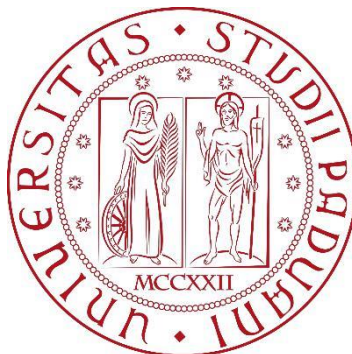


UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA



Dipartimento di Diritto Privato e Critica del diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE TRA TUTELA DELL'IMPRESA E MIGLIOR SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI

Relatrice: Prof. Annalisa Lorenzetto Peserico

Laureando: Francesco Marotta

Anno Accademico 2016/2017

INDICE

Per un'introduzione.....pag. 1

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONE STORICA E GIURIDICA DEL CONCETTO DI CONTINUITÀ AZIENDALE

Premessa.....pag. 7

1. Alle origini della continuità aziendale: l'uso alternativo delle procedure concorsuali.....pag. 12
2. La continuità aziendale prima del 2012 ed i concordati di risanamento.....pag. 24
3. Il decreto sviluppo e la ratio della riforma.....pag. 32

CAPITOLO SECONDO

I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELL'ART. 186-BIS L.F.

Considerazioni preliminari.....pag. 45

1. Il primo comma dell'art. 186-bis: una prospettiva aziendalistica.....pag. 48
2. La continuità aziendale nella Legge Fallimentare: continuità oggettiva o soggettiva?.....pag. 51 3.
Il concordato misto: *quid iuris*?.....pag. 57
4. Il criterio della prevalenza qualitativa.....pag. 68
5. La *vexata quaestio* della fattibilità: inquadramento del problema.....pag. 73
6. (*Segue*) La *vexata quaestio* della fattibilità: l'attestazione del professionista..pag.74
7. Fattibilità giuridica ed economica: l'intervento delle Sezioni Unite e gli sviluppi recenti.....pag. 82
8. I contenuti dell'attestazione di fattibilità.....pag. 87
9. I contenuti aggiuntivi dell'attestazione del professionista: il miglior soddisfacimento dei creditori.....pag. 90
10. Conclusioni. Nel concordato preventivo in continuità aziendale la fattibilità e la convenienza sono presupposti per l'ammissione della domanda?.....pag. 96

CAPITOLO TERZO

I POSSIBILI CONTENUTI DEL PIANO CONCORDATARIO

1. L'affitto d'azienda: un problema irrisolto?..... pag. 103
2. L'affitto d'azienda "puro" e la tesi letterale..... pag. 105
3. L'affitto "ponte" e la tesi negativapag. 110
4. (*Segue*) L'affitto "ponte" e la tesi positiva..... pag. 116
5. Le operazioni straordinarie come strumenti esecutivi del concordato..... pag. 123
6. Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale..... pag. 125
7. (*Segue*) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: profili applicativi..... pag. 132
8. (*Segue*) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: il problema dell'opposizione alla scissione..... pag. 136
9. (*Segue*) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: irreversibilità della scissione, mancata omologazione, risoluzione ed annullamento del concordato preventivo..... pag. 141
10. (*Segue*) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: la responsabilità per i debiti anteriori alla scissione..... pag. 145
11. Le fusioni concordatarie..... pag. 148
12. Continuità diretta ed indiretta: una distinzione solo apparente?..... pag. 153
13. Continuità diretta e garanzia patrimoniale..... pag. 156
14. (*Segue*) Continuità diretta e garanzia patrimoniale: la giurisprudenza..... pag. 162

CAPITOLO QUARTO

I VANTAGGI DEL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

1. La moratoria per il pagamento dei creditori privilegiati: uno sguardo al concordato liquidatorio..... pag.167
2. La moratoria nel concordato con continuità: la dilazione ultrannuale..... pag. 175
3. La continuazione dei contratti pubblici pendenti: la disciplina in vigore prima del nuovo Codice degli Appalti..... pag. 180
4. (*Segue*) La continuazione dei contratti pubblici pendenti: il nuovo Codice degli Appalti..... pag. 188
5. La partecipazione alle gare pubbliche da parte delle imprese in crisi prima dell'entrata in vigore del d.lgs n. 50/2016..... pag. 191
6. Il campo applicativo del quinto comma dell'art. 186-bis l.f.:

possibile l'estensione alla fase procedurale che precede il decreto di ammissione?.....	pag. 196
7. (Segue) Il campo applicativo del quinto comma dell'art. 186-bis l.f.: la <i>vexata quaestio</i> del concordato "in bianco"	pag. 202
8. I requisiti per poter prender parte alla gara: l'attestazione e l'avvalimento "rinforzato"	pag. 207
9. Il nuovo Codice degli Appalti ed il suo impatto sull'art. 186-bis l.f.....	pag. 210
10. Il pagamento dei creditori strategici.....	pag. 215
Conclusioni: prospettive di riforma della Legge Fallimentare.....	pag. 227

INDICE BIBLIOGRAFICO

Dottrina.....	pag. 231
Giurisprudenza.....	pag. 245
Sitografia e convegni.....	pag. 255

Per un'introduzione.

L'introduzione positiva della fattispecie concordataria di cui all'art. 186-bis l.f. ha posto e pone tutt'ora l'interprete di fronte ad interrogativi cogenti che attengono agli interessi sottesi dalla norma in questione.

Già il titolo di tale contributo, dopotutto, vuole dare al lettore un indizio circa la portata di un conflitto tra interessi contrapposti, quelli del mercato e dei creditori, che il legislatore delle riforme ha tentato di comporre.

Non si vuole dunque in tal sede procedere ad una specifica analisi strutturale della norma bensì svolgere delle considerazioni inerenti più che altro ai profili funzionali del concordato preventivo in continuità aziendale, all'assetto d'interessi che tale istituto regola.

Si preferisce seguire questo filo conduttore per due ordini di motivi.

Il primo, di natura pratica, si fonda sulla concreta impossibilità di esaminare tutti gli aspetti del concordato in questione, vista la notevole produzione dottrinale e la ricchezza di pronunzie giurisprudenziali inerenti il tema qui trattato.

Il secondo invece, che definirei portante, porta a focalizzarsi sulle vicende che hanno interessato la disposizione in parola al fine di mostrare quanto oggi non possano più essere dati per scontati alcuni dei principi cardine del sistema concorsuale, assistendosi ad una continua ed inesorabile evoluzione del Diritto Fallimentare verso la tutela di interessi che non avevano rilevanza nella Legge Fallimentare delle origini.

I contrasti originati dall'interpretazione dell'art. 186-bis l.f. mettono a nudo la fragilità odierna dei tradizionali "pilastri" della disciplina tra i quali vi è (purtroppo) anche

quello della *par condicio creditorum*, non più considerato come “sole” attorno al quale debbano gravitare le procedure concorsuali.

Con queste pagine ci si prefigge di ridare centralità all’interesse dei creditori, respingendo tutti quei tentativi di manipolazione, frammentazione e disarticolazione del dato normativo, compiuti da quanti vogliono a tutti i costi offrire tutele e diritti alle imprese in crisi.

L’imperversare della grande depressione economica che ha afflitto il nostro paese ha portato infatti il legislatore ad intervenire sempre più spesso sul testo della Legge Fallimentare, in maniera talvolta maldestra, poco chiara e comprensibile.

L’imprecisione e l’oscurità delle norme hanno poi posto le basi affinché una larga parte della dottrina e della giurisprudenza spingesse, si passi l’ossimoro, verso uno sviluppo recessivo dell’orizzonte di interessi tutelati dalle procedure concorsuali.

Non si può infatti che parlare di involuzione del sistema dal momento in cui si tenta di dare prevalenza, in questo campo, alle ragioni economiche piuttosto che a quelle giuridiche, calpestando e facendosi beffa dei diritti individuali intorno ai quali dovrebbe essere costruito uno stato di diritto.

La rinuncia della Legge alla regolamentazione del mercato e dell’economia ha costituito uno dei traguardi più importanti del pensiero liberale, operata in un’ottica di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive.

Tale rinuncia, tuttavia, non può essere in alcun modo concepita unilateralmente: il diritto deve tendenzialmente evitare di regolare l’economia e l’economia dovrebbe evitare di condizionare il mondo del diritto.

Sicuramente una simile affermazione potrebbe sembrare irrazionale, illogica, irrealistica, visto lo stato delle cose.

Non si vuole tuttavia condannare qualsiasi intervento legislativo o opera interpretativa che tenga conto dei profili economici poiché ciò rasenterebbe il limite della pazzia e della razionalità.

Si vuole qui tuttavia rimarcare il fatto che, nonostante si sia rinunciato ad imbrigliare l'economia nelle maglie del diritto, al fine di meglio tutelare l'individuo, non si può in alcun modo permettere che le ragioni economiche condizionino il pensiero giuridico al punto tale da compromettere i diritti fondamentali degli individui stessi.

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONE STORICA E GIURIDICA DEL CONCETTO DI CONTINUITÀ AZIENDALE

Premessa.

Il D.l. del 22 Giugno 2012 n.83, convertito con Legge 7 Agosto 2012 n. 134 (c.d. “Decreto Sviluppo”)¹ e recante disposizioni urgenti per la crescita del paese ha profondamente innovato l’impianto della Legge Fallimentare nel segno di un indiscutibile *favor* verso la prosecuzione d’impresa².

L’art. 33 della Legge in questione ha infatti introdotto l’art. 186-bis della L.F. che, dopo anni di lunghi ed accesi contrasti tanto dottrinali quanto giurisprudenziali³, ha provveduto a disciplinare la fattispecie del concordato preventivo in continuità aziendale.

Il legislatore dunque, accogliendo istanze di modifica del R.D. n.168/1942 che erano state formalizzate, invero, già molti anni addietro, ha preso posizione rispetto ad una delle questioni più controverse relative all’istituto concordatario, questione che attiene agli interessi sottesi da tale procedura “minore”⁴.

¹ Il decreto reca “*misure urgenti per la crescita del paese*” ed all’art. 33 apporta importanti modifiche alla disciplina del concordato con il fine di “*favorire la continuità aziendale*”.

² Ciò è dimostrato non solo dall’introduzione dell’art. 186-bis L.F. ma anche del nuovo concordato preventivo “con riserva” o c.d. “in bianco”. Le due disposizioni costituiscono i pilastri portanti di una riforma che ha il chiaro intento di far emergere il prima possibile la crisi spingendo gli imprenditori ad intraprendere soluzioni concordate piuttosto che continuare a gestire le attività aziendali con il rischio di aggravare ancor più il dissesto patrimoniale e finanziario dell’impresa.

³ La fattispecie introdotta non è del tutto nuova al diritto concorsuale: già prima del D.L. n. 83/2012 era molto diffuso il concordato di risanamento “diretto” ed “indiretto” che per contenuti non sembra presentare particolari differenze rispetto all’odierno concordato preventivo in continuità aziendale. Per una trattazione più approfondita dell’argomento si rimanda al seguente paragrafo.

⁴ Si fa riferimento a quella parte della dottrina che dagli anni ’70 in poi chiese a gran voce un adattamento della disciplina fallimentare alle mutate condizioni economiche e sociali del paese rispetto al periodo nel quale era nato l’originario testo della legge fallimentare.

Il disposto dell'articolo sopracitato, nel regolare quella che impropriamente può essere definita come una "tipologia" di concordato preventivo, lambisce un tema, quello delle finalità della procedura concordataria, che è sempre risultato "incandescente" fin dall'emanazione della Legge Fallimentare sia per la diversità delle posizioni assunte dagli interpreti sia per la difficoltà nell'analizzare la *voluntas legis* visti i diversi contesti storici nei quali si è provveduto a modificare la disciplina concorsuale⁵.

Risulta dunque dovuta un'analisi storica dell'evoluzione normativa in materia e, soprattutto, un'indagine concernente le diverse posizioni dottrinali relative al complesso tema della continuità aziendale.

Chi scrive ritiene infatti che ogni norma, specialmente quella di cui all'art. 186-bis L.F., abbia alla base un processo di formazione tanto dottrinale quanto, a volte, giurisprudenziale, che necessita di essere approfondito al fine di meglio comprendere la portata generale del precetto.

E' questo il caso del concordato con continuità aziendale, fattispecie che si lascia alle spalle anni di dibattiti inerenti la prevalenza dell'interesse conservativo rispetto alla soddisfazione delle ragioni creditorie, dibattiti spesso fondati su di un'interpretazione

⁵ La Relazione accompagnatoria al R.D. n. 167/1942 chiarisce espressamente come "Nelle sue linee generali la presente legge reagisce decisamente alla concezione troppo liberalistica del codice del 1882; e sviluppa su un piano organico i principi affermati dalla legge Rocco del 1930 nel senso di una più energica tutela degli interessi generali agli interessi individuali dei creditori e del debitore. Si suole a questo proposito parlare di una nuova concezione pubblicistica del fallimento in contrapposto a una tradizionale concezione privatistica. Non è però tanto importante né in materia di fallimento -né più in generale in materia di processo civile - la definizione astratta dei sistemi. Ciò che importa è che la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori". Queste paiono essere delle precisazioni di non poco conto visto che il principio della *par condicio creditorum*, pur rimanendo centrale, viene subordinato ad interessi generali legati all'economia nazionale. Bisognerà attendere il tramonto dell'egemonia fascista perché si concepisca la disciplina fallimentare come orientata verso la tutela dei creditori.

distorsiva del dato normativo che, di per sé, non sembra in alcun modo dare rilevanza a ragioni economiche di salvaguardia delle aziende in crisi.

In realtà è da osservare come dubbi su quali siano gli interessi perseguiti dal complesso reticolo delle procedure concorsuali oggi non ve ne dovrebbero essere: il soddisfacimento, anche parziale, dei creditori dovrebbe costituire infatti il pilastro portante sul quale si poggia l'intera disciplina⁶.

E' un principio senz'altro mai messo (esplicitamente) in discussione quello dell'interesse al soddisfacimento delle ragioni creditorie, interesse che però sol per il fatto di non essere mai stato oggetto di dubbi non deve assolutamente essere dato per scontato, specie nel diritto delle procedure concorsuali che, come si vedrà, è materia dalle innumerevoli sfumature⁷.

E proprio nel contesto attuale, pur sottolineandosi la centralità della tutela creditoria, spesso si tende a spostare il baricentro della disciplina concorsuale verso la tutela dell'impresa e dell'imprenditore.

⁶ La *par condicio creditorum*, codificata all'art. 2741 c.c., è un principio considerato "ispiratore" della Legge Fallimentare ma a ben vedere e come evidenziato sopra, nel momento storico in cui fu concepita, questa era improntata più alla tutela dell'interesse pubblico generale che alla salvaguardia delle aspirazioni individualistiche dei creditori.

⁷ Basti pensare all'istituto dell'amministrazione controllata, regolata dal Titolo IV del R.D. 267/1942, che poneva una disciplina "insolita" in una Legge Fallimentare pressoché incentrata sulle prospettive liquidatorie. Rispetto al fallimento ed al concordato preventivo variava il presupposto oggettivo che consisteva nella "*temporanea difficoltà ad adempiere alle proprie obbligazioni*" e mutavano anche le finalità della procedura che pareva salvaguardare il mantenimento sul mercato dell'impresa grazie a flussi finanziari che permettessero una ristrutturazione industriale dell'azienda.

Ad onor del vero i contrasti relativi all’assetto di interessi tutelato dalla norma in parola si inseriscono in un ben più ampio discorso intorno alla natura⁸ ed ai fini della procedura concordataria.

Sicuramente il concordato preventivo presenta delle diversità strutturali dal fallimento che consistono principalmente nel permettere all’imprenditore di tentare il traghettamento delle unità produttive al di fuori della crisi o di condurle alla liquidazione, proponendo il piano concordatario e non subendo alcun fenomeno di spossessamento paragonabile a quello che consegue all’apertura del fallimento, rimanendo egli stesso titolare dei poteri gestori ed amministrativi.

Tale tratto discriminante tra procedure ha portato molti a dubitare del fatto che l’unico scopo della disciplina approntata dal legislatore fosse quello di tutela dei creditori poiché emerge con particolare chiarezza un sistema ispirato da un certo *favor debitoris*;⁹ e questo dubbio è stato senz’altro alimentato negli anni dalle numerosissime e

⁸ Fin dalla nascita dell’istituto concordatario vi furono orientamenti contrastanti rispetto alla sua natura. Alcuni autori (CANDIAN, PROVINCIALI) e parte della giurisprudenza sostenevano come il concordato fosse una procedura pubblicistica caratterizzata dal ruolo centrale attribuito al giudice delegato mentre i sostenitori della c.d. teoria contrattualistica ritenevano prevalente il momento consensuale (BOLAFIO, DE SEMO, FERRARA) dell’accordo tra maggioranza dei creditori e debitore. Come ben evidenziato da LO CASCIO, *Il concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, n.5/2013, anche in giurisprudenza vi sono state negli anni delle continue oscillazioni che hanno visto in un primo tempo accogliere gli argomenti della soluzione contrattualistica (cfr. Cass. Civ., sent. 25.10.2010, n. 21860; Cass. Civ., sent. 14.2.2011 n. 3586; Cass. Civ., sent. 23.6.2011, n. 13817; Cass. Civ., sent. 16.9.2011, n. 18987) per poi risolvere la questione nel senso dell’impossibilità di inquadrare unitariamente l’istituto (cfr. Cass. SS. UU., sent. 23.1.2013, n. 1521)

⁹ Bisogna dopotutto considerare che originariamente il concordato preventivo era concepito come procedura alla quale potesse accedere l’imprenditore “*onesto ma sfortunato*”. In tal senso si devono leggere le differenze con il fallimento che attenuano rispetto a quest’ultimo il carattere punitivo della procedura concordataria. In tal senso SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1966, p.8, che lo definiva “*un beneficio per il debitore, nel senso che egli aveva diritto (potestativo) di proporlo ai creditori, dando luogo ad una procedura autonoma accanto al fallimento*”.

frequentissime riforme, in molti casi semplici “ritocchi”, apportate alla legge fallimentare¹⁰.

Se l’esistenza di un certo numero di “privilegi” spettanti all’imprenditore in concordato è un dato di fatto, sulla base di ciò non sembra comunque giuridicamente corretto ritenere che la *ratio* dell’istituto concordatario si basi sulla protezione di interessi diversi da quello che definirei “portante” in capo al ceto creditorio.

Le disposizioni di favore previste nel concordato preventivo e, a maggior ragione, nel concordato in continuità sono dunque finalizzate unicamente ed esclusivamente all’adempimento dei debiti dell’impresa come ben si approfondirà nelle pagine che seguono.

Questa, dopotutto, è la tesi che in questo contributo si intende fermamente sostenere al fine di arginare possibili letture dell’art. 186-bis l.f. che contrastano con principi fondamentali del diritto fallimentare, considerato nel suo complesso.

¹⁰ Le modifiche apportate dal D.L. n.83/2012 rappresentano solo l’ultimo di una serie continua di interventi normativi che hanno ridisegnato negli anni il “volto” della procedura concordataria.

Una svolta fondamentale nel senso del privilegio accordato al debitore è costituita dalla riforma organica della disciplina disposta con il D.lgs 5/2006 che ha comportato “*un arretramento del potere giurisdizionale nel concorso collettivo ed un’espansione della posizione del debitore e dei creditori protesi verso la ricerca di una soluzione comune dell’insolvenza*” con un’indiscutibile “*liberalizzazione delle iniziative del debitore da preclusioni e vincoli personali ai quali non è più ricollegabile il programma di superamento della crisi imprenditoriale nell’ambito di uno schema privatistico*” (LO CASCIO, *Il concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, n.5/2013).

1. Alle origini della continuità aziendale: l'uso alternativo delle procedure concorsuali

Sulla scorta delle considerazioni svolte e rimarcando dunque che l'unico faro della procedura in questione debba essere la soddisfazione delle ragioni dei creditori, bisogna considerare che già dagli anni settanta del secolo scorso tale assunto ha iniziato a vacillare.

Il periodo storico nel quale fu emanata la Legge Fallimentare si contraddistingueva per caratteristiche economico-sociali profondamente diverse da quelle degli anni nei quali viviamo e la stessa disciplina dell'insolvenza sembrava essere permeata da un preconcetto culturale di fondo, l'idea per cui l'imprenditore fallito è disonesto (*decocto ergo fraudator*)¹¹; idea che oggi risulta essere sicuramente superata¹².

¹¹ Si veda in tal senso un'interessante provvedimento del Tribunale di Vicenza che, chiaramente e sinteticamente, ha illustrato come *"Nel nostro sistema, sulla scorta dell'espressione decocto ergo fraudator, il fallimento è concepito aprioristicamente come conseguenza della condotta della persona, infatti, proprio per questo, tuttora fallisce l'imprenditore, e non l'impresa, mentre i limiti di fallibilità si riferiscono macroscopicamente all'impresa (ricavi lordi, investimenti, passivo) e non alla persona fisica (peso, altezza, colore dei capelli)"* (Trib. Vicenza, ord. 13 giugno 2014, in ilcaso.it).

La locuzione latina, che si attribuisce tradizionalmente al commentatore Baldo degli Ubaldi, esprime in maniera perfetta ed allo stesso tempo concisa quella che era l'idea dell'imprenditore ai tempi dell'originaria legge fallimentare per cui *"la norma del 1942 sembrava fondata su un pregiudizio, ritenendo che la crisi d'impresa fosse necessariamente conseguenza non solo di un'incapacità gestionale dell'imprenditore ma anche del suo comportamento frodatario, così continuando una tradizione che era efficacemente sintetizzata dall'impetosa affermazione di Baldo degli Ubaldi: falliti sunt infami et infamissimi(...)nec excusantur ob adversam fortunam; est decocto; ergo fraudator"* (PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, UTET, Milano, 2012, pag. 239).

Dopotutto se si guarda alla derivazione del sostantivo fallimento ben si può osservare come sia *"nozione elementare che il termine fallire derivi etimologicamente da fallare (con il suo intenso significato che è ingannare)"* (MAZZOCCA, *Il fallimento e la sua procedura*, in Ilfallimento.it, 2005)

¹² Tali impostazioni sembrano essere ormai state ripudiate da tempo, anche sulla scorta di quanto affermato dalla CEDU che riteneva presente nel diritto concorsuale italiano *"un'ingerenza nel diritto del fallito al rispetto della vita privata"* (CEDU, sent. 13.11.2007, in www.cortieuropee.unito.it).

Seppur ci possa sembrare ingiusto, l'ottica con la quale si costruì l'impianto della legge era unicamente quella dell'eliminazione dal mercato dell'impresa in difficoltà, più precisamente dell'imprenditore in stato di decozione, sulla scorta forse di un certo pensiero di matrice darwiniana che faceva stretta applicazione, anche in questo campo, della regola di selezione naturale¹³.

Pare dunque destinata all'insuccesso qualsiasi analisi critica della volontà del legislatore del 1942 volta a ricercare ed identificare interessi diversi, oltre quello fondato sulla tutela del credito commerciale, perseguiti dalle disposizioni dell'originaria legge fallimentare, specie se si considera che la liquidazione concorsuale assolveva anche ad una funzione pubblica di "profilassi" dell'economia dal germe infetto delle imprese in crisi¹⁴.

Non da ultima la Legge di delega al Governo per la riforma organica delle discipline concorsuali, approvato dal Consiglio dei Ministri, che pone come obiettivo l'eliminazione del sostantivo "fallimento" o la sua sostituzione con il termine "liquidazione giudiziale" (L. n. 155/2017).

¹³ Questa logica darwiniana attiene ad un'idea del mercato nel contesto della quale sembra impossibile una valorizzazione oggettiva dell'azienda.

Seppur la selezione naturale, intesa nel senso economico di cui sopra si è accennato, sia un principio cardine dell'ideologia fascista non si può che rilevare come tale pensiero fosse alla base anche delle teorie economiche "neoclassiche", "liberiste", che teoricamente si collocano sul versante opposto dei socialismi e dei fascismi.

Tuttavia, mentre in un'ottica fascista il fallimento è sanzione fondata su un concetto di colpevolezza morale e sociale dell'imprenditore, nel pensiero liberista l'eliminazione dell'impresa è considerata una sorta di pena "naturale" determinata dalla logica concorrenziale che anima il commercio e che non lascia prospettiva alcuna nel segno della continuità aziendale premendo anzi per una rapida espulsione dal sistema dei soggetti che male abbiano strutturato il proprio progetto imprenditoriale.

Seppur dunque i punti di vista siano diversi la soluzione alla crisi d'impresa prospettata da fascisti e da liberisti era la stessa e consisteva *"nel lasciar fallire coloro che sono meno in grado di vivere, evitando di tenere in vita i deboli con scarso vantaggio e con molto danno dei forti e dei prudenti i quali possono sperare un ritorno a condizioni normali solo quando il terreno sarà liberato dalla vegetazione parassitaria che l'intristisce"* (L.EINAUDI, *Intorno al credito industriale - Appunti*, in Riv. Soc. Comm., 1911, p.119-120, ripreso da JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in Giur. comm., 1994, I, p. 493, n. 2, e da FIMMANÒ, *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, in ilcaso.it, 2005).

¹⁴ Come risulta dalla stessa relazione al R.D. n.267/1942 pare che le disposizioni della legge fallimentare siano contraddistinte, oltre che da un certo grado di afflittività, anche da una valenza

Si può senz'altro obiettare che la stessa regolamentazione del concordato preventivo e della ormai abrogata amministrazione controllata portava con sé importanti agevolazioni¹⁵ per il debitore in crisi; agevolazioni volte forse ad incentivare la continuazione dell'impresa anche se ciò non sembra essere sufficiente per poter affermare che l'interesse conservativo fosse tutelato direttamente dall'ordinamento poiché la prospettiva liquidatoria, specie per quanto attiene il concordato preventivo, rimaneva sicuramente preponderante.

Basti ricordare come il concordato preventivo e l'amministrazione controllata fossero state concepite come procedure "satellite" in quanto alternative al ben più gravoso fallimento ed alla liquidazione coatta amministrativa, senza tuttavia che si potesse dubitare della loro natura liquidatoria.

Tutt'ora del resto non è inusuale che gli operatori del diritto facciano riferimento a tali procedure indicandole come "minori" e ciò a dimostrazione ulteriore del fatto che il centro di gravità della legge era ed è costituito dal fallimento, a maggior ragione in un periodo storico dominato da una certa opinione politica che faceva della selezione naturale e del rigido intervento pubblicistico in tutti i settori della vita umana i suoi cavalli di battaglia.

che potremmo definire cautelare rispetto al propagarsi di una vera e propria malattia, che era considerata innanzitutto malattia morale dell'imprenditore, prima che processo patologico di carattere economico.

¹⁵ *A fortiori* oggi, dopo anni di riforme, simili agevolazioni in favore del debitore sembrano essere piuttosto consistenti nel caso del concordato preventivo. Basti pensare in tal senso all'"ampio margine di autonomia negoziale, (...) alla possibilità di soddisfare i creditori in maniere alternative al pagamento in termini monetari, al blocco delle azioni esecutive, all'estensione dell'efficacia del concordato omologato indistintamente a tutti i creditori, all'effetto liberatorio dalle obbligazioni residue rimaste insoddisfatte a seguito dell'adempimento del concordato" (NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, IPSOA, Milano, 2011, pag. XVII)

Non a torto un autorevole interprete definì il fallimento come “*sanzione e chirurgia*”¹⁶, proprio per rimarcare l’intento legislativo di provvedere alla crisi punendo l’imprenditore che, per suo errore o sciagura, vi ci fosse ritrovato dentro, liquidando tutti i beni dell’impresa al fine di garantire i creditori di quest’ultima.

La valenza afflittiva che caratterizzava e forse tutt’ora caratterizza il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa si spiegava peraltro anche nell’inesistenza di una distinzione concettuale tra impresa-azienda e debitore-imprenditore¹⁷: le sorti della prima erano imprescindibilmente legate a quelle del secondo senza che vi fosse spazio alcuno per ritenere che l’azienda, espressione di valori economici e sociali che informano tutto il sistema economico, fosse meritevole di una qualche tutela che prescindesse dalle vicissitudini relative all’imprenditore.

¹⁶ Così PAJARDI, *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 223 ss.

¹⁷ Tradizionalmente il concetto di impresa è imprescindibilmente legato a quello di imprenditore.

Se si guarda allo stesso codice civile ben si può osservare come all’art. 2082 sia definita esclusivamente la figura dell’imprenditore, potendosi ricavare esclusivamente in maniera indiretta il concetto di impresa come attività esercitata da quest’ultimo e dotata delle caratteristiche previste dalla norma in esame.

Nonostante il termine impresa sia spesso scambiato inconsapevolmente con quello di azienda non si può di certo asserire che tali sostantivi abbiano lo stesso significato.

L’azienda, non definita direttamente dal legislatore, risulta consistere nel complesso dei beni organizzati strumentali all’esercizio dell’attività economica da parte dell’imprenditore.

Alla luce di tale distinzione ci si dovrebbe chiedere se, a venire in rilievo al fine di determinare il campo applicativo dell’art. 186-bis, relativo alla continuità aziendale, sia il concetto di impresa o quello di azienda.

Non appare infatti quest’ultima una questione scontata ed irrilevante giacché se si parla di mera prosecuzione di impresa allora si dovrebbe ravvisare continuità esclusivamente in caso di prosecuzione diretta da parte dell’imprenditore. Non a caso prima della riforma del 2012 anche la dottrina che a gran voce richiedeva un intervento del legislatore volto a disciplinare il concordato in continuità non ammetteva la possibilità di qualificare come “in continuità” piani concordatari che prevedessero la cessione o il conferimento dell’azienda.

Questa, come si vedrà, rappresentò un'importante distinzione ermeneutica "abbozzata" sul finire degli anni settanta e definitivamente recepita dal legislatore solo con la riforma del 2012 che ha introdotto il concordato in continuità.

Non si pervenne mai, fino ai tempi nostri, ad una completa definizione dei confini tra il concetto di "azienda" e quello di "impresa" ma si iniziò ad auspicare un intervento del legislatore che desse maggior peso a considerazioni fondate sulla meritevolezza dell'azienda piuttosto che dell'imprenditore.

Ciò precisato, per quanto attiene alla disciplina approntata dalla Legge Fallimentare delle origini, non si può in alcun modo pensare che trovassero in essa tutela interessi diversi da quelli dei creditori commerciali e la continuità, a maggior ragione, non era minimamente considerata in un sistema finalizzato all'espulsione dal mercato dell'impresa in crisi.

Le circostanze politiche, sociali, culturali appena descritte, che trovarono massima espressione in un Regio Decreto fortemente determinato a "ripulire" il mercato, mutarono con la fine della guerra e la caduta del fascismo mostrando quanto la disciplina fallimentare fosse rigida e creata in ossequio ad una precisa idea del mercato, dell'impresa e dell'imprenditore; idea che mal si conciliava con il nuovo spirito cristiano-liberale¹⁸ che andava sempre più affermandosi alla fine degli anni settanta e che vedeva

¹⁸ Il trentennio che era seguito al termine della seconda guerra mondiale si contraddistingueva per un forte intervento statale nei settori economici. Negli anni settanta tuttavia si rese evidente come l'aiuto dello stato alla costruzione di un solido sistema economico avesse di fatto esaurito i propri effetti benevoli. Il Welfare state, da motore propulsore, iniziava ad essere considerato come una sorta di chiave inglese che bloccava gli ingranaggi del motore economico. Del resto in quegli anni si registrò un imponente fenomeno di sovrapproduzione, di dilatazione del debito sovrano, di aumenti salariali ai quali non corrispondeva un aumento dei profitti. In un sistema fortemente messo in crisi dalle fluttuazioni monetarie il controllo dell'inflazione divenne il principale obiettivo delle politiche economiche di stampo neoliberalista. Si assistette così soprattutto nei paesi anglosassoni ad un'opera di disgregazione dello stato assistenziale interventista, "preso a

nella crescita delle realtà imprenditoriali, libere da quella che per molto tempo era stata la *longa manus* statale, il principale fattore di sviluppo dell'economia.

L'incompatibilità tra finalità (liquidatorie) delle procedure e nuove esigenze prospettate da un paese in crescita costituì solo il *backstage* socio-economico, se così lo si può definire, che favorì l'elaborazione di sempre nuove proposte¹⁹, elaborate dall'inizio degli anni ottanta in poi, che si ponevano l'obiettivo di cambiare una Legge Fallimentare tanto importante quanto al contempo inadatta ed anacronistica.

Seppur fossero passate poche decine di anni dal lontano 1942, non ci volle molto tempo perché ci si accorgesse di come la crisi delle imprese non potesse essere affrontata esclusivamente con la liquidazione del compendio aziendale, per via del fatto che non sempre questa riesce a tutelare in maniera soddisfacente il ceto creditorio e, in subordine, per i drastici effetti sociali che la liquidazione fallimentare, *a fortiori*, causa.

Come già ricordato, sul finire degli anni '70 parte della dottrina iniziò a ritenere che l'azienda, come struttura produttiva, fosse meritevole di una pur minima considerazione autonoma, cessando forse di essere immedesimata con l'imprenditore.

In questa scissione concettuale tra soggetto-imprenditore ed oggetto-azienda, tutta interna al fenomeno impresa, possiamo probabilmente scorgere il precedente logico-giuridico di quello che fu uno dei presupposti teleologici rispetto all'introduzione di tutta una serie di norme, tra cui quella di cui all'art. 186-bis della l.f., volte a garantire la

picconate" da leader del calibro di Margaret Thatcher e Ronald Reagan che inaugurarono l'era del "laissez-faire".

¹⁹ Sul finire degli anni settanta le istanze di modifica alla legge fallimentare provenivano da molti ed autorevoli autori. Si vedano in tal senso: IORIO, *Per una riforma delle procedure concorsuali minori*, in *Il fallimento*, 1982; ABBADESSA, *Il progetto di riforma della legge fallimentare*, Milano, 1985; Apice, *Fallimento e procedure di salvataggio: una bipartizione da riconsiderare*; LO CASCIO, *Crisi dell'impresa: rimedi preventivi e successivi, amministrativi e giudiziari. Analisi e prospettive di una riforma*, in *Impresa Ambiente e p.a.*, 1982.

continuità aziendale e, purtroppo, un argomento a favore di quell'indirizzo dottrinale teso a sostenere il c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali.

A tali considerazioni ermeneutiche, che di certo non avrebbero avuto risvolti pratici, si aggiunse inoltre la concretezza di una procedura fallimentare che mal si conciliava con le esigenze di rapido superamento della crisi prospettate dalla realtà economica in continua evoluzione di quel periodo storico.

La liquidazione fallimentare veniva vista come macchina burocratica estremamente appesantita da gravami procedimentali che, se rapportati al livello di soddisfazione dei creditori al termine della procedura, la rendevano del tutto inadatta a fronteggiare le difficoltà dell'impresa.

Nonostante l'inerzia del legislatore di fronte ad una situazione evidentemente paradossale, taluna parte della dottrina²⁰ cominciò a rivalutare l'importanza delle procedure c.d. *satellite* come il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, considerandole come strumenti di composizione della crisi idonei a salvare le aziende ed evitare i pesanti costi sociali delle liquidazioni, tanto più evidenti quest'ultimi nel caso di crisi di grandi aziende di interesse nazionale²¹.

²⁰ Non furono pochi gli autori che sostennero e giustificarono il c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali: in comune vi era la coscienza di una legge inadeguata a fronteggiare la crisi delle grandi aziende e l'intento di rivalutare alcune procedure nel segno di una maggior tutela delle maggiori aziende. Non pare dunque esservi in tali argomentazioni uno spirito riformatore tout-court quanto sembra ravvisarsi un tentativo di reinterpretazione critica dei singoli istituti secondo le esigenze prospettate dal contesto economico del tempo. Si sosteneva dunque che "la risposta normale rispetto all'insolvenza dell'impresa non deve essere l'espulsione, bensì la riorganizzazione della stessa" (LIBERTINI, *Relazione al convegno su L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, Verona 28-29 Ottobre 1977, in *Giur. Comm.*, 1979, I., 298 ripreso da MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, GIAPPICHELLI, Torino, 2014, pag. 36)

²¹ In particolare, tra quanti sostennero tali tesi, si vedano GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in atti del convegno su L'uso alternativo delle procedure concorsuali, in *Giur. Comm.*, 1979, I, p.236 ss; JAEGER, *Relazione di sintesi alla legge fallimentare*.

Insomma, la legge non era in alcun modo cambiata ma le differenti condizioni economico-sociali sviluppatasi in quel periodo avevano portato a modificare, forzandola, l'interpretazione della legge stessa.

Concordato preventivo ed amministrazione controllata risultarono essere strumenti estremamente flessibili e per tali motivi non ci volle molto perché fossero utilizzati al fine ultimo di garantire in qualche modo la prosecuzione dell'azienda, a differenza del fallimento che rimaneva rigidamente orientato alla tutela della *par condicio creditorum*.

La teorizzazione di un assetto di interessi pubblici, sottesi dalle procedure, che annoverasse anche quello alla conservazione degli *assets* aziendali non rimase dunque una mera ipotesi dottrinale destinata alla in-attuazione concreta.

Concretamente simili prospettazioni, imperniate su un riscoperto sentimento solidaristico, ebbero delle conseguenze importanti dal punto di vista dell'utilizzo delle procedure concorsuali.

In tale contesto di reinterpretazione dei singoli istituti della legge fallimentare vi fu una vera e propria opera di rivalutazione del concordato preventivo e, soprattutto, dell'amministrazione controllata che risultavano essere certamente più "cedevoli" rispetto alle nuove esigenze prospettate dagli autori sopracitati²².

Bilancio e prospettive dopo trent'anni di applicazione, 1975; LIBERTINI, Sull'uso alternativo delle procedure concorsuali, in Atti del convegno su L'uso alternativo delle procedure concorsuali, in Giur. Comm., 1979; VIALE, L'uso alternativo del concordato preventivo, in Giur. Comm., 1979, I, 231.

²² "Alcuni studiosi (...) considerarono superato il sistema della legge fallimentare, non tanto e non soltanto in ragione dei suoi difetti cronici e connaturati nei mezzi e nei fini ma soprattutto perché la legge fallimentare non concedeva alcunchè ad interessi e valori di rilievo, sempre profondamente incisi dalle crisi d'impresa e si occupava per contro esclusivamente della tutela dei creditori dell'imprenditore insolvente.

(...) Secondo questi scrittori erano cambiati profondamente i tempi e con essi le esigenze di disciplina. Essi mostrarono pertanto una certa disposizione ad affiancarsi alla nuova legislazione, non già ripetiamo approvandone la tecnica ed il modo di formazione, bensì condividendone il substrato politico-ideologico che ne era alla base ed anzi, agganciandolo alla stessa Carta Costituzionale, la quale avrebbe addirittura imposto

Il concordato preventivo si trasformò così da procedura “satellite” a mezzo fondamentale di dilazione dei tempi della crisi, relegando la procedura fondamentale ad *extrema ratio* cui ricorrere solo in caso di impossibilità assoluta di salvare l’azienda in crisi e, soprattutto, i livelli occupazionali.

Come ben osservato, si rese evidente come nella procedura concordataria ormai l’accento fosse posto esclusivamente sul momento consensuale, sull’accordo tra debitore e creditori che permettesse il salvataggio, pur temporaneo, dell’impresa, prescindendo dalla valutazione circa la fattibilità economica e giuridica del piano²³.

Una forzatura interpretativa del dato normativo causò dunque un’estensione operativa sconosciuta dell’istituto concordatario che venne così concepito come mero ed opportunistico “salvante” (anche rispetto alla responsabilità penale) finalizzato alla tutela dell’interesse conservativo dell’impresa, in sfregio a quei presupposti di applicazione indicati all’art. 160 l.f., il cui vaglio dovrebbe costituire sempre l’antecedente logico-giuridico rispetto all’apertura della procedura concorsuale in parola.

Simili ricostruzioni dottrinali, che facevano della procedura una sorta di atipico ammortizzatore sociale, furono aspramente criticate²⁴ soprattutto in quanto non

che le crisi d’impresa dovessero essere risolte nella necessaria considerazione di interessi diversi e talora contrapposti al diritto dei creditori” (GOMELLINI, I presupposti dell’apertura delle procedure concorsuali, in Trattato di Diritto Fallimentare e delle altre procedure concorsuali diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, GIAPPICHELLI, Torino, 2013, p.27).

²³ Cfr. GIANESINI, *Il rischio penale della crisi d’impresa*, GIAPPICHELLI, Torino, 2016, p.11.

²⁴ In molti considerarono invece insacrificabili i diritti spettanti ai creditori. Tra questi si ricordano MAFFEI ALBERTI, TARZIA, D’ALESSANDRO, COLESANTI, PERSIANI, *Relazione al convegno su L’uso delle procedure concorsuali*, in *Giur. Comm*, I, 1979.

In tal senso, ex post, anche: FABIANI, *Diritto Fallimentare. Principi e Regole*, Bologna, 2011; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, GIUFFRÈ, Milano, 2011 e NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, IPSOA, Milano, 2011.

consideravano che, da un lato, il legislatore del 1942 non aveva in alcun modo inteso favorire o garantire la conservazione delle unità produttive e, dall'altro, che una nuova lettura della legge secondo questa chiave interpretativa avrebbe avuto dei risvolti deleteri dato che si sarebbe calpestato il principio fondamentale della *par condicio creditorum*, scaricando sui creditori l'ulteriore rischio di passività derivanti dalla continuazione di attività insalvabili o insanabili.

Senz'altro risulta essere convincente l'orientamento che da sempre privilegia e salvaguarda la funzione pubblica delle procedure concorsuali²⁵, peraltro accolto anche dalla Suprema Corte²⁶; funzione che si concretizza nella ricostruzione del compendio patrimoniale dell'imprenditore al fine della ristrutturazione del debito.

La correttezza di tale tesi fu del resto confortata, *a contrario*, anche dal dato fattuale che mostrò quanto potesse essere, per dirla con un gioco di parole, "fallimentare" una rilettura del dato normativo tesa a proteggere interessi diversi dalle ragioni creditorie.

Tali interpretazioni forzate della norma portarono unicamente ad una dilazione dei tempi e ad una compromissione ulteriore della posizione creditoria senza riuscire concretamente a permettere la prosecuzione di attività imprenditoriali irrimediabilmente dissestate²⁷.

²⁵ Si è ben osservato come si fossero di fatto instaurati concordati preventivi "in vista di una ricerca di formule destinate ad un'apparente conservazione dei posti di lavoro e si svuotò di contenuto la stessa funzione pubblica connessa agli istituti giuridici menzionati" (LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, GIUFFRÈ, Milano, 2011)

²⁶ La Suprema Corte, dirimendo gli accesi contrasti dottrinali, ha posto una pietra tombale al dibattito incentrato sulla possibilità di tutelare interessi ulteriori rispetto a quello della *par condicio creditorum* sancendo, in particolare che l'interesse cui deve essere indirizzata la procedura è quello "dei creditori ad una ottimale soddisfazione delle loro ragioni" (Cass. Civ., sent. 12.7.1991, n. 7790, in *il Fallimento*, 1991, 1248).

²⁷ "La conseguenza di questa tendenza interpretativa rese tardivo, nella maggior parte dei casi, l'intervento giudiziario dell'amministrazione controllata che, di fatto, si trasformò in una sterile moratoria per il

Tali orientamenti, a ben vedere, paiono essere gli “antenati” ermeneutici di quegli orientamenti che tutt’oggi vedono nell’art. 186-bis l.f. una disposizione a presidio dell’integrità aziendale e della tutela a tutto tondo dell’impresa, ed è per tale motivo quindi che si sono qui voluti analizzare e, per quanto possibile, smentire.

Tutto ciò premesso, non sembra tuttavia nemmeno condivisibile la tendenza di quanti neghino oltranzisticamente la minima rilevanza nella disciplina ad interessi quali la continuità aziendale e la salvaguardia dei livelli produttivi ed occupazionali.

Chi scrive non intende in alcun modo dubitare di quali siano le finalità che permeano ogni disposizione della legge in questione aderendo ad opere interpretative distorte che di certo non hanno risolto i problemi insidiosi della materia.

L’art. 186-bis L.F., che sarà il principale oggetto di approfondimento, sembra chiarire ulteriormente come lo scopo della procedura ivi descritta sia sempre quello della soddisfazione dei creditori dell’imprenditore e che in tal senso la continuità aziendale, così come disciplinata, non sia altro che il mezzo attraverso il quale saranno perseguiti gli interessi di tali soggetti.

Non si può e non si deve dunque a mio avviso ritenere che l’introduzione dell’articolo in questione abbia mutato lo *status quo ante*, riprendendo tesi proprie di chi professava

debitore. (...) Così, pure, l’offerta di garanzie che accompagnò il concordato preventivo fu ancorata a forme complesse e difficilmente controllabili nella loro entità economica, perché connesse alla stessa funzionalità dell’impresa, o ad un programma di ristrutturazione o ricapitalizzazione della stessa, o ad altre vaghe ed incerte situazioni da realizzare. L’aspettativa di ripresa dell’attività imprenditoriale spostò i termini della soluzione concordataria sino ad ingenerare il convincimento che questo strumento era diventato in modo miracolistico il mezzo non soltanto per conservare l’azienda ma anche per soddisfare i diritti dei creditori” (LO CASCIO, Il concordato preventivo, GIUFFRÈ, Milano, 2011).

dell'utilità dell'uso alternativo delle procedure concorsuali, ridefinendo fini e scopi di queste ultime.

Semmai ciò che sembra essere mutato è l'approccio del legislatore rispetto a quelli che sono i mezzi per garantire un miglior realizzo, che può essere attuato oggi anche con concordati che prevedano la prosecuzione dell'attività aziendale.

Non si può certamente che guardare con favore alla nuova disposizione poiché dimostra come si sia presa coscienza del fatto che la conservazione degli *assets* aziendali è in molti casi molto più redditizia per i creditori rispetto alla liquidazione dei beni e che tali modalità di attuazione del concordato preventivo permettono sicuramente di tutelare incidentalmente interessi diversi, quali il mantenimento in vita, nei limiti del possibile, delle attività produttive.

Si è voluto dunque sottolineare che solo incidentalmente vengono in rilievo tali interessi e, specificamente, solo in tanto che siano questi conciliabili e compatibili con l'unico e vero scopo della procedura che è la *par condicio creditorum*: mentre quest'ultima dunque è ragione fissa ed immutabile che ispira ogni istituto previsto dalla legge fallimentare l'interesse alla continuità delle imprese si atteggia ad eventualità che assume rilevanza giuridica quando concorra ad una migliore soddisfazione dei creditori dell'imprenditore²⁸.

²⁸ Peraltro questa sembra essere stata la soluzione al problema approntata anche dalla Suprema Corte (Cass. Civ., sent. 12.7.1991, n. 7790, in *il Fallimento*, 1991, 1248) che ha stabilito come fossero “*coordinabili ma non sovrapponibili l'interesse del debitore ad evitare il fallimento ed eventualmente a conservare la funzionalità dell'impresa*” e l'interesse dei creditori.

2. La continuità aziendale prima del 2012: i concordati di risanamento

Il d.l. n. 83/2012 ha codificato nel nostro ordinamento il concetto di “concordato preventivo in continuità aziendale”.

Recto oculi, bisogna osservare come i concordati che prevedessero la prosecuzione dell’attività d’impresa fossero già comunque prassi concretamente diffusa²⁹.

Con le modifiche alla legge fallimentare apportate con il D.L. n. 35/2005, che aveva posto fine all’alternatività tra concordato liquidatorio e concordato con garanzia³⁰, si era segnato un passo fondamentale nel segno della continuità aziendale poiché si diffusero, in numero molto limitato, concordati preventivi che avevano l’obiettivo dichiarato di traghettare il compendio aziendale al di fuori della crisi, mantenendone in vita le attività produttive³¹.

²⁹ Si veda in tal senso la notevole quantità di contributi in materia. Tra questi si ricordi: MOSCO, *Concordato Preventivo e piani negoziali per il risanamento dell’impresa*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2009, I, p. 373 ss; ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell’attività d’impresa*, in F. Bonelli, in *Crisi d’Impresa: casi e materiali*, p.137 ss.; FABIANI, *Per la chiarezza di idee su proposta, piano, domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il fallimento*, 2011; BONFATTI, *I concordati di risanamento*, in *Il fallimento*, n.228/2011; BONELLI, *Esame di alcune esperienze di concordato preventivo con ristrutturazione*, in F. Bonelli, *Crisi d’Impresa: casi e materiali*, GIUFFRÈ, Milano, 2011;

³⁰ Il D.L. n. 35/2005 ha rivoluzionato la disciplina del concordato preventivo nel segno di una maggiore libertà, a livello contenutistico, dell’imprenditore nella predisposizione del piano concordatario, accompagnata da un’apprezzabile riduzione dei poteri di sindacato del tribunale attinenti al profilo della convenienza. In tal senso si è evidenziato che “l’aspetto più innovativo della riforma è costituito dalla mutata finalità del concordato: non soltanto assicurare al creditore soddisfazione unicamente mediante il pagamento del debito, bensì consentire la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, con ampia autonomia del debitore nella definizione della proposta concordataria, che può svolgere, come si vedrà nel prosieguo, anche la funzione che era propria dell’abrogata amministrazione controllata” (RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. Comm.*,2009, I, 892)

³¹ Si ammetteva espressamente che nei casi di società di capitali si potesse anche prevedere, ai fini del risanamento, il compimento di operazioni straordinarie quali l’aumento di capitale, la fusione

Tali strumenti “ponte” venivano generalmente definiti con l’appellativo di “concordati di risanamento” in quanto si differenziavano dai concordati tipicamente e banalmente liquidatori per il fatto che il piano concordatario poteva essere liberamente costruito al fine di mantenere sul mercato l’impresa.

Il concordato di risanamento, per tali motivazioni, fu modalità di risoluzione della crisi spesso ambita dagli imprenditori, una delle vie praticate tra le molte possibili dopo la riforma del 2005, seppur i dati confermino come comunque fosse prevalente in percentuale il numero delle liquidazioni³².

Il concordato, specie dopo la riforma in parola, risultava dunque essere uno strumento dalle grandi potenzialità, al fine di ristrutturare il debito permettendo la continuazione aziendale e nella prassi erano principalmente due le modalità di attuazione per via concordataria del risanamento dell’impresa.

Il concordato di risanamento “diretto”³³ costituiva la prima delle due strade percorribili, caratterizzato dalla continuazione dell’azienda da parte dello stesso imprenditore.

e la scissione si cui si dirà in seguito. Cfr. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell’attività d’impresa*, in F.Bonelli, in *Crisi d’Impresa: casi e materiali*, p.143.

³² Come risulta chiaramente dal Questional Paper sul Concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo, redatto dalla Banca di Italia nel Marzo del 2016. Dall’analisi sui tassi di sopravvivenza dell’imprese che accedono alla procedura concordataria emerge con chiarezza che, nonostante la riforma del 2005 abbia “aumentato, seppure in misura contenuta, la probabilità di sopravvivenza delle imprese che vi fanno ricorso” in ogni caso “nonostante le riforme il CP rimarrebbe largamente una modalità per accompagnare le imprese fuori dal mercato, piuttosto che per conservarne la continuità operativa”.

³³ Sulla distinzione tra concordato con risanamento “diretto” ed “indiretto” si vedano i contributi di: BONFATTI, *I concordati di risanamento*, in *Dottrina, opinioni e interventi*, n.228/2011, in *ilcaso.it*; STANGHELLINI, *Il concordato con finalità di risanamento*, relazione alla lezione del 16.11.2009 tenuta per l’Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

Il piano in tali casi prevedeva una ristrutturazione industriale e finanziaria dell'impresa che riportasse l'indebitamento a livelli sostenibili, permettendo la sopravvivenza aziendale.

