

**L'ACCRESIMENTO DEI CONTROLLI GIUDIZIALI DI MERITO E
DEGLI STRUMENTI PROTETTIVI NEL NUOVO
CONCORDATO PREVENTIVO ***
(dopo la legge n. 134/12)

DI PAOLA VELLA

Sommario: 1. Premessa – 2. L'evoluzione dei concetti di fattibilità e convenienza nel concordato preventivo – 3. La fattibilità nel concordato preventivo ordinario – 3.1 ..e nel concordato con continuità aziendale – 4. I nuovi controlli giudiziali di merito - 5. Le discipline dei finanziamenti – 5.1 I finanziamenti in funzione e in esecuzione – 5.2 I finanziamenti “in corso” di procedura – 6. Il pagamento dei crediti anteriori nel concordato con continuità – 7. Il regime degli atti endoconcordatari – 8. Il nuovo spettro delle prededuzioni – 9. I contratti in corso di esecuzione – 10. I contratti pubblici nel concordato con continuità – 11. La moratoria annuale dei crediti prelatizi nel concordato con continuità – 12. La sospensione degli obblighi di conservazione del capitale sociale – 13. Le nuove esenzioni (revocatoria e bancarotta) – 14. Il concordato “con riserva” – 15. Divieti e sanzioni a carico dei creditori – 16. Conclusioni.

1. Premessa

Mentre è in corso la conversione di una decretazione d'urgenza destinata a ritoccare, ancora una volta, la materia concorsuale¹, gli

* Lo scritto riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, il testo della relazione tenuta al seminario "*Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo - gli indirizzi di merito a confronti e le novità della legge n. 134 del 2012*", organizzato dalla Formazione Decentrata presso la Corte di Cassazione insieme all'Osservatorio sulle Crisi di Impresa, tenutosi in Roma l'11 ottobre 2012.

¹ Ci si riferisce al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (“Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese”), i cui artt. 16 e 17 incidono ancora una volta (e a distanza di pochi mesi) sul tessuto della legge fallimentare, mentre l'art. 18 va a stravolgere la legge 27 gennaio 2012 n. 3, in tema di composizione delle crisi da sovraindebitamento, entrata in vigore solo all'inizio dell'anno in corso.

interpreti sono alle prese con l'applicazione del nuovo modello di concordato preventivo partorito dall'ultima riforma estiva (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134) e, in particolare, con le nuove figure del concordato "con riserva" e "con continuità".

E' invero sotto gli occhi di tutti come l'attuale crisi economica abbia snaturato il senso delle riforme concorsuali, ormai guidate non dall'esigenza di affinamento degli istituti, ma dall'impellente necessità di porre rimedio alle gravi difficoltà in cui versano le imprese italiane. Occorrerebbe invece uscire dalla logica emergenziale, e dal parossismo legislativo che se ne fa scudo.

Di fatto, i tempi (plurime modifiche ogni anno), le forme (abuso della decretazione d'urgenza) e i modi (non interventi organici, ma continui inserti e ritocchi) delle riforme concorsuali degli ultimi sette anni - peraltro subentrate a settant'anni di fissità della legge fallimentare - appaiono emblematici di un affanno legislativo privo di una progettualità strutturata, e dunque apparentemente destinato a rincorrere i problemi, piuttosto che a prevenirli.

In ogni caso, da una lettura a tutto tondo delle più recenti innovazioni traspare un deciso irrobustimento del favor legislatoris per la soluzione concordata della crisi di impresa, attraverso una serie di strumenti e disposizioni diretti a incentivare, sostenere e proteggere il percorso concordatario, addirittura trasformandolo, nella versione del concordato preventivo "con riserva", in un possibile trampolino di lancio per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Si assiste così alla proliferazione di predeuzioni ed esenzioni, e al puntellamento di quella rete protettiva già intessuta attorno al concordato preventivo dal legislatore del 1942; con una significativa dilatazione dello spazio temporale entro cui il debitore può progettare, predisporre e completare il piano concordatario, mettendo in standby (talora retroattivamente, come per le ipoteche giudiziali) sia le prelazioni che i diritti di azione, esecutiva e cautelare, dell'intero ceto creditorio.

In questo nuovo scenario, il tribunale viene chiamato, sin dal deposito della domanda, a continue interlocuzioni di merito – per l'autorizzazione di atti urgenti di straordinaria amministrazione, per i finanziamenti di ogni tipo e addirittura, nel concordato con continuità, per il pagamento di crediti anteriori – spesso veicolate

da apposite attestazioni, rese da un professionista designato dal debitore, di cui però ora si predica a chiare lettere – e sotto un severo presidio penale – l’assoluta indipendenza.

Una figura, quest’ultima, fortemente ibrida, a metà strada tra il consulente di parte e il perito d’ufficio, destinata comunque a costituire un importante supporto tecnico per le innumerevoli decisioni che il tribunale è tenuto ad assumere, in itinere, sul merito del concordato, in controtendenza rispetto all’impronta originariamente “privatistica” della prima riforma.

2. L’evoluzione dei concetti di fattibilità e convenienza nel concordato

La perimetrazione del controllo giudiziale sul (e nel) concordato preventivo si iscrive all’interno della più ampia tematica dei rapporti tra mercato e giurisdizione, e sottende un delicato dosaggio di autotutela ed eterotutela, che le prime riforme concorsuali avevano sbilanciato in favore della prima, in nome di un’opzione dichiaratamente negoziale.

Con le riforme di quest’ultima estate, invece, il legislatore sembra aver imboccato (più o meno consapevolmente) la direzione opposta, attribuendo al giudice del concordato preventivo un ruolo di controllo anche - e sempre più - di merito.

Il crocevia più spinoso di quel difficile rapporto, che segna la ricerca di un equilibrio tra protagonisti e controllori del momento concordatario, è indubbiamente rappresentato dal tema della “fattibilità”.

Come noto, quel lemma è stato introdotto per la prima volta nell’art. 161 co. 2 l.f. dal legislatore del 2005², lo stesso che – contestualmente e con decretazione d’urgenza – aveva operato la rivoluzione copernicana delle classi, ostracizzando la meritevolezza dal concordato preventivo³.

Prescindendo dalla terminologia adottata, di certo anche nel precedente format concordatario esisteva un analogo vaglio in sede

² Art. 2, co. 1, lett. e) d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

³ Modificando l’art. 160 l.f. con l’art. 2, co. 1, lett. d), d.l. 14 marzo 2005 n. 35 cit.

di ammissibilità⁴, poichè a norma dell'art. 162 co. 1 l.f. il tribunale doveva valutare la rispondenza della proposta alle condizioni indicate nell'art. 160, co. 2, l.f., il quale, tanto al n. 1) quanto al n. 2), implicava un giudizio prognostico, rispettivamente, sulla serietà e sufficienza delle garanzie offerte, nonchè sul valore dei beni ceduti, rispetto al risultato di “pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”.

Allora era pacifico che rientrasse nei poteri del tribunale - magari con l'ausilio di un c.t.u. (possibile commissario giudiziale in pectore) - anche un'incursione valutativa extragiuridica sulla realizzabilità della proposta, in funzione dell'obbiettivo minimo legale del pagamento del 40% dei crediti chirografari⁵.

Ma a ben vedere anche ora – in una continuità col passato tutt'altro che riduttiva – al tribunale viene rimessa una valutazione del tutto simile, anzi estesa ad ogni aspetto realizzativo della proposta concordataria, con la fondamentale differenza - di qui la discontinuità - che essa viene veicolata dall'attestazione esterna di un professionista designato dal debitore, sulla quale il potere giudiziale di controllo resta incardinato.

Si tratta, invero, di un professionista il cui profilo è stato totalmente ridisegnato dal recente d.l. n. 83/12, attraverso l'introduzione, nel novellato art. 67 co. 3 lett. d) l.f., di ulteriori prescrizioni in base alle quali egli, oltre ad essere “iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b)”, deve:

i.) essere “indipendente” - tale potendo dirsi, per espressa (ma tautologica), previsione di legge, “quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio”;

ii.) “in ogni caso” essere “in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del c.c.”;

iii.) non “avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”;

⁴ A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 44

⁵ Obbiettivo peraltro superabile, nella fase dell'esecuzione del concordato con cessione dei beni, grazie alla ragionevole previsione dell'art. 186 co. 2 l.f.

“neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale”.

Dunque, la figura del professionista designato dal debitore, quale si staglia all’orizzonte delle più recenti riforme, incarna qualcosa di più di un semplice consulente di parte, lambendo il profilo tipico delle nomine giudiziali, anzi rafforzato da uno specifico presidio penale - il nuovo art. 236-bis l.f. - che configura il delitto di “falso in attestazioni e relazioni” del professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, co. 3, lett. d), 182-bis, 182-quinquies e 186-bis l.f., “espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti”, punito con la reclusione da 2 a 5 anni e la multa da 50mila a 100mila euro (peraltro aumentabile fino a un terzo o alla metà, qualora, rispettivamente, il fatto sia commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, o dal fatto consegue un danno per i creditori)⁶.

Scelta indubbiamente rigorosa, destinata a suscitare comprensibili remore nei professionisti chiamati ad attestare piani di dubbia fattibilità⁷.

D’altro canto, lo ius eligendi è rimasto nelle mani del debitore, con la conseguenza che, essendo improbabile il deposito di domande corredate da attestazioni negative, è verosimile che il suo esercizio possa finire per prescindere, quantomeno in situazioni patologiche, da competenza e capacità dell’eletto⁸.

In ogni caso, quella attestazione:

⁶ La nuova ipotesi di reato ha creato maggiore omogeneità con i componenti dell’organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3 (nonché dei professionisti in possesso dei requisiti di cui all’art. 28 l.f. e dei notai, tutti di nomina giudiziale, che ne possono svolgere in via transitoria i compiti, ex art. 20), per i quali tuttavia l’art. 19, co. 2, prevede, solo per false attestazioni (sull’esito delle votazioni dei creditori, sulla veridicità dei dati, e anche sulla fattibilità del piano di ristrutturazione, mentre qui si parla solo - e forse riduttivamente - di “informazioni”) la pena inferiore della reclusione da uno a tre anni e della multa da 1.000 a 50.000 euro.

⁷ Va anche rimarcato che, ai sensi dell’art. 236 co. 2, n. 1, l.f., gli amministratori di una società in concordato preventivo non rispondono (come l’imprenditore individuale, ai sensi del comma precedente) del reato di denuncia di crediti inesistenti ed occultamento di attività (per il mancato richiamo dell’art. 220 l.f.); con la conseguenza, paradossale, che di eventuali condotte fraudolente nella esposizione dei dati aziendali l’amministratore potrebbe al più rispondere, quale *extraneus*, in concorso con il professionista.

⁸ Con un rischio analogo a quello del cd. *forum shopping*.

- rappresenta un valido ausilio tecnico per il tribunale, chiamato ad operare, nella fase di ammissione, in tempi ristretti e senza altri organi giudiziari di supporto;

- è destinata a consentire al tribunale quella funzione di “filtro” rispetto all’ammissione di concordati privi di serietà (e verosimilmente destinati all’insuccesso) al fine di proteggere i creditori dagli incisivi effetti pregiudizievoli che derivano dall’art. 168 l.f.⁹;

- rappresenta la prima base informativa, poi scrutinata ed integrata dalla relazione del commissario giudiziale, per una corretta e consapevole manifestazione di volontà del ceto creditorio, ispirata al modello (ormai comunemente diffuso nell’ordinamento) del cd. “consenso informato”.

La sottolineatura di quella continuità tra vecchia e nuova stesura dell’art. 162 l.f., che, nell’imporre ancora oggi al tribunale di “verificare” la ricorrenza “dei presupposti di cui all’art. 161”, include anche la relazione attestativa sulla fattibilità del piano concordatario¹⁰, ha dunque lo scopo di esorcizzare lo iato venutosi a creare (forse in nome di un frainteso postulato di “privatizzazione” del diritto concorsuale)¹¹ tra giudice e fattibilità del concordato preventivo.

Del resto, non è seriamente immaginabile che quel vaglio si riduca ad una semplice attività materiale di “spunta” della presenza di una relazione all’interno di un fascicolo; e in effetti pressoché tutti gli interpreti convergono nell’assegnare al tribunale, quale organo giurisdizionale, la verifica (quantomeno) dell’idoneità

⁹ Ravvisa in essa una funzione di garanzia G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 183.

¹⁰ Anzi, proprio nella modifica della norma ad opera del d. correttivo - rispetto al testo del d. lgs. n. 5/06, che contemplava nell’art. 162 co. 1 l.f. solo la verifica delle condizioni di cui all’art. 160 l.f. – è stata ravvisata una lancia spezzata dal legislatore a favore del controllo giudiziale di merito sulla fattibilità.

¹¹ Cfr. Cass., sez. I, 15.9.2011 n. 18864 (Rv. 619142), in cui si contrappone, alla “volontà di contenere la verifica d’ufficio entro i confini della regolarità della procedura *ab estrinseco*, quale mera *condicio juris* di efficacia della soluzione negoziale della crisi d’impresa”, la “essenzialità dell’intervento del giudice: volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta”, poiché solo tale controllo giustificerebbe “la preclusione di azioni esecutive individuali da parte dei creditori assenti e dissenzienti”.

funzionale della proposta rispetto agli obbiettivi concordatari¹², sino a spingersi a declinare il sintagma ossimorico della “legittimità sostanziale”¹³.

Il tema in discussione sembra dunque sottendere un problema non tanto di spettanza, quanto di modalità di esercizio di un potere: che una verifica sulla attestazione di fattibilità debba essere svolta dal tribunale appare invero pacifico, per espressa prescrizione normativa (art. 162 l.f.); resta invece da approfondire il come (ed entro quali limiti) ciò possa e debba essere fatto.

