. La libertà di iniziativa imprenditoriale è in definitiva condizionata dal buon esito delle trattative: obiettivo posto, del resto, in risalto nell'art. 19, comma 5, per la concessione della proroga della durata delle misure protettive.

L'assenza di un regime autorizzatorio – incompatibile con un istituto estraneo al circuito giudiziale, e armonico con l'idea eurounitaria del *debtor in possession*¹⁴ – non si traduce, però, nell'esenzione dell'imprenditore dalle

¹³ F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 461.

¹⁴ Il considerando 30 della direttiva 2019/1023 così esordisce: “Al fine di evitare costi inutili, di rispecchiare la natura precoce della ristrutturazione preventiva e incoraggiare i debitori a richiedere la ristrutturazione preventiva in una fase precoce delle loro difficoltà finanziarie, è

conseguenze sia in punto di rischio che di responsabilità. La disciplina suppone un cambio di prospettiva che tiene conto della supremazia che ha assunto l'impresa nell'impostazione dell'ordinamento della crisi e, quindi, nelle soluzioni prescelte¹⁵.

Così, il legislatore si limita a consegnare all'imprenditore (art. 21) alcune regole prudenziali riguardo al canone sia gestionale, sia relazionale, risolvendo quest'ultimo in un flusso informativo tra imprenditore ed esperto¹⁶. Tale canone può essere riassunto nel dovere dell'imprenditore di non pregiudicare la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, se l'impresa è soltanto in crisi e nel perseguimento del prevalente interesse dei creditori se nel mentre è scivolata nell'insolvenza, pur mantenendo il requisito della risanabilità, quest'ultima essendo condizione tassativa al cui venir meno scatta l'esaurimento della composizione negoziata.

Senza imbrigliare la conduzione, limitando e ritardando le operazioni con fardelli di autorizzazioni, tipiche di un territorio concorsuale nel quale ancora non si è entrati, di nuovo si affida tutto a un dialogo (unicamente) con l'esperto¹⁷, a uno scambio di informazioni potenzialmente generatrici di una reazione dell'esperto che, se non può impedire il compimento degli atti, può però spingersi a rimuovere la protezione del percorso avendo rilevato pericolose infrazioni al canone della correttezza¹⁸. Anche in questa evenienza, la composizione negoziata potrebbe chiudersi senza alcuna interlocuzione con il giudice, rimanendo la vicenda circoscritta a chi effettivamente ne ha preso parte,

opportuno, in linea di principio, che i debitori mantengano il controllo dei loro attivi e della gestione corrente dell'impresa".

¹⁵ S. PACCHI, *I canoni per la gestione dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Scritti in onore di Gino Cavalli*, Roma, 2023, 349 ss.; parla di diversi livelli di autonomia gestionale (illimitata, controllata e integrata) dell'imprenditore in composizione negoziata, S. BONFATTI, *La gestione dell'impresa nella procedura di composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 26 settembre 2023.

¹⁶ F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p. 474. Sulla gestione dell'impresa nella composizione negoziata, S. PACCHI, *I canoni per la gestione dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 26 aprile 2023; S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il D.Lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Dir.fall.*, 2022, I, 837 ss.

¹⁷ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, 129, osserva che l'autonomia gestoria si esprime anche nella mancata previsione dell'obbligo a carico dell'imprenditore di predisporre informazioni periodiche dirette ai creditori e di comunicazioni circa le iniziative che intende compiere, "oltre a quelle già esposte al tribunale per la conferma delle misure protettive.

¹⁸ A. NASTRI, *Le autorizzazioni e l'esito della composizione negoziata*, in *Scuolamagistratura.it*,

se precedentemente non è stato adito per una delle richieste che hanno aperto squarci di concorsualità (le misure protettive).

3. La conferma di protezioni e le “autorizzazioni” per determinati supporti

Questo percorso privatistico – come ho anticipato – è contrassegnato dall’intervento *on demand* ed episodico dell’autorità giudiziaria. Può essere, infatti, eventualmente protetto e/o incentivato per intavolare opportuni dialoghi che, se intessuti di scambi di informazioni improntate a buona fede e correttezza, potranno rivelarsi proficui.

A tal fine, da una parte si possono congelare diritti dei creditori (diversi dai lavoratori) con la richiesta di misure protettive¹⁹ e cautelari (soggette a conferma del giudice), dall’altra una situazione (con la mera dichiarazione di sospensione degli obblighi di ricapitalizza o liquida), dall’altra ancora può agevolarsi il rapido raggiungimento di una soluzione con finanziamenti prededucibili (autorizzati)²⁰ e con il trasferimento dell’azienda o di rami senza gli effetti di cui all’art. 2560, comma 2, c.c.

Queste richieste – a parte la dichiarazione di sospensione degli obblighi di ricapitalizza o liquida per la quale non è prevista una conferma giudiziale – sono sottoposte alla verifica del tribunale. Nel caso di misure protettive il tribunale “chiama l’esperto a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure ad assicurare il buon esito delle trattative”, mentre nel caso della richiesta delle autorizzazioni disciplinate nell’art. 22, il tribunale dovrà valutare la domanda nel contesto di quella crisi assumendo come parametro “la funzionalità degli atti alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori”.

Per condurre tale controllo destinato ad essere niente affatto superficiale, il tribunale assume le informazioni necessarie e, ove occorra, ricorrerà all’esperto che potrà supportarlo in tale valutazione non solo in quanto regista delle trattative ma soprattutto in quanto preposto al continuo monitoraggio sullo stato dell’impresa (la sua risanabilità), sulle proposte dell’imprenditore e sulle reazioni dei creditori. Inevitabilmente l’attenzione del giudice - a prescindere dalla domanda formulatagli - è polarizzata sul percorso in atto e sulle prospettive di risanamento dell’impresa che allo stato delle trattative sono state colte.

¹⁹ Che implica anche il blocco alla liquidazione giudiziale eventualmente chiesta da un creditore.

²⁰ Sul tema, L. DE GENNARO, *L’autorizzazione del Tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili. Il procedimento di autorizzazione: profili processuali*, in AA.VV., *manuale teorico-pratico della composizione negoziata della crisi di impresa*, Napoli, 2023, 287.

Probabilmente si discorre di “autorizzazioni” in senso improprio, essendo l'imprenditore autonomo e libero nelle scelte gestionali. Si tratta piuttosto – aprendosi un “incidente di concorsualità” – di rimettere al giudice una valutazione prospettica di quella che potrà essere la ricaduta di tali scelte per la continuità aziendale (diretta o indiretta) e su un prossimo strumento di regolazione della crisi. In questa ottica sono operazioni che possono avere una pesante ricaduta sui diritti dei creditori che subiscono in una futura procedura la partecipazione di creditori prededucibili o vengono privati della garanzia patrimoniale generica costituita dall'azienda o da uno o più rami²¹.

D'altra parte, anche l'intervento del giudice sulla richiesta di misure protettive ha questa direzione: il buon esito delle trattative in funzione dell'ipotesi, che pare verosimile, di risanamento.

In tal senso depone anche l'articolazione del procedimento relativo alle misure protettive e cautelari che muove dall'ostensione, unitamente al ricorso, di una ricca documentazione (bilanci, situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, elenco dei creditori) nonché del progetto di piano di risanamento e del piano finanziario per culminare nell'udienza dove il tribunale, quantunque l'esperto sia chiamato “a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative” (art. 19, comma 4), non si ferma a ciò ma instaura un percorso istruttorio avvalendosi, se occorre, di un ausiliario e non solo dei creditori.

Ecco, adesso, il giudice entra nella composizione negoziata per valutare la funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative che, a loro volta, trovano la giustificazione, della loro instaurazione e permanenza, nella presenza della risanabilità dell'impresa affinché il percorso intrapreso non si risolva a danno dei creditori.

Negli squarci di concorsualità, il giudice è, dunque, la sentinella dell'utilizzo corretto della composizione negoziata²². Ciò perché, “nonostante la predisposizione di uno schema generale degiurisdizionalizzato, la composizione negoziata non può, di fatto, prescindere da codesto tipo di interventi giudiziali” così che “il principio di realtà si incarica di correggere, in via di fatto, la prima filosofica ipotesi posta al fondo della normativa”²³.

²¹ A. NASTRI, *Le autorizzazioni ecc.*, cit.

²² R. RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Diritto della crisi*, 8 marzo 2023; L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Diritto della crisi*, 4 febbraio 2022.

²³ F. TERRUSI, *Autorizzazioni del tribunale ecc.*, cit., 140.

4. Gli esiti della composizione negoziata: quando non è individuata una delle soluzioni *target*

Con la composizione negoziata si incentiva la tempestività²⁴ al di là di quello che potrà essere l'impatto della soluzione finale sull'imprenditore (art. 12, comma 2), il legislatore volendo evitare, con l'entrata sollecita in questo percorso guidato dall'esperto, la liquidazione disgregativa²⁵.

Alla tempestività dell'approccio alla crisi fa da sponda la rapidità dell'individuazione e della realizzazione della soluzione.

Come esito²⁶, si favoriscono le soluzioni negoziali²⁷ *light*, definitive (quelle di cui alle lett. a) e c) dell'art. 23, comma 1) o transitorie/interlocutorie (la moratoria di cui alla lett. b) che costituiscono l'approdo diretto delle trattative²⁸, senza tuttavia respingere l'ipotesi in cui "all'esito delle trattative, se non è individuata una soluzione tra quelle al comma 1" l'imprenditore ricorra (per iniziativa unilaterale)²⁹ o a uno strumento variamente plasmabile quali il piano attestato ex art. 56 o (*hard*) all'accordo di ristrutturazione, che può godere del

²⁴ La molla verso la tempestività dovrebbe essere costituita dall'offerta di un percorso, che se correttamente intrapreso ha tutte le potenzialità per condurre a soluzioni comunque sia preventive.

²⁵ Su questo aspetto, F. TERRUSI, *Il concordato semplificato: qualificazione, presupposti e ambiti di applicazione*, in *Temì romana*, 2023, fasc. 3, 12 ss. P. BASTIA, *Il concordato semplificato. Il banco di prova delle esperienze*, in <https://www.osservatorio-oci.org>, valorizza l'impostazione pragmatica "tesa alla semplificazione procedurale e alla rapidità di svolgimento, considerata anche l'attività già svolta in sede di composizione negoziata dall'esperto, effettuate le trattative tra le parti".

²⁶ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 26 ottobre 2021; G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art. 11, 1° comma, lett. a)*, L. n. 147/2021, in *Dir. fall.*, 2022; L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, 1593; S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, in *Quaderni di ristrutturazioni aziendali*, 17 gennaio 2023.

²⁷ S. AMBROSINI – S. PACCHI, *Composizione negoziata della crisi, concordato semplificato e segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi*, in S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., Bologna, 2022, 79.

²⁸ L'esito positivo delle trattative viene fatto coincidere con l'accesso ad una delle soluzioni di carattere contrattuale "secondo una prospettiva fortemente innovativa che si aggiunge alla più tradizionale figura del piano attestato di risanamento, in cui è del tutto assente un intervento giudiziale" (*Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 15 settembre 2022, 16).

²⁹ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 81, distingue tra esiti che presuppongono un accordo tra debitore e creditori e esiti che derivano da una iniziativa unilaterale del debitore.

vantaggio competitivo derivante dal percorso precedentemente intrapreso³⁰ o, se nessuno di questi strumenti è proponibile, – a condizioni ben precise – al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio³¹.

Qualsiasi imprenditore³², transitato da trattative³³ condotte con correttezza e buona fede³⁴, nelle quali abbia proposto concrete soluzioni conservative senza tuttavia incontrare l'adesione dei creditori, presa consapevolezza del fatto che l'unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria, può chiedere al tribunale – nei

³⁰ ASSONIME, *Guida al Codice della crisi*, cit., 33, “La scelta può discendere sia dall'entità della situazione di squilibrio in cui versa l'impresa, sia dalla circostanza per cui le trattative siano andate a buon fine solo con alcuni creditori. Anche in questo caso, tuttavia, la composizione negoziata sarà stata utile a predisporre il terreno per la conclusione di un piano di risanamento assistito dalle garanzie previste dalla legge fallimentare o per accedere rapidamente alla procedura concorsuale, essendo già state vagliate le proposte del debitore e le risposte delle parti sotto il controllo di un esperto equidistante da tutti i soggetti coinvolti”.

³¹ Per una lucida configurazione dell'istituto, A. PALUCHOWSKI, *Giudizio di fattibilità e “ragionevole probabilità di impedire l'insolvenza”. Ruolo del giudice e poteri dei creditori*, in *Diritto della crisi*, 14 febbraio 2022.

³² Al concordato semplificato possono farvi ricorso tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata essendo iscritti nel RI. Che l'iscrizione nel registro imprese costituisca un requisito, lo si desume dall'art. 13, comma 1, CCI, che riserva l'accesso alla piattaforma telematica nazionale all'imprenditore iscritto. Non sono previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso. Per le imprese sottosoglia la possibilità di accedere al concordato semplificato è espressamente sancita dall'art. 25-*quater*, comma 4 che prevede per l'imprenditore commerciale e agricolo che presenta congiuntamente i requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), “se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo” la possibilità di presentare la domanda di concordato minore o di liquidazione controllata o di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Soltanto l'impresa agricola potrà ricorrere, in subordine, anche a un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61.

³³ La proposta di concordato liquidatorio semplificato potrebbe costituire una decisione maturata dopo che le trattative si sono chiuse e che l'esperto ne ha dato rappresentazione in quel documento. Questa sequenza è stata immaginata dal legislatore quando ha preteso che, una volta ricevuta la domanda di concordato, il tribunale da un lato, richieda all'Esperto un ulteriore parere “con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte”, dall'altro lato, nomini un Ausiliario ex art. 68 c.p.c. a cui assegna un termine per il deposito “del parere di cui al comma 4”.

³⁴ Ai sensi dell'art. 25-*sexies*, occorre che dalla relazione finale dell'esperto - il punto di snodo e il primo documento sul quale il tribunale dovrà soffermarsi nel valutare la ritualità - risulti che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede ma che, non avendo avuto esito positivo, le alternative negoziali conservative previste dall'articolo 23, comma 1 e comma 2, lett. a), b) e d) non sono praticabili. Sul punto, in particolare, P. RIVA, G. ROCCA, *L'esito dell'esperto e il contenuto della relazione finale*, in *Quaderno 90 - La composizione negoziata quale soluzione alla crisi d'impresa*, Saf - Scuola di alta formazione - 2022-12.

sessanta giorni³⁵ seguenti alla comunicazione della relazione conclusiva dell'esperto – l'omologazione di un concordato semplificato³⁶ che poggi su un piano liquidativo e su una proposta in cui il trattamento offerto ai creditori non sia pregiudizievole rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale. In questa nuova prospettiva, dovendosi comunque prevedere che ogni creditore sia destinatario di una qualche utilità “una proposta-stralcio a zero è consentita” ma “solo se ciascun creditore riceve, comunque, un vantaggio economicamente misurabile”³⁷.

Il concordato semplificato si colloca nell'orbita della semplicità, della rapidità, della possibile non dispersione dei valori, di una conclamata inutilità di marchi e sanzioni espunti dall'ordinamento per lasciare il posto ad un'esdebitazione quale generale effetto di una procedura concorsuale (concordataria o liquidativa che sia)³⁸.

Absolutamente rilevanti, quindi, sono alcune precise scelte semplificatrici – assunte per velocizzarne l'esecuzione – soprattutto confrontandolo con il concordato preventivo liquidatorio: non è prevista alcuna percentuale minima di soddisfazione per i creditori, né l'apporto di risorse esterne che incrementino il soddisfacimento dei creditori, né l'attestazione del piano, né il deposito del fondo spese di procedura, né la votazione dei creditori, né un giudizio di ammissione, né la nomina del commissario giudiziale e del giudice delegato.

Il concordato semplificato è, quindi, riservato a quegli imprenditori che non solo abbiano chiesto la nomina dell'esperto, non solo abbiano instaurato le trattative, ma le abbiano condotte con i creditori interessati “secondo i principi

³⁵ Il termine è perentorio e non soggetto a proroga. Si tratta, inoltre, di un termine processuale (art. 1, L.742/1969) che può fruire della sospensione feriale (G. BARVAS, G. BISOGNI e A. GAIANI, *Il concordato semplificato*, in S. BONFATTI-R. GUIDOTTI, *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ecc.*, cit., 397).

³⁶ Vasta la letteratura sull'istituto. *Ex multis*: G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D. L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 5 ottobre 2021; Id., *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, ivi, 9 novembre 2021; Id., *Concordato semplificato, quadri di ristrutturazione e misure protettive: alcune considerazioni*, ivi, 15 aprile 2022; S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 922; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della crisi*, 11 novembre 2021; A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, in *Diritto della crisi*, 18 marzo 2022; S. LEUZZI, *L'analisi differenziale tra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *Diritto della crisi*, 9 novembre 2021; G. D'ATTORRE, *La liquidazione del patrimonio*, in *Diritto della crisi*, 29 dicembre 2021; S. PACCHI, *Il concordato semplificato: un epilogo ragionevole della composizione negoziata*, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 23 ottobre 2023.

³⁷ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 270.

³⁸ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 137.

di correttezza e buona fede, valendo il richiamo a tali clausole generali ad escludere contegni “abusivi” o semplicemente “opportunistici”, privi di una concreta volontà di ricercare una composizione con i creditori e le altre parti interessate³⁹. L'imprenditore, seguendo puntualmente il protocollo di cui al decreto dirigenziale, deve essere approdato alla presentazione di concrete misure per il risanamento poi rifiutate.

È interdetto l'accesso a detto concordato non solo nel caso in cui, emerga un “giudizio negativo” sul comportamento dell'imprenditore o quando le proposte negoziali non siano state completamente e chiaramente presentate e illustrate ai creditori, ma anche qualora – prima dell'esito finale –, ai sensi dell'art. 17 comma 5, non sussistendo le concrete prospettive di risanamento, ne sia conseguita l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. In questa ipotesi l'esistenza di buona fede non assumerebbe alcun rilievo⁴⁰ al fine di legittimare il ricorso al semplificato.

Anche sotto questo aspetto, l'esperto assume una indiscussa centralità⁴¹.

Direi che uno dei punti nevralgici del concordato semplificato, costituendone uno dei fondamenti, è la relazione finale dell'esperto: la sua completezza, analiticità e trasparenza circa la partecipazione dei creditori (“l'assenza di interlocuzione con un determinato creditore nella precedente fase di composizione negoziata non configura automaticamente in capo al debitore una violazione del dovere di correttezza e buona fede”)⁴², lo snodarsi delle trattative, l'ostensione delle offerte da parte dell'imprenditore, sono indefettibili “presenze” perché il tribunale, previa verifica della metodologia utilizzata nella redazione della relazione e valutazione circa il fondamento delle dichiarazioni ivi riportate, possa ritenere rituale la domanda. Non sono sufficienti clausole di stile su correttezza e buona fede delle parti⁴³. L'operato sia dell'imprenditore che dell'esperto è oggetto di indagine.

Se del primo occorre verificare la qualità (in termini di correttezza e buona fede) del suo concreto apporto nelle trattative, del secondo viene in luce il suo effettivo monitoraggio sull'esistenza di concrete prospettive di risanamento quale condizione legittimante il segmento precedente (la composizione

³⁹ A. FAROLFI, *Il concordato del patrimonio e la liquidazione del patrimonio*, in *Il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi. L'attuazione della Direttiva 1023/2019 e i quadri di ristrutturazione preventiva*, SSM, 3 maggio 2022, in *Scuolamagistratura.it*.

⁴⁰ F. TERRUSI, *Il concordato semplificato*, cit., 17.

⁴¹ Anche la S.C. nell'ordinanza del 12 aprile 2023, n. 9730 ha sottolineato il raccordo del tribunale con la figura dell'esperto rispetto alla fase deputata al vaglio di ammissibilità in chiave di acquisizione di pareri e relazione.

⁴² Trib. Como, 27 ottobre 2022.

⁴³ Trib. Siena, 9 settembre 2022 e Trib. Udine, 24 gennaio 2023.

negoziata) e, quindi, la domanda di concordato semplificato. In assenza della risanabilità quel percorso avrebbe dovuto, infatti, essere archiviato senza conseguentemente poter fondare la soluzione concordataria semplificata proposta⁴⁴.

Come è stato autorevolmente sostenuto la giurisdizione rappresenta “l’antidoto alla tirannia dell’esperto”⁴⁵ e all’abuso dello strumento.

Senza dubbio nell’art. 25-sexies questa relazione detiene una posizione di centralità, essendo posta come requisito della domanda, il legislatore volendo sottolineare che l’imprenditore può chiedere l’omologazione del concordato semplificato solo se quel percorso si è chiuso, essendo stato interamente attraversato e sfruttato.

Occorre che una relazione finale sia stata depositata perché ciò prova che l’imprenditore ha utilizzato quel percorso per trattare con i creditori, presentare soluzioni che sono state rifiutate. Riguardo al contenuto della relazione – riscontro o meno della correttezza e buona fede dell’imprenditore – questo sarà il giudice a dire l’ultima parola.

La relazione finale attesta che una composizione antecedente e che si è esaurita. Il giudice muove da questa anche se non si ferma a questa per valutare la presenza di buona fede e correttezza dell’imprenditore nelle pregresse trattative perché soltanto se quei canoni comportamentali sono stati rispettati – traducendosi in completezza e veridicità dei flussi informativi da una parte e in una presentazione di genuine alternative negoziali – potrà legittimarsi la proposta di concordato semplificato.

5. Dove si radica la semplificazione

La semplificazione dello strumento trae legittimazione dalla percorsa composizione negoziata. È, infatti, utilizzabile esclusivamente come sbocco della composizione negoziata, dove un flusso di informazioni economico-patrimoniali e finanziarie sia intercorso tra le parti, concrete soluzioni negoziali conservative dell’impresa siano state presentate e discusse ma tuttavia respinte

⁴⁴ Sul punto, Trib. Torino, 4 gennaio 2024, secondo cui il tribunale, nella verifica di ritualità, deve necessariamente vagliare la sussistenza di due punti: che l’esperto abbia ravvisato fin dall’inizio le concrete prospettive di risanabilità e che le trattative si siano svolte con buona fede e correttezza.

⁴⁵ S. AMBROSINI, *Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell’esperto*, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 27 ottobre 2023.

dai creditori⁴⁶ residuando allora la liquidazione dell'intero patrimonio cedendo unitariamente l'azienda o suoi rami.

In questo caso il concordato semplificato costituisce la via obbligata (per l'imprenditore) per evitare la liquidazione giudiziale più lunga, più costosa e quindi meno remunerativa in termini soddisfattivi (per i creditori) quando la proposta non rechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e, comunque, assicuri loro un'utilità, non meglio specificata dalla norma e che può consistere anche in vantaggi commerciali.

Lo strumento, allora, può essere ridotto al minimo in quanto sfrutta le informazioni circolate (fra) e acquisite dalle parti, le preclusioni e le indisponibilità dei creditori⁴⁷. Il voto stesso diventa superfluo in quanto – censite ma respinte alternative soluzioni negoziali – altra soluzione non v'è⁴⁸.

Il raggiungimento di un rapido risultato economico è la ricompensa per l'assenza di votazione (bilanciata dall'opposizione all'omologazione).

Rinvengo un interesse pubblico alla rapida definizione delle crisi – in particolare quando soluzioni conservative siano state esplorate e portate all'approvazione dei creditori che le hanno tuttavia rifiutate – ed alla altrettanto rapida circolazione degli investimenti senza però dover applicare il più costoso regime (per impresa e creditori) della liquidazione giudiziale⁴⁹.

“L'esclusione del voto non è eretica perché il diritto di *voice* i creditori lo hanno già avuto durante la composizione negoziata e al termine della stessa hanno avuto la possibilità di chiedere la liquidazione giudiziale”⁵⁰.

In ogni modo la semplificazione caratterizza lo strumento in questione esclusivamente per gli aspetti indicati mentre è escluso che riguardi l'apparato informativo che, anzi, deve essere completo ed intellegibile (particolarmente

⁴⁶ Tribunale di Firenze, 31 agosto 2022.

⁴⁷ Così anche L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1598. G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 5 ottobre 2021, con riferimento alla chance degli accordi di ristrutturazione (indicata nel comma 2, lett. b) dell'art. 23) osserva che ciò “presuppone che l'esperto abbia riscontrato l'esistenza della disponibilità di adesioni nella misura indicata, necessaria per rendere vincolante- in presenza degli altri requisiti di legge- anche per gli altri creditori non aderenti l'accordo di ristrutturazione.

⁴⁸ App. Venezia, 28 marzo 2024, in *ilcaso.it*.

⁴⁹ M. FABIANI – G.B. NARDECCHIA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Formulario commentato*, sub art. 25-septies, cit., 149.

⁵⁰ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 272.

con riferimento al piano e alla proposta) in modo da consentire a tutti i creditori l'esercizio consapevole del potere di opposizione⁵¹.