Un simile modello portava con sé particolari pregi in quanto consentiva il mantenimento sul mercato dell'impresa senza mutazioni dal punto di vista soggettivo, mutazioni che peraltro possono ingenerare delle ricadute piuttosto pesanti sulle relazioni commerciali con clienti e/o fornitori³⁴.

A ciò deve aggiungersi anche la collocabilità in prededuzione degli eventuali finanziamenti erogati all'impresa, se ovviamente sorti in funzione della continuazione aziendale per mezzo della predisposizione della proposta e del piano di concordato preventivo, che costituisce importante vantaggio del modello in parola.

In realtà le osservazioni appena svolte non devono far ritenere che fosse relativamente semplice per il debitore ottenere nuova finanza, soprattutto dagli istituti di credito, al fine di alimentare il processo produttivo e sperare in proventi futuri da destinare al ceto creditorio.

E' senz'altro corretto affermare che vi era un incentivo consistente alla concessione dei prestiti, rappresentato dalla possibilità di pagamento in prededuzione di tali somme concesse; ma è altresì giusto sottolineare come fosse nella pratica molto difficile

³⁴ In senso conforme si è rilevato come *“Il mantenimento dell'identità soggettiva dell'imprenditore, rispetto alla soluzione del Concordato di risanamento “indiretto” che postula il mutamento del soggetto (affittuario prima e cessionario poi) chiamato ad esercitare l'attività dell'impresa (già) in stato di crisi, può rappresentare un profilo di vantaggiosità nelle situazioni nelle quali l'impresa sia caratterizzata dalla presenza di rapporti commerciali con fornitori dotati di una struttura organizzativa complessa, per i quali il trasferimento delle relazioni commerciali su un nuovo cliente fenomeno che di norma si caratterizza nella necessità dell'avvio di un procedimento amministrativo ex novo, finalizzato all'attribuzione del c.d. “codice cliente”-, può compromettere, per lo meno nel breve periodo, la continuità del rapporto commerciale”* (BONFATTI, *I concordati di risanamento*, in *Dottrina, opinioni e interventi*, n.228/2011, in *ilcaso.it*).

strutturare un piano di risanamento finanziario ed industriale fattibile e convincente, specie agli occhi degli istituti bancari.

Vengono in rilievo in tal senso anche tutte le problematiche relative al finanziamento dell'impresa prima dell'apertura della procedura in quanto il credito è classificato come prededucibile solo quando sorga in funzione di essa, con la conseguente possibilità quindi per l'imprenditore di essere responsabile anche penalmente³⁵ dei debiti contratti con la certezza di non potervi adempiere.

Non si può negare dunque che i vantaggi offerti dal concordato di risanamento "diretto" fossero certamente notevoli sotto molti ed importanti punti di vista: la relativa semplicità nell'ottenere nuovi finanziamenti, l'assenza di problematiche relative alla mobilità ed al trasferimento dei lavoratori, la possibilità fondamentale di continuare i rapporti contrattuali con i partners strategici.

In molti casi tuttavia, per le motivazioni appena esposte, tali vantaggi rimanevano solo potenziali.

Una seconda possibilità per l'imprenditore era invece rappresentata dal c.d. concordato di risanamento "indiretto" il cui piano concordatario era imperniato sull'affitto dell'azienda preordinato alla successiva cessione ad un nuovo imprenditore.

³⁵ Ci si riferisce in tal senso soprattutto al reato di insolvenza fraudolenta di cui all'art. 641 c.p. nonostante il dolo sia difficilmente dimostrabile in tali casi. Qualche autore, (DE SEMO) ha ipotizzato come configurabile anche in caso di concordato preventivo il reato di cui all'art. 218 L.F. che regola il "ricorso abusivo al credito". Tali impostazioni tuttavia non sembrano essere in alcun modo state accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza che circoscrivono l'ambito di operatività della fattispecie penale alla sola procedura fallimentare avendo alcuni addirittura considerato la dichiarazione di fallimento come necessaria condizione di punibilità del reo.

Anche in tal caso veniva salvaguardata l'attività produttiva ma l'elemento discriminante consisteva nella variazione del soggetto preposto all'esercizio aziendale prima e nella successione dell'affittuario al concedente nella titolarità dell'impresa poi.

E' da osservare come questa tipologia di concordato fu in realtà quella più diffusa per via del fatto che l'affitto d'azienda permetteva di attuare la ristrutturazione aziendale al riparo dalle passività pregresse in capo all'imprenditore, configurandosi come strumento ideale per risanare l'impresa con l'apporto di nuove risorse fornite da terzi che non volessero esporsi al rischio dell'emersione di nuovi debiti sommersi.

In questo senso il concordato che prevedesse l'affitto d'azienda si caratterizzava per l'assenza di impedimenti di qualsiasi natura dovuti alla sottoposizione dell'imprenditore a procedure concorsuali; e questo pare essere un pregio di non poco conto specie per quanto attiene alla possibilità di partecipare alle gare di affidamento di opere o contratti pubblici, possibilità categoricamente esclusa per i soggetti in concordato preventivo³⁶.

Per quanto concerne la fattibilità economica del piano inoltre non si potevano rilevare in concreto le stesse criticità tipiche del concordato di ristrutturazione visto che risultava essere sensibilmente inferiore l'aleatorietà circa la riuscita del programma di risanamento e conseguentemente molto più semplice il reperimento di nuove risorse.

³⁶ Questa pare essere una delle più importanti criticità relative ai concordati di risanamento. Nonostante la riforma del 2005 avesse infatti ridefinito il presupposto oggettivo ai fini dell'accesso alla procedura, consistente nel semplice "stato di crisi" e non più nello "stato d'insolvenza", il legislatore non si è dimostrato sensibile a simili variazioni della disciplina, inserendo con il D.lgs n. 163/2006 (Codice degli Appalti Pubblici) l'art. 38 che vietava categoricamente la partecipazione alle gare di affidamento da parte di soggetti che si trovassero in stato di concordato preventivo. Ciò rappresentava difatti un'insormontabile ostacolo per le imprese che volessero intraprendere il risanamento per mezzo dello strumento concordatario e che avessero ad oggetto lo svolgimento e l'esecuzione di opere pubbliche. Cfr. BONFATTI, *I concordati di risanamento*, in *Dottrina, opinioni e interventi*, n.228/2011, in ilcaso.it.

Di contraltare a tali pregi vi era tuttavia l'ostilità con la quale si guardava a tali operazioni che spesso prevedevano la creazione di una *Newco* (in cui non di rado vi era la partecipazione dello stesso imprenditore in crisi) alla quale affittare l'azienda; ostilità che celava sicuramente il dubbio sulla liceità del cambiamento, visto quest'ultimo come manovra fraudolenta³⁷ ed elusiva preordinata ad arrecare pregiudizio al ceto creditorio.

Completata dunque questa breve analisi del fenomeno concordatario diffuso nella prassi prima dell'introduzione dell'art. 186-bis l.f., ciò che qui interessa è osservare come già in tali circostanze fossero ben presenti agli operatori giuridici quali fossero le opportunità insite nella continuazione aziendale come mezzo di risanamento.

Se dunque pare essere evidente che il concetto di continuità aziendale non abbia fatto il suo ingresso nel mondo delle procedure concorsuali solo nel 2012, è anche doveroso osservare che la prassi appena descritta solo in parte ricalcava quello che sarà il contenuto dell'art. 186-bis l.f.

La prosecuzione diretta e l'affitto d'azienda venivano infatti concepiti come strumenti compatibili con la ristrutturazione del debito; ma non si può che prendere atto del fatto che costituivano entrambi solo delle modalità con le quali poteva essere attuato un concordato caratterizzato da quella che oggi definiamo continuità soggettiva³⁸.

Non si vuole in tal senso approfondire quali siano ad oggi i significati di continuità oggettiva e continuità soggettiva alla luce delle modifiche apportate dalla D.l. n. 83/2012,

³⁷ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato con finalità di risanamento*, relazione alla lezione del 16.11.2009 tenuta per l'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

³⁸ Si ha continuità soggettiva quando il debitore concordatario continua a rimanere titolare del compendio aziendale per mezzo del quale si continuano le attività d'impresa.

ma solamente evidenziare come in ogni caso fosse pressoché assente il concetto di continuità oggettiva³⁹.

Ciò non implica, ovviamente, che non vi fossero pareri discordanti sulla compatibilità del concordato di risanamento con piani incentrati unicamente sulla cessione o sul trasferimento del compendio aziendale.

Solo con la modifica della disciplina concordataria, tuttavia, fu definitivamente riconosciuta la presenza di continuità aziendale anche in caso di vicende traslative come quelle sopracitate.

Questa impostazione, mutata poi con la regolamentazione del concordato in continuità⁴⁰, sembrava ancora una volta scontare un'aprioristica negazione di qualsivoglia tutela all'azienda come entità valoriale autonoma distinta dal centro soggettivo dell'impresa costituito dall'imprenditore.

In realtà una simile ricostruzione non deve assolutamente stupire l'interprete in quanto fondata su di una concezione del fenomeno imprenditoriale che affonda le proprie radici negli anni dell'originaria legge fallimentare, in cui non vi era alcuno spazio per concepire

³⁹ La continuità oggettiva si ha quando, a prescindere dalla titolarità dell'azienda, il complesso produttivo si mantenga in attività. Oggi l'art. 186-bis l.f. accoglie e codifica una nozione di continuità in senso oggettivo dato che permette di applicare tale disposizione anche nel caso in cui il piano preveda la cessione o il conferimento d'azienda.

⁴⁰ "Il legislatore ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione del c.d. "concordato in continuità aziendale" rispetto alla definizione che di esso veniva fornita dalla dottrina prima dell'introduzione dell'art. 186-bis l.f.: infatti la nuova norma precisa che costituisce "concordato in continuità aziendale": (i) sia il concordato che preveda la prosecuzione dell'attività non solo in capo all'originario imprenditore, ma anche in capo a terzi (...) (ii) sia i c.d. concordati misti nei quali l'attività prosegue mediante l'utilizzazione di una parte soltanto dell'attivo, mentre un'altra parte dell'attivo non funzionale all'esercizio dell'attività d'impresa viene liquidata atomisticamente" (ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, GIAPPICHELLI, Torino, 2013)

l'azienda come un qualcosa di oggettivamente percepibile e tutelabile, distinto dall'imprenditore.

Ad ogni modo, già prima della legge di riforma del 2012 dei segni di apertura verso una prospettiva "oggettivizzante", se così la si può definire, erano stati dati da quanti avevano sostenuto la fattibilità del c.d. uso alternativo delle procedure⁴¹.

Seppur le argomentazioni addotte a sostegno di tali tesi fossero prive di pregio dal punto di vista giuridico e non avessero trovato accoglimento né in dottrina né in giurisprudenza non si può che apprezzare lo sforzo ermeneutico di definizione e delimitazione dei concetti di impresa ed azienda in funzione di una tutela oggettiva delle attività produttive che prescindesse dalle sorti del soggetto imprenditore.

⁴¹ Si guardi in tal senso il paragrafo n.2 di questo capitolo.

3. Il decreto sviluppo e la “ratio” della riforma

Il concordato con continuità aziendale, nonostante fosse nella pratica utilizzato come modello sul quale improntare il piano concordatario, come del resto si è visto, non ebbe fino al 2012 alcun riconoscimento legislativo.

Gli anni che avevano seguito l’ultima riforma significativa della legge fallimentare, quella degli anni 2005-2007⁴², avevano dimostrato quanto le mutate circostanze economiche, caratterizzate da una depressione storica ed influenzate da un andamento recessivo pressoché costante⁴³, avessero reso di fatto evidente il bisogno di innovare nuovamente una materia, quella delle procedure concorsuali, che tristemente iniziava ad occupare un posto di primo piano nel mondo giuridico, come mai prima era avvenuto.

Lampanti in tal senso risultavano essere le lacune normative riguardanti la continuità che trovava riconoscimento in molti degli ordinamenti degli stati dell’Unione Europea ma non in quello italiano, pur costituendo un *modus operandi* ben conosciuto dal diritto concorsuale, nonostante il silenzio della legge.

In quest’ottica si poneva anche la Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento ed al Comitato Economico e Sociale con la quale si sottolineava l’esigenza di

⁴² Le principali modifiche sono state apportate con il D.L. n. 35/2005 convertito con L. 80/2015, con il D.lgs. n. 5/2006 ed il D.lgs. n. 169/2007.

⁴³ Il già citato *paper* della Banca d’Italia avente ad oggetto un’analisi sullo stato della procedura di concordato preventivo dopo le riforme ha rilevato come fosse pressoché difficile confrontare i tassi di sopravvivenza medi delle imprese in concordato prima della riforma del 2005 e dopo di questa, visto le condizioni economiche avverse maturate negli anni 2007 e 2008.

innovazione ed ammodernamento della disciplina al fine di *“consentire alle imprese fundamentalmente sane di sopravvivere”*⁴⁴.

La disciplina fallimentare appariva inoltre estremamente inadeguata a far fronte a quella che sarà definita come la progressiva *“desertificazione del tessuto produttivo”*⁴⁵, causata da una crisi profonda che aveva letteralmente preso a picconate il sistema economico del nostro paese, facendo tabula rasa delle centinaia di migliaia di realtà imprenditoriali piccole e medie che ne erano alla base.

Era dunque certamente ben noto al legislatore del 2012 che una modifica della legge fallimentare si rendeva obbligatoria al fine di innovare gli istituti concorsuali per renderli perlomeno adatti ad assorbire l’onda d’urto della recessione, senza lasciare il paese a guardare attonito ed impotente la morte di centinaia di imprese.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo ed Comitato Economico-Sociale del 3.3.2012 (COM/2012/0573). Le istanze di rinnovamento della disciplina concorsuale sono lampanti anche nella comunicazione del 12.12.2012 (COM/2012/0742), successiva all’introduzione dell’art. 186-bis L.F., dove si osserva che *“La risposta europea dovrebbe consistere nel creare un sistema efficiente di ristrutturazione e riorganizzazione delle imprese che permetta loro di sopravvivere alle crisi finanziarie, di operare in modo più efficace e, se necessario, di ripartire da zero. Questo vale non solo per le grandi imprese multinazionali, ma anche per i 20 milioni di piccole imprese che costituiscono il pilastro dell’economia europea: trattare efficacemente i casi d’insolvenza è un tema cruciale per l’economia europea e la crescita sostenibile. (...) La volontà di dare agli imprenditori una seconda opportunità per rilanciare attività imprenditoriali redditizie e conservare l’occupazione rappresenta una delle caratteristiche fondamentali del nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all’insolvenza.*

Questa impostazione mira ad imprimere una forte spinta all’imprenditoria europea nel mercato interno e già ispira la proposta di aggiornare il regolamento UE sulle procedure d’insolvenza in ambito transfrontaliero, adottata in contemporanea alla presente comunicazione, oltre a trovare ulteriore riscontro nel futuro piano d’azione per l’imprenditoria europea”.

⁴⁵ Si fa riferimento ad un’efficace espressione adottata in una sentenza del Tribunale di Ravenna dove si sostiene che *“La ratio della norma è evidentemente quella di favorire, per quanto possibile, soluzioni concordatarie non esclusivamente liquidatorie e che non abbiano quale risultato unico quello della progressiva “desertificazione” del tessuto produttivo, imprenditoriale ed occupazionale del paese”* (Trib. Ravenna, sent. 19.8.2014, in ilcaso.it).

Peraltro le problematiche sollevate sembrano essere state in parte già proprie di quella schiera di autori⁴⁶ che dalla fine degli anni '70 aveva pressato per una riforma della legge fallimentare nel segno di una rivalutazione del concordato preventivo ed a discapito della liquidazione fallimentare, ritenuta procedura "inconcludente"⁴⁷ nel contesto economico di cui ho appena accennato.

Secondo molti infatti, in un simile drammatico panorama, la soluzione alla crisi d'impresa non poteva di certo consistere nella mera eliminazione di quest'ultima ma nell'introduzione di norme che incentivassero le c.d. soluzioni concordate della crisi, con particolare attenzione a quelle finalizzate alla conservazione dell'avviamento aziendale ed al reinserimento della stessa impresa sul mercato, continuata quest'ultima anche per mano di soggetti diversi dall'imprenditore originario.

In quest'ottica il legislatore preferì intervenire in maniera graduale, inserendo singole disposizioni mirate, tra le quali rientra anche quella attinente al concordato preventivo in continuità⁴⁸, senza mutare necessariamente l'impianto fondamentale della legge fallimentare.

⁴⁶Si veda in tal senso p. 12, nota 21, di quest'opera.

⁴⁷ Sembrano da doversi reiterare le stesse osservazioni svolte subito dopo la riforma del 2005 per cui *"una questione di fondo, alla quale era peraltro estremamente arduo dare una soluzione adeguata, era rappresentata dalla lentezza delle procedure fallimentari e dal loro deludente esito in termini di soddisfacimento dei creditori. Questione dipendente peraltro, ed in buona parte, da vicende estranee alla procedura concorsuale: la lentezza dei giudizi civili promossi da o comunque coinvolgenti il fallimento, ed il ritardo con il quale la disciplina concorsuale trovava e continua a trovare applicazione alle situazioni di crisi"* (JORIO, *Il fallimento ed il concordato fallimentare*, Diritto Commerciale, Cottino-Cagnasso (a cura di), UTET, Milano, 2016).

⁴⁸ Nel segno di un crescente favor verso la continuità si deve registrare anche l'introduzione, da parte del D.L. n. 83/2012, del c.d. concordato "prenotativo" o "in bianco", che di certo è istituito volto a facilitare l'emersione anticipata dello stato di dissesto onde impedire il tragico epilogo della liquidazione fallimentare e la conseguente disgregazione dell'impresa.

Mentre negli anni settanta tali istanze di modifica della Legge Fallimentare non avevano trovato accoglimento alcuno da parte del legislatore, potendo essere facilmente confutate sulla base di una lettura testuale del dato normativo, oggi l'interprete non solo deve confrontarsi con orientamenti tesi a rivisitare i principi fondanti il sistema concorsuale ma anche con un intervento riformatore che non si è contraddistinto per chiarezza e semplicità, dando adito a dubbi e perplessità.

L'imprecisione della norma, per esempio, ha portato molti a chiedersi se l'introduzione dell'art. 186-bis abbia rappresentato una sorta di "fantasma" della vecchia procedura di amministrazione controllata, procedura che affondava le proprie radici nell'intento di salvare le imprese che si ritrovassero in una *"temporanea difficoltà ad adempiere alle proprie obbligazioni"*⁴⁹.

Queste considerazioni paiono peraltro essere implicite nelle argomentazioni di quanti ritengono che la riforma del 2012 abbia voluto porre al centro della disciplina concordataria l'interesse alla conservazione degli assets aziendali, proprio sulla scorta del fatto che il concordato in continuità condividerebbe con l'amministrazione controllata i presupposti applicativi e, soprattutto, i fini conservativi perseguiti.

Del resto anche la procedura in questione è stata oggetto di quel fenomeno distorsivo che prese piede sul finire degli anni '70⁵⁰ e che portò a considerarla come una sorta di via

⁴⁹ In molti ritengono che la nuova disciplina di cui all'art. 186-bis sia affine a quella dell'amministrazione controllata. *Ex multiis* MAZZOLENI-VENEZIANI, *L'efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell'esperienza dei tribunali lombardi*, GIAPPICHELLI, Torino, 2014, p. 160; ALLENA-AMBROSINI-BONFATTI-CASTIGLIO D'ANTONIO-FALCONE-FRASCAROLI SANTI-MEO, *Le altre procedure concorsuali*, Vol. IV, GIAPPICHELLI, Torino, 2014; CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, GIAPPICHELLI, Torino, 2016, p. 5.

⁵⁰ Si fa riferimento alla prassi del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali.

di fuga dalla liquidazione fallimentare, tralasciando incoscientemente qualsiasi accertamento relativo alla fattibilità e convenienza del piano di ristrutturazione⁵¹.

E proprio se si guarda agli interventi progressivi del legislatore, che hanno introdotto l'amministrazione straordinaria e che sono poi culminati nell'abrogazione dell'istituto⁵², si può capire agevolmente come sempre più si sia tentato di limitare un uso deviato dell'amministrazione controllata, fintanto arrivando a sopprimerne la disciplina.

Non pare quindi logico che il legislatore, per mezzo dell'art. 186-bis l.f., abbia voluto reintrodurre una procedura abrogata e, se anche così fosse, non si può credere che l'unico interesse tutelato dall'istituto fosse, *sic et simpliciter*, quello relativo al mantenimento dell'impresa sul mercato.

A sostegno di ciò sembra condivisibile anche l'osservazione con la quale si è messo in dubbio che l'abrogata procedura perseguisse direttamente ed unicamente il fine della salvaguardia delle attività produttive in quanto da numerosi disposizioni appariva chiaro comunque l'intento del legislatore di tutelare i creditori dell'impresa per mezzo della prosecuzione delle attività, prosecuzione che fosse strettamente funzionale all'estinzione delle passività⁵³.

⁵¹ In particolare venne sempre più sminuita la funzione di sorveglianza attribuita agli organi giurisdizionali della procedura. Rettamente si fece notare come *“nello svolgimento dei procedimenti concorsuali non soltanto rimase sovente l'apporto di mezzi, di strutture, di organizzazione, sui quali si sarebbe dovuto contare per il perseguimento delle nuove finalità rappresentate, ma persino i compiti meramente giurisdizionali risultarono talvolta ostacolati e sviliti ed il potere del giudice, così apparentemente vasto, si assottigliò, quasi costretto ad assistere inerte allo svolgimento di fasi concorsuali inutili”* (LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, GIUFFRÈ, Milano, 2011, p. 10).

⁵² L'amministrazione è stata abrogata dal D.lgs. n. 5/2006. Già prima della sua soppressione la giurisprudenza, al fine di evitare un utilizzo distorto dell'istituto, aveva puntualizzato come si potesse accedere alla procedura esclusivamente qualora sussistesse una *“comprovata possibilità di risanamento”* (Cass. Civ. 23.8.1991, n. 9046).

⁵³ Cfr. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale ed i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1/2013, p. 5.

Si deve considerare inoltre come nemmeno possa farsi riferimento alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, introdotta con d.l. n. 26/1979 e ripetutamente modificata⁵⁴, allo scopo di reinterpretare le finalità della nuova fattispecie concordataria⁵⁵: in quel caso infatti il legislatore intervenne con l'unico scopo di "salvare" dal fallimento esclusivamente le grandi imprese (soprattutto del settore automobilistico) i cui lavoratori erano in fermento per via del pericolo rappresentato dalla liquidazione delle attività, non apprestando alcuna misura di tutela nei confronti delle piccole e medie imprese⁵⁶.

Questa pertanto pare essere l'impostazione e la soluzione alle problematiche interpretative prospettate più convincente, dovendosi negare qualsiasi reintroduzione sotto mentite spoglie dell'amministrazione controllata o un'estensione applicativa dell'amministrazione straordinaria, stante il diverso e specifico fine dell'intervento riformatore e le diversità strutturali che caratterizzavano e caratterizzano tutt'ora il concordato preventivo rispetto a suddette procedure.

La trattazione di queste ipotesi, avanzate da certa parte della dottrina, appare fondamentale se si considera lo scopo di ricostruire la ratio che sta alla base dell'articolo in questione.

⁵⁴ La procedura è stata introdotta dal D.L. n. 26/1979 con l'obiettivo di consentire la conservazione del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali di medio-grandi dimensioni. Successivamente la disciplina è stata modificata dal D.lgs. n. 270/1999, D.L. 347/2003 e D.L. 119/2004.

⁵⁵ Cfr. DE MATTEIS-GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, MAGGIOLI, Rimini, 2013, p. 351.

⁵⁶ L'intervento del legislatore mirò a salvaguardare i complessi produttivi di importanti dimensioni così che rimase una "distinzione tra la disciplina delle grandi imprese in crisi, volta appunto al risanamento, e quella delle imprese medio piccole, cuore pulsante del sistema economico italiano, ancora disciplinate da una legge che poneva il fallimento al centro della normativa" (MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, GIAPPICHELLI, Torino, 2014, p.37).

Non si è dunque scelto insensatamente di iniziare il discorso affrontando i diversi punti di vista concernenti i rapporti tra concordato, amministrazione controllata e straordinaria e ciò proprio per via del fatto che una presa di posizione rispetto a tali confliggenti ricostruzioni pare essere premessa essenziale al fine di far luce su quelli che, a parere di chi scrive, sono gli interessi giuridici sottesi dalla norma in esame.

Non si vuole in tal sede escludere che nella mente del legislatore fossero presenti spunti per la costruzione della disposizione che già erano rinvenibili nelle discipline citate, ma con ciò non si può nemmeno cadere nell'errore di credere che si sia voluto riproporre sotto falso nome una procedura abrogata in tempi recenti.

Si deve prendere atto, dunque, di come vi siano senz'altro delle caratteristiche del concordato in continuità che richiamino dei tratti fondamentali dell'amministrazione controllata; ma un'osservazione comparatistica tra tali istituti non può giustificare in alcun modo la pretesa di affermare con certezza che si tratti della stessa disciplina e che con questa si sia voluto dare accesso nel sistema del diritto concorsuale ad una procedura che miri unicamente alla conservazione dell'azienda in attività.

Se si crede che l'amministrazione controllata fosse retta da un simile fine non è giuridicamente pensabile, leggendo la stessa disposizione, che con l'art. 186-bis L.F. si sia voluto introdurre una disciplina che tutelasse un simile assetto di interessi.

Piuttosto, qualora si sia convinti del fatto che, anche nel caso della procedura di cui sopra, fosse comunque obiettivo principale quello della soddisfazione dei creditori⁵⁷, e la prosecuzione dell'impresa fosse un mezzo e non uno scopo, allora si può rettamente

⁵⁷ TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale ed i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1/2013, p. 5.

e coerentemente sostenere che il nuovo concordato in continuità abbia importanti affinità con la vetusta procedura di amministrazione controllata.

Come detto, queste precisazioni non solo sono utili ma sembrano essere addirittura necessarie al fine di smentire quelle ricostruzioni dei profili funzionali dell'art. 186-bis che non trovano conforto alcuno nella lettera della legge.

Le teorie fondate sull'iperbolica sopravvalutazione della continuità aziendale sembrano incorrere in un errore che attiene non tanto alla corretta individuazione della fattispecie normativa, quanto, piuttosto, alla corretta applicazione dei canoni di interpretazione che dovrebbero guidare ogni operatore del diritto nella lettura e comprensione, anche critica, della legge.

E' questo un ragionamento che potrebbe apparire sterile in un ambito come quello del diritto concorsuale, che si contraddistingue per l'esigenza di concretezza e praticità; un passaggio dovuto, a mio parere, per percepire in maniera retta lo spirito della riforma e delimitare quale sia la *ratio* della legge, anche perché non si possono non ricordare le conseguenze negative che ebbero sull'intero sistema concorsuale interpretazioni devianti rispetto al dato normativo⁵⁸.

In tale contesto sarebbe infatti preferibile tenere distinti i due concetti di *ratio* (oggettiva) della norma e *intentio* del legislatore.

Non si intende in tal modo entrare nel merito di un contrasto tra teoria soggettiva ed oggettiva dell'interpretazione giuridica ma, semplicemente, chiarire il ruolo che dovrebbe avere in questo senso la semplice intenzione del legislatore.

⁵⁸ Ci si riferisce, ancora una volta, al fenomeno dell'uso alternativo delle procedure concorsuali.

E' stato infatti più volte sottolineato dalla stessa Suprema Corte⁵⁹ che la *mens legislatoris* assume rilevanza, al fine di individuare la portata normativa del precetto, fintanto che vi siano evidenti ambiguità o equivocità nella formulazione letterale della legge.

Ciò considerato pare che gli autori che sostengano questa interpretazione "fantasiosa" dell'art. 186-bis L.F. diano rilevanza agli scopi perseguiti dal legislatore aprioristicamente, prima di un'analisi approfondita sul significato letterale della disposizione.

Il disposto dell'articolo in questione non ingenera nel lettore infatti alcun tipo di dubbio per quanto attiene la *ratio* sottesa: è il principio della *par condicio creditorum* che regge l'intera struttura della legge fallimentare così come è alla base della disciplina del concordato in continuità aziendale.

Si può dedurre ciò, per fare solo un esempio, dalla formulazione del requisito per cui si richiede l'attestazione del professionista circa la fattibilità economica del piano e la funzionalità della continuazione aziendale rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori.

Se l'unico scopo della procedura fosse quello di mantenere in vita l'impresa di certo queste precisazioni sarebbero carenti di qualsiasi senso logico all'interno dell'articolo.

⁵⁹ Si fa riferimento ad una serie di pronunce con le quali si è statuito che "La ricerca della *ratio legis* costituisce solo un criterio sussidiario d'interpretazione in presenza di norme di dubbio contenuto, ma non può valere a disattendere la portata della norma, qualora questa, sia pure contro le intenzioni del legislatore, abbia un inequivocabile significato" (Cass. Sent. 4.4.1983, n. 2454; Cass. Sent. 27.10.1983, n. 6363). Ancora sul punto si è rilevato che "Quando la lettera della norma sia ambigua e sia altresì infruttuoso il ricorso al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, attraverso l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, l'elemento letterale e l'intenzione del legislatore rivelatisi insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano nel procedimento interpretativo della legge un ruolo paritetico sicchè (...) l'intenzione del legislatore funge da criterio comprimario di ermeneutica, atto ad ovviare all'equivocità della formulazione del testo da interpretare" (Cass. Sent. 18.4.1983, n. 2663; Cass. Sent. 5.10.1998, n. 9876).

In ogni caso, anche qualora si riconoscesse insita nella disposizione una buona dose di “oscurità”, erroneo a parere di chi scrive sarebbe il ricorso a principi ispiratori della riforma che non sono stati adeguatamente indentificati.

Non si rinviene in nessun atto preparatorio e nemmeno nella relazione al decreto alcuna precisazione che faccia pensare che l’intento perseguito sia quello corrispondente al salvataggio delle imprese in crisi⁶⁰.

Se proprio dunque si dovesse interpretare l’art. 186-bis servendosi sussidiariamente delle indagini circa la volontà del legislatore, variamente manifestata, pare comunque priva di fondamento qualsiasi soluzione ermeneutica che indirizzi tale volontà verso il perseguimento di interessi estranei e confliggenti con le ragioni del ceto creditorio.

Vi è una sorta di confusione concettuale tra ciò che è stato il contesto nella quale è stato emanato il D.L. 83/2012 e ciò che era lo scopo delle disposizioni in questa contenute.

E’ noto a tutti come le modifiche alla legge fallimentare si inserissero in una serie di tentativi del governo di rimediare alla crisi generalizzata del settore produttivo e ciò sembra tanto evidente sia se si considera che si faceva largo ricorso alla decretazione d’urgenza, sia se si legge lo stesso titolo del decreto che punta ad introdurre misure per la crescita del paese.

Detto ciò l’indagine deve esaurirsi nella constatazione dei motivi fattuali che hanno portato ad adottare i provvedimenti in esame per lasciar spazio ad un’analisi

⁶⁰ Nella relazione accompagnatoria si utilizza il verbo “favorire” e questo non sembra assolutamente bastare per sostenere simili argomentazioni che pongono la continuità come nuova finalità perseguita e tutelata dallo strumento concordatario. Senz’altro la continuità aziendale è favorita dalla riforma in questione ma sempre nei limiti in cui sia funzionale a garantire una miglior soddisfazione dei creditori dell’imprenditore.

prettamente giuridica che non può e non deve prescindere dal dato normativo e soprattutto confondersi con elementi che diritto di certo non sono.

Ciò che anima e deve animare la legge fallimentare è dunque il principio, ormai generale e di ampio respiro, di cui all'art. 2741 c.c. e per cui *“Tutti i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore, salvo le cause di prelazione”*.

La continuità aziendale è senz'altro guardata con favore (favorita ma non prescelta) per gli effetti che potrebbe avere sul sistema economico ma non si può perdere di vista che tutto ciò è orientato alla massima soddisfazione dei creditori e giustificato fintanto che il grado di tutela sia maggiore rispetto alla liquidazione concordataria.

CAPITOLO SECONDO

I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELL'ART. 186-BIS L.F.

Considerazioni preliminari.

La relazione introduttiva al d.l. n. 83/2012, che ha introdotto l'art. 186-bis, sottolinea come il principio ispiratore della riforma sia quello di favorire l'emersione anticipata della crisi, non mancando di rilevare come *“la mancanza di una disciplina specifica che faciliti il concordato con continuità aziendale”* costituisca uno dei *“principali disincentivi al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo”*.

Le norme che concernono il concordato in continuità sembrano dopotutto porsi sullo stesso piano delle norme che disciplinano il concordato in *“bianco”* o c.d. *“prenotativo”*⁶¹: da una lettura in combinato disposto degli art. 160 co. 6 e 186-bis l.f. risulta evidente la finalità di anticipare la denuncia della crisi da parte dell'imprenditore anche e proprio al fine di tentare la via del risanamento, preservando così la continuità aziendale⁶².

Alla luce di tali disposizioni l'imprenditore, dopo la riforma del 2012, avrebbe dovuto essere spinto ad accedere alle procedure concorsuali in un periodo che precedesse il vero e proprio tracollo aziendale, beneficiando così di un'importante mole di *“privilegi”* volti a garantire e salvaguardare la prosecuzione dell'attività aziendale quando quest'ultima fosse funzionale al miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

⁶¹Con l'introduzione del concordato con riserva (c.d. *“in bianco”* o *“prenotativo”*) si è data all'imprenditore la facoltà di depositare un ricorso contenente la mera domanda di concordato preventivo, senza la necessità di produrre contestualmente la stessa proposta, il piano e l'ulteriore documentazione richiesta dal secondo e terzo comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare. In tal modo si consente al debitore di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio connessi ad deposito della domanda di concordato e si impedisce che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza.

⁶² STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *Il fallimento*, 10/2013.

Tra queste norme di favore vi sono senz'altro quelle che prevedono la moratoria dei creditori prelatizi, la non applicazione del limite minimo di soddisfacimento dei creditori chirografari ai fini dell'ammissione alla procedura, la continuità contrattuale, la possibilità di partecipare a gare pubbliche di affidamento.

Si tratta dunque di un'importante serie di deroghe rispetto al regime ordinario del concordato preventivo, deroghe che talvolta possono incidere in maniera considerevole sul principio della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 c.c.

Proprio in virtù del fatto che la disciplina del concordato preventivo in continuità aziendale pone delle problematiche di compatibilità con la salvaguardia degli interessi dei creditori pare utile nuovamente affermare come l'unico fine sotteso dalla norma sia quello della miglior tutela dei creditori e che le disposizioni di favore alle quali si è accennato non possano trovare applicazione *tout court* ogniqualvolta il piano preveda la prosecuzione aziendale.

Nell'ottica di una delimitazione circa l'operatività dell'art. 186-bis non possono accogliersi le tesi, già ampiamente esposte, di quanti ritengono che l'unico interesse tutelato sia quello della continuità aziendale, sia perché tale assunto è incongruo rispetto ai principi che fondano il diritto concorsuale, sia perché seguendo tali interpretazioni si dovrebbe ammettere alla procedura qualsiasi imprenditore che nel proprio piano preveda la prosecuzione diretta, la cessione o il conferimento dell'azienda, prescindendo da qualsiasi valutazione in ordine alla fattibilità ed alla convenienza di tale scelta.

E' proprio sui presupposti applicativi dell'istituto che incide dunque il contrasto dottrinale sulla natura degli interessi tutelati dalla norma.

Se si crede tuttavia che la riforma del 2012 non abbia fatto altro che prevedere ulteriori strumenti per la composizione della crisi e che, dunque, la continuità aziendale sia un

mezzo più che un fine, allora è logico ritenere che in sede di giudizio di ammissione alla procedura debba essere vagliata la sussistenza di due requisiti fondamentali quali la previsione della prosecuzione delle attività nel piano concordatario (*i*) e la fattibilità del piano (*ii*).

1. Il primo comma dell'art. 186-bis: una prospettiva aziendalistica

Il primo dei presupposti di applicazione dell'art. 186-bis è quello della previsione, nel piano concordatario, della prosecuzione dell'impresa.

Non sembra destare molte perplessità la sussistenza di un simile limite dato che è la stessa disposizione a prevedere che:

“Quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”.

Il punto di partenza fondamentale è quindi costituito dall'elemento caratterizzante il piano concordatario, elemento che consiste nel mantenimento in vita dell'impresa in pendenza della procedura (e nella sua fase esecutiva) e che è presupposto necessario affinché possa operare l'art. 186-bis L.F.

Risulta essere in tal senso necessaria un'analisi circa il contenuto dato dal legislatore alla nozione di continuità, che deve essere oggetto del piano, dovendosi verificare preliminarmente se sia stato ripreso *in toto* un concetto già elaborato in altri settori della vita economica o se sia stata creata *ex novo* una fattispecie peculiare del diritto concorsuale.

A ben vedere, infatti, alla continuità aziendale fa cenno l'art. 2423-bis del Codice Civile che, in materia di principi redazionali del bilancio, dispone come *“la valutazione delle voci*

debba essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato"⁶³. La scienza aziendalistica ha approfondito e continua tutt'oggi a discutere sul concetto di "prospettiva di continuità"⁶⁴, interrogandosi specialmente su quali siano gli indicatori di una sostanziale solidità dell'impresa sul mercato, solidità che non lasci spazio alcuno a prospettive liquidatorie o concorsuali che siano alternative alla continuazione dell'attività aziendale.

Alcuni di tali indici di continuità consistono, per esempio, nella capacità dell'impresa di soddisfare le aspettative dei soci, dei conferenti di capitale, dei prestatori di lavoro (i), nel mantenere un grado soddisfacente di economicità (ii), nel garantire l'equilibrio monetario della gestione (iii).

Per contro l'assenza di una simile prospettiva, che comporta un'importante variazione dei criteri di valutazione dei beni aziendali⁶⁵, è accertata facendo riferimento ad

⁶³ Il principio di continuità come criterio di redazione del bilancio e di valutazione dell'azienda è considerato anche nell'ambito dei Principi Contabili Nazionali OIC 11 - doc. 11 e nei Principi Contabili Internazionali IAS 1 ai n. 23-24, oltre ad essere stato oggetto di uno specifico documento di Banca d'Italia/Consob/Isvap del 2.2.2009 concernente "Le informazioni da fornire nelle relazioni finanziarie ovvero nei bilanci di esercizio e nelle semestrali, sulla continuità aziendale, sui rischi finanziari, sulle verifiche per riduzione di valore delle attività e sulle incertezze nell'utilizzo di stime".

⁶⁴ Il doc. n. 570 del 2007, elaborato dalla Commissione Paritetica per i Principi di Revisione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale dei Ragionieri, definisce la continuità aziendale come " principio fondamentale nella redazione del bilancio. In base a tale presupposto, l'impresa viene normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro senza che vi sia né l'intenzione né la necessità di metterla in liquidazione, di cessare l'attività o di assoggettarla a procedure concorsuali come previsto dalla legge o dai regolamenti"

⁶⁵ "L'art. 2423-bis, primo comma, n. 1), c.c., dispone che la valutazione delle voci di bilancio d'esercizio, in presenza di prospettive di continuità aziendale, deve assumere come parametro di riferimento il "valore d'uso" dei beni in rapporto all'attività svolta. In tal senso, l'accertamento del venir meno delle prospettive di continuazione dell'attività impone la deroga al principio di continuità dei valori di cui all'art. 2423-bis, primo comma, n. 6), c.c. ed il passaggio a criteri di liquidazione, ai sensi dell'art. 2490, secondo comma, c.c., a prescindere dalla formale messa in liquidazione della società, in forza dell'OIC 5, n. 7, in quanto le scelte valutative sono "il riflesso delle effettive prospettive gestionali, non di situazioni giuridico-

indicatori finanziari (deficit patrimoniale, cessazione del sostegno dei finanziatori, cash flow negativi, consistenti perdite operative, incapacità di saldare i debiti alla scadenza) e gestionali (perdita di amministratori chiave senza possibilità di sostituzione, perdita di mercati fondamentali, difficoltà di approvvigionamento) da valutarsi non singolarmente ma in relazione all'andamento della gestione aziendale nel suo complesso.

Sulla base di ciò sembra potersi dedurre come la mancanza della capacità di prosecuzione aziendale ricorra in caso di squilibrio tendenzialmente irreversibile e che il concetto di continuità aziendale stia dunque ad indicare una situazione di costante equilibrio aziendale sotto il profilo economico, patrimoniale e finanziario che non lasci dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare in un prevedibile futuro⁶⁶.

formali" (CINCOTTI-NIEDDUARRICA, *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013, 1238/I seg.)

⁶⁶ Si veda in tal senso il Quaderno n. 47 del 2015 elaborato dalla Commissione Principi Contabili dell'ODCEC Milano sul *"Rischio di continuità aziendale nel bilancio IAS ed in quello OIC"* e il documento del 15.10.2015 della Fondazione Nazionale dei Commercialisti sulla *"Continuità Aziendale nella Crisi d'Impresa"*.

2. La continuità aziendale nella legge fallimentare: continuità oggettiva o soggettiva?

Nonostante il concetto sia stato dunque ampiamente approfondito dalla scienza aziendalistica, non si può che prender atto della sostanziale autonomia e non etero-integrabilità della disposizione di cui all'art. 186-bis l.f.

Il legislatore non ha fatto propria alcuna definizione già coniata, come si è visto, in ambito extra-giuridico, premurandosi invece di circoscrivere espressamente quali che fossero le operazioni aziendali tali che potessero comportare l'applicazione della disciplina sul concordato in continuità.

La prosecuzione diretta, la cessione d'azienda, il conferimento d'azienda sono qualificati come indici di continuità senza che dunque si possa far riferimento a fattispecie diverse che esulino completamente dall'elenco normativo; elenco che sicuramente ha il pregio di delimitare il campo di operatività della disposizione non mancando, tuttavia, di creare dubbi sulla riconducibilità di alcune operazioni d'impresa non menzionate ad una delle tre categorie indicate (è il caso dell'affitto d'azienda).

Deve notarsi che non a caso si è voluto chiarire come si tratti di semplici "indici" di continuità aziendale poiché quest'ultima deve essere concepita non come "requisito" e nemmeno come "fine", bensì come risultato raggiunto per il mezzo di particolari strumenti messi a disposizione dall'ordinamento⁶⁷.

⁶⁷ RORDORF, La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi, in Società, n. 8-9/2014.

In tale contesto quindi gli strumenti giuridici sui quali può contare l'imprenditore in crisi (la prosecuzione, il conferimento e la cessione) sono mezzi intrinsecamente idonei a garantire la ristrutturazione del debito mantenendo l'azienda sul mercato.

Preso atto dunque che un piano concordatario caratterizzato da una delle appena citate operazioni è, se supportato da ulteriori requisiti, meritevole dell'applicazione dell'art. 186-bis l.f., ci si deve obbligatoriamente interrogare su quale sia la declinazione data al concetto di continuità aziendale dal legislatore.

La prosecuzione aziendale è sicuramente lo spartiacque tra concordato liquidatorio ed in continuità; ma in tal senso ci si chiede se quest'ultimo regime differenziato del concordato preventivo trovi applicazione quando il risultato che ci si impone di raggiungere sia quello di una oggettiva o soggettiva continuazione dell'attività d'impresa.

Questo quesito non fa che riportare a galla vetuste criticità proprie della legge fallimentare a cominciare dal ruolo che avrebbe la valutazione sul soggetto decotto nella procedura di ammissione al concordato preventivo.

Da molto tempo ormai si è eliminato il requisito della "meritevolezza" dell'imprenditore; ma, allo stesso tempo, fino alla riforma del 2012 il sistema era ancora fortemente ancorato ad un approccio soggettivo che vedeva nella prosecuzione diretta da parte dell'imprenditore in crisi l'unica forma di continuità effettivamente ammissibile e realizzabile⁶⁸ oltre a quella unicamente realizzata negli sporadici casi di

⁶⁸ Osserva in tal senso il Tribunale di Roma (decr. 24.3.2015) che prima della riforma del 2012 "al concordato in continuità dovevano ascrivere solo quei concordati che assicurassero una diretta continuità giuridica ed al contempo una continuità in senso economico aziendale di sopravvivenza dell'azienda e di ripristino del going concern".

ristrutturazione concordataria del debito che hanno preceduto l'introduzione dell'art. 186-bis l.f.⁶⁹

Nell'ottica di una tutela rafforzata e congiunta dei primari interessi del ceto creditorio e dei subordinati interessi macroeconomici alla sopravvivenza delle unità produttive il legislatore della riforma sembra tuttavia aver cambiato nettamente rotta, prendendo atto della potenzialità di strumenti che venivano tradizionalmente qualificati come liquidatori.

Se ben si osserva lo stesso lessico utilizzato nelle disposizioni che concernono il concordato in continuità aziendale ci si accorge infatti come venga fatto largo uso del termine "azienda" in luogo del sostantivo "impresa"⁷⁰. Vi si potrebbe vedere una mera intercambiabilità tra termini determinata dalla confusione dei redattori del testo; ma questa non pare essere soluzione convincente, specie se correlata con la scelta di contemplare anche la cessione ed il conferimento d'azienda nell'elenco degli strumenti compatibili con la continuità aziendale.

Non a caso alcuni autori percepiscono il cambiamento di registro lessicale come segno inconfondibile di un mutato approccio al problema, in virtù del quale si sarebbe transitati da un sistema imperniato sul binomio impresa-imprenditore ad una disciplina che gravita intorno al concetto di azienda⁷¹.

⁶⁹ Per avere piena cognizione dei casi in cui si è utilizzato lo strumento concordatario al fine di ristrutturare l'azienda si rimanda a BONELLI, *Crisi d'impresa: casi e materiali*, Milano, 2011.

⁷⁰ Si tratta di concetti ben distinti poiché l'"azienda" attiene al profilo oggettivo dell'attività imprenditoriale ed è un valore a se stante, derivante dall'universalità dei beni produttivi. L'azienda, come ben osservato, è un segmento del mondo esterno oggettivamente e nettamente percepibile come distinto dalla persona dell'imprenditore (SPADA, *Lezioni sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985).

⁷¹ Cfr. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, n. 2/2015. In particolare si osserva come "il legislatore del decreto sviluppo ricorre al termine impresa laddove individua ipotesi di prosecuzione diretta

La de-soggettivizzazione del fenomeno imprenditoriale è dunque chiave di lettura fondamentale al fine di comprendere il significato della riforma apportata con il Decreto Sviluppo: solo nell'evidente rivalutazione del valore insito nell'azienda si giustifica la nuova disciplina dell'art. 186-bis, applicabile ai casi in cui il piano concordatario preveda la cessione o il conferimento del compendio aziendale⁷².

Nonostante già da una prima lettura della disposizione apparisse lampante l'opzione del legislatore per una concezione di tipo "oggettivo" della continuità pare essere comunque proficua una ricostruzione delle premesse logico-giuridiche di tale scelta, stante che il criterio di distinzione tra concordato in continuità e concordato liquidatorio risulta essere stato, nei primi anni seguenti la riforma, tutt'altro che scontato.

E' proprio in riferimento alle complesse questioni che attengono all'affitto d'azienda infatti che sono sorti dubbi in dottrina e giurisprudenza su quale sia stato l'orientamento effettivamente recepito nella Legge Fallimentare al fine di distinguere le due tipologie di concordato e su quale fosse dunque la nozione di continuità adottata.

La giurisprudenza maggioritaria sembra confermare, nel risolvere tali interrogativi, che la disciplina di cui all'art. 186-bis trovi applicazione qualora il piano concordatario sia diretto a garantire la continuazione oggettiva dell'azienda, a prescindere dalla continuità soggettiva nella figura dell'imprenditore⁷³.

dell'attività imprenditoriale e quindi nel caso in cui è possibile parlare di una continuità anche nella soggettività dell'imprenditore. Il vocabolo "azienda" trova invece ricorrenza in concomitanza dell'intervento di un soggetto terzo in luogo dell'imprenditore nella prosecuzione dell'attività".

⁷² Più complessa pare essere invece la questione qualora il piano concordatario preveda l'affitto d'azienda preordinato alla successiva cessione stante che vi è un dibattito tutt'altro che chiuso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Sul punto si rimanda al cap. di questo volume.

⁷³ *"Sia il concordato con continuità indiretta sia il concordato con continuità indiretta sono ascrivibili alla categoria del concordato in continuità aziendale. Il modello, oltre che giuridicamente, dal punto di vista logico, è compatibile con la natura del concordato in continuità che ipotizza proprio una continuazione*

In particolare il Tribunale di Roma rileva chiaramente come *“Il tenore letterale dell’articolo 186, comma 1, l.f. non appare, di per sé, risolutivo: se la prima ipotesi di concordato in continuità (“..prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore”) sembra porre l’accento sulla necessità di una conduzione diretta dell’azienda da parte del debitore, le altre due ipotesi, nella parte in cui richiamano la nozione di “azienda in esercizio” senza ulteriori specificazioni potrebbero, invece, far ipotizzare la sufficienza dell’elemento oggettivo della presenza di una azienda in esercizio, a prescindere dal soggetto (il debitore o l’affittuario) che in concreto la eserciti”*⁷⁴.

E’ di fondamentale importanza, quindi, comprendere quali debbano essere le caratteristiche del piano concordatario⁷⁵, specie se si considera che l’elenco di cui all’art. 186-bis non pare essere affatto chiuso⁷⁶ e che vi possa essere applicazione della disciplina del concordato in continuità anche laddove siano previsti strumenti ed operazioni non

fisiologica della vita dell’azienda, sia essa in capo all’imprenditore, sia essa in capo a terzi affittuari acquirenti. Ne consegue che le operazioni straordinarie, seppure volte ad un mutamento della originaria compagine aziendale, non possono dirsi prive del requisito della continuità sotto forma di risanamento traslativo indiretto, che pure merita di essere inserito nel requisito della continuità aziendale” (Trib. Roma 24.3.2015 e cfr. Trib. Bolzano decr. 10.3.2015; Trib. Ravenna decr. 28.4.2015; Trib. Alessandria decr. 18.1.2016).

Contrariamente alcuni tribunali hanno ritenuto di aderire ad *“un secondo orientamento, autorevolmente sostenuto in dottrina e avallato anche dalla prima giurisprudenza di merito formata con la primigenia introduzione dell’art. 186 bis l.f. con la riforma del 2012 ponendo l’accento su una concezione soggettiva della prosecuzione dell’attività aziendale, cui non è indifferente la figura dell’imprenditore”* (Trib. Como decr. 29.4.2016 e cfr. Trib. Pordenone 4.8.2015; Trib. Arezzo 27.2.2015; Trib. Busto Arsizio 1.10.2014; Trib. Patti 12.11.2013; Trib. Trento 6.4.2013; Trib. Terni 29.1.2013 e 12.2.2013; Trib. Ravenna 29.10.2013).

⁷⁴ Trib. Roma, *Linee guida in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, doc. 8321 del 9.5.2016.

⁷⁵ *“La continuità aziendale rileva dunque sempre a livello di piano: l’azienda è lo strumento, diretto o indiretto, della provvista necessaria per adempiere alla proposta; essa può altresì rilevare anche a livello di proposta, nei limitati casi in cui ai creditori sia promessa una soddisfazione dipendente dal futuro andamento dell’impresa”* (STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, n. 10/2013).

⁷⁶ STANGHELLINI, op. cit.

contemplati dalla norma ma comunque idonei a garantire il mantenimento in vita del complesso aziendale⁷⁷.