Al riguardo può dirsi che, laddove il giudizio di fattibilità implichi valutazioni di natura giuridica (si veda il caso di scuola di un’attestazione - positiva - di fattibilità fondata sulla vendita del Colosseo), esso maschera in realtà un giudizio di legittimità, rimesso alla pienezza dei poteri di controllo del tribunale, il quale potrà perciò arrestare il corso del procedimento, immediatamente (dichiarandolo inammissibile) o in prosieguo, al momento di

¹² V., da ultimo, App. Napoli 8 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 714, nel senso che “il giudice di merito chiamato a valutare l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo può e deve sindacare l'idoneità dell'apparato documentale presentato dal proponente, in esso compresa la relazione attestativa della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano concordatario, a fornire informazioni attendibili e complete sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del medesimo proponente ed a rendere plausibile la prognosi in ordine alle prospettive di realizzazione del piano concordatario formulata dal cd. professionista-attestatore”.

¹³ Cass. n. 18864/11 cit. In termini diversi - ma, a ben vedere, non del tutto incompatibili - Cass. sez. I, 25.10.2010, n. 21860 (Rv. 615505), che ammette un controllo giudiziale sulla relazione dell’attestatore destinato “al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione – inquadrata nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti – possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un’indagine di merito”; ma allora, in ipotesi di esito negativo di quel controllo di corrispondenza tra “tipo” e “funzione” la fattibilità cesserebbe di essere appannaggio dei creditori, legittimando un intervento giudiziale. Cfr. Cass. sez. I, 23.6.2011, n. 13817 (Rv. 618344), per cui “solo in caso di dissidio” tra i creditori “in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l’opposizione all’omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione di conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa”. Entrambe queste pronunce ammettono quindi un sindacato di pieno merito del tribunale sulla fattibilità, sol che sul punto vi sia opposizione di un creditore in sede di omologazione; ma forse, una visione coerente con le premesse da cui esse stesse muovono dovrebbe escludere in radice ogni sindacato del giudice sul merito della fattibilità, consegnando la risoluzione di eventuali contrasti *inter partes* al meccanismo maggioritario di approvazione della proposta concordataria.

emersione del vizio (così revocando la precedente ammissione). Solo in chiave sistematica possono soccorrere in via analogica - anche quanto al rilievo officioso, ex art. 1421 c.c. - le categorie civilistiche tipiche della nullità per impossibilità o illiceità dell'oggetto ex artt. 1418 e 1346 c.c., e a maggior ragione per violazione di norme imperative.¹⁴

Peraltro, lungo questa stessa direttrice si è talvolta fatto trasmodare un giudizio tipicamente di fattibilità - quale è quello relativo alla percentuale di pagamento concordataria - in giudizio di legittimità, sul presupposto che il pagamento in misura non irrisoria dei crediti chirografari rappresenti un requisito legale del concordato, sicché "l'assoluto rischio di realizzo" di beni "allo stato giuridicamente indisponibili" farebbe "transitare l'alea da un profilo di fattibilità ad un profilo di ammissibilità"¹⁵.

Ove invece si tratti di un giudizio pacificamente di fatto, fondato anche su competenze specialistiche, il controllo del tribunale non potrà che essere simile a quello operato sulle relazioni dei propri ausiliari (ad es. il c.t.u.), con esclusione di una valutazione meramente sostituiva¹⁶ - la cui natura prognostica non sarebbe consegnabile alle categorie giuridiche - ma con sovrapposizione di un controllo su logicità, completezza, coerenza e non contraddittorietà della valutazione dell'esperto.

Secondo i consueti canoni processualcivilistici, infatti, quando il giudice si avvale del supporto esterno di un consulente tecnico

¹⁴ Cfr. Cass. n. 18864/11 cit.

¹⁵ Trib. Firenze 27 luglio 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 695, in cui il collegio si spinge, in sede di ammissione - e dunque senza il conforto della relazione del commissario giudiziale ex art. 172 l.f.-, in una ficcante e motivata analisi sulla prognosi di realizzo di beni immobili sottoposti a sequestro o altrimenti vincolati, nonché di partecipazioni societarie ritenute sopravvalutate, per concludere che né la percentuale concordataria prevista (27%) né quella revisionata dal professionista attestatore (16,90%) né infine quella indicata come obbligazione di pagamento da parte della stessa proponente (3%) sarebbero attendibili, con conseguente inammissibilità del concordato e contestuale dichiarazione di fallimento. In motivazione il tribunale toscano richiama il precedente di Trib. Roma 16 aprile 2008, per il quale "La proposta di concordato preventivo che prevede una percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari in misura pari allo 0,03%, non potendosi qualificare come offerta di pagamento parziale, è irragionevole e senza causa, pertanto la domanda di ammissione alla procedura deve essere respinta".

¹⁶ Nel processo civile esiste invero la figura astratta - realisticamente poco praticata - del *judex peritus peritorum*, che peraltro li si giustifica per la necessità di assumere una decisione in una controversia pendente *inter partes*, che non potrebbe mai concludersi in un *non liquet* a causa di vizi della c.t.u.

d'ufficio (art. 191 ss c.p.c.) per assumere decisioni che implichino valutazioni extragiuridiche, non ne recepisce acriticamente le conclusioni, ben potendo sindacare la logicità, esaustività e non contraddittorietà delle motivazioni della relazione peritale.

E così, di fronte a una perizia non convincente, l'art. 196 c.p.c. contempla la "facoltà" del giudice "di disporre la rinnovazione delle indagini e, per gravi motivi, la sostituzione del consulente tecnico", secondo un meccanismo che in sede concorsuale trova il suo omologo nell'art. 162 co. 1 l.f.¹⁷, ossia nella "facoltà" per il tribunale di concedere al debitore - di cui il professionista designato rappresenta la longa manus - un termine "per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti"¹⁸; mentre il potere di sostituzione, non praticabile per la derivazione non giudiziale della nomina, può trasmigrare nel più generale potere di arresto della procedura, per non conformità della domanda ai presupposti di legge.

Senonchè, nel già disorientato panorama ermeneutico, la legge n. 134/12 ha instillato un'ulteriore incertezza, con il nuovo co. 2 dell'art. 179 l.f., per cui "quando il commissario giudiziario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 per modificare il voto".

Ad una prima lettura la norma, nel rendere i soli creditori destinatari dell'avviso del sopravvenuto mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, sembrerebbe rendere il relativo giudizio di loro esclusivo appannaggio, avallando indirettamente la tesi che sottrae al tribunale ogni potere di controllo sulla fattibilità.

Eppure, la norma si presta anche ad una diversa lettura, sistematica e diacronica.

Già prima della riforma, il vecchio art. 178 co. 4 l.f. consentiva

¹⁷ Al riguardo in Cass.civ. 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fall.*, 2011, 805, si sostiene che quella facoltà di concessione di un termine non ridonda sulla questione del giudizio di fattibilità.

¹⁸ Cfr. Trib. Terni, 22.4.2012, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. n. 665, che in conformità a numerosi precedenti dell'ufficio registra la consuetudine di un'interlocuzione ex art. 162 co. 1 l.f. anche sulla attestazione di fattibilità del piano, allo scopo di rendere la stessa - salve le successive verifiche del commissario giudiziale - "chiara ed esaustiva, immune da vizi di completezza o logicità ed apparentemente espressa all'esito di indagini autonome rispetto ai dati forniti dall'impresa".

ai creditori di formulare (solo) adesioni, nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale delle operazioni di voto; ora quello stesso articolo, clamorosamente stravolto dalla l. n. 134/12 nell'automatismo del silenzio-assenso¹⁹, prevede addirittura che “si ritengono consenzienti” i creditori che, entro quello stesso termine, non facciano pervenire il loro dissenso.

Pertanto, la platea dei creditori consenzienti - per volontà espressa o presunta dalla legge, resterebbe esclusa dalla legittimazione ad opporsi all'omologazione, che l'art. 180 co. 2 l.f. riserva ai creditori dissenzienti (salvo farli improbabilmente rientrare nella categoria residuale di “qualsiasi altro interessato”), anche qualora le condizioni di fattibilità del concordato fossero medio tempore mutate (e magari venute meno).

Il nuovo art. 179 co. 2 l.f. avrebbe dunque lo scopo di porre rimedio a quell'esito, senza tuttavia intaccare il sistema generale dei controlli, compreso l'art. 173 co. 3, ult.parte, l.f., che al venir meno delle originarie condizioni di ammissibilità (tra le quali -si ritiene- anche la fattibilità del concordato, se non altro in caso di scollamento tra l'originaria attestazione e il sopravvenuto mutamento delle condizioni) impone al commissario giudiziale di riferire immediatamente al tribunale, per l'apertura d'ufficio del procedimento di revoca dell'ammissione al concordato, sempre entro i limiti di indagine sopra delineati²⁰.

In questa latitudine il commissario, valutando la portata del mutamento delle condizioni di fattibilità, potrebbe diversamente indirizzare il corso della procedura:

- a fronte di una modifica che incida strettamente sul merito della proposta, egli dovrebbe limitarsi a darne comunicazione ai creditori ex art. 179 co. 2 l.f., per consentire loro

¹⁹ Attraverso una inattesa assimilazione alle regole di approvazione del concordato fallimentare, che invece di quel meccanismo dispone, ex art. 128 co. 2 l.f., sin dal 1942.

²⁰ Non induce ad opinare diversamente il fatto che, invece, l'art. 186 l.f. preveda ora l'iniziativa esclusiva dei creditori per la risoluzione del concordato: lì, infatti, si fuoriesce dall'ambito della fase genetica per entrare nella fase funzionale di una proposta già approvata e, con l'omologazione, resa obbligatoria per tutti i creditori anteriori, ex art. 184 l.f., i quali potranno discrezionalmente decidere se far valere o meno l'inadempimento del debitore, peraltro entro il limite legale della sua non scarsa importanza, ex art. 186 co. 2 l.f.

l'eventuale “modifica” del voto²¹, in sede di giudizio di omologazione²² (autotutela);

- ove invece il mutamento fosse tale da creare un radicale e definitivo venir meno della fattibilità del piano, inficiando l'originaria attestazione sulla cui base era stata decretata l'ammissibilità della proposta, egli dovrebbe rimettere al tribunale la valutazione di una eventuale revoca del concordato, ex art. 173 l.f. (eterotutela).

In tal senso, la novità dell'art. 179 co. 2 l.f. può essere letta come introduzione di una facoltà prima non contemplata (“revoca” del voto favorevole dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori), ed oggi ancor più necessaria – stante l'adozione del meccanismo di voto del silenzio/assenso - per non seppellire i diritti dei creditori sotto la scure delle maggioranze; ma, al tempo stesso, essa non interferirebbe sugli ambiti del controllo giudiziale.

Appare poi essenziale rimarcare, a chiare lettere, la diversità di regime del giudizio sulla convenienza del concordato - l'altro “corno” del merito, accanto alla fattibilità - di cui oggi si può a ragione predicare la pertinenza in via esclusiva al ceto creditorio, fatte salve le sole specifiche eccezioni previste dalla legge.

Invero, l'art. 180 l.f. delimita nettamente il perimetro all'interno del quale è consentito al tribunale sindacare (anche) questo aspetto del merito - circoscrivendolo al caso in cui la relativa contestazione provenga da un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ed ora anche, in caso di mancata formazione delle classi (grazie all'altrettanto clamorosa modifica dell'art. 180 co. 4 l.f., in sede di conversione del d.l. n. 83/12), da parte dei “creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto”-, ma non contiene alcuna disposizione o limitazione sul controllo giudiziale di fattibilità del concordato.

Pertanto, facendo tabula rasa di ogni preconcetto ideologico, i nudi dati normativi fanno oggettivamente emergere:

- in sede di ammissione, la rimessione al tribunale di un verifica

²¹ La scelta lessicale del termine “modifica” - piuttosto che “revoca” - del voto non è casuale, ma destinata evidentemente ad includere anche l'eventualità che il mutamento sia in senso favorevole, e tale da indurre il creditore a revocare il voto negativo, per aderire alla proposta originariamente ritenuta non fattibile.

²² Si tratta perciò di un momento destinato ad incidere non sulla astratta omologabilità del concordato, bensì sulla sua approvazione, attraverso il ricalcolo delle maggioranze.

(sia pure mediata) sulla fattibilità del concordato, per il combinato disposto degli artt. 162 e 161 co. 3 l.f.;

- nel corso della procedura, la ripetibilità di quella stessa verifica, anche alla luce delle valutazioni del commissario giudiziale e di eventuali circostanze sopravvenute, che consentano la revoca del concordato, ai sensi dell'art. 173 l.f.;

- in sede di omologazione, l'assenza di ogni limitazione espressa al controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato, ai sensi dell'art. 180 l.f.

3. La fattibilità nel concordato preventivo ordinario

La fattibilità concordataria per antonomasia è quella valutazione prognostica sulla realizzabilità degli obiettivi del piano - che ora, ai sensi della nuova lett. e) dell'art. 161 co. 2 l.f., deve contenere anche “la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta” - rimessa in prima battuta al professionista “designato dal debitore”, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 co. 3 lett. d) l.f..

Il novellato art. 161 co. 3 l.f. prevede, infatti, che essa debba essere oggetto della relazione che accompagna la domanda, e ora, “nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano”, anche di una apposita relazione integrativa successiva²³.

Quella valutazione dell'esperto viene poi articolatamente consegnata (di qui le asperità ermeneutiche del dibattito in corso) all'ulteriore vaglio di altri soggetti, quali:

a) il tribunale, che “con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato”, ex art. 162 co. 2 l.f., “se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161”, tra i quali (anche) la relazione sulla fattibilità del piano²⁴;

b) il commissario giudiziale, chiamato dall'art. 172 l.f. a redigere “una relazione particolareggiata” - tra l'altro - “sulle proposte di

²³ Entrambe le novità dell'art. 161 l.f. sono state introdotte dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, e riguardano i ricorsi depositati dall'11 settembre 2012.