6. La distanza dal concordato preventivo e la vicinanza con la liquidazione giudiziale

Tali semplificazioni lo rendono difficilmente accostabile al concordato preventivo⁵². A conferma della distanza tra i due istituti, il legislatore ha richiamato soltanto alcune selezionate norme della disciplina concordataria “maggiore” mentre non ha inserito una disposizione che consenta un'applicazione diretta di quella normativa per colmare i vuoti di disciplina. Da questa scelta legislativa l'autonomia del concordato semplificato rispetto al preventivo, ne esce rafforzata.

Alcuni profili di contiguità possono, invece, rintracciarsi con il concordato della liquidazione giudiziale che ha fornito allo strumento in esame il modello procedimentale⁵³.

In effetti, piuttosto che a un concordato – del quale vi è la proposta ma non l'accordo – siamo dinanzi a un “non fallimento”⁵⁴ per ciò, a mio avviso, dovendosi intendere una procedura che sfrutta, con significativo risparmio di tempo e di denaro, lo schema della liquidazione giudiziale.

Trattasi di procedura concorsuale liquidativa semplificata⁵⁵ che poggia su un piano (programma) di liquidazione organizzato in forma aggregata, accompagnato da una proposta di soddisfacimento (progetto di riparto) diretti al giudice.

⁵¹ In particolare, Trib. Milano, 9 gennaio 2024; Trib. Ferrara, 7 maggio 2024.

⁵² Sull'autonomia del concordato semplificato v. S. AMBROSINI, *Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell'esperto*, cit.

⁵³ Nel quale tuttavia è presente il voto dei creditori, il cui mantenimento è, a mio avviso, giustificato soltanto dalla possibilità che la proposta provenga dai uno o più creditori o da un terzo.

⁵⁴ Definisce il concordato semplificato come “un non fallimento”, S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, in *Diritto della crisi*, 19 marzo 2023.

⁵⁵ Se, per quanto riguarda il primo aspetto (il procedimento), l'assenza del voto costituisce la semplificazione più rilevante, non è, però, l'unica. Precise sono state le scelte semplificatrici: non è prevista alcuna percentuale minima di soddisfazione per i creditori, né l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, né l'attestazione del piano, né il deposito del fondo spese di procedura, né un vero e proprio giudizio di ammissione, né la nomina del commissario giudiziale (sostituito per alcuni aspetti dall'ausiliario) e del giudice delegato. Nella medesima ottica di snellire e velocizzare il procedimento, - i creditori hanno ricevuto durante la composizione negoziata il plesso informativo necessario per valutare e decidere - non è prevista la nomina del comitato dei creditori.

“Si tratta di una procedura concorsuale garantita, quanto allo svolgimento, dalla presenza del tribunale e contraddistinta, quanto alle caratteristiche basiche, dalla necessità di rispettare la *par condicio creditorum*”⁵⁶ come è imposto nelle procedure liquidative.

Detto piano/programma esporrà le operazioni attraverso le quali si snoderà la liquidazione con le relative sequenze. La proposta /piano di riparto sarà redatta consequenzialmente, tenendo conto anche di possibili scostamenti.

Inquadrato come procedura concorsuale liquidativa semplificata, si giustifica - anche sotto questo aspetto - l’assenza del voto. Nelle procedure liquidative (liquidazione giudiziale e liquidazione controllata) è assente il voto dei creditori che invece possono fare opposizione allo stato passivo e impugnare il piano di riparto.

7. Le tutele per i creditori

I creditori traggono tutela dalla presenza del giudice i cui controlli sono connotati da particolare intensità⁵⁷, specialmente in sede di omologazione⁵⁸, iniziano con quello di ritualità previsto dall’art. 25-sexies, comma 4.

La valutazione della ritualità⁵⁹, che muovendo da una lettura meticolosa e approfondita della relazione finale dell’esperto per verificarne la correttezza metodologica e di contenuto, costituisce – come anticipato - un passaggio rilevante dovendo soffermarsi sulle condizioni di ammissibilità della domanda dell’imprenditore.

Vista la rapida scansione che porta all’omologa, parrebbe che il tribunale dovesse fermarsi a una verifica formale senza svolgere un approfondito giudizio di legittimità sostanziale sulla proposta, sulla fattibilità del piano e sui presumibili risultati della liquidazione⁶⁰. All’opposto, la peculiarità stessa

⁵⁶ F. TERRUSI, *Il concordato semplificato*, cit., 14.

⁵⁷ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 272.

⁵⁸ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., 137; G. D’ATTORRE, *Manuale del diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2022, 193.

⁵⁹ Alcuni interpreti hanno evidenziato come il vaglio di “ritualità” della proposta non coincida con il vaglio di ammissibilità. Il Tribunale, pertanto, dovrebbe limitarsi a verificare unicamente se l’esperto abbia formulato il proprio parere sullo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede nonché sull’impossibilità di percorrere le soluzioni individuate ai sensi dell’articolo 23, commi 1 e 2 lett. b), senza poter tuttavia vagliare la veridicità o attendibilità nel merito di tale parere. Secondo altro orientamento, condiviso dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito, già in occasione dell’effettuazione del vaglio di ritualità il Tribunale dovrebbe “riscontrare la sussistenza dei requisiti minimi di legge per l’accesso alla procedura, quali quantomeno la competenza, la tempestività della domanda e la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma” (cfr. Trib. Bergamo del 21.9.2022).

⁶⁰ G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 2021, 2; S. AMBROSINI, *Concordato*

dell'istituto – radicandosi questo in un pregresso percorso stragiudiziale contrassegnato da autonomia gestionale “controllata” esclusivamente attraverso un rapporto dialogico con l'esperto (professionista indipendente che non riveste il ruolo di organo nominato dal giudice) – impone “un controllo di legittimità focalizzato sul rispetto delle condizioni di accessibilità allo strumento”⁶¹.

Mi pare da escludere, così, che la valutazione del tribunale debba arrestarsi ad una verifica formale della sussistenza dei presupposti di accesso alla procedura (competenza, iscrizione presso il Registro Imprese della ricorrente, requisiti soggettivi ed oggettivi ex art. 12 CCII, sottoscrizione della domanda ex art. 120-bis CCII, completezza della documentazione ex art. 39 CCII, tempestività della domanda)⁶².

Il rapporto di “interdipendenza” del concordato semplificato – procedura concorsuale – rispetto al segmento della composizione negoziata della crisi – percorso stragiudiziale per le trattative – induce ad ammettere una preliminare verifica del percorso compiuto dalle parti e, quindi, un esame più ampio anche se di differente e ridotta intensità rispetto alla valutazione di ammissibilità e consistente nella verifica⁶³:

- che la relazione finale dell'esperto sia adeguatamente motivata circa la buona fede dimostrata dal debitore nell'ambito delle trattative e nell'assenza di un preordinato disegno di accedere al concordato semplificato. Che, in sostanza, la relazione dell'esperto risponda ad un principio di realtà e razionalità⁶⁴;
- dell'attendibilità del parere dell'esperto (se già prodotto) sui presumibili risultati della liquidazione e sulla convenienza della soluzione liquidatoria;
- che la proposta non si fondi su un insufficiente corredo informativo, su un'illustrazione incompleta dell'offerta sottostante alla proposta e al piano e su dati palesemente difformi da quelli comunicati ai creditori;
- che il piano abbia carattere effettivamente liquidatorio (sia quindi esclusa la continuità diretta)
- di tutto ciò che connota la proposta come perimetrata dal legislatore (se vi sono classi, la loro corretta formazione e la parità di trattamento tra i creditori di ogni classe)

semplificato: la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell'esperto, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 2023, 6.

⁶¹ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 271. In giurisprudenza, App. Milano, 13 luglio 2023 e App. Milano, 21 marzo 2024.

⁶² In tal senso anche F.P. CENSONI, *Il concordato “semplificato”: un istituto enigmatico*, in *Quadernidiristrutturazioniaziendali.it*, 22 febbraio 2022.

⁶³ Trib. Parma, 12 luglio 2023.

⁶⁴ S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, cit.

Proposta e piano, già in sede di valutazione di ritualità, devono, quindi, presentare i requisiti di linearità, certezza, esaustività ed oggettività⁶⁵.

Da ciò discende che se pure tale valutazione di ritualità costituisce un *quid minus* rispetto al giudizio di ammissione, “al fine di non rendere oltremodo riduttivo il controllo svolto dal Tribunale”, (anche per motivi di economia processuale, altrimenti diventando obbligatorio in ogni caso la nomina dell’ausiliario) si debba ritenere che il Tribunale è tenuto “alla verifica non solo della formale sussistenza delle attestazioni nella relazione dell’esperto ex art. 17 CCII, ma anche l’attendibilità e ragionevolezza di tali attestazioni, ritenendo la proposta irrituale ove esse siano prive di motivazione ovvero corredate da motivazioni che non trovino riscontro nella documentazione in atti”⁶⁶.

Non è previsto in questa sede un controllo di fattibilità del piano, tuttavia, occorre tener conto di una delle linee guida del Codice della crisi enucleata nell’art. 7.

Il legislatore – in armonia con la Direttiva 1023/2019 – persegue la tempestività ed il rapido accesso ad una soluzione della crisi, privilegiando la soluzione conservativa ove questa, però, si imponga già alla prima valutazione del giudice ma, invece, escludendola ove risalti subito la mancanza di prospettive di risanamento per aprire così ad una rapida liquidazione e altrettanto rapido soddisfacimento dei creditori⁶⁷.

La manifesta inammissibilità della domanda e la manifesta inadeguatezza del piano a raggiungere l’obiettivo sono condizioni che devono essere oggetto di esame in via prioritaria. Tali principi espressi nell’art. 7, comma 2, lett. a) e b), sono replicati nell’art. 47, comma 1, lett. a) nella disciplina dell’apertura del concordato preventivo liquidatorio.

Ne discende consequenzialmente che nel controllo di ritualità ex art. 25-sexies, comma 3, il tribunale non si può esimere dal compiere tali valutazioni, potendo, tra l’altro ritenersi applicabile per analogia la disposizione sopra citata (art. 47, comma 1)⁶⁸.

⁶⁵ Trib. Milano, 9 gennaio 2024 ha dichiarato irrituale la proposta di concordato semplificato in quanto la proposta era “del tutto indeterminata, tale da minare la intelligibilità e manifestamente la realizzabilità della stessa”, sottolineando che il corredo informativo deve essere completo ed esaustivo.

⁶⁶ Trib. Monza, 17 aprile 2023 e in tal senso anche App. Salerno, 6 aprile 2023.

⁶⁷ Sul punto anche A. PALUCHOWSKI, *Contenuto delle misure cautelari e protettive*, in S. BONFATTI, R. GUIDOTTI, M. TARABUSI (a cura di), *Il ruolo dell’esperto nella Composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa*², Torino, 2023, 49.

⁶⁸ Sul punto v. F. ROLFI, *Sull’ambito del controllo di “ritualità” nel concordato semplificato*, in www.ilfallimentarista.it, 5 febbraio 2024.

La tutela dei creditori passa poi dal penetrante controllo di omologazione demandato al tribunale ai sensi del comma 5 dell'art. 25-*sexies*.

L'omologazione del concordato è disposta dal Tribunale quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento (del rispetto cioè delle norme che disciplinano lo svolgimento dal deposito della domanda fino all'omologazione), nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, risulta che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore.

Si tratta di una valutazione di fattibilità del piano non solo giuridica ma anche economica dovendo il tribunale svolgere una comparazione tra la proposta di concordato semplificato e una eventuale liquidazione giudiziale. È assente, invece, una valutazione di convenienza – altro è la verifica dell'assenza di pregiudizio – il tribunale non accertando l'esistenza di un vantaggio bensì l'assenza di un danno. Così è sufficiente che i creditori non ricevano di meno rispetto alla liquidazione giudiziale.

Tali ampie verifiche prescindono dalla presenza di opposizioni da parte dei creditori o di altri interessati.

Il riferimento non a qualsiasi alternativa ma soltanto a quella della liquidazione giudiziale assume rilevanza rispetto al *cram down* che risulta, così, “attenuato dal fatto di non esser riferito al miglior soddisfacimento dei creditori ma solo alla mancanza di pregiudizio e alla assicurazione nome di una qualche utilità”⁶⁹. Tale inquadramento, di nuovo, risulta armonico se letto nell'alveo del percorso precedente nel quale soluzioni diverse sono state proposte ma “naufragate per l'atteggiamento assunto non dal debitore, ma dai creditori medesimi”⁷⁰.

Il concordato semplificato presenta barriere protettive rispetto all'interesse dei creditori, sul piano sostanziale, grazie alla non deteriorità della proposta rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (art. 25-*sexies*, comma 5) e, su quello processuale, al diritto di opposizione “generalizzato” vuoi perché individualmente attribuito a qualsiasi creditore e a qualsiasi interessato, vuoi perché non relegato a motivi di convenienza e al rafforzato, composito controllo giudiziale, anticipato nel terzo comma e approfondito nel quinto comma dell'art. 25-*sexies*.

⁶⁹ F. TERRUSI, *Il concordato semplificato ecc.*, cit., 18.

⁷⁰ F. TERRUSI, *op. e loc. ult. cit.*

8. Conclusioni

Il diritto fallimentare – oggi diritto della crisi – concepito originariamente come misura di profilassi dell'attività commerciale, di epurazione delle pratiche scorrette, di esclusione del commerciante che defraudava la fiducia dei suoi pari e disonorava il mestiere, è migrato su altri lidi e in questa prospettiva oggi ha un'altra identità, intrisa di un'istanza - la continuità dell'impresa *viable* - che deve essere armonizzata con quella, per niente recessiva, del soddisfacimento dei creditori.

In questa prospettiva gli strumenti “classici” della concorsualità, concepiti per realizzare la garanzia patrimoniale dei creditori ma non anche per aiutare l'impresa in un progetto di continuità si sono rivelati insufficienti, lasciando allora spazio a strumenti per la conservazione.

Si è passati dall'eterogestione della crisi – caratterizzata da un intervento pregnante del giudice – all'autogestione dove sono le parti a decidere sui propri interessi visto che il soddisfacimento delle pretese creditorie sovente si realizza più con la prosecuzione dei rapporti commerciali che con il pagamento di una percentuale.

Se nell'impostazione originaria il giudice era il valutatore “supremo” della convenienza della proposta – avente esclusivamente ad oggetto una somma di denaro -, nel nuovo quadro appartiene soltanto ai creditori la competenza a decidere se l'offerta realizza o meno il proprio interesse.

La competenza del giudice conseguentemente si è spostata a verificare se il piano adempie la funzione che la legge assegna allo strumento.

È stato scontro tra due tipologie di soluzioni tradizionalmente viste come antagoniste: quella giudiziale e quella contrattuale. Non è stato uno scontro provocato soltanto da contrapposte letture delle norme.

La questione dell'oggetto del controllo giudiziale solleva anche una questione ideologica (o, se si vuole, politica): da una parte, il giudice come mero spettatore dell'eterocomposizione di interessi e dall'altra il giudice doverosamente interessato alla (e investito della) soluzione dei conflitti, in parte nuovi, nascenti dalla realtà socio-economica attuale.

La conformazione dei poteri del giudice dipende dalla rilevanza che si attribuisce agli interessi, generali e sociali che oltre a quelli del debitore e dei creditori si agitano in una situazione di crisi. Tutto il coacervo di interessi partecipa alla soluzione della crisi.

Mentre prima si discorreva dei riflessi di una soluzione (eminentemente) liquidativa sugli interessi che stavano attorno all'impresa, oggi assistiamo alla partecipazione di tutti alla soluzione. Questa è una soluzione concertata che è il frutto di un bilanciamento di interessi.

Questo è il portato del Codice della crisi che ha al centro la disciplina delle trattative funzionali all'individuazione di una soluzione compositiva per la continuità (diretta o indiretta) dell'impresa (o del complesso aziendale) risanabile. La risanabilità è il requisito perché le trattative possano essere instaurate ma, come tale, deve essere dimostrata dall'ostensione di un piano credibile affinché il percorso (composizione negoziata) o lo strumento non siano utilizzati abusivamente.

Il giudice, allora, è sempre più il valutatore delle modalità di conduzione delle trattative (durante la composizione negoziata o nel successivo strumento) anziché della soluzione stessa.

Ciò è evidente nel concordato semplificato che vede il giudice muovere appunto dalle trattative per verificarne la corretta conduzione in termini di flussi informativi sulla situazione effettiva dell'impresa e sulle proposte presentate. Il giudice verifica il rispetto delle condizioni fissate per l'ammissibilità, la regolarità procedimentale e la realizzabilità del piano. Costituendo "l'ultima spiaggia" dell'antecedente composizione negoziata non si discorre di convenienza ma di non deteriorità rispetto alla liquidazione giudiziale. Nell'evitare quest'ultima, sta la convenienza per i creditori.

**CONCORDATO PREVENTIVO E CONTROLLO GIUDIZIALE:
SPIGOLATURE SUI CONCETTI DI “FATTIBILITÀ”, “NON
MANIFESTA INIDONEITÀ” E “RAGIONEVOLI PROSPETTIVE”
(CON UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO*)**

STEFANO AMBROSINI

Sommario: 1. Una premessa “colloquiale”; 2. La trattazione prioritaria della domanda di concordato; 3. Le verifiche in sede di apertura del concordato; 4. Lo scrutinio nell’ambito del giudizio di omologazione; 5. Segue. I presupposti per la concessione di nuova finanza; 6. Alcuni rilievi critici e una proposta; 7. L’intensità del controllo giudiziale nella nuova disciplina: incremento o decremento?

Abstract: Il presente studio si propone di esaminare i concetti di “fattibilità”, “non manifesta inidoneità” e “ragionevoli prospettive” nel contesto del concordato preventivo e del controllo giudiziale. L’analisi si focalizza sulla procedura di domanda di concordato e si presta ad una serie di considerazioni relativamente al ruolo del tribunale nel giudizio di omologazione. Un cenno poi è dedicato alle criticità emergenti dall’eventuale stanziamento di “nuova finanza”.

Parole Chiave: Diritto della Crisi e dell’Insolvenza, concordato preventivo, controllo giudiziale, giudizio di omologazione, nuova finanza.

Abstract: This study aims to examine the concepts of “feasibility”, “non-apparent unsuitability”, and “reasonable prospects” within the context of arrangement with creditors and judicial supervision. The analysis focuses on the application process for the arrangement with creditors and raises considerations regarding the role of the court in the approval of the arrangement. It also briefly discusses the emerging challenges associated with the potential allocation of “new finance”.

Keywords: Italian Insolvency Law, arrangement with creditors, judicial supervision, approval judgment, new finance.

1. Una premessa “colloquiale”

Con questo breve contributo si intende sottoporre ai lettori i primi – e fatalmente provvisori¹ – risultati di uno studio, tuttora in corso, finalizzato (anche) a predisporre la relazione che sarà tenuta il prossimo 24 maggio a Torino in occasione del convegno celebrativo del centenario di “*Il diritto fallimentare e delle società commerciali*”, la più antica rivista del nostro settore.

Come indicato nel titolo, le riflessioni qui esposte hanno ad oggetto il contenuto dello scrutinio giudiziale nelle varie fasi del concordato preventivo, traendo le mosse dalla seguente premessa: chi sia chiamato a confrontarsi con le previsioni codicistiche in materia è portato a ricavarne, quanto meno *prima facie* (ma in verità non solo), un’impressione di eccessiva complessità e al tempo stesso di non soverchia chiarezza: complice, forse, un non completo coordinamento, in sede di redazione finale del testo del codice, fra le previsioni dettate, rispettivamente, dagli artt. 7, 47 e 112. Occorre allora interrogarsi sulle ragioni di questo diffuso “*sentiment*” e verificare se sia possibile porvi in qualche modo rimedio, nell’interesse di un maggior livello di certezza interpretativa e, di conseguenza, di un miglior funzionamento del sistema nel suo complesso.

Ora, si sarebbe per vero tentati, se si tornasse ai modi di dire che si adoperavano da ragazzi, di definire il combinato disposto degli artt. 7, 47 e 112 un “ucas”: acronimo che, lungi dall’appartenere al lessico giuridico, sta, assai più colloquialmente, per “ufficio complicazioni affari semplici”. Con ciò non si vuole affatto banalizzare – sia chiaro – i termini di una questione relevantissima (essendo il controllo di cui trattasi un presidio essenziale e irrinunciabile di legalità) e comprensibilmente dibattuta, bensì tentare di verificare, anche in una prospettiva *de iure condendo*, se sia possibile introdurre nell’attuale quadro normativo elementi di opportuna semplificazione, a beneficio di tutti gli operatori del settore, a cominciare da coloro che questa nuova e complessa disciplina sono chiamati ad applicare.

A tal fine, è ovviamente indispensabile muovere dall’analisi delle disposizioni di cui trattasi e dei problemi che esse sollevano.

2. La trattazione prioritaria della domanda di concordato

La tematica del controllo giudiziale sul piano di concordato in continuità aziendale presenta, ancor più che in passato², svariati profili di emersione

¹ Anche in considerazione della possibile approvazione, nell’arco dei prossimi mesi, del decreto correttivo al codice della crisi.

² Sul tema, nel vigore della legge fallimentare, sia consentito richiamare, se non altro per gli opportuni riferimenti al dibattito, i seguenti contributi: *Il controllo giudiziale sull’ammissibilità*

disciplinare, dal cui insieme si ricavano i requisiti – per lo più declinati, dal punto di vista linguistico, attraverso il ricorso alla litote – che tale piano deve possedere affinché la domanda sia, nell’ordine: (i) esaminata in via prioritaria; (ii) attestata; (iii) ammessa; (iv) omologata.

La prima disposizione che viene in evidenza è notoriamente l’art. 7, il quale, al secondo comma, prefigura l’ipotesi in cui siano state presentate più domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e alle procedure di insolvenza e detta le condizioni affinché il tribunale esamini “in via prioritaria” quella diretta a regolare la crisi o l’insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale. Queste condizioni risiedono, oltre che nella non manifesta inammissibilità della domanda *ex art. 40*, nella non manifesta inadeguatezza del piano a conseguire i propri obiettivi e nell’indicazione espressa delle ragioni dell’assenza di pregiudizio per i creditori.

Ci si riferisce, come si diceva, al piano concordatario in continuità, giacché negli altri casi (tipicamente nel concordato liquidatorio) la norma postula che oggetto di esplicita enucleazione sia “la convenienza per i creditori”, che rappresenta evidentemente un *quid pluris* rispetto alla semplice mancanza di danno per costoro, dal momento che il concetto di “assenza di pregiudizio”, non declinato dall’art. 7, risulta riconducibile – com’è noto – al “soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale” di cui parla l’art. 84, c. 1, con riferimento a tutte le tipologie concordatarie³.

Solo al cospetto delle anzidette condizioni – nell’ambito delle quali non si parla di “fattibilità” del piano – il tribunale antepone la trattazione della domanda di concordato, dovendo altrimenti far luogo, sussistendone i presupposti, all’apertura della liquidazione giudiziale.

della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi, in *Dir. fall.*, 2010, I, 551 ss.; *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 941 ss.; *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell’attestatore nell’evoluzione recente della disciplina*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 387 ss., pubblicato anche in S. AMBROSINI (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 157 ss.

³ Cfr., tra i contributi in argomento, P. F. CENSONI, *Il diritto delle crisi e i nuovi concordati*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d’impresa e responsabilità della banca*, Pisa, 2023, 97 ss.; A. AUDINO, *Sub art. 84*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alle leggi su crisi di impresa e insolvenza*, Padova 2023, 576 ss.; M. ARATO, *Sub art. 84*, in P. VALENSISE, G. DI CECCO, D. SPAGNUOLO (a cura di), *Il Codice della Crisi. Commentario*, Torino, 2024, e già in precedenza, alla vigilia del varo del codice, S. LEUZZI, *Appunti sul concordato preventivo ridisegnato*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022; S. AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova “sintassi” del concordato preventivo*, in *ristrutturazioni aziendali*, 9 giugno 2022.

La formulazione della norma denota, in modo sufficientemente perspicuo, la volontà di escludere, in questa fase, una verifica in ordine alla realizzabilità del piano. La scelta dei termini adoperati – “non manifestamente inammissibile”, “non manifestamente inadeguato” – depone nel senso che, trattandosi di valutazione giocoforza sommaria, debbano venire in rilievo circostanze ostative percepibili *ictu oculi*, essendo necessario, in difetto, esaminare prioritariamente la domanda diversa da quella di liquidazione giudiziale. Ciò non toglie, beninteso, che il tribunale sia chiamato ad appurare non solo, ovviamente, la legittimazione del debitore e la conformità della domanda ai prescritti crismi formali, ma anche che la domanda stessa consenta, per come è formulata e documentalmente corredata, di apprezzare la non deteriorità della soluzione concordataria rispetto alla liquidazione giudiziale (o la sua convenienza nell’ipotesi di piano liquidatorio), senza che tale assunto possa risolversi in una petizione di principio⁴.