Con ciò non si può nemmeno sposare incondizionatamente la tesi per cui l'applicazione dell'art. 186-bis l.f. si fondi sulla mera continuazione aziendale, senza considerare la sussistenza di un benché minimo rischio imprenditoriale.

E' senz'altro vero che la continuità di cui parla la norma è di tipo oggettivo ma la continuità stessa, di per sé, non è l'unico elemento costitutivo della fattispecie.

Si preferisce tuttavia trattare del rischio imprenditoriale, inteso come presupposto di applicazione della norma, in sede di disamina dei contenuti che possono contraddistinguere il piano concordatario dato che la rilevanza attribuita ad un simile elemento può condizionare sensibilmente la ricostruzione degli strumenti esecutivi di un concordato in continuità.

⁷⁷ "L'elencazione dell'art. 186-bis non ha tuttavia valore tassativo: vi rientra, ad esempio, anche il concordato con esercizio dell'impresa in cui questa sia destinata a essere attribuita a una diversa società mediante scissione. La scissione costituisce infatti modalità di conservazione della continuità aziendale, e rientra nel disposto dell'art. 186 bis, sia come operazione *latu sensu* di trasferimento dell'azienda in esercizio, sia quale processo di riorganizzazione dell'attività da parte del debitore" (STANGHELLINI, op. cit.).

3. Il concordato misto: *quid iuris?*

Se da un lato, dunque, appare chiaro che la disciplina del concordato in continuità debba essere applicata qualora il piano concordatario preveda una delle suddette operazioni straordinarie, dall'altro però non si può affatto ritenere che la norma di cui all'art. 186-bis l.f. entri in gioco "automaticamente".

Dopo tutto, affermando ciò, ci si ritroverebbe a contraddire quell'assunto di partenza in base al quale debba essere verificata la prospettiva del miglior soddisfacimento dei creditori e, ed è ciò che qui interessa, l'idoneità concreta del piano a permettere la sopravvivenza dell'azienda⁷⁸.

E' senz'altro corretto iniziare l'analisi dei presupposti di applicazione dell'art. 186-bis a partire dal concetto di continuità oggettiva inaugurato dal legislatore della riforma, ma è altresì d'obbligo osservare come, nella gran parte dei casi, tale criterio distintivo tra tipologie di concordato, fondato sulla presenza nel piano di mezzi finalizzati alla continuità, non appaia sufficiente.

In base al principio per cui si qualifica in continuità il piano concordatario che preveda di ristrutturare il debito per mezzo dell'esercizio, diretto o indiretto, delle attività aziendali, si potrebbero differenziare agilmente le fattispecie quando il piano abbia ad oggetto solo mezzi di carattere liquidatorio oppure solo operazioni che il legislatore qualifica come "indici" della continuità aziendale.

Nella prassi concordataria, tuttavia, tali situazioni sono estremamente rare data la complessità delle realtà imprenditoriali che fanno istanza di accesso alla procedura,

⁷⁸ *Contra* STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, n. 10/2013.

complessità che attiene nella maggior parte dei casi alla eterogeneità delle attività svolte e dei beni patrimoniali mobili ed immobili che appartengono all'imprenditore i quali, spesso, non sono nemmeno funzionali all'esercizio dell'impresa.

Proprio in tali fattispecie, che sono di gran lunga le più frequenti, il piano concordatario viene sovente strutturato con l'obiettivo di garantire la continuità aziendale prevedendo, al contempo, che parte della provvista da destinarsi al finanziamento delle attività o alla soddisfazione dei creditori provenga dalla liquidazione di *assets* non "funzionali"⁷⁹.

Questa, più che mera facoltà, risulterebbe essere opzione obbligata per le imprese che puntino al salvataggio e che siano al contempo nella disponibilità di beni non strumentali, specie se questi ultimi sono di pronta liquidazione.

Ciò detto, pare essere chiaro che, a fini identificativi, l'utilizzo del solo criterio imperniato sulla presenza nel piano di mezzi finalizzati alla prosecuzione d'impresa

⁷⁹ Si parla in tali casi di concordato "misto" definito come "figura atipica di concordato preventivo, di creazione giurisprudenziale, che si pone come tertium genus tra il concordato liquidatorio (ex [art. 182 l.fall.](#)) ed il concordato con continuità aziendale (ex [art. 186-bis l.fall.](#)). Si qualifica come misto il concordato che proponga ai creditori un soddisfacimento derivante congiuntamente dalla prosecuzione dell'attività d'azienda e dalla liquidazione dei beni" (CAMPIONE, *Il concordato misto*, in *Il fallimentarista*, 2017).

Sul punto interessante la critica di Lamanna in *il Fallimentarista* laddove si osserva come vi sia stato un utilizzo improprio del termine "concordato misto", ricomprendendo in tale categoria anche i concordati in continuità diretta con liquidazione di beni non funzionali. Secondo l'autore infatti "la figura del concordato "misto" viene riferita non già, come ci si potrebbe aspettare, al concordato con continuità aziendale "impura" o "indiretta", ove è prevista la cessione a terzi dell'azienda in esercizio o il suo conferimento in una o più società, ossia a fattispecie in cui una qual certa mistione potrebbe riconoscersi, poiché si ha in effetti il concorso della interinale prosecuzione aziendale con un esito tipicamente liquidativo; ma viene invece riferita al concordato con continuità aziendale "diretta" o "pura" allorchè sia prevista nel piano anche la liquidazione di beni non strategici, ovvero non funzionali.

Qui si annida un vero e proprio errore concettuale. Infatti questo tipo di concordato è, e resta, un concordato con continuità aziendale pura, modellato sulla vecchia tipologia del concordato per garanzia, o promissorio, oggi confluito nella più generale tipologia del concordato ristrutturatorio".

(cessione, conferimento, affitto) porterebbe a risultati incompatibili con tutta la *ratio* della riforma: aderendo infatti ad una tesi più restrittiva che ravvisi la continuità solo laddove siano assenti operazioni liquidatorie si finirebbe per escludere *tout court* il concordato “misto” dal campo di applicazione dell’art. 186-bis mentre, condividendo una tesi per cui sia sufficiente, per qualificare il concordato come “in continuità”, la previsione di una delle operazioni straordinarie citate, si rischierebbe di ammettere alla procedura anche piani che in continuità certo non sono.

Si poneva come necessaria dunque una precisazione legislativa che chiarisse a che condizioni il concordato “misto” potesse godere delle agevolazioni accordate in virtù dell’applicazione dell’art. 186-bis.

Il legislatore tuttavia è intervenuto in maniera piuttosto vaga ed imprecisa, limitandosi a disporre che *“Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all’esercizio dell’impresa”* (co.1).

La formula impiegata ha sicuramente il pregio di dissolvere qualsiasi dubbio in ordine alla possibilità di qualificare come “in continuità” concordati basati anche sulla liquidazione di *assets* non funzionali, ma non detta alcuna disciplina particolare in ordine alla fattispecie concordataria mista⁸⁰.

Le maggiori problematiche registrate in queste circostanze sono infatti quelle che concernono la stessa domanda dalla quale si è partiti, ossia quale sia il limite invalicabile oltre il quale, di fatto, la previsione di operazioni liquidatorie snaturerebbe la funzione

⁸⁰ Sul punto corretta l’affermazione di LAMANNA, *op. cit.*, che osserva come *“la norma, invece, ha solo voluto chiarire (ma ad abundantiam) un dato che, forse, nell’applicazione pratica dell’istituto avrebbe potuto reputarsi dubbio, ossia che la continuità diretta o pura non è una camicia di nesso che costringa solo a proseguire l’attività aziendale senza mai vendere alcun bene, nemmeno quelli che non servono affatto a tale prosecuzione, ma che essa è del tutto compatibile con tale possibilità liquidativa”*.

stessa della tipologia concordataria, comportando l'ammissione formale di concordati in continuità che sono sostanzialmente liquidatori.

Nel silenzio della legge, tali criticità sono state affrontate ampiamente dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza, che si sono assestate su posizioni piuttosto differenti e talvolta antitetiche.

Un primo orientamento, maggioritario, facendo proprie elaborazioni giurisprudenziali formatesi intorno all'istituto civilistico del contratto misto, ritiene che in caso di concordati con cessione di beni debba essere applicato il criterio della prevalenza, intesa quest'ultima come *"criterio ermeneutico che, nel caso di contratto misto, conduce all'applicazione della disciplina dello schema negoziale tipico al quale siano riconducibili gli elementi prevalenti, senza peraltro escludere ogni rilevanza giuridica di quelli ulteriori"*⁸¹.

L'operatore giuridico, dunque, al fine di vagliare l'ammissibilità del concordato è chiamato a verificare se la componente liquidatoria sia preponderante in maniera tale da rendere la prosecuzione delle attività meramente strumentale rispetto ad una futura liquidazione, nel qual caso si renderebbe *in toto* applicabile la disciplina di cui all'art. 182 l.f.⁸².

⁸¹ Si fa riferimento in tal senso alla c.d. teoria dell'assorbimento nel contratto c.d. misto adottata nelle ultime pronunce di legittimità ed in virtù della quale la Suprema Corte ha ritenuto che *"In tema di contratto misto, la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente"* (Cass. Civ., sent. 12.12.2012, n. 22828).

⁸² Cfr. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2013. Condividono tale scelta interpretativa FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *ilFallimento*, 2016; FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato in continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, n. 2/2014;

Una seconda e minoritaria schiera di autori e tribunali⁸³, al contrario, ritiene che al concordato misto debba essere applicata la disciplina dell'art. 186-bis per le parti ad essa compatibili ed il regime di cui all'art. 182 in riferimento a tutte le operazioni di tipo liquidatorio (criterio della combinazione).

Tale interpretazione riprende ancora una volta le teorie elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina al fine di individuare la disciplina applicabile al contratto misto, condividendone in particolare l'assunto per cui il piano, al pari del contratto, possa essere diviso in modo tale che ogni singola sua parte sia governata dalla disciplina del contratto tipico di cui condivide la causa⁸⁴.

Particolarmente significativa risulta essere stata in tal senso una pronuncia del Tribunale di Ravenna in cui si è abbracciata la teoria della combinazione sulla scorta della considerazione per cui *“la regola della prevalenza (pure suggestiva dal punto di vista teorico)*

MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici*, in *Il fallimento*, n. 6/2014; GENOVIVA, *Il concordato preventivo misto alla prova della restaurazione*, in *Il fallimento*, n. 4/2017;.

Sul punto si è osservato che *“Le alternative oggi predicate contrappongono la soluzione dell'assorbimento/prevalenza a quella della combinazione. Nel primo caso, una volta accertato che la prosecuzione dell'attività non sia meramente funzionale alla realizzazione dell'attivo concordatario e la liquidazione sia limitata a beni da ritenersi non strategici, consegue l'applicazione in toto della disciplina della continuità. (...) La tesi della prevalenza trova oggi un serio ostacolo a seguito dell'introduzione dell'istituto delle offerte concorrenti e dell'estensione di default del modello liquidatorio fallimentare alla procedura concordataria, operati dal [D.L. n. 83/2015](#). Ciò non esclude che il principio di prevalenza oggi, e a maggior ragione nella prospettiva della Riforma, possa, ed anzi debba fungere da criterio-guida ai fini dell'ammissibilità della domanda. Diversamente ritenendo, si opterebbe per una soluzione di fatto abrogante dell'istituto del concordato preventivo”* (BOZZA, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Il fallimento*, n.10/2016).

⁸³ Si veda, di seguito, Trib. Ravenna, 28.2015; Trib. Roma, 22.4.2015; Trib. Torre Annunziata, 19.7.2016, in *ilcaso.it*.

⁸⁴ Correttamente si rileva come la teoria della combinazione comporti *“la suddivisione del contratto in plurimi frammenti negoziali, ciascuno dei quali governato dalla propria disciplina specifica, sia in alcune ipotesi dalla analogia, con applicazione delle norme regolanti situazioni simili”* (D'ORAZIO, *La vexata quaestio della dilazione di pagamento dei creditori prelazionari*, in *Il fallimento*, n. 4/2014 e cfr. Cass. Civ. sent. 22.6.2005, n. 13399, in *Giust. Civ.*, 2005, 6; Cass. Civ. sent.10.3.1979, n. 1494, in *Il fallimento*, 1979).

rischia di condurre a risultati incerti, sia nelle soluzioni concrete che negli effetti pratici, conoscendo la prassi forme sempre più diversificate di soluzioni concordatarie quali libera esplicazione dell'autonomia privata riconosciuta anche in questo campo dal legislatore”⁸⁵.

I giudici romagnoli ritengono infatti che *“molto più aderente alla realtà dei fenomeni giuridici considerati appare, allora, la teoria della “combinazione”, che prevede l’applicazione delle discipline volta a volta più confacenti con la porzione di piano concordatario che viene in esame, a seconda della causa concreta perseguita dal debitore”.*

Sulla scia del collegio ravvenate anche il Tribunale di Torre Annunziata si è espresso sul punto ricordando come *“al cospetto di una fattispecie atipica, o con causa mista, che prevede il susseguirsi di differenti schemi di concordato, dapprima in continuità e poi liquidatorio, in cui entrambe le tipologie di concordato concorrono, con pari dignità, alla soluzione della crisi aziendale, altrimenti non realizzabile, con necessario abbandono del criterio della prevalenza in favore di quello della combinazione delle discipline e conseguente applicazione delle corrispondenti norme”⁸⁶.*

Occorre tuttavia anche in tal senso fare chiarezza e dissolvere oscurità interpretative foriere di ulteriori complicazioni.

La teoria della c.d. prevalenza sconta dei problemi applicativi innegabili⁸⁷, specie alla luce delle ultime riforme, ma ciò non pare essere presupposto sufficiente per aderire ad un orientamento che, proprio per via delle innovazioni apportate alla Legge Fallimentare nel 2015, sarebbe deleterio dal punto di vista della sua concreta operatività.

⁸⁵ Trib. Ravenna, 28.4.2015, in *ilcaso.it*.

⁸⁶ Trib. Torre Annunziata, decr. 19.7.2016, in *ilcaso.it*.

⁸⁷ Si fa riferimento soprattutto all’istituto delle offerte concorrenti di cui all’art. 163-bis l.f.

Procedendo con ordine, il Tribunale di Ravenna esprime il proprio punto di vista sulla questione affrontando un tema che è stato piuttosto dibattuto: l'obbligatorietà della nomina del liquidatore giudiziale nel concordato misto.

E' senz'altro chiaro come non vi siano particolari problemi di compatibilità tra la disposizione che impone la nomina del liquidatore e la disciplina di cui all'art. 186-bis ma è altrettanto chiaro come il legislatore, pur contemplando la possibilità che un concordato in continuità preveda la liquidazione di beni non funzionali, non abbia inserito nella norma rimando alcuno all'art. 182 l.f.

Non pare quindi necessario scomodare in tal caso una teoria interpretativa, formatasi peraltro in contesto diverso da quello fallimentare, che ritenga applicabili a parti del piano concordatario le norme sul concordato liquidatorio e, ad altre parti, le disposizioni concernenti la continuità aziendale.

Quanto affermato nelle pronunzie citate infatti trova oggi un ulteriore ostacolo, che definirei insormontabile, nella disposizione di cui all'art. 160 co. 4 che impone, in caso di concordato con cessione di beni, l'obbligo di garantire il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% ai fini dell'ammissibilità della domanda.

Alla luce di tale vincolo le discipline appaiono tutt'altro che compatibili poiché postulare che per il piano di continuità è possibile proporre un soddisfacimento inferiore al 20% e per il piano liquidatorio un soddisfacimento almeno pari al 20%, è esercizio improponibile per la semplice ragione che prevarrà, sempre, il necessario rispetto della percentuale minima⁸⁸.

⁸⁸ FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, NLCC, 2016, 10, § 7 e cfr. BOTTAI, *Concordato in continuità aziendale*, ilFallimentarista, 2016. In giurisprudenza si veda Trib. Alessandria, sent. 22.3.2016, nella quale si rileva che "quanto alla disciplina applicabile al concordato "misto" che, ad avviso del collegio, tra le due tesi della "combinazione" delle due discipline e

Ancora, la divergenza tra rispettivi regimi concordatari è stata ulteriormente approfondita con la differenziazione della percentuale minima da offrire ai chirografari al fine di sottrarsi ad una proposta concorrente, percentuale fissata nella misura del 30% per il concordato in continuità e del 40% per il concordato liquidatorio⁸⁹.

Non è in tal senso condivisibile l'orientamento "ibrido" del Tribunale di Roma⁹⁰ per cui la teoria della combinazione, pur sussidiaria rispetto a quella della prevalenza, potrebbe funzionare nei casi di piano concordatario con prosecuzione diretta e contestuale liquidazione di beni non funzionali, in virtù di una perfetta compatibilità tra i due regimi, ritenuti di conseguenza suscettibili di applicazione contestuale.

Vanno infatti reiterate le stesse considerazioni già svolte sulla presunta compatibilità tra discipline, smentita dalle novelle legislative che hanno modificato la Legge Fallimentare e correttamente negata dalla stessa Corte di Appello di Roma che ha accolto il reclamo avverso il decreto di omologa del Tribunale⁹¹.

dell'applicazione di un'unica disciplina e cioè di quella della componente "prevalente", nel senso dianzi indicato – sia economico che funzionale –, appare preferibile la seconda tenuto conto dei gravi risvolti che la tesi contraria, specie in conseguenza alle recenti modifiche apportate all'art. 160 l.f. in tema di percentuale di pagamento da assicurare in caso di concordato liquidatorio (20%), comporterebbe, non apparendo infatti sostenibile che la presenza di una componente liquidatoria, qualunque essa sia anche quindi se irrisoria, farebbe scattare l'obbligo del rispetto del suddetto pagamento di almeno il 20% dei creditori chirografari".

⁸⁹ Cfr. FICO, *Riflessioni sul concordato in continuità dopo il d.l. 83/2015*, in *Il Fallimentarista*, 2016.

⁹⁰ Trib. Roma, decr. 22.4.2015 e 31.7.2015, in *ilcaso.it*.

⁹¹ La corte d'appello osserva correttamente come "trattasi infatti di due ipotesi di concordato tra loro non sovrapponibili sia in ragione della loro differente, ratio, sia soprattutto tenuto conto della natura vincolante della percentuale di soddisfacimento garantita ai creditori nel concordato con continuità aziendale, diversamente rispetto a quanto avviene in ipotesi di concordato con cessione dei beni, ove l'indicazione della percentuale di soddisfacimento e l'impegno assunto dal debitore nei confronti dei creditori consiste nella mera messa a disposizione di tutti i propri beni, senza obbligo di garantire una determinata percentuale di soddisfacimento, che quand'anche indicata è priva di natura vincolante, secondo quanto ripetutamente affermato dalla Corte di legittimità" (App. Roma, sent. 23.5.2016).

Senza contare che senza fondamento normativo alcuno risulta essere il principio, posto dal collegio romano alla base delle pronunce, in virtù del quale *“al di là della terminologia utilizzata nella proposta e nel piano concordatario (...) ciò che non sembra possibile evitare, in tutti i casi in cui il piano concordatario poggi, in tutto od in parte, sulla offerta ai creditori del patrimonio per una successiva alienazione con procedura competitiva è la sua qualificazione in termini di concordato con concessione di beni”*⁹².

Si deduce infatti che, a parere del Tribunale, la commistione tra discipline nel concordato misto non sarebbe solo auspicabile bensì assolutamente necessaria quando siano previste attività di tipo liquidatorio.

Tale affermazione tuttavia non fa che porsi in aperto contrasto con lo stesso art. 186-bis l.f. in quanto non si comprenderebbe il senso di evidenziare la possibilità di liquidazione dei beni non funzionali se, in ogni caso, alla parte liquidatoria del piano debba essere applicato l'art. 182 l.f.

Come già osservato, infine, al fine di dirimere le questioni vertenti sulla necessità del liquidatore nel concordato misto, questioni che sono state oggetto delle pronunce citate, non è assolutamente necessario forzare il dato normativo in modo tale da sovrapporre normative non sovrapponibili poiché il problema della nomina potrebbe essere risolto in via ermeneutica giacché, come un illustre autore ha sostenuto, in presenza di un concordato con continuità diretta che preveda la liquidazione di beni non funzionali, il debitore rimane nella titolarità dei propri beni ed è in tal senso naturale che poi possa

⁹² Trib. Roma. Decr. 22.4.2015, in *ilcaso.it*.

provvedere di propria iniziativa alla vendita dei singoli cespiti, senza bisogno di provvedere ad una nomina che non avrebbe senso alcuno⁹³.

Ad onor del vero, non appare meritevole di essere accolta del tutto nemmeno la tesi di quest'ultimo autore il quale non erra certo nel ritenere irrazionale la nomina del liquidatore in caso di concordato misto ma, allo stesso tempo, tende a giustificare tale esclusione sulla base di una presunta differenziazione tra piano misto caratterizzato da continuità diretta, che non sarebbe nemmeno riconducibile alla categoria del concordato misto, ed il piano misto con continuità indiretta⁹⁴.

L'art. 186-bis, come già chiarito, è applicabile a tutti i piani concordatari con i quali il proponente si assume, se così si può dire, un obbligo di risultato (quello della continuazione delle attività aziendali), al di là del fatto che si tratti di continuità diretta o continuità indiretta.

E' evidente come le tortuose problematiche che attengono al concordato c.d. "misto" necessitano di soluzioni chiare e semplici ed un'ulteriore frammentazione ingiustificata della disciplina in tal senso non trova riscontro né nel dato testuale né a livello razionale, potendosi ben soprassedere ai problemi di coordinamento tra discipline per mezzo del criterio di prevalenza.

93 *"Pertanto se la legge, nell'art. 186-bis, comma 1, ultimo periodo, l. fall. consente espressamente che il piano di continuità possa prevedere la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, ciò non significa che alla continuità d'impresa si aggiunga, determinando una "mistione" di cause e di figure, una possibilità liquidativa extra ordinem, essendo essa - come dicevo testè - la conseguenza naturale, fisiologica della struttura e della causa del tipo concordato per garanzia, o promissorio o ristrutturatorio" (LAMANNA, Cos'è e quando è configurabile il concordato misto?, in ilFallimentarista, 2015).*

94 *"È quindi consigliabile limitare l'utilizzo dell'espressione "concordato misto", se proprio non può farsene a meno, ai soli concordati con continuità aziendale "impura" o "indiretta", e non ai concordati con continuità aziendale diretta in cui sia prevista la liquidazione dei beni non funzionali" (LAMANNA, op. cit.).*

Deve dunque ribadirsi che il concordato in continuità è uno ed uno solo e questo può prevedere la liquidazione di beni non funzionali senza per forza dar luogo ad indebite “scorporazioni” del piano o “frammentazioni” della stessa categoria concettuale del concordato misto, la cui disciplina applicabile deve essere individuata secondo il criterio unico della prevalenza⁹⁵.

⁹⁵ Peraltro, nonostante le complesse problematiche legate all'introduzione dell'istituto delle offerte concorrenti e dell'estensione del default del modello liquidatorio fallimentare alla procedura concordataria, operata dal D.L. n. 83/2015, non si esclude che il principio della prevalenza, oggi, nella prospettiva della riforma, possa ed anzi debba fungere da criterio guida dell'ammissibilità della domanda. Diversamente si opterebbe per una soluzione di fatto abrogante dell'istituto del concordato preventivo. Così BOZZA, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Il fallimento*, n.10/2016.

4. Il criterio della prevalenza qualitativa.

Alla luce delle considerazioni svolte e delle perplessità che comporta l'applicazione della regola di combinazione, a chi scrive pare da condividere la tesi per cui l'unico criterio da utilizzare, qualora ricorra una fattispecie concordataria mista, sia quello della prevalenza, specie se si considerano le imminenti riforme sul punto⁹⁶.

Nelle pagine che precedono ci si è tuttavia concentrati unicamente su quelli che sono gli effetti determinati dall'adesione a tale orientamento senza affrontare, *in primis*, il problema di quale sia il significato stesso assunto dal concetto di "prevalenza" in ambito concorsuale.

Non è quest'ultima questione di poco conto in quanto gli stessi Tribunali che si sono ritrovati ad affermare la regola in discorso sono parsi piuttosto confusi, preoccupandosi forse più di definire gli effetti dell'assorbimento, che di evidenziare i presupposti sulla base dei quali questi avrebbero dovuto operare, tralasciando un passaggio senz'altro fondamentale.

Ci si chiede allora se in tali casi problematici la prevalenza debba essere di tipo economico/quantitativo o funzionale/qualitativo.

⁹⁶ La Legge n. 155/2017, che delega al governo la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, prevede espressamente l'utilizzo del criterio della prevalenza laddove si statuisce che la disciplina di cui all'art. 186-bis l.f. "*si applichi anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavo prodotto dalla continuità aziendale*" (art. 6, co. 1, lett. i), n.2). Viene in tal senso escluso il criterio della combinazione ma in tal modo troverebbe riconoscimento legislativo un concetto di prevalenza, intesa in senso quantitativo, che non appare compatibile con la ratio della riforma che ha introdotto il concordato in continuità.

Parte preponderante della dottrina⁹⁷ e buona parte della giurisprudenza⁹⁸ propendono per la prima opzione ritenendo che, quando il piano consti di parti liquidatorie e di parti in continuità, il giudice, al fine di individuare la disciplina applicabile, debba verificare quale sia la provenienza del flusso economico maggiore da destinarsi ai creditori.

Sostanzialmente, in base a tali principi, la disciplina di cui all'art. 186-bis troverebbe applicazione nel caso in cui le risorse destinate ai creditori derivanti dalla liquidazione degli *assets* non funzionali siano inferiori al *cash flow* riconducibile alla prosecuzione dell'attività aziendale.

E' un criterio che si potrebbe definire come "quasi" aritmetico e di facile applicazione; una regola che però fa sorgere dei dubbi in merito alla sua compatibilità con la *ratio* sottesa dall'art. 186-bis l.f.

La riforma del 2012 ha optato, e questo è un dato pacifico, per una nozione di continuità di tipo oggettivo per cui si caratterizza come "in continuità" il concordato che si ponga l'obbiettivo di mantenere sul mercato l'azienda al fine di soddisfare il ceto creditorio.

Ribadendo dunque che in tale contesto la sopravvivenza dell'azienda rileva come esito prevedibile della procedura e rappresenta tratto caratterizzante del concordato in

⁹⁷ Si veda integralmente nota. 22 in quanto la quasi totalità degli autori che hanno aderito alla tesi della prevalenza intende quest'ultima eminentemente in senso quantitativo.

⁹⁸ Conformemente si sono pronunziati il Tribunale di Pistoia (decr. 29.10.2015) che ritiene come *"Il limite dell'abuso del diritto, induce a ritenere che in tali casi (come per altro si è ritenuto quando si sia trattato di valutare l'applicazione dell'art. 182 l.f. al concordato in continuità) debba farsi ricorso al criterio della prevalenza, così ritenendo applicabile la regola di cui al IV comma, primo periodo dell'art. 160 ogni qual volta il ricavato dalla liquidazione dei beni estranei al segmento della continuità rappresentino la quota principale dell'attivo concordatario, rispetto ai flussi di cassa in tutto o in parte destinati alla soddisfazione dei creditori"*; il Tribunale di Monza (decr. 26.7.2016) che concepisce la prevalenza come fondata sulla valutazione *"se il ricavato dalla liquidazione dei beni non funzionali rappresenti o meno la quota principale dell'attivo concordatario destinato alla soddisfazione dei creditori"*; il Tribunale di Alessandria (decr. 18.1.2016 e 22.3.2016).

continuità, non si può non osservare come l'applicazione della regola di prevalenza economica potrebbe portare a perdere di vista quelle che sono le intenzioni del proponente ed il dato fattuale della oggettiva continuità⁹⁹.

Valutare e comparare solo i flussi economici comporterebbe notevoli problematiche in quanto si rischierebbe di dare prevalenza alla disciplina del concordato liquidatorio sulla base di piani concordatari che evidentemente perseguono l'obiettivo della prosecuzione aziendale avvalendosi tuttavia della possibilità, espressamente prevista, di liquidare alcuni beni con lo scopo di autofinanziare la continuazione delle attività o di ridurre l'esposizione debitoria, senza che possa essere messa in dubbio quale che sia la causa concreta del concordato.

In sostanza, aderendo a tale impostazione si farebbe dipendere l'operatività della disciplina esclusivamente in base ad un dato quantitativo, dovendosi così applicare le meno favorevoli norme sul concordato liquidatorio a piani concordatari che, *oborto collo*, posseggano tutti i requisiti per essere ricondotti alla fattispecie di cui all'art. 186-bis¹⁰⁰.

Tale scelta appare congegnata al fine di evitare, correttamente, operazioni elusive della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari imposta dall'art. 160 co. 4, risultando tuttavia eccessivamente penalizzante in quanto pretende di risolvere in

⁹⁹ Cfr. ZANICHELLI intervenendo al convegno *Crisi d'impresa e risanamento*, Verona, 22.3.2017.

¹⁰⁰ Un caso paradigmatico e che ha suscitato anche particolare scalpore nell'opinione pubblica è quello del concordato Parmalat del 2005. Seppur la vicenda riguardi un periodo di tempo precedente l'introduzione dell'art. 186-bis correttamente si è notato che, applicandovi ipoteticamente la disciplina attuale si sarebbe pervenuti ad esiti "deleterii". Il tal caso era evidente infatti come il patrimonio di tale azienda fosse composto di assets strategici, funzionali alla prosecuzione dell'attività principale in ambito agro-alimentare, ed assets degradati non strumentali. Se si fosse adottato il criterio della prevalenza economica allora il piano sarebbe stato qualificato come liquidatorio ma ciò sarebbe stato contraddittorio ed assurdo in un caso in cui la continuazione aziendale non era solo possibile ma anche auspicabile vista le genuinità e produttività degli assets strategici.

maniera sproporzionata un problema, quello dell'abuso dell'istituto, non considerando lo stesso *favor* del legislatore per la continuazione oggettiva dell'azienda.

Ecco allora che è sicuramente più adeguato parlare di prevalenza funzionale o qualitativa¹⁰¹ per cui, anche in presenza di un piano concordatario che preveda di trarre dalla continuità aziendale (con risanamento o con cessione a terzi) risorse da distribuire ai creditori quantitativamente inferiori rispetto all'attivo estraneo al perimetro aziendale soggetto a liquidazione, possano comunque ravvisarsi gli estremi del concordato in continuità, anche ai fini della non applicazione della soglia minima di cui al novellato art. 160 l.f.¹⁰².

In base a tali considerazioni il giudizio finalizzato all'individuazione della disciplina applicabile dovrà fondarsi sull'apprezzamento di quella che la giurisprudenza ha definito essere la *causa concreta*¹⁰³ del concordato, valutando certamente anche il profilo economico oltre all'idoneità del piano a garantire la continuazione dell'impresa e la miglior soddisfazione dei creditori.

E' una soluzione quest'ultima non scevra da pericoli in quanto è sempre incombente lo spettro dell'abuso dello strumento concordatario.

Pericolo al quale, tuttavia, può essere posto rimedio poiché la legge non impone al giudice di considerare unicamente l'aspetto economico ma allo stesso tempo non esclude che questo possa confluire, come già detto, nelle valutazioni alla base del giudizio in

¹⁰¹ Parte della giurisprudenza ha ritenuto di sposare tale tesi tra cui App. Firenze, 5.4.2017; Trib. Roma 22.4.2015 e 31.10.2013. In dottrina hanno sostenuto la tesi CUOCO e FERRO, intervenendo al convegno OIC su *Il concordato in continuità aziendale* (Bari, 2.4.2017) e PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, n. 2/2015.

¹⁰² Così Trib. Roma, *Linee guida in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, doc. 8321 del 9.5.2016.

¹⁰³ Cfr. ZANICHELLI, cit.

questione, in modo tale da poter fornire un quadro complessivo e reale di quelli che siano gli interessi in gioco.

5. La *vexata quaestio* della “fattibilità”: inquadramento del problema

Non a caso si ritiene di dover trattare della “fattibilità” del piano concordatario in sede di disamina dei presupposti di ammissibilità del concordato con continuità aziendale visto che, ormai, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ritengono che almeno la “fattibilità giuridica” debba essere oggetto di cognizione da parte del giudice.

Il tema pare costituire uno dei “punti caldi” dell’istituto vista la mutevolezza degli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul concetto stesso di “fattibilità” che hanno comportato inoltre l’insorgere di ulteriori dubbi rispetto a questioni connesse inerenti il contenuto dell’attestazione del professionista di cui all’art. 161 co. 3 e, in particolare, il rapporto tra quest’ultima disposizione ed i limiti al sindacato del tribunale nel giudizio di ammissione alla procedura.

Trattasi dunque di argomento complesso che, in particolar modo per quanto riguarda il concordato in continuità, involge considerazioni tanto sulla nozione di fattibilità, opportunamente declinata nel contesto di cui all’art. 186-bis in cui risulta intimamente connessa con il principio del miglior soddisfacimento dei creditori, quanto sul ruolo del professionista attestatore e sui limiti ai poteri del giudice.

Per chiarezza espositiva occorre dunque preventivamente ricostruire quale sia stato nel tempo il significato attribuito al termine “fattibilità”, quali aspetti debbano essere considerati e valutati dal professionista attestatore, quale sia il potere del Tribunale in ordine all’accertamento circa la sussistenza del requisito e, infine, quali siano gli spazi di valutazione attribuiti al ceto creditorio.

6. (Segue) La *vexata quaestio* della fattibilità: l'attestazione del professionista

Prima della riforma del concordato preventivo apportata con il d.l. n. 35/2005 non vi era traccia nella legge fallimentare del termine "fattibilità".

Nel sistema vigente la fattibilità, è citata all'art. 161 co. 3 ed all'art. 179 della l.f.

Da una lettura superficiale dell'art. 162 l.f. dunque ci si potrebbe chiedere il perché si tratti in questa sede di tale argomento visto che il legislatore non ha contemplato espressamente tale elemento quale presupposto di ammissione alla procedura concordataria

L'odierna Legge Fallimentare infatti dispone esclusivamente, al comma terzo dell'art. 161, che il piano concordatario debba essere accompagnato *"dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo"*.

Solo dall'introduzione di tale norma¹⁰⁴ i giudici di merito hanno iniziato a considerare il problema della fattibilità come profilo da valutare ai fini dell'ammissibilità, confondendo peraltro, come correttamente osservato da illustre dottrina¹⁰⁵, ciò che è l'attestazione, riconosciuta essere espressamente dalla legge condizione di ammissibilità, ed il contenuto informativo di quest'ultima.

Se dunque pare chiaro che il dibattito giurisprudenziale che ha portato al necessario intervento chiarificatore delle Sezioni Unite nel 2013¹⁰⁶ si sia originato dall'interpretazione della disposizione concernente l'attestazione del professionista di

¹⁰⁴ Operata con il d.l. 35/2005.

¹⁰⁵ Si fa riferimento alle considerazioni sul punto di FABIANI, in *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *il Fallimento*, n. 2/2013.

¹⁰⁶ Cass. Civ. SS.UU., sent. 23.1.2013, n. 1521.

cui all' odierno art. 161 co. 3, risulta necessario chiedersi, prima di affrontare il problema nel merito, quale sia il ruolo attribuito all' attestatore e che cosa abbia inteso il legislatore con il sostantivo "fattibilità".

La figura del professionista attestatore, prevista dalla novella in questione, è stata oggetto di successivi interventi legislativi, tra cui spicca quello del 2012¹⁰⁷, che hanno portato sempre più ad una valorizzazione dei requisiti di indipendenza¹⁰⁸ e ad un potenziamento delle sue funzioni, nell'esigenza di disporre della collaborazione di soggetti privati preposti ad accertamenti adeguati e tempestivi con cui poter verificare l'efficienza e la serietà della soluzione della crisi dell'imprenditore e, dall'altro, nella necessità di evitare accertamenti giudiziari certamente dilatori ed appesantiti ed offrire un quadro completo ed esaustivo della situazione finanziaria ed economica dell'impresa che giustifica la realizzabilità del piano di recupero¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Si fa riferimento alla riforma apportata con il d.l. 83/2012.

¹⁰⁸ Prima dell'intervento del legislatore nel 2012 si registrava una vera e propria lacuna legislativa in tal senso poiché, di fatto, nonostante la riforma del 2005 fosse stata articolata al fine di consentire l'intervento di un professionista che "garantisce" dell'efficienza e della serietà della soluzione negoziata della crisi allo stesso tempo tale obiettivo fu reso irrealizzabile per via della mancanza dell'obbligo di indipendenza ed imparzialità. Solo il d.l. n. 83/2012 si è fatto carico dei problemi sorti nella prassi concordataria, prevedendo che l'attestatore debba presentare i requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. (d l.f. (iscrizione all'albo dei revisori dei conti e possesso dei requisiti per essere nominato curatore) e che lo stesso debba "autocertificare" la propria terzietà rispetto all'impresa proponente o a terzi interessati. Si è rilevato dunque come *"la riforma in commento appare senz'altro meritevole di positivo apprezzamento, se non altro sul piano della raggiunta consapevolezza da parte del legislatore delle istanze di un'efficace e reale selezione di figure professionali idonee a fornire un apporto documentale "attestativo" e tecnico/valutativo dotato di un elevato grado di serietà ed affidabilità informativa per il ceto creditorio destinatario delle proposte avanzate dal comune debitore"* (TETTO, *La ritrovata indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa, in ilFallimento*, n. 6/2013)

¹⁰⁹ Così AMBROSINI, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *ilFallimento*, 2012.

Alla luce della normativa vigente perciò le funzioni del professionista in sede di attestazione del piano si sviluppano in una duplice prospettiva: egli è chiamato in primo luogo a certificare la veridicità dei dati aziendali contenuti nel piano concordatario (i) e, in seconda battuta, ad attestare la fattibilità dello stesso (ii).

Per quanto concerne il controllo sulla veridicità dei dati aziendali forniti dal debitore proponente in sede di ricorso, il primo dubbio che sovviene all'interprete è se ci si ritrovi di fronte ad una disposizione che attribuisca un potere meramente ricognitivo, finalizzato dunque a dar conto della mera corrispondenza tra elementi messi a disposizione dal debitore e le risultanze dell'esame contabile condotto dal professionista, oppure se si tratti di un vero e proprio potere valutativo che deve essere svolto con metodo analitico al fine di articolare un giudizio sull'effettiva esistenza dei dati contabili prospettati.

In tal caso pare che dottrina e giurisprudenza abbiano optato per la seconda delle opzioni, rintracciando nella disposizione in questione una norma che attribuisce all'attestatore il compito di verificare e controllare autonomamente tutti gli elementi inerenti alla situazione patrimoniale, economica, finanziaria dell'impresa che faccia istanza di accesso alla procedura¹¹⁰.

110 Cfr. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *ilFallimento*, n. 11/2013; SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa*, in *ilFallimento*, n.3/2010; BERSANI, *Crisi d'impresa: nomina, indipendenza e responsabilità penale dell'attestatore*, in *Fisco*, n. 36/2012; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese*, Bologna, 2014; SCIUTO, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in *Dir. Fall.*, n. 6/2015; AMBROSINI, *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC e il ruolo del professionista*, in *ilcaso.it*, 2015. In giurisprudenza si è osservato che "nell'ambito della disciplina attuale, la relazione del professionista ex art. 161, co. 3, l.f. sostituisce l'attività istruttoria del Tribunale e deve garantire una informazione adeguata e corretta dei creditori. Pertanto, la attestazione della veridicità dei dati aziendali non può ridursi a un 'atto di fede' ricollegabile alla esistenza di documenti formali e a un mero rinvio agli stessi. Al contrario, la attestazione deve dare conto della verifica capillare di

Tale soluzione è senz'altro la più convincente proprio se si considera che veridicità dei dati e fattibilità del piano sono aspetti strettamente congiunti¹¹¹ di talché non solo non sarebbe possibile compiere un'indagine sulla fattibilità senza il previo accertamento della concretezza dei dati aziendali, ma suddetta indagine non sarebbe parimenti possibile se tale accertamento si risolvesse in un mero riscontro di attendibilità in termini formali dei dati stessi¹¹².

Ciò premesso, occorre tuttavia chiedersi quali siano i limiti che incontra il professionista al fine di attestare la veridicità dei dati aziendali: secondo l'orientamento prevalente, proprio in virtù della natura "sostanziale" dell'asseverazione, il professionista non è tenuto a considerare solo i dati contabili presentati dalla proponente e sui quali il piano risulta fondato, potendo così valutare anche elementi extra contabili necessari per la predisposizione del piano ed i documenti provenienti dai creditori al fine di verificare la consistenza delle passività¹¹³ (che costituiscono oggetto di attestazione), fermo restando in ogni caso il limite per cui l'intervento dell'esperto deve essere orientato a certificare

tutti i dati aziendali ovvero, qualora ciò sia impossibile per i tempi e gli oneri correlati alle dimensioni aziendali, la attestazione deve essere supportata da un loro controllo 'a campione'; inoltre deve permettere la ricostruzione dell'iter logico posto alla base delle valutazioni dell'attestatore" (Trib. Novara, 14.6.2013, in Foro Padano, n. 3/2013). Cfr. ex multis, Trib. Benevento, 23.4.2013, in ilcaso.it; Trib. Monza, 22.1.2013, in ilcaso.it;

¹¹¹ Si è osservato che "L'esame della veridicità dei dati aziendali rappresenta il passaggio preliminare e propedeutico rispetto alla verifica sulla fattibilità del piano. Tra le due dimensioni della attestazione sussiste un nesso funzionale rilevante, dato che non può esservi alcun ragionevole giudizio previsionale sui risultati del piano in mancanza della verifica delle risultanze economico-patrimoniali di partenza" (PAGLIUGHI, *Concordato preventivo: attestazione del piano*, in *Ilfallimentarista*, 2016).

¹¹² "L'attestazione della veridicità dei dati aziendali non costituisce un documento rappresentativo di fatti, ma un giudizio vero e proprio, supportato da adeguata motivazione e propedeutico e strumentale alla successiva prognosi di fattibilità del piano" (LO CASCIO, *op. cit.*).

¹¹³ In particolare si veda il Documento del 19.2.2009 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili in tema di "Negoziazione delle crisi, concordato preventivo e fallimentare: scopo e oggetto delle relazioni del professionista", in *ilFallimento*, n. 6/2009. Conformemente anche LO CASCIO, *op. cit.*

l'attendibilità dei dati sui quali si fonda il programma concordatario e non a verificare in termini assoluti la correttezza e regolarità contabile dell'impresa debitrice¹¹⁴.

Come detto precedentemente, la verifica dell'attestatore circa la veridicità dei dati aziendali è passaggio logico fondamentale al fine di poter accertare la "fattibilità" del piano concordatario, argomento quest'ultimo del quale ci si vuole qui occupare.

Importante in tal senso è chiarire in che cosa consista l'attività del professionista, quali siano gli aspetti su cui debba esprimersi ed a chi siano dirette le risultanze delle indagini in ordine all'attuabilità del risanamento.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che quando la legge parli di "fattibilità" devolva all'attestatore la formulazione di un giudizio prognostico sulla concreta idoneità del piano, imperniato sulla liquidazione o sulla prosecuzione delle attività aziendali, a raggiungere lo scopo della procedura concordataria¹¹⁵.

Le valutazioni dell'esperto dunque si risolvono in un sindacato sulla concreta credibilità e ragionevolezza dei programmi aziendali contenuti, a seconda dei casi, nel piano di

¹¹⁴ Così PAGLIUGHI, *op. cit.* e GUIOTTO, L'attestazione negli art. 67 e 182-bis: profili comparativi, in *ilFallimento*, n. 10/2014 laddove si afferma che "Va evidenziato, sul punto, come il citato nesso di funzionalità tra l'attestazione di veridicità dei dati di partenza e quella di fattibilità dei dati del piano delimita in modo significativo l'oggetto delle verifiche dell'attestatore. Da un lato, infatti, non dovranno certamente essere esaminati tutti i dati aziendali, ma soltanto quelli che costituiscono la base di partenza del piano e siano funzionali al giudizio sulla sua fattibilità. Dall'altro lato, i controlli non potranno essere limitati ai soli dati di matrice contabile ma dovranno necessariamente essere estesi a tutti i dati e le informazioni aziendali rilevanti ai fini del raggiungimento dei risultati del piano".

¹¹⁵ *Ex multis*, PATTI, Esclusione della sindacabilità dal tribunale della fattibilità del piano nel concordato preventivo, in *ilFallimento*, n. 1/2012, il quale ritiene che all'attestatore "compete, infatti, la disamina critica del merito del piano, con la conseguente formulazione di un giudizio prognostico di risultato atteso, in quanto proposto ai creditori, come effettivamente realizzabile".

liquidazione o nel piano industriale, sulla base di dati che in tal caso non sono più storici ma eminentemente prospettici¹¹⁶.

L'oggetto dell'indagine compiuta assumerà tuttavia connotazioni diverse a seconda che ci si ritrovi di fronte ad un piano liquidatorio oppure ad un piano conservativo: nel primo caso, infatti, egli sarà chiamato a verificare soprattutto il valore delle poste attive da liquidare al fine di estinguere le passività oltre alla solvibilità degli eventuali acquirenti in caso di cessione d'azienda¹¹⁷; nel secondo invece dovranno necessariamente essere analizzati i flussi finanziari, i costi ed i ricavi, al fine di garantire che il riequilibrio aziendale sia effettivamente fattibile (o altamente probabile) sulla base delle operazioni previste nel piano¹¹⁸.

Peraltro occorre precisare che il contenuto della relazione, in caso di concordato con cessione di beni, è stato sicuramente arricchito in seguito alla novella legislativa che ha introdotto l'obbligo di soddisfazione minima dei creditori chirografari dato che

¹¹⁶ Si osserva che *“per giungere alla dichiarazione di fattibilità, il professionista deve svolgere un vero e proprio controllo di merito del piano. Si tratta di una due diligence su informazioni prospettiche dell'impresa in crisi. Circa le regole tecniche da applicare per procedere alla revisione del piano, la dottrina aziendalistica ha individuato negli ISAE 3400 (International Standards on Assurance Engagements), emanati dall'IAASB (International Auditing and Assurance Standard Board), che è una commissione costituita in seno all'IFAC (International Federation of Accountants), i principi internazionali di revisione applicabili agli incarichi di attestazione, vale a dire i principi per la revisione delle informazioni finanziarie prospettiche.”* (MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *ilFallimento*, n. 8/2010).

¹¹⁷ MICHELOTTI, *op. cit.*

¹¹⁸ *“In quest'ultimo caso l'attestazione deve inerire all'opportunità e convenienza dell'esercizio, provvisoriamente imputabile al debitore in concordato, il che significa accertare l'utilità dello stesso, utilità che può discendere dalla previsione di realizzo di utili o, più tipicamente e frequentemente, dal mantenimento della vitalità dell'azienda finalizzato alla conservazione del suo valore di mercato, in vista della cessione o del conferimento”*(VITIELLO, *Brevi considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *ilFallimentarista*, 2013).

L'attestatore dovrà evidentemente dar conto nel documento dell'idoneità del programma a superare detta soglia di sbarramento, per far sì che la domanda sia ammissibile.

Sia che si tratti di concordato liquidatorio che di concordato in continuità, al fine di formulare il giudizio di fattibilità, l'attestatore dovrà dunque procedere ad un controllo sull'attendibilità del processo che ha portato alla formazione del piano (i) e delle proiezioni economiche e patrimoniali attesi in esecuzione di quest'ultimo (ii) soffermandosi, infine, sull'effettuazione di esercizi di *sensivity* e *stress test* (iii) diretti a vagliare l'attuabilità del programma concordatario anche in caso di variazione dei presupposti iniziali o mutamento delle prospettive evolutive future¹¹⁹.

Last, but not least, tra i problemi che concernono l'applicazione del co. 3 dell'art. 161 l.f., è d'obbligo affrontare il dubbio relativo all'individuazione dei soggetti destinatari delle informazioni contenute nell'asseverazione del professionista.

Quest'ultima è questione di particolare rilevanza poiché è proprio dall'errata qualificazione delle finalità cui mira l'attestazione che prendono le mosse i tribunali spintisi a considerare la "fattibilità economica", intesa nel senso sopra precisato, come presupposto di ammissione al concordato preventivo.

Nonostante il tema della fattibilità economica del piano e del possibile sindacato del giudice abbia costituito ragione di importanti contrasti giurisprudenziali, di cui si tratterà nel seguente paragrafo, è da rilevare come suddette divergenze di vedute non rilevano al fine di risolvere il quesito appena posto giacché pare in ogni caso pacifico che uno degli scopi fondamentali (se non l'unico per molti autori) della relazione attestata

¹¹⁹ Per un'approfondita analisi circa le attività da compiersi in sede di attestazione da parte del professionista si rimanda al già citato contributo di PAGLIUGHI, *Concordato Preventivo: attestazione del piano*, in *ilFallimentarista*, 2016.

sia quello di informare il ceto creditorio affinché possa formare il proprio convincimento in ordine alla credibilità e convenienza della proposta concordataria.

Da ciò dunque deve desumersi, visto il fine informativo dell'attività di attestazione, che il professionista sia obbligato a formulare un giudizio specifico che sia motivato in maniera logica, adeguata e corretta, poiché altrimenti verrebbe vanificata la stessa funzione orientativa del voto dei creditori.

7. Fattibilità giuridica e fattibilità economica: l'intervento delle Sezioni Unite e gli sviluppi recenti

Il punto di approdo al quale si è giunti in esito alle precedenti considerazioni è quello per cui, teoricamente, l'unico presupposto di ammissibilità previsto dalla Legge Fallimentare sia quello del deposito dell'attestazione di cui all'art. 161 co. 3 l.f. e che, al contempo, quest'ultima sia idonea ad assolvere alle sue funzioni informative nei confronti del ceto creditorio.

In realtà tale impostazione, seppur non si contesti il fine informativo della relazione del professionista, fin dalla riforma del 2005 non è stata affatto data per scontata dalla giurisprudenza di merito¹²⁰ che in molte occasioni si è dimostrata propensa ad attrarre alla propria competenza, in sede di ammissione, il controllo sull'attuabilità economica del piano concordatario.

In tal senso allora la concreta realizzabilità del programma concordatario ha assunto dignità di requisito di ammissione alla procedura, valutabile dal Tribunale in seno ad un controllo che si risolverebbe, sicuramente, in un sindacato di merito del piano.

Le ragioni addotte a sostegno di tale tesi erano da rinvenirsi principalmente nella parificazione dell'attestatore ad un ausiliario del giudice rispetto al quale il giudice stesso è *peritum peritorum*, potendo dunque compiere autonomamente le stesse

¹²⁰*Ex multiis*: App. Catanzaro, sent. 7.2.2011; Trib. Roma, 24.4.2008, decr., in Dir. fall., 2008; Trib. Bari, 25.2.2008, decr., in ilFallimento, 2008; Trib. Milano, 2.10.2006, in ilFallimento, 2007; App. Bologna, 30.6.2006, in ilFallimento, 2007; Trib. Sulmona, 6.6.2005, decr., in ilFallimento, 2005; Trib. Pescara, 20.10.2005, in ilFallimento, 2006.

valutazioni poi trasfuse nell'attestazione, discostandosi anche, pur motivatamente, dalle conclusioni ivi contenute¹²¹.

Tali contrasti tra giudici sono perdurati invero fino alla "storica" pronuncia delle Sezioni Unite¹²² le quali hanno, non senza contraddizioni, risolto la *vexata quaestio* operando una necessaria distinzione tra il concetto di "fattibilità economica" e quello di "fattibilità giuridica", distinzione che è stata recepita con particolari dubbi sia dalla giurisprudenza di merito sia dalla dottrina.