²⁴ Si rammenta che l'attuale stesura della norma è frutto di una modifica apportata dal cd. decreto correttivo, mentre la precedente versione del d.lgs. n. 5/06 limitava lo scrutinio giudiziale di ammissibilità della domanda alle sole condizioni previste dall'art. 160 l.f.

concordato e sulle garanzie offerte ai creditori”;

c) i creditori, chiamati ad esprimere il voto in sede di adunanza ex art. 175 l.f., dopo che il commissario giudiziale ha illustrato “la sua relazione e le proposte definitive del debitore”, potendo essi esporre le ragioni per le quali non ritengono la proposta “ammissibile” o “accettabile” ;

d) ancora i creditori, ai quali il commissario giudiziale deve segnalare l’eventuale mutamento delle condizioni di fattibilità del piano dopo l’approvazione del concordato, per consentire loro di “costituirsì nel giudizio di omologazione fino all’udienza di cui all’art. 180 per modificare il voto”, ai sensi del nuovo comma 2 dell’art. 179 l.f.²⁵;

e) di nuovo commissario giudiziale e tribunale, ai sensi dell’art. 173 l.f., per la revoca d’ufficio dell’ammissione al concordato, prescritta non solo per il compimento di ogni atto di frode, di cui il primo deve immediatamente riferire al secondo, ma anche se nel corso della procedura “in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato”, tra le quali è appunto inclusa la sua fattibilità;

f) infine, e ancora, creditori e tribunale, ai sensi dell’art. 180 l.f., laddove in sede di omologazione insorga contestazione sulla fattibilità, o sia rilevato il suo difetto²⁶, con l’aggiunta che, ove la contestazione provenga da un creditore appartenente ad una classe dissenziente - ovvero, in assenza di classi, da “creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto”²⁷ -, il controllo giudiziale può estendersi -addirittura- alla convenienza della proposta (in riferimento alle prospettive soddisfatorie alternativamente e concretamente praticabili), con una incursione

²⁵ Inserito dalla l. 27 agosto 2012, n. 134, di conversione del d.l. n. 83/12, a valere nei concordati introdotti dall’11 settembre 2012.

²⁶ Anche ai fini dell’omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti è prescritto che alla domanda sia allegata la relazione del professionista sulla “attuabilità dell’accordo”, “con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei”; nella fase cautelare di cui al nuovo art. 182-bis, co. 6, l.f., poi, si dice espressamente che il tribunale deve riscontrare anche “la sussistenza delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso le trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare”.

²⁷ Questa dirompente (ed auspicata) modifica è stata introdotta solo in sede di conversione del d.l. n. 83/2012, e riguarda sempre i concordati presentati a far tempo dall’11 settembre 2012.

giudiziale nel merito ben più penetrante della fattibilità.

3.1 ... e nel concordato con continuità aziendale

Una particolare versione della fattibilità tecnica emerge dal nuovo istituto del concordato con continuità aziendale, ora disciplinato dal nuovo art. 186-bis l.f.²⁸

In quel caso il piano, oltre ai nuovi elementi previsti dalla nuova lett. e) dell'art. 161 co. 2, l.f., deve contenere anche “un’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura” (art. 186-bis co. 1 lett. a) l.f.).

A sua volta, la relazione del professionista di cui all'art. 161 co. 3 l.f. “deve attestare che la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori” (art. 186-bis co. 1 lett. b) l.f.).

In una stringente prospettiva di monitoraggio costante, il co. 6 dell'art. 186-bis l.f. prevede che, “se nel corso della procedura l’esercizio dell’attività cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'art. 173”.

Si tratta, all’evidenza, di un penetrante controllo giudiziale di merito, che sopravanza gli stessi creditori, attraverso l’attivazione officiosa del meccanismo di revoca dell’intero concordato; dunque, una forma palese di eterotutela.

E’ invero fatta salva, espressamente, “la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato”; ma non è ben chiaro se tale facoltà sia limitata alla conversione della domanda in concordato ordinario, ovvero se sia consentita anche la modifica delle previsioni del piano, in modo da ripristinare le condizioni che rendevano la prosecuzione dell’esercizio dell’attività vantaggiosa per i creditori.

In ogni caso, il richiamo espresso della norma solo all'art. 173, e non anche al (nuovo) art. 179 co. 2 l.f.²⁹, sembrerebbe escludere dal

²⁸ Frutto della decretazione d’urgenza, non ritoccato in sede di conversione.

²⁹ Che semmai potrebbe “riemergere” proprio in seguito alla modifica della proposta di concordato, consentita dall’ultimo comma dell'art. 186-bis l.f.

raggio di azione di questo controllo il ceto creditorio - pur essendo esso il soggetto direttamente inciso dal dannoso protrarsi dell'esercizio dell'attività – rimettendolo al binomio commissario giudiziale/tribunale, come per tutte le forme di revoca dell'ammissione del concordato; con il solo correttivo della partecipazione dei creditori (e del p.m.) al relativo procedimento, invero destinato in via principale a consentire loro l'esercizio della legittimazione attiva esclusiva per la dichiarazione di fallimento.

Questa peculiare forma di fattibilità del concordato con continuità aziendale, mostra dunque – più chiaramente che nel concordato ordinario - come la sua valutazione sia rimessa, in condizioni fisiologiche, ai creditori, attraverso l'espressione del voto ed ai fini della sua approvazione, mentre in condizioni patologiche è affidata al tribunale, per il tramite del commissario giudiziale, ai fini della revoca della sua ammissione.

Il che implica, retrospettivamente, come anche in sede di ammissione, ex art. 162 l.f., il tribunale (stavolta senza l'ausilio del commissario giudiziale) possa sancire l'inammissibilità della domanda nei casi in cui la fattibilità del piano - per come esposta e argomentata nella relazione del professionista attestatore - versi in condizioni patologiche, dunque non già per una mancata condivisione della prognosi che la sottende, ma perchè immotivata, contrastante con norme di legge o radicalmente viziata da illogicità o incoerenza.

4. I nuovi controlli giudiziali di merito

Come anticipato, i più recenti epigoni della riforma lasciano trasparire un'esaltazione del controllo giudiziale di merito³⁰, con la sola particolarità che l'espressione di quel potere risulta ora costantemente veicolata da attestazioni tecniche esterne, per quanto indipendenti e soggette a presidio penale.

Tali attestazioni costellano in effetti ogni passaggio cruciale del procedimento, e spesso proprio in funzione prodromica

³⁰ *In nuce* già presente nella prima riforma: si pensi alla latitudine del controllo giudiziale ex art. 163 co. 1 l.f. sulla correttezza della formazione delle classi, che sottende chiaramente criteri di valutazione non strettamente giuridici, come l'omogeneità degli interessi economici, ex art. 160 co. 1 lett. c) l.f.

all'assunzione di decisioni giudiziali di carattere "gestionale"; si pensi, oltre alle ipotesi già note:

i) all'attestazione della funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, per i finanziamenti che il debitore chiede di essere autorizzato a contrarre, con la domanda di concordato, ai sensi dell'art. 182 quinquies, co. 1, l.f.;

ii) all'attestazione della essenzialità per la prosecuzione dell'attività di impresa e della funzionalità ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, per le prestazioni di beni o servizi anteriori che il debitore chiede di essere autorizzato a pagare nel concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 182-quinquies co. 4 l.f.;

iii) all'attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato con continuità aziendale è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, ex art. 186-bis co. 2 lett. b) l.f., in vista del relativo giudizio di ammissibilità;

iv) all'attestazione della conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento, ai fini della continuazione di contratti pubblici ex art. 186-bis co. 3 l.f.;

v) alla medesima attestazione finalizzata alla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, di cui all'art. 186-bis, co. 4, lett. a).

Se dunque, da un lato, al debitore viene richiesto di presentare una proposta concordataria che sia "fattibile", dall'altro lato è lo stesso legislatore che si prodiga, sinergicamente, a far sì che sia "fattibile" la stessa soluzione con cordataria.

Il concetto di fattibilità viene così ad assumere varie sfumature: se in senso stretto essa rappresenta semplicemente un presupposto tecnico di ammissibilità del concordato, in senso lato essa incarna quel favor di cui si è detto, che si esplicita in una serie di incentivi (predeuzioni ed esenzioni, da revocatoria o bancarotta) e le tante maglie (inefficacia, nullità, inammissibilità, improcedibilità) della "rete protettiva" allestita dal legislatore a protezione del percorso concordatario.

5. Le discipline dei finanziamenti

Le misure di sostegno finanziario al debitore che intenda presentare una domanda di concordato preventivo, attualmente contenute nel plurinovellato art. 182-quater l.f. e nel nuovo art. 182-quinquies, co. 1-3, l.f., esprimono un trend di progressiva consapevolezza del legislatore sulla scarsa liquidità delle imprese che si accostano – evidentemente con troppo ritardo - allo strumento concordatario.

In effetti, ancora nel 2005 i finanziamenti concordatari (e, a maggior ragione, quelli pre-concordatari) erano sguarniti di tutela, se addirittura degli stessi “mutui, anche in forma cambiaria” - per quanto autorizzati dal giudice, ai sensi dell’art. 167 l.f. - era in predicato la prededucibilità, in difetto di esplicita previsione normativa ed alla luce dell’allora vigente art. 111 l.f., che non contemplava l’attuale secondo comma, per cui “sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”³¹.

La necessità di stringere attorno alle soluzioni concordate della crisi di impresa un vero e proprio “cordone finanziario” ha così indotto il legislatore ad intervenire su più versanti, dapprima, nel 2006, modificando l’art. 111 l.f.³² e poi, nel 2010, introducendo l’art. 182-quater l.f.³³, in modo di incentivare i finanziamenti alla ristrutturazione anche attraverso una distribuzione “a tutto tondo” del beneficio della prededuzione.

Rassicurando i terzi disposti ad investire sulla crisi dell’imprenditore, in nome dell’esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, si è così cercato di escludere ogni loro possibile rischio e garantire il recupero del credito restitutorio da essi così maturato.

³¹ E così, ancora in Cass.civ. sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3581 (Rv. 617162) si legge che “avendo il concordato preventivo funzione meramente liquidatoria, rispetto alla quale è estranea (in quanto soltanto eventuale) la continuazione dell’esercizio dell’impresa da parte del debitore, i crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura concordataria, in caso di successivo fallimento, non possono essere soddisfatti in prededuzione e sono suscettibili, ricorrendone i presupposti, di revocatoria fallimentare (cfr. *ex plurimis* le sentenze nn. 11216 del 1995 e 6352 del 1997)”.

³² Con l’art. 99, co. 1, lett. a) ed e) del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5

³³ Con la legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione, con modifiche, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78

Così facendo, il legislatore ha inteso perseguire l'obiettivo prefissato dalle riforme di sostenere, per il tramite di terzi investitori, il risanamento delle imprese.

5.1 I finanziamenti “in funzione” e “in esecuzione”

Da ultimo³⁴, quel processo è stato portato a compimento con ulteriori ritocchi (per nulla marginali) dell'art. 182-quater l.f., che influiscono più o meno direttamente sul regime dei finanziamenti; in particolare:

i) è stato eliminato, dal comma 1, il riferimento ai (soli) finanziamenti effettuati da «banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385»³⁵, con la conseguenza che la nuova disciplina attiene (non solo) a tutti i tipi di finanziamento, (ma anche) da qualunque soggetto essi siano effettuati;

ii) è stato parificato il regime di trattamento dei finanziamenti «in esecuzione» (comma 1) e «in funzione» (comma 2), compresi anche i finanziamenti effettuati dai soci, in deroga agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. (comma 3), sia pure nei limiti dell'80% del loro ammontare, a meno che la qualità di socio non sia stata acquisita dal finanziatore proprio in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti³⁶;

³⁴ Con la legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione, con modifiche, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83

³⁵ Peraltro il riferimento all'art. 107 era divenuto inattuale, dopo la modifica apportata al t.u.b. dall'art. 10 del d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141.

³⁶ Conformemente a quanto previsto, nell'ordinamento tedesco, dalla nuova legge sulla modernizzazione e repressione degli abusi (*Gesetz zur Modernisierung des Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbH-Rechts- und zur Bekämpfung von Missbräuchen - cd. MoMiG*), entrata in vigore il 1° novembre 2008, la quale trasportato le disposizioni sui finanziamenti dei soci dal *GmbHG* (normativa societaria) all'*Insolvenzordnung* (normativa concorsuale), e in particolare nel § 39, che esenta dalla postergazione i finanziamenti societari (oltre ai soci che non rivestano cariche gestorie e che siano titolari di partecipazioni inferiori al 10%), ai soggetti che abbiano acquisito una partecipazione nel capitale sociale nell'ambito di un piano di risanamento della società (c.d. *Sanierungsprivileg*). Ai sensi di detta normativa non si ha dunque postergazione né dei crediti preesistenti all'acquisto di partecipazioni della società debitrice, né di quelli erogati successivamente, laddove l'acquirente sia un creditore che agisce a scopo di risanamento «*bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung*». Cfr. P. Vella,

iii) sono stati espressamente esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze (ultimo comma) tutti i crediti postergati - compresi quelli dei soci - derivanti da finanziamenti «in funzione» (per quelli «in esecuzione» nemmeno ponendosi il problema del voto, insorgendo essi in una fase successiva).

Va certamente salutata con favore la scelta di non restringere a banche e intermediari finanziari la possibilità di erogare finanziamenti alla ristrutturazione concordataria, con il beneficio della prededuzione.

Assai meno favorevole è invece il giudizio sul definitivo scardinamento di una ponderata regola di correttezza ed equità, quale era stata la postergazione introdotta dalla riforma societaria, con gli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.³⁷, essendo in precedenza apparso alquanto ragionevole limitare la portata della deroga alla postergazione (e al correlato regime di ripetibilità, addirittura stravolto in prededuzione) ai soli finanziamenti societari effettuati «in esecuzione» del concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), poiché nella fase precedente (e dunque per i finanziamenti «in funzione») le asimmetrie informative tra soci e creditori, che l'art. 2467 c.c. è diretto a tutelare, sussistono «alla massima potenza».