Quanto al requisito della non manifesta inadeguatezza del piano al conseguimento dei propri obiettivi, l’espressione rimanda a casi, nella pratica assai rari, di palese irragionevolezza e incoerenza di determinati assunti, quale potrebbe essere l’integrale destinazione al servizio del debito chirografario del valore di un immobile ipotecato almeno parzialmente capiente.

Non pare invece cogliere nel segno l’esemplificazione proposta da una commentatrice della norma, la quale ha fatto riferimento “ad un accordo di ristrutturazione di debiti rispetto ad un’impresa con un indice di sovraindebitamento talmente elevato da non consentire alcun margine di risanamento (una caratteristica, dunque, molto vicina alla verifica sulla fattibilità economica del piano)”⁵. Ed invero, la legge ha inteso far sì che aspetti del genere vengano scrutinati dal tribunale non già ai fini della trattazione prioritaria ex art. 7, bensì semmai dell’ammissione al concordato e soprattutto (con l’ausilio della relazione commissariale) della sua successiva omologazione. Senza dire che il menzionato accordo di ristrutturazione ben potrebbe avere un contenuto meramente liquidatorio (tranne che nell’ipotesi di cui all’art. 61, c.2), non essendo a quel punto prescritto il requisito della risanabilità dell’impresa in continuità aziendale di cui all’esempio in parola.

⁴ F. GHIGNONE, Sub art. 7, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alle leggi su crisi di impresa e insolvenza*, cit., 69-70.

⁵ C. BRIGUGLIO, Art. 7. *Trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e alle procedure di insolvenza*, in P. VALENSISE, G. DI CECCO, D. SPAGNUOLO (a cura di), *Il Codice della Crisi. Commentario*, cit., 61.

3. Le verifiche in sede di apertura del concordato

Di ammissione della domanda concordataria da parte del tribunale si occupa l'art. 47, difatti rubricato "Apertura del concordato preventivo", il quale delimita, al primo comma, il perimetro delle verifiche giudiziali. Nel caso del concordato in continuità esse si appuntano sui due seguenti e concomitanti aspetti: la ritualità della proposta e la non manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali.

Quanto alla ritualità⁶, il relativo scrutinio attiene anzitutto alla regolare instaurazione del procedimento (radicamento della competenza, completezza dei documenti, ecc.), nonché, probabilmente, alla corretta formazione delle classi (punto su cui pare interverrà l'emanando decreto correttivo⁷), ma non è certo che si estenda, ad esempio, al rispetto delle cause legittime di prelazione, di tal che può affermarsi che il controllo sulla ritualità della proposta "ha un contenuto simile, ma più ristretto rispetto a quello sull'ammissibilità"⁸.

Con riguardo all'ulteriore profilo che il tribunale è chiamato a verificare, si tratta nuovamente di una attitudine che deve possedere il piano e anche qui, come nell'art. 7, il requisito è formulato "in negativo", cioè come non manifesta

⁶ Adoperata, oltre che dall'attuale art. 25 *sexies*, c. 3, nell'ambito della disciplina del concordato semplificato (su cui cfr., *ex aliis*, G. BOZZA, *Il ruolo del giudice nel concordato semplificato*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, cit., 195 ss.; S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, *ivi*, 155 ss.; S. AMBROSINI, *Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla "coattività" dello strumento e alla "tirannia" dell'esperto*, in *ristrutturazioni aziendali*, 27 ottobre 2023), dal vecchio art. 125, c. 2, l. fall., per indicare l'oggetto dello scrutinio del giudice delegato in ordine alla proposta di concordato fallimentare ("valutata la ritualità della proposta"). E riguardo allo scrutinio giudiziale in sede omologatoria in quest'ambito la Cassazione aveva chiarito che "a seguito della riforma di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, nel giudizio di omologazione del concordato fallimentare il controllo del tribunale è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione - salvo che non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti - restando escluso ogni controllo sul merito, ad eccezione dell'indagine sull'eventuale abuso dell'istituto. La valutazione sul contenuto della proposta concordataria, riguardando il profilo della convenienza, è, invece, devoluta ai creditori, sulla base del parere inerente ai presumibili risultati della liquidazione formulato dal curatore e dal comitato dei creditori, mentre al giudice delegato spetta soltanto un controllo sulla ritualità della proposta medesima" (Cass., 29 ottobre 2013, n. 24359, in *Fall.*, 2014, 779 ss., con nota di A. PENTA, *I poteri del tribunale in sede di omologazione - Alla ricerca del punto di equilibrio tra la tutela dei creditori e la salvaguardia del debitore fallito*).

⁷ Ai sensi del riformulando art. 47, c. 1, le verifiche in esso prescritte andranno espletate "anche con riferimento alla corretta formazione delle classi". Stessa formulazione dovrebbe essere aggiunta anche all'art. 25 *sexies*, c. 3, a proposito del controllo del tribunale nel concordato semplificato.

⁸ G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 120.

inidoneità. Ma se il ridetto art. 7, come in precedenza ricordato, prescrive, genericamente, la non manifesta inadeguatezza a raggiungere “gli obiettivi prefissati” (espressione riprodotta dalla lett. a) dell’art. 47 a proposito del concordato liquidatorio), la lett. b) di questa disposizione suona più precisa e pregnante: il piano viene messo in rapporto (i) alla (non palese inidoneità alla) soddisfazione dei creditori – non già quale parametro astratto bensì – “come proposta dal debitore”, nonché (ii) alla possibilità che il piano consenta di conservare i valori aziendali: formulazione, quest’ultima, che riecheggia quelle “finalità conservative del patrimonio produttivo” di cui parla l’art. 1 del d.lgs. n. 270/1999, enunciando appunto i fini che il legislatore persegue attraverso l’istituto dell’amministrazione straordinaria.

Ne emerge chiaramente il superamento dell’idea, fatta propria in passato da una parte della giurisprudenza, che la domanda vada bloccata *in limine* tutte le volte in cui il piano non appaia verosimilmente realizzabile (c.d. fattibilità economica). Questa valutazione viene ora chiaramente attribuita dal codice ai creditori, mentre la declaratoria di inammissibilità è consentita esclusivamente nell’ipotesi di manifesta inidoneità del piano intesa appunto nei termini anzidetti.

Come si è in altra sede osservato, il legislatore “ha dunque optato, anche su sollecitazione della dottrina, per una soluzione che non contempla il sindacato diretto del tribunale in ordine alla fattibilità economica del piano, sul corretto presupposto che la valutazione prognostica circa la realizzabilità del piano (e quindi la percentuale di soddisfacimento) compete ai creditori. Ne consegue che, quand’anche sussistano dubbi sulla fattibilità del piano (che del resto, per sua natura non è – né può essere – connotato da certezza quanto al risultato), il tribunale non può per ciò solo bloccare l’*iter* della domanda e deve consentire che sulla possibilità per il piano di conseguire i propri obiettivi si esprimano i creditori attraverso l’esercizio del voto”⁹.

Sulla stessa lunghezza d’onda, si è osservato che “il tribunale deve verificare che il piano, per come prospettato, non manchi di ogni possibilità minima di poter soddisfare i creditori nella misura e con la tempistica indicati dal debitore e non sia chiaramente inidoneo a raggiungere l’obiettivo della preservazione della continuità aziendale. Anche in questo caso, se il tribunale ritiene improbabile, ma possibile la soddisfazione dei creditori e la conservazione dei valori aziendali, la procedura va aperta”¹⁰.

⁹ S. AMBROSINI, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza o a una procedura di insolvenza: iniziativa e procedimento unitario*, in PACCHI, AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2023, 144.

¹⁰ G. D’ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., 120.

Si tratta quindi, come efficacemente rilevato da altri, di un giudizio che si arresta alla “manifesta non attendibilità: solo proposte e piani, come si suol dire, campate per aria e manifestamente fantasiose impediranno l’ammissione, negli altri casi con un rinvio alle valutazioni che verranno effettuate dal commissario giudiziale e che dovranno orientare la determinazione dei creditori”¹¹. E in proposito si è precisato che la manifesta inattitudine del piano è ravvisabile esclusivamente in due ipotesi: “(i) quando sono previste azioni programmatiche non contemplate dalla legge (ii) e quando le azioni, pur legittime, non hanno alcuna possibilità di realizzare l’obiettivo indicato nel piano”¹². L’utilità della previsione contenuta nell’art. 47 risulta quindi evidente, nella misura in cui consente, per così dire, un’*actio finium regundorum* tra verifiche demandate al tribunale e valutazioni spettanti al ceto creditorio, sorreggendo l’assunto secondo il quale il criterio del “più probabile che non” risulta estraneo al perimetro del controllo giudiziale.

4. Lo scrutinio nell’ambito del giudizio di omologazione

L’ultimo controllo sul piano concordatario da parte del tribunale avviene notoriamente in sede di omologazione¹³: contesto in cui, dal punto di vista dei vantaggi della continuità, può addivenirsi all’omologazione di un concordato siffatto anche ove non sia raggiunta la maggioranza delle classi, purché si sia espressa a favore del concordato almeno una classe “pregiudicata” o “maltrattata” (art. 112, c. 2, lett. d)¹⁴.

Con riferimento al piano in continuità, la lett. f) del predetto art. 112, c. 1, prescrive che il piano “non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza”, laddove riguardo ai casi diversi dalla continuità aziendale, l’art. 112, c. 1, lett. g), parla invece di “fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati” (con una

¹¹ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell’insolvenza*, 2023, 159.

¹² M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d’impresa*, Piacenza, 2023, 245.

¹³ Sul tema cfr., *ex aliis*, S. LEUZZI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: oggetto, regole, controlli*, in *dirittodellacrisi.it*, 9 ottobre 2023.

¹⁴ Sulla vistosa deroga al principio di maggioranza, v. *ex aliis*, G. D’ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, *ivi*, 2023, 309 ss.; G. BOZZA, *La tutela dei creditori nel concordato in continuità*, in *dirittodellacrisi.it*, 27 giugno 2023, 8 ss. Quanto, in particolare, all’interrogativo se il “maltrattamento” possa consistere anche nel significativo riscadenziamento di una classe di creditori privilegiati pagati *per intero*, la norma attuale non lo esclude, né risulta agevole pervenire a diversa conclusione in via interpretativa. Scelta diversa pare verrà invece adottata, con una previsione necessariamente *espressa*, dal Decreto correttivo, che potrebbe integrare la lett. d) dell’art. 112, stabilendo che ai creditori di detta classe “è offerto un importo non integrale del credito”.

formulazione uguale a quella dell'art. 47, c. 1, lett. a)¹⁵. E dalla giustapposizione dei due richiamati precetti si ricava la conferma della scelta del legislatore di non prevedere una verifica diretta in ordine alla fattibilità del piano in continuità.

Come si vede, relativamente a quest'ultimo viene ripreso il concetto già espresso dall'art. 87, c. 3, a proposito del contenuto dell'attestazione, ove tuttavia si richiede *tout court* (e comprensibilmente) che l'esperto certifichi l'attitudine del piano a impedire o superare l'insolvenza, mentre lo scrutinio omologatorio affidato al tribunale attiene giustamente all'esistenza (*recte*: alla non mancanza) di ragionevoli prospettive in tal senso. Ancora una volta si ricorre, quindi, a una valutazione prognostica all'insegna del criterio di ragionevolezza, certamente appropriato ai fini dell'espletamento di questo tipo di controllo.

Al riguardo, si è sostenuto che dopo la votazione favorevole il sindacato del tribunale sia “ancor meno intenso (proprio perché la fattibilità è stata valutata positivamente dai creditori)”¹⁶. In realtà, accertarsi che un piano non sia privo – e quindi sia dotato – di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza comporta un'indagine più pregnante rispetto all'appurare semplicemente la non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati¹⁷. Ed invero, non sembra potersi parlare di una minore intensità del controllo omologatorio rispetto a quello che va condotto in fase di ammissione: tanto è vero che le condizioni di ammissibilità devono persistere al momento dell'omologazione e vanno quindi nuovamente scrutinate con il medesimo rigore utilizzato nella fase precedente, oltre a doversi appurare la regolarità della procedura e l'esito favorevole della votazione. Non a caso, la più recente e avvertita giurisprudenza di merito ha così statuito in proposito: “non appare quindi condivisibile, alla luce del tenore letterale delle disposizioni richiamate e dei principi ispiratori della materia (...), l'affermazione del primo giudice circa la sostanziale sovrapponibilità del sindacato di ammissibilità che il tribunale è tenuto ad operare in sede di ammissione rispetto a quello in sede di omologa, essendo lo stesso, nel primo caso, circoscritto soltanto alla sola verifica della non manifesta inidoneità della proposta alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali, e, nel secondo, invece, non

¹⁵ E dunque, anche qui, con l'espunzione – da alcuni auspicata – dell'aggettivo “economica” associato al sostantivo “fattibilità”: sul che cfr. S. AMBROSINI, *Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro “tabù” da sfatare nel concordato preventivo che verrà*, in *ristrutturazioniaziendali.it*, 7 marzo 2022.

¹⁶ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 246.

¹⁷ Secondo G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 121, il controllo prescritto dalla norma “assume contenuto simile a quello sulla fattibilità del piano”.

contenuto entro tali limiti e, soprattutto, da effettuarsi alla stregua delle specifiche condizioni contemplate dal primo comma dell'art. 112, nonché in base a tutti i riscontri, le informazioni e i chiarimenti acquisiti nel corso della procedura e all'esito di un contraddittorio pieno con il proponente"¹⁸.

Sulla base di quanto osservato emerge comunque l'inerzia degli sforzi talora compiuti in sede applicativa per predicare l'esistenza di un controllo di fattibilità anche con riguardo al piano in continuità. Così come appare in definitiva equilibrata (e in linea con quanto si è venuto fin qui osservando) la soluzione interpretativa adottata da attenta giurisprudenza in sede di interpretazione dell'art. 112, c. 1, lett. f): "La formulazione, in negativo, della disposizione normativa rende evidente che oggetto d'esame non è l'accertamento dell'idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell'impresa. Il piano predisposto dal debitore deve risultare non *prima facie* inadeguato, non evidentemente inadatto a consentire il raggiungimento degli obiettivi indicati"¹⁹.

Non sembra quindi, neppure in questo caso, che nell'effettuare questo "scrutinio di ragionevolezza" il tribunale sia chiamato a ricorrere al criterio del "più probabile che non". La verifica attiene al fatto che, anche sulla base della relazione del commissario giudiziale, le prospettive di impedire o superare l'insolvenza, riguardate in una dimensione giocoforza predittiva, non risultino irragionevoli: il che val quanto dire che le previsioni formulate nel piano non devono essere contrarie alle esigenze della ragione, ovvero sia destituite di fondamento razionale (specie alla stregua dei principi aziendalistici) e dunque, in definitiva, chiaramente illogiche o implausibili.

5. Segue. I presupposti per la concessione di nuova finanza

La trattazione relativa alla fase omologatoria va completata con l'ulteriore previsione contenuta nel ridetto art. 112, c. 1, lett. f), la quale si riferisce al caso in cui il piano di concordato presupponga la concessione di nuovi finanziamenti. Al riguardo, il *placet* del tribunale a un piano che contempli l'erogazione di finanziamenti è subordinato dalla norma al fatto che essi (i) siano necessari all'attuazione del piano e (ii) non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori. E proprio da quest'ultima previsione si ricava la possibilità che la nuova finanza incida negativamente sugli interessi dei creditori (per effetto, tipicamente, dell'incremento delle passività prededucibili), ma al tempo stesso

¹⁸ App. Bologna, 23 febbraio 2024, in *dirittodellacrisi.it*.

¹⁹ Trib. Trieste, 15 settembre 2023, in *Quaderni di Ristrutturazioni aziendali*, n. 3/2023, 153. E sul punto v. anche N. USAI, *Il controllo sulla fattibilità del concordato con continuità aziendale nel CCII: una prima applicazione dello standard europeo*, in *dirittodellacrisi.it*, 9 aprile 2024.

la necessità che tale pregiudizio non sia ingiusto, nel senso che dev'essere giocoforza "compensato" da altri benefici (a cominciare dall'indispensabilità ai fini della continuità aziendale e di conseguenza della realizzazione del piano), di modo che, al postutto, risulti sempre rispettato il canone del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella da essi ritraibile nel caso di liquidazione giudiziale.

La norma solleva poi l'interrogativo, assai rilevante nella pratica, di quale sia il momento in cui le banche o gli altri soggetti finanziatori devono formalizzare la loro disponibilità al rilascio di nuova finanza: giacché è risaputo che spesso non risulta possibile far valere questa circostanza con il tribunale prima della ammissione al concordato e talora neppure prima dell'omologazione, complici i tempi di decisione da parte di alcune banche, ma anche la persistenza di criticità del piano all'atto della loro valutazione.

A rigore, si potrebbe ritenere che tale disponibilità debba manifestarsi anteriormente al deposito del piano, anche per consentire all'attestatore di certificarne la fattibilità. Senonché, sono gli stessi precetti fin qui menzionati che, in virtù della loro formulazione, autorizzano a concludere nel senso della non irragionevolezza di una tale prospettiva: la concessione di nuova finanza, in altri termini, deve risultare non implausibile durante tutta la procedura, incluso ovviamente il momento dell'omologazione, senza che i finanziatori formalizzino necessariamente il loro impegno prima dell'atto finale della procedura.

Beninteso, devono potersi riscontrare, in concreto, elementi tali di far propendere nel senso della ragionevole probabilità che detto evento si verifichi, senza tuttavia bisogno di acquisirne la sicurezza prima del voto dei creditori (poiché è "informato" anche il consenso reso sul presupposto di una tale persistente, dichiarata, incertezza) e neppure prima dell'omologazione. Non a caso, in uno dei più importanti concordati preventivi degli ultimi tempi, quello del Gruppo Cimolai, il tribunale si è orientato precisamente in questo senso, affermando testualmente che "l'oggetto della valutazione prevista dall'art. 112, co. 1 lett. f) CCII, correlata alla non irragionevolezza del piano predisposto dalla debitrice, esclude la necessità che quest'ultima dimostri che risultino già emesse, da parte delle banche interessate, le c.d. delibere di preaffidamento, la cui mancata allegazione è stata lamentata, sufficiente essendo che la concessione di credito si prospetti come non implausibile"²⁰.

²⁰ Così Trib. Trieste, 15 settembre 2023, cit., ritenendo che corroborassero l'assunto, nella specie, la discontinuità e indipendenza della *governance*, la prospettata riduzione del fabbisogno finanziario rispetto alle previsioni iniziali e l'introduzione di un meccanismo di incentivazione alla concessione di linee di firma basato sull'assegnazione di *warrant* a quanti si fossero impegnati a fornire tali linee o le relative controgaranzie.

Orbene, un orientamento di questo tipo consente bensì il permanere di elementi di incertezza al momento dell'omologazione, ma appare in definitiva coerente con la scelta del legislatore – come si è ripetutamente messo in luce – di declinare il concetto di fattibilità come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi del piano e di richiedere semplicemente, ai fini dell'omologazione, che quest'ultimo non sia privo di quelle ragionevoli prospettive di impedire l'insolvenza (ove non ancora in atto) o comunque di superarla. E da questo punto di vista tanto la lettera quanto lo spirito della norma parrebbero rispettati dalla decisione in parola.

6. Alcuni rilievi critici e una proposta

La norma che suscita minori riserve è a ben vedere quella dell'art. 7, anche perché la sua finalità è circoscritta alla trattazione prioritaria della domanda di concordato preventivo rispetto a quella di liquidazione giudiziale.

Nello schema di questa disposizione è comune ai concordati liquidatori e in continuità la necessità che la domanda non sia manifestamente inammissibile e che il piano non sia manifestamente inadeguato a conseguire i propri obiettivi, mentre le due tipologie vengono differenziate con riferimento all'indicazione della convenienza per i creditori; e ciò sebbene l'art. 84 sia fondato sul criterio di non deteriorità, da esso sancito in via generale, sicché quanto prescritto dalla lett. c) della norma non parrebbe precisamente irrinunciabile (che senso ha richiedere l'indicazione della convenienza quando il requisito “generale” è appunto quello del soddisfacimento in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale?).

La previsione che va incontro ai maggiori rilievi critici è tuttavia l'art. 47, soprattutto se letto “in controluce” rispetto all'art. 112.

Il contenuto dell'art. 47 è tutto (e solo) incentrato sulla distinzione fra liquidazione e continuità, trascurando altri aspetti “recuperati” invece nell'art. 112, qual è tipicamente la corretta formazione delle classi²¹, di cui invece ci si dovrebbe far carico anzitutto in fase di apertura della procedura.

Ma procediamo con ordine, entrando nel dettaglio.

Mi domando, in primo luogo, se sia davvero corretto parlare di ammissibilità/ritualità della *proposta* anziché della *domanda*. Non è forse la domanda a essere oggetto, da parte del tribunale, di un'eventuale censura di inammissibilità? E il termine inammissibilità, di matrice schiettamente processuale, si addice realmente a un concetto – quello di proposta – connotato

²¹ In proposito cfr. la nota 5.

da forte negozialità? Sarebbe allora preferibile utilizzare sempre il termine “domanda”, come avviene nell’art. 7.

In secondo luogo: è opportuno distinguere tra ammissibilità e ritualità (usando “a tutti i costi” una differente terminologia per le due tipologie concordatarie), o ciò non risulta piuttosto foriero di inutili incertezze interpretative?

Oltretutto, se si ritiene – come parrebbe – che la semplice ritualità sia qualcosa di non perfettamente coincidente con l’ammissibilità, si potrebbe a rigore sostenere che il tribunale non possa emettere una declaratoria di inammissibilità se non nei due casi – irrivalità e manifesta inidoneità del piano – indicati alla lett. b) dell’art. 47: il che peraltro sarebbe assai poco razionale, dovendo in effetti ribadirsi il potere/dovere del tribunale di pronunciarsi in tal senso tutte le volte in cui difettino i requisiti di ammissibilità della domanda (ad esempio, l’inosservanza dell’ordine delle cause legittime di prelazione, la scorretta formazione delle classi, la disparità di trattamento all’interno di almeno una di esse, o la mancanza di un’utilità per ciascun creditore).

Sarebbe in definitiva assai più semplice e sistematicamente coerente parlare di inammissibilità in entrambe le lettere della norma: come non a caso fanno sia l’art. 7 che l’art. 112.

Analogamente, sarebbe preferibile che l’art. 47 utilizzasse un’unica espressione - la manifesta inidoneità del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati - per entrambe le tipologie concordatarie. Del resto, la soddisfazione dei creditori come proposta dal debitore e la conservazione dei valori aziendali altro non sono che, per l’appunto, gli obiettivi propri del piano in continuità.

E veniamo all’art. 112, fra le più articolate e (eccessivamente?) complesse dell’intera disciplina.

Come già ricordato, il primo comma della norma richiede, alla lett. f), che nel concordato in continuità il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l’attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori; e alla lettera g) che, in ogni altro, la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Quanto poi all’aspetto della fattibilità, richiedere – come fa l’art. 112 – che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza rappresenta, semmai, qualcosa di più incisivo e pregnante rispetto alla manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali, giacché quest’ultimo tipo di scrutinio si limita per l’appunto ai profili di manifesta (e quindi palese, eclatante, rilevabile *ictu oculi*) carenza del requisito, mentre in sede di omologazione il tribunale dispone degli strumenti per scandagliare maggiormente in profondità il

contenuto del piano (e non a caso detta aggettivazione nella norma scompare, se non nella declinazione del termine “fattibilità” relativamente al concordato liquidatorio).

Merita poi ricordare che l’art. 10, par. 3, della Direttiva *Insolvency* attribuisce al tribunale il potere di negare l’omologazione ove il piano “risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire o superare l’insolvenza e di garantire la sostenibilità economica dell’impresa”. Questa formulazione, ripresa in forma “monca” dall’art. 112, è invece riprodotta pressoché *verbatim* all’art. 87, c. 3, sui compiti del l’attestatore ed invero non sembra esservi motivo di non trasporla *telle quelle* anche nell’art. 112: tanto più che è proprio al giudizio di omologazione che il precetto unionale è destinato.

Alla luce dei rilievi che precedono, ecco allora – per quel che vale – la proposta di revisione delle disposizioni fin qui commentate che mi sentirei di formulare, all’insegna dell’obiettivo – si torna a dire – di maggior semplicità, chiarezza e coerenza interna.

La lett. c) dell’art. 7, c. 2, potrebbe essere così riscritta: “nella proposta siano espressamente indicate le ragioni dell’assenza di pregiudizio per i creditori”.

Le lettere a) e b) dell’art. 47, c. 1, potrebbero essere unificate e riformulate come segue: “l’ammissibilità della domanda, incluse la corretta formazione delle classi e la parità di trattamento all’interno di ciascuna di esse, e la manifesta inidoneità del piano al conseguimento degli obiettivi prefissati”.