La Suprema Corte ha scelto di dirimere la questione affermando la tendenziale esclusione della sindacabilità nel merito del piano concordatario, riservando tale controllo eminentemente al comitato dei creditori che, peraltro, è l'unico organo competente a giudicare anche sulla "convenienza" della proposta¹²³.

¹²¹ In realtà questa tesi non è stata smentita nemmeno dall'intervento delle Sezioni Unite del 2013 ma, al contrario, ha costituito una delle premesse sulla base delle quali la Corte è arrivata ad escludere la sindacabilità nel merito del piano da parte del tribunale. Sul punto rileva tali contraddizioni LAMANNA, in *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: così è se vi pare*, in *ilFallimentarista*, 2013.

¹²² Cass. Civ. SS.UU., sent. 23.1.2013, n. 1521.

¹²³ In realtà il discorso è più complesso poiché sulla scorta della considerazione per cui l'attestatore costituisce ausiliario del giudice si riconosce al tribunale un potere diretto di sindacato nel merito salvo poi delimitare tale potere alla cognizione delle cause che farebbero venire meno la c.d. "fattibilità giuridica" del piano, rimanendone escluse le valutazioni in ordine alla probabilità di successo economico della procedura ed alla sua convenienza. In merito al giudizio prognostico di attuabilità economica i giudici sostengono che *"Deve dunque concludersi, su questo punto, che i destinatari della proposta di concordato sono i creditori; che ad essi soltanto, pertanto, spetta formulare un giudizio in ordine alla convenienza economica della soluzione prospettata, che a sua volta presuppone una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità del piano; che conseguentemente a quest'ultima valutazione resta del tutto estraneo il giudice, nelle varie fasi in cui e' potenzialmente chiamato ad intervenire"*.

Peraltro sicuramente di pregio sono le osservazioni svolte da qualche autore per cui, a maggior ragione, le condizioni di fattibilità economica non dovrebbero essere oggetto di cognizione da parte del tribunale dopo la riforma del 2012 che, all'art. 173 l.f., ha previsto che al mutare delle "condizioni di fattibilità" il commissario giudiziale debba informare esclusivamente i creditori e non il tribunale. (Si veda in tal senso TRENTINI, *op. cit.*)

Tuttavia, nel porre tale regola generale, gli Ermellini hanno ammesso comunque una serie di limitazioni alle prerogative dei creditori, riservando al Tribunale il giudizio sulla “fattibilità giuridica” del piano e sull’idoneità dell’attestazione ad informare correttamente il ceto creditorio.

Ancora una volta la Cassazione ha tratto tali conclusioni sulla base di una comparazione tra l’istituto concordatario e la disciplina generale dei contratti¹²⁴ pervenendo alla conclusione in virtù della quale anche in sede concorsuale debba essere verificata la sussistenza della *causa (in concreto)*, la cui mancanza in sede contrattuale determina la nullità del regolamento negoziale ed in sede concordataria comporta l’inammissibilità della domanda.

La teoria della causa in concreto vuole che, in ragione dell’importante mole di limitazioni ai diritti dei creditori previste dalla disciplina del concordato preventivo, un controllo stringente sulla legittimità della domanda debba per forza essere esteso anche a profili del piano che confermino l’effettiva idoneità del programma concordatario a svolgere la sua funzione economico-sociale, ravvisata in tal caso nel superamento della crisi per mezzo della liquidazione o della prosecuzione aziendale, con minima soddisfazione dei creditori.

Il giudice pertanto non solo può bensì deve valutare obbligatoriamente e direttamente nel merito il piano concordatario ma, esclusivamente, al fine di escludere che possano sussistere macroscopiche violazioni di norme imperative (*i*), che vi siano elementi

¹²⁴Le Sezioni Unite infatti osservano che “lo sbilanciamento in favore dell’elemento negoziale del nuovo procedimento di concordato, rispetto a quello risultante dalla precedente normativa, determina necessariamente una diversa perimetrazione dei poteri di intervento del giudice che, deputato a garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, deve certamente esercitare sulla relazione del professionista attestatore un controllo concernente la congruità e la logicità della motivazione, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio”.

oggettivi tali da rendere evidente e manifesta in maniera assoluta l'impossibilità di attuazione giuridica del piano¹²⁵ (ii), che sia prevista una percentuale irrisoria di soddisfazione dei creditori (iii), che il comitato dei creditori sia stato informato in maniera lacunosa per via di carenze inerenti il corredo motivazionale dell'attestazione¹²⁶ (iv).

Come già ricordato, l'impostazione prospettata nella pronuncia in questione non sembra essere stata esente da critiche, mosse quest'ultime soprattutto da quei Tribunali che in sede di concreta applicazione del principio di diritto si sono ritrovati estremamente "confusi" in merito al *discrimen* tra fattibilità economica e giuridica, ritenendo talvolta piuttosto fumosi e cangianti i confini tra le rispettive figure tratteggiate dalla Corte di Cassazione.

Mentre i giudici di merito che si sono pronunciati dopo le Sezioni Unite, pur seguendo *iter* motivazionali diversi, sembrano aver continuato a condividere l'orientamento per cui la verifica della causa in concreto comporti l'accertamento della fattibilità del piano neanche dal punto di vista economico¹²⁷, i giudici di legittimità non hanno mutato sensibilmente il proprio approccio al problema¹²⁸.

¹²⁵ La Corte ipotizza, a fini esemplificativi, che il piano concordatario preveda la liquidazione di beni non appartenenti all'impresa proponente.

¹²⁶ Cfr. in dottrina RAVINA, *Fattibilità*, in *ilFallimentarista*, 2017; FABIANI, *Causa del concordato preventivo ed oggetto dell'omologazione*, in *Leggi. Civ. Com.*, 2014. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., sent. 30.4.2014, n. 9541.

¹²⁷ Si vedano, *ex multiis*, App. Firenze 2.11.2015; Trib. Bergamo 4.12.2014; cit.; Trib. Modena 3.9.2014; Trib. Prato 30.4.2014; App. Ancona 26.3.2014; Trib. Padova 6.3.2014; Trib. Rovigo 3.12.2013; Trib. Arezzo 12.11.2013 tutte citate da CASA, *op. cit.*

¹²⁸ Cfr. Cass. Civ., sent. 4.7.2014, n. 15345;

Nonostante si possano registrare dei leggeri “smottamenti” in sede legittimità¹²⁹, per quanto riguarda la sostenibilità e l’attualità della soluzione offerta al problema, a distanza di quattro anni dalla sentenza in esame, si auspica certamente un intervento chiarificatore del legislatore che, tra l’altro, pare essere imminente¹³⁰.

Delineato in maniera semplificativa il quadro delle contrasti interpretativi sul tema, è senz’altro utile, ai fini del ragionamento intorno ai presupposti di ammissione alla procedura, concludere nel senso che, ad oggi, risultano qualificate come condizioni di ammissibilità, ulteriori a quelle già esaminate nei capitoli precedenti, la fattibilità “giuridica” del piano, secondo la ricostruzione che ci è offerta dalle citate pronunce della Corte di Cassazione, e l’idoneità dell’attestazione di cui all’art. 161 co. 3 l.f. a consentire un’adeguata informazione dei creditori in merito agli aspetti di fattibilità “economica” del piano¹³¹.

¹²⁹ Si fa riferimento ad isolate sentenze che paiono mettere in discussione l’attualità e l’utilità della distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica. In tal senso Cass. Civ., sent. 17.10.2014, n. 22045 con commento di VELLA, *L’affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla “causa concreta” del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *ilFallimento*, n. 4/2015; Cass. Civ., sent. 27.2.2017, n. 4915, con commento di SPIOTTA, *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica*, in *Giur. It.*, n. 5/2017.

¹³⁰ “La summa divisio, ricavata tramite una lettura a contrariis dell’art. 179, 2° comma, L. fall., tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e controllo di fattibilità economica (di regola precluso) (...) potrebbe essere definitivamente superata dall’attuazione dell’art. 6, 1° comma, lett. f), del D.D.L. delega n. 2681, che enuncia come criterio direttivo l’esplicitazione dei poteri del tribunale, “con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso” (SPIOTTA, op. cit.)

¹³¹ L’idoneità in questione va accertata verificando la completezza dei dati, la logicità delle argomentazioni addotte al fine di pervenire alle conclusioni e la congruità delle conclusioni con la situazione di fatto. (Cfr. RANALLI, *L’attestazione del professionista nel concordato in continuità*, in *ilFallimentarista*, 2014).

8. I contenuti dell'attestazione di fattibilità

Il contenuto dell'attestazione, imperniato, come visto, sull'attività di verifica dei dati aziendali e di prognosi circa la buona riuscita della procedura, è contraddistinto da peculiarità fondamentali qualora si versi nel caso di concordato con continuità aziendale. Molti autori tendono infatti, alla luce della disposizione di cui al co. 2 dell'art. 186-bis, a focalizzarsi eminentemente sull'obbligo, gravante in capo al professionista, di certificare che il programma concordatario sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, obliterando in tal senso opportune considerazioni sulle importanti differenze che vi sono tra attestazione di un piano concordatario di tipo liquidatorio ed in continuità.

Pare dunque che la dottrina tenda a considerare come oggetto della relazione attestata esclusivamente il giudizio circa la convenienza per il ceto creditorio¹³², non tenendo conto che l'accertamento prognostico sulla fattibilità economica del piano, che è operazione ben diversa rispetto alla prima, è uno degli elementi fondamentali dell'attestazione stessa¹³³ e si pone comunque come passaggio obbligato al fine di verificare il profilo della convenienza.

Ecco dunque che si rendono necessarie alcune e brevi precisazioni in merito al controllo sull'idoneità del piano concordatario a ricondurre l'azienda *in bonis* consentendo il

¹³² La quasi totalità dei contributi in materia si focalizza sul principio del miglior soddisfacimento dei creditori senza considerare che la certificazione di convenienza è solamente un contenuto aggiuntivo dell'attestazione di cui all'art. 161 co.3 l.f.

¹³³ L'art. 186-bis al co. 2 rinvia infatti alla disposizione di cui al co. 3 dell'art. 161 che riguarda proprio i contenuti dell'attestazione. Anche la giurisprudenza, al fine di accertare l'eventuale responsabilità professionale del professionista ritiene che la valutazione circa la fattibilità e la convenienza siano due momenti imprescindibili: *"qualora l'attestazione ex art. 161, comma 3, l.fall. non dia conto della fattibilità del piano in continuità e della sua strumentalità a consentire il miglior soddisfacimento dei creditori, risulta carente dal punto di vista dell'idoneità della stessa a dimostrare il corretto adempimento del professionista"* (Trib. Monza, 11.11.2014, in ilcaso.it).

recupero dell'equilibrio economico e patrimoniale in esito alla procedura concordataria¹³⁴, per il semplice fatto che diverse possono essere le operazioni caratterizzanti il concordato preventivo in continuità aziendale.

Così si deve necessariamente distinguere tra le fattispecie di prosecuzione diretta ed indiretta poiché i contenuti dell'attestazione assumeranno colorazioni sensibilmente differenti¹³⁵.

Qualora il piano preveda la prosecuzione diretta in capo all'imprenditore originario, circostanza che crea importanti contrasti tra interessi del proponente e dei creditori, visto il possibile peggioramento della condizione di questi ultimi che la stessa continuità potrebbe causare, il professionista sarà chiamato innanzitutto a:

- a) Verificare l'effettiva consistenza patrimoniale dell'impresa al fine di valutare se il piano sia idoneo a consentirne il concreto riequilibrio aziendale. In tal senso dovranno essere valutate le attività funzionali alla continuità e tutte le passività, ad inclusione di quelle future, ipotetiche e probabili.
- b) Valutare il piano industriale e tutte le operazioni previste con lo scopo di accertare la realizzabilità dei flussi di cassa previsti.

Le attività dell'attestatore, in tal caso, dovranno svolgersi in considerazione delle indicazioni analitiche circa costi, ricavi e risorse finanziarie necessitate di cui il piano deve obbligatoriamente dar conto, pena l'inammissibilità, su espressa previsione dell'art. 186 co. 2.

¹³⁴ "Il giudizio di fattibilità verifica che i flussi economici e finanziari dell'ultimo periodo amministrativo compreso nel piano evidenzino il raggiungimento di un equilibrio economico e finanziario sostenibile"
(DANDOVÌ, *Introduzione ai principi di attestazione*, Alta Scuola di Formazione LUIGI MARTINO, ODCEC Milano, 2015).

¹³⁵ Per gli approfondimenti che seguono si è preso spunto da NANNONI-PAGLIUGHI, *Le attestazioni integrative nel concordato*, cit.

Quando ad oggetto del piano vi è invece la cessione o il conferimento d'azienda, l'esperto rispettivamente dovrà:

- a) Verificare le garanzie di solvibilità del terzo cessionario quando sia previsto il pagamento immediato o garantito del prezzo di cessione; vagliare la tenuta del piano industriale dell'azienda dal punto di vista dei flussi di cassa previsti qualora il pagamento sia dilazionato o non garantito.
- b) Valutare il piano aziendale della conferitaria dal punto di vista della sostenibilità economica e finanziaria

Come ben si può osservare dunque, l'indagine sulla fattibilità così articolata sarà fondamentale per lo stesso attestatore al fine di valutare la convenienza posto che qualora il piano risulti economicamente inattuabile risulterebbe difficile strutturare un positivo giudizio sulla sua funzionalità rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori.

9. I contenuti aggiuntivi dell'attestazione del professionista: il miglior soddisfacimento dei creditori

Proseguendo nella nostra trattazione, il co. 2, lett. b) dell'art. 186-bis, tiene a precisare che la classica attestazione di cui al co. 3 dell'art. 161 debba essere corredata ed integrata da una certificazione che verta sulla funzionalità del piano a garantire il "miglior soddisfacimento dei creditori".

Un concetto quest'ultimo sul quale ci si è già soffermati in sede di disamina degli interessi sottesi dalla procedura, interessi che, come confermato anche dalla norma in questione, non possono essere identificati in generiche istanze di tutela del mercato estranee alle ragioni del ceto creditorio¹³⁶.

Dovendo l'esperto procedere ad un'analisi strettamente comparativa al fine di pervenire alle proprie conclusioni si devono obbligatoriamente prendere in considerazione quali sono i rispettivi termini di paragone ossia il grado di soddisfazione assicurato dal

¹³⁶ Sostiene questa tesi RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, n. 8-9/2014, evidenziando che "Se però si vuole evitare un'improbabile riedizione postmoderna delle concezioni istituzionalistiche dell'impresa (l' *unternehmen an sich* cara a Walter Rathenau ai tempi della Repubblica di Weimar), magari aggiornate con l'invocazione di un impersonale ed un po' inquietante interesse superiore del mercato, occorre avere ben presente che quel che giustifica il perseguimento dell'obiettivo della continuità aziendale, nonostante la crisi in cui versi l'impresa, è pur sempre l'interesse dei creditori. I riferimenti della legge in tal senso sono molteplici, ma soprattutto inequivoca è la formulazione dell'art. 186 bis, comma 2, lett. b), l.f., che impone l'attestazione, da parte di un professionista indipendente, della funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa, prevista dal piano di concordato, al miglior soddisfacimento dei creditori. Ancor più lo è la disposizione dell'ultimo comma del medesimo articolo, secondo cui, qualora nel corso della procedura l'esercizio dell'attività d'impresa risulti manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale dovrà revocare l'ammissione alla procedura concordataria sensi dell'art. 173 della stessa legge." Così anche MACAGNO, in *Il concordato in continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *ilFallimento*, n. 1/2016.

concordato in continuità (i) e quello realizzabile in sede di alternative concorsuali alla procedura disciplinata dall'art. 186-bis (ii).

In merito al primo punto, ancora una volta, il legislatore sembra “calare” nella disposizione una nozione alquanto vaga e generica, che non fornisce alcuna indicazione sull'effettiva portata del concetto di “soddisfacimento”.

Ci si è chiesti in tal senso se il professionista attestatore debba verificare il livello di soddisfazione delle pretese creditorie in base ad un criterio oggettivo, che faccia riferimento al *quantum* di provvista da destinarsi alla massa dei creditori, o ad un criterio soggettivo, che tenga conto oltre che della percentuale di realizzo anche di tutte le utilità “esterne” riferibili ad ogni singolo rapporto di credito¹³⁷.

Senz'altro convincente è la tesi per cui rilevi esclusivamente il criterio quantitativo visto che la valutazione di “utilità esterne” comporterebbe delle insormontabili problematiche applicative legate ad una necessaria frammentazione della massa dei creditori che, tra l'altro, la Legge Fallimentare dimostra di voler considerare sempre nella sua unitarietà¹³⁸.

¹³⁷ Un simile orientamento è ricavabile da quanto previsto nel documento intitolato *Principi di attestazione dei piani di risanamento* elaborato nel 2014 da AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI, OCRI in collaborazione con il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. Ivi si evidenzia che “Nell'espressione del giudizio di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori l'Attestatore, dato il tenore letterale della disposizione normativa (...), che riguarda il 'soddisfacimento dei creditori', e non già la 'soddisfazione dei crediti', deve considerare tutti i possibili motivi di convenienza per i creditori non esprimibili in termini meramente quantitativi di soddisfazione dei crediti (si pensi alla possibilità di mantenere un rapporto commerciale o anche solo a quella di evitare l'effetto di una revocatoria fallimentare)”. In dottrina, favorevoli a tale impostazione, LENDVAL, *Concordato con continuità: spunti sul miglior soddisfacimento dei creditori*, in *ilFallimentarista*, 2015 e RANALLI, *Il giudizio integrativo sul miglior soddisfacimento dei creditori nei concordati in continuità: un profilo centrale nell'attestazione del professionista*, in *ilFallimentarista*, 2013.

Per una compiuta analisi del problema si rimanda comunque a ROSSI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *ilFallimento*, n. 6/2017.

¹³⁸ Cfr. ROSSI, *op. cit.*; VELLA-LAMANNA-PACCHI, *Concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013; STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *ilFallimento*, n. 10/2013.

Ben più complessa tuttavia appare l'esatta individuazione del secondo termine di paragone che consiste nell'alternativa perseguibile dal creditore rispetto al concordato in continuità. Anche in tal caso la legge tace.

Si può registrare l'esistenza di tre tesi sostanziali in merito alla scelta del canone comparativo:

- (a) Una prima teoria, accolta da giurisprudenza e dottrina prevalenti, è di tipo restrittivo ed ammette come termine di comparazione esclusivamente lo scenario liquidatorio tipico della procedura fallimentare.
- (b) Un secondo orientamento ritiene che siano apprezzabili non solo i risultati ai quali porterebbe la liquidazione fallimentare bensì anche quelli conseguibili per mezzo di un concordato liquidatorio¹³⁹.
- (c) La terza e più criticata soluzione al problema postulerebbe la considerazione di tutte le alternative concretamente percorribili dal debitore proponente.

Deve qui evidentemente procedersi *a contrario* per stabilire quale sia la strada che l'esperto debba seguire.

Per quanto attiene all'ultima delle soluzioni prospettate, infatti, è da escludersi categoricamente che si possa far riferimento a tutte le alternative potenzialmente intraprendibili dal proponente visto che una simile previsione si tradurrebbe in un obbligo del professionista di verificare in termini assolutistici quale sia l'alternativa migliore, operazione dunque praticamente impossibile, senza contare inoltre che si

¹³⁹ "Con riferimento al disposto di cui al secondo comma, lett. b), invece, l'attestatore dovrà acclarare che i proventi relativi all'attività caratteristica o, in alternativa, l'incasso derivante dalla collocazione dell'azienda in funzionamento sul mercato, sono tali da consentire di corrispondere ai creditori un importo maggiore rispetto a quello che, verosimilmente, riceverebbero in presenza di un concordato liquidatorio." Così Fico, *Riflessioni sul concordato in continuità*, ilFallimentarista, 2016.

sanzionerebbe con il fallimento il debitore in tutti quei casi in cui non fosse stato capace di individuare la migliore soluzione in assoluto alla crisi¹⁴⁰.

Resta dunque da capire se con il termine “scenario liquidatorio”, utilizzato da molte corti al fine di identificare le alternative concretamente attuabili, si sia voluto indicare la procedura di liquidazione fallimentare o anche il concordato di tipo liquidatorio.

A sostegno della prima opzione interpretativa si è rilevato come, di fatto, il concordato liquidatorio rappresenti una possibilità meramente astratta visto che in realtà il debitore ha optato per la continuità aziendale¹⁴¹ e, ancora, si sono prese in considerazione comparazioni operate con altri ordinamenti che sono state espressamente valutate dal legislatore della riforma del 2006¹⁴², portando gli interpreti a concludere che tendenzialmente si debba guardare solo al fallimento.

¹⁴⁰ Contra PATTI, in *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *ilFallimento*, n. 3/2013, che così si esprime sul punto: “Non credo che una tale comparazione possa costituire un vincolo, come per il caso, espressamente previsto, di non deteriore trattamento rispetto alla liquidazione, dei creditori assistiti da diritto di prelazione di cui la proposta preveda la non integrale soddisfazione (art. 160, secondo comma). Mentre qui, infatti, si deve giustificare la deroga alla regola generale di integrale pagamento (salva loro rinuncia) di tale categoria di creditori, la valutazione di miglior soddisfazione è invece di convenienza, interamente rimessa ai creditori, a tutela di un loro interesse. Ma in realtà l’ottica di valutazione comparativa, pur non costituendo vincolo in senso proprio, permea il procedimento di concordato, trovando un positivo riscontro normativo nell’art. 180, quarto comma, proprio in riferimento alla contestazione della sua convenienza in sede di omologazione: con il conferimento al tribunale di un giudizio di non deteriore trattamento del creditore dissidente “rispetto alle alternative concretamente praticabili” (art. 180, quarto comma). E ciò comporta un evidente ampliamento dello spettro comparativo, per la previsione qui, rispetto al primo caso in cui il parametro è rappresentato dalla liquidazione, di ogni altra possibilità soddisfattiva concretamente praticabile: ancora ricorrendo il richiamo alla concretezza, come nella sopra illustrata declinazione della causa.”

¹⁴¹ Così AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015*, in *Dir. Fall.*, n. 5/2015.

¹⁴² “Alla prospettata conclusione - quella che il raffronto debba riguardare essenzialmente l’alternativa fallimentaristica - può giungersi anche attraverso un percorso più articolato, che prenda le mosse dall’analisi della letteratura che correda il dibattito sulla gestazione della riforma del 2006, con particolare riferimento alla considerazione dei modelli stranieri cui la riforma poteva, o voleva, adeguarsi, in particolare l’esperienza statunitense del Chapter 11. Tale istituto (che sostanzialmente corrisponde al nostro concordato preventivo, almeno in quanto teso ad evitare la liquidazione fallimentare) prevede che

Qualche autore peraltro ha condiviso questa tesi non mancando di rilevare che, anche in seno alla liquidazione fallimentare, la legge prevede istituti che permettano di continuare le attività aziendali (si veda l'esercizio provvisorio di cui all'art. 104 l.f.) ed in tal senso dunque viene da chiedersi se anche tale possibilità debba essere degna di considerazione da parte dell'attestatore¹⁴³.

Quest'ultima è certamente una soluzione suggestiva e condivisibile se non che nella totalità delle casi dottrina e giurisprudenza alludono esclusivamente al concetto di "liquidazione", lasciando irrisolto un problema sicuramente meritevole di ulteriori approfondimenti¹⁴⁴.

In realtà, fermo restando che dalla lettura della legge fallimentare non è possibile discernere quale sia stata l'intenzione del legislatore al riguardo, paiono corrette tanto le motivazioni di quanti condividano la prima impostazione che di quanti assumano come parametro anche la liquidazione concordataria¹⁴⁵, non essendovi motivi giuridici decisivi che inducano ad escludere né la prima né la seconda delle citate prospettazioni.

l'omologazione ("confirmation") del piano da parte delle Corti possa avvenire, pur in presenza di opposizioni di creditori dissenzienti, se risultano rispettate le condizioni previste dalla Section 1129 dell' US Code, fra cui quella ivi specificata sub (a)7, del best interest for creditors, secondo cui il piano stesso deve garantire, ai creditori falcidiati e dissenzienti, valori non inferiori agli ammontari che essi riceverebbero nell'ipotesi in cui il patrimonio del debitore fosse liquidato in base alle norme del Chapter 7 (fallimento)" (TIZZANO, L'indeterminatezza del giudizio di miglioria e l'attestazione ex art. 186-bis co. 2, lett. b) l.f., in ilFallimento, n. 2/2014).

¹⁴³ ROSSI, *op. cit.*

¹⁴⁴ Alcuni giudici sono stati sensibili all'argomento ammettendo espressamente che il giudizio comparativo deva riferirsi non solo alla liquidazione fallimentare in forma atomistica ma anche in forma aggregata. Così App. Milano, sent. 22.3.2017; Trib. Bologna, decr. 6.4.2016; Trib. Milano, decr. 22.12.2014.

¹⁴⁵ In dottrina propendono per questa soluzione FICO, *op. cit.*; MANFREDI, *Il concordato in continuità: alcune criticità e tecniche per l'attestazione*, in *ilFallimentarista*, 2013; CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, in *ilFallimentarista*, 2014; FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato visti dal prisma di una lettura difensiva*, in

Nemmeno uno sguardo alla giurisprudenza che si è espressa sul punto risulta essere utile al fine di sciogliere il dubbio visto che i giudici di merito, come detto, tendono a riferirsi ad un indeterminato “scenario liquidatorio”¹⁴⁶, alludendo in alcuni casi alla prospettiva fallimentare e, in altri, anche alla procedura concordataria basata sulla cessione dei beni.

Allo stesso tempo però, vi è da dire che forse pare più plausibile un raffronto rispetto alla sola procedura fallimentare: se infatti il punto di partenza di tale ragionamento era che fosse da escludersi la rilevanza di qualunque soluzione concretamente attuabile dal debitore, di fatto si finirebbe col negare siffatto principio laddove si condividesse la seconda tesi visto che il concordato liquidatorio, al pari del concordato in continuità, non è un'autonoma tipologia concordataria ma un concordato con caratteristiche peculiari determinate dai particolari contenuti del piano.

ilFallimento, n. 5/2016 e D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in ilFallimento, n. 3/2017.

¹⁴⁶ Sembrano propendere per la tesi estensiva: App. Firenze, decr. 8.5.2017; Trib. Firenze, decr. 2.11.2016; Trib. Milano, decr. 15.11.2016; Trib. Alessandria, 5.12.2016. Per una tesi restrittiva si veda: App. Venezia, decr. 12.5.2016; App. Milano, sent. 22.3.2017; App. Bologna, sent. 1.3.2017; Trib. Roma, decr. 24.3.2015; Trib. Bologna, decr. 15.11.2016; Trib. Bologna, decr. 6.4.2016; Trib. Massa, decr. 29.9.2016.

10. Conclusioni: nel concordato in continuità la “fattibilità economica” e la convenienza sono presupposti per l’ammissione della domanda?

L’analisi delle questioni relative ai contenuti aggiuntivi dell’attestazione è strutturalmente connessa, a parer mio, con il problema della *causa in concreto* del concordato preventivo.

In merito non vi sono state molte evoluzioni rispetto all’arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite datato 2013, essendo opinione ancora condivisa da pressoché tutti i tribunali che al giudice spetti un sindacato esterno in ordine alla fattibilità giuridica, al rispetto della causa del concordato, e che da tali ambiti di valutazione esulino i profili della “convenienza” e della “fattibilità economica”.

Questa impostazione può rivelarsi senz’altro adeguata in termini generali ma merita sicuramente di alcune precisazioni per quanto attiene alla fattispecie del concordato in continuità aziendale.

Ripercorrendo l’orientamento della Suprema Corte, l’attestazione del professionista costituisce documento informativo diretto ai creditori, perché ne accertino la convenienza, e, solo in secondo luogo, al giudice affinché verifichi che siano state seguite regole di logica e ragionevolezza da parte dell’attestatore.

L’art. 186-bis, co. 2, lett. b), tuttavia, prevede che l’attestazione medesima debba anche dar conto della funzionalità della prosecuzione aziendale rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori.

Ci si chiede allora se questa puntualizzazione del legislatore sia orientata a garantire semplicemente una migliore informazione del ceto creditorio oppure se abbia una valenza che da alcuni è stata definita come “*restauratrice*”¹⁴⁷.

Non si vuole in tal senso mettere in dubbio che i contenuti integrativi ivi previsti siano funzionali all’espressione del giudizio informato da parte dei creditori ma pare altrettanto corretto rinvenire in tale frase una precisazione legislativa volta a riaffermare, una volta per tutte, che il fine sotteso dalla procedura concordataria in esame debba essere quello del miglior soddisfacimento dei creditori.

E’ allora ragionevole credere che tali informazioni aggiuntive non siano in alcun modo finalizzate a permettere al giudice un vaglio di ammissibilità anche dal punto di vista della “fattibilità economica” e della “convenienza”?

Il Tribunale, sempre secondo l’impostazione data dalla Cassazione, ha il dovere di verificare, ai fini dell’ammissione, che piano, proposta, domanda siano compatibili con la funzione socio-economica del concordato preventivo; funzione che consiste nel superamento della crisi con la contestuale previsione di un grado di soddisfazione, pur minimale, dei creditori.

Si deve dunque chiarire quale sia la causa (in concreto) del concordato in continuità aziendale e se si condivide l’ormai prevalente tesi per cui questo strumento non sia in alcun modo diretto a tutelare interessi collettivi, la si deve ravvisare nel superamento

¹⁴⁷ Così si è evidenziato che “*la clausola in discorso esprimerebbe una valenza restauratrice, in funzione della quale essa, pur non confliggendo coi valori introdotti, od esplicitamente riconosciuti, dalle riforme del diritto fallimentare a partire dal 2005 - salvaguardia del valore aziendale, delle strutture produttive dell’impresa e dei livelli occupazionali (ad esempio, negli artt. 104, 104 bis e 105) -, riaffermerebbe, rispetto ad essi, la centralità della più tradizionale componente della ratio concorsualistica, quella, appunto, del (miglior) soddisfacimento dei creditori.*” (TIZZANO, *op. cit.*).

della crisi per mezzo della (oggettiva o soggettiva) prosecuzione delle attività aziendali che sia pur sempre funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

La causa del concordato in continuità dunque, rispetto a quella generale dell'istituto concordatario, si caratterizza proprio per il fatto che non possa assicurare solo una minimale soddisfazione ai creditori ma debba garantire una percentuale di realizzo superiore a quella conseguibile in un ipotetico scenario fallimentare.

Ecco dunque che, a parer mio, il "miglior soddisfacimento" costituisce uno degli elementi fondamentali della causa del concordato in continuità, elemento che non può essere escluso dal controllo giurisdizionale in sede di ammissione della domanda.

Attribuire al Tribunale, in questi casi, un potere di verifica rispetto a tale requisito sembra peraltro essere la soluzione più adeguata poiché pare assurdo negare che suddetta condizione (quella della migliore soddisfazione delle ragioni creditorie) sia presupposto per l'ammissione del concordato dato che, se non lo fosse, non vi sarebbe altro contro-bilanciamento all'importante mole di deroghe al principio della *par condicio creditorum*, previste dalla disciplina del concordato in continuità aziendale.

Una simile affermazione ovviamente non implica nemmeno che debbano essere ridimensionate le prerogative dei creditori rispetto a quelle del giudice poiché, comunque, il giudizio finale sulla convenienza spetterà al comitato dei creditori.

In caso di accertamento della mancanza di tale presupposto e conseguente dichiarazione di inammissibilità non vi sarebbe infatti alcuna intrusione nel "merito" da parte dell'organo giurisdizionale visto che quest'ultimo è chiamato in tali circostanze ad operare un controllo del piano e della proposta verificando che la fattispecie concreta non sia in contrasto con la funzione causale tipica dell'art. 186-bis l.f.

Si tratta dunque pur sempre di un vaglio di legittimità perché il miglior soddisfacimento dei creditori è uno dei fini ai quali la procedura deve tendere, seppur per tacita previsione legislativa che deve in ogni caso essere rispettata.

Va da sé dunque che, una volta impostato così il discorso, il giudice debba andare a verificare anche il profilo della “fattibilità economica”: non si potrebbe infatti concepire un giudizio di convenienza disancorato da un preliminare giudizio di fattibilità anche perché risulta ovvio, giuridicamente parlando, che la fattibilità sia questione “pregiudiziale” rispetto alla convenienza.

Questa tesi inoltre permette anche di spiegare la scelta di condividere l’opinione per cui, al fine di esprimere un giudizio sulla convenienza, il confronto debba essere svolto esclusivamente rispetto alla liquidazione fallimentare: se si considera la convenienza come condizione di ammissibilità sarebbe eccessivamente gravoso per il proponente che il giudice considerasse anche la liquidazione concordataria, sostituendosi peraltro in una scelta discrezionale rispetto al contenuto del piano, scelta che spetta unicamente al debitore e che solo dal ceto creditorio può essere eventualmente valutata.

CAPITOLO TERZO

I CONTENUTI POSSIBILI DEL PIANO CONCORDATARIO

1. L'affitto d'azienda: un problema irrisolto?

Come già si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, pare chiaro come la disposizione di cui all'art. 186-bis l.f. non si distingua per chiarezza e precisione.

Se da un lato si concorda sulla nozione di "continuità" (oggettiva) adottata dal legislatore, dall'altro non si riesce a comprendere quali siano i contenuti che possano contraddistinguere un simile piano concordatario.

Con ciò non si intende certo affermare che la Legge Fallimentare abbia tralasciato tali aspetti, anche perché ciò sarebbe palesemente contraddittorio con la stessa lettera della legge che, a prima vista, individua chiaramente quali debbano essere i contenuti del piano, prevedendo in tal senso che la continuità sia compatibile con la cessione d'azienda, con la prosecuzione diretta e con il conferimento d'azienda.

La completezza, tuttavia, risulta essere solo apparente visto che la norma non dà indizi decisivi al fine di comprendere se tale elencazione sia tassativa o se in concreto il piano possa essere strutturato secondo modalità diverse, purché preordinate a garantire la continuità del complesso produttivo.

In particolare, l'articolo in questione non contempla alcune fattispecie molto diffuse nella prassi concordataria come l'affitto d'azienda, la scissione e la fusione, generando così importanti dubbi sulla praticabilità di tali operazioni nel contesto di un concordato con continuità aziendale.

Tali dubbi non hanno del resto tardato ad emergere e da anni ormai si assiste ad una continua divisione tra operatori giuridici, con un continuo proliferare di tesi ed orientamenti che di certo non fanno che porre notevoli ostacoli al risanamento effettivo dell'azienda in crisi.

Guardando al futuro, non si può che condividere la scelta del legislatore di risolvere definitivamente tali problematiche di portata fondamentale, vista anche l'annunciata eliminazione della fattispecie concordataria di tipo liquidatorio.

Così l'art. 7, co. 1, lett. i), n. 3, del d.l.d. n. 2681, elaborato dalla Commissione Rordorf, prevede espressamente che l'art. 186-bis "*si applica anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato*".

Queste, tuttavia, rimangono eminentemente considerazioni svolte *de iure condendo* e, pertanto, è senz'altro necessario soffermarsi su quella che è l'opinione attuale in merito di dottrina e giurisprudenza.

2. L'affitto d'azienda "puro" e la tesi letterale

Chi scrive ritiene innanzitutto che si debba fare chiarezza rispetto alle diverse sfaccettature che presenta la fattispecie dell'affitto d'azienda.

E' ormai pratica comune prevedere, accanto al contratto di affitto, un impegno ad acquistare l'impresa affittata, spesso subordinando il trasferimento all'omologazione del concordato preventivo.

Questa sicuramente pare essere l'ipotesi di più semplice soluzione per l'interprete, ma si deve tenere a mente che l'impegno all'acquisto, programmato in un momento successivo, è solo elemento aggiuntivo e che bisogna obbligatoriamente e preventivamente soffermarsi ad analizzare il caso in cui sia concluso un contratto di affitto "puro".

E' necessario in questa sede interrogarsi sulla compatibilità delle norme che disciplinano il concordato in continuità con l'affitto d'azienda fine a se stesso, già concluso al momento dell'accesso alla procedura oppure da concludersi in quanto oggetto del piano concordatario.

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è senz'altro prevalente la tesi che nega suddetta compatibilità, con la conseguenza che il relativo piano, in tali casi, vada qualificato come liquidatorio¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Si veda in tal senso BOZZA, *Affitto e vendita dell'azienda come strumenti di risanamento dell'impresa*, in *Il Fallimento*, n. 10/2017. In giurisprudenza, ex multis, si è recentemente obiettato che "l'affitto d'azienda (già in atto al momento della presentazione della domanda di concordato) non vale di per sé a qualificare la proposta come concordato in continuità piuttosto che liquidatorio: la giurisprudenza di merito maggioritaria era orientata nel senso di ritenere che l'affitto di azienda non comporti una continuità aziendale poiché ciò è maggiormente rispondente alla ratio dell'art. 186 bis LF, e anche quella parte di giurisprudenza che ha riconosciuto l'esistenza di un nesso era pervenuta a questa conclusione solo quando l'affitto d'azienda fosse finalizzato al suo trasferimento a terzi, evidenziando come nel caso l'affitto di

Le ragioni addotte a sostegno di questo orientamento sono diverse ed occorre qui esaminarle singolarmente.

Il primo argomento ostativo alla riconduzione della fattispecie nel campo di applicazione delle disposizioni sulla continuità pare essere meramente letterale: a differenza di quanto disposto dall'art. 160 l.f., infatti, il legislatore non ha lasciato alcuna libertà al proponente nella determinazione dei contenuti del piano, individuando tassativamente le ipotesi in cui debba ravvisarsi un concordato in continuità aziendale¹⁴⁹. L'opinione dottrinale prevalente, poi accolta anche da buona parte dei giudici di merito, riteneva che il riferimento alla cessione ed al conferimento d'azienda indicasse la chiara volontà legislativa di escludere l'affitto d'azienda.

La norma infatti prevede espressamente che il proponente possa beneficiare dei vantaggi connessi al concordato in questione anche quando sia garantita una continuità "indiretta", per mezzo dell'intervento di terzi che assumano il rischio relativo alla prosecuzione dell'impresa in esercizio.

Secondo tali autori, tuttavia, la possibilità di qualificare come in continuità un concordato fondato su tali due distinte operazioni, citate *expressis verbis* dalla legge, non

azienda era stato concluso prima della domanda di concordato preventivo e la domanda e il piano non prevedevano il trasferimento dell'azienda alla società affittuaria" (Corte d'Appello di Firenze, 13.1.2017, in Altalex, con nota di CALDERINI. Chiara inoltre anche la posizione del Tribunale di Patti per cui "Non è configurabile un'ipotesi di concordato con continuità aziendale e, di conseguenza, non è applicabile la disciplina contenuta all'art. 186bis l. fall. nel caso in cui l'imprenditore presenti domanda di concordato preventivo ad un soggetto, già affittuario della sua azienda senza che, in un dato termine, sia allo stesso tempo previsto un obbligo di acquisto della stessa. Infatti, se l'affitto non è finalizzato alla cessione non vi è alcuna necessità di garanzia nei confronti dei creditori concorsuali dai rischi della prosecuzione d'attività" (Trib. Patti, 12.11.2013, in ilcaso.it).

¹⁴⁹ La specialità dell'art. 186-bis non permetterebbe quindi alcun tipo di interpretazione analogica atta ad ampliare il campo applicativo della norma. Così AMATORE, Concordato in continuità aziendale e requisiti di ammissibilità, in *Il Fallimentarista*, 2013 e Concordato in continuità aziendale ed affitto d'azienda, in *Il Fallimentarista*, 2015.

consente di allargare le maglie di ammissibilità della fattispecie concordataria tanto da ricomprendervi strumenti, quali quello dell'affitto d'azienda, non contemplati dall'art. 186-bis l.f.¹⁵⁰

E' questa un'impostazione senz'altro rigoristica e formale che non risulta troppo soddisfacente dal punto di vista sostanziale perché porterebbe ad escludere che l'affitto d'azienda sia compatibile con la continuità anche nel caso in cui sia previsto un impegno all'acquisto e, dunque, quando sia preordinato alla successiva cessione del compendio aziendale.

Deve quindi preferirsi non tanto un'interpretazione letterale fine a se stessa quanto un'indagine sul significato delle parole e dei termini utilizzati dal legislatore poiché solo percorrendo questa strada si può giungere ad una sistemazione logicamente accettabile della questione.

Non soffermandosi sul mero silenzio della legge, visto che si potrebbe aderire tanto all'orientamento incarnato nel brocardo latino *"Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit"* quanto alla tesi opposta che ritiene ammissibile tutto ciò che non sia espressamente vietato dalla legge, occorre comprendere a pieno quale sia il senso della previsione per quanto riguarda le fattispecie di continuità indiretta.

Il riferimento alla cessione ed al conferimento d'azienda consacrano definitivamente la possibilità per l'imprenditore decotto di trasferire l'azienda in esercizio, godendo

¹⁵⁰ In particolare vi è anche chi sostiene convintamente che non si possa parlare di concordato in continuità nemmeno nel caso di conferimento o cessione d'azienda: *"credo di conseguenza di non poter escludere che la disposizione in commento plus dixit quam voluit, facendo riferimento eccettuativo indistinto al concordato con continuità aziendale laddove verosimilmente l'intenzione del legislatore era quella di riferirsi solo alla forma pura di continuità aziendale, l'unica idonea a distinguersi anche strutturalmente da quelle liquidative"*. Così LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, in *Il Civilista*, n. 3/2015. In giurisprudenza l'argomento letterale è condiviso anche dal Tribunale di Terni, 22.1.2013, in ilcaso.it.

tuttavia del complesso insieme di privilegi che discendono dall'applicazione delle norme sul concordato in continuità, e questo per via del fatto che la riforma della legge fallimentare ha preferito adottare una nozione oggettiva di continuità.

Ciò però non implica necessariamente che le due figure indicate siano esclusivamente esemplificative e che dunque non pongano dei limiti all'espansione delle norme di cui all'art. 186-bis.

Corretta è senz'altro l'opinione di quanti continuano ad evidenziare che l'elemento comune alla cessione ed al conferimento d'azienda sia quello del definitivo trasferimento dell'azienda dall'imprenditore in concordato ad un terzo ed è da tale elemento dunque che non si può in alcun modo prescindere¹⁵¹.

Nel caso dell'affitto d'azienda fine a sé stesso, ancor prima di qualsiasi ragionamento che indaghi la compatibilità sostanziale con la disciplina del concordato in continuità, si deve preliminarmente escludere l'applicazione dell'art. 186-bis perché non vi è alcun collegamento funzionale con la cessione/conferimento, tanto da rendere l'affitto d'azienda uno strumento che si pone effettivamente al di fuori della previsione legislativa¹⁵².

¹⁵¹ Si condivide quanto espresso da ALBERTI, in *L'affitto d'azienda nel concordato preventivo in continuità aziendale*, in Osservatorio sulle Crisi d'Impresa, 2014, p.49, per cui "Altro elemento che avvalorava l'ipotesi della incompatibilità è il significato attribuito al concetto di "cessione" che, per i più, rinvia ad ogni trasferimento del diritto di proprietà del complesso aziendale a soggetti terzi, ipotesi che effettivamente si realizza mediante cessione e conferimento: entrambe si configurano come fattispecie di tipo traslativo a cui pare estremamente difficoltoso ricondurre l'ipotesi dell'affitto, anche qualora propedeutico a una successiva cessione".

¹⁵² Pare da condividersi l'osservazione di GALLETI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *Il fallimentarista*, 2012, per cui "l'espressione "cessione di azienda in esercizio", pur nella sua evidente atecnicità, è riferibile solo al trasferimento in proprietà dell'azienda a terzi". Sul punto anche BOZZA, op. cit, ritiene che "Del resto, se si muove dal concetto che la continuità indiretta presuppone l'acquisizione quanto meno di una offerta di acquisto dell'azienda, diventa consequenziale escludere dal novero delle possibili configurazioni l'affitto, privo di una contestuale proposta di acquisto".

Vi sono invero altre motivazioni alle quali gli interpreti sono ricorsi al fine di pervenire alla medesima affermazione ma, in tal caso, pare forse più adeguato trattarle con riferimento all'affitto preordinato alla cessione dato che, se si aderisce alla tesi qui prospettata, in radice si risolverebbe il problema relativo all'affitto "puro".

3. L'affitto “ponte”: la tesi negativa

Il problema pare invero mutare sensibilmente fisionomia se si prende in considerazione la possibilità di inserire un “affitto-ponte” nel piano concordatario con continuità. Come già rammentato, è piuttosto frequente oggigiorno che sia previsto un impegno all’acquisto dell’azienda, da parte dell’affittuario, a seguito del decreto di omologa del concordato preventivo.

In tal caso l’affitto d’azienda risulta essere mezzo ideale al fine di garantire tempestivamente il mantenimento in attività dell’impresa in crisi, così da impedire una possibile perdita di avviamento e facilitare il trasferimento ad un imprenditore terzo che intenda acquistarla dopo l’omologazione del concordato preventivo¹⁵³.

La funzionalizzazione dell’affitto rispetto alla futura vendita dell’azienda permette quindi di superare le criticità che si erano evidenziate con riguardo alla fattispecie “pura”, in quanto appare chiaro come lo strumento sia connesso intimamente con il trasferimento della titolarità dell’impresa.

Anzi, a sostegno di tale tesi, si potrebbe affermare che la stessa *ratio* sulla quale poggia l’istituto del concordato preventivo in continuità aziendale imporrebbe di considerare il legame tra l’affitto e la cessione aziendale perché il primo si pone, nella buona parte dei casi, come passaggio obbligato al fine di conservare il valore aziendale e, perciò, meglio tutelare le ragioni dei creditori concordatari.

¹⁵³ “L’impegno del terzo all’acquisto, rafforzato anche da ulteriori garanzie personali per il caso dell’inadempimento, permette ai creditori di riporre maggiore affidamento sul valore di realizzo dell’azienda accrescendo così le chance di approvazione della proposta concordataria. Tale schema viene utilizzato sia nel caso in cui il potenziale acquirente sia un soggetto terzo, sia che si tratti di una società costituita ad hoc dall’imprenditore titolare dell’azienda in crisi” (ALBERTI, op. cit.).

Se si considera proprio che lo spirito della riforma del 2012 muoveva verso una miglior tutela della *par condicio creditorum*, per mezzo della preservazione delle unità produttive, ben si comprende che l'affitto ponte, da un punto di vista meramente sistematico, non creerebbe particolari problemi di compatibilità con la disciplina in esame.

Le ragioni a sostegno della tesi che propende per l'inammissibilità dello strumento non si esauriscono tuttavia nell'interpretazione letterale e/o sistematica del dettato legislativo ed anzi fanno perno su delle argomentazioni tecniche che ingenerano senz'altro non pochi dubbi nell'interprete.

Se l'esclusione dal campo di applicazione dell'art. 186-bis dell'affitto "puro" aveva trovato concordi dottrina e giurisprudenza, nel caso dell'affitto ponte si è assistito ad un vero e proprio contrasto giurisprudenziale tra Corti che ne affermano o negano la compatibilità con la continuità aziendale.

I primi giudici che si sono trovati a risolvere la questione, paiono aver dato una declinazione soggettiva non solo al concetto di azienda ma anche alla stessa nozione di continuità che il legislatore, invece, ha inteso in senso oggettivo.

Esemplificativa di tale orientamento è una pronuncia del Tribunale di Como¹⁵⁴, laddove si chiarisce che *"un secondo orientamento, autorevolmente sostenuto in dottrina e avallato anche dalla prima giurisprudenza di merito formatasi con la primigenia introduzione dell'art. 186 bis l.f. con la riforma del 2012, ponendo l'accento su una concezione soggettiva della*

¹⁵⁴ Trib. Como, 27.1.2016, in *ilcaso.it*. La pronuncia in oggetto non è isolata e, anzi, pare consolidare i risultati interpretativi raggiunti già da altri Tribunali. Si vedano in tal senso, così come richiamati dallo stesso provvedimento, Tribunale di Pordenone 4 agosto 2015; Tribunale di Arezzo 27 febbraio 2015; Tribunale di Busto Arsizio 1 ottobre 2014; Tribunale di Patti 12 novembre 2013; Tribunale di Trento 6 aprile 2013; Tribunale di Terni 29 gennaio 2013 e 12 febbraio 2013; Tribunale di Ravenna 29 ottobre 2013.

prosecuzione dell'attività aziendale, cui non è indifferente la figura dell'imprenditore, esclude la compatibilità dell'affitto dell'azienda con la continuità aziendale".

I giudici comaschi, in particolare, hanno desunto il carattere soggettivo della continuità aziendale interpretando in maniera restrittiva l'art. 2555 c.c. riguardante l'impresa e ponendolo in relazione, da una parte, con la norma di cui all'art. 2558 c.c., che limita *rationae personae* la successione nei contratti post alienazione aziendale, dall'altra con le stesse agevolazioni previste dall'art. 186-bis l.f. in merito alla continuazione dei contratti pubblici caratterizzati, anch'essi, dall'*intuitu personae*¹⁵⁵.

Quanti continuano a propendere per la tesi restrittiva, ritengono inoltre che l'affitto d'azienda, anche se preordinato ad una futura cessione, comporti il trasferimento del rischio imprenditoriale dal soggetto in crisi ad un soggetto terzo, rischio che invece dovrebbe essere sopportato dai creditori concordatari¹⁵⁶.

Tale questione, seppur autonoma, è comunque un corollario della tesi soggettiva di cui si è accennato nelle righe che precedono ed occorre infatti riproporre le conclusioni alle quali è pervenuto il citato Tribunale di Como, per cui *"la disposizione in esame sia stata articolata dal legislatore sul presupposto che non vi sia, né possa esservi nel concordato con continuità aziendale, né un affitto d'azienda anteriore, né un affitto d'azienda interinale nella fase endoconcordataria, ma che, dal momento del deposito della domanda di concordato in avanti*

¹⁵⁵ Si veda, per un'esauriente analisi delle argomentazioni a sostegno della tesi soggettiva, il contributo di GREGGIO-BONIVENTO, *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, 2017, in ilcaso.it.

¹⁵⁶ *"Il concordato con continuità aziendale implica una sopportazione del rischio di impresa da parte dei creditori concorsuali, la quale può giustificarsi e sussistere solo nell'ipotesi in cui l'impresa sia gestita dall'imprenditore e la gestione continui a presentare dei parametri di aleatorietà per i creditori concordatari. Deve, pertanto, essere esclusa l'applicazione della disciplina del concordato con continuità aziendale qualora il piano preveda l'affitto dell'azienda quale strumento di transito verso il successivo trasferimento a terzi della stessa"* (Trib. Firenze, 1.1.2016, in ilcaso.it).

(almeno fino a cessione e conferimento, nel concordato misto), l'azienda in esercizio debba essere gestita direttamente dall'impresa in concordato, attraverso la diretta gestione e la conseguente assunzione diretta del rischio imprenditoriale"¹⁵⁷.

Bisogna dunque chiedersi se il legislatore, oltre ai presupposti positivizzati nella norma, abbia sottointeso che, perché vi sia continuità aziendale, il rischio imprenditoriale ed in particolare quello connesso all'assunzione di nuove passività, debba essere sopportato unicamente dal ceto creditorio.

L'assunto risulta incontestabile e fino ad oggi nessun interprete sembra essersi espresso in senso difforme.

La giustificazione è sicuramente evidente e va ricercata nella stessa disciplina del concordato in continuità, disciplina che accorda importanti privilegi ma che impone anche ingenti aggravii documentali e procedimentali a carico del proponente proprio per via del fatto che, rispetto ad un concordato liquidatorio, il rischio sopportato dai creditori debba trovare la propria causa razionale nelle migliori prospettive di soddisfacimento derivanti dalla conservazione e prosecuzione delle attività aziendali.