E' invece rimasto differenziato il regime di controllo giudiziale sulla prededuzione:

- per i finanziamenti effettuati «in esecuzione di un concordato preventivo» (o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato), la prededucibilità «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111» è disposta, direttamente e de plano, dall'art. 182-quater co. 1 l.f.;

- per i finanziamenti «erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo» (o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), l'art. 182-quater co. 2 l.f. prevede solo la «parificazione» al trattamento prededucibile, e soprattutto lo subordina:

1) ad apposita previsione dei finanziamenti nel piano di cui

Finanziamenti dei soci e infragruppo, in *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, cit., 60 ss.

³⁷ Per approfondimenti sul tema si rimanda a P. Vella, *Finanziamenti dei soci e infragruppo* cit., 31 ss.

all'art. 160 l.f. (o nell'accordo di ristrutturazione);

2) ad esplicita e corrispondente disposizione nel provvedimento con cui il tribunale apre la procedura di concordato preventivo (ovvero omologa l'accordo).

Se appare evidente la superfluità di ogni ulteriore controllo su finanziamenti (quali quelli in esecuzione) destinati all'attuazione di una proposta concordataria già ammessa, approvata ed omologata, per i finanziamenti «in funzione», invece, la norma contempla una duplice forma di controllo, in parte formale (riscontro del fatto storico dell'erogazione e della inclusione nel piano concordatario, con specifica menzione - si ritiene - nella relazione del professionista attestatore), in parte sostanziale, in quanto la necessità che la prededuzione sia “espressamente disposta” dal tribunale implica (per non risultare tautologica) una valutazione di congruità e funzionalità alle prospettive del piano, secondo un criterio che, posizionandosi ex ante, per un verso può essere espresso solo in termini di “utilità tendenziale”, per altro verso non sembra rivisitabile ex post (in sede di verifica fallimentare), in termini di utilità effettivamente ed in concreto dispiegata.

Dunque, una robusta forma di tutela preventiva, apparentemente destinata a scardinare l'esclusività della competenza sull'accertamento del passivo ex art. 52 l.f., ma in realtà con essa allineata, se si pone mente al fatto che a statuire quella prededuzione non è un giudice diverso da quello fallimentare, ma lo stesso organo collegiale concorsuale.

Quanto alla clamorosa abrogazione³⁸ del quarto comma dell'art. 182-quater l.f. - che dichiarava “prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, e 182-bis, primo comma, purchè ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato, ovvero l'accordo sia omologato” – essa ha finito per marginalizzare il dibattito sulla riconducibilità di quella prededuzione alla categoria generale dei “crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali” (art. 111, co. 2, seconda parte, l.f.), con conseguente preclusione di ulteriori ipotesi prededuttive interne al

³⁸ Solo con la legge n. 134/12, di conversione del d.l. sviluppo

concordato, ivi non contemplate³⁹, ovvero all'ipotesi particolare di una "specifica disposizione di legge" (art. 111, co. 2, prima parte, l.f.), non impeditiva di analogo riconoscimento in favore di altri crediti muniti di quel nesso generale di funzionalità⁴⁰, seppure senza la "blindatura" (nella eventuale sede di accertamento del passivo fallimentare) dell'apposita statuizione giudiziale col decreto di ammissione (o di omologazione), ai sensi dell'art. 182-quater, co. 2, l.f.

5.2 I finanziamenti "in corso" di procedura

Da ultimo, il nuovo art. 182-quinquies, co. 1 l.f.⁴¹ è intervenuto a colmare la lacuna che si era creata tra i finanziamenti concessi "in funzione" e "in esecuzione" del concordato preventivo - disciplinati come visto dall'art. 182-quater l.f. -, intercettando la fase intermedia di quelli effettuati nel corso del concordato.

Esso infatti consente, all'imprenditore che deposita domanda di concordato preventivo, anche con riserva (ovvero domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ed anche la relativa proposta in via cautelare), di chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, dichiarati anch'essi "prededucibili ai sensi dell'art. 111" l.f., a condizione, però, che un professionista designato dal debitore, e in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., dopo aver verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

In questa particolare fase, il controllo giudiziale appare, per un verso, più vincolato rispetto a quello esercitato sui finanziamenti

³⁹ Trib. Milano 26 maggio 2011 in *Fall.*, 2011, 1337; Trib. Terni 13 giugno 2011, ivi, 2011, 1339; Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in *www.osservatorio-oci.org*, 2011, Ms. 560. Sul tema, più in generale, si veda Cass.civ. sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3582 (Rv. 616629), laddove afferma che "ai fini dell'individuazione dei debiti di massa, non è determinante il profilo temporale, bensì quello funzionale, e cioè la genesi del debito per atto degli organi fallimentari – e non certo di un terzo creditore – in occasione e per le finalità della procedura".

⁴⁰ A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.f.*, in *Fall.*, 2011, 1340 ss.

⁴¹ Nato con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ed applicabile ai procedimenti di concordato preventivo (e di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti) introdotti dall'11 settembre 2012.

“in funzione” – non potendo prescindere da una specifica attestazione del professionista designato dal debitore –, ma per altro verso (e forse corrispondentemente) anche più pregnante, potendosi estendere, previa eventuale assunzione di sommarie informazioni, anche a “finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative” (co. 2), nonché spaziare in un’ampia latitudine, compreso il potere di “autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia di detti finanziamenti” (comma 3).

Lo strumento, chiaramente ispirato al modello statunitense dei cd. “first day orders”, appare destinato a risolvere, forse in radice, la problematica della cd. finanza interinale.

A dire il vero, la nuova norma non ha fatto altro che recepire prassi autorizzatorie già invalse⁴², in applicazione estensiva dell’art. 167, co. 2, l.f., proprio per superare quello iato creatosi tra finanziamenti in funzione e in esecuzione.

E tuttavia, nel recepirle, le ha perfezionate:

1) supportando il non agevole vaglio giudiziale con apposita attestazione tecnica di un professionista (pur sempre designato dal debitore) sulla effettiva funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori;

2) dichiarando espressamente quel tipo di finanziamenti “prededucibili ai sensi dell’art. 111” l.f., dunque con una formula pressoché sovrapponibile a quella adottata nell’art. 182-quater, co. 1, l.f. per i c.d. finanziamenti in esecuzione⁴³.

Quanto al primo aspetto, va sottolineata l’enorme delicatezza della valutazione che il tribunale è chiamato ad effettuare (specie nel concordato con riserva), in un momento in cui non è agevolmente praticabile una interlocuzione con i creditori controinteressati, stante l’urgenza della decisione, scarsamente compatibile con una loro convocazione.

Peraltro con il disagio di non potersi avvalere di un esperto di sua fiducia, dovendosi necessariamente fidare delle attestazioni

⁴² Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in www.osservatorio-oci.org, 2011, Ms. n. 561; Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in www.osservatorio-oci.org, 2011, Ms. n. 566; Trib. Terni, 26 aprile 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 665.

⁴³ Mentre, si ricorda, i finanziamenti c.d. in funzione di cui al successivo comma 2 sono dichiarati “parificati ai prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell’art. 111” l.f. Si tratta, invero, di distinzioni lessicali di sottile (e non perspicua) intelligibilità, verosimilmente non destinati a suscitare particolari contenziosi in sede applicativa.

rese dal professionista del debitore (salvo arrivare al paradosso di sottoporle a verifica da parte di un altro esperto di nomina giudiziale); il tutto, senza che la prospettiva di una - futura ed eventuale - sanzione penale per il comportamento ipoteticamente scorretto di quel professionista possa rimediare ai danni che - nell'immediato - essa abbia eventualmente prodotto.

Quanto al secondo aspetto, è invece emerso il dubbio se della prededuzione integrale prevista dall'art. 182-quinquies, co. 1, l.f. possano beneficiare - in ulteriore deroga agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. - anche i finanziamenti postergati dei soci, con una distonia che potrebbe essere forse giustificata solo dalla presenza, qui, della relazione dell'attestatore.

Ovvero se debba darsi interpretazione estensiva alla norma ritenuta speciale (art. 182-quater l.f.), con applicazione dello stesso limite dell'80% ivi contemplato per la prededuzione dei finanziamenti in funzione e in esecuzione, nel rispetto del rigore originariamente consegnato all'art. 2467 c.c.

6. I pagamenti di crediti anteriori nel concordato con continuità

Un momento di grande impatto - sia pure circoscritto al concordato con continuità aziendale, ora disciplinato dall'art. 186-bis l.f. - è rappresentato dall'innovativa facoltà, per il debitore che presenta domanda di ammissione al suddetto concordato, anche "con riserva", ex art. 161 co. 6 l.f., di chiedere al tribunale - che provvede previa assunzione di eventuali sommarie informazioni - di essere autorizzato al pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi (art. 182-quinquies co. 4 l.f.).

Specularmente, il successivo co. 5 dell'art. 182-quinquies l.f. prevede analoga facoltà per il debitore che presenta domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ex art. 182-bis co. 1 l.f. (o anche la sola proposta di accordo, ex art. 182-bis, co. 6 l.f.).

In quest'ultimo caso, la prevede anche l'esenzione da revocatoria ex art. 67 l.f. dei relativi pagamenti; ma ciò dipende dal fatto che il novellato art. 67, co. 3, lett. e), l.f. esenta esplicitamente da revocatoria - oltre agli atti posti in essere in esecuzione del

concordato preventivo o dell'accordo omologato - solo gli "atti legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161", non anche quelli posti in essere dopo il deposito del ricorso ex art. 182-bis l.f.; sicchè, occorre in sostanza colmare una lacuna.

L'autorizzazione è subordinata all'attestazione, da parte di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., "che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori".

La suddetta attestazione non è invece necessaria laddove si tratti di pagamenti effettuati utilizzando la c.d. nuova finanza, ossia "nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori".

Si tratta all'evidenza, accanto all'ipotesi più radicale della rinuncia al credito restitutorio, di una forma di postergazione volontaria (o negoziale), rientrante nel paradigma della cd. postergazione abdicativa, assimilabile ai cd. prestiti postergati⁴⁴.

L'esenzione da attestazione sembra applicabile anche al caso di postergazione ex lege, come nell'ipotesi di finanziamenti societari soggetti all'art. 2467 c.c., a condizione però che il socio finanziatore rinunci espressamente alla prededuzione riconosciutagli, nei limiti dell'80%, dall'art. 182-quater, co. 3, l.f. e favorisca così il riespandersi dell'originaria postergazione legale, oltre i limiti del 20%.

Una simile rinuncia sembrerebbe peraltro doversi pretendere, per quanto apparentemente superflua, anche in ogni altro caso di finanziamento potenzialmente beneficiato dalla prededuzione, ex art. 182-quinquies, co. 1, o ex art. 182-quater co. 2, l.f.

Questo meccanismo di finanziamento del pagamento di crediti anteriori lascia emergere, peraltro, una significativa frizione: se infatti si legge la prededuzione riconosciuta dagli artt. 182-quater e 182-quinquies co.1 l.f. in chiave endoconcordataria, diventa illogico ipotizzare un finanziamento che viene utilizzato per effettuare un pagamento di crediti anteriori, ma che deve essere

⁴⁴ Cfr. P. Vella, *La postergazione nell'ordinamento italiano*, in *Postergazione e finanziamenti* cit., 5 ss.

subito dopo rimborsato, con buona pace dell'utilità dell'operazione (se non per un arco temporale strettamente limitato).

Ma, sul punto, si rinvia più approfonditamente al paragrafo 4.4.

7. Il regime degli atti endoconcordatari

Accanto alla protezione del sostegno finanziario alla ristrutturazione, il legislatore ha allestito una serie di premialità, destinate a garantire stabilità e certezza nei rapporti dei terzi con il debitore concordatario, al fine di rassicurarli dai possibili rischi civilistici o penalistici, e dai conseguenti timori, ritenuti in passato una delle principali cause di insuccesso (o scarsa diffusione) dell'istituto concordatario.

In un primo momento, con il d.l. n. 83/2012, è stato integrato l'art. 67, co. 3, lett. e) l.f. per estendere l'esenzione da revocatoria, già prevista per "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo" anche a quelli "legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161".

Successivamente, con la legge di conversione n. 134/2012, il legislatore ha inteso rafforzare quel presidio, disponendo espressamente, nel nuovo art. 161, co. 7, l.f., che "dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111".

Questa disposizione viene a colmare lo iato esistente tra la fase antecedente il deposito della domanda - caratterizzata dalla normalità degli atti di gestione dell'imprenditore in bonis - e la fase successiva all'apertura della procedura (con il decreto ex art. 163 l.f.), che l'art. 167 l.f. espressamente disciplina tanto con riferimento alla conservazione dell'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore concordatario,

sebbene sotto la vigilanza⁴⁵ del commissario giudiziale (comma 1), quanto con riferimento al regime autorizzatorio (qui rimesso al giudice delegato) di “mutui, transazioni, compromessi, alienazioni immobiliari, concessioni di ipoteche o pegni, fideiussioni, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazioni di ipoteche, restituzioni di pegni, accettazioni di eredità e donazioni e, in generale, di tutti gli atti di straordinaria amministrazione” (comma 2).

Restava infatti scoperta proprio la fase intermedia, una sorta di “limbo” in cui il compimento di atti negoziali era ingessato dai timori su quale poi ne sarebbe stato il trattamento.

Sul punto, il legislatore ha dato dunque certezze più che rassicuranti, svincolando da ogni controllo il compimento degli atti di ordinaria amministrazione, e prevedendo un’apposito regime autorizzatorio per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione (individuabili sulla base del formante dottrinale e giurisprudenziale relativo all’art. 167 co. 2 l.f.), stavolta qui di competenza del tribunale (non essendo ancora intervenuta la nomina del giudice delegato, che si ha con l’apertura della procedura ex art. 163 co. 2 n. 1 l.f.), semmai sulla scorta dell’eventuale assunzione di sommarie informazioni.

In entrambi i casi, e a scampo di ogni equivoco, è stata espressamente sancita la prededucibilità, ai sensi dell’art. 111 l.f., dei crediti dei terzi sorti per effetto degli atti così – purché legalmente – compiuti.