L’art. 112, c. 1, potrebbe infine modificarsi in questi termini: “Il tribunale omologa il concordato se verifica: a) la regolarità della procedura; b) l’esito della votazione; c) l’ammissibilità della domanda, inclusa la corretta formazione delle classi e la parità di trattamento all’interno di ciascuna di esse; d) in caso di concordato in continuità aziendale, che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non risulti privo della ragionevole prospettiva di impedire o superare l’insolvenza e di garantire la sostenibilità economica dell’impresa e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l’attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori; e) nel caso di concordato liquidatorio, la non manifesta inidoneità del piano al conseguimento degli obiettivi prefissati”.

7. L’intensità del controllo giudiziale nella nuova disciplina: incremento o decremento?

Alla luce di quanto fin qui osservato, si può tentare di rispondere all’interrogativo che ciclicamente si ripropone all’indomani di ogni modifica

delle disposizioni sul concordato preventivo, vale a dire se per effetto della novella i poteri del tribunale risultino aumentati ovvero diminuiti²².

Diciamo subito che relativamente al codice della crisi il ragionamento dev'essere, rispetto al passato, più articolato.

Ed infatti, con riguardo alle riforme del 2005 e del 2012 si è parlato, concordemente, di un arretramento dello scrutinio giudiziale, mentre nella miniriforma del 2015 più d'uno ha visto un incremento dei poteri del giudice, essendo comunque incontrovertibile che le previsioni sulla soglia del 20% a beneficio dei creditori chirografari e sulla competitività nell'affitto e nella vendita dell'azienda hanno avuto l'effetto di limitare la "libertà di manovra" del debitore, peraltro con implicazioni per lo più virtuose dal punto di vista della *recovery* del ceto creditorio.

Nel descrivere, in sintesi, il dibattito circa la disciplina previgente, si è di recente affermato che "*in primis*, sotto il punto di vista del perimetro del giudizio del tribunale, la nuova formulazione dell'art. 47 supera il dibattito tra coloro che sostenevano che il tribunale dovesse limitarsi a verificare la fattibilità economica del piano e coloro che sostenevano invece che il giudizio del tribunale avesse un perimetro più ampio, ricomprendendo non solo la fattibilità economica, ma anche la fattibilità giuridica del piano. Come si evince dal fatto che la disposizione oggi non fa più riferimento alla sola "fattibilità economica del piano", il tribunale dovrà accertare la generale attitudine del piano a raggiungere gli obiettivi concordatari, sia dal punto di vista giuridico, sia dal punto di vista economico"²³. Sembra di contro a chi scrive che la *querelle* avesse principalmente ad oggetto proprio il tema della fattibilità *economica* (piuttosto che quella giuridica, pacificamente sindacabile dal tribunale)²⁴; e in ordine a ciò si è ritenuto di osservare che "in passato la Corte di Cassazione aveva ripetutamente escluso che al tribunale fosse consentito scrutinare la realizzabilità del piano, sul presupposto che una valutazione siffatta competesse, in prima battuta e sul piano tecnico, all'attestatore e che rientrasse poi nell'ambito delle prognosi dei creditori circa le loro prospettive di soddisfacimento. Di conseguenza, ove i creditori avessero dubitato

²² All'indomani del varo del codice, in dottrina si è esaminato "trasversalmente" il ruolo del giudice nella ristrutturazione, specie nell'ottica di verificare quanto sia univoco l'indirizzo del legislatore rispetto all'annoso contrasto tra presidi pubblicistici e istanze privatistiche: V. ZANICHELLI, *Il Giudice nella ristrutturazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 novembre 2022.

²³ M. ARATO, *Art. 47. Apertura del concordato preventivo*, in P. VALENSISE, G. DI CECCO, D. SPAGNUOLO (a cura di), *Il Codice della Crisi. Commentario*, cit., 319.

²⁴ E v. *ex pluribus*, da ultimo, App. Bologna, 23 febbraio 2024, cit., secondo la quale "dopo l'intervento delle Sezioni Unite, quindi, costituiva principio giurisprudenziale consolidato quello per cui il giudice (...) era tenuto ad effettuare una valutazione circa la fattibilità del piano proposto, sotto il profilo della *correttezza giuridica*" (corsivo aggiunto).

dell'effettiva realizzabilità del piano e della possibilità di ottenere un trattamento migliore che in caso di fallimento, tale previsione negativa si sarebbe verosimilmente tradotta in un voto contrario al concordato”²⁵.

A prescindere da ciò e venendo al quadro normativo attuale, si reputa che le nuove norme, per poter essere colte appieno sotto l'aspetto che ci occupa, non possano che essere considerate nel loro insieme.

Sì può allora iniziare col ribadire che, rispetto ad alcune (criticabili) letture del passato, l'introduzione degli artt. 7 e 47 abbia sancito un arretramento del controllo giudiziale, se è vero – come è vero – che per bloccare *in limine* l'iniziativa concordataria occorre riscontrare gli estremi dell'inammissibilità (“manifesta” *ex art. 7*) della domanda o la manifesta inidoneità del piano a conseguire gli obiettivi prefissati (che per il concordato in continuità sono declinati dall'art. 47 – si torna a ripetere – in termini di soddisfazione dei creditori come proposta dal debitore e di conservazione dei valori aziendali).

Senza dimenticare la funzione di “filtro” svolta dal parere del commissario giudiziale, posto che l'*incipit* della norma prescrive che il tribunale ne acquisisca il preventivo parere, dal momento che vengono in evidenza, nell'esame del piano e dell'attestazione, profili aziendalistici con cui i giudici, specie all'inizio del loro percorso professionale, possono avere minore “familiarità”.

Alla luce di queste due previsioni, sembra potersi concludere che, nell'eventuale fase “prenotativa” e al momento dell'ammissione al concordato, il controllo giudiziale risulta in certa misura ridimensionato, specie rispetto a quelle interpretazioni “invasive” già peraltro opportunamente respinte, in passato, dalla Cassazione.

Quanto alla fase successiva all'apertura del concordato, viene in evidenza il disposto dell'art. 106, c. 1, relativo alla revoca dell'ammissione alla procedura. Norma, questa, che non parla più, come faceva in precedenza l'art. 173, l. fall., del difetto delle condizioni prescritte “per l'ammissibilità del concordato”, bensì della mancanza delle condizioni per l'apertura del concordato previste (non già all'art. 47 ma) “agli artt. da 84 a 88”. E in ciò si potrebbe forse scorgere un ampliamento dello spettro delle verifiche demandate al tribunale, sebbene la previsione in esame faccia pur sempre riferimento alle “condizioni prescritte per l'apertura del concordato” e, quindi, al sopravvenuto venir meno dei presupposti su cui si è basato il provvedimento di ammissione.

²⁵ S. AMBROSINI, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza: iniziativa e procedimento unitario*, in S. PACCHI, S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 143.

L'analisi non sarebbe completa, naturalmente, se non si tornasse a considerare, ai limitati fini di queste conclusioni, la disciplina del concordato in continuità nella fase di omologazione.

Ora, sulla base del disposto dell'art. 112 il requisito dell'unanimità delle classi viene meno ogniqualvolta la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Ed ancora: se un creditore propone opposizione eccependo il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Tali previsioni, specie quelle sulla non necessità dell'approvazione da parte della maggioranza delle classi, denotano, a livello di sistema, una sorta di passaggio dalla negozialità "strutturale" del regime previgente, retto dal principio maggioritario, alla "coattività trasversale" della disciplina di nuovo conio, in cui il controllo giudiziale appare significativamente "ricongfigurato", essendo il tribunale chiamato a decidere se aderire all'opzione approvata da una – anche (in ipotesi) esigua – minoranza.

Una rivoluzione copernicana, insomma, certamente consentita dalla Direttiva unionale, all'insegna di uno spiccato *favor* per la soluzione concordataria in continuità²⁶. E questa novità "morfologica" risulta, sotto il profilo qui in esame, indubbiamente foriera di un rafforzamento delle prerogative giudiziali rispetto a quelle del ceto creditorio; rafforzamento che, allargando lo sguardo al sistema nel suo complesso, assume tratti ancor più marcati – com'è ben noto – nel

²⁶ E in argomento cfr., *ex multis*, S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del parlamento europeo e del consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1259 ss.; L. STANGHELLINI, *La tormentata attuazione della Direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 75 ss.; P. VELLA, *La nuova era della ristrutturazione preventiva nel codice della crisi e dell'insolvenza dopo l'attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023*, *ivi*, 10 ss.; V. MINERVINI, *Codice e Direttiva: principi immanenti (e sovraordinamentali) del diritto della crisi*, *ivi*, 90 ss.

concordato semplificato²⁷, annoverabile nell'ambito dei cc.dd. concordati coattivi²⁸, stante addirittura l'assenza del voto da parte dei creditori.

Il superamento della regola maggioritaria quale tradizionalmente intesa e del principio di autotutela dei creditori²⁹ su di essa fondato rappresenta dunque un elemento di discontinuità oggettivamente forte, ma si tratta di un cambiamento di prospettiva cui dobbiamo tutti – volenti o nolenti – abituarci: a meno di voler intravedere nella norma profili di incostituzionalità, che tuttavia non appaiono emergere in modo flagrante (anche se il punto potrebbe forse meritare un approfondimento in altra sede).

²⁷ Sul tema, tra gli altri, G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021; S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, cit.; S. AMBROSINI, *Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla "coattività" dello strumento e alla "tirannia" dell'esperto*, cit.

²⁸ Fra i primi, sul punto, L. PANZANI, *I limiti all'autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore*, Liber amicorum per Alberto Jorio, Bologna, 2021, 229.

²⁹ Al riguardo, in luogo di molti, L. PANZANI, *op. ult. cit.*, 201 ss..

**LE SOMME NON RISCOSSE DAI C.D. “CREDITORI
IRREPERIBILI” NELLA DISCIPLINA ANTERIORE ALL’ENTRATA
IN VIGORE DELLA RIFORMA DELLE PROCEDURE
CONCORSUALI (D.LGS. N. 5/2006)***

FRANCESCO BORDIGA

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disciplina della legge fallimentare prima della riforma del 2006. – 3. La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 5/2006. – Il concorso dei creditori insoddisfatti sui “depositi” ex art. 117, comma 3, l. fall. vecchio testo. La posizione della giurisprudenza. – 5. Il deposito previsto dall’art. 117, 3° comma, l. fall. come “deposito liberatorio” ai sensi dell’art. 1210 cod. civ. – 6.1. Il deposito previsto dall’art. 117, 3° comma, l. fall. come “deposito nell’interesse di un terzo” – 6.2. (Segue) La decadenza prevista dall’art. 2, lett. c-bis., d.l. 16 settembre 2008, n. 143. Rifiuto del terzo di profittare della stipulazione e “Verwirkung”. – 7. Conseguenze dell’interpretazione proposta. – 8. Interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 117, 3° comma, l. fall. nel testo anteriore alla riforma del 2006.

Abstract: Il saggio mette a confronto la precedente disciplina fallimentare con quella introdotta dal D.Lgs. n. 5/2006 in merito al tema delle somme non rimosse dai “creditori irreperibili”. L’analisi si focalizza sul concorso dei creditori nei depositi previsti ai sensi dell’art. 117, comma 3, della vecchia legge fallimentare. Vengono inoltre esaminate le interpretazioni giuridiche riguardo alla natura liberatoria o a favore di terzi di tali depositi, con conseguenti riflessioni sull’interpretazione costituzionalmente orientata dell’articolo in questione.

Parole Chiave: Diritto della crisi, Legge fallimentare, D.Lgs. n. 5/2006, creditori irreperibili, art. 117 c. 3 l. fall.

* Contributo sottoposto al comitato di valutazione e destinato alla rivista Quaderni di Ristrutturazioni aziendali.

Abstract: The essay compares the previous bankruptcy regulations with the reform introduced by the Italian Legislative Decree No. 5/2006 concerning unrecovered sums from “untraceable creditors”. The analysis focuses on creditors’ competition for deposits under Article 117, paragraph 3, of the old bankruptcy law. It also examines legal interpretations regarding whether such deposits are liberatory or in favor of third parties, with subsequent reflections on a constitutionally oriented interpretation of the article in question.

Keywords: Italian Insolvency law, Bankruptcy Law, Italian Legislative Decree No. 5/2006, untraceable creditors, Article 117 paragraph 3 bankruptcy law.

1. Premessa

Alcune recenti sentenze della Suprema Corte¹ hanno posto il problema della disciplina applicabile alle (e dunque della “sorte” delle) somme non rimosse dai c.d. “creditori irreperibili” nelle procedure di fallimento e di amministrazione straordinaria² avviate prima dell’entrata in vigore della c.d. “Riforma organica delle procedure concorsuali”, attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5³.

La questione in esame, in sé già particolarmente complessa: (i) non risulta essere stata oggetto di trattazioni diffuse (probabilmente anche in ragione della mancanza di espresse disposizioni normative al riguardo e, più a monte, dell’erronea convinzione circa la non afferenza della stessa alla materia concorsuale); (ii) viene oggi a porsi in ragione del fatto che, contrariamente alla disciplina contenuta nella legge fallimentare del ’42, quella risultante dalla riforma organica sopra citata si occupa espressamente del problema, con una disposizione che, tuttavia, non pare “direttamente” applicabile alle procedure concorsuali avviate nel vigore della disciplina previgente (cfr. l’art. 150 del

¹ Cass. 22 novembre 2021, n. 36050; Cass. 26 novembre 2021, n. 37059

² Si deve, infine, ritenere che l’art. 117, 3° comma, l. fall. nel testo anteriore alla riforma del 2006 sia applicabile alle procedure di amministrazione straordinaria. Quanto alle procedure disciplinate dalla legge n. 95/1979, si osserva che l’art. 1, 3° comma, dispone che la procedura «è disciplinata, in quanto non diversamente stabilito con il presente decreto-legge, dagli articoli 195 e seguenti e dall’articolo 237 della legge fallimentare», tra i quali l’art. 213, rubricato “chiusura della liquidazione” prevede che «si applicano le norme dell’articolo 117». Avuto riguardo alle procedure disciplinate dalla d.lgs. n. 270/1999, l’art. 67 prevede che «le ripartizioni hanno luogo secondo le disposizioni degli articoli 110, secondo e terzo comma, 111, 112, 113, 114, 115 e 117, secondo e terzo comma, della legge fallimentare». Tale ultima norma trova applicazione anche per le procedure regolate dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. “Legge Marzano”) in forza di quanto previsto dall’art. 8, secondo cui «per quanto non disposto diversamente dal presente decreto, si applicano le norme di cui al decreto legislativo n. 270, in quanto compatibili».

³ Pubblicato in G.U.R.I. – Serie Generale, n. 12 del 16 gennaio 2006.

d.lgs. n. 5/2006, secondo cui “i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell’entrata in vigore del [...] decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore”); (iii) è stata recentemente affrontata dalla giurisprudenza di merito con esiti contrastanti e, giunta, infine, al vaglio della Corte di Cassazione (che, come accennato, sulla stessa ha avuto modo di soffermarsi in tre diverse occasioni⁴), non ha ricevuto, neppure in quella sede, una compiuta definizione, avendo il Supremo Collegio, da un lato, chiarito alcuni profili controversi, ma, al contempo, posto (o indotto) dubbi di non poco momento.

Ciò premesso, e sia pure con i limiti sopra rappresentati, anticipiamo sin d’ora che, a nostro avviso, sebbene in assenza di una espressa disposizione intesa a regolare, nel vigore della legge fallimentare del ’42, le sorti delle somme depositate ex art. 117 l. fall. a “pagamento” dei creditori irreperibili, e nonostante gli esiti contrari recentemente espressi nelle citate pronunce della Corte di Cassazione, tali somme, ove non rimosse entro un termine di cinque anni dal deposito, ritornano (o, meglio, possono ritornare) nella sfera di disponibilità della curatela fallimentare, per essere fatte oggetto di riparto supplementare:

(i) o in favore di quei soli creditori che ne abbiano fatto istanza (in termini sostanzialmente analoghi a quelli previsti oggi dal “nuovo” art. 117, commi 4 e 5, l. fall., come risultante a seguito della modifica introdotta con il d.lgs. n. 5/2006);

(ii) o, sulla base di un diverso percorso interpretativo (ed eventualmente ricorrendo al disposto dell’art. 121 l. fall. e all’istituto della riapertura del fallimento), in favore di tutti i creditori del fallito diversi da quelli irreperibili.

Entrambe le ipotesi appena prospettate – pure questo va subito precisato – appaiono, a differenza delle conclusioni alle quali è da ultimo giunta la Cassazione, coerenti con una lettura “costituzionalmente orientata” della normativa fallimentare.

2. La disciplina della legge fallimentare prima della riforma del 2006

L’art. 117, 2° comma, l. fall., nella sua originaria formulazione, disciplinava il trattamento delle somme dovute, in sede di riparto finale, in favore dei creditori già ammessi al passivo della procedura, ma con riserva dell’avversarsi di una condizione sospensiva non ancora verificatasi, ovvero di quelli che non “si presentavano” o risultavano “irreperibili”.

⁴ Oltre alle decisioni sopra richiamata, cfr.: Cass. 14 febbraio 2019, n. 4514; Cass. 28 febbraio 2020, n. 5618 e Cass. 12 marzo 2020, n. 7120.

Per i primi, la norma disponeva che, al momento della ripartizione finale dell'attivo, le somme già accantonate nelle more della procedura, dovevano essere depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato, affinché fossero versate agli aventi diritto al momento dell'avveramento della condizione ovvero fatte oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori non ancora integralmente soddisfatti qualora la condizione non si fosse poi verificata o il suo avveramento fosse divenuto impossibile.

Si discuteva, al riguardo, sulle modalità concrete con cui, chiusa la procedura concorsuale, si sarebbe dovuto procedere al pagamento dei creditori condizionali ovvero, in caso di mancata verifica delle condizioni, degli altri creditori concorrenti: alcuni⁵ hanno affermato che le somme destinate ai creditori condizionali dovevano essere depositate su libretti bancari intestati, congiuntamente, ai creditori e al curatore, mentre la destinazione finale delle stesse sarebbe stata operata direttamente dal debitore tornato *in bonis*, secondo le indicazioni a suo tempo fornite dal giudice delegato; altri⁶, prospettavano la possibilità di costituire un libretto «nominativo-al portatore», intestato all'eventuale beneficiario, che il curatore avrebbe dovuto tenere in deposito fiduciario e consegnare poi all'avente diritto al momento del verificarsi della condizione; altri ancora, infine⁷, sostenevano che i cessati organi della procedura avrebbero comunque conservato delle funzioni residue in ordine a tale distribuzione, configurandosi così una peculiare ipotesi di ultrattività degli organi della procedura fallimentare, dopo la chiusura della stessa. Il 3° comma della richiamata disposizione prevedeva, invece, che, le somme spettanti ai creditori che non si presentavano o erano irreperibili (per i soggetti, cioè, dei quali, nelle more della procedura, si fossero “perse le tracce”), avrebbero dovuto essere depositate presso un istituto di credito, valendo il certificato di deposito quale quietanza di pagamento.

Come accennato in premessa, dottrina e giurisprudenza dell'epoca non hanno dedicato particolare attenzione alla questione relativa al trattamento, da parte degli organi della procedura concorsuale, delle somme depositate in favore dei creditori irreperibili, ma non rimosse da questi ultimi. Veniva, infatti, osservato che, una volta effettuato il deposito, per le relative somme non si sarebbe più potuto porre il problema di una loro futura distribuzione concorsuale, avendole l'ufficio fallimentare già definitivamente trasferite, proprio attraverso il deposito medesimo, in favore degli aventi diritto, con conseguente liberazione

⁵ G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 467.

⁶ A. BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, in *Comm. Scialoja - Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1976, 351 ss.

⁷ M. MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, Padova, 1995, 549

della procedura da ogni obbligo e responsabilità nei loro confronti. Il deposito avrebbe generato, in altri termini, un rapporto di un credito-debito (tra la banca depositaria e il soggetto in favore del quale era stato effettuato il deposito) «*che esula completamente dal procedimento fallimentare, per cui non v'è ragione di occuparsene ulteriormente, se non per precisare che*», in mancanza di riscossione da parte dell'avente diritto, tale rapporto «*finirebbe per prescrivere secondo le norme dei depositi bancari*»⁸.

Benché ritenuta estranea alla materia concorsuale, la sorte delle somme depositate ai sensi dell'art. 117, comma 3, l. fall. – inevitabilmente destinate, nella stragrande maggioranza dei casi, ad una indefinita latenza presso gli istituti di credito – poneva comunque interrogativi non irrilevanti; tanto più trattandosi di somme oggetto di depositi fruttiferi e considerato che, secondo la giurisprudenza dell'epoca⁹, nel deposito bancario, la prescrizione decennale del diritto alla restituzione delle somme inizia a decorrere dal giorno della costituzione del rapporto, ovvero da quello dell'ultima operazione compiuta (ivi compreso, quindi, l'accredito degli interessi creditori).

Nel tentativo di ovviare agli inconvenienti appena segnalati, presso alcuni tribunali fallimentari si era affermata una prassi (se non *contra*, almeno) *praeter legem*, tale per cui, su disposizione del giudice delegato, il cancelliere apriva in favore dei creditori irreperibili un libretto di deposito giudiziario nominativo presso l'ufficio postale incaricato dell'apposito servizio¹⁰: l'avente diritto avrebbe così potuto rivendicare la somma presentando apposita istanza al giudice delegato o, se la procedura era già chiusa, al presidente del tribunale. In caso, invece, di mancata riscossione, trascorsi cinque anni dalla chiusura della procedura concorsuale, attesa la norma di carattere generale dettata in materia di depositi giudiziari (art. 164, d.m. 20 dicembre 1952), le somme confluivano in deposito presso la Cassa Depositi e Prestiti (e, a seguito della cessazione di ogni attività relativa alla gestione operativa del servizio depositi da parte di quest'ultima, presso il M.E.F.: art. 2, 1° comma, d.m. Finanze 5 dicembre 2003),

⁸ Così: A. BONSIGNORI, *op. cit.*, 353; nello stesso senso, V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Milano, 1988, 1288; F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*⁵, Milano, 1995, 611; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 378; G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001, 579; ma, sul termine di prescrizione – *rectius*, oggi: decadenza – del diritto del beneficiario a chiedere il pagamento delle somme depositate, v. *infra* §§ 3, 7.

⁹ V., ad esempio, Cass. 3 maggio 1999, n. 4389.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 2, R.D. 10 marzo 1910, n. 149; in alcuni casi, anche presso un istituto bancario: sulla equiparazione delle due modalità di deposito, v. la Circolare n. S/36-U 1492 del 20 agosto 1993, Aff. Civ. Segr. del Ministero della Giustizia.

in attesa che l'avente diritto, sino alla scadenza dell'ordinario termine prescrizione, ne potesse rivendicare la titolarità¹¹.

In altri termini, il deposito presso la Cassa Depositi e Prestiti (poi presso il M.E.F.) non provocava il definitivo incameramento delle relative somme nel bilancio dello Stato, ma soltanto l'affidamento della loro "gestione" ai soggetti a ciò deputati, in attesa che l'avente diritto, a tanto espressamente autorizzato con provvedimento dell'autorità che aveva a suo tempo disposto il deposito giudiziario, non ne reclamasse la titolarità entro lo spirare del termine di prescrizione ordinaria. Per ovviare alla disparità di trattamento tra depositi eseguiti nelle forme previste dall'art. 117, 3° comma, vecchio testo l. fall., da un lato, e depositi giudiziari, dall'altro lato, era poi intervenuta, in un primo momento, la disciplina dei c.d. "depositi dormienti" (d.P.R. 22 giugno 2007). Successivamente, tale disciplina è stata sostituita da quella contenuta nella l. 13 novembre 2008, n. 181 (di conversione del d.l. 16 settembre 2008, n. 143), che ha infine previsto l'attribuzione al «*Fondo Unico Giustizia*» (c.d. "F.U.G.") degli importi «*depositati presso Poste Italiane S.p.a., banche e altri operatori finanziari, in relazione a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali, non riscossi o non reclamati dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito o è divenuta definitiva l'ordinanza di assegnazione, di distribuzione o di approvazione del progetto di distribuzione ovvero, in caso di opposizione, dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia*» (art. 2, 2° comma, lett. c-bis), nonché delle somme «*di cui all'art. 117 quarto comma del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, come sostituito dall'art. 107 del decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5*» (art. 2, secondo comma, lett. c-ter).