Proprio in riferimento all'obbligo di indicazione nel piano del bilancio previsionale di esercizio dell'impresa sono sorti i dubbi più consistenti perché da tale inciso si è tratto argomento a conferma della tesi negativa.

La specificazione dei costi e dei ricavi previsti infatti non avrebbe senso secondo tali interpreti poiché l'attività d'impresa andrebbe in queste circostanze riferita

¹⁵⁷ Trib. Como, 27.4.2016, in ilcaso.it. In tal senso, in tempi recenti, anche Trib. Pordenone, 19.1.2017, per cui *"il concordato in continuità non può che comportare una sopportazione del rischio da parte dei creditori concorsuali che può giustificarsi e sussistere se e fino a quando l'impresa sia gestita dall'imprenditore e la gestione continui a presentare dei profili di aleatorietà"*.

all'affittuario, non essendo in alcun modo rilevante per il ceto creditorio e per l'imprenditore concedente¹⁵⁸.

Sul punto, i giudici che hanno aderito ad un simile orientamento, hanno evidenziato che *“le particolari cautele a favore dei creditori previste dall'art. 186 bis l.f., rappresentate dalla allegazione di a) “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”, ossia dalla predisposizione di un vero e proprio business plan e b) l'attestazione speciale che la prosecuzione dell'attività “è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori” si giustificano in quanto post ammissione alla procedura vi sia una prosecuzione dell'attività foriera di rischi per i creditori e, in particolare, di quello specifico rischio che è rappresentato dalla maturazione di un ulteriore indebitamento in prededuzione, tale da peggiorare se non addirittura annullare le stesse iniziali prospettive di soddisfacimento liquidatorio dei creditori concordatari”*¹⁵⁹.

Si è osservato infatti che in questo caso le valutazioni dell'attestatore dovrebbero vertere obbligatoriamente non tanto sulle prospettive aziendali, in quanto non rilevanti per il

¹⁵⁸ Ex multis si risprende la tesi del Tribunale di Busto Arsizio per cui *“Sul punto, ritiene il Tribunale di dover condividere l'orientamento giurisprudenziale che ha evidenziato l'inconferenza della predetta disciplina, che impone la elaborazione di un vero e proprio bilancio previsionale dell'attività di impresa destinata a proseguire (con l'indicazione del fabbisogno finanziario e delle modalità con cui farvi fronte) ed un particolare contenuto della relazione del professionista (che deve attestare che il mantenimento dell'attività imprenditoriale sia idoneo a far conseguire ai creditori un soddisfacimento migliore rispetto all'alternativa liquidatoria), rispetto alle ipotesi in cui il pagamento dei creditori non dipenda dalla prosecuzione dell'attività - neppure indirettamente sub specie di canone d'affitto parametrato all'andamento della gestione svolta dall'affittuario - e pertanto non vi sia alcuna necessità di garantire i creditori concorsuali dai rischi connessi a tale prosecuzione”* (Trib. Busto Arsizio, 1.10.2014, in *ilcaso.it*). In dottrina si veda LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato in continuità aziendale*, in *ilFallimentarista*, 2015 e GALLETTI, *op. cit.*, e DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilFallimentarista*, 2015.

¹⁵⁹ Trib. Ravenna, 22.10.2014, in *ilcaso.it*.

ceto creditorio, bensì su aspetti non considerati dalla norma, tra cui, in particolare, la solvibilità dell'affittuario¹⁶⁰.

¹⁶⁰ In giurisprudenza si è sostenuto infatti che *“nell'affitto d'azienda il vero soggetto che “prosegue” (quel)l'attività di impresa è affittuario, sebbene ciò non comporti la cessazione dell'attività da parte dell'affittante, il quale, oltre ai marginali adempimenti per il suo mantenimento in vita quale soggetto imprenditoriale, si limita sostanzialmente a percepire i canoni pattuiti; ed è su di essi - non sul risultato imprenditoriale dell'affittuario - che i creditori fanno affidamento, per cui in sede di fattibilità va semmai riposta una particolare attenzione alla solvibilità dell'affittuario”* (Trib. Terni, 29.1.2013, in ilcaso.it).

4. (Segue) L'affitto "ponte": la tesi positiva

Nel precedente paragrafo si è dato conto delle principali motivazioni utilizzate dagli interpreti al fine di confutare la tesi che propende per l'applicabilità dell'art. 186-bis l.f. alla fattispecie concordataria imperniata sull'affitto d'azienda.

Occorre tuttavia in questa sede svolgere alcune critiche alla posizione di una buona parte della giurisprudenza espressasi sul punto e della dottrina minoritaria che, tutt'ora, continua ad essere restia nel riconoscere la validità giuridica di alcuni argomenti a sostegno dell'orientamento estensivo.

Non volendosi qua affrontare nuovamente il tema da un punto di vista meramente letterale, vista l'inconcludenza a cui porterebbe l'utilizzo di un simile parametro, bisogna analizzare punto per punto i motivi addotti a conforto della tesi negativa.

In riferimento alla supposta natura soggettiva della continuità, che implicherebbe eminentemente una prosecuzione diretta da parte dell'imprenditore fino ad un eventuale cessione o conferimento d'azienda, non si possono che reiterare le osservazioni già svolte in tema di criteri distintivi tra concordato liquidatorio ed in continuità.

La riforma apportata con il decreto sviluppo del 2012 non sembra in alcun modo condividere l'orientamento "soggettivista" e, anzi, la stessa giurisprudenza è unanime nel ritenere che l'elemento discriminante sia costituito dall'oggettiva prosecuzione dell'attività aziendale¹⁶¹.

¹⁶¹ Tra le molte pronunzie si preferisce riportare nuovamente la posizione sul punto del Tribunale di Roma, per cui *"Il tenore letterale dell'articolo 186, comma 1, l.f. non appare, di per sé, risolutivo: se la prima ipotesi di concordato in continuità ("..prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore") sembra porre l'accento sulla necessità di una conduzione diretta dell'azienda da parte del debitore, le altre*

Autorevole dottrina ha correttamente sottolineato tale aspetto poiché *“lo spartiacque cui si deve ricorrere è di tipo oggettivo, non soggettivo: ciò che conta è che l’azienda sia in esercizio tanto al momento dell’ammissione al concordato, quanto all’atto del suo successivo trasferimento”*¹⁶².

La ricostruzione della norma nel senso appena prospettato è anche la più conferente con le intenzioni del legislatore della riforma, il quale ha chiaramente tentato di favorire il mantenimento in attività dell’impresa in crisi, accordando una serie di agevolazioni per il solo fatto che vi sia continuazione dell’esercizio aziendale e che questa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Escludere dunque *tout court* l’affitto d’azienda come strumento esecutivo del concordato in continuità è operazione logica ed interpretativa *contra legem* dato che negherebbe la compatibilità con l’art. 186-bis di un mezzo che si pone al servizio della conservazione in esercizio dell’azienda, nel rispetto peraltro degli stessi limiti posti dalla Legge Fallimentare¹⁶³.

*due ipotesi, nella parte in cui richiamano la nozione di “azienda in esercizio” senza ulteriori specificazioni potrebbero, invece, far ipotizzare la sufficienza dell’elemento oggettivo della presenza di una azienda in esercizio, a prescindere dal soggetto (il debitore o l’affittuario) che in concreto la eserciti”*¹⁶¹.(Trib. Roma, Trib. Roma, *Linee guida in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, doc. 8321 del 9.5.2016). In senso conforme, Trib. Roma 24.3.2015; Trib. Bolzano decr. 10.3.2015; Trib. Ravenna decr. 28.4.2015; Trib. Alessandria decr. 18.1.2016.

¹⁶² Così AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato preventivo con continuità aziendale*, 2013, in *ilcaso.it*. In senso conforme si veda Trib. Cuneo, 29.10.2013, in *ilcaso.it*.

¹⁶³ Nel caso dell’affitto ponte infatti viene rispettato il confine ultimo dell’istituto per cui la norma ha previsto che possa parlarsi di continuità indiretta solo laddove vi sia un effettivo trasferimento del compendio aziendale. Inoltre si osserva che *“Escludendo la compatibilità dell’affitto “ponte” (finalizzato alla successiva cessione dell’azienda/ramo d’azienda a terzi) con la fattispecie del concordato con continuità, si finirebbe per limitare le ipotesi di continuità alle sole fattispecie di continuità “diretta”, privilegiando una mera interpretazione letterale della disposizione di legge a discapito del mantenimento dei valori di funzionamento dell’azienda e di preservazione della stessa”* (GREGGIO-BONIVENTO, *op.cit.*).

Seppur ancora si continui a ritenere che la maggior parte dei giudici siano propensi ad abbracciare un orientamento soggettivo si deve necessariamente porre l'attenzione su di un progressivo mutamento dell'opinione giurisprudenziale che ha portato ad un temperamento delle rigoristiche e formalistiche tesi analizzate in precedenza.

In tema di continuità (oggettiva o soggettiva) è senz'altro condivisibile la posizione del Tribunale di Bolzano¹⁶⁴ il quale si è trovato a dover dirimere i dubbi relativi all'affitto d'azienda "ponte", ricordando ancora una volta come debba essere considerata eminentemente l'oggettiva prosecuzione dell'attività aziendale e che solo nel caso *"in cui la prosecuzione dell'attività d'impresa si riveli funzionale alla liquidazione, come accade anche ad es. quando il temporaneo mantenimento della rete commerciale sia strumentale all'alienazione della merce presente in magazzino a condizioni più favorevoli, si applicheranno le regole dell'art. 182 LF, escludendosi l'operatività dell'art. 186 bis LF"*.

Il collegio Altoatesino peraltro non ha mancato di rimarcare l'incompatibilità di una lettura restrittiva della norma con la *ratio* dello stesso art. 186-bis l.f., pervenendo alle stesse conclusioni già espresse in questa sede e per cui *"L'affitto d'azienda, che persegue la finalità di mantenere in vita, di continuare, appunto, l'attività d'impresa, non è altro che uno "strumento ponte" per giungere proprio alla cessione o al conferimento della stessa senza il rischio della perdita dei valori intrinseci- primo fra tutti l'avviamento- che un suo arresto, anche solo momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile. L'affitto d'azienda, quindi, rappresenta uno*

¹⁶⁴ Il provvedimento del collegio bolzanino invero riprende e sviluppa un orientamento già consistentemente diffuso tra i giudici di merito. In senso conforme infatti si sono espressi Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014; Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013; Trib. Mantova, 19 settembre 2013; Trib. Monza, 11 giugno 2013; Trib. Firenze, 19 marzo, 2013; tutti in *ilcaso.it*. In tempi più recenti si veda invece Trib. Macerata, 12.1.2017 in *ilcaso.it*.

strumento compatibile, essenziale e funzionale al raggiungimento degli obiettivi sottesi, da un lato alla conservazione dell'impresa, e dall'altro al miglior soddisfacimento del ceto creditorio".

Se da un lato ormai dunque pare pacifico che larga parte dei tribunali abbia accolto una nozione più ampia di continuità, maggiormente aderente ad una lettura sistematica della Legge Fallimentare, non resta che risolvere la questione attinente al rischio imprenditoriale come elemento caratterizzante la fattispecie di cui all'art. 186-bis l.f.

Il quesito, in tal caso, verte sulla configurabilità di un ulteriore presupposto di ammissibilità del concordato preventivo in continuità, da rintracciarsi nel fatto che in corso di procedura ed almeno fino al trasferimento dell'azienda a terzi per mezzo di cessione o conferimento, il rischio imprenditoriale debba gravare sul ceto creditorio.

Potrebbe sembrare questa un'argomentazione consequenziale rispetto all'affermazione circa la natura soggettiva della continuità, capace dunque di essere smentita semplicemente confutando tale orientamento, ormai minoritario in dottrina e giurisprudenza.

Non risulta tuttavia del tutto corretto risolvere il problema per mezzo dell'"assorbimento" dato che, a parere di chi scrive, non vi è coincidenza tra questioni e la soluzione di una sola non è idonea a dare sistemazione logica e razionale all'altra.

E' necessario anzi approfondire il tema poiché è proprio su questo punto che si gioca una differenziazione tra fattispecie che può portare l'indagine qui svolta a risultati convincenti ed appaganti.

Come già ricordato, infatti, pare inconfutabile che la norma in esame implichi una sopportazione del rischio, derivante dalla prosecuzione delle attività aziendali, in capo ai creditori: la documentazione integrativa prevista dal co. 2 dell'art. 186-bis non fa che confermare tale assunto ed è essa stessa funzionale a garantire ai creditori una

conoscenza dettagliata delle prospettive d'impresa, affinché questi possano giudicare sulla convenienza in concreto della proposta, svolgendo un'analisi comparativa che metta a confronto il rischio imprenditoriale ed il maggior valore di realizzo atteso dalla prosecuzione d'impresa.

E' dunque da condividersi l'opinione di quanti ritengono che, in caso di affitto con pagamento di canone fisso in conto prezzo, l'attestazione del professionista sarebbe del tutto inutile per quanto concerne l'apprezzamento dei flussi di cassa futuri, dovendosi focalizzare più che altro sulle garanzie di solvibilità del soggetto affittuario.

Il ruolo dell'attestatore si risolverebbe in una circoscritta opera di verifica esterna circa le capacità tecniche di gestione del concedente a garanzia del pagamento del canone concordato, non potendosi l'esperto esprimere sugli aspetti propriamente contabili, amministrativi e finanziari della gestione da parte dell'affittuario¹⁶⁵.

Se si ammettesse tuttavia la possibilità di una relazione attestata imperniata sulla valutazione di affidabilità del terzo si stravolgerebbero completamente i contenuti dell'attestazione che, invece, l'art. 186-bis l.f. fissa in maniera dettagliata.

Ecco allora che la questione del rischio è di fondamentale rilevanza per il semplice fatto che l'attestazione assolve alla funzione centrale di informare il ceto creditorio sull'alea derivante dalla continuazione aziendale, così da mettere i creditori nella condizione di effettuare una scelta consapevole.

Detto ciò, tuttavia, non può nemmeno affermarsi a priori che la fattispecie dell'affitto d'azienda comporti una *translatio* del rischio in capo a terzi poiché, nella prassi

¹⁶⁵ Così Bozza, op. cit.

concordataria non è inusuale assistere ad una parametrizzazione del canone rispetto all'andamento effettivo dell'azienda.

In questo caso, e solo in questo, pare essere pienamente rispettata la struttura della norma giacché è evidente che seppur l'affittuario sopporti direttamente il rischio imprenditoriale questo comunque continui a gravare, in definitiva, sul ceto creditorio, rendendo indispensabile l'attività dell'attestatore volta a dar conto dei costi e ricavi attesi dalla continuità.

Tali aspetti, tuttavia, non vengono spesso colti da dottrina e giurisprudenza maggioritarie.

Le Corti che si sono schierate a favore dell'ammissibilità dell'affitto di azienda, infatti, hanno affrontato il problema in maniera poco approfondita, limitandosi a sostenere che, pur indirettamente, permane un certo rischio in capo al debitore cedente, legato soprattutto all'eventuale cattiva gestione dell'affittuario che possa cagionare una diminuzione di valore degli assets aziendali¹⁶⁶.

Questa tesi, seppur astrattamente accettabile, crea non pochi dubbi applicativi se coordinata con l'obbligo dell'attestatore di dar conto dell'andamento prospettico d'impresa e certificare la funzionalità della prosecuzione aziendale al miglior soddisfacimento dei creditori.

¹⁶⁶ "Tra tutti si ha il rischio di inadempimento dell'affittuario rispetto all'obbligazione del pagamento dei canoni e dell'eventuale prezzo di cessione. Un ulteriore profilo di rischio è quello rappresentato da una possibile mala gestione dell'affittuario, il cui operato incide sulla valutazione degli assets sia materiali che intangibles, con la conseguenza di una probabile riduzione del valore dell'avviamento e quindi del valore dell'azienda al momento della cessazione del contratto" (ALBERTI, op. cit.). Cfr. Trib. Cuneo, 29.10.2013: "appare incontestabile che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano".

Taluni ritengono che la relazione attestata debba limitarsi, come già evidenziato, ad un'indagine sulla solvibilità del terzo; ma tale profilo esula dalle previsioni di cui al co. 2 dell'art. 186-bis, privando l'attestazione stessa della sua funzione informativa nei confronti della massa dei creditori¹⁶⁷.

Una cosa dunque è la lettura sistematica delle disposizioni che regolano la continuità, lettura che tenga conto della *ratio* della disciplina e che tenti di colmare i vuoti lasciati dal legislatore; altra cosa è l'interpretazione creativa che porti a snaturare e stravolgere il senso della legge pur di forzare il campo applicativo dell'art. 186-bis l.f.

Si vuole qui ribadire dunque che l'affitto d'azienda è senz'altro strumento fondamentale al fine di mantenere in esercizio l'impresa ma che, allo stesso tempo, tali esigenze conservative non possono giustificare una forzatura a tutti i costi della disposizione in oggetto.

Compatibilmente con quanto espresso, quindi, l'unica tipologia di affitto d'azienda che può trovare spazio nell'ambito di un concordato in continuità, è l'affitto "ponte" con canone legato all'andamento aziendale, poiché solo in quest'ultimo caso è possibile riconoscere tutti i tratti costitutivi della fattispecie concordataria qui esaminata.

¹⁶⁷ Specie se si considera che in presenza di determinate garanzie a favore del concedente suddetta valutazione non sarebbe nemmeno necessitata.

5. Le operazioni straordinarie come strumenti esecutivi del concordato preventivo

I medesimi interrogativi sorti in riferimento al problema circa la compatibilità dell'affitto d'azienda con il concordato in continuità si ripropongono integralmente all'interprete che voglia indagare in merito all'ammissibilità delle operazioni straordinarie come contenuti del piano concordatario di cui all'art. 186-bis l.f.

Da un punto di vista meramente letterale, giova qui ribadire che non si può intendere in senso tassativo l'elencazione contenuta al primo comma dell'articolo in questione e che, quindi, *"L'art. 186- bis, invece, non introduce alcun criterio ovvero una definizione ampia di continuità aziendale, ma scandisce singole "soluzioni operative" per cui l'eventuale criterio generale sottostante alla fattispecie deve essere desunto a livello sistematico, in particolare indagando in merito alla "causa concreta" della procedura di concordato con continuità"*¹⁶⁸.

Si è visto, inoltre, che una delle condizioni affinché possa ritenersi ammissibile l'affitto d'azienda è che quest'ultima operazione sia funzionalmente collegata alla successiva cessione, solitamente condizionata all'omologazione del concordato, in quanto il trasferimento a terzi del compendio aziendale è elemento fondamentale perché possa configurarsi una fattispecie di continuità indiretta.

¹⁶⁸*"In base alla pronuncia delle Sezioni Unite, come già ricordato, tale causa concreta della procedura di concordato "non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata". In effetti, il piano di concordato non potrebbe mai attenersi ad uno schema giuridico vincolante e predeterminato, in quanto esso prende necessariamente forma dalla situazione peculiare della singola impresa in crisi. Se così è, non può darsi un'interpretazione restrittiva della fattispecie, vincolando il ricorrente ad un numero chiuso di strumenti solutori della crisi d'impresa, in quanto tale impostazione ermeneutica non sarebbe rispettosa della natura della procedura di concordato. Deve allora affermarsi che l'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 186- bis non ha valore cogente, ma è da ricomprendersi nella fattispecie di concordato con continuità aziendale ogni forma di esercizio diretto o indiretto dell'impresa, anche diverso dalla cessione e dal conferimento, purché finalizzata al perseguimento della causa concreta della procedura". Così PETTIROSSI, op. cit.*

Per quanto riguarda le vicende societarie che qui interessano, non sembrano sorgere dubbi in merito al requisito della “traslatività”, visto che fusione e scissione comportano normalmente una variazione nella titolarità dell’azienda.

Gli ostacoli più consistenti al fine di interpretare estensivamente la norma riguardano invece, da una parte, la compatibilità sostanziale tra operazioni straordinarie e causa concreta del concordato preventivo, dall’altra, le problematiche interferenze tra procedimento societario e procedura concorsuale.

Conviene in tal sede tuttavia analizzare separatamente le diverse vicende di riorganizzazione societaria al fine di metter in luce, volta per volta, vantaggi e svantaggi che possono offrire in seno alla procedura concordataria.

6. Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale

La riforma del diritto societario, apportata con il d.lgs n. 6/2003, ha definitivamente rimosso la disposizione, di cui all'art. 2506 c.c., che vietava alle imprese sottoposte a procedure concorsuali di deliberare in merito ad operazioni di scissione.

Prima della citata riforma, al di là del divieto legislativo, le operazioni straordinarie erano considerate assolutamente incompatibili con la pendenza di fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria, liquidazione coatta, per il semplice fatto che le finalità delle procedure erano da intendersi puramente liquidatorie¹⁶⁹.

Tale orientamento era confortato peraltro da una lettura “estensiva” dell'art. 2499 c.c., che aveva portato la dottrina¹⁷⁰ a ritenere sussistente il vincolo di compatibilità tra operazione straordinaria e procedura concorsuale, anche in caso di scissione¹⁷¹.

Oggi invece, come rilevato anche dalla giurisprudenza più recente che si è espressa sul punto¹⁷², non sussiste alcuna preclusione in merito per le imprese che facciano domanda di concordato preventivo.

¹⁶⁹ In tal senso si veda COVINO-MARTINO, *Operazioni societarie straordinarie*, in *il Fallimentarista*, 2016.

¹⁷⁰ SANTAGATA, *Le fusioni*, in Colombo-Portale, *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006; DI SARLI, *Sub. art. 2501 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, *Trasformazione – Fusione – Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁷¹ In realtà vi fu divergenza di vedute tra gli interpreti. Una parte di questi riteneva applicabile l'art. 2499 c.c. alla scissione mentre un'altra parte tendeva a bypassare tale questione nella convinzione per cui, comunque, una valutazione sull'ammissibilità dell'operazione avrebbe comunque dovuto essere svolta dal Giudice Delegato, in sede di autorizzazione dell'atto di straordinaria amministrazione. Per una compiuta analisi del problema si veda ZANATO, *La scissione delle società nel concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Osservatorio OCI*, 2013.

¹⁷² “La soppressione, ad opera della riforma del diritto societario di cui al divo 6/2003, dei divieti di partecipazione alle operazioni di fusione e di scissione da parte delle società sottoposte a procedure

Le riforme del diritto concorsuale che si sono succedute negli ultimi anni, inoltre, hanno reso evidente il *favor* del legislatore verso la continuità aziendale e la tutela del tessuto produttivo, rendendo la questione sostanziale di più facile soluzione.

La scissione societaria risulta essere infatti strumento essenziale al fine di mantenere in esercizio l'azienda, salvaguardandone in particolare i rami più produttivi e destinando alla liquidazione quelli "malati", garantendo la continuità, quindi, grazie al perseguimento dell'obiettivo di riorganizzazione aziendale.

Correttamente, autorevole dottrina ha infatti posto l'attenzione sul "poliformismo" dell'operazione, da intendersi quest'ultima come destrutturazione dell'attività sociale, del suo patrimonio e della massa creditizia in modo da differenziarne il trattamento, anche in ragione del collocamento nel passivo delle diverse beneficiarie, rendendola uno strumento estremamente duttile a realizzare soluzioni negoziate della crisi, plasmabili sulle diverse esigenze sociali¹⁷³.

In giurisprudenza pochi Collegi si sono espressi sulla questione, risolvendola sempre nel senso della compatibilità tra scissione e disciplina sul concordato in continuità aziendale.

concorsuali, divieti precedentemente contenuti nei testi degli artt. 2501 co 2 (per l'operazione di fusione) e 2504 septies co 2 (per la scissione) c.c., in uno con la previsione, da parte del testo dell'art. 160 co 1 l.fall., così come modificato dal D.L. n. 35 del 2005, conv., con modificazioni, in l. 80/2005, di proporre ai creditori un piano di concordato preventivo contemplante la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, "o altre operazioni straordinarie" (formula questa evocante la più ampia libertà di scelta di strumenti per la realizzazione di attività da destinarsi alla tacitazione dei creditori concorsuali), hanno portato la dottrina largamente maggioritaria a ritenere compatibili le operazioni societarie straordinarie in discorso con l'istituto concordatario (pur segnalando un mancato raccordo tra la disciplina codicistica e la disciplina della Legge Fallimentare)"(Trib. Ancona, 9.4.2015, in ilcaso.it).

¹⁷³ MANZO, *Operazioni societarie straordinarie in esecuzione di concordato preventivo*, in *Notariato*, n. 1/2015.

Si fa in tal sede riferimento ad un'isolata pronuncia del Tribunale di Arezzo¹⁷⁴ che, debitamente, si è premurato di specificare i motivi per i quali si debba ricondurre la scissione nel perimetro applicativo dell'art- 186-bis, trattandosi, nel caso di specie, di scissione che lascia alla scissa i rami aziendali destinati ad essere mantenuti in esercizio ed attribuisce ad una società beneficiaria gli *assets* da liquidare.

Oltre alla testuale eliminazione del divieto di scissione per le imprese sottoposte a procedure concorsuali, i giudici aretini hanno ritenuto sussistenti, nel caso prospettato, tutti gli elementi per poter individuare un concordato preventivo in continuità aziendale, sulla base delle seguenti argomentazioni:

- a) La scissione è riconosciuta essere “normativamente” funzionale rispetto alla tutela della continuità aziendale ed essenziale al fine di raggiungere i risultati economici delle fattispecie elencate in modo espresso dall'art. 186-bis l.f;
- b) E' verificata la sussistenza di un rischio imprenditoriale permanente in capo al ceto creditorio, connesso alla prosecuzione delle attività aziendali da parte di una delle società risultanti dall'operazione o comunque coinvolte nella scissione¹⁷⁵;
- c) Il piano che preveda una siffatta scissione non comporta alcuna violazione dell'art. 2740 c.c. dato che l'art. 186-bis l.f. positivizza una fattispecie di deroga legale al divieto di cessione parziale dei beni del debitore, che consente quindi di applicare il regime di favore del concordato in continuità anche quando il piano preveda la liquidazione di beni non funzionali¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Trib. Arezzo, 27.2.2015, in [ilcaso.it](#). Cfr. Trib. Mantova, 10.4.2014, in [ilcaso.it](#).

¹⁷⁵ Il tribunale rileva infatti che *“i creditori verranno a sopportare un rischio derivante dalla mancata e/o inferiore produzione di flussi di cassa, giacché il suddetto importo è dato unicamente dai cash flows attesi dalla continuità”*.

¹⁷⁶ Tendenzialmente la Giurisprudenza esclude l'ammissibilità di concordati preventivi che prevedano una liquidazione parziale dei beni in quanto il piano comporterebbe una palese

Se dunque non si può dubitare del fatto che le finalità della scissione siano compatibili con la *ratio* del concordato in continuità aziendale, per la ragione evidente che la scissione si pone al servizio della continuità, il nodo fondamentale da sciogliere al fine di comprendere quando possa trovare applicazione l'art. 186-bis l.f. pare costituito pur sempre dalla questione attinente al rischio imprenditoriale.

Potrà esservi infatti concordato in continuità solo laddove continui ad esservi un flusso di cassa, derivante dall'esercizio d'impresa, che crei ricavi da destinarsi al ceto creditorio. Qualora la soddisfazione dei creditori sia fatta dipendere dalla liquidazione degli *assets* deteriorati, anche se attribuiti ad una beneficiaria di nuova costituzione, il piano dovrà essere considerato come liquidatorio e ciò comporterebbe sicuramente l'inammissibilità della domanda di concordato poiché verrebbe violato l'art. 2740 c.c.

Proprio in sede di valutazione circa la fattibilità giuridica del piano, infatti, il giudice non potrebbe non prendere atto dell'obbligo del debitore di rispondere con tutti i propri beni dei debiti contratti e, se si ammettesse la possibilità di salvaguardarne una parte al fine di proseguire un'attività d'impresa che non crei utili a soddisfazione del debito, si svuoterebbe di contenuto tale disposizione, svincolando una parte del patrimonio dalla sua funzione di garanzia.

Come già sottolineato, solo nel caso di concordato in continuità la legge giustifica un'attenuazione della garanzia patrimoniale del debitore purché, dunque, vi sia oggettiva continuazione delle attività aziendali e permanenza di un'*alea* imprenditoriale in capo al proponente ed ai creditori.

violazione della generica garanzia patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c. Si veda in tal senso App. Roma, 5.3.2013, in ilcaso.it.

Sul punto si è infatti evidenziato come vi sia *“l’esigenza che una quota dei flussi finanziari prodotti dalla società scissa sia annualmente destinata, per tutta la durata del periodo di esecuzione del concordato, a favore della società beneficiaria e da questa ai creditori concordatari il cui “migliore” soddisfacimento rappresenta appunto l’esigenza principale – rectius funzionale – di ogni continuità aziendale dell’impresa in concordato; senza la previsione di tale apporto finanziario, ovviamente coerente, sostenibile e raccordato ad uno specifico business plan relativo all’attività proseguita dalla società scissa post omologazione, neppure alcuna attestazione di “migliore soddisfacimento” risulta possibile”*¹⁷⁷.

Si deve tuttavia chiarire se l’inammissibilità della domanda possa essere rilevata per l’inesistenza di *cash flows* da destinare ai creditori o anche quando i flussi di cassa, pur previsti, siano esigui a fronte dell’attivo patrimoniale attribuito alla società beneficiaria che continua l’attività d’impresa.

Sul punto le opinioni giurisprudenziali sono discordanti¹⁷⁸ in quanto un primo orientamento farebbe rientrare nel giudizio di fattibilità anche la consistenza degli

¹⁷⁷ Trib. Ravenna, 29.10.2015, in *ilcaso.it*. In tal caso il Collegio ha deciso nel senso dell’inammissibilità di un concordato preventivo in continuità aziendale basato su una scissione proporzionale post omologazione, per via del fatto che il cash flow derivante dalla prosecuzione aziendale veniva considerato esiguo rispetto all’ingente quota di patrimonio destinata a tal fine e svincolata pertanto rispetto alle ragioni dei creditori. Si rimanda anche alla citata decisione del Tribunale di Arezzo in cui si chiarisce che *“nel concordato preventivo che utilizza la scissione come modalità di esecuzione della proposta concordataria, la possibilità di considerare lo stesso come in continuità aziendale è subordinata alla circostanza che la società che prosegua l’impresa assuma, nei confronti del ceto creditorio, la responsabilità per l’adempimento della proposta concordataria”* (Trib. Arezzo, cit.). In dottrina evidenzia tale aspetto CAVANNA, *La scissione nel concordato preventivo: identità societaria, funzione concorsuale*, in *il Fallimento*, n. 12/2016.

¹⁷⁸ Il Tribunale di Arezzo infatti ritiene che tale aspetto debba essere apprezzato dai creditori concordatari mentre il Tribunale di Ravenna dichiara l’inammissibilità proprio per l’insufficienza dei flussi di cassa previsti nel piano concordatario.

apporti finanziari derivanti dalla continuità, mentre una seconda tesi riterrebbe tale aspetto attinente al profilo della convenienza per i creditori.

Coerentemente con quanto espresso in tema di distinzione tra fattibilità e convenienza e di individuazione dei soggetti a cui spettano i relativi giudizi, pare corretto sostenere che l'inammissibilità debba essere rilevata anche nel caso in cui sia messa in discussione l'entità dei flussi di cassa futuri rispetto all'attivo patrimoniale strumentale alla continuazione d'impresa.

Non vi sono infatti dubbi sul fatto che in tal caso ci si trovi a discutere di convenienza piuttosto che di fattibilità giuridica del piano concordatario, ma il giudizio di convenienza, come già affermato, dovrebbe rientrare pur sempre tra i poteri del giudice in sede di valutazione circa l'ammissibilità della domanda¹⁷⁹.

Infine, tra gli argomenti che attengono strettamente al profilo dell'ammissibilità si deve anche includere quello relativo alla possibilità di derogare le disposizioni di cui all'art. 2506-quater c.c.¹⁸⁰ che impongono, sostanzialmente, una responsabilità solidale tra scissa e beneficiaria.

Ci si è chiesti infatti se la scissione con liberazione integrale della scissa, prevista dal piano, non si ponga in contrasto con norme inderogabili, incidendo negativamente sul giudizio di fattibilità giuridica.

Così, il Tribunale di Arezzo ha risolto anche tale punto controverso, dovendosi parlare non tanto di violazione della norma quanto di sua errata interpretazione nel caso in cui

¹⁷⁹ Chi scrive ritiene infatti che naturalmente il giudizio sulla convenienza debba essere svolto dal giudice e non solo dai creditori in quanto il miglior soddisfacimento dei creditori è connotato essenziale affinché possa parlarsi di concordato in continuità aziendale.

¹⁸⁰ In particolare l'ultimo comma dispone che "Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico".

il piano prevedesse il ritorno *in bonis* della società scissa: “la norma di cui all’art. 2506-
quater comporta infatti che tutte le società coinvolte nella scissione sono garanti in via
sussidiaria di quella cui il debito è stato trasferito, sia pure nei limiti specificati dalla norma”.

Questa dunque pare essere la soluzione più convincente, in quanto si ribadisce
l’indisponibilità degli effetti della scissione da parte della società proponente il
concordato preventivo¹⁸¹, soluzione che rischia di essere al tempo stesso contraddittoria
laddove riconosce il carattere imperativo delle norme del Codice Civile sulla scissione,
senza poi rilevare l’inammissibilità quando tali disposizioni siano evidentemente
derogate nella procedura concordataria.

¹⁸¹ Contra CILLO, *Le operazioni sul capitale sociale e le operazioni straordinarie al servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *Rivista del Notariato*, 2017.

7. (Segue) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: profili applicativi.

La scissione, come strumento esecutivo del concordato preventivo in continuità aziendale, può essere programmata secondo modalità ed in momenti differenti della procedura concorsuale, che pongono tutti comunque delle criticità applicative piuttosto importanti.

Una prima opzione consiste nel concepire l'operazione come strumento esecutivo del concordato, da attuarsi quindi dopo l'omologazione del concordato stesso.

Da un punto di vista sostanziale, per quanto attiene soprattutto alla compatibilità tra norma di diritto societario e di diritto concorsuale, non sussistono problemi degni di nota.

In tal caso gli ostacoli maggiori sorgono infatti nella concretezza della procedura concordataria poiché potrebbero verificarsi, all'interno della compagine sociale, situazioni che non permettono all'assemblea di pervenire alla deliberazione dei soci, necessitata affinché si possa parlare di scissione¹⁸².

Taluni ritengono che a questi inconvenienti porrebbe rimedio la previsione di una generale responsabilità, in capo ai soci, per la mancata adozione di delibere funzionali

¹⁸² "All'incertezza ulteriore dell'esito del procedimento decisionale e dell'adesione dei soggetti terzi coinvolti, e come tale per loro meno allettante, salvo che non venga sin dall'inizio corroborata dall'assunzione di specifici e irrevocabili impegni, "collaterali" alla proposta. Senza dire del rischio di deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice, con danno dei creditori concorsuali, legato agli ostacoli, ritardi e contrasti che possono manifestarsi, anche strumentalmente, nella fase esecutiva del concordato" (GUERRERA MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in Riv. Soc., 2008).

rispetto al risanamento aziendale; ma questa pare una tesi piuttosto ardita che si risolve in un'evidente forzatura del diritto societario¹⁸³.

Una seconda strada percorribile è quella della scissione deliberata ed attuata durante la procedura e prima della omologazione del concordato preventivo.

E' questa tuttavia una possibilità che crea non pochi dubbi dal punto di vista della sua fattibilità giuridica, dubbi che potrebbero assumere una valenza decisiva in sede di autorizzazione al compimento dell'atto da parte del Giudice Delegato, visto che l'operazione straordinaria rientra *ictu oculi* nel novero degli atti di straordinaria amministrazione.

E si parla in tal caso di in-fattibilità per il fatto che risulta difficile conciliare il principio di irreversibilità degli effetti di una scissione concordataria con l'aleatoria pendenza di una procedura nella quale devono ancora intervenire i creditori, ponendo dunque interrogativi di difficile soluzione per quanto riguarda le sorti dell'operazione in caso di mancata omologazione o risoluzione del concordato preventivo¹⁸⁴.

¹⁸³ Si condivide quanto espresso da POTOTSCHNIG, *Le scissioni e le fusioni quali strumenti di attuazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *ilcaso.it*, 2017, secondo cui "Mi sembra che in termini così generali, che vi sia cioè un dovere di intervenire in favore del risanamento rispetto a situazioni da valutare nel caso concreto rispetto alla loro complessità e idoneità al superamento della crisi, la prospettiva di una responsabilità dei soci rischi di tradursi in una forzatura rispetto, da una parte, al ruolo e ai doveri degli amministratori e dell'organo di controllo; e, dall'altra parte, alla necessità di guardare alle circostanze del caso concreto per verificare ingerenze e comportamenti che qualifichino l'operato dei soci stessi, evitando percorsi esegetici che, in assenza di specifiche prescrizioni normative, potrebbero spingersi perfino ad individuare doveri di intervento di natura economica estranei alla disciplina societaria". Piuttosto lo stesso autore condivide la possibilità di concludere patti parasociali che impongano ai soci di adottare le delibere di risanamento oppure di derivare l'effetto vincolante da altre delibere assembleari.

¹⁸⁴ "Non pare esservi rimedio invece rispetto alla risoluzione (o mancata omologazione) del concordato preventivo ed al successivo fallimento del debitore. In tali casi infatti prevale il principio di irreversibilità degli effetti organizzativi prodotti rispetto ai principi civilistici e fallimentari in base ai quali la risoluzione determina la caduta *ex tunc* degli effetti del concordato, con la conseguenza che le modifiche organizzative già verificate, connesse alle operazioni straordinarie, restano insensibili rispetto alla risoluzione del

Rimane quindi da analizzare l'ultima scelta a disposizione della società proponente, che consiste nell'opportunità di deliberare la scissione in pendenza della procedura e di condizionarne gli effetti all'avvenuta omologazione.

Ci si chiede in tal senso se la delibera assembleare di scissione possa ammettere l'apposizione di una condizione e se quest'ultima sia comunque compatibile con il regime pubblicitario previsto dalle norme del Codice Civile.

La questione viene risolta unanimemente in senso positivo dalla dottrina¹⁸⁵ e, in particolare, merita di essere accolta la tesi di chi supera le perplessità relative alla funzione pubblicitaria dell'iscrizione ricordando come anche l'evento dedotto in condizione, il decreto di omologazione, sia soggetto ad un particolare regime pubblicitario idoneo a rendere edotti i creditori¹⁸⁶.

Quest'ultima appare essere la scelta operativa più sicura e garantita rispetto a possibili incidenti di percorso interni alla società e rispetto alla possibilità di mancata omologazione del concordato preventivo.

Resta però da comprendere se la delibera assembleare condizionata ricada comunque nel campo di applicabilità dell'art. 167 l.f., dovendosi in tal caso ritenere necessaria l'autorizzazione del Giudice Delegato.

Stante la mancanza di effetti diretti dell'atto deliberativo non si può che rispondere a tale quesito negativamente poiché, come correttamente sottolineato, *"il condizionamento*

concordato, anche nell'ambito della successiva probabile vicenda fallimentare" (COVINO-MARTINO, op. cit.).

¹⁸⁵ Cfr. *Ex plurimis* POTOTSCHNIG, op. cit.; GUERRERA-MALTONI, op. cit.; ARATO, *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, 2016; BROGI, *Operazioni straordinarie societarie e crisi d'impresa*, 2016;

¹⁸⁶ POTOTSCHNIG, op. cit.

*all'omologazione confina la rilevanza dell'operazione al contesto
societario e rinvia ogni
intervento del Tribunale all'emanazione del relativo decreto"¹⁸⁷.*

¹⁸⁷ POTOTSCHNIG, op. cit

8. (Segue) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: il problema dell'opposizione alla scissione

Come già si è avuto modo di affermare, la previsione di un'operazione straordinaria in un piano concordatario di risanamento, pone dei problemi di coordinamento tra norme di diritto concorsuale e di diritto societario piuttosto seri, che portano a chiedersi secondo quale criterio debba essere regolato il concorso tra i due plessi normativi.

Una prima questione, di fondamentale importanza, attiene alla sussistenza di due diversi procedimenti di opposizione: l'opposizione alla scissione, da una parte, l'opposizione all'omologazione del concordato preventivo dall'altra.

La domanda che in tal caso ci si è posti, e ci si pone tutt'ora, riguarda la possibilità di una convivenza tra procedure di opposizione, regolate da norme diverse di settori del diritto altrettanto diversi.

Per comprendere se gli istituti si pongano in una posizione di coesistenza o di reciproca esclusione non si possono che analizzare, brevemente, le caratteristiche dei due rimedi oppositivi.

L'opposizione societaria, sia in caso di fusione che scissione, è disciplinata dall'art. 2503 c.c. che attribuisce ai creditori il diritto/potere di sospendere l'attuazione dell'operazione straordinaria qualora questa si riveli lesiva delle loro ragioni, presentando ricorso entro sessanta giorni dall'iscrizione della delibera di scissione nel registro delle imprese.

E' chiaro come in tal caso l'opposizione si ponga, rispetto a tutti i creditori sociali, come utile mezzo al fine di evitare una lesione della garanzia patrimoniale del debitore di cui

all'art. 2740 c.c.¹⁸⁸; lesione che potrebbe essere cagionata sia dal rischio di confusione dei beni, sia dalla riduzione di valore del capitale sociale.

Diverse invece paiono essere le caratteristiche intrinseche ed estrinseche dell'opposizione all'omologazione del concordato preventivo, di cui all'art. 180 l.f. Innanzitutto, da un punto di vista soggettivo, gli unici legittimati all'opposizione in parola sono i creditori dissenzienti ossia coloro che, intervenuti all'adunanza dei creditori, hanno espresso voto sfavorevole rispetto all'approvazione del concordato preventivo.

Per quanto riguarda invece la natura e la latitudine del sindacato attribuito al giudice dell'opposizione vi è una sensibile differenza con quanto disposto dall'art. 2503 poiché in tal caso si avrà eminentemente un sindacato di legittimità, volto dunque a verificare la correttezza formale della procedura concordataria, pur potendosi avere cognizione estesa al merito nei casi citati espressamente dall'art. 180 (creditore appartenente a classe dissenziente, richiesta del 20% dei creditori chirografari).

Le opinioni formatesi sulla presunta compatibilità tra strumenti di tutela dei creditori sono ancora una volta tra loro antitetiche e dividono la giurisprudenza dalla dottrina.

I Tribunali sono parsi restii nel riconoscere la soccombenza delle norme di diritto societario in favore delle norme speciali di diritto concorsuale, disconoscendo qualsiasi tipo di conflitto tra art. 2503 c.c. e 180 l.f. e sostenendo pertanto la fattibilità, anche in

188 Cfr *Ex Multiis*, Trib. Napoli, 12.2.2016, in www.expartecreditoris.it: “Il rimedio della opposizione in esame, qualificabile come a contenuto *latu sensu cautelare*, avente la funzione di assicurare il permanere della garanzia generica sul patrimonio del debitore prevista dall'art. 2740 c.c.”

ambito concordatario, dell'opposizione dei creditori alla scissione, sulla scorta della diversa *ratio* che ispira le due disposizioni¹⁸⁹.

La diversità di *ratio* non può tuttavia giustificare, a mio parere, l'applicazione contestuale di norme che evidentemente pongono dei problemi di coordinamento insormontabili, specie nel campo delle procedure di risanamento, dove tali criticità possono costituire veri e propri impedimenti al successo dell'operazione di ristrutturazione aziendale.

Si deve notare infatti che un'interpretazione siffatta della *littera legis* comporterebbe innanzitutto una dilatazione di contenuti dell'attestazione integrativa, nella quale si dovrà necessariamente dar conto della possibilità di opposizioni dei creditori, e poi importanti problemi procedurali dato che lo svolgimento dell'adunanza dei creditori è condizionato dall'assenza di opposizioni.

Non si considera, peraltro, che questo orientamento porterebbe a svalutare seriamente il principio maggioritario che regge la fase di valutazione ed approvazione del piano di concordato preventivo poiché, in ogni momento, ciascun creditore che si fosse disinteressato alle vicende concorsuali potrebbe paralizzare l'operazione societaria, facendo valere la propria posizione personale¹⁹⁰.

¹⁸⁹ "connesso al tema precedente è quello, più generale, del concorso fra disciplina societaria e norme regolanti il procedimento di concordato: pur essendo diffusa, soprattutto nella elaborazione prodotta da alcuni ordini professionali, l'idea che la prima sia destinata in ogni caso a soccombere di fronte alle esigenze concorsuali, deve invece ritenersi possibile l'integrazione o concorso di discipline. Ciò rileva, come si è visto

(...) anche con riferimento al possibile concorso fra opposizione dei creditori in ambito societario, ex art. 2503 c.c. (richiamato dall'art. 2506 ter c.c.), ed opposizione endoconcorsuale di cui all'art. 180 l.f. considerato, da un lato, la diversa finalità delle due forme di opposizione e, dall'altro, la non rinunciabilità del primo tipo di opposizione attraverso un vincolo di maggioranza che non sia accompagnato al contempo da un voto favorevole espresso dei creditori alla proposta di concordato contemplante la scissione"(Trib. Ravenna, cit.).

¹⁹⁰ Si condivide l'opinione di CAVANNA, op. cit., per cui "O si ragiona in termini di composizione delle procedure, ritenendo prevalente la vicenda concorsuale e riservando all'opposizione societaria un ruolo di tutela marginale delle "sopravvenienze" sostanziali e processuali. O si lascia in primo piano la vicenda

Fondata risulta essere quindi la tesi di quanti ritengono che in caso di scissione concordataria l'art. 2503 c.c. sarebbe applicabile esclusivamente ai creditori non concordatari.

Le ragioni di tale scelta stanno dunque nell'impossibilità di far collimare disposizioni inconciliabili, utilizzando come criterio quello della prevalenza del diritto concorsuale in quanto insieme di norme speciali.

E' riduttivo tuttavia affermare anche che si possa assorbire l'opposizione di cui all'art. 2503 c.c. nell'opposizione all'omologa sulla base di un'asserita identità, in senso lato, tra finalità dei due istituti¹⁹¹: l'opposizione alla scissione continua a configurarsi come mezzo di tutela della garanzia patrimoniale generica, mentre l'art. 180 l.f. consente al creditore dissenziente di promuovere un giudizio che guardi alla legittimità dell'intera procedura concordataria.

La differenza funzionale tra le disposizioni è dunque incontrovertibile ma è ben possibile disapplicare l'una in funzione dell'altra, visti i problemi di coordinamento che causerebbe il concorso tra norme, fintanto che tale disapplicazione non comporti alcun

societaria, avulsa dal contesto concordatario nel quale essa viene concepita, e si ammette la piena applicazione dell'art. 2503 c.c. Con la rilevante conseguenza che un creditore, il quale (magari a bella posta) si era in precedenza estraniato dalla vicenda concorsuale potrebbe sempre tornare a far valere le proprie ragioni in sede di opposizione alla scissione ex art. 2503 c.c. Il che di fatto bloccherebbe l'intera programmata (e approvata) operazione straordinaria, in relazione a un profilo, quello dell'insufficienza del patrimonio della scissa a soddisfare il credito dell'opponente, che ben difficilmente non sarà stato preso in considerazione in sede di omologa. Ci si può chiedere insomma se, aperta la via della procedura concorsuale, a configurare l'eccezione sia non tanto la prevalenza riservata alla maggioranza dei creditori, che meglio del singolo possono valutare la prospettiva di ripresa dell'attività o di miglior liquidazione espressa dalla proposta di accordo, quanto piuttosto l'iniziativa del singolo che mira a tutelare e difendere esclusivamente la propria posizione".

¹⁹¹ Si vuole in tal senso criticare l'affermazione secondo cui "non si può prescindere dalla constatazione che la funzione delle due opposizioni non è in realtà diversa. Gli strumenti tutelano in senso ampio i creditori rispetto ad atti che possano rivelarsi lesivi dei loro diritti sul piano del soddisfacimento" (POTOTSCHNIG, op. cit.).

pregiudizio ai diritti dei creditori i quali, comunque, possono far valere le proprie ragioni in sede di opposizione all'omologazione profittando, tra l'altro, di un sindacato che può spingersi ad indagare il merito della proposta concordataria quando ne sussistano i presupposti¹⁹².

Ovviamente, la tenuta concettuale di questa ricostruzione si fonda non tanto sull'identità dei fini, quanto sulla stessa natura del sindacato di legittimità esercitato dal giudice dell'opposizione.

Qualora, come da alcuni sostenuto, si ritenesse che con l'opposizione alla scissione il creditore possa demandare all'organo giurisdizionale una valutazione sul merito dell'operazione straordinaria, allora parrebbe impraticabile un simile assorbimento, per il fatto che i creditori vedrebbero inevitabilmente ed ingiustificatamente comprese le possibilità di tutela delle proprie ragioni.

Ulteriore condizione, infine, perché possa abbracciarsi questa tesi, è che la scissione sia programmata in sede esecutiva oppure i suoi effetti siano condizionati all'omologazione del concordato poiché, altrimenti, negare l'opposizione ex art. 2503 c.c. ai creditori vorrebbe dire negare qualsiasi tipo di tutela avverso l'operazione straordinaria.

La scissione compiuta in sede procedimentale avrebbe effetti irreversibili che non potrebbero essere travolti nemmeno dalla mancata omologazione del concordato preventivo, rendendo dunque ovvia la conclusione per cui si debba dare la possibilità di opporsi ai creditori, usufruendo dello specifico mezzo di tutela predisposto dal diritto societario.

¹⁹² Cfr. POTOTSCHNIG, op. cit.

9. (Segue) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: irreversibilità della scissione, mancata omologazione, risoluzione o annullamento del concordato preventivo

Un problema ulteriore, creato dall'interazione di discipline, si pone quando l'atto di scissione sia iscritto nel registro delle imprese durante la procedura concordataria e quest'ultima, tuttavia, non si concluda naturalmente nell'esecuzione del concordato per mancata omologazione.

Sono proprio le difficoltà che si verrebbero a creare in tali circostanze che ci hanno spinto a preferire la scelta di condizionare gli effetti della delibera assembleare ad un evento successivo; ciò tuttavia non implica che non si debbano affrontare e risolvere casi nei quali si verifichino tali problematiche.

Tali criticità infatti si ripropongono intatte anche nella circostanza in cui, nonostante la scissione sia attuata in sede esecutiva, si verifichino fatti che integrino i presupposti per chiedere la risoluzione o l'annullamento del concordato preventivo ex art. 186 l.f.

Le situazioni sono diverse ma lo schema di fondo della questione è il medesimo in quanto ci si interroga sulla sorte della riorganizzazione aziendale, ormai compiuta, a seguito di fatti che fanno venir meno gli effetti del concordato preventivo o che, comunque, non portano alla sua approvazione.

Come è noto, l'art. 2506 c.c. subordina il prodursi degli effetti dell'operazione straordinaria all'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese.

Si parla in tal caso di atto di scissione, che si differenzia quindi dal c.d. progetto di scissione: il primo è documento che deve illustrare i tratti fondamentali del nuovo assetto societario ed il valore del rapporto di cambio relativo alle partecipazioni dei soci, il

secondo è invece un vero e proprio negozio giuridico redatto in forma di atto pubblico da parte dei rappresentanti legali delle società coinvolte nell'operazione¹⁹³.