8. Il nuovo spettro delle prededuzioni

Alla luce di quanto precede, appare evidente come le più recenti riforme abbiano dilatato a dismisura la categoria degli atti, prodromici o interni al concordato, ai quali viene riconosciuta la prededuzione, ben oltre la prospettiva della continuità aziendale.

Immaginando di seguire, passo dopo passo, l’iter concordatario, risulta ora prededucibile la vera e propria pletora di crediti sotto elencati:

- a) i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della

⁴⁵ Ormai destinata solo alla eventuale emersione di atti di frode ex art. 173 l.f.

presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, qualora previsti dal piano e disposti nel decreto di ammissione al concordato (art. 182-quater, co. 2, l.f.);

b) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soci in funzione del concordato preventivo, qualora previsti dal piano e disposti nel decreto di ammissione al concordato, ma solo fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare (art. 182-quater, co. 3, l.f.);

c) i crediti derivanti da finanziamenti autorizzati dal tribunale, su richiesta formulata dal debitore nella domanda di concordato, anche “con riserva”, a condizione che un professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. a) l.f., dopo aver verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione, abbia attestato la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182-quinquies, co. 1, l.f.);

d) i crediti di terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazione legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito del ricorso, e fino all'apertura della procedura di concordato preventivo (art. 161 co. 7 l.f.);

e) i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale dopo il deposito del ricorso, e fino al decreto di apertura della procedura di concordato preventivo (art. 161 co. 7 l.f.);

f) i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazione posti in essere dal debitore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, durante la procedura (art. 167 co. 1 l.f.);

g) i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti di straordinaria amministrazione autorizzati per iscritto dal giudice delegato, durante la procedura (art. 167 co. 2 l.f.);

h) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione del concordato preventivo (art. 182-quater, co. 1, l.f.);

i) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soci in esecuzione del concordato preventivo, fino alla concorrenza dell'80% (art. 182-quater, co. 3, l.f.);

j) i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi il cui pagamento, su richiesta formulata nella domanda di concordato con continuità - anche con riserva- sia stato autorizzato dal tribunale, sempre che un professionista in possesso dei requisiti di cui

all'articolo 67, co. 3, lett. d) l.f., ne abbia attestato l'essenzialità alla prosecuzione dell'attività d'impresa e la funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori (art. 182-quinquies co. 4 l.f.);

k) (di fatto) i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione che non vengano sciolti o sospesi (art. 169-bis l.f.);

l) (di fatto) i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione con la pubblica amministrazione per i quali il professionista designato dal debitore attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento (art. 186-bis co. 3. l.f.).

Non compete invece la prededuzione concordataria (fatta salva quella fallimentare, ove in sede di accertamento del passivo si verifichino essere sorti “in occasione o in funzione delle procedure concorsuali” ex art. 111 l.f.), i seguenti crediti:

m) i compensi spettanti al professionista attestatore incaricato di predisporre la relazione ex art. 161, co. 3, l.f. (che prima dell'abrogazione dell'aet. 182-quater co. 4 l.f. spettava a condizione che ciò fosse espressamente disposto nel provvedimento di ammissione al concordato);

n) l'indennizzo equivalente al risarcimento del danno da mancato adempimento, spettante ove il tribunale abbia autorizzato, su richiesta del debitore contenuta nella domanda di concordato, lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (art. 169-bis co. 2 l.f.).

Questo corposo elenco delle prededuzioni ora riconosciute, può essere variamente disarticolato, sulla base di diversi criteri.

Sotto il profilo della previsione normativa, si distinguono:

i) crediti che la legge dichiara espressamente “prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.f.” (lett. a, b, c, d, e, h, i);

ii.) crediti che vengono pacificamente considerati tali, pur in mancanza di esplicita previsione (lett. f, g), per la stretta analogia con ipotesi analoghe (lett. d, e);

iii.) crediti per i quali la prededuzione non è predicata, ma discende dalla loro specifica origine e collocazione (lett. j, k, i).

Sotto il profilo dei margini del controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione in sede concordataria, si possono invece distinguere:

A) atti sui quali non viene esercitato alcun controllo preventivo

da parte del tribunale, come gli atti di ordinaria amministrazione legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito del ricorso, e fino all'apertura della procedura di concordato preventivo ex art. 161 co. 7 l.f. (lett.d), e gli atti di ordinaria amministrazione posti in essere dal debitore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, durante la procedura ex art. 167 co. 1 l.f. (lett. f);

B) atti sui quali il controllo del tribunale viene esercitato, all'inizio della procedura, anche sulla base delle generali attestazioni rilasciate per la proposta concordataria, come nel caso dei finanziamenti "in funzione" della domanda di concordato ex art. 182-quater co. 2 l.f. (lett. a), anche dei soci, sia pure nei limiti dell'80%, ex art. 182-quater co. 3 l.f. (lett. b), che devono infatti essere espressamente previsti nel piano concordatario, per potersene disporre la prededuzione con il decreto di ammissione;

C) atti per la cui autorizzazione il tribunale deve previamente acquisire specifiche attestazioni, rese da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., come nel caso dei finanziamenti in corso di procedura funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori ex art. 182-quinquies co. 1 l.f. (lett. c), o, nel concordato con continuità aziendale, dei crediti anteriori essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori ex art. 182-quinquies co. 4 l.f. (lett. j);

D) atti per i quali il controllo giudiziale è apparentemente libero (salva ovviamente la valutazione degli elementi sino ad allora acquisiti), come gli atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal giudice delegato ex art. 167 l.f. durante la procedura (lett. g) e gli atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale dopo il deposito del ricorso ex art. 161 co. 7 l.f. (lett. e);

E) atti sui quali il controllo del tribunale è solo implicito, in quanto posti in essere alla fine della procedura, all'esito di tutte le verifiche sostanziali e processuali previste dalla legge, come per i finanziamenti "in esecuzione" del concordato (lett. i), anche dei soci, nei limiti dell'80% (lett. h);

F) gli atti per i quali la prededucibilità è fattuale e interna alla procedura di concordato (non già "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.f."), che non subiscono alcun vaglio autorizzatorio del tribunale, come i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione che non vengano sciolti o sospesi ex art. 169-bis l.f.,

(lett. k) e quelli derivanti dai contratti in corso di esecuzione con la pubblica amministrazione (lett. l), così come tutti gli altri rapporti pendenti, nel concordato con continuità.

Infine, sotto il profilo (controverso) della natura della prededuzione concordataria, si può prospettare una distinzione tra:

I) gli atti che vanno ontologicamente compiuti all'interno della procedura di concordato, e come tali devono ex se beneficiare di una prededuzione immediata, quali i pagamenti di crediti anteriori ex art. 182-quinquies, co. 1, l.f. (lett. j), i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione che non vengano sciolti o sospesi ex art. 169-bis l.f. (lett. j) e i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione con la pubblica amministrazione (lett. k), ma anche, più in generale, tutti gli altri crediti che derivano dai contratti che proseguono nel concordato con continuità;

II) i finanziamenti effettuati in funzione (lett. a-b), durante il corso (lett. c), o in esecuzione (lett. h-i) del concordato, per il cui rimborso è sostenibile che la prededuzione sia destinata ad essere fatta valere non già subito - con prevalenza rispetto alla soddisfazione dei creditori concorsuali che quegli stessi finanziamenti erano diretti a consentire -, ma solo in caso di insuccesso del piano, e dunque successivamente, nella eventuale sede fallimentare;

III) tutti i crediti derivanti dagli atti di ordinaria o straordinaria amministrazione legalmente compiuti dopo il deposito della domanda (lett. d-e), ovvero dopo l'ammissione del concordato (lett. f-g), per i quali l'ammissibilità di una prededuzione immediata potrebbe fondarsi sul fatto che la loro causa, intesa come funzione economico-sociale, è non già il finanziamento, bensì la stessa continuità aziendale.

Resta dunque incerto, anche nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, se la prededuzione concordataria sia autonomamente predicabile già all'interno della stessa procedura, ovvero se essa abbia solo un effetto prenotativo e cautelativo rispetto all'esito infausto di un concordato che trasmodi in fallimento, con il conseguente beneficio di cui all'art. 111 l.f.⁴⁶; il

⁴⁶ Verso questa soluzione sembra orientato B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.ilcaso.it* sez. II, Dottrina e opinioni, 12 settembre 2011, doc. n. 263/11, 32 s. Per una riconduzione della prededuzione alla sede fallimentare si veda anche, da ultimo, Cass. civ. sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402 (Rv. 621934), secondo la

che è, peraltro, proprio quanto avviene nel modello cui il legislatore della riforma si ispira, ossia il Chapter 11 dell'ordinamento statunitense⁴⁷.

Come sopra anticipato, la prima ipotesi appare distonica rispetto ai finanziamenti, specie in esecuzione del concordato, non apparendo logico - prima ancora che opportuno - anteporre il rimborso proprio ai pagamenti (di altri creditori) che essi erano diretti a consentire⁴⁸.

Semmai, una simile conclusione potrebbe giustificarsi per i finanziamenti "in funzione" (che, in quanto anteriori alla domanda, a differenza dei primi hanno natura concorsuale ai sensi dell'art. 184 l.f.), ladove destinati solo a tamponare una situazione di contingente - ma superabile - illiquidità, come invero spesso accade per il deposito delle spese di giustizia, ex art. 163, co. 2, n. 4 l.f.

Questa soluzione - inappagante proprio perchè non generalizzabile - fa quindi propendere, quantomeno per i finanziamenti, verso una lettura della prededuzione come tutela dal rischio di insuccesso dell'ipotesi concordataria, peraltro in sintonia tanto con la lettera della legge ("ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 111"), quanto con la funzione che essi sono chiamati a svolgere; nell'ipotesi fisiologica di buon esito del piano, poi, il rimborso avverrebbe subito dopo l'ultimo pagamento effettuato in esecuzione del programma concordatario.

In questa prospettiva, si avrebbe una sorta di postergazione concordataria, bilanciata dalla - futura ed eventuale - prededuzione

quale "Al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazione contratta direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento "occasionale" ovvero "funzionale" posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico nè solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla gestione fallimentare. In questa prospettiva, la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio".

⁴⁷ Dove infatti le *administrative expenses* di cui alla *Section 507*, richiamata dalla *Section 726* del *Bankruptcy Code*, ossia i crediti sorti nella suddetta procedura di *reorganization*, sono destinate a diventare prededucibili nella successiva procedura di liquidazione (*Chapter 7*).

⁴⁸ Apparendo invero "schizofrenico" il comportamento di un finanziatore che con una mano dà e con l'altra, subito, si riprende.

fallimentare.

Peraltro, la percorribilità di siffatta tesi trova oggi conforto nella riferita abrogazione del quarto comma dell'art. 182-quater l.f., che ha riconsegnato alla discrezionalità giudiziale - da esercitare in sede di formazione del passivo fallimentare - la verifica di conformità al paradigma legale dell'art. 111 l.f. per i compensi del professionista attestatore, riallineandolo alla condizione di tutti gli altri professionisti coinvolti nella predisposizione della domanda concordataria.

Era infatti quella la fattispecie più convincente a favore della tesi della prededuzione endoconcordataria, trattandosi di prestazione d'opera finalizzata all'introduzione della domanda di concordato che - a differenza dei finanziamenti - appariva ragionevole non subordinare alla soddisfazione dei restanti creditori.

Quelle considerazioni restano ora valide per gli atti negoziali interni al concordato, per i quali la legge il più delle volte nemmeno prevede la prededuzione (come per i contratti che non vengono sciolti), proprio perchè l'immediatezza della soddisfazione appare connaturata alla loro genesi e funzione.

Un ultimo profilo da valutare - sempre in tema di formazione del controllo giudiziale sulla prededuzione - è se il principio per cui "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione" (che l'art. 160 co. 2 ult. parte l.f. sembra invero riservare al concordato con classi) renda di per sè illegittimo l'immediato pagamento, in sede concordataria, dei compensi per prestazioni professionali rese al debitore in funzione della presentazione della domanda di concordato⁴⁹, i quali sarebbero a rigore crediti concorsuali muniti del solo privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c.; ed anche, se l'esplicita dichiarazione che il relativo pagamento è stato già effettuato, prima della domanda di concordato, sia sufficiente a mettere debitore e creditore interessato al riparo da ogni eventuale sanzione civile (inefficacia) o penale (bancarotta preferenziale), se non anche dalla configurabilità di un atto di frode ai creditori, ex art. 173 l.f.

Allo scioglimento di quel dubbio, in senso negativo, sembra ora contribuire il nuovo disposto dell'art. 182-quinquies co. 4, l.f., che condiziona l'autorizzazione giudiziale al pagamento di crediti per

⁴⁹ Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in www.osservatorio-oci.org, 2011, Ms. n. 560, però prima dell'abrogazione dell'art. 182-quater, co. 4, l.f.

prestazioni di beni o servizi anteriori, al fatto:

i) che si tratti di concordato con continuità aziendale, ex art. 186-bis l.f. (anche se proposto con riserva, ai sensi dell'art. 161 co. 6, l.f.);

ii) che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., attesti “che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”.

Solo a quelle condizioni, i pagamenti di crediti anteriori sono espressamente dichiarati esenti da revocatoria, ai sensi del novellato art. 67, co. 3, lett. e), l.f. (relativo agli “atti legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161”) e “prededucibili, ai sensi dell'art. 111”, in forza del nuovo art. 161, co. 7, l.f. (relativo ai “crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore”, “dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163”).

Sembra dunque imprescindibile il ricorrere dei suddetti presupposti per la legittimità, non revocabilità e prededucibilità dei pagamenti di crediti anteriori alla domanda di concordato, compresi i compensi dei professionisti che assistono il debitore nella sua presentazione.

9. I contratti in corso di esecuzione

Compiendo un processo di progressiva assimilazione alla disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento, da tempo e più parti auspicata, il nuovo art. 169-bis l.f. contempla la facoltà per il debitore di chiedere - al tribunale, con il ricorso ex art. 161 l.f. e, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato - l'autorizzazione allo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione alla data della domanda, ovvero la loro sospensione, per un termine non superiore a 60 giorni, prorogabile per una sola volta.