Applicata ai depositi costituiti in ossequio al disposto del previgente 3° comma dell'art. 117 l. fall., la l. 13 novembre 2008, n. 181 è venuta di fatto a introdurre un termine decadenziale di cinque anni decorrenti dalla chiusura della procedura concorsuale, spirato il quale le somme depositate presso Poste Italiane S.p.a., banche o altri operatori finanziari, non possono essere più reclamate dai creditori "irreperibili" e – salvo l'interrogativo, ancora non esaminato e che forma oggetto dell'analisi, che su tali somme possa riaprirsi un concorso tra gli altri creditori del fallimento rimasti in tutto o in parte insoddisfatti – possono quindi confluire nel F.U.G.¹². Tutto questo, secondo un meccanismo che, come subito vedremo, al netto dell'interrogativo predetto, in massima parte ricalca quello previsto oggi dal comma 4 dell'art. 117 l. fall., nel testo risultante a seguito della riforma organica delle procedure concorsuali.

¹¹ Alla prassi, di largo uso, si fa riferimento in AA.VV., *Codice del fallimento*, a cura di P. Pajardi, V ed., Milano, 2004, p. 947; in argomento, v. anche P. GENOVIVA, *op. cit.*, p. 358 ss.

¹² Cfr. P. GENOVIVA, *op. cit.*, p. 361.

3. La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 5/2006

La nuova disposizione dell'art. 117 l. fall. ha introdotto, rispetto al passato, una serie di novità di sicuro rilievo. Anzitutto, essa prevede che, in sede di riparto finale, vengano depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato, non solo le somme dovute ai creditori ammessi con riserva del verificarsi di una condizione sospensiva, ma pure quelle destinate in ipotesi ai soggetti la cui pretesa creditoria risulti soggetta ai contenziosi di cui agli artt. 96 comma 3, n. 3, 98 e 113, comma 1, nn. 3 e 4, per i quali manchi un provvedimento già passato in giudicato, di modo che tali somme possano essere o versate agli aventi diritto (una volta verificatasi la condizione o accertato con efficacia di giudicato il fondamento della pretesa creditoria), ovvero fatte oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori (in caso di mancato avveramento della condizione o di definitivo disconoscimento della pretesa creditoria giudiziale).

Riguardo, invece, alle somme depositate in favore dei creditori irreperibili, la nuova disposizione stabilisce (ai commi 4 e 5) che, decorsi cinque anni dal deposito, tali somme, qualora non rimosse dagli aventi diritto, possono essere richieste da altri creditori rimasti insoddisfatti. In tal caso, *«il giudice, anche se è intervenuta l'esdebitazione del fallito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio [...], dispone la distribuzione delle somme non rimosse in base all'art. 111 fra i soli richiedenti»*. In mancanza di richieste, le stesse somme verranno, invece, *«versate a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, ad apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero della giustizia»*.

Il legislatore della riforma fallimentare ha, quindi, espressamente previsto la possibilità di un ulteriore “concorso” dei creditori che non abbiano ricevuto piena soddisfazione delle loro ragioni nelle more della procedura, tanto sulle somme depositate in favore dei creditori “condizionali” o “controversi”, in caso, rispettivamente, di mancato avveramento della condizione o di disconoscimento giudiziale della loro pretesa (concorso che, quanto meno sulle somme destinate ai creditori condizionali era previsto anche dalla disciplina previgente), quanto su quelle destinate ai creditori irreperibili e non rimosse entro il termine di cinque anni dall'avvenuto deposito (fattispecie, quest'ultima, non espressamente contemplata, invece, dalla vecchia normativa), salva comunque la devoluzione delle stesse, per la parte non rivendicata da altri creditori insoddisfatti, *“all'entrata del bilancio dello Stato”*.

Può dirsi quindi che, per certi aspetti, la riforma della procedure concorsuali ha “allineato” la posizione dei creditori rimasti insoddisfatti con riguardo, da un lato, alle somme spettanti a quei soggetti i cui crediti sono soggetti a condizione o a contenziosi, ma per i quali la condizione sospensiva non si è più verificata o il contenzioso si è concluso con il disconoscimento della pretesa creditoria, e,

dall'altro lato, alle somme spettanti ai creditori irreperibili: in ambedue le ipotesi prevedendo – sia pure in termini non perfettamente omogenei – la possibilità di un riparto supplementare (apparentemente destinato a tutti i creditori insoddisfatti, nella prima ipotesi, e circoscritto invece a solo quelli che abbiano fatto richiesta nel secondo caso).

4. Il concorso dei creditori insoddisfatti sui “depositi” ex art. 117, comma 3, l. fall. vecchio testo. La posizione della giurisprudenza

anto precisato, ci si può a questo punto interrogare – sommariamente ricostruita l'evoluzione della disciplina e fissate così le premesse del discorso – sulla possibilità di ammettere, e se sì con quali modalità, un concorso “supplementare” dei creditori rimasti insoddisfatti sulle somme destinate agli “irreperibili” e depositate ai sensi del *previgente* art. 117 l. fall., prima che le stesse siano devolute al F.U.G., in base al disposto della l. 13 novembre 2008, n. 181. Tale concorso, come detto, se risulta testualmente previsto dalla nuova disciplina, non era invece espressamente regolato dalla normativa *previgente*.

All'indomani della riforma del 2006, alcuni tribunali hanno dato all'interrogativo prospettato una risposta positiva, attribuendo ai riformati commi 4 e 5 dell'art. 117 l. fall. una valenza meramente interpretativa della disciplina *previgente* e ritenendo, perciò, applicabile, ad onta della disposizione transitoria contenuta nell'art. 150 del d.lgs. n. 5/2006, la “nuova” previsione a tutte le procedure di fallimento «*siano ess[e] antecedenti o successiv[e] al 16 luglio 2006*»¹³. Per quanto è noto, in alcune occasioni, sulla base dell'assunto appena svolto, si è anche proceduto alla distribuzione delle somme già depositate in favore dei creditori irreperibili¹⁴.

La posizione della giurisprudenza è tuttavia, da ultimo, radicalmente mutata a seguito dei recenti arresti della Cassazione ricordati in premessa. Più in particolare, la prima pronuncia di Cass. n. 4514/2019, ha anzitutto affermato che «*la possibilità di procedere alla redistribuzione delle somme accantonate [...], prevista, nel regime *previgente*, soltanto dall'art. 117, comma 2 [n.d.r.: per i creditori sottoposti a condizione sospensiva non ancora verificata] e non era suscettibile di estensione in via interpretativa all'ipotesi contemplata dal comma 3 [n.d.r.: quella dei creditori irreperibili], avuto riguardo alla precisazione espressamente compiuta nel secondo periodo di quest'ultimo ed alla contiguità delle due disposizioni, la quale impediva di ricondurne la differente formulazione ad una mera svista od omissione del legislatore, in*

¹³ Cfr. la Circolare del Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Bologna in data 18 marzo 2008.

¹⁴ Trib. Milano, 4 giugno 2018; Trib. Milano, 20-21 marzo 2019; Trib. Milano, 17 luglio 2019; indirettamente, Trib. Milano, 8 agosto 2016 ed esplicitamente Trib. Milano, sez. II, 18 ottobre 2016; Trib. Vicenza, 18 novembre 2019.

presenza, oltretutto, di discipline perfettamente coerenti con la diversa efficacia attribuita al deposito bancario in ciascuna delle due ipotesi contemplate». Questa diversità di disciplina non si tradurrebbe, secondo la Suprema Corte, «in una violazione delle regole del concorso dei creditori e, al tempo stesso, in una lesione della garanzia generica rappresentata dal patrimonio del debitore», perché «il versamento di tali somme presso l'istituto bancario, comportandone l'immediata e definitiva fuoriuscita dal patrimonio fallimentare e l'ingresso in quello dell'assegnatario, con effetto liberatorio nei confronti del fallimento, costituisce anzi concreta espressione del concorso e modalità di attuazione della garanzia patrimoniale, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la circostanza che, in caso di mancato ritiro da parte dell'avente diritto, il credito di quest'ultimo nei confronti dell'istituto bancario sia destinato ad estinguersi per prescrizione, dal momento che tale vicenda resta del tutto estranea al patrimonio fallimentare, incidendo esclusivamente su quello dell'assegnatario». Né dovrebbe giungersi a conclusioni differenti nel caso in cui le somme venissero depositate nelle forme dei depositi giudiziari in quanto, anche in questo caso, «ad estinguersi, per effetto della prescrizione o della devoluzione al Fondo unico giustizia, non [è] un diritto incluso nell'attivo del fallimento, ma il credito vantato dall'assegnatario nei confronti della banca o del gestore del servizio postale in conseguenza del deposito delle somme accantonate». Da ciò conseguirebbe, peraltro, che sulle somme depositate «i creditori non assegnatari non possono considerarsi titolari di alcun diritto, e non essendo pertanto configurabile, almeno nei loro confronti, una privazione della proprietà, nel senso previsto» dall'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla CEDU.

Aggiunge, ancora, la Cassazione, che «la pluralità delle soluzioni ragionevolmente ipotizzabili per la risoluzione della problematica concernente la destinazione delle somme accantonate nel piano di riparto e non riscosse dagli assegnatari induce [...] ad escludere che la mera adozione di differenti criteri da parte delle diverse discipline succedutesi nel tempo possa dar luogo ad un'ingiustificata disparità di trattamento tra creditori rimasti ugualmente insoddisfatti a seguito del riparto finale, in quanto [...] l'inapplicabilità della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, art. 107, alle procedure concorsuali apertesì in data anteriore alla sua entrata in vigore costituisce espressione di una scelta discrezionale del legislatore, ispirata ad un discrimine temporale non arbitrario, rappresentando il decorso del tempo un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche».

Secondo la Suprema Corte, pertanto, l'intervenuta modifica dell'art. 117 l. fall., «con la conseguente attribuzione ai creditori rimasti insoddisfatti della facoltà di chiedere la redistribuzione delle somme precedentemente accantonate in favore dei creditori che non le abbiano riscosse o di quelli

risultati irreperibili, non consente [...] di ritenere esistente tale diritto anche nel regime previsto dal testo previgente».

Come anticipato, la pronuncia di Cass. n. 4514/2019, in seguito, trovato conferma in due successive decisioni.

La prima (Cass. n. 5618/2020) aggiunge ai rilievi sopra trascritti l'assimilazione – come vedremo niente affatto irrilevante – del deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, vecchio testo, al “deposito liberatorio” previsto dall'art. 1210 cod. civ. Al riguardo, il Supremo Collegio afferma che *«nel regime originario della legge fallimentare [...] il deposito delle somme fatto dalla procedura veniva a innestare un rapporto contrattuale in modo diretto corrente tra il creditore – non presentato o irreperibile – e l'istituto depositario. La richiamata “quietanza” rispondeva, quindi, al “pagamento” posto in essere dalla procedura a mezzo deposito liberatorio (come sostanzialmente intestato al creditore che si è disperso): con la medesima forza effettuale, cioè, di cui è dotato il deposito previsto dalla norma dell'art. 1210 c.c.»*: con ciò apparendo *«del tutto manifesta»* la *«simmetria tra la posizione del creditore, che (dopo avere fatto domanda di insinuazione) risulta disperso al tempo della distribuzione del ricavato, e la posizione del creditore messo in mora, secondo le regole del codice civile»* (sulle conseguenze di tale assimilazione, v. *infra*, *amplius*, §§ 5-8). Secondo la pronuncia in esame, quindi, *«nel regime poi sostituito dalla riforma del 2006 ... le somme rimaste non rimosse non fanno più parte della massa attiva del fallimento, né sono più nella disponibilità degli organi della procedura. Perché non sono più, prima di ogni altra cosa, di proprietà del debitore ex-fallito (così la disposizione di base dettata dall'art. [1210] c.c., comma 2: “eseguito il deposito... il debitore non può più ritirarlo ed è liberato dalla sua obbligazione”)»*.

La seconda sentenza (Cass. n. 7120/2020), richiamando il precedente di Cass. n. 29466/2018 (pronunciata in tema di concordato fallimentare), ha invece affermato che *«il fallito tornato in bonis o i suoi aventi causa, ove a seguito della chiusura del fallimento avessero ritenuto che la somma versata ex art. 117, comma 3, l. fall. nel testo non più vigente dovesse essere loro restituita a seguito del decorso del termine di prescrizione decennale, non avrebbero potuto [...] che adire il giudice ordinario in sede di cognizione, a motivo tanto della definitiva fuoriuscita della somma versata dall'ambito procedurale all'atto del deposito, quanto della mancanza di specifiche norme che prevedessero una ultrattività degli organi fallimentari a seguito della chiusura della procedura allo specifico scopo di dare destinazione alle somme non reclamate. In altri termini, una volta effettuato il deposito e chiuso il fallimento, il Tribunale fallimentare rimaneva estraneo alle sorti delle somme così destinate e, di conseguenza, non poteva assumere statuizioni che le riguardassero, tanto più con provvedimento avente natura decisoria»*.

Come si vedrà, le conclusioni cui giunge la giurisprudenza di legittimità non sono condivisibili. Proprio l'accostamento – questo sì corretto e condivisibile – dell'istituto previsto dal 3° comma del previgente art. 117 l. fall. alle norme generali dettate in tema di “deposito liberatorio” conduce, infatti, ad affermare che, decorso un certo tempo senza che il deposito venga richiesto da parte dei creditori irreperibili, le somme depositate possono senz'altro rientrare nella sfera di disponibilità della procedura concorsuale, sotto forma di diritto di credito nei confronti del depositario e con conseguente possibilità per gli altri creditori insoddisfatti di richiederne una ripartizione supplementare.

5. Il deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, l. fall. come “deposito liberatorio” ai sensi dell'art. 1210 cod. civ.

Per meglio chiarire l'affermazione appena svolta, merita approfondire ulteriormente la natura del deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, l. fall. nel testo anteriore alla riforma del 2006. La norma, come detto, prevede(va) che *«per i creditori che non si presentano o sono irreperibili la somma dovuta è depositata presso un istituto di credito. Il certificato di deposito vale quietanza»*. L'inciso contenuto nel secondo periodo della disposizione trascritta – come del resto confermato anche da Cass. n. 5618/2020 – legittima l'assimilazione della funzione del citato deposito a quello previsto, nell'ambito del diritto civile generale, dall'art. 1210 cod. civ., nel contesto della disciplina della mora del creditore¹⁵. È previsto, infatti, che *«se il creditore rifiuta di accettare l'offerta reale o non si presenta per ricevere le cose offertegli mediante intimazione, il debitore può eseguire il deposito»* e che, *«una volta eseguito il deposito, il debitore non può più ritirarlo ed è liberato dalla sua obbligazione»*.

Se, allora, il deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, vecchio testo, l. fall., va inquadrato – come afferma anche la Cassazione – nella figura del deposito liberatorio previsto nell'ambito della disciplina dell'offerta reale, è in queste norme che vanno ricercate le regole che presidiano alla sorte delle somme destinate ai creditori irreperibili.

Rileva, perciò, in primo luogo, nell'ottica appena delineata, il disposto dell'art. 1213 cod. civ. che, da un lato, al comma 1, esclude la valenza liberatoria del deposito là dove il debitore, dopo averlo effettuato, lo ritira prima che lo stesso sia stato accettato dal creditore o prima che sia stato riconosciuto valido con sentenza passata in giudicato; dall'altro lato, al comma 2, legittima il

¹⁵ La tesi è sostenuta, in primo luogo, da G. CATTANEO, *sub* art. 1210, in *Della mora del creditore*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1973, p. 206, secondo il quale *«un altro caso particolare di deposito liberatorio è previsto dal r.d. 16 marzo 1942 n. 267, in tema di fallimento»* e *«può avere luogo dopo che il giudice delegato abbia ordinato il riparto finale delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo»*.

debitore al ritiro del medesimo deposito anche dopo «*l'accettazione [...] o il passaggio in giudicato della sentenza che lo dichiara valido*», purché il creditore lo consenta¹⁶.

Alla luce di quanto precede, occorre allora interrogarsi sulla possibilità che il consenso al ritiro del deposito accettato o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, previsto dall'art. 1213, 2° comma, cod. civ., possa essere equiparato – nel contesto di interesse – al comportamento inerte del creditore irreperibile.

La risposta a questo interrogativo non può prescindere dalla particolare natura del deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, vecchio testo, l. fall. e, in particolare, dalla previsione contenuta nell'art. 2, 2° comma, lett. *c-bis*, d.l. 16 settembre 2008, n. 143, secondo cui «*le somme di denaro ovvero i proventi [...] depositati presso Poste Italiane S.p.A., banche e altri operatori finanziari, in relazione a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali, non riscossi o non reclamati dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito o è divenuta definitiva l'ordinanza di assegnazione, di distribuzione o di approvazione del progetto di distribuzione*» confluiscono nel F.U.G. Tale disposizione, come detto, pone un termine di decadenza di cinque anni a carico dei creditori irreperibili per “accettare” il deposito: decorso questo termine, essi non hanno più diritto a ritirare le somme.

Ciò premesso, va allora ricordato che secondo la Cassazione, «*il silenzio o l'inerzia [...] possono essere interpretati quale manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto di credito*» solo nei «*casi in cui gravi sul creditore l'onere di rendere una dichiarazione volta a far salvo il suo diritto di credito*» (Cass. 25 agosto 1999, n. 8891): in questo caso, il concreto esercizio del diritto a pretendere il pagamento delle somme depositate mediante richiesta al depositario.

Il comportamento inerte del creditore irreperibile che, conscio del termine di decadenza quinquennale, non si rivolga al depositario per ritirare le somme depositate a suo favore potrebbe, conseguentemente, essere considerato quale «*manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto di credito*» e, quindi, quale consenso al ritiro della somma depositata da parte del debitore.

Ne deriva che, in presenza di tale consenso tacito al ritiro del deposito, sorgerebbe in capo ai disciolti organi della procedura fallimentare (che agiscono nell'interesse della massa dei creditori) un diritto al ritiro del deposito e, quindi,

¹⁶ Con conservazione, in questo caso, del relativo effetto liberatorio: così G. CATTANEO, *sub* art. 1213, cit., 233; in senso conforme, G. GIACOBBE, voce «Offerta reale (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, § 20; *contra* U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, “Mora accipiendi” e “mora debendi”, Milano, 1975, p. 196 s., secondo i quali, con il consenso al ritiro del deposito, riviverebbe l'obbligazione originaria.

a riacquistare la disponibilità delle somme depositate a favore dei creditori irreperibili, per destinarle al soddisfacimento delle pretese di altri creditori rimasti insoddisfatti.

6.1. Il deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, l. fall. come “deposito nell'interesse di un terzo”

Secondo una parte della dottrina il “deposito liberatorio” previsto dall'art. 1210 cod. civ. (e, quindi, se è vera la premessa, anche il deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, l. fall. nel testo anteriore alla riforma del 2006) è riconducibile allo schema del contratto a favore del terzo, perché la sua disciplina trova corrispondenza in quella dell'art. 1411 cod. civ., nonché in quella dell'art. 1773 cod. civ. in tema di cose depositate “anche nell'interesse di un terzo”¹⁷. Il “deposito liberatorio” si distinguerebbe dalle due fattispecie negoziali appena citate per il peculiare effetto di liberare lo stipulante dall'obbligazione. Ma, a questo riguardo, è stato osservato che tale particolarità non vale ad escludere l'equiparazione del deposito liberatorio al contratto a favore di terzo perché l'effetto della liberazione del debitore è previsto dalla legge in relazione alla particolare funzione assegnata dalla legge a tale procedimento, ricollegabile all'esistenza di una sentenza costitutiva di convalida del deposito (sostituita, nel contesto delle procedure concorsuali, dal provvedimento di ammissione al passivo), «*la quale è prevista appunto al fine di produrre una conseguenza che il solo negozio non potrebbe di per sé provocare*»¹⁸.

Dalla qualificazione del “deposito liberatorio” – e, dunque, anche del deposito previsto dall'art. 117, 3° comma, vecchio testo, l. fall. a favore dei creditori cc.dd. “irreperibili” – quale contratto a favore del terzo derivano importanti conseguenze. L'art. 1411, 3° comma, cod. civ., infatti, dispone che «*in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto*» (e, del resto, con riguardo al deposito effettuato anche nell'interesse di un terzo si è autorevolmente osservato che sarebbe inammissibile che «*un soggetto estraneo al contratto [abbia] il potere illimitato di paralizzare, eventualmente all'infinito, il diritto*

¹⁷ Così, G. CATTANEO, *op. cit.*, 188 ss.; in senso conforme, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1998, 412; già G. PACCHIONI-C. GRASSETTI (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, Padova, 1950, 16; M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile (1955-56)*, Varese, 1956, 131; *contra* A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 200 ss., secondo il quale si tratterebbe della combinazione di un contratto di deposito con un contestuale contratto di accollo, tale per cui il depositario assumerebbe il debito del depositante verso il terzo, con conseguente liberazione del depositante.

¹⁸ Così: G. CATTANEO, *op. cit.*, 189.

del depositante alla restituzione», dovendosi, per contro, qualificare tale negozio come il contratto con cui «il depositante effettua un deposito con l'intento che il depositario consegni la cosa ad un terzo, se si verifica un determinato evento futuro e incerto, o che restituisca la cosa a lui medesimo, se quell'evento non si verifica»¹⁹.

Applicando la norma appena citata, il “rifiuto” del creditore irreperibile di riscuotere la somma depositata nel suo interesse, comporterebbe l'effetto di far permanere la prestazione (: il pagamento della somma di denaro depositata) a beneficio dello stipulante (: la curatela fallimentare).

Resta, tuttavia, da verificare se il semplice decorso del tempo senza che il creditore ritiri le somme depositate possa integrare la fattispecie del “rifiuto” prevista dall'art. 1411, 3° comma, cod. civ.

6.2. (Segue) La decadenza prevista dall'art. 2, lett. c-bis., d.l. 16 settembre 2008, n. 143. Rifiuto del terzo di profittare della stipulazione e “Verwirkung”.

Secondo la dottrina, il rifiuto del terzo, menzionato dall'art. 1411, 3° comma, cod. civ., costituisce, in realtà, una vera e propria rinuncia ad esercitare il diritto di credito nei confronti del depositario²⁰. Al riguardo, è noto che la giurisprudenza di legittimità ha ormai fatto propria – riconoscendone la validità nel nostro ordinamento giuridico – la teoria, elaborata dalla dottrina tedesca, della c.d. *Verwirkung*. In particolare, secondo la Cassazione, *«il comportamento – interpretato alla luce dei principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. – del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, è idoneo come tale (essendo irrilevante qualificarlo come rinuncia tacita ovvero oggettivamente contrastante con gli anzidetti principi) a determinare la perdita della medesima situazione soggettiva (vedi Cass. 28-04-2009 n. 9924). Che, poi, «di questo comportamento rilevi l'atteggiamento soggettivo di rinuncia tacita ovvero la valutazione oggettiva, resa dall'interprete, di non conformità alla correttezza o alla buona fede, tutto ciò non importa ai fini del risultato finale di perdita della situazione di vantaggio (in questi termini, vedi in motivazione, Cass. cit. n. 9924/2009 e relativi riferimenti a Cass. 15-3-2003 n. 5240, 26-2-2004 n. 3861, 26-6-2008 n. 13549 secondo cui il ritardo nell'esercizio del diritto può portare, nell'insieme delle specifiche circostanze, a ravvisare una*

¹⁹ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 325; in senso conforme A. DALMARTELLO - G.B. PORTALE, voce «Deposito (dir. vig.)», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, § 29.

²⁰ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. del Cod. Civ.*, IV, 2, Torino, 1980 p. 347; O.T. SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1991, 6.

tacita rinuncia alla situazione giuridica di vantaggio di cui si è titolari)» (così Cass. 8 aprile 2016, n. 6900).

Potrebbe allora concludersi nel senso che il comportamento del creditore irreperibile che trascuri di esercitare il diritto di riscuotere le somme depositate dal curatore, addirittura permettendo che operi il termine di decadenza quinquennale previsto dall'art. 2, lett. *c-bis*, d.l. n. 143/2008, costituisca indice di una sua «*tacita rinuncia alla situazione giuridica di vantaggio di cui [...] è titolar[e]*», con conseguente applicazione dell'art. 1411, 3° comma, cod. civ., che appunto dispone, in questo caso, che la prestazione rimanga a beneficio dello stipulante, cioè della curatela fallimentare. Ne deriva, quindi, che, anche seguendo l'impostazione appena descritta, i disciolti organi della procedura riacquisterebbero la disponibilità delle somme depositate a favore dei creditori irreperibili.

7. Conseguenze dell'interpretazione proposta

Sia che si faccia ricorso alla disciplina del “deposito liberatorio”, sia – e a maggior ragione – se si ritiene che tale figura di deposito sia riconducibile al contratto a favore del terzo, deve legittimamente concludersi nel senso che la prolungata inerzia dei creditori irreperibili nel riscuotere le somme depositate a loro favore faccia sorgere in capo al depositante (: la curatela) un diritto verso il depositario a pretendere la restituzione delle somme versate. E tali somme, analogamente a quanto prevedeva (e prevede oggi) l'art. 117, 2° comma, l. fall. con riguardo a quelle depositate a favore dei creditori “condizionali” rispetto ai quali la condizione non si è verificata o la cui verifica è divenuta impossibile, dovrebbero essere oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori rimasti, in tutto o in parte, insoddisfatti. E del resto, in linea con tale conclusione, sembra porsi anche l'art. 2, 2° comma, lett. *c-bis*, d.l. n. 143/2008, là dove prevede che confluiscono al F.U.G. le somme «*non riscoss[e] o non reclamat[e] dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito*».