Dal punto di vista procedimentale, il progetto di scissione deve essere accompagnato da una situazione patrimoniale aggiornata e da una relazione degli amministratori della società per poi essere approvato, secondo le previsioni statutarie, dall'assemblea dei soci. Nel momento in cui la delibera di approvazione dei soci è iscritta nel registro delle imprese scatta uno *stand still period* di sessanta giorni in cui i creditori possono esercitare l'opposizione di cui all'art. 2503 c.c. e, una volta trascorso tale periodo, i rappresentanti legali delle società possono procedere alla stipulazione dell'atto definitivo.

Nonostante l'atto di scissione si perfezioni con la redazione in forma di atto pubblico, perché si possa parlare di efficacia, bisognerà attendere che anche quest'atto sia iscritto nel registro e solo dall'ultima di tali iscrizioni decorreranno gli effetti dell'operazione straordinaria, così come disposto dall'art. 2506 c.c.

Bisogna considerare tuttavia come all'adempimento degli obblighi pubblicitari non sia riconnessa la produzione degli effetti *sic et simpliciter* ma, ed è questa la particolarità che qui interessa, la produzione di effetti assolutamente irreversibili.

L'art. 2504-quater c.c., richiamato dall'art. 2506-ter c.c., pone un divieto assoluto circa la possibilità di invalidare l'atto di scissione o di fusione iscritto nel registro delle imprese, sia per motivi attinenti al merito dell'operazione, sia per vizi relativi all'iter procedimentale¹⁹⁴.

¹⁹³ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 2013, p. 1462.

¹⁹⁴ "La disposizione di cui all'art. 2504 quater c.c., richiamata anche per le operazioni di scissione dall'art. 2506 ter c.c., secondo cui, una volta eseguita l'iscrizione dell'atto di fusione delle società, l'invalidità dello stesso non può più essere dichiarata, pone una preclusione di carattere assoluto, che riguarda tanto il caso in cui si deducano vizi inerenti direttamente all'atto di fusione, quanto l'ipotesi in cui i vizi concernano il procedimento di formazione dell'atto e della sua iscrizione; tale preclusione rimane operante anche nel caso

E' il carattere dell'efficacia irreversibile quindi a mettere in evidenza tutte le criticità di una soluzione concordataria, con scissione programmata ed attuata all'interno della procedura, che appare essere estremamente "vacillante", visto il grado di incertezza dovuto al fatto che i creditori non hanno ancora approvato la proposta di concordato preventivo.

La stessa irreversibilità dell'operazione crea peraltro non pochi dubbi sulla possibilità di applicazione congiunta della disciplina fallimentare e di quella societaria anche nel caso in cui la scissione sia eseguita in fase esecutiva o la delibera risulti condizionata all'omologa.

Che cosa ne sarebbe infatti dell'operazione, i cui effetti ormai sono consolidati, in caso di mancata omologazione, nel primo caso, o risoluzione del concordato preventivo, nel secondo?

L'opinione dominante, l'unica tra l'altro esistente, propende per l'impossibilità di derogare alle disposizioni di cui all'art. 2504-quater c.c. e, pertanto, *"sembra ragionevole che, dinanzi alla fusione e ad altre operazioni sul capitale e straordinarie ad effetti irreversibili deliberate ed attuate in sede concordataria, non già la disapplicazione della disciplina societaria, ma la produzione di quei soli effetti retroattivi della risoluzione e dell'annullamento che appaiono compatibili con la situazione derivante dalla riorganizzazione aziendale"* ¹⁹⁵.

in cui si asserisca che l'impugnativa è meramente preordinata ad una futura ed ipotetica azione di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori o di terzi" Cass. Civ., 28242/2005 e 8864/2012.

¹⁹⁵ Così MAGLIUGO, La scissione delle società, CEDAM, 2012. La dottrina è sul punto unanime nel ritenere che *"A prescindere dalla connaturata irretroattività della invalidazione ovvero della risoluzione dei concordati giudiziali, ci si troverà dinanzi ad una modifica irreversibile dell'organizzazione societaria che discende sia dalle regole che governano la specifica operazione (ai sensi degli articoli 2379-ter, 2479-ter, 2500-bis, 2504-quater e 2506-ter c.c.), sia dal principio generale di non revocabilità delle deliberazioni già eseguite nei rapporti con i terzi"* (MANZO, op. cit.).

Questa pare essere conclusione convincente che, tuttavia, deve essere applicata anche alla fattispecie della mancata omologazione del concordato preventivo.

Non sussistono ragioni valide che possano portare ad individuare strade diverse da quella prospettata ma è certo che in tal caso si perverrebbe ad una situazione paradossale in cui la scissione, strettamente legata al piano di risanamento, sopravviverebbe alla procedura di risanamento stessa nella quale è inserita, senza che in alcun modo la mancata omologazione o la risoluzione possano travolgere retroattivamente gli effetti dell'iscrizione dell'atto di scissione¹⁹⁶.

In merito pare interessante segnalare anche una pronuncia del Tribunale di Venezia (Trib. Venezia, 5.2.2016, in ilcaso.it) con la quale si è stabilito che, comunque, l'irretrattabilità della scissione non comporta la possibilità di revocarla

¹⁹⁶ Cfr. BUSANI, *Massimario delle operazioni societarie*, IPSOA, 2016.

10. (Segue) Scissione e concordato preventivo in continuità aziendale: la responsabilità per i debiti anteriori alla scissione

L'art. 2506-quater c.c., all'ultimo comma, prescrive che *“ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico”*.

Ci si deve domandare tuttavia se tale disposizione sia applicabile anche alle scissioni concordatarie o se sia possibile derogarvi.

Il quesito non pare avere, a differenza di altri, una risposta univoca poiché alcuni autori, con argomenti diversi, sostengono che il piano di concordato possa prevedere una deroga alla responsabilità solidale mentre i giudici tendono a ritenere che l'art. 2506-quater c.c. sia norma inderogabile.

Nel senso dell'inderogabilità si è espresso il già citato Tribunale di Arezzo¹⁹⁷, ricordando che, con l'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 2506-quater c.c., il legislatore ha inteso la responsabilità sussidiaria delle società coinvolte nell'operazione come effetto diretto ed indisponibile della scissione societaria.

Sarebbe dunque precluso alla società proponente di prevedere nel piano, il trasferimento integrale, oltre che del debito, anche della responsabilità per il suo adempimento da una società all'altra, violando così sicuramente la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

Peraltro il collegio toscano ha anche precisato che la deroga eventualmente contenuta nel piano, pur non essendo ammissibile, non può comportare *tout court* l'inammissibilità

¹⁹⁷ Trib. Arezzo, 27.2.2015, in ilcaso.it.

della domanda in quanto, in tal caso, la società proponente incorrerebbe meramente in un errore interpretativo circa la disponibilità degli effetti giuridici della scissione e non si verserebbe invece in un caso di infattibilità giuridica.

In dottrina alcuni propendono per l'inapplicabilità della disposizione in base alla supposta incompatibilità dell'art. 2506-quater, co. 4, con il carattere definitivo della proposta approvata ed omologata¹⁹⁸, mentre altri ritengono che vi si possa derogare in virtù dell'art. 137 l.f., che ammette la possibilità di assunzione del concordato da parte di un terzo, con liberazione immediata del debitore¹⁹⁹.

Pare corretto abbracciare tuttavia una tesi più moderata, che affermi l'inderogabilità della norma sulla responsabilità solidale nei confronti dei creditori ma che, allo stesso tempo, consenta agli amministratori delle società di raggiungere con i creditori stessi accordi che incidano su tale responsabilità²⁰⁰ oppure di regolare internamente il rapporto tra le società coinvolte nella scissione²⁰¹.

¹⁹⁸ PALMIERI, *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali*, in il Fallimento, n. 9/2009.

¹⁹⁹ GUERRERA-MALTONI, op. cit.

²⁰⁰ La soluzione è ben riassunta da POTOTSCHNIG, op. cit., per cui *“In questo contesto, non si tratta di derogare ad una norma imperativa, ma di collocare il regime di solidarietà quale disciplina di riferimento di una proposta di soddisfacimento che, muovendosi a valle della previsione, proponga una soluzione che può incidere in diversa misura sulla responsabilità di ciascuna società partecipante all'operazione, ovviamente nella prospettiva del miglior interesse dei creditori. Così, se si immagina e giustifica una scissione in funzione di un alleggerimento dell'indebitamento finanziario rispetto ad unità produttive che ne beneficerebbero consentendo la generazione di flussi al servizio del piano e del soddisfacimento dei creditori, perché dovrebbe esser negato a questi ultimi di valutare la convenienza della soluzione accettando uno stralcio, totale o parziale, di quella responsabilità? In altre parole, il regime di responsabilità solidale è sì imperativo quando i creditori subiscono la scissione, ma nulla vieta che gli amministratori raggiungano accordi con creditori o una parte di essi, che comportano, ad esempio, una parziale o tale remissione di debito rispetto al regime di responsabilità dalla norma stessa risultante”*.

²⁰¹ Sostiene la tesi SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in Trattato delle Società per Azioni, diretto da COLOMBO-PORTALE, UTET, 2004.

Ineccepibili risultano infatti essere le obiezioni alla rigoristica tesi giurisprudenziale mosse da chi ritiene che, così ragionando, si imporrebbe anche ai creditori una scelta che potrebbe non essere funzionale al miglior soddisfacimento del ceto creditorio, svalutando ancora una volta il principio maggioritario che caratterizza l'approvazione della proposta concordataria²⁰².

Nemmeno una regolamentazione interna tra beneficiarie (o tra scissa e beneficiaria), relativa alla responsabilità solidale, sembra destare particolari dubbi di ammissibilità dato che, a maggior ragione, agli occhi dei creditori non vi sarebbe alcuna deroga alla norma in parola.

²⁰² Così POTOTSCHNIG, op. cit.

11. Le fusioni concordatarie

In tema di operazioni straordinarie si è ben potuto notare come i problemi di compatibilità più consistenti sorgano in riferimento alla scissione societaria.

Gli stessi interrogativi, tuttavia, devono riproporsi al fine di comprendere se anche la fusione e la trasformazione possano costituire mezzi esecutivi del concordato preventivo in continuità aziendale.

E' evidente come in tal caso non sussista quel sospetto con cui i creditori tendenzialmente guardano allo smembramento societario, riconoscendosi agli istituti in questione una valenza esclusivamente semplificativa e riorganizzativa del complesso aziendale²⁰³.

La fusione, in particolare, presenta notevoli vantaggi economici che possono consistere, principalmente, nella ridefinizione e snellimento delle strutture amministrative, nell'ampliamento delle capacità distributive e nel riequilibrio della situazione finanziaria.

Se si guarda dunque alle finalità astratte della vicenda societaria e le si compara con la *ratio* sottesa dal concordato in continuità aziendale, non si porrebbe alcun dubbio circa l'utilizzabilità di tali strumenti in sede concordataria²⁰⁴.

²⁰³ Mentre la fusione persegue finalità di concentrazione le quali, benché non indirizzate necessariamente verso il risanamento, rispondono spesso a logiche di semplificazione organizzative e definizione dei rapporti infragruppo, la scissione costituisce operazione che può essere utilizzata con sospetto dal punto di vista della tutela dei creditori, implicando una separazione di attività e passività suscettibile di incidere sulla garanzia patrimoniale, pur minata dalla crisi e dalle condizioni di soddisfacimento proposte, e sulle chances di rientro dalle loro esposizioni. Così POTOTSCHNIG, *op. cit.*

²⁰⁴ Si veda in tal senso COVINO-MARTINO, *Operazioni straordinarie societarie*, in ilFallimentarista, 2016.

Un'analisi limitata a tali aspetti, tuttavia, non sarebbe in alcun modo determinante dato che, a prescindere da ogni valutazione concreta, ben si potrebbero ritenere le operazioni straordinarie compatibili non solo con il concordato preventivo, stante l'espresso richiamo a tali strumenti contenuto nell'art. 160 l.f., ma con l'intero sistema del diritto concorsuale riformato nel segno della tutela delle unità produttive²⁰⁵.

Sembra essere stata in tal senso superata la netta distinzione tra procedure di tipo liquidativo e procedure conservative, utilizzata da molti autori al fine di giudicare della compatibilità delle operazioni straordinarie²⁰⁶.

Ritengo dunque che si debba procedere l'analisi, in senso contrario, guardando alla concretezza della procedura e degli interessi che essa regola.

In un contributo pubblicato prima della riforma che ha dato vita alla disciplina sulla continuità aziendale si è affermato come sia necessaria una *“valutazione sulla coerenza della singola operazione con gli obiettivi già raggiunti dalla procedura e con quelli ragionevolmente realizzabili, rispetto alle opportunità, alle situazioni di mercato, alle capacità dell'impresa, nonché alle aspettative e alla tutela dei soggetti che, a diverso titolo, sono portatori di un interesse ai risultati della procedura”*²⁰⁷.

²⁰⁵ Anche per quanto riguarda la stessa disciplina fallimentare si possono notare disposizioni, in particolare quelle relative all'esercizio provvisorio, all'affitto d'azienda ed alla cessione in blocco di beni o rapporti giuridici, che fanno pensare ad un certo favor verso la conservazione degli assets aziendali.

²⁰⁶ Si è registrata, dopo le riforme che hanno coinvolto il diritto societario e quello concorsuale, una contrapposizione tra tesi astratta, fondata sulla distinzione tra finalità liquidative e conservative, e tesi funzionale tesa a verificare, di volta in volta la compatibilità dell'operazione con gli obiettivi della procedura. Cfr. Cillo, *Le operazioni sul capitale sociale e le operazioni straordinarie a servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 4, p. 691, 2017.

²⁰⁷ PALMIERI, *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali: note sistematiche ed applicative*, in *Fallimento*, n. 9/2009.

Non si può che concordare con tali osservazioni poiché il limite posto dall'art. 2499 c.c.²⁰⁸, che impone di giudicare della funzionalità dell'operazione in relazione allo stato ed alle finalità della procedura concordataria, non può risolversi in un mero controllo astratto tra fattispecie generali, dato che non si capirebbe il senso di esistere di tale precisazione legislativa vista la tendenziale evoluzione dell'intera disciplina fallimentare verso la tutela della continuità.

Gli autori che si sono espressi sul punto²⁰⁹ tendono, tuttavia, ad entrare nel dettaglio delle problematiche sollevate dall'interazione tra disciplina societaria e concorsuale dando per scontato che le operazioni straordinarie, la fusione e la trasformazione in particolare, siano compatibili con il sistema delle procedure concorsuali.

Tale vincolo di compatibilità non deve essere interpretato in senso puramente astratto poiché, così ragionando, scissione, fusione, trasformazione, potrebbero "entrare" in un piano di concordato preventivo in continuità in ogni momento, stante l'apparente compenetrazione assiologica che vi è tra il concetto di ristrutturazione corporativa e prosecuzione delle attività aziendali.

Quello che si vuole ribadire, dunque, è che il profilo della compatibilità debba essere vagliato in concreto, rispetto agli obiettivi pratici che si intendono raggiungere.

²⁰⁸ La norma è dettata in materia di limiti posti alla trasformazione ma unanimemente si ritiene sia applicabile anche alla fusione ed alla scissione.

²⁰⁹ In molti contributi il tema della compatibilità pare essere scontato, specie dopo le riforme del diritto fallimentare che hanno riguardato la continuità aziendale, facendo così perdere importanza ad una distinzione tra procedure conservative e liquidative, distinzione che comunque costitutiva parametro valutativo astratto, inutile ed insufficiente al fine di giudicare sulla compatibilità.

Questa conclusione potrebbe risolvere i dubbi sollevati all’inizio di tale trattazione ma si vuole comunque far luce su ulteriori criticità sollevate dall’applicazione di un siffatto criterio “astratto”.

Nel caso del concordato in continuità, infatti, pur ragionando su di una compatibilità in astratto tra istituti, si deve comunque prendere atto del principio per cui la stessa prosecuzione delle attività aziendali debba essere funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

La migliore prospettiva di soddisfazione del ceto creditorio, come già sottolineato, è elemento che caratterizza e qualifica il concordato preventivo in questione, elemento che deve sussistere affinché si possa applicare la disciplina di cui all’art. 186-bis l.f.

Cadrebbero dunque ancora una volta in errore quanti siano portati a ritenere che vi sia sintonia, a prescindere, tra operazioni straordinarie e concordato in continuità, per il fatto che la ratio degli istituti previsti dal diritto societario non deve essere comparata, *sic et simpliciter*, con il fine della continuità ma con quello della continuità che sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Proprio tale ultima caratteristica consente di affermare che, qualunque sia il tipo di analisi comparativa compiuta (astratta o concreta), in caso di concordato in continuità si dovrà comunque vagliare in concreto la fattibilità anche di operazioni più “innocue”, come la fusione, così da verificarne la compatibilità con il vero fine della procedura.

Un ragionamento così impostato porterebbe dunque ad escludere che il piano di concordato possa contenere operazioni straordinarie astrattamente compatibili con la continuità ma concretamente svantaggiose per i creditori.

In particolare, per quanto attiene alla fusione, non si capirebbe infatti per quali motivazioni si dovrebbero ritenere ammissibili *tout court* fusioni tra società che versano

entrambe in stato di crisi o, semplicemente, fusioni che comportano notevoli costi di procedura rispetto ai concreti vantaggi economici per i creditori²¹⁰.

²¹⁰ Vi sono comunque autori che ritengono non essere scontata la compatibilità tra istituti e che segnalano espressamente la possibilità di pregiudizio del ceto creditorio anche in operazioni *ictu oculi* vantaggiose come la fusione. Si vedano MANZO, *op. cit.* e POTOTSCHNIG, *op. cit.*

12. Continuità diretta ed indiretta: una distinzione solo apparente?

Si è discusso fino ad ora degli aspetti peculiari e delle problematiche connesse alle fattispecie di continuità indiretta, tralasciando peraltro il conferimento e la cessione d'azienda, che non paiono porre particolari criticità.

Preliminarmente, si deve osservare come, nonostante la norma di cui all'art. 186-bis tenda ad estendere la sua disciplina a prescindere dal fatto che le attività aziendali continuino in capo all'imprenditore in crisi o a soggetti terzi, comunque sussistono importanti differenze tra continuità oggettiva e soggettiva.

Nella prassi concordataria il dato statistico mostra non solo un concreto disinteresse verso l'utilizzo del concordato in continuità ma, anche in tali casi, un perseguimento degli obiettivi di risanamento mediante continuità diretta limitato a casi rarissimi.

E' chiaro come l'ostacolo maggiore consista nella diffidenza dei creditori concorsuali verso una riorganizzazione aziendale che, si passi il termine, non comporti la "caduta di qualche testa".

Sostanzialmente pare molto difficile per tali soggetti dare fiducia ad un imprenditore che, al di là della colpa effettiva, viene ritenuto responsabile dello stato di crisi e dunque incapace, a maggior ragione, di traghettare l'azienda al di fuori della crisi stessa.

In sintesi, la liquidazione in blocco delle attività d'impresa viene ritenuta operazione più affidabile e sicura dato che in una situazione già contraddistinta dall'insicurezza i creditori sarebbero poco propensi a lasciare al timone l'imprenditore originario, specie alla luce del rischio che, comunque, contraddistingue questa tipologia concordataria.

Non si può e non si deve quindi prescindere da queste considerazioni che, pur riguardando in senso stretto la "convenienza", devono essere stimolo per il legislatore

affinché possa maggiormente favorire la conservazione non solo dell'elemento oggettivo dell'impresa ma anche degli stessi soggetti imprenditoriali che non abbiano colpe della situazione di difficoltà.

Dopotutto ben si potrebbe osservare come la logica della continuità soggettiva sia la più aderente alle caratteristiche del concordato preventivo, istituto che permette di superare la crisi e di conservare in capo al debitore la titolarità dell'amministrazione e gestione dell'impresa.

Queste dunque paiono essere le peculiarità tipiche della continuità diretta e non si ritiene nemmeno di condividere l'idea per la quale la continuità soggettiva costituisca quintessenza della "vera" continuità mentre il conferimento e la cessione d'azienda debbano essere considerate come strumenti di carattere liquidativo attratti dalla norma, forzatamente, alla disciplina dell'art. 186-bis.

In realtà queste conclusioni sembrano affrettate e tendono a frammentare il contenuto di una disposizione che invece dovrebbe essere letta in maniera unitaria.

Chi infatti sostiene questa tesi è portato a pensare che le differenze fondamentali tra prosecuzione diretta e continuità indiretta rilevino a livello di piano concordatario: nel primo caso la proposta ruoterebbe intorno ad un programma complesso di riorganizzazione aziendale e di riequilibrio finanziario²¹¹, nel secondo invece intorno alla valutazione degli *assets* da liquidare.

²¹¹ Si è rilevato come il concordato in continuità soggettiva si contraddistingua per la "sostanzialità dei piani, che devono attenersi anche all'organizzazione dell'impresa, piuttosto che alla sola valorizzazione degli assets destinati alla liquidazione". Così ROSSI, *L'esecuzione del concordato di risanamento tra governance e conflitti*, in *Fallimento*, n. 10/2017.

Questa ricostruzione non tiene tuttavia conto di quell'elemento fondamentale del concordato in continuità che è la sussistenza del rischio imprenditoriale derivante dalla conservazione sul mercato dell'impresa in crisi.

Si è già detto infatti che la disciplina di cui all'art. 186-bis l.f. sarà applicabile ai piani contenenti cessioni e conferimenti solamente quando il corrispettivo sia in qualche maniera commisurato e rapportato all'andamento aziendale²¹².

Sicuramente il profilo liquidativo di tali strumenti è sotto gli occhi di chiunque ma ciò non implica che il valore degli *assets* da liquidare debba essere determinato in maniera certa, senza tenere conto di parametri legati all'andamento futuro dell'impresa.

A rigor di logica, quindi, anche nel concordato con cessione o conferimento dovrà essere centrale un momento valutativo inerente le sorti, e non lo stato attuale, dell'azienda

²¹² Si richiama il contributo di TERRANOVA, *op. cit.*

13. Continuità diretta e garanzia patrimoniale: le opinioni dottrinali sul punto

La questione più importante in relazione alla continuità soggettiva, come correttamente rilevato da autorevole dottrina, attiene ai criteri di risoluzione dei possibili conflitti che possono sorgere nella distribuzione degli utili tra debitore e creditore²¹³.

In particolare, il dubbio principale sta nell'ammissibilità di operazioni di autofinanziamento compiute dal debitore mediante la destinazione di parte degli utili all'esercizio aziendale all'impresa stessa.

La domanda che ci si pone è: può l'imprenditore utilizzare quanto ricavato dalla continuazione delle attività per finanziare e consolidare l'impresa, destinando dunque ai creditori solo una parte dei proventi conseguiti?

La norma di riferimento, infatti, risulterebbe essere quella di cui all'art. 2740 c.c. e, stante la sua riconosciuta natura imperativa²¹⁴, si dovrebbe rispondere a questi interrogativi in senso negativo.

Il tema merita tuttavia un maggior livello di approfondimento e di analisi.

²¹³ Il problema è infatti inquadrabile in termini di risoluzione delle situazioni conflittuali che possono sorgere in merito alla distribuzione della ricchezza derivante dal risanamento aziendale. Sul punto si veda il contributo di D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fallimento*, n. 10/2017.

²¹⁴ Non sembrano esservi dubbi in dottrina e giurisprudenza sulla natura imperativa della norma. I problemi più consistenti non si sono posti infatti in relazione a tale carattere della disposizione quanto, piuttosto, sull'ammissibilità di operazioni che vi derogano e sul fondamento legale e volontario della deroga. Per un compiuto approfondimento si rimanda al dibattito sorto in seguito ad una sentenza del Tribunale di Bologna (Trib. Bologna, sent. 1.10.2013), relativa alla liceità dei c.d. *trust* interni ed alle opinioni dottrinali relative al fondamento dell'atto di destinazione patrimoniale, di cui all'art. 2645-ter c.c.

La dottrina maggioritaria, oggi, ammette espressamente la possibilità di cedere solo parzialmente il surplus derivante dalla ristrutturazione e ciò per diversi ordini di motivi, alcuni validi ed altri particolarmente fragili.

Il dato di partenza, come detto, è costituito dal principio dell'inderogabilità della responsabilità patrimoniale del debitore, principio che riesce a conferire al rapporto obbligatorio dignità di vincolo giuridico. Questo appare essere quindi l'ostacolo più consistente che si è tentato, con argomentazioni diverse, di superare.

In via preliminare bisogna quindi chiedersi se la norma in questione esprima un principio assolutamente inderogabile, in via unilaterale o in sede pattizia, oppure se vi siano dei margini di "manovra" per il debitore e per i creditori consenzienti.

Alcuni autori hanno infatti sostenuto ed aderito alla tesi che non ritiene affetti da nullità negozi tra debitore e creditori che siano diretti ad incidere, in senso restrittivo, sulla garanzia patrimoniale gravante sui beni del debitore, dovendosi interpretare l'art. 2740

c.c. come espressivo di un divieto che riguarda atti unilaterali dell'obbligato²¹⁵, non essendo quindi funzionale e nemmeno logico che la legge vieti ai creditori di disporre della garanzia al fine di un miglioramento delle prospettive di realizzazione del credito²¹⁶.

²¹⁵ In passato ha espresso tale opinione Daniele Rubino, sottolineando come la disposizione sia tesa ad "evitare che un soggetto, con proprio atto unilaterale di volontà, direttamente o indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei suoi creditori. Essendo questa la ragione del divieto, la limitazione di responsabilità è consentita nei riguardi di quel creditore che eventualmente intervenga nel negozio con cui la limitazione viene disposta" (RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, Trattato di Diritto Civile diretto da Vassalli, Torino, 1963).

²¹⁶ Recentemente ha sostenuto questa tesi PIANOFORTE, in *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale con riferimento al concordato in continuità aziendale*, in *Contratti*, n. 5/2017. Suggestivo (ma non risolutivo) pare il riferimento alla dottrina che ha affrontato il tema applicando il teorema di Coase, teorema che avrebbe il merito di mostrare come le norme imperative debbano essere

Senza addentrarsi nell'inestricabile reticolo di orientamenti contrapposti riguardanti il tema della deroga convenzionale all'art. 2740 c.c., si deve qui obiettare che il principio utilizzato al fine di risolvere il conflitto tra debitore e creditori non pare essere in alcun modo sufficiente ed utile, sia per il fatto che sussistono importanti dubbi sull'assimilabilità del concordato ad un vero e proprio negozio giuridico, sia perché, così ragionando, si ammetterebbe la possibilità di una cessione parziale anche quando la procedura sia tipicamente liquidatoria.

Una prima strada percorribile allora potrebbe risiedere nell'interpretazione ermeneutica dell'art. 186-bis che espressamente prevede la continuità diretta e che, inevitabilmente, sarebbe contraddittorio nel momento in cui non legittimasse la segregazione patrimoniale di parte dei beni del debitore al fine di destinarli all'azienda. Questo criterio, tuttavia, rischia talvolta di prestarsi ad operazioni interpretative che fonderebbero la presunta deroga all'art. 2740 sulla prevalente considerazione dell'interesse alla continuità rispetto a quello dei singoli creditori e ciò, evidentemente, non è assolutamente condivisibile²¹⁷.

sottoposte *“ad un test di resistenza volto a verificare se i titolari degli interessi che si assumono protetti dalla norma imperativa non siano in grado di autotutelarsi contrattando direttamente con i potenziali danneggianti”* (DENOZZA, *Le norme efficienti, L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002). La conclusione per cui *“se il creditore è il soggetto più in grado di tutelarsi nei confronti del suo debitore, non pare che la ratio della riserva di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., possa escludere, in via generale, un suo potere di incidere convenzionalmente sulla garanzia patrimoniale del proprio credito”*, seppur condivisibile, non appare in alcun modo utile all'analisi svolta.

²¹⁷ Si è correttamente rilevato infatti come possa “obiettarsi che lo stesso fondamento sul quale la tesi si regge, ovvero la prevalenza dell'interesse alla continuità dell'impresa rispetto all'interesse dei creditori nella fattispecie ex art. 186 bis l.fall., è alquanto dubbio e probabilmente fallace, atteso che la continuazione dell'impresa è comunque strumentale e servente rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori” (D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Fallimento*, n. 3/2017).

Vi è inoltre chi ritiene che sia fondamentale considerare l'effetto c.d. esdebitatorio dell'omologazione del concordato preventivo, non potendosi quindi concepire sussistente, in sede esecutiva, alcun obbligo e nessuna responsabilità del debitore²¹⁸. Il riferimento all'effetto dell'omologazione, di cui all'art. 184 l.f., non riesce tuttavia a dar conto della destinazione della ricchezza percepita dal debitore tra il momento dell'ammissione della domanda e quello dell'omologazione della proposta concordataria e quindi potrebbe costituire criterio valido solo al fine di risolvere i conflitti in sede esecutiva.

Un'argomentazione più convincente, invece, mira ad identificare quali siano i beni del debitore sui quali grava la garanzia generica: l'art. 2740 c.c. vincolerebbe alla soddisfazione dei creditori solamente il patrimonio esistente al momento della domanda di concordato preventivo ed i beni futuri concretamente liquidabili, tra i quali non rientrerebbero gli utili derivanti dall'esercizio aziendale²¹⁹.

Infine, e questa risulta essere forse la soluzione decisiva, si evidenzia come l'art. 186-bis costituisca vera e propria deroga alla regola imperativa posta dall'art. 2740 c.c. in quanto tale disposizione consente al debitore di cedere solo parzialmente i suoi beni per proseguire le attività, purché la prosecuzione sia nell'interesse del ceto creditorio²²⁰.

Nonostante tutte le tesi prospettate possano essere astrattamente condivise, l'unica valida ed ineccepibile argomentazione risulta essere quella fondata sul dato normativo,

²¹⁸ Parrebbe dunque che il conflitto con l'articolo 2740 c.c. sarebbe eminentemente apparente in quanto l'effetto tipico del concordato omologato è di estinguere il debito nei confronti dei creditori anteriori alla domanda di concordato preventivo. Così D'ATTORRE, *op. ult. cit.*

²¹⁹ Sul punto si veda il contributo di FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016.

²²⁰ In senso conforme D'ATTORRE, *op. ult. cit.*

senza dover ricorrere ad opzioni interpretative che possano essere tanto condivise quanto respinte: se l'art. 2740 c.c. consente una deroga solamente nei casi espressamente previsti dalla legge è chiaro come l'art. 186-bis positivizzi una di tali fattispecie "derogatorie" dal momento che consente all'imprenditore di conservare il complesso aziendale al fine continuare l'esercizio delle attività d'impresa.

Insomma si vuol ribadire che la deroga c'è ma c'è in quanto è prevista dalla legge.

Si potrebbe tuttavia obiettare come la norma di cui all'art. 186-bis l.f. riguardi il patrimonio dell'imprenditore al momento della domanda, mentre nulla viene detto per quanto attiene i proventi futuri.

Questa impostazione potrebbe quindi far dubitare dell'onnicomprendività di tale deroga: riguarda solo il patrimonio sussistente al momento della domanda di concordato preventivo o anche i beni futuri?

Leggendo la disposizione potrebbe legittimamente pensarsi che la norma consacrì la possibilità per il debitore di non devolvere ai creditori solamente i beni aziendali esistenti al momento della domanda di ammissione alla procedura²²¹.

In realtà tali affermazioni sono facilmente confutabili guardando agli interessi che la fattispecie normativa mira a regolamentare, ponendosi dunque su di un piano funzionale più che strutturale: la legge non parla né di patrimonio al momento della domanda né di beni sopravvenuti ma, a parere di chi scrive, si limita a stabilire che vi possa essere deroga all'art. 2740 c.c., e dunque segregazione di alcuni dei beni

²²¹ Proprio dal carattere derogatorio dovrebbe essere fatta discendere l'impossibilità di

interpretazione analogica anche se, in tal caso, si tratterebbe più che altro di interpretazione estensiva.

dell'imprenditore, fintantoché tali beni siano funzionali alla prosecuzione delle attività e la continuità sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Così impostata, la questione è di facile risoluzione poiché eviterebbe di poggiare la tesi positiva, qui condivisa, sulle fragili basi di orientamenti che non sempre trovano accoglimento in dottrina e giurisprudenza e consentirebbe di giudicare dell'ammissibilità di tali operazioni in concreto, guardando agli interessi sui quali incidono.

L'art. 186-bis, in sintesi, consentirebbe un discostamento dall'ordinario regime di responsabilità del debitore qualora sussistano i due elementi sui quali si fonda, del resto, la stessa disciplina della continuità aziendale: la funzionalità della destinazione alla prosecuzione aziendale e la convenienza di tale prosecuzione per il ceto creditorio.

14. (*Segue*) Continuità diretta e garanzia patrimoniale: la posizione della giurisprudenza

Il tema dibattuto, come si è avuto modo di notare, ha costituito e costituisce motivo di notevole approfondimento dottrinale.

Sul versante giurisprudenziale si deve invece registrare una particolare attenzione rispetto alla possibilità di cessione parziale dei beni del debitore in seno ad una procedura di tipo liquidatorio.

I giudici che si sono espressi sul punto non hanno mancato di rilevare, in maniera uniforme, come tale possibilità si scontri inevitabilmente con il principio di cui all'art. 2740 c.c., ritenendo conseguentemente la proposta concordataria, strutturata sulla base di una parziale devoluzione del patrimonio del debitore, affetta da illiceità della causa²²². Nell'escludere dal campo di operatività della deroga i concordati di tipo liquidatorio si è dunque ammesso, indirettamente, come questa riguardi esclusivamente la fattispecie concordataria disciplinata dall'art. 186-bis.

Un recente decreto del Tribunale di Firenze²²³ ha peraltro dissolto ogni dubbio al riguardo, confermando la tesi positiva, qui sostenuta, che guarda con favore (e prudenza) alla possibilità di destinazione dei profitti d'impresa alla prosecuzione aziendale.

Le motivazioni addotte dai giudici toscani, tuttavia, paiono essere ambivalenti: da un lato infatti si fa perno su di una lettura "sistematica" della Legge Fallimentare,

²²² In tal senso: Trib. Roma, 25.7.2012; App. Roma, 5.3.2013; Trib. Torino, 23.12.2010; Trib. Arezzo, 8.1.2011; Trib. Torino, 5.6.2014; tutte in *ilcaso.it*.

²²³ Trib. Firenze, 2.11.2016, in *ilcaso.it*.

prendendo atto del *favor legis* verso la conservazione delle unità produttive²²⁴, dall'altro si rimarca la necessità che l'accantonamento del surplus generato dalla continuazione delle attività debba essere destinato al consolidamento dell'impresa ed alla prevenzione di situazioni pregiudizievoli per lo stesso ceto creditorio.

Seppur dunque possa pensarsi che il Tribunale abbia fondato il proprio convincimento sulla prevalenza dell'interesse conservativo, indipendentemente dalla funzionalità dell'operazione rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori, allo stesso modo si deve prendere atto di come i giudici abbiano chiarito fin da subito che la ritenzione degli utili debba essere finalizzata a dotare il debitore di mezzi necessari che lo mettano in grado di fronteggiare, in via preventiva, situazioni di crisi che possano compromettere una equilibrata e corretta continuazione aziendale.

Anche la recente giurisprudenza di merito pare accogliere dunque, pur indirettamente, la tesi per cui si debba in ogni caso verificare e valutare la causa giustificativa di qualsiasi operazione che comporti un accantonamento dei profitti generati dall'impresa in concordato.

²²⁴ Il tribunale rileva infatti che *“la differente modalità di soddisfacimento dei creditori e la finalità, favorita dal legislatore, di risanamento e conservazione, pur nell’ottica della massimizzazione degli interessi dei creditori, giustificano una deroga tout court al principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c.”*.

CAPITOLO QUARTO

I VANTAGGI DEL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

1. La moratoria annuale per il pagamento dei creditori privilegiati: uno sguardo al concordato preventivo liquidatorio

La lettera c) del co. 2 dell'art. 186-bis prevede espressamente che *“il piano può preveder, e fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto”*.

Ad onor del vero, semplicemente leggendo la disposizione ci si potrebbe avvedere del fatto che questa sia forse più attinente ai contenuti del piano che agli effetti del concordato preventivo.

In realtà la norma appena richiamata pare più descrivere uno dei benefici accordati dalla legge alle imprese soggette alla procedura concorsuale in questione.

Il vantaggio conseguibile, in tal caso, risulta essere scolpito a chiare lettere nella disposizione: a differenza della procedura fallimentare e del concordato liquidatorio, nel concordato in continuità i creditori privilegiati possono essere pagati (integralmente) entro un anno dal decreto di omologazione senza avere per questo diritto di voto.

Le criticità dunque non possono sorgere in merito all'interpretazione della norma quanto piuttosto al regime d'eccezione che essa pone rispetto alle ordinarie regole fallimentari che qui devono dunque essere analizzate in quanto applicabili al concordato su espresso rinvio operato dall'art. 169 l.f.

E proprio in materia di concordato liquidatorio uno dei punti controversi, che ha interessato tanto gli autori quanto i giudici, risulta essere quello della soddisfazione di tali classi di creditori dell'imprenditore decotto.

Dottrina e giurisprudenza si sono infatti interrogate, ed i contrasti continuano tutt'ora, sull'ammissibilità di una dilazione di pagamento dei prelatizi, stante l'accoglimento unanime, prima delle riforme del 2005-2007, del principio per cui i creditori privilegiati avrebbero dovuto essere pagati immediatamente ed integralmente²²⁵.

Oggi l'art. 160 l.f., al co. 2, contempla *expressis verbis* la possibilità di falcidia dei crediti assistiti da prelazione e tale articolo deve essere letto in combinato disposto con l'art. 177 l.f., secondo e terzo comma, che regolano la formazione delle maggioranze ai fini dell'approvazione del concordato.

Da una lettura siffatta risulterebbe, solo apparentemente, un sistema piuttosto chiaro: quando il piano prevede l'integrale pagamento dei creditori privilegiati questi non potranno partecipare al voto (a meno che non rinunzino alla garanzia) mentre in caso di falcidia questi potranno prendere parte alla votazione in proporzione alla parte del credito rimasta insoddisfatta ed equiparati ai chirografari.

Come detto però, la linearità di tale ragionamento è solo apparente in quanto fin da subito ci si è accorti della potenziale differenza semantica che vi è tra il concetto di soddisfazione e quello di pagamento e della discrasia che vi è dunque tra secondo e terzo comma dell'art. 177 l.f.²²⁶.

Il caso pratico che ha contribuito a scardinare un sistema a prima vista logico e coerente è stato quello dell'ammissibilità di una dilazione temporale di pagamento (integrale) dei creditori privilegiati.

²²⁵ Cass. Civ., 26.11.1992, n. 12632, in Fallimento, 1993, 707; Trib. Sulmona, 6.6.2005, in Fallimento, 2005, 793; tutte riportate da D'ORAZIO, in *La vexata quaestio della dilazione di pagamento dei prelatizi*, in Fallimento, n. 4/2014.

²²⁶ In realtà vi sono autori che sostengono come il concetto di pagamento e quello di soddisfazione si riferiscano entrambi al profilo "quantitativo" del credito. Così D'ORAZIO, *op. cit.*

Sul punto giova ricordare come la Corte di Cassazione si sia espressa più volte²²⁷ risolvendo parte delle criticità prospettate.

Si ritiene tuttavia essere utile una breve digressione relativa alle varie soluzioni offerte prima dell'intervento del giudice della nomofilachia, soluzioni alle quali bisognerà tutt'oggi guardare per il fatto che i giudici tendono ad applicarle anche alla moratoria ultrannuale nel concordato con continuità.

Il primo problema, in tali casi, concerneva (prima dell'intervento chiarificatore della Cassazione) l'ammissibilità di proposte contenenti una moratoria visto che, già prima delle citate riforme, si tendeva a giustificare l'esclusione dal voto dei privilegiati sulla scorta dell'art. 160 l.f., che concedeva il pagamento dilazionato solo in riferimento ai creditori chirografari.

E' questa una domanda, quella relativa all'ammissibilità della proposta con dilazione, che gli interpreti si sono posti per lungo tempo ed a cui i giudici delegati hanno dato risposte divergenti²²⁸, risposte che mutavano di foro in foro, aggravando così quel fenomeno patologico di "municipalizzazione" delle procedure concorsuali che appariva, già allora, essere in stato "metastatico".

Non è necessario in tal sede approfondire specificamente tutte le opinioni che si sono espresse al riguardo, ritenendosi utile invece riassumere sinteticamente le due posizioni principali in relazione al tema prospettato.

²²⁷ Cass. Civ., sent. 31.10.2016, n. 22045; Cass. Civ., sent. 9.5.2014, n. 10112, in ilcaso.it; Cass. Civ., sent. 6.10.2014, n. 20388, in ilcaso.it; Cass. Civ., sent. 2.9.2015, n. 17461, in ilcaso.it.

²²⁸ Si rimanda al già citato contributo di D'ORAZIO, nel quale si sottolinea come una ricerca OCI (Osservatorio sulle Crisi d'Impresa) del 2013 abbia mostrato un panorama piuttosto "frastagliato", composto di risposte notevolmente diverse date dai giudici delegati alla domanda sull'ammissibilità della dilazione di pagamento.

Un primo orientamento, del tutto minoritario, tendeva ad escludere tout court l'ammissibilità di concordati liquidatori con differimento temporale di pagamento dei creditori privilegiati²²⁹ a meno che i relativi crediti non venissero falcidiati ex art. 160 co. 2 l.f.²³⁰.

Questa tuttavia non pareva essere soluzione condivisibile dato che il pagamento in questione è pur sempre integrale dal punto di vista quantitativo, qualora ovviamente siano previsti interessi compensativi.

Altri Tribunali, invece, fondavano il proprio giudizio su di una comparazione con la procedura fallimentare, ritenendo inammissibile la proposta ogniqualvolta il differimento temporale fosse superiore alle tempistiche di pagamento nel fallimento²³¹. Ad onore del vero, la tesi restrittiva sembra essere stata, a maggior ragione dopo l'intervento della Cassazione, del tutto minoritaria, soprattutto in giurisprudenza, confutata con argomentazioni che attengono più che altro alla ratio della riforma che ha riguardato l'art. 160 l.f.²³²

²²⁹ Si veda, in giurisprudenza: Trib. Roma, 29.7.2010, in [ilcaso.it](#); Trib. Udine, 14.2.2011, in [ilcaso.it](#); Trib. Tolmezzo, 8.7.2011, in [www.osservatorio-oci.it](#).

²³⁰ Il Tribunale di Roma, a più riprese, si è espresso in merito ritenendo *“illegittime le clausole che prevedono una dilazione del pagamento dei creditori privilegiati, giacché i creditori muniti di cause legittime di prelazione hanno sempre diritto al pagamento immediato (infatti, essi non hanno diritto di voto: art. 177 l.f.)”* (Trib. Roma, 20.6.2010, in [ilcaso.it](#) e cfr. Trib. Roma, 29.7.2010.).

²³¹ Così, ad esempio, il Tribunale di Padova con decreto del 30.5.2013, in [ilcaso.it](#). Per un commento specifico alla pronuncia si veda il contributo già citato di D'ORAZIO.

²³² Si vogliono qui condividere le osservazioni formulate dal Tribunale di Ravenna (decr. 19.8.2014): *“tale argomentazione sia apodittica posto che il sancire contemporaneamente, con la medesima asserzione, che il pagamento deve avvenire immediatamente o nei tempi corrispondenti ad una liquidazione*

fallimentare, non comporta affatto la conclusione dell'inammissibilità di qualunque proposta di concordato (in continuità o liquidatorio) che preveda il pagamento temporalmente dilazionato dei privilegiati. Se è vero, infatti, che la dilazione temporale - come acutamente osservato in dottrina - può rappresentare una forma di soddisfazione non integrale del creditore privilegiato, ebbene tale conseguenza è resa perfettamente legittima dall' art. 160 l.f., con il solo limite rappresentato dal fatto che la soddisfazione non può comunque essere deteriore rispetto a quella ricavabile da una ipotetica alternativa liquidatoria. Ed

Una volta risolto positivamente il dubbio iniziale relativo alla legittimità della dilazione, quindi, ci si è posti l'interrogativo di più ardua risoluzione: i prelatizi per cui sia prevista una dilazione di pagamento possono partecipare al voto, ex art. 177 co. 3, oppure devono rimanere estranei all'approvazione del concordato in base all'art. 177 co. 2?

Le criticità in tal senso sorgono da una semplice lettura dell'art. 177 l.f. che, al secondo comma, parla di "pagamento" ed al terzo comma di "soddisfazione".

Così circoscritto il problema dunque l'esclusione dal voto di tali creditori, in base al co. 2 dell'art. 177 l.f., o la loro partecipazione secondo le regole dettate dal comma successivo.

Una prima soluzione si basava sul diverso significato attribuito ai termini "pagamento" e "soddisfazione": il primo veniva riferito all'adempimento in termini quantitativi mentre il secondo all'aspetto qualitativo²³³.

Operata tale distinzione si è osservato come il pagamento dilazionato sarebbe stato sicuramente integrale, in termini quantitativi, dovendosi piuttosto chiarire se si versasse in un caso di soddisfazione non integrale, stante la non sovrapposibilità dei due concetti. Ed è proprio sulla scorta delle considerazioni relative al significato di "soddisfazione non integrale" che alcuni Tribunali²³⁴ hanno ammesso al voto i creditori privilegiati,

allora, fermo il rispetto formale di quanto previsto dall' art. [160 co. 2 l.f.](#), nessuna inammissibilità aprioristica può essere affermata rispetto al pagamento temporalmente dilazionato dei privilegiati, dovendosi fra l'altro distinguere fra privilegio speciale e privilegio generale e, quanto a quest'ultima categoria, dovendosi far riferimento alla tipologia di attivo che, a sua volta, condiziona pesantemente, specie in una situazione di stallo del mercato immobiliare, la stessa tempistica presumibile di una liquidazione efficiente dell'attivo patrimoniale".

²³³ "Parte della giurisprudenza ritiene che il pagamento integrale, da tener distinto dal soddisfacimento integrale, si verifichi solo nel caso di pagamento effettuato per l'intero, con denaro ed immediatamente, senza eccessiva dilazione"(Trib. Sulmona, 2.11.2010, in ilcaso.it).

²³⁴ Prima dell'intervento della Cassazione l'orientamento descritto pareva essere quello maggioritario. In tal senso: Trib. Catania, 27.7.2007, in Giurisprudenza Commerciale, 2008; Trib.

concependo lo stesso diritto di voto come una sorta di risarcimento del danno conseguente al trattamento deteriore rispetto alla normale riscossione del credito²³⁵. Opposta invece la tesi che non solo affermava categoricamente l'ammissibilità della moratoria ma che individuava come elemento discriminante, al fine di applicare l'art. 177 co. 3 l.f., la previsione di interessi compensativi.

Solo nel caso in cui questi non fossero previsti si sarebbe dovuto garantire il diritto di voto ai privilegiati, sulla scorta di considerazioni sistematiche che porterebbero a ritenere coincidenti i concetti di "pagamento" e "soddisfazione", entrambi riferiti all'aspetto quantitativo del credito²³⁶.

La Corte di Cassazione, nel 2014, pare aver dissolto qualsiasi dubbio: da una parte veniva confermata l'ammissibilità della proposta con dilazione, sulla base delle innovazioni legislative che hanno espressamente previsto la falcidiabilità dei crediti privilegiati; dall'altra la Corte riteneva applicabile pienamente il comma terzo dell'art. 177 l.f.²³⁷

Da allora non risultano esservi stati scostamenti sensibili rispetto a tale impostazione²³⁸ ed in tal senso si vuole qui riprendere il ragionamento della Suprema Corte, espresso

Mantova, 26.2.2009, in [ilcaso.it](#); Trib. Modena, 27.2.2009, in [ilcaso.it](#); Trib. Mantova, 16.9.2010, in [ilcaso.it](#); Trib. Cassino, 27.7.2012, in www.osservatorio-oci.it.

²³⁵ Così CASA, *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato in continuità*, in *ilFallimento*, n. 11/2013.

²³⁶ Si ritiene di riportare un frammento motivazionale di una pronuncia del Tribunale di Sulmona in cui si rimarca che "Insomma, le due espressioni, (soddisfacimento integrale e pagamento integrale) rappresentano lo stesso fenomeno, inteso in una dimensione solo quantitativa, si da essere equivalenti. Se i creditori vengono pagati in più anni, ma con la corresponsione degli interessi non possono avere diritto al voto, perché sia il pagamento che la soddisfazione sono integrali" (Trib. Sulmona, 2.11.2010). In tal senso D'ORAZIO, op. cit.

²³⁷ Così Cass. Civ., sent. 9.5.2014, n. 10112, in [ilcaso.it](#).

²³⁸ Conformemente si veda: Cass. Civ., sent. 20388/2014 e 2.9.2015, n. 17461. Si deve notare comunque come vi siano state dure critiche all'iter motivazionale seguito dai giudici di legittimità. Per un compiuto approfondimento si rimanda a LAMANNA, *La pretesa indistinta ammissibilità del pagamento dilazionato dei crediti muniti di prelazione*, in *ilFallimentarista*, 2014; ZANICHELLI, *La dilazione del pagamento dei creditori privilegiati: quando le ragioni dell'economia fanno*

nell'ultima sentenza sul punto: *“la soluzione sostenuta è condivisibile in ordine alla premessa relativa all'impossibilità di assimilare il pagamento integrale e immediato al pagamento integrale ma dilazionato e con corresponsione degli interessi. Ed è giusto affermare che, nel secondo caso, i creditori privilegiati debbono poter partecipare al voto sulla proposta di concordato nei limiti della perdita consequenziale.*

*La ratio di simile conclusione sta in ciò: che il pagamento dilazionato importa comunque un sacrificio per i creditori muniti di privilegio, rispetto al quale, per quanto la dilazione di pagamento sia accompagnata dal decorso degli interessi di legge, non può il giudice sostituirsi al creditore al fine di vagliare la equivalenza rispetto al soddisfacimento derivante dal pagamento in danaro, integrale e immediato, del credito.”*²³⁹

In realtà le osservazioni svolte dalla Corte non paiono essere del tutto convincenti.

Innanzitutto perché non si può fondare una deroga al principio dell'immediato ed integrale pagamento dei creditori privilegiati sulla base di argomenti che non sono in alcun modo saldamente ancorati ad alcuna disposizione legislativa o che fanno perno sull'interpretazione estensiva di eccezioni normative qual è quella di cui all'art. 160 co.2. Di tali criticità si preferisce dar conto tuttavia nel prossimo paragrafo posto che, comunque, la tesi della legittimità della moratoria è unanimemente stata accolta dai giudici di merito e dunque è dato dal quale non si può prescindere.

Anche considerando ammissibile tale operazione non si comprende comunque il motivo per il quale si debba dare un significato diverso a termini (soddisfazione e pagamento) che, *ictu oculi*, riguardano il medesimo profilo quantitativo del credito.

premio su quelle del diritto, in *ilFallimentarista*, 2014; DI MARZIO, *Il pagamento concordatario dei crediti garantiti può essere dilazionato solo per consenso o nei casi previsti dalla legge*, in *ilFallimentarista*, 2014.

²³⁹ Cass. Civ., sent. 31.10.2016, n. 22045.

A parere di chi scrive, infatti, una soluzione così congegnata mal si presterebbe ad una visione unificante della disciplina che tenga conto anche della particolare fattispecie del concordato in continuità.

In tal senso si tende a precisare come sia forse più corretto ritenere coincidenti i concetti di pagamento e soddisfazione di cui all'art. 177 l.f., considerando legittima la dilazione accompagnata dalla corresponsione degli interessi, senza che per questo debba essere attribuito al creditore privilegiato il diritto di voto dato che il comma terzo della disposizione riguarda unicamente il caso di decurtazione quantitativa del credito.