A fronte di questa facoltà, la previsione del corrispondente diritto della controparte ad un “indennizzo equivalente al risarcimento del danno da mancato adempimento”⁵⁰ viene

⁵⁰ L'espressione crea una singolare crasi tra mancato adempimento e risarcimento, rispetto alla diversa previsione dettata in generale, nel fallimento, dall'art. 72 co.4 l.f.,

sostanzialmente vanificata dall'essere esso soddisfatto “come credito anteriore al concordato”, dunque in equiparazione al trattamento dei crediti concorsuali e con negazione di quella prededucibilità pur a larghe mani concessa dal legislatore a tanti altri crediti concordatari.

La disposizione risulta pregiudizievole anche al paragone con alcuni specifici regimi dei rapporti pendenti nel fallimento, nei quali il riconoscimento dell'indennizzo in caso di scioglimento viene accompagnato dalla previsione del suo soddisfacimento in prededuzione, come nel caso di scioglimento dal contratto di locazione di immobili, in caso di fallimento tanto del locatore quanto del conduttore (art. 80), ovvero nel recesso dal contratto di affitto d'azienda, ex art. 79 l.f..

Restano peraltro escluse dalla possibilità di scioglimento alcune figure contrattuali nelle quali la controparte è ritenuta meritevole di particolare protezione, quali:

- il rapporto di lavoro subordinato;
- il contratto di locazione immobiliare in cui il debitore concordatario sia il locatore;
- i contratti preliminari di vendita trascritti ex art. 2645-bis c.c. aventi ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado;
- i contratti preliminari di vendita trascritti aventi ad oggetto un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente;
- i contratti di cui all'art. 72-ter l.f. (finanziamenti destinati ad uno specifico affare)⁵¹.

Infine, per espressa disposizione della norma (comma terzo) l'eventuale scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta, a differenza di quanto previsto per il fallimento dall'art. 83-bis l.f., ove si dispone addirittura l'improseguibilità del procedimento arbitrale pendente, in caso di scioglimento del contratto contenente la relativa clausola compromissoria.

per cui, “in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno”.

⁵¹ Le due ultime ipotesi essendo frutto delle recenti novità normative.

10. I contratti pubblici nel concordato con continuità

Per i concordati con continuità aziendale l'art. 186-bis, co. 3, l.f., pur facendo salva la disciplina dell'art. 169-bis l.f. (e dunque consentendo al debitore di avvalersi delle facoltà di chiederne lo scioglimento o la sospensione), sancisce espressamente la regola per cui “i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura”, al tempo stesso sanzionando con l'inefficacia gli eventuali patti contrari.

Ciò in piena coerenza con le caratteristiche di quel concordato, che può consistere tanto nella prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso debitore, quanto nella cessione dell'azienda in esercizio, quanto infine nel suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione (cd. newco), in ogni caso senza preclusione alla liquidazione di assets ritenuti non funzionali all'esercizio dell'impresa (art. 186-bis, co.1, l.f.).

La particolarità dei contratti pubblici (valevole anche nei confronti di società cessionaria o conferitaria dell'azienda o di rami d'azienda, in presenza dei requisiti di legge) è che ai fini della continuazione del contratto è necessaria, a tutela dell'interesse pubblicistico ad essi sotteso, anche l'attestazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., sulla loro “conformità al piano” e “ragionevole capacità di adempimento” da parte del debitore concordatario.

Il successivo comma 4 dell'art. 186-bis l.f. precisa poi che, in deroga all'art. 38, co. 1, lett. a), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici)⁵², l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, a condizione però che l'impresa presenti, in gara:

- i) una relazione del professionista in possesso dei requisiti di cui

⁵² Per cui “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”.

all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

ii) la “dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto”; il tutto con applicazione dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, a garanzia degli interessi della stazione appaltante.

Il comma 5 aggiunge, infine, che le suddette disposizioni si applicano anche se l'impresa in concordato sia riunita in raggruppamento temporaneo di imprese (R.T.I.), “purchè non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale”.

In quel caso, la dichiarazione di cui al punto ii) può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.

Si vede chiaramente come, in presenza di gare e contratti pubblici, quel notevole sostegno dato dal legislatore al concordato con continuità aziendale viene in qualche modo temperato e circoscritto, in funzione dell'interesse pubblico.

11. La moratoria annuale dei crediti prelatizi nel concordato con continuità

Questa ulteriore, importante - ed ancora una volta clamorosa - misura, adottata dal legislatore per aumentare l'appetibilità dei concordati con continuità aziendale, rappresenta anche una forma di sostegno finanziario indiretto alla proposta.

Il nuovo art. 186-bis, co. 2, lett. c) l.f. consente, infatti, che il piano del concordato con continuità aziendale preveda una moratoria - addirittura fino ad un anno - per il pagamento dei

creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, così liberando, temporaneamente, ulteriori risorse finanziarie, senza peraltro compensare questa incisione sui corrispondenti diritti di credito (tradizionalmente tra i più tutelati) con l'attribuzione del diritto di voto, che anzi resta espressamente escluso.

In chiave sistematica, la misura crea una marcata omogeneità tra i vari strumenti di soluzione concordata dell'indebitamento, commerciale e civile, dal momento che:

- negli accordi di ristrutturazione dei debiti, il novellato art. 182-bis, co. 1, l.f. prevede che il pagamento dei creditori estranei all'accordo deve essere non più "regolare", bensì "integrale", e può essere altresì accompagnato da una moratoria legale di 120 giorni dall'omologazione, o dalla scadenza dei debiti, se successiva a quella data (essendosi così consentito al debitore di beneficiare del cd. "scaduto fisiologico");

- nel procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento, l'art. 8, co. 4, l. n. 3/2012 consente che il piano preveda una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei, al simultaneo ricorrere delle seguenti tre condizioni:

a) che il piano risulti idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine;

b) che l'esecuzione del piano sia affidata ad un liquidatore nominato dal giudice, su proposta dell'organismo di composizione della crisi;

c) che la moratoria non riguardi il pagamento dei titolari di crediti impignorabili⁵³.

Poichè, come visto, l'art. 186-bis co. 1, l.f. ritiene compatibile con la prosecuzione dell'attività di impresa anche la liquidazione dei beni che non siano funzionali al suo esercizio, il legislatore ha cura di precisare che, in tal caso, non è consentita la moratoria per il pagamento dei creditori titolari di privilegio, pegno o ipoteca su quei beni destinati alla liquidazione, in quanto il sacrificio di una soddisfazione dilazionata può trovare giustificazione solo nell'ottica del cd. going concern, e relativamente a beni che

⁵³ Al riguardo, si è ritenuto che la norma configuri una forma di postergazione *ex lege*: v. P. Vella, *La postergazione nell'ordinamento italiano*, in *Postergazione e finanziamenti* cit., 21

rimangono a servizio dell'attività d'impresa.

Quanto all'incipit della norma - "fermo quanto disposto dall'art. 160, secondo comma" -, esso deve intendersi nel senso che il pagamento dei creditori prelatizi, per quanto possa essere dilazionato, non deve necessariamente essere integrale, ma va effettuato tenendo conto, secondo i principi generali, del valore di mercato attribuibile ai beni sui quali sussiste la causa di prelazione, come individuato nella relazione giurata del professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.f.

Non sembra poi che l'ultima parte della norma - "in tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto"- possa essere riferita al caso in cui la prevista liquidazione dei beni escluda la moratoria ed imponga il pagamento immediato, poiché si tratterebbe, altrimenti, di una ripetizione (superflua) del principio generale di cui all'art. 177 co. 2 l.f.; la portata innovativa della norma sta, infatti, proprio nell'imposizione di una dilazione ai creditori prelatizi - non compensata dall'attribuzione del diritto di voto - al fine di incentivare il ricorso al concordato con continuità aziendale ed agevolarne la riuscita.

12. La sospensione degli obblighi di conservazione del capitale sociale

La materia del sostegno finanziario alle società in stato di crisi è legata a doppio filo al binomio capitale di rischio/capitale di credito, come testimonia la stessa disciplina sulla postergazione legale di cui all'art. 2467 c.c..

Ebbene, sempre al fine di agevolare la gestione della crisi, il legislatore ha espressamente allargato le maglie della normativa sulla ricostituzione del capitale societario, dando in qualche modo respiro all'utilizzo delle risorse per la realizzazione del piano concordato (o degli accordi raggiunti), con precedenza rispetto agli obblighi di legge sul capitale.

È stata così introdotta espressamente, con il nuovo art. 182-sexies l.f., la misura della deroga all'obbligo di ricapitalizzazione della società in perdita, nel senso che, tra la data di deposito della domanda di concordato preventivo o di omologazione di un

accordo di ristrutturazione dei debiti - anche nelle rispettive fasi anticipatorie di cui agli artt. 161, co. 6 e 182-bis, co. 6, l.f. - e la data dell'omologazione, non si applicano gli articoli 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482-bis co. 4, 5 e 6, e 2482-ter c.c., né operano le cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4 e 2545-duodecies c.c.

Si ritiene che debba essere poi lo stesso piano concordatario a consentire, al momento dell'omologazione, il venir meno della deroga, con conseguente ripristino ed evasione di tutti gli obblighi di ricapitalizzazione previsti dalla legge.

Resta invece ferma, per il periodo anteriore al deposito delle suddette domande e proposte, l'applicazione dell'art. 2486 c.c., a norma del quale, al verificarsi di una causa di scioglimento, "gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai solo fini della conservazione dell'intergità e del valore del patrimonio sociale".

Si tratta, come si legge nella relazione illustrativa, di una disposizione che recepisce un orientamento già emerso nella prassi del concordato preventivo liquidatorio, ma che qui risulta rivolto indifferentemente ad ogni tipo di concordato; che anzi, se si dovesse dar peso alla genericità del richiamo alla domanda ex art. 161 l.f. e all'assenza di qualsivoglia riferimento all'art. 186-bis l.f., a ritenersi escluso dovrebbe essere - paradossalmente - proprio il concordato preventivo con continuità aziendale, cui invece la disposizione sembra meglio attagliarsi.

13. Le nuove esenzioni (revocatoria e bancarotta)

Si è già anticipata la rassicurante - ed esplicita - previsione, nell'art. 67, co. 3, lett. e), l.f.all.), della esenzione da revocatoria anche per "gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161", con conseguente anticipazione del beneficio, prima circoscritto agli atti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, ed ora invece esteso anche a quelli posti in essere prima della sua ammissione.

D'altro canto, si è anche evidenziato come la nuova disposizione sia complementare al riconoscimento della prededuzione per i crediti dei terzi sorti per effetto di atti di ordinaria e straordinaria

amministrazione legalmente posti in essere dal debitore, dopo il deposito del ricorso, ai sensi del nuovo art. 161, ult.co., l.f.

Incide invece solo indirettamente sul buon esito del concordato preventivo l'attrazione nell'elenco degli atti non soggetti a revocatoria, ex art. 67, co. 3, lett. c) l.f., delle vendite o preliminari di vendita degli "immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio"; la misura vale invero a stabilizzare gli investimenti immobiliari finalizzati allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, mettendo l'impresa stessa al riparo da sgradevoli sorprese.

Nell'ambito penale, invece, il legislatore è tornato a incidere - ancora una volta in modo non sistematico, integrando solo in sede di conversione del d.l. n. 83/12 l'art. 217-bis l.f. - sulla disciplina della bancarotta, per chiarire espressamente (anche qui in funzione rassicurante per i terzi che entrano in contatto con il debitore) che la «esenzione» dai reati di bancarotta semplice (art. 217 l.f.) e bancarotta preferenziale (art. 216 co. 3 l.f.), già prevista per i "pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'art. 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-bis ovvero del piano di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)", è estesa anche "ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182-quinquies", ossia:

- ai finanziamenti autorizzati dal tribunale dopo la presentazione della domanda di concordato, anche con riserva (comma 1);
- ai pagamenti di crediti anteriori autorizzati dal tribunale dopo il deposito della domanda di concordato con continuità aziendale, ed anche con riserva (comma 4).

L'area dell'esenzione copre dunque, oltre ai pagamenti e finanziamenti in esecuzione del concordato preventivo, anche i finanziamenti autorizzati in corso di procedura, nonché i pagamenti di crediti anteriori autorizzati nel concordato con continuità.

Restano quindi fuori dall'orbita testuale della norma:

- i finanziamenti "in funzione" di cui all'art. 182-quater co. 2 l.f. che pure, come visto, beneficiano della prededuzione, ove prevista dal piano e disposta nel decreto di ammissione;

- i pagamenti di crediti non anteriori, effettuati nel corso della procedura in forza di atti di ordinaria o straordinaria amministrazione, sia dopo la domanda di concordato (art. 161 co. 7) che dopo la sua ammissione (art. 167 co. 2 l.f.), i quali a loro volta sono beneficiati, oltre che della prededuzione, anche dall'esenzione da revocatoria (art. 67 co. 3 lett. e) l.f.).

Pur nella estemporaneità della modifica, non si è colta l'occasione per correggere almeno il tiro su certi attecnicismi (come la "esenzione" da reato), già fatti oggetto di ampie critiche in occasione della stessa introduzione, nell'ordinamento, dell'art. 217-bis, avvenuta con il d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modifiche dalla l. 30 luglio 2012, n. 122.

14. Il concordato "con riserva"

Sempre al fine di incentivarne l'utilizzo, proteggerne la predisposizione e garantirne il buon esito, il legislatore ha intessuto, nel tempo, una rete protettiva sempre più fitta intorno allo strumento concordatario, puntellata su una serie di divieti e sanzioni - variamente riconducibili alle categorie, sostanziali e processuali, della nullità, dell'inefficacia o dell'improcedibilità - e tali da renderlo in qualche modo inespugnabile, ma ad tempus, cioè entro limiti temporali ritenuti necessari e sufficienti, oltre i quali se ne profilerebbe l'abuso.