Circa le modalità della prospettata ripartizione, potrebbe sostenersi (anche se, alla luce delle citate pronunce della Cassazione, non appare agevole sostenere tale argomentazione), in primo luogo, che trovi applicazione, in via analogica, il meccanismo oggi previsto dall'ultimo comma dell'art. 117 l. fall., secondo cui le somme non riscosse vengono ripartite «*fra i soli richiedenti*». Ne deriverebbe che, a seguito dell'istanza di uno o più creditori finalizzata a procurare il recupero delle somme non riscosse presso il depositario, queste dovrebbero essere oggetto di distribuzione, nel rispetto dell'ordine previsto dall'art. 111 l. fall., solo tra coloro che hanno presentato l'istanza. Appare, tuttavia, più plausibile che possa trovare applicazione (ancora una volta, in via analogica) la norma contenuta nell'art. 117, 2° comma, l. fall. (vecchio testo:

ma la norma è riprodotta anche dopo la riforma del 2006), per cui tali somme dovrebbero essere oggetto di «*riparto supplementare fra gli altri creditori*»: cioè tutti i creditori ammessi al passivo diversi dagli irreperibili (essendo per questi ultimi maturata la decadenza quinquennale sopra ricordata). Ciò potrebbe avvenire:

(i) o da parte dei disciolti organi della procedura che, secondo una parte della dottrina, conservano singole e determinate funzioni, quale quella di predisporre un riparto fallimentare supplementare²¹;

(ii) o ricorrendo, su istanza di qualunque creditore (o dello stesso debitore ritornato *in bonis*), all'istituto "generale" della riapertura del fallimento ex art. 121 l. fall. (come bene osservato, «*l'istituto in parola rappresenta un'applicazione della regola per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri, di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., dovendo la sopravvenienza di risorse essere gestita, in presenza di obbligazioni non soddisfatte a seguito della chiusura del fallimento [...], in base alle regole della concorsualità, anziché secondo quelle dell'esecuzione individuale*»).

8. Interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 117, 3° comma, l. fall. nel testo anteriore alla riforma del 2006

Le conclusioni cui si è giunti sono, peraltro, imposte dalla interpretazione dell'art. 117, 3° comma, l. fall. nel testo anteriore alla riforma del 2006, in un senso conforme alla Costituzione.

Se l'originario articolato delle legge fallimentare poteva, infatti, ammettere forti limitazioni del diritto dei creditori ad attuare, nell'ambito del fallimento, la garanzia patrimoniale della propria pretesa anche in nome dell'interesse pubblico all'efficiente funzionamento della procedura ed alla rapida definizione della fase di eradicazione dell'impresa malata dal mercato, ciò non sembra però compatibile con la c.d. "Costituzione economica" che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento nel 1947.

Non va dimenticato, infatti, che l'approvazione della legge fallimentare del 1942 si colloca in un'epoca nella quale l'architettura tipicamente individualistica in cui affondava le proprie radici la concezione ottocentesca dello Stato era stata da tempo messa in crisi. Essa aveva lasciato il posto al

²¹ C. CELORIA-P. PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, I, Milano-Messina, 1960, p. 707 ss.; M.R. GROSSI, *Il nuovo curatore fallimentare*, Milano, 2009, p. 320; E. Mattei, *La ripartizione dell'attivo*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Vicenza, 2016, 2, p. 2241; in giurisprudenza, Trib. Milano, 22 marzo 2017, in *ilcaso.it*, secondo cui – con riguardo alla disciplina riformata – il giudice delegato e il curatore restano in carica, anche quando il fallimento è stato chiuso per integrale ripartizione dell'attivo, al fine di procedere a un riparto supplementare di somme conseguite dopo la chiusura.

tentativo di superamento della centralità della proprietà in favore di un concetto di impresa che, secondo l'ideologia corporativa fascista, doveva essere funzionale al superiore interesse della Nazione sancito dalla "Carta del lavoro" del 1927²².

La legislazione concorsuale del 1942 è quindi l'esito di un processo evolutivo (o, se si vuole, piuttosto, involutivo) che nasce negli anni '30 del secolo scorso, basato sull'assunto per cui la crisi delle imprese «*doveva essere affrontata con procedure che rapidissimamente, senza intralci da parte di chicchessia (nemmeno i creditori), dovevano portare alla liquidazione del patrimonio*». In queste procedure il giudice aveva poteri decisori esclusivi e i creditori rimanevano sullo sfondo, quali destinatari passivi di un'attività di etero-tutela dei propri interessi sulla quale non avevano indirizzo né controllo²³.

Tuttavia, nonostante la legge fallimentare avesse posto la tutela dell'interesse pubblico al di sopra dei diritti del debitore e dei creditori, una volta entrata in vigore la Costituzione, che ha scelto – pur con certi limiti – un sistema di economia di mercato e ha considerato inviolabile il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti soggettivi, essa non subì modifiche: almeno finché (dopo una serie di tentativi falliti negli anni) non è intervenuta la riforma del 2006 (preceduta dal più limitato intervento sul concordato preventivo nel 2005).

Il fatto che il legislatore del 1942 non avesse espressamente tenuto conto del legittimo interesse dei creditori rimasti insoddisfatti ad attuare la propria garanzia patrimoniale, ai sensi dell'art. 2740 cod. civ., sulle somme non riscosse dai creditori irreperibili – ciò che, forse, può trovare fondamento in un contesto come quello descritto – non significa necessariamente che l'assenza di una tutela del genere sia da ritenere compatibile con le norme (sopravvenute alla legge fallimentare) contenute nella Carta Costituzionale e, in particolare, con quella che viene definita la c.d. "Costituzione economica".

²² Secondo cui «*lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. – L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato*»: cfr. L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in *La cultura negli anni '30*, a cura di G. Morbidelli, Firenze, 2014, p. 165; sulla visione dell'impresa come comunità di Lorenzo Mossa, il quale la concepiva come «*non più la proiezione di un soggetto e del suo dominio ma una comunità che veda coinvolte nel suo governo anche le forze del lavoro*», e sul carattere di relativo isolamento di tale visione nel panorama italiano, v. P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini*, XXVIII, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, 1999, 999 ss., ivi 1005 ss.

²³ L. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 172.

Al riguardo, è stato osservato che il “credito” è tutelato dalla Costituzione sia dal punto di vista sostanziale, sia da quello processuale²⁴.

Sotto il primo profilo, rilevano sia il principio consacrato nell’art. 41, che protegge *«una posizione individuale di vantaggio, e cioè quel diritto di iniziativa economica che trova nel diritto di credito (nella conservazione e attuazione dei crediti acquisiti) una fondamentale condizione di operatività»*; sia quello fissato dall’art. 42, che si ritiene *«capace di coprire con le sue garanzie [non solo il diritto di proprietà, ma anche] qualsiasi situazione soggettiva che rappresenti un valore patrimoniale per chi ne è titolare, anche se è un valore che non si esprime nel dominio di una res»*.

Sotto il secondo profilo, la Costituzione, con l’art. 24, tutela il credito nei confronti di discipline (come quella che verrebbe in rilievo se si interpretasse l’art. 117, 3° comma, l. fall. negando ai creditori insoddisfatti di beneficiare delle somme non rimosse spettanti agli irreperibili) *«che, in vario modo, pregiudicano la (piena) azionabilità e la difendibilità in giudizio delle posizioni dei creditori di un’impresa insolvente»*.

A questo riguardo, si registrano, ad esempio, pronunce sentenze della Corte Cost., come la n. 539/1990 (e, ancor prima, la n. 102/1986) che hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale di determinati profili dell’art. 100 l. fall., nella parte in cui comprimereva entro limiti troppo stretti il diritto dei creditori concorsuali di opporsi all’ammissione tardiva di crediti. Ma nello stesso solco (per quanto con riferimento a profili di incostituzionalità di norme estranee alla legge fallimentare) si può apprezzare anche la sentenza n. 155/1994, che – sebbene abbia respinto la questione di illegittimità costituzionale – ha aperto uno spazio, per quanto limitato, alla possibilità di affermare, pur in presenza di una formale tutela giurisdizionale, la sua inadeguatezza a garantire in modo soddisfacente la posizione soggettiva tutelata (vero è che i creditori insoddisfatti godono di una tutela giurisdizionale, ma questa – se si interpreta l’art. 117 l. fall. escludendo la possibilità di beneficiare riparti aggiuntivi – può essere considerata non adatta a tutelare adeguatamente la loro posizione soggettiva di creditori). Con riguardo al profilo della tutela sostanziale (ancora una volta respingendo nel caso concreto il dubbio di incostituzionalità), la Corte afferma che è sì ammissibile che la legge sacrifichi diritti o valori meritevoli di protezione (come il diritto di credito) in nome della tutela di altri interessi; ma tale sacrificio è legittimo (dal punto di vista costituzionale) in tanto, in quanto risulti ragionevolmente giustificato dall’esigenza di proteggere anche altri valori e altre posizioni di interesse a loro volta (più) meritevoli di tutela costituzionale.

²⁴ V. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 1 ss.

In altri termini, per verificare la costituzionalità di una norma che sacrifica il diritto dei creditori a soddisfare pienamente la propria garanzia patrimoniale sull'altare di altri interessi, occorre *«idealmente porre su un piatto della bilancia tale sacrificio di posizioni individuali; e sull'altro piatto i valori e gli obiettivi che tramite quel sacrificio si vogliono salvaguardare (avendo anche riguardo a un principio di proporzionalità o adeguatezza, e cioè al grado in cui quel sacrificio – nella specifica intensità in cui esso volta a volta si manifesta – sia obiettivamente funzionale o necessario alla tutela di quei valori/obiettivi)»*²⁵.

Ora, ritornando alla nostra questione, non sembra affatto che il sacrificio imposto ai creditori parzialmente insoddisfatti di non potere beneficiare del riparto aggiuntivo delle somme non rimosse dagli irreperibili sia compensato, adeguatamente e proporzionalmente, dal conseguimento di obiettivi e interessi maggiormente meritevoli di tutela e che trovano attuazione in principi costituzionali dotati di una forza quantomeno pari ordinata.

Non è certo sovraordinato all'interesse dei creditori dell'impresa insolvente quello dello Stato a conseguire le somme depositate con il meccanismo del F.U.G.: si dovrebbe altrimenti affermare che la liquidazione del patrimonio di un debitore insolvente risponde (anche) a un interesse pubblico estraneo all'organizzazione imprenditoriale e al mercato. Né può dirsi che l'obiettivo che voleva conseguire il legislatore fosse quello della più rapida chiusura dei fallimenti: sia perché le regole che presidiavano gli accantonamenti per i crediti sottoposti a condizione avrebbero comunque determinato un ritardo nella definizione del processo di fallimento; sia perché, se questo era l'obiettivo del legislatore, di certo la previsione dell'art. 117 l. fall. non si è dimostrata adeguata al raggiungimento dello scopo, se è vero – com'è vero – che in Italia abbiamo assistito a fallimenti che si sono protratti per più di una decina d'anni; infine, perché l'esigenza di portare a termine rapidamente le procedure fallimentari è stata tenuta ben presente dal legislatore della riforma del 2006, che tuttavia ha previsto espressamente il diritto dei creditori insoddisfatti a chiedere la ripartizione delle somme non rimosse dagli irreperibili. Infine, volendo tenere presente il contesto normativo dell'epoca, che non aveva preso in considerazione la "prassi" del deposito giudiziario e non conosceva le disposizioni del d.l. n. 143/2008, non si può certo affermare che il diritto dei creditori insoddisfatti potesse essere sacrificato a vantaggio di quello della banca depositaria che, secondo l'interpretazione più diffusa, avrebbe potuto incamerare definitivamente le somme depositate una volta prescritto il diritto del creditore irreperibile a richiederne il pagamento.

Le considerazioni che precedono non consentono quindi di interpretare l'art. 117, 3° comma, l. fall. (vecchio testo), anche sulla base della sua qualificazione

²⁵ Così V. ROPPO, *op. cit.*, p. 9.

quale “deposito liberatorio”, nel senso di privare i creditori insoddisfatti del diritto di ottenere una tutela giurisdizionale del proprio diritto all’attuazione alla garanzia patrimoniale generica costituita dal patrimonio del debitore su qualunque somma residui nell’ambito della liquidazione fallimentare.

Ne deriva che va necessariamente riconosciuto, in capo ai creditori insoddisfatti, il diritto a concorrere alla ripartizione delle somme non riscosse dai creditori “irreperibili” a favore dei quali erano state depositate. Diritto da attuarsi o nelle forme oggi previste dall’art. 117, 4° e 5° comma, l. fall., al quale si potrebbe attribuire valenza di attuazione, anche in via di interpretazione della disciplina abrogata dalla riforma del 2006, di un adeguato bilanciamento tra diversi interessi costituzionalmente garantiti; ovvero, comunque, ritenendo a questi fini adeguato il meccanismo già previsto nel vecchio testo dell’art. 117 l. fall. per la distribuzione delle somme oggetto di deposito a favore dei creditori “condizionali” nel caso di mancata o impossibile verifica della condizione.

**IL VALORE RISERVATO AI SOCI EX ART. 120-QUATER CCII:
BREVI RIFLESSIONI *DE IURE CONDITO* SULLA
POSSIBILE QUANTIFICAZIONE**

NICOLA CADEI

Sommario: 1. Alcune considerazioni sulla differente posizione dei soci e dei creditori in termini di “valore di mercato” ricavabile dall’esecuzione di un piano di concordato – 2. Finalità della procedura – 3. Gli evidenti disallineamenti temporali previsti dalla norma ed il conseguente elevato grado di incertezza operativa – 4. La valutazione ipoteticamente impiegabile – 5. Conclusioni

Abstract: Il presente studio esplora il concetto di valore attribuito ai soci secondo quanto disposto dall'articolo 120-*quater* del Codice Civile, focalizzandosi sulla sua possibile quantificazione. Il lavoro riflette sugli obiettivi della procedura di concordato ed evidenzia le sfide temporali e l'incertezza operative previste dalla normativa attuale. Infine, propone considerazioni su potenziali approcci di valutazione da adottare in questo contesto specifico.

Parole Chiave: Codice della crisi e dell’Insolvenza, ruolo dei soci nel concordato preventivo, art. 120-*quater* Codice Civile.

Abstract: This study explores the concept of value attributed to shareholders as stipulated by Article 120-*quater* of the Italian Civil Code, focusing on its potential quantification. The paper reflects on the objectives of the arrangement with creditors procedure and highlights the temporal challenges and operational uncertainties envisaged by current regulations. Lastly, it offers insights into potential evaluation approaches applicable within this specific context.

Keywords: Italian Insolvency Code (“Codice della crisi”), role of shareholders in arrangement with creditors, Article 120-*quater* Italian Civil Code.

Premessa

La lettera dell'art. 120-*quater* del D.Lgs. 12 gennaio 2019 n° 14 (d'ora in avanti anche "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza" ovvero "CCII"¹), con particolare riferimento al caso di dissenso della c.d. "infima" classe, sta ponendo agli operatori di settore non ben pochi temi di applicabilità della norma rispetto agli innumerevoli differenti casi concretamente riscontrabili, comportando al contempo notevoli questioni in termini di stabilità delle procedure di concordato in continuità.

Il presente elaborato ha la finalità di fornire alcune linee guida al fine della quantificazione del c.d. "*valore riservato ai soci*"² richiamato indirettamente dal primo e direttamente dal secondo comma dell'art. 120-*quater* CCII nell'ambito della regolamentazione delle procedure che prevedono un classamento dei creditori (ovverosia nel concordato e nei piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione), oltretché di voler stimolare alcune riflessioni, stante l'attuale formulazione normativa, in merito alla concreta ed obiettività possibilità della relativa quantificazione.

1. Alcune considerazioni sulla differente posizione dei soci e dei creditori in termini di "*valore di mercato*" ricavabile dall'esecuzione di un piano di concordato

L'art. 120-*quater* CCII, rubricato "Condizioni di omologazione del concordato con attribuzioni ai soci" esordisce al primo comma richiedendo, quale necessaria condizione di applicabilità dello stesso, che il piano di concordato³ preveda – non risulta chiaro se esplicitamente oppure solo implicitamente, ovverosia in modo ricavabile dai relativi dati⁴ – che il valore

¹ Per un'ampia disamina della normativa di riferimento, oltretché dell'evoluzione della disciplina della crisi, si rimanda al Volume "*Diritto della crisi e dell'insolvenza*", a cura di S. Pacchi e S. Ambrosini, Zanichelli editore, Bologna 2023.

² Nel prosieguo verranno identificati "soci" sia i quotisti delle società di persone e delle S.r.l., sia gli azionisti delle S.p.A..

³ Come noto, documento il cui contenuto e condizioni sono decisi – con competenza esclusiva – dall'Organo amministrativo societario. Sul punto, oltretché per una disamina del rapporto tra amministratori e soci (anche da un punto di vista del relativo classamento), si rimanda a A. Nigro, *La nuova disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 11 ottobre 2022.

⁴ Ai sensi dell'art. 87 del CCII tale previsione non risulta prevista nel contenuto del piano di concordato. Al fine di evitare comportamenti opportunistici nella predisposizione del piano e nella formazione delle classi (soprattutto nel caso in cui l'Organo amministrativo coincida con la proprietà), si preferisce propendere per la seconda soluzione. Conformemente a tale interpretazione, A. Guiotto, *Il valore riservato ai soci nel concordato in continuità aziendale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 13 aprile 2023, P.G. Cecchini, *Il dilemma del conflitto di interessi: voto*

risultante dalla ristrutturazione⁵ conseguente all'omologazione della proposta sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda.

L'attribuzione di un qualsivoglia valore⁶ derivante dal piano di concordato (ovverosia, più pragmaticamente, di un'utilità economica) in capo ai soci anteriori alla presentazione della domanda, in una forma che deve necessariamente risultare confrontabile rispetto a quella prevista nel piano a favore dei creditori – quindi misurabile da un punto di vista finanziario⁷ –, risulta pertanto ulteriore presupposto per l'applicabilità della norma. Come condivisibilmente osservato da autorevole dottrina⁸, la differenza

negato o classato?, in *Dirittodellacrisi.it*, 30 ottobre 2023 e M. Fabiani e A. Guiotto, *Il valore della ristrutturazione destinabile ai soci*, in *Il Fallimento*, 2024 mentre opposta interpretazione è rinvenibile in L. Bottai, A. Pezzano, M. Ratti, M. Spadaro, *Il concordato preventivo con attribuzioni ai soci: criticità e prospettive del nuovo art. 120 quater CCII*, in *Dirittodellacrisi.it*, 8 novembre 2022. Sul punto si richiama altresì R. Brogi, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 1290 ss. secondo cui “[...] la norma in esame riguarda le ipotesi di piani in continuità aziendale e con una suddivisione obbligatoria in classi tra i creditori e i soci in favore dei quali è prevista l’assegnazione di parte del valore risultante dalla ristrutturazione”.

⁵ Per una definizione dottrinale della fattispecie, si rimanda ad A. Guiotto, *op. cit.*, P.G. Cecchini, *op. cit.*, R. Ranalli, *Con il Codice della crisi il risanamento è con i creditori e non vi è più spazio per chi li pregiudica*, in *Dirittodellacrisi.it*, 18 luglio 2023 e M. Maugeri, *Partecipazione sociale e valore dell’impresa in crisi*, in ODCC n. 1-2021. Secondo M. Fabiani e A. Guiotto, *op. cit.* “Il valore risultante dalla ristrutturazione cui si riferisce l’art. 120-quater è una grandezza assoluta che corrisponde al valore effettivo dell’azienda [meglio se “della partecipazione”] al momento dell’omologazione del concordato, al netto dell’indebitamento concorsuale e operativo”. Sempre M. Fabiani e A. Guiotto, *op. cit.*, opportunamente sottolineano che “Questo valore non coincide affatto con quello di “valore eccedente il valore di liquidazione”, o “plusvalore da continuità”, assoggettabile alla relative priority rule, che è invece calcolato come differenza tra i flussi finanziari netti prodotti dalla gestione nell’arco di piano, a servizio dell’indebitamento concorsuale, e il valore di liquidazione. [...] “Valore risultante dalla ristrutturazione” e “valore eccedente il valore di liquidazione” sono pertanto due grandezze concettualmente diverse, e ben potrà applicarsi la disciplina dell’art. 120-quater anche in presenza di un ingente plusvalore da continuità che renda la proposta di concordato molto più conveniente per i creditori rispetto all’alternativa liquidatoria”.

⁶ Secondo G. D’Attorre, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 1223 ss., “Esso comprende quello che viene definito il “valore di liquidazione”, ossia l’attivo ricavabile dalla liquidazione, atomistica o in blocco, del patrimonio del debitore, ed il c.d. plusvalore da continuità, ossia le risorse ricavabili dalla prosecuzione dell’attività nel periodo di piano”.

⁷ L’art. 84, terzo comma, secondo periodo CCII, indica che la proposta di concordato debba prevedere, per ciascun creditore, un’utilità specificamente individuate ed economicamente valutabile, che può consistere altresì nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

⁸ R. Rordorf, *I Soci di società in crisi*, in *Le Società*, 2023, 10, p. 1138 ss..

maggiormente rilevante tra la posizione dei creditori e quella dei soci⁹, dal punto di vista dei loro interessi patrimoniali [ndr. probabilmente meglio se intesi in termini di diritti finanziari, impliciti ovvero espliciti, attuali ovvero futuri], risiede nel fatto che i primi ambiscono a conseguire il pagamento (o eventualmente altra forma di soddisfazione) dei loro crediti¹⁰, mentre i secondi, quando la società non sia avviata alla liquidazione – ma se ne voglia preservare la continuità aziendale –, aspirano a preservare in tutto o in parte il valore delle loro partecipazioni [ndr. probabilmente meglio se, anche, “e la relativa redditività”]¹¹.

La confrontabilità delle grandezze, nell’ambito della procedura concorsuale, dovrebbe altresì presupporre la medesima effettività di valore conseguente all’omologazione della proposta, ovvero sia riguardare il valore concretamente realizzabile in un contesto per antonomasia caratterizzato da un differente ma elevato grado di rischio, non comportante in ogni caso l’automatica fuoriuscita dell’imprenditore dallo stato di crisi ovvero di insolvenza.

Per i creditori, tale configurazione di valore dovrebbe riflettere il fatto che l’importo loro offerto da parte del debitore – ovvero dal proponente della proposta concorrente¹² – nell’ambito della proposta di concordato (in ogni caso necessariamente preferibile, anche in termini attuariali, rispetto allo scenario della liquidazione giudiziale¹³) rappresenti il miglior soddisfo finanziario delle relative pretese¹⁴, ovvero sia il c.d. “valore di mercato” del diritto di credito

⁹ Ulteriore rispetto all’inversamente proporzionale aspettativa di ritorno delle due classi di *stakeholders*. Ciò risulta sicuramente riscontrabile, soprattutto, in situazioni dove il patrimonio netto ante-ristrutturazione si attesta, come normalmente accade, a valori negativi.

¹⁰ Il tutto nel limite del valore del relativo credito nel caso di classi dissenzienti in sede di votazione ai sensi dell’art. 112, secondo comma, lett. c) CCII. Ciò risulta altresì richiesto in caso di voto favorevole di tutte le classi ai sensi dell’art. 112, primo comma CCII, ai sensi del quale il “*Tribunale omologa il concordato verificati: [...] c) l’ammissibilità della proposta; d) la corretta formazione delle classi; e) la parità di trattamento dei creditori all’interno di ciascuna classe*”.

¹¹ Per un’ulteriore interessante disamina sul raffronto tra le posizioni dei creditori e di “mantenimento di interessi” da parte dei soci, si rimanda a G. Lener, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla “distribuzione” del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 febbraio 2022.

¹² Ai sensi dell’art. 90 CCII.

¹³ Pena, in caso contrario, l’inammissibilità della proposta di concordato in continuità ai sensi dell’art. 84 CCII.