2. La moratoria nel concordato in continuità: possibile una dilazione ultrannuale?

Riprendendo il discorso relativamente alla fattispecie concordataria di cui all'art. 186-bis, fattispecie che qui interessa approfondire, pare che i problemi si pongano in termini diversi rispetto allo scenario liquidatorio.

La disposizione disciplina quella che è stata definita una "moratoria annuale coatta", ammettendo una dilazione di pagamento dei creditori privilegiati fino ad un anno dal decreto di omologazione del concordato preventivo e senza che tali soggetti possano esercitare il diritto di voto.

Questo aspetto costituisce un vantaggio fondamentale conseguibile per mezzo del concordato in continuità.

Fino a questo punto si potrebbe rilevare come tutte le difficoltà analizzate in materia di concordato senza continuità aziendale siano risolte *ex lege*, senza doversi più disquisire di ammissibilità della moratoria e della correlativa partecipazione al voto dei creditori privilegiati.

La chiarezza della legge, anche in tal caso, non è che apparente.

I medesimi problemi e le medesime questioni, se risolti (con qualche mal di pancia) per quanto riguarda la dilazione infrannuale, si ripropongono intatti anche nel concordato in continuità aziendale quando il piano preveda il pagamento differito a più di un anno dall'omologa, con la differenza che in tal caso il legislatore si è occupato direttamente dell'aspetto temporale del pagamento.

Venendo al punto controverso, ci si è chiesti se il limite individuato dalla norma possa essere derogato dal debitore proponente, se i creditori debbano partecipare alla votazione ed in che proporzione debba essere esercitato tale diritto di voto.

Per quanto riguarda la prima delle questioni considerate c'è da chiedersi se l'autonomia del debitore, particolarmente accentuata nella determinazione dei contenuti del piano, possa permettergli di prevedere una moratoria ultrannuale.

Vi è subito da dire come in dottrina²⁴⁰ e giurisprudenza²⁴¹ la tesi che dà esito positivo alla domanda posta è sicuramente prevalente; ma merita qui citare anche le interessanti argomentazioni di quegli autori che si sono fermamente schierati contro una simile presa di posizione²⁴².

Dopotutto i motivi sui quali risulta fondato l'orientamento estensivo sono gli stessi in base ai quali si tende a ritenere legittima la dilazione nel concordato liquidatorio.

Il primo di tali argomenti viene dedotto dalla nuova formulazione dell'art. 160 l.f., co. 2, che, prevedendo la possibilità di falciare quantitativamente i crediti privilegiati, attribuirebbe al debitore anche la facoltà di dilazionare il pagamento quantitativamente integrale.

Prima della riforma del 2005, osservano quanti militano per l'ammissibilità della moratoria ultrannuale, la giurisprudenza ricavava dall'articolo in questione il principio dell'integrale ed immediato pagamento dei prelatizi; principio che risulterebbe, a quanto

²⁴⁰ Tra questi Casa, *op. cit.*; D'Orazio, *op. cit.*; BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritto di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013; BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 2013; AMBROSINI, *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012*, in *Crisi d'impresa e restructuring di Ambrosini-Tron-Andreani*, Milano, 2013.

²⁴¹ *Ex multiis* Trib. Marsala, 5.2.2014; Trib. Siracusa, 15.11.2013; Trib. Bologna, 6.4.2016; Trib. Rimini, 1.12.2016; Trib. Modena, 8.2.2016; Trib. Massa, 2.9.2016.

²⁴² Degna di nota è la posizione, nettamente contraria alla tesi dell'ammissibilità di una moratoria ultrannuale, di BOZZA, *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della legge fallimentare*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 6/2014. In senso conforme anche STANGHELLINI, *Il concordato in continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013. In giurisprudenza questa impostazione è ripresa da Trib. Padova, cit.

pare, venuto meno dal momento dell'eliminazione del limite temporale per la soddisfazione dei chirografari e, definitivamente, con l'introduzione della falcidia concordataria riguardante i crediti assistiti da cause legittime di prelazione²⁴³.

In riferimento a questo primo motivo non si può che concordare con quella schiera minoritaria di autori²⁴⁴ che ritengono ininfluenti le modifiche apportate alla Legge Fallimentare, sia perché dalla soppressione di disposizioni riguardanti i chirografari non possano essere dedotte regole riguardanti i privilegiati, sia per il fatto che la falcidiabilità del credito attiene esclusivamente al profilo quantitativo così come la disposizione di cui all'art. 177 co. 3 l.f.

In particolare si vuole qui sottolineare come non sia giuridicamente possibile far discendere una eccezione ad un principio generale (quello del pagamento al termine di scadenza) immanente tanto al diritto delle obbligazioni quanto al diritto fallimentare, da addizioni e sottrazioni legislative che riguardano creditori diversi e che codificano deroghe diverse dato che il pagamento non integrale di cui parla l'art. 160 co. 2 consiste esclusivamente in una decurtazione del valore del credito.

Senza contare inoltre che la falcidia dei crediti privilegiati è ammissibile solo in caso di incapacità patrimoniale dei beni sui quali insistono le garanzie e se si ammettesse una

²⁴³ L'art. 160 l.f., prima della riforma apportata con d.l. n. 35/2005, imponeva al debitore di offrire garanzie serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato; ovvero, se è proposta una dilazione maggiore, di offrire le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi.

La falcidia dei crediti privilegiati è stata invece introdotta con d.lgs n. 169/2007.

²⁴⁴ Si fa riferimento a Bozza, op. cit. ed anche ad un autore favorevole alla dilazione dei privilegiati che, tuttavia, non manca di notare *come "non rilevi la circostanza che dal tenore dell'art. 160, co. 2, previgente – che prevedeva una dilazione nel soddisfacimento delle passività dell'imprenditore concordatario per i soli creditori chirografari – si potesse ricavare la inammissibilità della dilazione del pagamento dei crediti privilegiati"* (BONFATTI, op. cit.)

lettura estensiva del secondo comma dell'art. 160 l.f. si finirebbe per attribuire al debitore una libertà di movimento capace di incidere, anche in maniera pregiudizievole, sulle ragioni creditorie e sulla base di requisiti non codificati dalla legge²⁴⁵.

Appare altrettanto infondata ed ingiustificata un'interpretazione che ponga una linea di demarcazione tra comma secondo e terzo dell'art. 177 l.f., tra il concetto di pagamento non integrale e soddisfazione non integrale, ricomprendendo in tale ultima fattispecie anche il caso del pagamento dilazionato.

Risolvendo in questa maniera il complicato intreccio tra norme si attribuirebbero significati diversi a sostantivi che paiono essere sinonimi, rendendo peraltro illogica quella parte dell'art. 177 co. 3 che consente il diritto di voto ai privilegiati, equiparandoli ai chirografari per il credito residuo.

Se nulla è detto dalla legge, quindi, paiono vane quelle artificiose interpretazioni tese ad attribuire alla norma citata una valenza di carattere generale.

In definitiva si intende qui affermare come la moratoria annuale costituisca limite invalicabile dal debitore e ciò non implica nemmeno che vi sia contraddizione con la soluzione alla quale la giurisprudenza è pervenuta in campo liquidatorio: l'impostazione data al problema dai giudici di legittimità rimarrà applicabile a tutti quei concordati cui non sia possibile applicare l'art. 186-bis l.f.

Dalle pronunzie e dai contributi dottrinali che si sono occupati della questione traspare, ancora una volta, l'idea per la quale la continuità debba essere salvaguardata a tutti i costi e per fare ciò si arriverebbe ad interpretare in maniera creativa le disposizioni di

²⁴⁵ Bozza, *op. cit.*

legge, nell'ottica di una massimizzazione dei vantaggi conseguibili per mezzo del concordato in continuità aziendale.

Come già rimarcato in altra parte di questo contributo, un errore interpretativo siffatto porterebbe ad una dilatazione e del campo applicativo dell'art. 186-bis l.f. e dei benefici concessi al debitore che, stando alle statistiche, per nulla ha favorito la preferenza per tale tipologia concordataria

L'unica vera certezza rimarrebbe così quella dell'ulteriore compromissione delle ragioni creditorie che un tempo costituivano il vero centro della disciplina concorsuale.

3. La continuazione dei contratti pubblici pendenti: la disciplina in vigore prima del nuovo Codice degli Appalti

La disciplina introdotta con il Decreto Sviluppo è intervenuta in maniera specifica al fine di regolare il rapporto tra continuità aziendale, continuazione dei contratti pubblici e partecipazione delle imprese in crisi a gare per l'affidamento di contratti pubblici, non solo innovando la Legge Fallimentare ma modificando anche la normativa relativa ai contratti pubblici di cui all'abrogato d.lgs. 163/2006.

Era del resto questo un aspetto particolarmente importante, aspetto che non poteva in alcun modo essere tralasciato dal legislatore della riforma del 2012 dato che, se ordinariamente gli interessi confliggenti sottesi dall'istituto sono quelli della conservazione aziendale e della tutela creditoria, in tal caso assumono rilevanza anche interessi tipicamente sovraindividuali.

Non si poteva quindi prescindere dalla considerazione di tutte quelle realtà imprenditoriali che facevano e fanno del rapporto con le pubbliche amministrazioni l'oggetto esclusivo o quasi esclusivo delle proprie attività aziendali, adattando la disciplina alle specifiche esigenze del caso.

Il primo aspetto del quale la riforma si è occupata è stato quello della continuità contrattuale, inserendo al co. 3 dell'art. 186-bis l.f. una disposizione apparentemente chiara, almeno fino all'emanazione del nuovo Codice degli Appalti pubblici.

Si preferisce procedere ad un'analisi separata delle parti che compongono il comma in questione in quanto destinate a regolare fattispecie diverse, relative a fasi temporali della procedura altrettanto differenti.

La norma prevede, *in primis*, che “Fermo quanto previsto nell’articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell’apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari”.

In realtà non sembra che da tale formulazione letterale possano trarsi conseguenze diverse da quelle già previste dall’art. 169-bis l.f, rispetto all’istituto del concordato preventivo, tanto liquidatorio quanto di risanamento: dal momento del deposito del ricorso non vi sarà sospensione dei rapporti in corso di esecuzione, bensì vi sarà prosecuzione *ex lege*, anche in caso di apertura della procedura, salvo che il debitore non intenda richiedere al Tribunale o al Giudice Delegato di essere autorizzato a sciogliere o sospendere i contratti pendenti.

Fin qui non vi sono particolari dubbi sulla portata della disposizione, la quale non fa che ribadire, anche per quanto riguarda i contratti conclusi con le pubbliche amministrazioni, regole già note all’interprete.

Vi è tuttavia una differenza sensibile rispetto al regime concordatario ordinario relativo alla prosecuzione dei rapporti pendenti: il divieto di risoluzione è rafforzato dalla previsione per cui sono inefficaci patti contrari così come eventuali clausole risolutive espresse, comportando tale precisazione l’assoggettamento del creditore alle scelte discrezionali del debitore²⁴⁶.

²⁴⁶ “Il fatto che sia stata dettata una apposita norma vuol dire, a contrario, che nel concordato senza continuità questo tipo di rapporti non proseguono (al fine di evitare problemi alla P.A. ed ai relativi interessi collettivi sottesi) e che invece nel concordato con continuità proseguono sempre, senza che sia possibile l’operatività di clausole risolutive (tipiche di questi contratti o almeno di quelli usati fino all’entrata in vigore della novella) e che solo il debitore può chiedere di essere autorizzato a sciogliere. Analogamente nei concordati liquidatori saranno efficaci clausole risolutive a differenza di quanto accade per il fallimento”

(FIMMANÒ, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in I quaderni della Gazzetta Forense, Napoli, GIAPETO, 2016, pag. 120).

Le cose iniziano a complicarsi se si prosegue nella lettura della seconda parte del comma in questione che afferma come *“L’ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all’art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento”*.

Il primo punto che merita chiarezza è quello della differenza, apparentemente minima, tra la seconda parte e la prima del terzo comma, differenza che si sostanzia nella differente tipologia di contratti che essa riguarda (i) e nel diverso orizzonte temporale in cui deve essere applicata (ii).

Il primo interrogativo che ci si pone riguarda quindi il campo di applicazione della norma, in quanto nella prima parte del terzo comma viene fatto riferimento ai *“contratti conclusi con le pubbliche amministrazione”* mentre in questo caso si parla di *“contratti pubblici”*.

Taluni hanno ritenuto essere le due espressioni sostanzialmente coincidenti²⁴⁷ ma non sembra questa una soluzione accettabile dato che non si capirebbe la distinzione tra le diverse fattispecie regolate dal terzo comma dell’art. 186-bis l.f.

Senza contare che non si può presumere che il legislatore utilizzi termini specifici in maniera arbitraria e, anzi, pare a chi scrive ovvio che si debba presumere il contrario: quando la legge parla di contratti pubblici utilizza una nozione che non è né sconosciuta al diritto né tantomeno priva di disciplina ed è chiaro come il riferimento fosse ai contratti di cui al d.lgs n. 163/2006.

²⁴⁷ Si tratta di tale opinione dottrinale in un documento intitolato *“Il concordato preventivo in continuità aziendale ed i contratti pubblici”*, elaborato dalla Commissione Procedure Concorsuali dell’ODCEC di Modena nel 2015.

La seconda categoria di contratti, i contratti pubblici, si pone tradizionalmente in un rapporto di *species-genus* con la prima ed è evidente che il legislatore abbia previsto la prosecuzione automatica con onere di attestazione solo per quei rapporti disciplinati dall'abrogato d.lgs n. 163/2006²⁴⁸, non considerando dunque tutte le attività negoziali della pubblica amministrazione che non fossero riconducibili a contratti di appalto o concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi o forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori²⁴⁹.

Da un punto di vista sistematico, inoltre, pare scontato come la disposizione non potesse (e non possa) che riferirsi a tale tipologia di contratti visto che positivizzava una deroga rispetto al principio per cui la dichiarazione di fallimento, il decreto di liquidazione coatta o l'ammissione alla procedura concordataria comportassero la risoluzione del contratto di appalto per mancanza di uno dei requisiti soggettivi ai fini della partecipazione alle procedure di gara, così come stabilito dalla lett. a), co. 2, art. 38 del d.lgs n. 163/2006.

L'art. 38, secondo l'unanime orientamento giurisprudenziale, poneva infatti un limite di tipo soggettivo in virtù del quale la mancata sottoposizione dell'imprenditore a procedure concorsuali fosse da considerarsi come vero e proprio requisito legale al fine di partecipare alle gare pubbliche, requisito che avrebbe dovuto sussistere durante tutta la fase di esecuzione degli obblighi contrattuali e la cui sopravvenuta mancanza avrebbe comportato la risoluzione del rapporto²⁵⁰.

²⁴⁸ Così PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. It.*, n. 12/2014.

²⁴⁹ Sulla nozione di contratto pubblico, prima dell'emanazione del Codice degli Appalti, si consiglia la lettura di IAIONE, *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007.

²⁵⁰

E proprio la possibilità per il debitore di scegliere se continuare i rapporti pendenti aventi ad oggetto l'appalto di opere e servizi, o chiedere al Giudice Delegato di essere autorizzato a scioglierli o sospenderli, alla stregua delle facoltà riconosciute al curatore fallimentare, costituiva e costituisce uno dei più importanti benefici accordati all'imprenditore che optasse per la continuità piuttosto che per la liquidazione atomistica dei propri beni²⁵¹.

L'effetto derogatorio viene tuttavia fatto dipendere, secondo quanto previsto dalla norma, dalla presentazione di un'attestazione suppletiva avente ad oggetto la conformità al piano concordatario (i) e la ragionevole capacità di adempimento del debitore (ii).

In riferimento al ruolo dell'attestatore risultano essere piuttosto vaghi i criteri con i quali questi debba procedere alla valutazione, soprattutto per quanto riguarda l'aspetto della "conformità" al piano: trattasi di conformità in senso funzionale o di mera coerenza rispetto ai contenuti del piano concordatario?

Non si ritiene di condividere l'idea per la quale l'attestazione debba dar conto della funzionalità della prosecuzione rispetto all'"obbiettivo" di continuazione aziendale²⁵² tipico della procedura, per il semplice fatto che il fine del concordato in questione non è quello di garantire la continuità bensì quello di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.

²⁵¹ "Il legislatore propende chiaramente per la prosecuzione nei rapporti come principio generale, rafforzato dalla nullità di eventuali patti contrari sub specie di clausole risolutive espresse le quali assimilano, sotto il profilo decisionale, il debitore concordatario al curatore fallimentare, visto che egli, fatta salva ovviamente l'autorizzazione del Tribunale fallimentare o dopo il decreto di ammissione il giudice delegato, può identificare i contratti in cui subentrare e quelli di cui chiedere la sospensione e/o lo scioglimento" (SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *il caso.it*, 2014)

²⁵²In tal senso si veda MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici: continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *il Fallimento*, n. 6/2014.

Intesa la continuità come risultato e non come fine, sarebbe inutile richiedere all'esperto attestatore una nuova valutazione circa i profili di soddisfazione del ceto creditorio in quanto tali profili devono già essere considerati nell'attestazione relativa al piano concordatario, su espressa previsione dell'art. 186-bis, co. 2, lett. b).

Pare invece pienamente condivisibile la tesi per la quale l'attestazione di conformità si debba fondare su di un giudizio di coerenza e della prosecuzione contrattuale rispetto alle attività dell'impresa finalizzate al risanamento, e dei flussi di cassa previsti in riferimento alle grandezze quantitative contenute nel piano concordatario²⁵³.

L'attestazione deve poi prendere in considerazione l'aspetto della ragionevole capacità del debitore di adempiere agli obblighi contrattuali nei confronti della pubblica amministrazione ed è indiscusso che tale verifica si risolva in una valutazione prognostica *ex ante*, diretta ad escludere la sussistenza di impedimenti che pregiudichino il regolare svolgimento contrattuale, di circostanze che integrino una delle fattispecie risolutorie o che determinino il venir meno dei requisiti previsti dalla legge per la partecipazione alle procedure di affidamento²⁵⁴.

²⁵³ Si è giustamente affermato come "Il giudizio di conformità si sostanzia nella valutazione della coerenza sia qualitativa sia quantitativa. Qualitativa nel senso che i contratti di cui si chiede la prosecuzione e la partecipazione alle gare devono essere coerenti con l'attività prevista ad esito delle azioni industriali previste. Quantitativa nel senso che le grandezze prognostiche dei contratti in questione devono essere previste nel piano. Se i contratti sono pendenti, si tratta di verificare che i relativi costi, ricavi, incassi e pagamenti siano correttamente riflessi nel piano"(RANALLI, *Le attestazioni speciali nel concordato preventivo*, in *il Fallimentarista*, 2014). Cfr. PALLADINO, *op. cit.*

In un'altra prospettiva, la conformità può essere intesa come "essenzialità del contratto pubblico de quo per la realizzazione del piano" (Così FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.*, n. 2/2014).

²⁵⁴ Si ritiene attuale, pur dovendosi guardare alla nuova disciplina degli appalti, l'opinione per cui "Il tema dell'attestazione e del suo contenuto, in relazione alla capacità di adempimento dei contratti pubblici, alla stregua di un criterio prognostico *ex ante*, comporta che il professionista incaricato debba escludere la ricorrenza attuale e prospettica di circostanze tali da risultare incompatibili con il regolare adempimento del contratto ed idonee a configurare uno dei presupposti risolutori indicati dall'art. 136,

Peraltro ben più ampio potrebbe essere l'oggetto dell'attestazione poiché è lo stesso dettato normativo che dichiara essere applicabili tali norme anche in caso di cessione o conferimento d'azienda.

In questi ultimi casi l'indagine dovrà riguardare soprattutto il soggetto subentrante al fine di accertare che sia in possesso dei requisiti di legge per partecipare alle procedure di affidamento e che il piano di prosecuzione delle attività riferibile al cessionario (o conferitario) garantisca un certo livello di affidabilità²⁵⁵.

Così definiti i contenuti dell'attestazione, si può ben vedere, come correttamente osservato da taluni autori, che il sistema delineato dall'art. 186-bis risulta essere di natura "ibrida" dal punto di vista degli interessi regolati, tendendo a garantire da una parte i creditori, per mezzo dell'attestazione di conformità, dall'altra la pubblica amministrazione, certificando la ragionevole capacità di adempimento del cessionario. L'ultima questione che deve essere qui affrontata verte sui limiti temporali di applicazione della disposizione in oggetto.

*D.Lgs. n. 163/2006 (oggi art. 108 del D.lgs n. 50/2016)" (FAUCEGLIA, *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo Codice degli Appalti Pubblici*, in *Dir. Fall.*, n. 2/2017).*

²⁵⁵ Tali affermazioni potrebbero sembrare in contrasto con le stesse disposizioni inerenti il contenuto del piano di concordato preventivo con continuità aziendale. Si è già sottolineato, in altra parte del contributo, come vi sia un tendenziale frazionamento tra fattispecie di continuità diretta ed indiretta. Secondo una buona parte della dottrina solo in caso di continuità soggettiva sarebbe necessario un piano industriale di risanamento, essendo negli altri casi il programma concordatario basato sulla valutazione degli *assets* da liquidare. Così interpretando la fattispecie concordataria si finirebbe per rendere sostanzialmente inutile l'attestazione integrativa di cui al co. 3 dell'art. 186-bis in tutti quei casi in cui sia prevista la cessione o il conferimento d'azienda, visto che non sarebbe necessario presentare alcun piano di risanamento riferibile al cessionario.

Se invece si ritiene essere requisito fondamentale, in caso di cessione o conferimento, quello della parametrizzazione del corrispettivo rispetto all'andamento aziendale allora ben si capirebbe la necessità di predisporre un simile piano, essenziale affinché l'attestatore possa svolgere le proprie valutazioni in ordine alla "ragionevole capacità di adempimento".

La norma infatti parla chiaramente di “ammissione” e, dunque, ci si chiede se la presentazione dell’attestazione al momento di apertura della procedura determini da quel momento la continuazione dei contratti pubblici pendenti.

Si tratta di comprendere se la sussistenza della relazione attestata costituisca una sorta di condizione sospensiva per il prodursi di tali effetti derogatori o se piuttosto la mancata esibizione del documento operi come condizione risolutiva che rende precaria la continuazione dei rapporti pendenti già verificatasi, *medio tempore*, tra il deposito del ricorso ed il decreto del Tribunale.

Guardando alla *ratio* delle disposizioni in parola non si può che propendere per la seconda soluzione poiché altrimenti vi sarebbe una soluzione di continuità nell’esecuzione del contratto che è incompatibile tanto con la continuazione aziendale quanto con l’interesse della pubblica amministrazione ad un corretto e tempestivo adempimento.

4. (Segue) La continuazione dei contratti pubblici: il nuovo Codice degli Appalti

La norma di cui al co. 3 dell'art. 186-bis l.f non è stata fino ad oggi modificata ma, come già fatto notare in precedenza, non si può prescindere dalla disciplina relativa ai contratti pubblici per una sua corretta interpretazione.

Il nuovo Codice degli Appalti, che ha abrogato il d.lgs n. 163/2006, ha infatti introdotto disposizioni che non solo hanno comportato una sensibile modificazione (se non abrogazione) della norma sulla continuazione dei rapporti pendenti con la pubblica amministrazione, bensì hanno rivoluzionato il tradizionale rapporto tra procedure concorsuali e partecipazione alle gare di affidamento dei contratti pubblici.

Si rimanda al prossimo paragrafo per quanto riguarda il profilo, ben più complesso, della partecipazione alle gare di affidamento mentre si vuole qui prendere in considerazione quali siano stati gli effetti dell'“onda d'urto” causata dal Codice degli Appalti sulle disposizioni in esame.

La novità normativa che più ha fatto discutere in tema risulta essere quella di cui al terzo comma dell'art. 110 del d.lgs n. 50/2016, modificata poi d.lgs n. 56/2017, che per chiarezza espositiva conviene qui riportare.

“Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato possono:

- a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;*
- b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.”*

Da una semplice lettura della disposizione appaiono chiare le contraddizioni rispetto a quanto disposto dalla legge fallimentare: se l'art. 186-bis prevede la possibilità di continuazione senza gravare il debitore dell'obbligo di adire il giudice per ottenere la relativa autorizzazione, l'art. 110, al contrario, subordina la prosecuzione del rapporto in essere al provvedimento espresso del giudice delegato²⁵⁶.

Non a torto alcuni autori²⁵⁷ hanno parlato in tal caso di sostanziale abrogazione del terzo comma dell'art. 186-bis l.f. dato che non si potrebbe più parlare di continuazione *ex lege* ma di prosecuzione *ope judicis*.

Ed è proprio la necessaria autorizzazione del giudice delegato che sembra porre i problemi più consistenti dal punto di vista della compatibilità con la disciplina della continuità aziendale in quanto in tal modo si ha una dilatazione delle tempistiche che può tanto nuocere al debitore concordatario, quanto essere pregiudizievole per l'interesse pubblico visto che la pubblica amministrazione potrebbe avere l'interesse ad interpellare gli altri partecipanti alla gara al fine di sostituire l'aggiudicatario e realizzare in tempi rapidi l'opera o il servizio²⁵⁸.

Il correttivo apportato al testo del Codice pare aver rimediato solo in maniera parziale alle criticità prospettate, eliminando l'obbligo per il giudice di esprimersi sulla base di un parere emesso dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), obbligo che

²⁵⁶ E' da notare come l'art. 110 del d.lgs n. 50/2016 estenda la disciplina sulla continuazione dei contratti pendenti, su autorizzazione del giudice delegato, anche ai casi di fallimento con esercizio provvisorio, concordato liquidatorio e concordato prenotativo.

²⁵⁷ Cfr. D'ORAZIO, *Continuità aziendale e gare per l'affidamento di contratti pubblici*, in *ilFallimento*, n. 7/2017.

²⁵⁸ In realtà non si può parlare di una vera e propria abrogazione, dovendosi piuttosto pensare che le disposizioni siano destinate a convivere "nel medesimo stabile ma in piani diversi" (PEZZANO-RATTI, *Nuovo codice dei contratti pubblici e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *ilFallimento*, n. 7/2016).

senz'altro allungava a dismisura le tempistiche per l'ottenimento del provvedimento autorizzativo.

La norma può ancora essere migliorata ma si deve comunque prendere atto di come gli incentivi offerti dalla disciplina della continuità aziendale, in questa prospettiva, rimangono notevoli rispetto alla procedura fallimentare con esercizio provvisorio ed al concordato per cessione di beni visto che in questi ultimi casi non sussiste un divieto di risoluzione del contratto pendente ma solo una facoltà della pubblica amministrazione di proseguire il rapporto anziché provvedere alla sostituzione dell'aggiudicatario, secondo quanto disposto dal co. 1 dell'art. 110²⁵⁹.

Un'ulteriore dubbio sovviene, alla luce dell'evidenziata incompatibilità tra norme, per quanto riguarda la sussistenza dell'obbligo di presentazione dell'attestazione di conformità al piano, dubbio che viene unanimemente risolto in senso positivo visto che la documentazione in questione sarà essenziale per il giudice delegato al fine di autorizzare la prosecuzione del contratto, specie dopo la soppressione del preventivo parere dell'ANAC²⁶⁰.

²⁵⁹ Il co. 1 dell'art. 110 prevede infatti l'obbligo per la stazione appaltante, in caso di fallimento o ammissione alla procedura di concordato preventivo, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto.

²⁶⁰ In tal senso si è osservato come le attestazioni, nonostante il silenzio delle norme sopravvenute, "dovrebbero costituire, con ogni ragionevole probabilità, un apparato documentale imprescindibile per l'ottenimento delle autorizzazioni previste dalla legge" (PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti*, in *Dir. Fall.*, n. 2/2017) In giurisprudenza si veda Trib. Trento, 1.6.2016, in *ilcaso.it*.

5. La partecipazione alle gare pubbliche da parte delle imprese in crisi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016

Prima dell'emanazione del Decreto Sviluppo e della codificazione del concordato con continuità aziendale, il rapporto tra procedure concorsuali e procedure di affidamento dei contratti pubblici risultava essere piuttosto complicato.

L'art. 38 del d.lgs n. 163/2006, che dettava requisiti di ordine generale al fine di partecipare alle gare pubbliche, prevedeva espressamente l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori pubblici, servizi e forniture, per le imprese che fossero state sottoposte a fallimento, liquidazione coatta amministrativa, concordato preventivo (anche in pendenza del procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni).

Tale disciplina era improntata, ovviamente, alla massima tutela dell'interesse pubblico visto che permetteva l'esclusione di un soggetto non appena vi fossero le minime avvisaglie del manifestarsi di una probabile situazione di insolvenza che potesse inficiare la corretta e completa esecuzione del contratto²⁶¹.

Il limite posto dalla norma costituiva requisito generale di tipo soggettivo e doveva sussistere, secondo la giurisprudenza, tanto al momento dell'ammissione alla gara quanto durante tutto il periodo successivo l'esecuzione del contratto²⁶².

²⁶¹ PROVENZANO, *Requisiti: assenza di procedure concorsuali*, in *L'Amministrativista*, 2016.

²⁶² L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha più volte ritenuto sussistente il principio di continuità nel possesso dei requisiti, che non possono essere persi dal concorrente neanche temporaneamente nel corso della procedura. Cfr. Cons. St, Ad. Plen, sent. 29.2.2016, n.5 e sent, 20.7.2014, n.8.

L'articolo in questione andava infatti raffrontato con la disposizione di cui all'art. 40 del vecchio Codice dei Contratti Pubblici, relativo alla certificazione rilasciata dalle SOA²⁶³ (società organismi di attestazione), attestante il possesso dei requisiti sufficienti per partecipare alle gare pubbliche.

Con il d.P.R. n. 207/2010 si provvedeva poi a specificare che cosa si dovesse intendere per requisiti necessari ai fini della partecipazione ed in tal senso, per quanto riguarda i presupposti di ordine generale, l'art. 78 faceva espresso rimando all'art. 38 del Codice.

La prassi voleva dunque che, pendente o aperta che fosse la procedura concorsuale, la società di attestazione non potesse rilasciare la qualificazione ed il soggetto istante rimanesse sprovvisto di una certificazione essenziale per prendere parte alla gara.

Nel caso in cui l'assoggettamento alle procedure fosse intervenuto invece in un momento successivo all'ottenimento dell'attestazione l'imprenditore avrebbe dovuto essere comunque escluso dalla gara, visto l'obbligo di dar luogo al procedimento di cui all'art. 40, co. 9-ter, relativo alla decadenza dell'attestazione di qualificazione.

Il sistema così descritto peccava forse di rigorismo nel disciplinare in maniera uniforme situazioni eterogenee, assoggettando alla regola dell'esclusione anche imprenditori nei cui confronti fossero state aperte delle procedure concorsuali, come il concordato preventivo, che presentano numerose sfaccettature e che non comportano né lo

²⁶³ Le SOA sono organismi di diritto privato, autorizzati dall'ANAC ed organizzati in forma di società per azioni, che esercitano funzioni di tipo pubblicistico relative al rilascio di attestazioni che certifichino il possesso dei requisiti generali, tecnici ed economico-finanziari per partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico. Il sistema di qualificazione è disciplinato dal d.P.R. n. 207/2010 che impone non solo la forma societaria ma anche l'esclusività dell'oggetto sociale ed il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

spossessamento del soggetto imprenditoriale né, per forza, la liquidazione dei suoi beni e la cessazione delle attività.

Dopotutto lo stesso legislatore non aveva mai disciplinato, fino al 2012, quelle fattispecie concordatarie finalizzate a migliorare le prospettive di soddisfazione dei creditori che permettono al contempo il mantenimento sul mercato del compendio aziendale²⁶⁴.

Con l'introduzione dell'art. 186-bis si è dato ingresso al concordato con continuità e si è contemporaneamente provveduto a modificare l'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici²⁶⁵, derogando alla norma che imponeva l'esclusione dalla partecipazione alle gare o dalla stipulazione dei contratti per tutti quei soggetti che fossero stati dichiarati falliti o nei cui confronti fosse stata aperta la procedura di concordato preventivo.

Generalmente si concepisce questo aspetto del concordato con continuità aziendale come uno dei vantaggi che la procedura offre all'imprenditore.

In realtà, a parere di chi scrive, prima che di vantaggio si dovrebbe parlare di semplice coerenza legislativa.

La mancata introduzione dei commi 3-4-5 dell'art. 186-bis l.f. ed il mancato adattamento dell'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici avrebbero portato, ingiustificatamente, ad impedire l'accesso alla procedura di concordato con continuità aziendale a tutte quelle realtà imprenditoriali che fondano la propria attività sul rapporto con la pubblica amministrazione.

²⁶⁴ In realtà, nella prassi concordataria erano già nota l'esistenza di concordati di risanamento. Per un compiuto approfondimento sul tema si rimanda al par. 3 del Cap. I.

²⁶⁵ L'art. 38 del d.lgs n. 163/2006 così recitava: *“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:*
a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”.

Si possono certamente intendere queste disposizioni come attributive di specifici benefici a favore del debitore concordatario ma, da un punto di vista eminentemente giuridico, occorre forse considerare maggiormente il nesso di consequenzialità logica che vi è tra la tipizzazione del concordato di cui all'art. 186-bis l.f. e la possibilità di partecipazione alle gare pubbliche.

Il quarto comma (quinto dopo le modifiche apportate con la Legge n. 9/2014) dell'art. 186-bis ha così previsto espressamente che:

“L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, lettera d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) 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. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.”

Successivamente il legislatore è ulteriormente intervenuto sulla disposizione, inserendo l'attuale quarto comma dell'art. 186-bis che provvede a regolare anche la fase anteriore all'“ammissione” di cui parla il quinto comma, onde arginare possibili interpretazioni della norma tese a vietare la partecipazione delle imprese alle procedure di affidamento dopo la semplice presentazione del ricorso, con soluzioni di continuità che non sono minimamente compatibili con la *ratio* della fattispecie concordataria in esame.

Alla luce di tali disposizioni, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla loro portata e, in particolare, sul perimetro applicativo dei commi 4-5 dell'art. 186-bis.

Si ritiene dunque fondamentale analizzare quali risultano essere i risultati a cui sono pervenuti gli interpreti al riguardo, specie se si considera che il d.lgs n. 163/2006 rimane applicabile ai bandi pubblicati prima della sua entrata in vigore²⁶⁶.

²⁶⁶ In tal senso si vuole qui citare la comunicazione del Presidente dell'ANAC, del 11.5.2016, volta a dirimere le questioni inerenti la normativa da applicare ad alcune procedure di affidamento disciplinate dall'abrogato Codice dei Contratti Pubblici. Si chiarisce espressamente che *“Le disposizioni del 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità, indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Si tratta, in particolare, della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o, laddove previsto, dell'Albo Pretorio o del profilo del committente. Si ritiene, inoltre, che continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi:*

1) affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara. Ciò, indipendentemente dal fatto che per tali fattispecie sia prevista l'acquisizione di un nuovo CIG, in quanto si tratta di fattispecie relative a procedure di aggiudicazione espletate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

2) procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata.

3) procedure negoziate per i contratti di cui all'allegato IIB e per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europee per le quali la stazione appaltante abbia pubblicato, in vigenza del d.lgs. 163/06, un avviso esplorativo (indagine di mercato) finalizzato a reperire operatori interessati ad essere invitati a presentare offerta, purché sia certa la data di pubblicazione dell'avviso (ad esempio perché avvenuta sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o della Repubblica Italiana), la procedura negoziata sia avviata entro un termine congruo dalla data di ricevimento delle manifestazioni di interesse e non siano intervenuti atti che abbiano sospeso, annullato o revocato la procedura di gara;

4) Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice;

5) Adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice

6. Il campo applicativo del co. 5 dell'art. 186-bis l.f.: possibile l'estensione alla fase procedurale che precede il decreto di ammissione?

Il primo dei dubbi posti dalla norma riguardava il suo campo di applicazione da un punto di vista che potremmo definire "temporale".

Prima dell'introduzione dell'attuale quarto comma che, in parte, ha posto fine alla maggior parte degli interrogativi sollevati, ci si era chiesti infatti se le disposizioni di favore inerenti la partecipazione, di cui all'attuale quinto comma dell'art. 186-bis l.f., potessero essere applicate nella fase procedurale che va dal deposito del ricorso alla formale apertura della procedura concordataria.

L'interprete chiamato a risolvere tali questioni doveva infatti confrontarsi necessariamente con il dato normativo che, da una parte riconnetteva il beneficio della partecipazione all'"ammissione" alla procedura (art. 186-bis, co. 5, l.f.), dall'altra prevedeva l'esclusione dalle procedure di affidamento anche nel caso in cui fosse in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni (art. 38, co. 2, lett. a) del d.lgs n. 163/2006).

Le criticità non si ponevano nel caso in cui fosse stata depositata una domanda di concordato preventivo liquidatorio od un'istanza di fallimento visto che la norma pareva alludere chiaramente proprio alla fase procedurale che precede la pronuncia del Tribunale sull'ammissione al concordato o sul fallimento.

Il problema è sorto invece in riferimento alla domanda di concordato con continuità ed alla compatibilità con il sistema dell'esclusione dalle gare d'appalto dell'imprenditore che non sia stato ancora ammesso al concordato e che abbia semplicemente depositato la domanda, il piano, la proposta.

Uno sguardo più approfondito alle innovazioni apportate alla Legge Fallimentare con il Decreto Sviluppo portava peraltro non solo a focalizzarsi sulla possibilità di applicare l'art. 38 del d.lgs n. 163/2006 nella fase antecedente l'ammissione ma, soprattutto, a considerare anche la facoltà per il debitore di depositare una domanda di concordato preventivo "in bianco", con riserva di presentare in un momento successivo il piano e la proposta concordatari.

Pare quasi paradossale che ci si sia dimenticati di regolare il caso di cui all'art. 161, co. 6, specie se si considera che concordato con continuità e ricorso prenotativo costituiscono, dopo tutto, facce diverse di un medesimo intento legislativo di salvaguardia del valore aziendale.

La mancata considerazione della domanda con riserva, nella disciplina della partecipazione alle gare di affidamento, assume una certa importanza se si tiene conto della possibile intersezione tra la fattispecie di cui all'art. 186-bis l.f. e quella prevista dall'art. 161, co.6, intersezione che si verifica quando il deposito della domanda "in bianco" è funzionale alla successiva presentazione di un piano dove si preveda la continuazione delle attività aziendali.

Così isolati i profili critici della disciplina in esame conviene analizzare, con ordine, le tesi prospettate in riferimento al primo problema, quello dell'applicabilità del co. 5 dell'art. 186-bis l.f. anche alla fase temporale intercorrente tra il ricorso ed il decreto di ammissione.

Si guarderà in particolare agli orientamenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato il quale, in pochi anni, si è contraddistinto per un rapido e controverso mutamento delle proprie opinioni sul punto.

La tesi restrittiva, accolta dal Supremo Consesso Amministrativo fino all'introduzione del co. 4 dell'art. 186-bis l.f., si fondava su di un'interpretazione eminentemente letterale della norma che avrebbe portato ad escludere categoricamente che l'imprenditore potesse beneficiare delle norme di favore relative al concordato con continuità anche prima dell'apertura della procedura²⁶⁷.

Ostavano all'estensione temporale del beneficio sia motivi di tipo formale sia argomentazioni di ordine sostanziale.

Riguardo agli argomenti letterali il Consiglio di Stato riteneva essere piuttosto chiaro il testo legislativo che, non a caso, all'art. 186-bis l.f. parlava di "ammissione" al concordato preventivo ed all'art. 38 dell'abrogato Codice dei Contratti Pubblici faceva salvo dall'esclusione solamente l'imprenditore "in stato" di concordato preventivo in continuità, dovendosi invece ritenere sussistente una causa di esclusione ogniqualvolta fosse pendente solo la domanda di concordato, pur trattandosi di concordato con continuità aziendale²⁶⁸.

²⁶⁷ Si fa riferimento a Cons. Stato, sez. III, sent. 14.1.2014, n. 101. La pronuncia riprende *in toto* le conclusioni prospettate dal T.A.R. Aosta, sez. I, sent. 18.6.2013, n. 23.

²⁶⁸ L'interpretazione delle norme in questione offerta dal Consiglio di Stato risulta affetta da un esasperato formalismo nella lettura dell'art. 38 del d.lgs n. 163/2006. Lo dimostra il ragionamento inerente la sistemazione delle varie parti della lettera a) del primo comma dell'articolo citato per cui "Il disposto del ripetuto art. 38, co. 1, lett. a), conferma puntualmente siffatta conclusione (quella dell'esclusione), laddove fa "salvo il caso di cui all'articolo 186-bis" della legge fallimentare ponendone il relativo inciso tra la prevista preclusione per le imprese che versino nello stato di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo e la disposizione che equipara tali imprese a quelle in cui sia in corso il procedimento per la dichiarazione di tali situazioni. Più precisamente, l'inciso "salvo il caso di cui all'art 186-bis" fa seguito all'elencazione dei soggetti esclusi in quanto " si trovano in stato (...) di concordato preventivo", quindi si riferisce al soggetto che "si trova" nello stato di concordato preventivo con continuità aziendale, cioè nei cui confronti il tribunale abbia dichiarato detto stato ai sensi dell'art. 163 l.f.; lo stesso inciso è conchiuso, precede ed è separato con virgola dalla successiva dizione "o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni", cioè degli ulteriori soggetti esclusi, tra i quali, dunque, rientra l'impresa nei cui riguardi sia in corso il procedimento per l'anzidetta dichiarazione. Vale a dire che, diversamente (ed a prescindere dall'inequivoco testo dell'art. 186 bis l.f. a cui fa rinvio), la

Nel merito, inoltre, il giudice amministrativo motivava la propria decisione riconoscendo essere alla base di quelle riforme del diritto fallimentare ispirate alla salvaguardia delle unità produttive anche la conferma dei tradizionali principi che regolano la scelta del contraente da parte della p.a.²⁶⁹.

Parevano essere queste obiezioni piuttosto criticabili da un punto di vista non solo giuridico ma prettamente logico²⁷⁰.

Non si comprende che senso avrebbe, proprio nel caso di ricorso per concordato in continuità aziendale, prevedere l'esclusione dalle procedure di gara prima dell'ammissione, creando così uno iato temporale tra il ricorso e l'ammissione incompatibile con la *ratio legis* dell'art. 186-bis l.f.

norma sarebbe stata formulata ponendo l'inciso derogatorio al termine della disposizione, mentre, poiché la disgiuntiva "o" è collocata dopo ed al di fuori della deroga, la deroga stessa non comprende l'ipotesi in cui sia pendente la procedura per l'ammissione al concordato con continuità aziendale."

²⁶⁹ Questo sembra essere forse il passaggio più interessante del provvedimento poiché si afferma che *"In altri termini, le modifiche alla legge fallimentare ed all'art. 38 del codice dei contratti introdotte dal d.l. n. 83 del 2012, come convertito, conciliano le esigenze di salvaguardia delle imprese in crisi, nel quadro del sostegno e dell'impulso al sistema produttivo del Paese tesi a fronteggiare l'attuale situazione generale di congiuntura economico finanziaria e sociale, con le esigenze di pari spessore del conseguimento effettivo degli obiettivi di stabilità e di crescita. E ciò evidentemente anche attraverso la sostanziale conferma, pure con riguardo al concordato preventivo con continuazione di cui all'art. 186 bis l.f. ed eccettuata l'unica ipotesi ivi prevista della "ammissione" già intervenuta, dei principi fondamentali dell'attività di scelta del contraente della p.a.; principi posti dall'art. 2 del codice dei contratti pubblici, secondo cui "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità ..."*

²⁷⁰ La totalità degli autori che hanno commentato la sentenza in esame non hanno mancato di rilevare l'evidente limitazione che si porrebbe all'applicazione dell'art. 186-bis, con pregiudizio delle ragioni che hanno spinto il legislatore a disciplinare il concordato con continuità aziendale.

La l. n. 9/2014²⁷¹ ha poi introdotto una specifica disposizione al riguardo, dimostrando di accogliere un orientamento più elastico che in realtà era stato anche il primo ad essere condiviso dai giudici primo grado²⁷² e dal Consiglio di Stato²⁷³, poi assestatosi sul fronte opposto.

Nella prima sentenza in materia, infatti, si era giustamente preso in considerazione quale che fosse lo spirito della riforma apportata con il Decreto Sviluppo, preferendo risolvere la questione in maniera sistematica dato che, operando altrimenti e soffermandosi al solo dato testuale, si sarebbe in parte vanificato il senso delle disposizioni di favore relative ai contratti pubblici le quali costituiscono il vero nocciolo della disciplina.

Oggi, il co. 4 dell'art. 186-bis dispone espressamente che *“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”*.

²⁷¹ Si tratta della Legge di Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, recante interventi urgenti di avvio del piano «Destinazione Italia».

²⁷² Si veda T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, sent. 7.3.2013, n. 146.

²⁷³ La prima decisione del Consiglio di Stato sul punto si contraddistingueva per un'interpretazione meno formalistica del dato normativo, aperta alla considerazione delle ragioni che hanno portato all'introduzione dell'art. 186-bis l.f. Correttamente il giudice amministrativo rilevava che *“alla luce delle finalità della legge di riforma che ha quale obiettivo quello di guidare l'impresa oltre la crisi e ciò nell'interesse anche del mercato e degli stessi creditori, non trova spazio l'interpretazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 (...) che vorrebbe l'esclusione dalla gara di un'impresa che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, in base ad un'interpretazione estensiva della norma e ad un asserito effetto retroattivo della domanda di ammissione al concordato preventivo, ovvero a tempo antecedente la presentazione dell'istanza di ammissione (nel caso in esame l'offerta è stata presentata dalla società prima che fosse presentata la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale)”*.

Inibire all'impresa di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre) palesemente confligge con la finalità della norma volta a preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti” (Cons. Stato, sez. V, sent. 27.12.2013, n. 6272).

La norma ha il merito di appianare una buona parte dei contrasti giurisprudenziali sorti dall'applicazione congiunta della Legge Fallimentare e del Codice dei Contratti Pubblici, optando per un regime "ibrido", che non impone l'esclusione ma che subordina la partecipazione ad un provvedimento autorizzativo del giudice, chiamato a verificare che non vi sia pregiudizio per i creditori concorsuali²⁷⁴.

²⁷⁴ *Ex multiis* si veda Cons. Stato, sent. 3.7.2014, n. 3344.

7. (Segue) **Il campo applicativo del co. 5 dell'art. 186-bis l.f.: la *vexata questio* del concordato "in bianco"**

Risolta la prima questione, grazie anche all'intervento del legislatore, ci si deve ora soffermare sul particolare caso in cui sia depositato il ricorso per concordato con riserva di presentazione del piano con continuità aziendale, poiché il co. 4 dell'art. 186-bis pare tutt'ora non occuparsene.

Una volta ammessa la possibilità di applicare la disposizione di cui al co. 5 anche prima dell'ammissione al concordato, si deve verificare dunque se tale estensione applicativa sia compatibile con una domanda non corredata né dalla proposta né dal piano concordatario, formulata ai sensi dell'art. 161, co. 6, l.f.²⁷⁵.

La questione, in sintesi, gravita intorno alla sussistenza di un onere di predisposizione del piano concordatario affinché l'imprenditore possa partecipare, *ante* decreto di ammissione e su autorizzazione del Tribunale, alle gare pubbliche.

Deve innanzitutto qui rilevarsi come non sempre si sia data per scontata, specialmente in dottrina, la compatibilità funzionale tra ricorso in bianco e concordato con continuità

²⁷⁵ L'istituto del ricorso prenotativo ha comportato un'insperata rivitalizzazione del concordato preventivo. Gli effetti riconnessi alla domanda in bianco sono infatti notevolmente favorevoli all'imprenditore visto che l'imprenditore può continuare a compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (su espressa autorizzazione del Tribunale nel secondo caso), che le azioni esecutive dei creditori non possono essere né promosse né continuate dal momento del deposito della domanda e che le ipoteche giudiziali iscritte entro novanta giorni prima della data di pubblicazione del ricorso sono inefficaci nei confronti dei creditori muniti di titolo con data anteriore al concordato.

aziendale, evidenziando la problematica relazione che vi è tra i due istituti che porterebbe a ritenere inapplicabile l'art. 186-bis al concordato²⁷⁶.

In giurisprudenza il tema è stato sempre affrontato con riferimento al problema precedentemente trattato e, dunque, si è passati da una prima fase di rigetto della tesi estensiva ad un accoglimento pressoché unanime di quella estensiva, sulla base delle stesse motivazioni di ordine sistematico²⁷⁷.

Si devono tuttavia svolgere delle distinzioni tra fattispecie: se l'intervento modificativo del 2014 ha permesso di dare risposta agli interrogativi sorti rispetto all'applicazione temporale dell'art. 186-bis, nulla risulta essere detto espressamente dalla norma per quanto attiene il concordato "al buio".

E proprio la mancanza di disciplina ha continuato ad essere foriera di dubbi tra gli interpreti, portando anche qualche Tribunale²⁷⁸ a discostarsi rispetto alla posizione

²⁷⁶ Mette in luce tutte le criticità prospettate dalla compenetrazione tra disciplina del concordato con continuità e concordato LAMANNA, *La problematica relazione tra concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *ilFallimentarista*, 2012.

²⁷⁷ Tra le più recenti pronunce in tal senso del Consiglio di Stato viene sottolineato l'aspetto per cui "nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato con continuità aziendale l'impresa, che abbia fatto domanda di concordato preventivo "con continuità aziendale", conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti (Cons. St., sez. IV, 3.7.2014, n. 3344) e tale principio vale anche nell'ipotesi, consentita dall'art. 161, comma sesto, l. fall., sul quale si è pronunciata proprio la citata sentenza di questo Cons. St., sez. IV, 3.7.2014, n. 3344, in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione "in bianco", con riserva di presentare, nel termine complessivo massimo, fissato dal giudice, di centottanta giorni decorrenti dal deposito della domanda di concordato "in bianco" (e, cioè, centoventi giorni, ai quali si aggiunge una ulteriore eventuale proroga di sessanta giorni per giustificati motivi), la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo, ciò che *Imet s.p.a., mandante del raggruppamento, ha fatto nel caso di specie*" (Cons. Stato, sez. III, sent. 4.12.2015, n. 5519).

Tale impostazione è stata condivisa dalla quasi totalità dei Tribunali Amministrativi Regionali. Si confronti: Cons. Stato, sez. IV, sent. 5 marzo 2015, n. 1091; Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 03/02/2016, n. 426; T.A.R. Lombardia, sez. IV, sent. 30/12/2015, n. 2877; T.A.R. Sardegna, sez. I, sent. 09/06/2016, n. 494; T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, sent. 21/03/2016, n. 3421; T.A.R. Ancona, (Marche), sez. I, sent. 29/07/2016, n. 456; T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, sent. 21/01/2016, n. 644.

²⁷⁸ Così T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, sent. 12/03/2015, n. 4068.

assunta non solo dal Consiglio di Stato ma anche dall’Autorità Nazionale Anti Corruzione che, con la determinazione n. 5/2015 ha completamente “ribaltato” la propria precedente opinione sul punto, affermando a chiare lettere che, “*«argomentando a contrario rispetto alla previsione di cui all’art. 38, comma 1, lett. a), che identifica, tra le altre, esclusivamente nella pendenza del concordato liquidatorio la causa ostativa alla partecipazione a gara, e quindi al rilascio dell’attestazione di qualificazione (in forza del rinvio operato dall’art. 78 del d.p.r. 5 ottobre 2011, n. 207), laddove non si possa ravvisare la pendenza di un concordato liquidatorio, come nel caso in cui penda quello “in bianco” con effetti prenotativi di continuità aziendale, l’impresa non può ritenersi carente del requisito prescritto dalla lettera a) della citata disposizione».*

Non si nutre dunque più alcun dubbio sulla possibilità di applicare l’art. 186-bis l.f., per quel che qui riguarda, anche al pre-concordato.