Va subito evidenziato che, per compensare almeno in parte lo sbilanciamento a favore del debitore, e peraltro recependo in limine (solo con la legge di conversione) le numerose istanze della dottrina ed un caparbio orientamento della giurisprudenza⁵⁴, è stato (fortunatamente) codificato il principio della *consecutio procedurarum*, nel senso che la decorrenza di tutti i termini di cui agli artt. 64, 65, 67 co. 1 e 2 e 69 l.f., è ora espressamente ricondotta alla «data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese», ex art. 69-bis co. 2 l.f.⁵⁵.

La misura appare, all'evidenza, quantomai opportuna, specie

⁵⁴ V., da ultimo, Cass. 6 agosto 2010, n. 18437 (Rv. 614339)

⁵⁵ Con il conseguente riemergere della problematica relativa alle imprese irregolari, in quanto non iscritte nel registro delle imprese ma (ora) tuttavia legittimate alla proposizione della domanda di concordato preventivo.

dopo l'introduzione dell'istituto del cd. concordato preventivo "con riserva" (art. 161, co. 6, l.f.).

E' questo probabilmente il fulcro attorno a cui ruota l'asse dell'ultima riforma, la sua novità più eclatante: la possibilità per il debitore di depositare - similmente a quanto avviene nel sistema statunitense, con l'automatic stay del noto Chapter 11 - una semplice domanda -nuda e cruda- di ammissione al concordato preventivo, con riserva di presentazione di tutto ciò che serve a dargli corpo -proposta, piano e documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3, l.f.- entro il termine fissato dal giudice, compreso tra 60 e 120 giorni e prorogabile, per giustificati motivi, di non oltre 60 giorni.

Si ritiene che la "fissazione" (si noti, non "concessione") del termine sia obbligatoria, non solo per il lessico -sul punto perspicuo- ma anche perchè l'attivazione del procedimento di cui all'art. 162, co. 2 e 3, l.f. (convocazione del debitore in camera di consiglio per la declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato e l'eventuale dichiarazione di fallimento, su istanza di parte) avviene espressamente ed esclusivamente dopo l'infruttuosa scadenza del termine medesimo.

Peraltro, nelle prime e già (come previsto) numerose applicazioni che si danno dell'istituto, la giurisprudenza di merito è pressochè unanimemente orientata a ritenere che il giudice, nel fissare quel termine, debba in ogni caso riscontrare i presupposti della domanda, quanto a competenza, legittimazione ad agire del ricorrente, deposito della documentazione prescritta (bilanci degli ultimi tre esercizi), requisiti soggettivo ed oggettivo per l'ammissione ad una procedura di concordato preventivo, nonchè verificare la mancanza del presupposto preclusivo (presentazione di analoga domanda nell'ultimo biennio)⁵⁶.

L'istituto è chiaramente volto a consentire al debitore di non essere pressato dalla fretta nella formulazione del piano

⁵⁶ Trib. Terni 8 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 708; Trib. Perugia 4 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 702; Trib. Palermo 2 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 698; Trib. Benevento 26 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 696; Trib. Bolzano 25 settembre, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 706; Trib. Oristano 25 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 689; Trib. Cagliari 20 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 686; Trib. Velletri 18 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 678; Trib. Ancona 17 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 687.

concordatario, per il timore di iniziative esecutive o cautelari dei creditori.

Al rischio -subito denunciato- di uno stallo ostruzionistico di eventuali procedimenti prefallimentari pendenti, il legislatore della legge di conversione ha provvidenzialmente risposto con un'operazione di deciso restyling, non solo riducendo da 180 a 120 giorni il termine massimo in quel caso concedibile (art. 161 co. 10 l.f.), ma anche introducendo, appunto, una preclusione infrabiennale - rispetto ad analoghe domande non seguite da ammissione a concordato preventivo od omologazione dell'accordo di ristrutturazione (art. 161 co. 9 l.f.)-, e dettando una migliore regolamentazione dell'istituto, con l'obbligo -per il debitore- di depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi e la facoltà -per il tribunale- di imporre specifici obblighi informativi (art. 161 co. 8 l.f.), la cui inosservanza è sanzionata (in forza del rinvio all'art. 162 co. 2 e 3, l.f.) con l'arresto della procedura e l'eventuale dichiarazione di fallimento, su istanza di parte.

Il debitore viene così a disporre di un notevole lasso di tempo per la predisposizione del piano, durante il quale la continuazione dell'esercizio dell'impresa si avvantaggia, nei confronti dei creditori antagonisti, del blocco delle loro iniziative cautelari o esecutive, e, nella prospettiva dei terzi contraenti, della certezza dei relativi rapporti negoziali, consegnata alla prededuzione e all'esenzione da revocatoria degli atti in quel periodo legalmente compiuti (v. sopra).

In ipotesi di mancato deposito della domanda di concordato (o della domanda ex art. 182-bis l.f.), una precedente stesura dello schema di d.l. prevedeva - più radicalmente - la cessazione retroattiva di ogni effetto protettivo del ricorso, a far data dal suo deposito. Venuta meno quella efficace e soprattutto chiara sanzione, nella sua stesura definitiva la norma prevede semplicemente l'attivazione del procedimento ex art. 162 co. 2 e 3 l.f., senza nulla dire su quelle conseguenze.

Il tema è delicato, e richiama le problematiche già suscitate dalla nuova fase anticipatoria/cautelare degli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui agli ultimi tre commi dell'art. 182-bis l.f. Anche lì ci si chiede, infatti, se dal mancato deposito dell'accordo consegua la caducazione dei previsti divieti ex nunc oppure ex tunc, e dunque se le eventuali azioni irritualmente promosse dal creditore possano proseguire o debbano, comunque, essere

riproposte; in particolare, e soprattutto, se le eventuali ipoteche giudiziali iscritte in violazione del divieto conservino o meno il loro grado, rispetto alle successive.

Le categorie cui astrattamente può farsi ricorso per formulare una risposta, oscillano dalla annullabilità (ripetuta dalle elaborazioni in tema di fondo patrimoniale), alla nullità sancita dall'art. 168, co. 1, l.f. - peraltro rivisitata dal diritto vivente in termini di inefficacia -ovvero, da ultimo, alla nullità prescritta dall'art. 10, co. 3, della l. 27 gennaio 2012, n. 3, per il caso di violazione degli analoghi divieti posti a tutela della proposta depositata dal debitore civile, nel procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento.

In giurisprudenza, si registra un arresto di merito favorevole alla caducazione ex tunc degli effetti protettivi, in caso di mancato rispetto del termine per il deposito dell'accordo di ristrutturazione⁵⁷. Posizione, questa, condivisa anche in dottrina⁵⁸, pur precisandosi che, nella distinta ipotesi di mancata omologazione dell'accordo, la caducazione di quegli effetti protettivi avverrebbe invece con effetto ex nunc⁵⁹.

È dunque evidente che, una volta soppresso il chiaro riferimento normativo dello schema di d.l. (che optava rigorosamente per una caducazione retroattiva, ex tunc), le riferite perplessità ermeneutiche si pongono anche nel concordato preventivo, ed anzi con maggiore vigore, dopo l'ampliamento degli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.f. e, soprattutto, la loro anticipazione ad un momento ben precedente (anche di molti mesi) il deposito definitivo di una domanda completa, in tutti i suoi elementi.

15. Divieti e sanzioni a carico dei creditori

Nell'adottare misure volte ad ampliare il cd. "ombrello protettivo" del patrimonio del debitore, il legislatore ha anche inciso, facendo

⁵⁷ Trib. Novara, 2 maggio 2011, in *Fall.*, 2011, 1220.

⁵⁸ M. Fabiani, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 903; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir.fall.*, 2011, 29.

⁵⁹ G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, in *Fall.*, 2011, 1227.

chiarezza, sul relativo dies a quo.

Con il novellato art. 168, co. 1, l.f., infatti, gli effetti impeditivo-preclusivi a carico dei creditori decorrono non più dalla data della “presentazione del ricorso” (e fino alla definitività del decreto di omologazione), bensì da quella “della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese”, che a norma del nuovo art. 161 co. 5 l.f. il cancelliere deve effettuare d’ufficio⁶⁰ – e con un automatismo normativo che apparentemente non lascia varchi ad eventuali vagli giudiziari intermedi, che peraltro andrebbero inesigibilmente effettuati ad horas⁶¹ - entro il giorno successivo al deposito del ricorso.

Si tratta, indubbiamente, di una disposizione opportuna, che fa leva sugli strumenti pubblicitari esistenti per garantire (quantomeno) l’effettiva conoscibilità della domanda di concordato da parte dei terzi che ne subiscono gli effetti pregiudizievoli⁶².

Parimenti, l’art. 168 co. 1 l.f. individua i destinatari di quelle misure interdittive nei “creditori per titolo o causa anteriore”, non più “al decreto”, ma (sia pure implicitamente) a quella stessa data di pubblicazione, in sinergia con il novellato art. 184 l.f., che rende ora il concordato omologato obbligatorio per tutti i creditori anteriori (non più al decreto di apertura della procedura, ma) “alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all’art. 161”.

Sono invece rimasti ancorati alla data (anteriore) di deposito del ricorso, gli effetti che riguardano il debitore e la sua gestione del patrimonio e dell’impresa (cd. “spossessamento attenuato”), tanto che è a partire da quella data che il nuovo art. 161, co. 7, l.f.

⁶⁰ Diversamente, la pubblicazione avviene ad iniziativa di parte negli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis co. 2 l.f.

⁶¹ Per quanto in ipotesi opportuni, come nel caso di ricorsi palesemente inammissibili, perché del tutto privi, o carenti, dei requisiti fondamentali. Infatti, il vizio resta rimediabile attraverso la successiva attivazione dei poteri istruttori e interlocutori del tribunale, ex art. 162 co. 1 l.f., da ritenere analogicamente applicabile anche al concordato con riserva, ferma restando però la decorrenza del termine poi concesso dal tribunale, ai sensi dell’art. 161 co. 6 l.f., dalla pubblicazione del ricorso, e non dalla data successiva di integrazione, onde evitare un eventuale abuso della relativa facoltà.

⁶² Anche se - ancora una volta - riemerge prepotentemente il problema delle società irregolari, che potrebbe essere risolto solo imponendo alle imprese che intendono adire la procedura di concordato preventivo di “regolarizzarsi”, attraverso l’iscrizione nel registro delle imprese, ormai divenuto un passaggio ineludibile per gli effetti ed oneri pubblicitari che vi sono connessi.

individua gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti urgenti di straordinaria amministrazione che egli può compiere - nel secondo caso con l'autorizzazione del tribunale - dando origine a crediti esenti da revocatoria e prededucibili, ai sensi dell'art. 111 l.f.

Nella sostanza, gli effetti protettivi originariamente previsti per le sole azioni esecutive (senza peraltro le eccezioni previste nel fallimento dall'art. 51 l.f.)⁶³ sono stati estesi anche alle azioni cautelari, a superamento dei dubbi già emersi nelle prassi interpretative⁶⁴, ed anche in conformità alla sopravvenuta disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che tanto nella fase ordinaria quanto nella fase anticipatoria di cui all'art. 182-bis co. 6 l.f.,⁶⁵ già contemplano la misura del divieto delle azioni cautelari.

E' rimasto invece invariato il contrappeso - consegnato all'art. 168 co. 2 l.f. - della sospensione delle prescrizioni che sarebbero state interrotte dalle suddette azioni esecutive e cautelari, così come dell'impedimento di ogni decadenza che si sarebbe altrimenti verificata.

Una carica fortemente innovativa è rappresentata dall'integrazione dell'art. 168 co. 3 l.f., che originariamente contemplava il divieto per i creditori di acquistare diritti di prelazione aventi efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che su autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 167 l.f. – ma ora da intendere riferita anche all'art. art. 182-quinquies co. 3 l.f., che consente al tribunale di “autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei finanziamenti” già autorizzati ai sensi del comma 1.

E' stata infatti aggiunta l'inefficacia a posteriori - ma solo “rispetto ai creditori anteriori al concordato” - delle “ipoteche

⁶³ In realtà un'eccezione sembra essere stata introdotta anche per il concordato preventivo – in quanto “procedura di risanamento” o “di liquidazione” – dal d. lgs. n. 170/2004 (attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria), il cui art. 4 prevede che il creditore ha comunque facoltà di procedere alla vendita delle attività finanziarie, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, ovvero di appropriarsi delle attività finanziarie diverse dal contante, ovvero di utilizzarlo per estinguere l'obbligazione garantita, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione garantita, salvo l'onere di informare successivamente, ad escussione avvenuta, il datore della garanzia o gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione.

⁶⁴ V. F.S. Filocamo, *Sub art. 168*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 1920.

⁶⁵ Introdotta dal d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122/2010.

giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese”.

La misura adottata dal legislatore è dichiaratamente volta a disinnesare la corsa dei creditori dell'imprenditore in crisi a costituirsi cause di prelazione, spesso causa del mancato raggiungimento di soluzioni negoziali di risanamento. Tuttavia, essa può configurare un eccesso di tutela del debitore, a scapito dei creditori: appare infatti decisamente ampio il lasso temporale di retroattività dell'inefficacia rispetto alla domanda di concordato, tanto più che questa può essere ora presentata con un semplice ricorso “in bianco”, ovvero in chiave meramente “prenotatoria” (concordato con riserva).

Occorre al riguardo considerare che complessivamente, avvalendosi di tutti i mezzi apprestati dall'ordinamento, il debitore può acquisire nei confronti dei suoi creditori una protezione di inusitata latitudine temporale, come si vede sommando i tre mesi di inefficacia delle ipoteche giudiziali pregresse, il termine massimo di sei mesi che può essere concesso per il deposito di proposta, piano e concordato ex art. 161 co. 6 l.f., e poi anche - nell'ipotesi alternativa di deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, come consentito dall'art. 161 co. 6 l.f. - gli ulteriori tre mesi circa, in ipotesi di domanda preceduta dalla relativa istanza cautelare ex art. 182-bis co. 6 l.f.⁶⁶.