¹⁴ Potrebbero esistere ulteriori incentivi per il creditore in termini di convenienza della proposta, quali ad esempio la continuazione del rapporto contrattuale, altresì tenuto conto del fisiologico restringimento dei termini di dilazione di pagamento concessi. Come opportunamente richiamato da attenta dottrina (G. Cecchini, *op. cit.*, nota 39), anche l’esonero da revocatoria costituirebbe una modalità di soddisfazione del credito concordatario (richiamo

calcolato sulla base dei relativi privilegi e dei flussi finanziari disponibili (da distribuirsi prima secondo la logica di APR e poi, per l'eccedenza, di RPR¹⁵). Allo stesso modo, il valore di mercato riservabile ai soci (al lordo del valore da essi apportato ai fini della ristrutturazione) dovrebbe rappresentare il prezzo che un soggetto indipendente ed informato, non sottoposto a particolari pressioni (obblighi di acquisto), sarebbe disponibile a sostenere al fine di acquistare dai soci la relativa partecipazione conseguentemente all'omologazione del concordato, tenuto conto della struttura finanziaria societaria risultante a tale data – così come delle previsioni di cui alla proposta di concordato – e secondo le rispettive interessenze (applicando quindi premi di maggioranza e sconti di minoranza, se del caso). In entrambi i casi, il valore di mercato dovrà riferirsi ed essere desunto unicamente rispetto allo specifico piano ed alla specifica proposta collegata alla domanda depositata¹⁶, senza considerare qualsivoglia ulteriore e difforme scenario non contemplato ovvero non induttivamente estrapolabile da tali documenti e dai dati ivi contenuti.

Inoltre, deve rimanere fermo il fatto che l'omologazione del concordato non comporta l'automatica fuoriuscita dell'imprenditore dallo stato di crisi ovvero di insolvenza in cui il medesimo si trovava nel momento di deposito della domanda, risultando il superamento di tali situazioni condizionato all'integrale esecuzione della proposta ivi contenuta e, in termini probabilistici, soggetto a rischi in termini di realizzabilità.

a S. Leuzzi, *Il giudizio di homologazione del concordato preventivo: oggetto, regole, controlli*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2023).

¹⁵ Sul tema della distribuzione del valore si rimanda a D. Vattermoli, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, in *Riv. Società*, 2018, p. 858 e ss., G. D'Attorre, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Il Fallimento*, 2020, p. 1015 e ss., G. D'Attorre, *prima op. cit.*, A. Rossi, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2022, D. Galletti, *Regole di priorità e distribuzione del plusvalore concordatario: due passi indietro ed un'occasione importante perduta*, in *Fallimentarista*, 2022, G. Acciaro ed A. Turchi, *Le regole di distribuzione del patrimonio tra passato e futuro*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2022, A. Ilacqua, *La regola della "relative priority rule" nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista di diritto societario*, 2023 e S. Ambrosini, *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano: gli interessi protetti e lo "statuto" della continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2024. Per quanto concerne la posizione dei diritti dei creditori nei confronti di terzi garanti e datori di pegno o ipoteca, l'art. 117, primo comma, secondo periodo CCII, prevede l'impregiudicata conservazione dei medesimi.

¹⁶ Conformemente R. Ranalli, *op. cit.*, secondo cui "In presenza di un piano, le regole di distribuzione sono chiare ed univoche. Sono i principi contabili, interni ed internazionali, che determinano, conformemente alla prassi aziendalistica, il valore in misura corrispondente ai valori attuali dei flussi risultanti dal piano stesso (che già prevedono con segno negativo i pagamenti spettanti ai creditori concorsuali)".

Altra sostanziale differenza nelle posizioni di soci e creditori è rinvenibile nell'orizzonte temporale in termini di aspettativa di ritorno economico ovvero di soddisfazione delle proprie aspettative ovvero pretese¹⁷, risultando normalmente l'ottica del socio (ancor più in caso di maggioranza ed in caso sia di tipo industriale¹⁸) di medio-lungo periodo (nel caso di specie almeno sino alla completa auspicata esecuzione del concordato) mentre quella del creditore di un più breve periodo¹⁹. Tale aspetto, unitamente ai diversi livelli di rischio derivanti dall'appartenenza ad una ovvero all'altra categoria, comporterà altresì la necessità di adottare due differenti criteri in termini di attualizzazione dei previsti flussi finanziari di categoria al fine dell'eventuale confronto dei rispettivi valori (ovvero tassi) di soddisfazione.

2. Finalità della procedura

Da un punto di vista della finalità della procedura, esulando il presente contributo dall'analisi dei requisiti necessari per il relativo accesso, risulta necessario distinguere le procedure con finalità liquidatorie da quelle finalizzate a mantenere ovvero recuperare la continuità aziendale²⁰, circostanziando l'applicabilità e gli effetti della normativa in funzione del caso²¹. In particolare, nelle procedure con finalità liquidatorie, l'obbligo di apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile e assicuri il soddisfacimento dei chirografari e dei degradati in misura non inferiore al 20% del relativo valore complessivo²², viene logicamente – ed ai sensi di legge²³ – adempiuto da parte dei soci (ovvero da figure ad essi correlate), unica categoria di soggetti mantenente un interesse attivo, quello dell'omologazione e della conseguente potenziale esdebitazione, ad apportare nella società in crisi risorse

¹⁷ Cfr. L. Panzani, *Le finalità del concordato preventivo*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 ottobre 2022.

¹⁸ Piuttosto che finanziario.

¹⁹ Salvo particolari categorie di creditori in particolari contesti, come ad esempio i creditori ipotecari per cui nel piano di concordato in continuità non viene prevista la cessione del bene su cui risulta iscritto il privilegio, con conseguente maggiore dilazione e previsione di un adeguato tasso di remunerazione, fermo restando il rispetto delle regole di APR e RPR, in termini di rimborsi.

²⁰ Tralasciando altresì il presente contributo l'analisi in merito al distinguo tra procedure con compagini sociali molto frazionate piuttosto che molto concentrate, risultando i soci – in particolare nel primo caso – minormente coinvolti nella (e nell'interesse alla) ristrutturazione.

²¹ Secondo M. Fabiani e A. Guiotto, *op. cit.*, è naturale che la previsione di cui all'art. 120-*quater* CCII possa essere applicata unicamente al concordato preventivo che si fondi su un piano di continuità dell'attività aziendale (esulando l'applicabilità alle ulteriori fattispecie).

²² Art. 84, terzo comma, CCII.

²³ Art. 84, quarto comma, ultimo periodo CCII.

a “fondo perduto”, per giunta integralmente a favore dei creditori concorsuali²⁴, risultando in tale caso impossibile derogare alla *absolute priority rule*²⁵.

Inoltre, per quanto qui d’interesse, nel concordato con liquidazione del patrimonio, la suddivisione dei creditori in classi non risulta in ogni caso obbligatoria²⁶ al contrario delle procedure in continuità aziendale, potendo conseguentemente astrattamente difettare il presupposto normativo del dissenso di una o più classi di creditori. Infine, la completa liquidazione del patrimonio comporta la cessazione dell’attività d’impresa e la conseguente sostanziale mancanza di utilità economica in capo ai soci limitatamente responsabili²⁷ in termini di ritorni economici ovvero finanziari, salvo per l’esdebitazione, per l’eventuale (remoto) riparto del residuo attivo di liquidazione²⁸ e per il caso in cui i medesimi, ricoprendo altresì posizioni nell’ambito dell’amministrazione (ed unicamente con riferimento a tale posizione) ovvero ruoli di direzione e coordinamento nei confronti della società in crisi, abbiano l’indiretto interesse ad evitare azioni revocatorie, risarcitorie ovvero recuperatorie nei loro confronti²⁹, così come eventuali azioni di inefficacia di atti e contratti posti in essere nell’ambito dei gruppi³⁰. In ogni caso, il valore di liquidazione del patrimonio dovrà essere destinato prioritariamente ai creditori sociali, risultando limitatissimi i casi in cui anche i soci potranno trarre qualsivoglia beneficio diretto, ovverosia attribuzione finanziaria.

In sostanza, la norma in oggetto risulta di limitatissimo interesse per le procedure prevedenti la liquidazione del patrimonio³¹.

²⁴ Tali apporti dovrebbero altresì rilevare ai sensi del valore eventualmente apportato dai Soci ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto.

²⁵ Conformemente, G. D’Atorre, *prima op. cit.*, secondo cui “*Nei concordati liquidatori, opera la regola della priorità assoluta (absolute priority rule)*”.

²⁶ Art. 85, primo comma CCII.

²⁷ A differenza dei soci illimitatamente responsabili, aggredibili anche rispetto al proprio patrimonio personale.

²⁸ Circostanza smorzata dal necessario apporto di risorse richiesto.

²⁹ Circostanza maggiormente riscontrabile in società a ristretta base azionaria ovvero con proprietà coincidente con il *management*.

³⁰ Art. 290 CCII.

³¹ Alla medesima conclusione si potrebbe giungere in ipotesi di concordato in continuità “indiretta” in cui l’azienda (ovvero le aziende) vengano gestite da parte di terzi (nel senso di soggetti estranei rispetto alla compagine societaria), cfr. P.G. Cecchini, *op. cit.*, M. Fabiani e A. Guiotto, *op.cit.*, secondo cui “*da un punto di vista formale l’art. 120-quater potrebbe riferirsi anche alla continuità indiretta, ma questa potenziale conclusione va subito revocata in dubbio posto che è necessario valutare in concreto se sia realizzabile una continuità indiretta a supporto di una proposta che conservi una quota di valore in capo ai soci e la risposta sarà tendenzialmente negativa, salvo qualche sporadico caso pratico*” e A. Nigro, *op. cit.*.

Nelle procedure in continuità aziendale, dove invece il legislatore ha espressamente previsto la tutela dell'interesse dei creditori³² ed il preservamento, nella misura possibile, dei posti di lavoro (art. 84, secondo comma, CCII), l'utilità economica per i soci può essere sicuramente ritratta dal risanamento dell'impresa, sia in termini di recupero del capitale investito, sia in termini di ripristino della redditività aziendale³³.

Tale interesse risulta in ogni caso lecito e previsto dalla Direttiva *Insolvency*, al cui "Considerando n. 2" è indicato che i quadri di ristrutturazione dovrebbero consentire ai debitori, tra l'altro, di massimizzare il valore anche per i proprietari, seppur con la doverosa limitazione³⁴ secondo cui "*gli Stati membri dovranno garantire che essi non possano impedire irragionevolmente l'adozione di un piano di ristrutturazione che ripristinerebbe la sostenibilità economica del debitore*"³⁵.

Con riferimento a tali procedure, per quanto concerne l'ordine di distribuzione dei valori derivanti dal concordato, la rigida regola dell'*absolute priority rule* viene rigorosamente impiegata unicamente per la distribuzione dell'ipotetico valore realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione (al netto delle spese di procedura e generali inerenti ai medesimi), potendo il piano prevedere che il valore eccedente rispetto a tali grandezze, così come il valore derivante da eventuali apporti esterni, possa essere distribuito secondo la *relative priority rule*³⁶, potenzialmente – tenuto ad

³² Per un'ampia disamina delle finalità del concordato, oltreché in merito alla posizione dei soci nella loro veste di *residual claimants*, si rimanda a L. Panzani, *op. cit.*. Si richiama altresì, per quanto concerne la sostenibilità economica richiedibile nelle procedure in continuità, P. Bastia, *La sostenibilità economica nel concordato in continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2023.

³³ Al Considerando 56 della Direttiva *Insolvency*, è previsto che "*Gli Stati membri dovrebbero poter derogare alla regola della priorità assoluta, se ad esempio si consideri giusto che i detentori di strumenti di capitale mantengano determinati interessi ai sensi del piano, nonostante che una classe di rango superiore sia obbligata ad accettare una falcidia dei suoi crediti, o che i fornitori essenziali cui si applica la disposizione sulla sospensione delle azioni esecutive individuali siano pagati prima di classi di creditori di rango superiore. Gli Stati membri dovrebbero poter scegliere quale dei suddetti meccanismi di protezione predisporre*".

³⁴ Considerando 57 della Direttiva *Insolvency*.

³⁵ Sulla legittimità di una proposta concordataria in continuità aziendale che consenta all'imprenditore di mantenere la proprietà dell'azienda dopo una ristrutturazione del debito che preveda la soddisfazione solo parziale dei creditori si richiama P. Riva, *Il complesso ruolo dei soci nella gestione della crisi d'impresa*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 gennaio 2024.

³⁶ Con l'espressa limitazione dell'art. 88, primo comma, ultimo periodo CCII.

ogni modo conto dei vincoli di distribuzione di cui all'art. 84 CCII – anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda³⁷.

In tale contesto, risulta doveroso ricordare che l'esplicita premessa della norma di cui all'art. 120-*quater* CCII “*se il piano prevede che il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda*” implica l'esistenza di un documento che deve necessariamente prevedere i tempi e le modalità necessarie per l'esecuzione della proposta (si ribadisce, di quegli specifici piano, manovra e proposta oggetto della domanda), generalmente in un orizzonte temporale dai tre ai cinque anni³⁸, salvo maggiore estensione da giustificarsi, anche per via dell'alea inevitabilmente correlata all'eventuale ulteriore allungamento delle previsioni. Risulta di tutta logica ed evidenza che, nell'ambito dell'orizzonte di previsione esplicita dei risultati del piano, i flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del concordato dovranno, oltretutto, garantire la continuità aziendale, essere prioritariamente³⁹ posti a servizio del rimborso dei debiti sociali secondo le indicazioni e le modalità della proposta, consentendo al contempo il mantenimento di un congruo livello di liquidità in capo alla società al fine di poter correttamente far fronte ai propri impegni. Esulando dall'analisi in merito alla necessità (o meno) dell'indicazione del valore riservato ai soci all'interno del piano al fine dell'applicabilità della norma ed ipotizzando quindi la non necessità di tale presupposto, così come esulando dall'analisi della fattispecie

³⁷ Con logici benefici in termini di incremento di probabilità di riuscita della procedura. Come condivisibilmente indicato da M. Fabiani, *L'avvio del codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022, “*Il cambiamento delle regole muove da un postulato [ndr. insito nella Direttiva], quello per cui una ristrutturazione è più probabile che abbia successo se qualcosa del ricavato resta nell'impresa e, se si tratta di società, entra nella disponibilità dei soci; una riserva di risorse da assegnare ai soci potrebbe costituire un incentivo per una più efficiente ristrutturazione. Per condividere la postulazione sarebbe necessaria una verifica empirica, ma diamo per assunto che le cose stiano proprio così*”. Si veda altresì M. Spiotta, “*Utilità solidale*” nel *Codice della crisi: un ossimoro solo apparente*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 6 settembre 2023 ed A. Nigro, *op. cit.* secondo cui “*un legislatore accorto, quando si trovi ad intervenire in materia di diritto societario della crisi, dovrebbe preoccuparsi, fra le altre cose, anche e proprio di evitare che la previsione o la prospettiva di soluzioni “espropriative” o “penalizzanti” per i soci, nell'ipotesi di crisi della società, possa inceppare la tranquilla utilizzazione di uno strumento fondamentale nello sviluppo dell'economia quali sono, e da tempo, appunto le società di capitali*”.

³⁸ CNDCEC, FNC, *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, 26 maggio 2022, p. 21.

³⁹ Si ricorda che l'art. 4, comma 2, lett. c) CCII, prevede che il debitore ha il dovere di “*gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori*”. Sul tema si rimanda ad A. Maffei Alberti, *L'interesse dei creditori e la continuazione dell'attività nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un'analisi trasversale*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2023.

di cui al primo periodo del primo comma dell'art. 120-*quater* CCII – in cui viene richiesta una valutazione di trattamento in termini relativi piuttosto che nei termini assoluti richiesti dal secondo periodo qui oggetto di analisi –, risulta ora necessario introdurre una breve analisi in merito alla concreta possibilità di applicazione della norma.

3. Gli evidenti disallineamenti temporali previsti dalla norma ed il conseguente elevato grado di incertezza operativa

È altresì doveroso premettere che la valutazione rappresenta un giudizio ragionato e motivato fondato su stime, non rappresentando in ogni caso il risultato di un mero calcolo matematico, non esistendo – in quanto non oggettivamente determinabile – un valore “giusto” o “vero” di un bene. Inoltre, ogni valore è sempre una quantità approssimata e non esatta e, poiché la valutazione è per sua natura prospettica, l'evidenza *ex post* che le previsioni non si siano realizzate non è di per sé indice di cattiva qualità della valutazione⁴⁰.

Come noto, la data di redazione del piano e di conseguente deposito della domanda per l'omologazione del concordato, sui cui dati ed assunti dovrà essere effettuato il calcolo richiesto dalla norma, risultano necessariamente cronologicamente precedenti (i) sia rispetto alla data di apertura della procedura, evento comunque non indubitabile in quanto sottoposto ad un primo controllo da parte del Tribunale⁴¹ a seguito di parere rilasciato da parte del Commissario Giudiziale ai sensi dell'art. 47 CCII, sia (ii) rispetto alla (successiva) data di votazione dei creditori, preceduta dalla relazione del Commissario Giudiziale ai sensi dell'art. 105 CCII, da cui il relativo (ancora una volta incerto) esito comporterà il controllo richiesto dall'art. 120-*quater* CCII, sia (iii) rispetto alla (ancora successiva ed ancor maggiormente incerta) data di omologazione del concordato (o meglio, la data di riferimento della valutazione), oggetto di verifica da parte del Tribunale ai sensi dell'art. 112 CCII⁴² ed in ogni caso opponibile da parte dei creditori e di “qualsiasi interessato” ai sensi dell'art. 48 CCII.

Risulta chiaro come il susseguirsi di fasi sopra riportate, caratterizzate in ogni caso – oltretutto da un forte grado di incertezza in termini di relativo esito – dalla presenza di un non trascurabile intervallo temporale intercorrente tra le

⁴⁰ Per la definizione di valutazione qui riportata si rimanda a Organismo Italiano di Valutazione, *PIV Principi Italiani di Valutazione 2015*, Milano, luglio 2015, paragrafo I.1.1 e relativo *Commento*.

⁴¹ In termini di ritualità della proposta e di idoneità del piano alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali.

⁴² Sul punto si richiama S. Leuzzi, *L'omologazione del concordato preventivo in continuità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 febbraio 2023.

medesime⁴³ (nel corso del quale potrebbero financo registrarsi scostamenti economico finanziari ovvero industriali tali da comportare la necessità di revisionare il piano di concordato e la relativa proposta⁴⁴, si ricorda i documenti contenenti gli specifici dati ed assunzioni su cui si deve poi fondare il vaglio di conformità richiesto dalla norma qui analizzata) comporta una prima seria difficoltà, ovvero sia la stima dei parametri da impiegare al fine della valutazione.

Secondo OIV, *Principi Italiani di Valutazione*, 2015, Paragrafo I.8.1, “La data di riferimento della valutazione [ndr., nel caso in esame, di futura omologazione del concordato] definisce il momento temporale al quale è riferita la stima. Assume rilievo perché la valutazione deve riflettere i fatti e le circostanze riferibili a quella specifica data, che talora possono modificarsi anche significativamente in un intervallo di tempo molto ristretto. La data di riferimento della valutazione definisce anche i dati disponibili per la stima”⁴⁵.

Esulando da tecnicismi valutativi risulta ovvio come la stima richiesta dalla norma, riferita ad una data futura rispetto a quella del piano di concordato, risulti necessariamente aleatoria e difficile da eseguirsi con obiettività, almeno sino alla data di riferimento (ovverosia di omologazione) della valutazione, sostanziosamente l’omologazione, nel caso analizzato, condizione necessaria alla verifica del relativo presupposto, tramite la quantificazione del valore riservato ai soci in caso di dissenso della c.d. “infima” classe.

Sebbene il piano di concordato debba essere attestato ai sensi dell’art. 84, terzo comma CCII da parte di un professionista indipendente in merito alla relativa fattibilità, alla circostanza per cui il medesimo risulta atto a impedire o superare l’insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell’impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale e che tale relazione, congiuntamente rispetto a quella della veridicità dei dati aziendali,

⁴³ Si richiama Banca d’Italia, *Le caratteristiche e la durata dei fallimenti e dei concordati preventivi*, Occasional Paper n. 786, luglio 2023, paragrafo 4.2. “La durata della macro-fase giudiziale”, per quanto oggetto della relativa analisi (a cui si rimanda), secondo cui “La durata media del procedimento è di 526 giorni (un anno e cinque mesi) mentre la mediana è di 469 giorni (un anno e tre mesi). L’ammissione del concordato richiede in media 206 giorni (mediana 198 giorni), l’approvazione da parte dei creditori richiede in media 234 giorni (mediana 203 giorni), mentre l’omologazione richiede 86 giorni in media (mediana 68 giorni)”.

⁴⁴ Circostanza attualmente maggiormente accentuata incertezza derivante dal volatile contesto marcoeconomico e geopolitico.

⁴⁵ Ai sensi del Commento del richiamato principio di valutazione, “La data di riferimento della valutazione è diversa dalla data di redazione del rapporto di valutazione. La data di redazione del rapporto di valutazione è sempre successiva alla data di riferimento valutazione, poiché il processo di stima richiede tempo per essere svolto”.

debba essere depositata unitamente alla domanda di concordato, tale “conforto” non può risultare sufficiente a dirimere ogni dubbio circa la sicurezza nella relativa esecuzione, in ogni caso esposta ad evidenti e fisiologici rischi⁴⁶. Come sopra anticipato, infatti, dalla data di presentazione della domanda di concordato (cronologicamente termine ultimo per la predisposizione dell’attestazione del professionista indipendente) sino all’omologazione intercorrono delle fasi consequenziali il cui esito non può – e non deve, tenuto conto del primario interesse dei creditori nell’ambito della procedura – essere scontato, così come non può essere – ancor più logicamente – data per scontata la regolare ed integrale esecuzione della proposta una volta avvenuta l’omologazione⁴⁷,

⁴⁶ Con riferimento a tale aspetto ed all’opportunità di correzione normativa, si rimanda a S. Ambrosini, *Qualche riflessione intorno al redigendo decreto correttivo: appunti in ordine sparso*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2024, secondo cui “La lacuna più vistosa nella vigente disciplina sul concordato preventivo deriva dal fatto che il legislatore del 2022 non ha affrontato il nodo, pur rilevante (anche) dal punto di vista applicativo, delle eventuali modifiche (della proposta e) del piano di concordato in continuità nell’ipotesi in cui si renda necessario farvi luogo successivamente all’omologazione. Questa possibilità, coerente con l’intento di evitare, per quanto possibile, conversioni in liquidazioni giudiziali inutili (ove non dannose) per i creditori”.

⁴⁷ Seppure dottrina (R. Ranalli, *op.cit.*) abbia avuto modo di rilevare che “Nel momento però in cui il piano è già stato oggetto di attestazione e dunque la sua fattibilità è già stata acclarata, il rischio ad essa associato è tendenzialmente addirittura inferiore a quello ordinario di mercato. Il che impedisce di assumere premi integrativi per il rischio (ad esempio per l’execution risk o per lo stato di crisi dell’impresa) ed anzi comporterebbe uno sconto rispetto al rischio di mercato”, occorre altresì considerare che altri (Banca d’Italia, *Le caratteristiche e la durata dei fallimenti e dei concordati preventivi*, Occasional Paper n. 786, luglio 2023), per quanto oggetto della relativa analisi (a cui si rimanda), hanno rilevato che “Riguardo ai concordati preventivi, solamente il 20 per cento delle domande giunge all’omologazione e in circa il 20 per cento di questi casi la procedura si conclude con un fallimento”. Al riguardo, S. Leuzzi, *seconda op. cit.*, opportunamente osserva che “Legittima, attestabile, quindi omologabile diviene la mera chance, che pur soggetta ad un folto numero di variabili, alimenta un piano che ictu oculi non è inverosimile o del tutto velleitaria dal punto di vista dei mezzi impiegati e dei numeri esposti. L’impresa forse è più morta che viva, eppure conserva tecnicamente una speranza e – come taluno ha osservato a suo tempo – “non ha senso sopprimere il malato solo perché non si sa se guarirà” [richiamo a L. Stanghellini, *La legislazione d’emergenza in materia di crisi d’impresa*, in *Riv. Soc.*, 2020]. Non si stacca la spina, la terapia prosegue ad oltranza. [...] Il debitore è consegnatario della prerogativa di stabilire il grado e l’intensità dell’alea connessa al piano, distribuendola fra i creditori; questi ultimi sono assegnatari della facoltà di interrogarsi fino in fondo su potenzialità e insidie del concordato, votando negativamente o insorgendo con i rimedi previsti dal CCII. La previsione presenta margini di opinabilità e possibilità di errore. [...] La fattibilità presuppone analisi di mercato che in quanto proiettate nel futuro sono sempre soggettive e controvertibili. Il sindacato sulla manifesta inattitudine va esercitato con estrema prudenza stigmatizzando le sole situazioni nel cui quadro l’irrealizzabilità del piano dipenda da fattori certi e non opinabili. Le valutazioni predittive vanno rimesse alle determinazioni dei soggetti economici”.

oltreché il conseguente superamento dello stato di crisi ovvero di insolvenza in cui l'imprenditore si trova.

Stimare all'inizio di tutto l'iter procedimentale (composto dalle macrofasi sopra descritte⁴⁸) il valore "potenzialmente" rinvenibile in capo ai soci ad esito della conclusione del medesimo risulta pertanto difficile, potendo tale sforzo valutativo essere – più logicamente – richiesto ad esito dell'avveramento delle condizioni necessarie ai fini della relativa obiettiva quantificazione.

Posto quanto sopra, risulterebbe quindi defaticante e sicuramente maggiormente obiettivo "posticipare" la verifica di cui all'art. 120-*quater* CCII ad esito dell'omologazione del concordato, in particolare tramite il diritto degli interessati ad opporsi alla medesima ed ottimizzando, quindi, l'andamento e la stabilità della procedura tramite la possibilità di addivenire ad un'obiettivo – e maggiormente comunemente condivisibile – quantificazione del valore riservato ai soci⁴⁹.

4. La valutazione ipoteticamente impiegabile

Ferma la definizione di valutazione sopra riportata ed esulando dall'effettiva ed obiettiva possibilità di stima del valore ai sensi della norma, dal punto di vista delle metodiche valutative impiegabili, risulta logico che il valore riservato ai

⁴⁸ Deposito della domanda di concordato, apertura della procedura, votazione ed homologazione.

⁴⁹ Consentendo eventualmente ai medesimi la possibilità di apportare ulteriori risorse sino a sterilizzare l'applicabilità della norma. Come meglio precedentemente esposto, infatti, il calcolo del valore riservato ai soci non rappresenta la mera applicazione di un'oggettiva formula matematica, comportando conseguentemente ampi margini di soggettività nel calcolo e variabilità nei valori quantificabili, così come il potenziale e paradossale risultato per cui due differenti stimatori indipendenti possano addivenire a risultati diametralmente opposti (uno comportante l'applicabilità della norma mentre l'altro il riscontro della mancanza dei relativi presupposti). Sul tema si richiama Trib. Verona, Seconda sezione civile, 21 luglio 2023, secondo cui *"La mancata distribuzione a favore dei creditori del vantaggio economico conseguente alla ristrutturazione (per effetto della falcidia) implica, quindi, il rischio che in caso di dissenso anche di una sola classe il concordato non possa essere omologato, senza che a quel punto alla debitrice possa essere consentito porre rimedio, atteso che – ai sensi dell'art. 90, c. 8 CCII – la proposta può essere modificata solo prima dell'inizio delle votazioni"*. Inoltre, sebbene autorevole dottrina (M. Fabiani e A. Guiotto, *op. cit.*) ha avuto modo di indicare che *"è necessario che la proposta finale ai creditori specifichi quale sia il valore attribuito ai soci. [...] Considerata la complessità della valutazione e gli elementi di inevitabile soggettività che lo caratterizzano, è senz'altro opportuno che tale stima di valore sia affidata a un professionista terzo, dotato di adeguata competenza e indipendenza"*, si deve notare che la stima in oggetto, rilevando unicamente in caso di eventuale dissenso di almeno una classe di creditori (comunque in possesso delle informazioni necessarie ad effettuare le proprie valutazioni prima del voto), potrebbe rappresentare un mero (ed elevato, stante la relativa complessità) costo a loro primario diretto scapito.

soci⁵⁰ debba corrispondere al valore attuale atteso⁵¹ dei flussi finanziari disponibili per i medesimi (i c.d. *free cash flow to equity*, quindi nettati dei rimborsi dei debiti previsti nella proposta) risultanti dal piano di concordato, tenuto conto di un opportuno *terminal value*⁵² ed al netto del valore attuale dei rimborsi della quota parte dei debiti “debordanti” rispetto all’orizzonte esplicito di piano, così come dei diritti patrimoniali attualizzati di eventuali titolari di strumenti di *quasi-equity* antergati ai soci e dei titolari di diritti di pegno sulle partecipazioni, in ogni caso dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto. Come previsto dall’art. 87, primo comma lett. i) CCII, il piano deve contenere “*le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati*”, rendendosi opportuno prevedere altresì delle analisi di sensitività⁵³ da ponderarsi, in termini di probabilità di accadimento, in sede di valutazione. Inoltre, proprio in considerazione del fatto che il valore atteso dei flussi finanziari per i soci è calcolato tramite una ponderazione dei risultati di scenario, risulta necessaria l’individuazione di un tasso di attualizzazione dei flussi finanziari attesi disponibili per gli stessi, normalmente tramite il modello CAPM (*Capital Asset Pricing Model*), che tenga conto del rischio sistematico oltretutto della condizione di dissesto dell’azienda⁵⁴, senza applicazione separata di premi integrativi per il rischio⁵⁵. Per quanto concerne la stima del tasso di

⁵⁰ In ogni caso, nelle procedure basate sulla continuità diretta, rappresentato da una grandezza economica di segno maggiore o uguale a zero (ante decurtazione degli eventuali apporti dei soci).

⁵¹ Inteso in senso tecnico come media ponderata dei valori possibili, cioè il valor medio della distribuzione di probabilità costruita su tutti i possibili valori assunti dal flusso di cassa.

⁵² In senso conforme sulla metodica valutativa, seppur con le sostanziali differenti assunzioni nell’analisi fondamentale esposte nel presente elaborato, R. Ranalli, *op. cit.*. Per quanto concerne le metodiche valutative impiegabili, A. Guiotto, *op. cit.* e M. Fabiani e A. Guiotto, *op. cit.*, ritengono invece non possibile né utile, *a priori*, individuare un metodo valutativo universalmente riconosciuto come adeguato alla determinazione del valore risultante dalla ristrutturazione.

⁵³ CNDCEC, FNC, *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, 26 maggio 2022, p. 46, sottolinea che “Ogni valutazione prognostica è intrinsecamente connotata da un proprio grado di rischio di avveramento. È opportuno perciò che le previsioni ipotetiche siano sottoposte ad analisi di sensitività. Le analisi di sensitività presuppongono l’individuazione e la misurazione dei fattori di rischio ai quali sono soggetti l’impresa e il Piano. Tale individuazione si pone a valle di una argomentata valutazione della situazione aziendale e del contesto in cui opera l’azienda. I rischi inerenti devono essere assunti in termini di rischio residuo dopo le azioni di mitigazione che il Management potrà al bisogno attivare”.

⁵⁴ In termini di maggior rischio, da esprimersi sul coefficiente β , rispetto al valore medio di aziende comparabili non oggetto di processi di ristrutturazione.

⁵⁵ Differente il caso in cui nel modello valutativo si impiegassero i valori stimati (ovvero basati su un ventaglio di ipotesi più limitato, cioè trascurando alcuni dei valori possibili) dei

interesse applicabile, ancora una volta, il disallineamento temporale intercorrente tra la data di deposito della domanda di concordato e la data di (auspicata) omologazione del medesimo comporta l'impossibilità di addivenire (ora per un momento futuro) alla corretta quantificazione del dato, se non tramite l'utilizzo di indici previsionali⁵⁶ influenzati da elevati gradi di variabilità nel tempo⁵⁷, oltretutto da giudizi soggettivi nel relativo impiego.

Ipotizzando ora l'avvenuta omologazione del concordato, è ragionevole ritenere che dal punto di vista dei creditori, seppur in misura differente rispetto alle singole classi, la mancata integrale esecuzione del concordato potrebbe comunque comportare delle utilità economiche in capo ai medesimi in termini di rimborsi parziali in esecuzione della proposta mentre, per i soci, come precedentemente anticipato aventi un orizzonte temporale di *recovery* maggiormente esteso, l'utilità economica derivante dalla mancata integrale esecuzione del concordato (sulla base dello specifico piano e della specifica proposta compresi nella domanda) si sostanzia in un valore pari a zero. Eventuali modifiche ovvero integrazioni del piano di concordato e della proposta da porsi in essere nel corso della relativa esecuzione (sia in termini positivi sia in termini negativi), qualora non previste nel piano, non potranno infatti essere impiegabili nell'ambito della quantificazione del valore riservato ai soci ai fini dell'"originaria" domanda – in quanto non contemplate nel documento, nelle assunzioni e nei dati impiegati ai fini della relativa stima – ma saranno utilizzabili in sede di potenziali valutazioni successive e "slegate", in quanto non più inerenti, rispetto alla prima.

Quanto sopra indicato, tenuto in ogni caso conto degli eventuali benefici patrimoniali ed economici registrati dalla società per effetto dell'omologazione del concordato oltretutto delle previsioni e della proposta contenute nel piano di concordato, comporta per i soci il seguente esito bivariato, da ponderarsi in funzione di parametri da identificarsi sulla base di evidenze empiriche⁵⁸, in

flussi di cassa disponibili per i soci, casistica in cui l'applicazione di premi integrativi per il rischio nella costruzione del tasso sarebbe necessaria.

⁵⁶ Futures e proiezioni macroeconomiche derivanti da autorevoli banche dati di settore ovvero da organismi nazionali e sovranazionali.

⁵⁷ Seppure autorevole dottrina (M. Fabiani e A. Guiotto, *op.cit.*) abbia avuto modo di rilevare che la rappresentazione ai creditori del valore attribuito ai soci debba avvenire sin dalla presentazione della proposta e comunque prima del voto, occorre considerare che, stante quanto precedentemente rappresentato, le risultanze della stima illustrate entro tali termini, antecedenti rispetto al presupposto della valutazione (l'omologazione), risultano soggette ad ampi margini di variabilità sino a tale momento.

⁵⁸ Per quanto concerne lo scenario "zero", si rimanda al contributo di Banca d'Italia richiamato in nota 47.

termini di valore ad essi riservato conseguentemente all'omologazione della proposta:

a. zero, tenuto conto (in decremento) dei diritti patrimoniali attualizzati di eventuali titolari di strumenti di *quasi-equity* antergati ai soci e dei titolari di diritti di pegno ovvero altri diritti reali di godimento sulle partecipazioni ed al netto del valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto⁵⁹;

b. valore attuale atteso dei flussi finanziari disponibili per i medesimi, tenuto conto (in decremento) dei diritti patrimoniali attualizzati di eventuali titolari di strumenti di *quasi-equity* antergati ai soci e dei titolari di diritti di pegno ovvero altri diritto reali di godimento sulle partecipazioni ed al netto del valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto.

Risulta quindi chiaro come il valore riservato ai soci rappresenti una grandezza oggetto di numerose variabili difficilmente stimabili con obiettività, se non una volta realizzatosi il presupposto del relativo calcolo, ovvero sia l'omologazione del concordato (in ogni caso tenuto conto dell'elevato grado di incertezza caratterizzante la relativa esecuzione, sicuramente da considerarsi al fine della stima)⁶⁰.

5. Conclusioni

Nel concludere, le novità introdotte dall'art. 120-*quater* CCII, nella parte in cui la norma detta regole in merito alla possibilità, al verificarsi di determinati requisiti altresì limitativi nel relativo *quantum*, di prevedere utilità in capo ai soci anteriori alla domanda, devono sicuramente essere accolte con indiscutibile favore.

⁵⁹ Si condivide l'interpretazione di M. Fabiani e A. Guiotto, *op.cit.*, secondo cui “Più incerta è, invece, la possibilità di dedurre i conferimenti e i versamenti a fondo perduto effettuati anteriormente alla domanda di concordato. Sebbene la norma non preveda un criterio temporale per gli apporti dei soci, appare evidente come conferimenti e finanziamenti a fondo perduto effettuati molto tempo prima della presentazione del ricorso ex art. 40 potrebbero avere un debole legame funzionale, o non averlo affatto, con la ristrutturazione in corso”. Ad avviso di chi scrive, potrebbero invece qualificarsi apporti “rilevanti” ai sensi della norma eventuali rinunce ai compensi da parte di soggetti ricoprenti sia la veste di soci sia di amministratori “operativi”, risultando la mancata remunerazione – per tale ultima carica ed attività – un contributo “indiretto” del socio antecedente ai flussi della continuità.

⁶⁰ Inoltre, nonostante la corretta impiegabilità dei flussi prospettici, ad esito dell'omologazione, la determinazione dei parametri di valutazione (in particolare in termini di tassi applicabili) rimarrà in ogni caso sottoposta al giudizio soggettivo del valutatore.

Tuttavia, come sopra indicato, le modalità e – soprattutto – la data di riferimento inerenti la stima economico/finanziaria di tali utilità per i soci, stante l'attuale formulazione della norma, comportano notevoli difficoltà di eseguirne un'obiettiva e credibile applicazione in termini di quantificazione, tenuto in ogni caso conto del fatto che la valutazione, non essendo rappresentata da un mero calcolo matematico da effettuarsi sulla base di dati ed assunzioni incontrovertibili, risulta influenzata dai giudizi soggettivi di chi la pone in essere.

Oltre alle notevoli difficoltà inerenti alla corretta stima del valore atteso dei flussi finanziari disponibili per i soci (in termini di ponderazione degli scenari prevedibili) e dei tassi di attualizzazione da impiegarsi nel modello valutativo (tenuto conto della forte incertezza relativa all'omologazione ma soprattutto all'esecuzione del concordato) nell'ambito della nota aleatorietà e soggettività del conseguente giudizio a cui potrebbero addivenire diversi valutatori, il lasso temporale intercorrente tra la data di esecuzione del calcolo e la data di riferimento del medesimo crea ulteriori notevoli distorsioni ed aggiunge ulteriori profili di variabilità delle grandezze in gioco, attualmente necessariamente da riflettersi in un maggiore rischio.

Il condivisibile e pragmatico intento del Legislatore di anticipare determinate valutazioni in termini di ammissibilità della proposta, nel caso di specie, risulta tuttavia contrastante rispetto alla concreta possibilità di eseguire le medesime, comportando una verosimile necessità di revisione normativa.

.

**Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo II**

Sezione II - Giurisprudenza

Misure protettive e assegnazione dei canoni di locazione al creditore fondiario procedente

Tribunale di Mantova, 08 aprile 2024. G.E. Bernardi.

Esecuzione Immobiliare – Debitore cui siano state applicate, in corso di procedura, le misure protettive previste nell’ambito della composizione negoziata della crisi dall’art. 18 CCI – Richiesta di assegnazione dei frutti civili da parte del creditore fondiario ex art. 41 t.u.l.b. – Infondatezza

Ove il debitore, assoggettato ad esecuzione immobiliare, abbia chiesto l’applicazione delle misure protettive ai sensi dell’art. 18 CCI e le stesse siano state concesse, non può disporsi in favore del creditore fondiario procedente la assegnazione dei canoni di locazione derivanti dalla gestione degli immobili pignorati né può trovare applicazione la disposizione di cui all’art. 18 co. 1 u.p. CCI che riguarda i pagamenti volontari e non quelli coattivi.

Il Giudice dell’Esecuzione,

- letta l’istanza presentata il 5-4-2024 dal creditore procedente ... s.p.a. nell’ambito della esecuzione immobiliare n. 155/21 con cui ha chiesto, ex art. 41 t.u.l.b., che gli vengano assegnate direttamente le somme derivanti dal versamento dei canoni di locazione e, comunque, dalle rendite degli immobili pignorati ipotecati in suo favore e in danno della società ...s.n.c.;

- osservato che la predetta società nel novembre del 2023 ha proposto domanda di composizione negoziata della crisi, che sono state prorogate, sino al 20-7-2024, le misure protettive di cui all’art. 18 CCI e che, in particolare, è stato disposto che i creditori non possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio della predetta società o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l’attività di impresa;

- osservato pertanto che la richiesta formulata non può trovare accoglimento e che non risulta pertinente il richiamo operato dal creditore alla norma di cui all’art. 18 co. 1 CCI nella parte in cui prevede che non sono inibiti i pagamenti atteso che essa riguarda quelli volontari (consentiti sia pure entro i limiti di cui all’art. 21 CCI) ma non quelli coattivi che venissero disposti ex art. 41 t.u.l.b. come conseguenza della pendenza dell’esecuzione forzata, stante la perdurante inibizione della sua prosecuzione;

P.T.M.

- rigetta l’istanza.

Si comunichi

Mantova, 8 aprile 2024.

Misure protettive atipiche nei confronti del garante

Tribunale di Verona, 11 aprile 2024. Est. Bartolotti.

Composizione negoziata – Misure protettive – Misure atipiche – Applicabilità anche al garante

Nell'ambito della composizione negoziata possono applicarsi ed essere confermate, a tutela del patrimonio dell'impresa nonché del garante, anche misure protettive atipiche non previste all'art. 18 CCII quali il divieto di proporre o proseguire azioni monitorie e per ingiunzione di pagamento

Nell'ambito della composizione negoziata possono essere estese le misure protettive (anche atipiche) nei confronti del garante della società che si sia impegnato a versare, ai fini del buon esito della composizione stessa, una somma di denaro a titolo di finanza esterna.

* * *

Il giudice dr. Francesco Bartolotti,

nella procedura n. 3657/2024 V.G., promossa da * s.r.l. ed in proprio dal presidente del consiglio di amministrazione e rappresentante *pro - tempore*, ing. * per la conferma delle misure protettive e cautelari proposto da * s.r.l. ai sensi degli artt. 18 e 19 C.C.I.;

richiamato il decreto di fissazione dell'udienza in punto di competenza e tempestività del deposito del ricorso;

confermato il giudizio di completezza della documentazione prevista dall'art. 19, comma 2, CCII;

rilevato che parte ricorrente, con deposito del 21.03.2024, ha dato prova di aver tempestivamente compiuto l'adempimento pubblicitario previsto dall'art. 19, comma 1 secondo periodo, CCII;

visto il parere dell'esperto, dr. * il quale, premessa la necessità di approfondire maggiormente il piano di risanamento proposto dalla parte ricorrente, ha evidenziato, sulla base delle prospettive indicate, che può esprimersi una prognosi ragionevolmente positiva e che gli stessi creditori hanno manifestato disponibilità alla verifica del proposto piano di risanamento; dunque l'esperto ha fornito motivato parere positivo in punto di funzionalità e di esclusione del carattere pregiudizievole delle misure richieste;

sentita la parte ricorrente e la Agenzia delle Entrate all'udienza del 11.04.2024, nel corso della quale non sono emerse specifiche contestazioni alle misure richieste;

considerato che le misure protettive richieste e in essere riguardano la generalità dei ereditari,

P.Q.M.

CONFERMA le misure protettive richieste ex art. 18 CCII, siccome indicate in ricorso, con conseguente divieto nei confronti dei creditori di * s.r.l. e del garante ing. * :

- di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore;
- di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio di * S.r.l. e dell'ing. * sui beni e diritti attraverso i quali viene esercitata l'attività di impresa;
- di proporre e/o coltivare istanze di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza;
- di unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, provocarne la risoluzione, anticiparne la scadenza ovvero modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto;
- di proporre o proseguire azioni monitorie e per ingiunzione di pagamento;

STABILISCE la durata della misura protettiva in 120 giorni.

MANDA alla Cancelleria per le comunicazioni.

Verona, 11/04/2024

Il giudice tutelare
Francesco Bartolotti

Proroga delle misure protettive come contrasto all'inerzia dei creditori

Tribunale di Napoli Nord, 04 giugno 2024. Est. Magliulo.

Ai fini della omologazione c. d. trasversale del concordato preventivo di cui all'art. 112 co. 2 lett. d) seconda parte CCI, è sufficiente che abbia votato favorevolmente anche solo una classe di creditori "svantaggiata" o "maltrattata", creditori cioè che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione in quanto tale risultato ermeneutico non contrasta palesemente con l'equivoco dato letterale della norma interna ed è pienamente aderente al testo di cui all'art. 11 della direttiva UE n. 1023/2019.

Ove la proposta concordataria non preveda un plusvalore da continuità da distribuire ai creditori e l'apporto del terzo sia costituito da finanza esterna, non può operare la regola di cui all'art. 112 co. 2 lett. d) seconda parte CCI in quanto non si verifica una differenziazione tra i risultati derivanti dalla applicazione delle due regole distributive della APR e della RPR e, pertanto, non vi è ragione per derogare alle "ordinarie" regole di approvazione del concordato fissate dall'art. 109 CCI: in tal caso, viene meno ogni collegamento tra le vicende economiche dell'impresa resasi cessionaria dell'azienda già di proprietà della società proponente il concordato preventivo e le prospettive di soddisfacimento dei creditori della classe "svantaggiata" o "maltrattata".

[Nel caso di specie l'apporto finanziario da parte della società resasi cessionaria dell'azienda è stato qualificato come finanza esterna e non come valore eccedente quello di liquidazione].

* * *

Il Giudice dott.ssa Benedetta Magliulo,

letta l'istanza depositata nell'interesse di parte ricorrente volta ad ottenere la proroga delle misure protettive concesse per la prosecuzione delle trattative;

letto il parere dell'esperto, secondo il quale *"all'attualità non esiste ragionevole aspettativa di un imminente accordo fra le parti, tale da supportare l'effettiva necessità di una proroga. Non persiste, pertanto, un nesso tra l'ulteriore termine richiesto e il buon esito delle trattative"*, anche in ragione della mancata espressione di determinazioni da parte degli istituti di credito;

letti gli artt. 16 commi 4 e 5 CCII, secondo cui i creditori e, in particolar modo, gli istituti di credito, hanno l'obbligo di partecipare alle trattative in modo attivo e informato, nel rispetto del principio di leale collaborazione, dando riscontro con risposte tempestive e motivate;

rilevato che, tuttavia, l'obbligo stabilito dalle norme menzionate si arresta a livello precettivo, ma non è provvisto di adeguata sanzione, per cui la sua inosservanza rischia di ridondare in danno della parte proponente qualora i creditori invitati alle trattative assumano comportamenti di radicale inerzia;

ritenuto pertanto che l'unico rimedio alla assoluta inerzia dei creditori sia costituito dalla proroga delle misure protettive, come misura di persuasione indiretta alla partecipazione alle trattative;

rilevato che nel caso di specie i creditori – e in particolare il creditore ipotecario (omissis) – non hanno espresso finora un esplicito e motivato dissenso alla proposta, ma si sono limitati a un comportamento omissivo e non collaborativo, che non può essere premiato con la revoca delle misure protettive o con il diniego della loro proroga;

ritenuto, tuttavia, di bilanciare tale esigenza di tutela con la necessità che la sospensione delle procedure esecutive non sia inutilmente protratta *sine die*, alla luce delle scarse prospettive di accordo riscontrate dall'esperto nel suo parere, che impongono di restringere la durata delle misure protettive al tempo necessario ad acquisire le motivate determinazioni dei creditori e a valutare le *chance* di prosecuzione delle trattative;

ritenuto, infine, che l'istanza avanzata dalla parte ricorrente di applicazione analogica dell'art. 22 CCII non possa essere accolta in quanto:

- da un lato, la norma attribuisce al Tribunale il potere di autorizzare particolari atti di straordinaria amministrazione in casi eccezionali, che sono da ritenere di stretta interpretazione, ma non risulta che la parte ricorrente abbia formulato istanze in tal senso;

- dall'altro lato, le norme che disciplinano l'istituto non contemplano l'intervento diretto del Tribunale nelle trattative, ma attribuiscono questa responsabilità esclusivamente all'esperto;

Rammentato all'esperto che, nei casi stabiliti dall'art. 19 co. 6 CCII, la manifesta inidoneità delle misure protettive ad assicurare il buon esito delle trattative può essere segnalato al Tribunale anche prima della scadenza del termine assegnato;

Letto l'art. 19 co. 5 CCII;

P.Q.M.

Concede la proroga delle misure protettive, disponendo il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, per ulteriori 70 giorni.

Onera la Cancelleria di darne comunicazione all'esperto e alle parti.

Aversa, 4/6/2024

Il Giudice
Dott.ssa Benedetta Magliulo

Archiviazione del procedimento e improcedibilità del ricorso per misure protettive

Tribunale di Brescia, 19 giugno 2024. Est. Pernigotto.

Il Tribunale di Brescia ha stabilito - correttamente - che in caso di avvenuta archiviazione della composizione negoziata deve farsi luogo non già al rigetto del ricorso per la conferma delle misure protettive, bensì alla declaratoria di improcedibilità (dal provvedimento par di capire che, nel caso concreto, sia stata aperta la liquidazione giudiziale dopo l'archiviazione ma prima di detta declaratoria).

* * *

Il Giudice

preso atto,

rilevato che l'Esperto stimatore ha depositato, nell'ordine, una nota ove si dà atto che la composizione negoziata si è conclusa a seguito della richiesta di sua archiviazione proposta dall'Esperto medesimo nonché una successiva nota ove si dà atto che con sentenza del 13.6.2024 è stata dichiarata l'apertura della liquidazione giudiziale a carico di parte ricorrente,

preso atto delle risultanze della visura camerale intestata a parte ricorrente acquisita *ex officio* in data odierna,

p.q.m.

- dichiara improcedibile il ricorso proposto da *
- dichiara l'inefficacia delle misure protettive richieste da parte ricorrente;
- nulla sulle spese.

Si comunichi, anche all'Esperto ed alla Camera di Commercio.

Il giudice designato
Alessandro Pernigotto

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)