Con il clamoroso risultato che, per circa un anno, i creditori potrebbero vedersi preclusa la possibilità di coltivare azioni esecutive o cautelari, nonché di procurarsi efficaci titoli di prelazione, senza peraltro avere nemmeno la garanzia che, all'esito, il debitore depositi effettivamente una domanda, completa di tutti i suoi requisiti.

Se poi non fosse provvidenzialmente intervenuta, in limine, quella disposizione che ancora la decorrenza dei termini per le azioni revocatorie alla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese (nuovo art. 69-bis co. 2 l.f.), l'obliterazione delle ragioni dei creditori sarebbe apparsa, sul punto, inaccettabile.

⁶⁶ Salvo che il riferimento letterale al solo comma 1 dell'art. 182-quinquies l.f. lasci - condivisibilmente - presumere che, all'esito del termine fissato ex art. 161 co. 6 l.f., sia possibile alternativamente depositare un accordo di ristrutturazione dei debiti, non già la mera proposta di cui all'art. 182-bis co. 6 l.f.

Sotto il profilo strettamente sanzionatorio, vi è da notare che mentre il nuovo terzo comma dell'art. 168 l.f. si esprime inequivocabilmente in termini di inefficacia - sopravvenuta e relativa (perché rispetto ai soli creditori anteriori al concordato) - delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti, il primo comma ha invece conservato, per il “divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”, la precedente dicitura “sotto pena di nullità”⁶⁷.

Attendosi al dato letterale, la norma comporta dunque un – sia pur temporaneo - venir meno del diritto di procedere all'esecuzione forzata (ed ora anche di proporre domande cautelari), cui corrisponde la facoltà del debitore di proporre opposizione all'esecuzione, e la conseguente nullità degli atti esecutivi eventualmente compiuti.

Da tempo, però, in dottrina e giurisprudenza si registrano orientamenti non univoci circa gli esiti dei procedimenti in corso o irritualmente iniziati: accanto alla tesi più risalente della radicale estinzione delle esecuzioni in corso⁶⁸, vi è chi ha declinato quell'esito come improcedibilità⁶⁹; di recente nelle prassi si sono diffusi orientamenti più prudentemente orientati ad una semplice sospensione⁷⁰ del processo, fino alla definitività del decreto di omologazione, mancando la quale – e in difetto di dichiarazione di fallimento – esso potrebbe in effetti proseguire. Soluzione, questa, che appare più consona alla temporaneità del divieto ed alla possibilità, all'esito, di un ripristino della ordinaria tutela dei creditori.

Laddove poi il processo esecutivo proseguisse su impulso di creditori per titolo o causa posteriore alla pubblicazione del ricorso

⁶⁷ Conformemente all'art. 10, co. 3, l. n. 3/12 (composizione delle crisi da sovraindebitamento), che sancisce il divieto, sotto pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, disporre sequestri conservativi, acquisire diritti di prelazione.

⁶⁸ Trib. Roma 28 maggio 1954, in *Dir.fall.*, 1954, II, 460; A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca. Legge Fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, 242.

⁶⁹ Cass. civ. 28 giugno 2002, n. 9488, in *Fall.*, 2003, 393; P. Pajardi – A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 853.

⁷⁰ In tal senso già S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 492. Di “istanza di sospensione” parla anche l'art. 182-bis co. 6 l.f., per la fase anticipatoria degli accordi di ristrutturazione, con riferimento allo stesso “divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, e di acquisire titoli di prelazione, se non concordati” previsto in generale dal comma 3.

nel registro delle imprese, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto ad effettuare degli appositi accantonamenti, in sede di riparto, a favore del creditore anteriore, proprio per l'eventualità che quell'impedimento venga meno.

In ogni caso, occorre anche considerare il disposto dell'art. 187-bis c.p.c. per cui, "in ogni caso di estinzione o di chiusura anticipata del processo esecutivo avvenuta dopo l'aggiudicazione, anche provvisoria, o l'assegnazione, restano fermi nei confronti dei terzi aggiudicatari o assegnatari, in forza dell'art. 632, secondo comma, del codice, gli effetti di tali atti".

Con riferimento, infine, non all'intero ceto creditorio, ma al singolo contraente che concluda negozi con il debitore concordatario, va rammentata l'inefficacia già sancita dall'art. 167 co., 2 l.f. per "mutui, transazioni, compromessi, alienazioni immobiliari, concessioni di ipoteche o pegni, fideiussioni, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazioni di ipoteche, restituzioni di pegni, accettazioni di eredità e donazioni e, in generale, tutti gli atti di straordinaria amministrazione" compiuti dal debitore, dopo il decreto di ammissione alla procedura (art. 163 l.f.), "senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato", espressamente definiti, appunto, "inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato".

Ovviamente, la stessa sanzione non può non colpire anche gli altri atti urgenti di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 l.f., senza l'autorizzazione del tribunale, ora prescritta dall'art. 161 co. 7 l.f.

Resta da vedere se analoga conclusione sia praticabile - come in effetti pare - anche per gli atti di ordinaria amministrazione (non legalmente) compiuti dal debitore in entrambe le fasi, ossia dopo il deposito del ricorso, ai sensi dell'art. 161 co. 7 l.f., e dopo il decreto di ammissione, ai sensi dell'art. 167 co. 1, l.f.

16. Conclusioni

Nell'ambito di una più generale rimediazione della moderna

concorsualità⁷¹, resta da chiedersi se, dopo la ristrutturazione del modulo fallimentare (epurato di ogni intento afflittivo e improntato

⁷¹ Sul tema si consenta il rinvio a P. Vella, *La postergazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012, 123, ove si è già evidenziato come le più recenti evoluzioni del diritto concorsuale hanno “lasciato alle spalle dell’avamposto della concorsualità - quale viene ritenuto il concordato preventivo, con la rassicurante certezza della sua classificazione - un vuoto concettuale di incertezza, frequentato simultaneamente da vere e proprie procedure (come gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la composizione della crisi da sovraindebitamento) o da accordi che il solo esito negativo è in grado di avocare alla sfera della concorsualità (come i piani attestati di risanamento, intercettati da una minuscola disposizione sulla revocatoria fallimentare, quale è l’art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.), o infine da altri accordi stragiudiziali tra debitore e creditori totalmente rimessi all’autonomia negoziale (il persistere della cui latenza può costituire riprova del loro successo)”, con la conseguenza che risulta ormai “impossibile definire la concorsualità in positivo, prestandosi essa piuttosto ad essere declinata e perimetrata a contrario, rispetto, per esempio, alla procedura che tradizionalmente incarna la singolarità, contrapposta alla collettività tipica del momento concorsuale: l’esecuzione individuale”. La conclusione ivi tratta è che “la concorsualità si sia gradualmente ridotta (per differenza) ad un solo aspetto imprescindibile e perciò essenziale, quale è la necessaria - e non spontaneistica - partecipazione di tutti i creditori alla definizione, più o meno concordata, della crisi di impresa; fosse anche solo per assumere, formalmente e pubblicamente, la posizione di soggetti estranei a detta regolamentazione negoziata (come i creditori estranei, nell’accordo di ristrutturazione e nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento)”; pur sottolineandosi che, a ben vedere, anche i creditori estranei all’accordo sono chiamati a subirlo, per gli effetti dell'*automatic stay* ed ora, anche, per la moratoria forzata quadrimestrale introdotta dalla l. n. 134/12. Si veda anche P. Vella, *La formazione dell’accordo e i suoi effetti*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di M. Ferro, Milano, 2012, 165 s., ove vengono declinate le connotazioni concordatarie del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, registrandosi (anche a seguito dell’introduzione della fase cautelare degli accordi di ristrutturazione dei debiti) la proiezione verso “un unico ambito procedurale destinato ad ospitare, coordinandoli, i momenti di autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale”, ed un “progressivo accostamento tra le varie “placche tettoniche” di cui si compone il sistema di regolamentazione dell’insolvenza, in uno all’espansione del modulo concorsuale”. Questo percorso sembra aver trovato eclatante conferma nel d.l. n. 83/12, che nell’ambito del concordato preventivo “con riserva”, ex art. 161, co. 6, l.f., ha previsto una “clamorosa interscambiabilità” tra piano concordatario e domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.f., essendo questi i possibili esiti, alternativi, di un unico procedimento, allo scadere del termine assegnato dal giudice; ma anche - e specularmente - la facoltà per il debitore di depositare, entro il termine di 60 giorni assegnatogli dal giudice ex art. 182-bis, co. 7, l.f., non già l’accordo di ristrutturazione dei debiti, bensì una domanda di concordato preventivo (nuovo 182-bis, co. 8, l.fall.), sempre con conservazione degli effetti protettivi originariamente conseguiti. Si è perciò ritenuto che “questa sorta di corrispondenza biunivoca tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione infici la tesi, al momento maggioritaria, sulla natura non concorsuale dei secondi”, cui sarebbe stato così inferto “un duro *vulnus*” (P. Vella, *Le modifiche normative in itinere*, in *Postergazione e finanziamenti societari cit.*, 156).

a modelli privatistici di efficienza e competitività), e dopo l'introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (nati per traghettare imprese in procinto d'insolvenza verso il superamento della crisi), abbia ancora un senso conservare – ed anzi incentivare – (anche) concordati preventivi meramente liquidatori, piuttosto che riservare (solo) ai concordati preventivi con continuità aziendale ogni forma di agevolazione, per conseguire davvero - con l'anticipazione della soglia di emersione della crisi d'impresa (vera *musa ispiratrice* delle riforme) - quelle opportunità di risanamento che essa dischiude.

In effetti, una volta reciso il nesso tra (beneficio del) concordato preventivo e (presupposto della) meritevolezza, la premialità soggettiva che lo permeava dovrebbe assumere una nuova portata oggettiva, consentendovi l'accesso al solo imprenditore che, pur non essendo riuscito a trovare un accordo di ristrutturazione dei debiti con i suoi creditori, intenda comunque rimanere sul mercato – con tutti i riflessi positivi che ne conseguono, anche in termini di mantenimento dei livelli occupazionali – e perciò maturi il diritto ad avvalersi delle protezioni allestite dall'ordinamento, le quali comportano indubbe flessioni di tutela del ceto creditorio, giustificabili solo dai benefici di sistema.

Il meccanismo liquidatorio fallimentare congegnato dalla riforma del 2006-2007 appare infatti, oltre che più garantista per i creditori (non costretti a subire alcunchè in forza di sempre più attenuati meccanismi maggioritari), anche più stabile (si pensi all'accertamento del passivo) e comunque adeguato agli interessi dello stesso debitore, cui non preclude - addirittura anche in costanza di fallimento - nuove esperienze imprenditoriali (in caso di persona giuridica avvalendosi di un diverso "schermo" societario), ed ora consente anche, per le persone fisiche, il beneficio dell'esdebitazione.

Sarebbe stata dunque auspicabile, per tener fede all'obiettivo della salvaguardia del valore "impresa", una diversa sequenza degli strumenti di soluzione della crisi, tale da progredire, in un crescendo di procedimentalizzazione ed eterotutela: dai piani attestati di risanamento, agli accordi di ristrutturazione dei debiti, sino al concordato preventivo con continuità aziendale, per indirizzare invece verso il nuovo fallimento le soluzioni concordatarie meramente liquidatorie.

Si tratta evidentemente di una visione ucronica, di come avrebbe

potuto essere la riforma, muovendo dai suoi stessi postulati e principi.

Non deve sfuggire, infatti, che sono imprenditori tanto il debitore quanto gran parte dei suoi creditori; sicchè, una eccessiva tutela del primo potrebbe pregiudicare i secondi, e far sì che, imbattendosi nella crisi del debitore, ne restino incolpevolmente travolti essi stessi, con il rischio di un perverso “effetto domino”, capace di vanificare gli stessi obbiettivi perseguiti.⁷²

Del resto, piuttosto che far susseguire, vorticosamente, una mini-riforma dopo l'altra, con un ritmo sincopato affidato alla decretazione d'urgenza, sarebbe stato preferibile avere, senza fretta, una riforma unitaria, complessivamente meditata, e dunque più stabile.

Tuttavia, questo è lo scenario normativo in cui operare: occorre perciò cogliere gli spunti positivi di queste riforme, dando atto dello sforzo del legislatore, che nell'ultimo lustro è stato notevole (anche se disorganico) e intenso (anche se frammentario).

Soprattutto, non resta che cercare di incarnare lo spirito, facendo del concordato preventivo uno strumento accessibile, sicuro e praticabile; ma, al tempo stesso, vigilando sui possibili abusi.

⁷² D'altro canto, si è persa ripetutamente l'occasione di prevedere strumenti di allerta, attivabili su istanza dei creditori o d'ufficio (come il monitoraggio dell'esposizione debitoria fiscale e previdenziale), o l'anticipazione degli effetti del fallimento alla data della domanda, secondo modelli processual-civilistici; invece, sull'altare della tutela dell'imprenditore in crisi vengono sacrificati gli interessi dei suoi creditori, “in qualche modo costretti a subire una serie di preclusioni, differimenti, moratorie, sulla scorta non già di valutazioni effettuate da esperti ausiliari del tribunale, bensì di attestazioni rese da professionisti nominati dal loro stesso debitore, la cui attendibilità trova unico presidio nell'apposito reato” di cui all'art. 236-bis l.f., dunque con un meccanismo di tutela destinato ad operare solo “a valle”, e peraltro in modo alquanto farraginoso, come è l'attuale sistema penale italiano. Con specifico riferimento al concordato con riserva, si è inoltre osservato che, per non “alterare eccessivamente l'equilibrio degli interessi in gioco, sarebbe stato preferibile abbinare alla facoltà di deposito di una mera domanda di concordato la nomina immediata del commissario giudiziale, chiamato a verificare serietà, concretezza e fattibilità della proposta concordataria”, in ruolo davvero -e non ipocritamente- indipendente, ma anche “con benefica diminuzione dei costi del concordato”, ora duplicati (v. P. Vella, *Le modifiche normative in itinere*, in *Postergazione e finanziamenti societari* cit., 155).