Ci si deve piuttosto chiedere a che condizioni possa esservi una simile estensione di disciplina, aspetto che non viene spesso considerato né dalla dottrina né dalla giurisprudenza.

Il problema consiste quindi nell’accertare che il ricorso in bianco sia connesso funzionalmente ad un concordato con continuità aziendale.

Ed è qui che vi sono dei “buchi” di disciplina piuttosto evidenti poiché non vengono definiti i criteri di valutazione in base ai quali il Tribunale dovrebbe rilasciare l’autorizzazione e, ancor prima, da che cosa si possa desumere che il successivo piano preveda la prosecuzione delle attività aziendali²⁷⁹.

²⁷⁹ Analizza compiutamente tali profili problematici della norma PALLADINO, *op. cit.*

Sostanzialmente ci si chiede se la disciplina di cui all'art. 186-bis possa riguardare *tout court* il concordato in bianco o solamente la domanda prenotativa di concordato in continuità.

Non si può che condividere la seconda tesi poiché altrimenti si verrebbe al risultato paradossale per cui si permetterebbe all'imprenditore di partecipare alle gare pur nel caso in cui abbia depositato il ricorso in bianco in funzione di un successivo concordato liquidatorio²⁸⁰.

Se quindi devono essere posti necessariamente dei paletti all'interpretazione estensiva della norma, allo stesso tempo è altrettanto obbligatorio chiedersi quali siano gli indizi in base ai quali si debba qualificare la domanda di concordato preventivo, vista l'assenza del piano e della proposta: in che modo dovrà giudicare il Tribunale?

Vista l'evidente lacuna normativa pare da condividersi l'opinione per cui il debitore sia in tal caso gravato dall'onere di presentare un'istanza adeguatamente motivata che rechi elementi di certezza relativi all'opzione concordataria prescelta e che dia conto della conformità al piano e della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori²⁸¹.

E' questa la soluzione migliore ma non è senz'altro esente da critiche, per il semplice fatto che comunque tali elementi attengono sempre alla compatibilità tra partecipazione alla gara e contenuti di un piano concordatario che non è stato ancora predisposto ed in riferimento al quale non sussiste comunque la certezza del fatto che vi sia continuazione aziendale.

²⁸⁰ Pare condivisibile l'affermazione per cui non sia compatibile la partecipazione alle gare con il ricorso per concordato liquidatorio in quanto la domanda proposta costituisce una sorta di dichiarazione confessoria del debitore relativa alla sussistenza di uno stato di dissesto economico-finanziario. (Così Cons. St., Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155).

²⁸¹ Così PALLADINO, *op. cit.*

Dopo tutto, si potrebbero reiterare le stesse osservazioni critiche svolte in tema di compatibilità tra concordato e concordato con continuità aziendale: se si ritiene sufficiente a configurare la continuità un ricorso prenotativo in cui la stessa è solo dichiarata, ben difficilmente si avranno sufficienti garanzie in ordine alla effettiva scelta definitiva del debitore proprio in *favor* della continuità²⁸².

Si auspica dunque un intervento del legislatore che miri a correggere queste discrasie normative, in attesa peraltro della decisione della Corte di Giustizia Europea su di un rinvio pregiudiziale riguardante proprio la compatibilità con l'art. 45, co. 2, lett. a) e b) della direttiva 2004/18/CE, di un'interpretazione estensiva delle norme contenute nel Codice degli Appalti che porti ad escludere l'imprenditore dalle gare anche quando abbia presentato ricorso ai sensi dell'art. 161, co. 6, della Legge Fallimentare²⁸³.

²⁸² In tal senso si è espresso il Tribunale di Cassino, ord. 31.7.2014.

²⁸³ Cons. St., Sez. V, ord. 4 giugno 2015, n. 2737.

8. I requisiti per poter prendere parte alla gara: l'attestazione e l'avvalimento "rinforzato"

Una volta definito il perimetro operativo del co. 5 dell'art. 186-bis l.f. si devono prendere in esame le condizioni necessarie affinché il debitore possa evitare l'esclusione dalle procedure di affidamento.

La norma prevede che debba essere presentata in gara l'attestazione di conformità al piano, di cui si è già parlato, e *"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. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*.

Rimandandosi ad altra parte del contributo per quanto attiene il contenuto della relazione attestata, merita senz'altro qui approfondimento specifico il secondo dei requisiti citati.

Si è parlato, in riferimento alla disposizione in oggetto, di una sorta di avvalimento "speciale", da distinguersi dall'avvalimento generale di cui all'art. 49 del d.lgs n. 163/2006 cui comunque la Legge Fallimentare fa espresso rimando al fine di determinare la disciplina applicabile.

L'istituto previsto dal Codice dei Contratti Pubblici permette all'impresa che non sia in possesso di tutti i requisiti tecnici e professionali necessari al fine di ottenere

l'attestazione SOA di avvalersi di un terzo soggetto che sia in possesso delle competenze delle quali risulti carente l'appaltatore e che si obblighi verso quest'ultimo e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto.

La fattispecie descritta al co. 5 dell'art. 186-bis pare tuttavia essere sensibilmente diversa da quella generale, sia perché il presupposto applicativo non risiede nella carenza di requisiti ma nell'assoggettamento alla procedura, sia perché l'avvalimento è in tal caso obbligatorio per non essere esclusi dalla gara²⁸⁴.

Un ulteriore problema peraltro risulta essere dato dall'inciso per cui il terzo si debba obbligare a mettere a disposizione del concorrente tutte le risorse necessarie per dare esecuzione al contratto e non solo quelle di cui vi è carenza, costituendo tale previsione un possibile ostacolo per la continuità e per il risanamento aziendale dato che l'impresa concorrente sarebbe costretta a sopportare tali costi anche nel caso in cui fosse in possesso dei requisiti e delle risorse necessarie per adempiere ai propri obblighi contrattuali²⁸⁵.

²⁸⁴ Così D'ORAZIO, *op. cit.* In dottrina si è più volte sottolineata la differenza tra i due istituti, evidenziando come l'avvalimento rinforzato comporti un vero e proprio subentro nel contratto, in caso di fallimento del concorrente, mentre nel caso di cui all'abrogato art. 49 del Codice dei Contratti Pubblici il contratto rimaneva intestato all'affidataria.

²⁸⁵ Si aderisce all'opinione di un autorevole autore che tende a rimarcare l'illogicità della disposizione nella parte in cui prevede essere obbligatorio l'ausilio di soggetto terzo. "L'art. 186-bis, comma 4, nella parte in cui prevede che l'operatore che emette la dichiarazione deve essersi impegnato "...a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie alla esecuzione dell'appalto", pone un delicato problema interpretativo: sembrerebbe, infatti, che l'ammissione alla procedura di assegnazione del contratto pubblico sia possibile soltanto laddove l'operatore terzo metta fin da subito a disposizione del concorrente tutte le risorse necessarie alla esecuzione dell'appalto, da ciò derivando che non potrebbe partecipare alla procedura ad evidenza pubblica il concorrente al quale l'operatore terzo abbia messo a disposizione le sole risorse delle quali il concorrente sia carente.

Ciò, se è vero che l'intento del legislatore è quello di consentire il risanamento delle imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, pare illogico, sia perché il contratto di avvalimento

E' questa una norma dettata sicuramente nell'interesse ed in garanzia della pubblica amministrazione e proprio la scarsa considerazione dell'incidenza di tale disposizione sulle prospettive di risanamento ha reso nella pratica difficile la ricerca di un'impresa ausiliaria.

stipulato tra la concorrente e l'operatore terzo avente ad oggetto tutte le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto porrebbe in capo alla concorrente una serie di costi non necessari laddove quest'ultima sia già dotata di tutte o di una parte delle risorse richieste per l'esecuzione del contratto; sia perché non si capirebbe più per quale ragione l'art. 186-bis, comma 4, lett. a), richieda la presentazione, da parte del concorrente, di una relazione attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto posto in gara"(PIZZA, Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione, il Fallimentarista, 2012).

9. Il nuovo Codice degli Appalti ed il suo impatto sull'art. 186-bis l.f.

Come già sottolineato per quanto riguarda la continuità contrattuale non si può oggi non prendere atto delle norme introdotte con il d.lgs n. 50/2016 (Codice degli Appalti), soprattutto se si considera che tali novità importano notevoli modifiche sostanziali alla disciplina del concordato con continuità aziendale.

La disposizione centrale del nuovo Codice degli Appalti, l'art. 80²⁸⁶, pare ribadire un principio, quello dell'esclusione dalle gare per le imprese sottoposte a fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, che era già fissato nell'art. 38, co. 2, lett. a) del d.lgs n. 163/2006.

In realtà la seconda parte della lett. b), co. 5 dell'art. 80 fa espressamente salvi i casi regolati direttamente dall'art. 110, articolo contraddittorio e già analizzato in riferimento alla possibilità di prosecuzione dei contratti pendenti.

Anche per la partecipazione alle procedure di affidamento l'art. 110 detta regole innovative che incidono direttamente, in senso modificativo o abrogativo, sul quinto comma dell'art. 186-bis, mutando il regime dei requisiti necessari alla partecipazione, eliminando sostanzialmente l'obbligo di presentare la dichiarazione di cui alla lett. b), risolvendo inoltre l'annosa questione relativa al pre-concordato.

Passando in rassegna tutte le modifiche apportate dal Codice degli Appalti, la prima disposizione che si deve considerare è quella che sostanzialmente rivoluziona il sistema

²⁸⁶ Il co. 5 dell'art. 80 stabilisce che: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:*

b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110”.

descritto dalla Legge Fallimentare, obbligando l'impresa che voglia prendere parte alla gara ad ottenere una specifica e preventiva autorizzazione da parte del Giudice Delegato.

Il terzo comma dell'art. 110 del Codice prevede infatti che:

“Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato possono:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.”

Che ne è stato dunque dell'onere di presentazione dell'attestazione di conformità e della dichiarazione dell'impresa ausiliaria quali requisiti sufficienti per non essere esclusi dalla procedura di affidamento di un contratto pubblico?

Ancor una volta non vi è stato coordinamento alcuno tra la disciplina del nuovo Codice degli Appalti e l'art. 186-bis della Legge Fallimentare e ciò pare essere “assurdo” visto che qualora non si considerassero o non si conoscessero tali disposizioni sostanzialmente si continuerebbe a ritenere applicabile la norma fallimentare relativa alle gare pubbliche, norma che non esiste più²⁸⁷.

Le lacune della nuova disciplina sembrano essere piuttosto macroscopiche visto che il legislatore tace completamente sulla sorte dell'attestazione di conformità di cui alla lett. a) del quinto comma e su quale debba essere il parametro valutativo del Giudice Delegato sull'istanza di autorizzazione formulata dal debitore.

²⁸⁷ Di tale avviso D'Orazio, intervenendo al convegno sul Concordato con continuità aziendale, organizzato dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa, Bari 2-3 Aprile 2017.

In attesa di un intervento chiarificatore si possono qui reiterare le osservazioni già svolte relativamente al quarto comma dell'art. 186-bis l.f.: l'attestazione dovrà comunque essere presentata al giudice e questi dovrà giudicare sulla funzionalità della partecipazione alla gara rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori, verificandone peraltro la conformità al piano di concordato preventivo.

Un secondo aspetto del quale si occupa la norma è quello dell'avvalimento speciale, od obbligatorio, abrogando sostanzialmente la lett. b), co. 5, dell'art. 186-bis dal momento in cui si prevede testualmente, al quarto comma dell'art. 110 del Codice, che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessiti di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

All'obbligo di avvalimento per l'impresa concorrente si è sostituita la possibilità per l'ANAC di subordinare la partecipazione all'ausilio di soggetti terzi in possesso dei requisiti generali, tecnici, economico-finanziari, soggetti che si obblighino nei confronti dell'appaltatore e della stazione appaltante ad intervenire nel caso in cui l'impresa in crisi non sia più in grado di dare corretta e regolare esecuzione al contratto (art. 110, co. 5).

La stessa norma circoscrive i poteri dell'ANAC, limitandoli ai casi in cui:

- 1) l'impresa in concordato non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;
- 2) l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida;

Per meglio comprendere la portata della disposizione si rimane pertanto in attesa dell'emanazione delle Linee Guida dell'ANAC, non mancando di rilevare che a queste condizioni l'avvalimento obbligatorio, abrogato per incompatibilità, potrebbe rientrare

dalla finestra nel momento in cui si prende atto che quasi sempre il debitore non è in regola con i pagamenti di cui al punto n.1.

Last but not least, la normativa sugli appalti sembra risolvere anche tutte le questioni inerenti la compatibilità tra concordato con riserva e partecipazione alle gare pubbliche, compatibilità affermata dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza che si erano espresse sul punto prima dell'emanazione del nuovo codice degli appalti.

La soluzione accolta dal legislatore, tuttavia, muove in senso nettamente opposto.

La precedente disciplina non considerava in alcun modo la domanda in bianco, portando molti a chiedersi legittimamente se effettivamente si potesse partecipare alle procedure di affidamento in fase di pre-concordato.

Oggi tale dubbio non pare essere più legittimamente fondato visto che il Codice degli Appalti si occupa espressamente anche della fattispecie di cui all'art. 161, co. 6, l.f., disponendo il suo assoggettamento al regime del concordato liquidatorio per quanto attiene la continuazione dei contratti e nulla dicendosi invece in riferimento alla possibilità di non essere esclusi dalle gare²⁸⁸.

La mancata inclusione del concordato con riserva nella norma di cui al secondo comma dell'art. 110, norma che deroga al principio generale di esclusione dalle procedure, non

²⁸⁸ In senso contrario si è obiettato che *“una serie di complementari considerazioni conducono ad apprezzare una lettura controcorrente: i) anzitutto il richiamo espresso ai soli contratti pendenti non sembra di per sé ostativo, atteso che, in passato, non era affatto scontata la prosecuzione dei rapporti in corso; ii) in secondo luogo, l'art. 186 bis, comma 4, l.fall. non è stato esplicitamente abrogato; iii) di poi, l'art. 110, comma 4, prevede, in evidente quanto parziale modifica dell'art. 186 bis, comma 5, l.fall., che solo l'impresa già ammessa al concordato in continuità non debba necessariamente ricorrere all'avvalimento, tantomeno “rinforzato”, per partecipare ad una procedura di affidamento; iv) infine, il generico riferimento “ad impresa in concordato”, di cui al successivo comma 5 relativo all'avvalimento “rinforzato”, potrebbe anche riferirsi all'ipotesi in cui sia stato, a tutti gli effetti, introdotto il concordato con riserva”*(Così PEZZANO-RATTI, *op.cit.*)

può più essere giustificata in base ad un tendenziale disinteresse del legislatore poiché, come fatto per la continuità contrattuale, questi avrebbe provveduto a regolare direttamente il caso in esame se vi fosse stata una simile intenzione.

10. Il pagamento dei creditori strategici ai sensi dell'art. 182-quinquies l.f.

L'ultimo dei profili inerenti il concordato in continuità che conviene qui trattare è quello della possibilità di pagamento dei creditori strategici anteriori, in base a quanto disposto dal quinto comma dell'art. 182-quinquies l.f.

La norma prevede che *“Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.”* E' di chiara evidenza che la disposizione in oggetto deroga a dei principi fondamentali che, ordinariamente, regolano l'istituto concordatario ed il sistema concorsuale nel suo complesso.

Viene in un certo senso attenuato il principio della *par condicio creditorum*, di cui all'art. 2741 del Codice Civile, così come viene superato, in tali circostanze, il regime che governa il patrimonio concordatario.

Dalla lettura in combinato disposto degli art. 167 e 168 della Legge Fallimentare infatti si evincono una serie di limiti e divieti posti tanto ai poteri di amministrazione del debitore concordatario quanto al diritto dei creditori di esercitare le azioni esecutive,

volti ovviamente a conservare quei beni che costituiscono garanzia fondamentale di attuazione del piano di concordato preventivo²⁸⁹.

In un simile contesto non sarebbe concepibile il pagamento dei debiti sorti anteriormente all'apertura della procedura, per il semplice fatto che, al di là di tutta una serie di disposizioni che paiono deporre in tal senso²⁹⁰, il fine stesso del concordato è quello di regolare la sorte di tali rapporti e se il debitore potesse procedere arbitrariamente alla soddisfazione dei creditori anteriori verrebbe meno lo stesso concetto di *par condicio creditorum*.

Prima dell'introduzione dell'art. 182-quinquies, giurisprudenza e dottrina ammettevano, con sfumature diverse, la possibilità di soddisfazione preventiva dei creditori anteriori, ritenendo essere tale operazione annoverabile tra gli atti di straordinaria amministrazione autorizzabili dal Tribunale²⁹¹.

²⁸⁹ Peraltro è stata notata una certa evoluzione della disciplina relativa al patrimonio concordatario verso una maggior tutela dell'impresa piuttosto che dell'imprenditore: "il concetto di protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi rinvia innanzitutto all'esigenza della neutralizzazione degli effetti depauperatori legati ad eventuali atti di disposizione" di quel patrimonio medesimo da parte del relativo titolare: occorre tuttavia dire che, con riferimento ad una procedura, come quella di concordato preventivo, venuta evolvendosi, in questi anni, in una direzione marcatamente conservativa, di strumento principalmente deputato alla salvaguardia dell'impresa ed alla sua successiva reimmersione a pieno titolo nel circuito economico, quel concetto abbia ormai smarrito, almeno nel linguaggio corrente, la valenza testé illustrata, per caricarsi di un diverso, anche se in certo modo speculare, significato, come di formula atta a designare l'insieme delle barriere poste dalla legge avverso le iniziative spiegabili dai singoli creditori in funzione lato sensu aggressiva dei cespiti che compongono il patrimonio predetto" (MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, n. 5/2013)

²⁹⁰ Si pensi alle norme citate relative all'amministrazione ed alla protezione dei beni del debitore, poste per garantire il pagamento dei creditori, così come alla disposizione di cui all'art. 184 che prevede l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori.

²⁹¹ La Corte di Cassazione, prima di chiarire definitivamente la propria posizione sul punto ha addirittura ritenuto possibile qualificare il pagamento come atto di ordinaria amministrazione, senza che vi fosse necessità dell'autorizzazione. Si fa riferimento a Cass. Civ., sent. 29.11.2005, n. 26036.

Questa impostazione comportava un equo bilanciamento degli interessi in gioco, dovendosi infatti osservare che la possibile lesione della *par condicio creditorum* non trova fonte nel pagamento in sé ma, eventualmente, nella misura dell'adempimento e nell'idoneità del pagamento a ledere la garanzia patrimoniale, aspetti che avrebbero dovuto dunque essere valutati dal giudice²⁹².

Non era dunque concepibile che il debitore provvedesse a compiere atti solutori senza l'autorizzazione giudiziale ed in un caso simile l'atto sarebbe stato assoggettato pacificamente alla regola dell'inefficacia, stabilita dal co. 2 dell'art. 167 l.f.

La Cassazione del resto ha più volte ribadito questa soluzione, rimarcando che *“dopo l'ammissione alla procedura del concordato preventivo non sono consentiti pagamenti lesivi della “par condicio creditorum”, nemmeno se realizzati attraverso compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza della procedura concordataria”*²⁹³.

Vista dunque la soluzione offerta al problema dalla giurisprudenza maggioritaria si deve prendere atto di come, *de facto*, l'introduzione dell'attuale quinto comma dell'art. 182-quinquies non abbia portato alcuna sensibile innovazione se non per quanto riguarda l'applicabilità della norma anche in caso di concordato prenotativo²⁹⁴.

Passando ad analizzare le condizioni alle quali il legislatore ha subordinato la concessione dell'autorizzazione si può notare come sussista ancora una volta l'onere, in

²⁹² Il Tribunale sarebbe stato in tal caso chiamato a verificare che il pagamento non costituisse atto in frode ai creditori e che, comunque, vi fossero le possibilità per pagare tutti i creditori assistiti da cause legittime di prelazione.

²⁹³ Così Cass. Civ., sent. 12.1.2017, n. 578. (Cfr. Cass. Civ., sent. 12.6.2017, n. 13759).

²⁹⁴ Svolge tali affermazioni VITIELLO, *Brevi e scettiche considerazioni sul concordato preventivo in continuità aziendale*, in *ilFallimentarista*, 2012.

capo al debitore, di presentare un'attestazione suppletiva rispetto a quella prevista dalla lett. b), co. 2, dell'art. 186-bis l.f.

In particolare, l'attestazione dovrà certificare l'essenzialità dei beni e servizi apportati dal creditore (i) e la funzionalità del pagamento alla miglior soddisfazione dei creditori (ii).

In via preliminare occorre tuttavia precisare che, seppur la disposizione costituisca norma eccezionale, in deroga all'art. 2741 c.c., non è plausibile che venga violato l'obbligo di rispettare le cause legittime di prelazione.

L'autorizzazione andrà quindi negata dal Tribunale nel momento in cui si richieda il pagamento, integrale o parziale, di un creditore chirografario senza che il piano assicuri l'integrale pagamento dei privilegiati, o nel caso in cui il pagamento di un creditore privilegiato dovesse eccedere la misura prevista dal riparto concordatario²⁹⁵.

Il rispetto di tali principi, sanciti dall'art. 2741 c.c. nella parte in cui prevede che *"i creditori hanno diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione"*, è riconducibile dunque tra i presupposti per il dispiegarsi dell'efficacia solutoria del pagamento del debito anteriore.

Rispetto al requisito dell'essenzialità si deve notare, come osservato da attenta dottrina, che la norma ricollega questo carattere alle prestazioni e non al pagamento²⁹⁶.

In realtà pare essere scontato che il pagamento debba essere essenziale poiché la norma è volta a regolare direttamente il caso in cui i fornitori strategici siano indisposti a proseguire i rapporti contrattuali con l'imprenditore senza prima aver ottenuto il

²⁹⁵ VITIELLO, op. cit.

²⁹⁶ FALAGIANI, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *il Fallimento*, n. 7/2014.

pagamento relativo alle opere già prestate, caso in cui il pagamento è condizione imprescindibile per la continuità aziendale.

In quest'ottica sembra altrettanto scontato che il quinto comma dell'art. 182-quinquies sia applicabile esclusivamente a rapporti di tipo continuativo.

L'attestatore dovrà dunque focalizzarsi non solo sull'indispensabilità dei beni e servizi offerti dal creditore senza i quali, prevedibilmente, le attività aziendali non potrebbero continuare, ma anche sull'insostituibilità del fornitore: indispensabilità ed insostituibilità sono quindi caratteristiche fondamentali del creditore strategico²⁹⁷.

Il secondo profilo che il professionista è chiamato ad attestare verte sul vantaggio mediato che il pagamento porterebbe al ceto creditorio, dando atto della concreta diminuzione delle quote di riparto dei creditori causata dall'interruzione della fornitura. Si è rilevato in dottrina come sia difficile cogliere una differenza sostanziale tra gli aspetti che debbono essere presi in considerazione dalla relazione attestata, obiettandosi spesso che la valutazione sulla funzionalità sia assorbente rispetto al giudizio sull'essenzialità²⁹⁸.

Non si ritiene tuttavia di condividere tali affermazioni poiché così facendo si amplierebbe senza giustificato motivo il campo applicativo di una norma che deroga al principio della par condicio creditorum, non comportando peraltro tale limitazione

²⁹⁷ "Trattandosi di creditori anteriori, le relative prestazioni sono già state necessariamente rese ed il requisito della essenzialità ne presuppone la loro natura ricorrente o continuativa cui deve accompagnarsi la insostituibilità del prestatore: in difetto verrebbe meno la natura strategica del fornitore" (RANALLI, *Le attestazioni speciali nel concordato preventivo*, in *ilFallimentarista*, 2014).

²⁹⁸Cfr. DI MARZIO, *Attestazione sul pagamento dei crediti per prestazioni di beni e servizi anteriori alla domanda di concordato*, in *ilFallimentarista*, 2012.

nessun pregiudizio concreto per il debitore che comunque può richiedere l'autorizzazione ex art. 167 co. 2 l.f.²⁹⁹

Delle precisazioni sono peraltro necessarie in riferimento alla prospettata possibilità di pagamento in pendenza di domanda con riserva di successiva presentazione del piano e della proposta concordataria.

In questo caso infatti, nonostante il silenzio della legge, è sicuro che debbano essere forniti all'attestatore non solo inequivocabili indizi del fatto che il debitore intenda presentare un piano che preveda la prosecuzione aziendale, ma anche le linee fondamentali intorno al quale risulterà imperniato il piano di concordato preventivo³⁰⁰.

Il Tribunale di Lucca ha correttamente rilevato in tal senso che *“Nell'ambito del concordato con continuità aziendale, l'autorizzazione, prevista dall'articolo 182 quinquies R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) al pagamento dei creditori anteriori per prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, può essere concessa solo in presenza di un piano sufficientemente definito nelle sue linee portanti, plausibile sotto il profilo del raggiungimento*

²⁹⁹ FALAGIANI, *op. cit.*

³⁰⁰ Per un approfondimento compiuto si consiglia la lettura di FINARDI-SANDRINI, *La deroga alla par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento dei debiti pregressi*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2013. Gli autori sostengono che *“in caso di domanda in “bianco”, per ottenere l'“autorizzazione”, la proposta e il piano debbano essere già stati dal debitore “delineati” e supportati documentalmente nelle linee fondamentali anche se non formalizzati; se così non fosse, il professionista ex art. 67, c. 3, lett. d), l. f. si troverebbe anche nell'impossibilità di attestare che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Peraltro, qualora la proposta di concordato preveda il pagamento anticipato a favore di una classe di creditori chirografari ritenuti strategici, il professionista, oltre a precisare che l'attivo concordatario consente, quanto meno “a valori”, l'integrale pagamento dei creditori prelatizi, dovrà introdurre un elemento di valutazione sulla formazione delle classi dei creditori chirografari, verificando che sia avvenuta “secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei”.* In giurisprudenza si è infatti obiettato come non sia sufficiente una mera dichiarazione d'intenti ma sia necessaria una vera e propria *disclosure*. (Si veda Trib. Cassino, *ult. cit.*).

*degli accordi sui quali si fonda e in presenza di un'attestazione che, pur a fronte della non definitività del piano stesso, ne sancisca la corretta formulazione e la maggior convenienza per i creditori"*³⁰¹.

Il conseguente giudizio del Tribunale, al fine di rilasciare il provvedimento autorizzativo, comporterà valutazioni di merito, di opportunità e, soprattutto, di convenienza³⁰², intesa quest'ultima in senso oggettivo come prospettiva di migliore realizzazione del ceto creditorio considerato nel suo complesso, a prescindere dalla situazione dei singoli creditori³⁰³.

Proprio l'ampiezza del giudizio del Tribunale sembra contraddistinguere la fattispecie in esame rispetto all'autorizzazione di cui all'art. 167 co. 2 l.f.: in tale ultima ipotesi le valutazioni dell'organo giurisdizionale saranno evidentemente caratterizzate da un maggior grado di discrezionalità, vista peraltro l'assenza del supporto documentale redatto dal professionista attestatore.

Questa particolarità dunque pare costituire il concreto vantaggio conseguibile dall'imprenditore che sia assoggettato ad un concordato preventivo con continuità aziendale.

Le ultime questioni che meritano qui approfondimento attengono agli effetti del pagamento autorizzato (i) ed a quelli del pagamento non autorizzato dal Tribunale (ii). Per quanto concerne il primo punto controverso vi è chi ritiene che l'adempimento del debitore comporti l'estraneazione, in deroga alla previsione del primo comma dell'art.

³⁰¹ Trib. Lucca, 29.5.2013, in *ilcaso.it* e cfr. Trib. Modena, 29.5.2013, in *ilcaso.it*.

³⁰² Così ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *ilFallimento*, n. 9/2013.

³⁰³ RANALLI, *op. ult. cit.* e NANNONI-PAGLIUGHI, *op. cit.*

184 l.fall. ed *in toto* opponibile agli altri creditori antecedenti, del debito anteriore dall'ambito della soluzione concordataria³⁰⁴.

Questa interpretazione risulta essere stata smentita da una pronuncia del Tribunale di Milano che afferma la necessità di considerare i creditori anteriori, che siano stati soddisfatti parzialmente o meno, come creditori concorsuali a tutti gli effetti, non potendosi in alcun modo operare alcuna comparazione con la categoria dei prededucibili³⁰⁵.

Tale tesi risulta pienamente condivisibile, anche alla luce del dato testuale di cui all'art. 184 l.f. come il concordato omologato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento della pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso.

Alquanto discussa risulta essere anche la questione della revocabilità del concordato già ammesso ai sensi dell'art. 173 l.f. o dell'inammissibilità della domanda in caso di pagamento non autorizzato.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario³⁰⁶ tendeva a confermare che un siffatto pagamento, al di là dell'atteggiamento psicologico dell'autore, sarebbe direttamente

³⁰⁴Sostiene questa tesi ABETE, *op. ult. cit.*

³⁰⁵ "La tesi dell'estraneità al concordato dei creditori funzionali beneficiari di un pagamento immediato appare contraria al disposto dell'art. 184 l.f. che prevede che il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori, norma alla quale non si sottrae il concordato con continuità aziendale; né a tale norma si possono sottrarre i creditori anteriori per prestazioni strategiche, ove tali vengano definiti nella proposta. Il che comporta che il creditore anteriore strategico soggiace alla disciplina concordataria, ne può compiere atti di esecuzione sulla società in concordato preventivo in caso di mancato adempimento dell'obbligo di pagamento" (Trib. Milano, 22.12.2014, in www.unijuris.it).

³⁰⁶ La maggior parte dei tribunali ha aderito all'interpretazione normativa compiuta dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 578/2007. Si vedano in tal senso, *ex multiis*, Trib. Treviso, 21.9.2016, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Monza, 21.7.2010, in ilcaso.it; Trib. Venezia, 6.2.2014, in ilcaso.it; Trib. Padova, 9.5.2013, in ilcaso.it; Trib. Padova, 4.7.2013, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Pordenone, 8.8.2013, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Padova, 7.11.2013, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Venezia, 6.2.2014, in ilcaso.it; Corte Appello Milano, 23 febbraio 2016, in ilcaso.it; Trib. Venezia, 18.9.2014 in ilcaso.it; Trib. Sondrio, 02.10.2014, in ilcaso.it; Trib.

lesivo della *par condicio creditorum*, non essendo rilevante la buona fede del debitore e nemmeno praticabile la strada di un'autorizzazione postuma.

Vi era dunque una sorta di presunzione dell'intento frodatario del debitore nel caso in cui fosse violato il generale divieto di pagamento dei creditori anteriori, pagamento che avrebbe determinato automaticamente la revoca del concordato e la possibile dichiarazione di fallimento.

Ad onor del vero questa tesi può essere criticata da numerosi punti di vista.

Innanzitutto una simile interpretazione dell'art. 173 l.f. non risulta pienamente conforme alla lettera della legge che impone di considerare, in qualche modo, l'atteggiamento soggettivo del debitore.

Il terzo comma parla infatti di atti *diretti* a frodare le ragioni dei creditori e lo stesso concetto di frode rimanda in qualche modo alla nozione di mala fede e di dolo³⁰⁷.

In subordine, una soluzione dai caratteri sanzionatori così accentuati porterebbe ad un'iperbolica sopravvalutazione in astratto della *par condicio creditorum* al punto tale da legittimarne una lesione in concreto nel momento in cui si appura che il pagamento è stato funzionale alla prosecuzione delle attività e, dunque, al miglior soddisfacimento dei creditori.

Fortunatamente la Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sul punto, mutando il proprio orientamento ed affermando che *"la tesi meno restrittiva, appare maggiormente*

Bergamo, 23.4.2015, in [ilcaso.it](#); tutti citati da PERACIN-TAMIAZZO, *Cassazione Civile n. 3324/2016: un punto fermo nella querelle sul pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo?*, in *Fallimenti e Società*, 2016, al quale si rimanda per una trattazione compiuta dei diversi orientamenti giurisprudenziali sul punto.

³⁰⁷ Nello stesso senso si è giudicato impossibile procedere con la revoca del concordato in assenza del dolo, elemento necessario affinché sia integrato il presupposto della frode ai creditori ex art.

173 l.f (Trib. Ancona, 9.4.2015, in [ilcaso.it](#)). Conformemente anche Trib. Rovigo, 26.5.2015, in [ilcaso.it](#) e Trib. Benevento, 27.1.2016, in [ilcaso.it](#).

*aderente all'attuale disciplina dell'istituto, tenuto conto delle rilevanti novità che lo caratterizzano e dell'indubitabile favor accordato dal legislatore della riforma alla soluzione negoziata della crisi d'impresa"*³⁰⁸.

308 Cass. Civ, sent. 19.2.2016, n. 3324. Recentemente tale principio è stato nuovamente affermato dalla Suprema Corte, ribadendo che *"la revoca del concordato preventivo può pertanto pronunciarsi, ai sensi dell'art. 173, comma 3, l.fall., purché in esito ad un accertamento, da compiersi ad opera del giudice di merito, tali pagamenti, non essendo ispirati al criterio della migliore soddisfazione dei creditori, siano diretti a frodare le ragioni di questi ultimi, così pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato."* (Cass. Civ. Sez. I, 8.2.2017, n. 3317).

Concordato in continuità aziendale e prospettive di riforma.

Le criticità prospettate nelle pagine che precedono potrebbero trovare una qualche soluzione se si guarda alle linee direttive in base alle quali il Governo è chiamato a riformare la disciplina concorsuale, contenute nella Legge Delega n. 155/2017.

La principale novità pare essere quella della centralità del concordato in continuità aziendale e della residualità di quello liquidatorio: proprio in questa prospettiva si devono analizzare quali siano le “correzioni² apportate dal legislatore alla Legge Fallimentare.

Per quanto attiene la disciplina di cui all’art. 186-bis, che sembra peraltro rimanere praticamente immutata, si prevede espressamente che questa possa essere applicata anche nel caso in cui il piano preveda l’affitto d’azienda, non lasciando più alcun dubbio in tal senso³⁰⁹.

Il riconoscimento dell’affitto d’azienda come possibile contenuto del piano metterebbe sicuramente fine alla *querelle* sulla sua ammissibilità anche se ciò non pare essere del tutto sufficiente poiché, come si è visto, la questione inerente la sussistenza del rischio imprenditoriale rimarrebbe irrisolta.

Probabilmente è questo l’aspetto centrale di cui il legislatore dovrebbe occuparsi per dissolvere qualsiasi dubbio dato che, se non si desse alcuna indicazione al riguardo, la norma non farebbe altro che affermare la possibilità di prevedere l’affitto nel piano concordatario senza stabilire come l’affitto stesso debba essere strutturato affinché possa applicarsi l’art. 186-bis l.f.

³⁰⁹ Art. 6, co.1, lett. i), n. 3.

Altrettanto deludente sembra essere la disposizione diretta ad introdurre un criterio di tipo quantitativo al fine di determinare la disciplina applicabile ad un concordato misto³¹⁰.

Quest'ultima costituisce senz'altro la modifica più assurda in materia poiché porterebbe a negare i benefici previsti dall'art. 186-bis e 182-quinquies anche a quegli imprenditori che, pur proseguendo l'esercizio aziendale (direttamente o indirettamente), soddisfino buona parte dei debiti concordatari per mezzo della liquidazione di beni non funzionali. Anche in tema di fattibilità si possono registrare miglioramenti "zoppi" poiché la Legge depone nel senso di affidare al Tribunale anche un sindacato di merito sulla fattibilità economica del piano concordatario, non fornendo alcuna indicazione sulla portata di tale concetto e nulla dicendo per quanto riguarda il profilo della convenienza³¹¹.

L'unica innovazione probabilmente accettabile sarà quella relativa alla moratoria dei creditori privilegiati che potrà essere anche ultrannuale³¹².

In definitiva, non si può certamente esprimere un giudizio compiuto sulla riforma, anche perché di riforma si potrà parlare solamente quando saranno emanati i decreti delegati. La "prognosi" non sembra tuttavia essere delle migliori.

Nell'attesa, infatti, non si può che prendere atto ancora una volta di come in materia di concordato il legislatore mostri l'intenzione di intervenire in maniera imprecisa, settoriale e, come nel caso della prevalenza quantitativa, inadeguata.

³¹⁰ L'art. 6, co. 1, lett. 1), al n. 2 prevede che la "disciplina si applichi anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio d'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale".

³¹¹ Si veda l'art. 6, co. 1, lett. e).

³¹² Art. 6, co. 1, lett. i), n. 1.

La Legge Delega sembra concentrarsi molto sulla rivoluzione della procedura fallimentare (la nuova “liquidazione giudiziale”) e sulla disciplina delle procedure di allerta tese a favorire l’emersione anticipata della crisi; la stessa Legge non pare però dare la stessa importanza al concordato in continuità aziendale, dimostrandosi peraltro contraddittoria dal momento che ne sancisce la centralità, non risolvendone i principali problemi applicativi.

Se vi sono i presupposti per la riforma e la modifica di alcune disposizioni contraddittorie della Legge Fallimentare non vi è, allo stesso tempo, alcun cenno alla compatibilità tra operazioni straordinarie e concordato in continuità, non si chiarisce se il debitore possa destinare i proventi delle attività all’azienda e, infine, non si pone rimedio alle macroscopiche carenze di coordinamento tra disciplina fallimentare e nuovo Codice degli Appalti Pubblici.

Nella speranza che il Governo si avveda delle molte tematiche ingiustificatamente tralasciate, non rimane che attendere.

INDICE BIBLIOGRAFICO

DOTTRINA

ABBADESSA P., *Il progetto di riforma della legge fallimentare*, Milano, 1985.

ABETE L., *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *il Fallimento*, n. 9/2013. in *il Fallimentarista*, 2012.

ALBERTI J., *L'affitto d'azienda nel concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Osservatorio sulle Crisi d'Impresa*, 2014.

ALLENA M. - AMBROSINI S. - BONFATTI S. - CASTIELLO D'ANTONIO A. - FALCONE G. - FRASCAROLI SANTI E. - MEO G., *Le altre procedure concorsuali*, Vol. IV, GIAPPICHELLI, Torino, 2014.

AMATORE R., *Concordato in continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, in *Il Fallimentarista*, 2013.

AMATORE R., *Concordato in continuità aziendale ed affitto d'azienda*, in *Il Fallimentarista*, 2015.

AMBROSINI S.- ANDREANI G.- TRON A., *Crisi d'impresa e restructuring*, Edizioni de Il Sole 24 Ore, Milano, 2013.

AMBROSINI S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2013.

AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *ilFallimento*, 2012.

AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015*, in *Dir. Fall.*, n. 5/2015.

APICE U.-MANCINELLI S., *Diritto Fallimentare. Normativa ed adempimenti*, GIAPPICHELLI, Torino, 2008.

ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, GIAPPICHELLI, Torino, 2013.

BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritto di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013.

BERSANI G., *Crisi d'impresa: nomina, indipendenza e responsabilità penale dell'attestatore*, in *Fisco*, n. 36/2012.

BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932.

BONELLI F., *Crisi d'impresa: casi e materiali*, GIUFFRÈ, Milano, 2011.

BONFATTI S., *I concordati di risanamento*, in *Dottrina, opinioni e interventi*, n.228/2011.

STANGHELLINI L., *Il concordato con finalità di risanamento*, relazione alla lezione del 16.11.2009 tenuta per l'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

BONFATTI S., *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 2013.

BOTTAI L.A., *Concordato in continuità aziendale*, *ilFallimentarista*, 2016.

BOZZA G., *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Ilfallimento*, n.10/2016).

BOZZA G., *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della legge fallimentare*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 6/2014.

BROGI R., *Operazioni straordinarie societarie e crisi d'impresa*, IPSOA, Milano, 2016;

BUSANI A., *Massimario delle operazioni societarie*, IPSOA, Milano, 2016.

CAGNASSO O.-PANZANI L., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet Giuridica, Milano, 2016.

CAMPIONE L., *Il concordato misto*, in *Ilfallimentarista.it*, 2017.

CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937.

CASA F., *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato in continuità*, in *ilFallimento*, n. 11/2013.

CAVANNA M., *La scissione nel concordato preventivo: identità societaria, funzione concorsuale*, in *il Fallimento*, n. 12/2016.

CECCHINI P.G., *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, in *ilFallimentarista*, 2014;

CILLO M., *Le operazioni sul capitale sociale e le operazioni straordinarie al servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *Rivista del Notariato*, 2017.

CINCOTTI C.-NIEDDUARRICA F., *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013.

COVINO G.-MARTINO L., *Operazioni societarie straordinarie*, in *ilFallimentarista*, 2016.

CUONZO R., *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, GIAPPICHELLI, Torino, 2016.

D'ATTORRE G., *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *ilFallimento*, n. 3/2017.

D'ATTORRE G., *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fallimento*, n. 10/2017.

D'ORAZIO L., *Continuità aziendale e gare per l'affidamento di contratti pubblici*, in *ilFallimento*, n. 7/2017.

D'ORAZIO L., *La vexata quaestio della dilazione di pagamento dei prelaizionari*, in *Fallimento*, n. 4/2014.

DANOVI A., *Introduzione ai principi di attestazione*, Alta Scuola di Formazione LUIGI MARTINO, ODCEC Milano, 2015.

DE MATTEIS S.-GRAZIANO N., *Manuale del concordato preventivo*, MAGGIOLI, Rimini, 2013.

DE SEMO G., *Diritto fallimentare*, Padova, 1959.

DENOZZA F., *Le norme efficienti, L'analisi economica delle regole giuridiche*, GIUFFRÈ, Milano, 2002.

DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilFallimentarista*, 2015.

DI MARZIO F., *Attestazione sul pagamento dei crediti per prestazioni di beni e servizi anteriori alla domanda di concordato*,

DI MARZIO, *Il pagamento concordatario dei crediti garantiti può essere dilazionato solo per consenso o nei casi previsti dalla legge*, in *ilFallimentarista*, 2014.

DI SARLI M., *Sub. art. 2501 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, GIUFFRÈ, Milano, 2006.

EINAUDI L., *Intorno al credito industriale - Appunti*, in *Riv. Soc. Comm.*, 1911.

FABIANI M., *Causa del concordato preventivo ed oggetto dell'omologazione*, in *Leggi. Civ. Com.*, 2014.

FABIANI M., *Diritto Fallimentare. Principi e Regole*, ZANICHELLI, Bologna, 2011.

FABIANI M., *I nuovi vincoli alla proposta di concordato visti dal prisma di una lettura difensiva*, in *ilFallimento*, n. 5/2016.

FABIANI M., *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *ilFallimento*, n. 2/2013.

FABIANI M., *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016.

FABIANI M., *Per la chiarezza di idee su proposta, piano, domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Ilfallimento*, 2011.

FABIANI M., *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, NLCC, 2016.

FALAGIANI, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *ilFallimento*, n. 7/2014.

FAUCEGLIA G., *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo Codice degli Appalti Pubblici*, in *Dir. Fall.*, n. 2/2017.

FERRARA F., *Il fallimento*, GIUFFRÈ, Milano, 1995.

FERRO M. – BASTIA P. – NONNO G.M., *Concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, IPSOA, Milano, 2013.

FICO D., *Riflessioni sul concordato in continuità dopo il d.l. 83/2015*, in *IlFallimentarista*, 2016.

FIMMANÒ F., *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.*, n. 2/2014.

FIMMANÒ F., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *I quaderni della gazzetta forense.*, Napoli, GIAPETO, 2016.

FIMMANÒ F., *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *ilcaso.it*, 2005.

FINARDI D.-SANDRINI G., *La deroga alla par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento dei debiti pregressi*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2013.

GABRIELLI E. - LUISO F.P.- VASSALLI F., *Trattato di Diritto Fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, GIAPPICHELLI, Torino, 2013.

GALLETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *Il fallimentarista*, 2012.

GAMBINO A., *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in atti del convegno su *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, p.236 ss.

GENOVIVA P., *Il concordato preventivo misto alla prova della restaurazione*, in *Il fallimento*, n. 4/2017.

GIANESINI N., *Il rischio penale della crisi d'impresa*, GIAPPICHELLI, Torino, 2016.

GREGGIO M.-BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, 2017, in *il caso.it*.

GUERRERA F. MALTONI M., *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. Soc.*, 2008.

GUIOTTO A., *L'attestazione negli art. 67 e 182-bis: profili comparativi*, in *il Fallimento*, n. 10/2014.

IAIONE C., *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007.

JAEGER P.G., *Relazione di sintesi alla legge fallimentare. Bilancio e prospettive dopo trent'anni di applicazione*, Milano, 1975.

JORIO A., *Il fallimento ed il concordato fallimentare*, in *Diritto Commerciale*, diretto da Cottino-Cagnasso, UTET, Milano, 2016.

JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994.

JORIO A., *Per una riforma delle procedure concorsuali minori*, in *Il fallimento*, 1982.

LAMANNA F., *La problematica relazione tra preconcordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *il Fallimentarista*, 2012.

LAMANNA F., *La pretesa indistinta ammissibilità del pagamento dilazionato dei crediti muniti di prelazione*, in *il Fallimentarista*, 2014.

LAMANNA F., *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato in continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 2015 e

LAMANNA F., *Cos'è e quando è configurabile il concordato misto?*, in *il Fallimentarista*, 2015.

LAMANNA F., *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: così è se vi pare*, in *il Fallimentarista*, 2013.

LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, in *Il Civilista*, n. 3/2015.

LENDVAI A., *Concordato con continuità: spunti sul miglior soddisfacimento dei creditori*, in *il Fallimentarista*, 2015

LIBERTINI M., *Relazione al convegno sull'uso alternativo delle procedure concorsuali*, Verona 28-29 Ottobre 1977, in *Giur. Comm.*, 1979, I., p. 298.

LIBERTINI M., *Sull'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in Atti del convegno sull'uso alternativo delle procedure concorsuali, in Giur. Comm., 1979.

LO CASCIO G., *Crisi dell'impresa: rimedi preventivi e successivi, amministrativi e giudiziari. Analisi e prospettive di una riforma*, in Impresa Ambiente e p.a., 1982.

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, GIUFFRÈ, Milano, 2011.

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, n.5/2013.

LO CASCIO G., *Il professionista attestatore*, in *il Fallimento*, n. 11/2013.

MACAGNO P., *Concordato in continuità e contratti pubblici: continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *il Fallimento*, n. 6/2014.

MACAGNO P., *Il concordato in continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *il Fallimento*, n. 1/2016.

MAFFEI ALBERTI A. - TARZIA G. - D'ALESSANDRO F. - COLESANTI V. - PERSIANI M., *Relazione al convegno sull'uso delle procedure concorsuali*, in Giur. Comm, I, 1979.

MAGLIULO F., *La scissione delle società*, CEDAM, Padova, 2012.

MANFREDI S., *Il concordato in continuità: alcune criticità e tecniche per l'attestazione*, in *il Fallimentarista*, 2013.

MANZO V., *Operazioni societarie straordinarie in esecuzione di concordato preventivo*, in *Notariato*, n. 1/2015.

MAZZOCCA D., *Il fallimento e la sua procedura*, in *Ilfallimento.it*, 2005.

MAZZOLENI A. - VENEZIANI M., *L'efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell'esperienza dei tribunali lombardi*, GIAPPICHELLI, Torino, 2014, p. 160.

MICHELOTTI F., *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *ilFallimento*, n. 8/2010.

MONTANARI M., *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, n. 5/2013.

MOSCO G.D., *Concordato Preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I.

MUNARI A., *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, GIAPPICHELLI, Torino, 2014.

NANNONI A.-PAGLIUGHI C., *Le attestazioni integrative nel concordato*, in *ilFallimentarista*, 2017.

NARDECCHIA G., *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, IPSOA, Milano, 2011.

NIGRO A.-VATTERMOLI D., *Diritto delle crisi delle imprese*, ZANICHELLI, Bologna, 2014.

PAGLIUGHI C., *Concordato preventivo: attestazione del piano*, in *Ilfallimentarista*, 2016.

PAJARDI P., *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 223 ss.

PALLADINO M., *I contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. It.*, n. 12/2014.

PALLADINO M., *I contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. It.*, n. 12/2014.

PALMIERI G., *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali*, in *il Fallimento*, n. 9/2009.

PANZANI L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, UTET, Milano, 2012.

PATTI A., *Esclusione della sindacabilità dal tribunale della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *il Fallimento*, n. 1/2012.

PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *il Fallimento*, n. 3/2013.

PERACIN G.-TAMIAZZO S., *Cassazione Civile n. 3324/2016: un punto fermo nella querelle sul pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo?*, in *Fallimenti e Società*, 2016.

PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, n. 2/2015.

PEZZANO A.-RATTI, *Nuovo codice dei contratti pubblici e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *il Fallimento*, n. 7/2016.

PIANOFORTE A., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale con riferimento al concordato in continuità aziendale*, in *Contratti*, n. 5/2017.

PIZZA P., *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione*, in *ilFallimentarista*, 2012.

POTOTSCHNIG P., *Le scissioni e le fusioni quali strumenti di attuazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *ilcaso.it*, 2017,

PROVENZANO P., *Requisiti: assenza di procedure concorsuali*, in *l'Amministrativista*, 2016.

PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, GIUFFRÈ, Milano, 1974.

RACUGNO G., *Gli obbiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. Comm.*, 2009, I.

RANALLI R., *Il giudizio integrativo sul miglior soddisfacimento dei creditori nei concordati in continuità: un profilo centrale nell'attestazione del professionista*, in *ilFallimentarista*, 2013.

RANALLI R., *L'attestazione del professionista nel concordato in continuità*, in *ilFallimentarista*, 2014).

RANALLI R., *Le attestazioni speciali nel concordato preventivo*, in *ilFallimentarista*, 2014.

RAVINA C., *Fattibilità*, in *ilFallimentarista*, 2017.

RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, n. 8-9/2014.

ROSSI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *ilFallimento*, n. 6/2017.

ROSSI A., *L'esecuzione del concordato di risanamento tra governance e conflitti*, in *Fallimento*, n. 10/2017.

RUBINO M., *La responsabilità patrimoniale*, in Trattato di Diritto Civile diretto da Vassalli, GIAPPICHELLI, Torino, 1963.

SADILE L., *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *ilcaso.it*, 2014

SANTAGATA R., *Le fusioni*, Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo-Portale, UTET, Torino, 2006.

SATTA S., *Diritto Fallimentare*, Padova, 1966.

SAVIOLI G., *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in *ilFallimento*, n.3/2010;

SCIUTO M., *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in *Dir. Fall.*, n. 6/2015.

SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in Trattato delle Società per Azioni, diretto da Colombo-Portale, UTET, Torino, 2004.

SPADA, *Lezioni sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, GIUFFRÈ, Milano, 1985.

SPIOTTA M., *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica*, in *Giur. It.*, n. 5/2017.

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, *Ilfallimento*, 10/2013.

STANGHELLINI L., *Il concordato con finalità di risanamento, relazione alla lezione del 16.11.2009 tenuta per l'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.*

TERRANOVA G., *Il concordato con continuità aziendale ed i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, in *il Fallimento*, n. 1/2013.

TETTO F., *La ritrovata indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *il Fallimento*, n. 6/2013.

TIZZANO R., *L'indeterminatezza del giudizio di miglioria e l'attestazione ex art. 186-bis co. 2, lett. b) l.f.*, in *il Fallimento*, n. 2/2014.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 2013.

VELLA P., *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *il Fallimento*, n. 4/2015.

VIALE, *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, 231.

VITIELLO M., *Brevi considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 2013.

VITIELLO M., *Brevi e scettiche considerazioni sul concordato preventivo in continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 2012.

ZANATO A., *La scissione delle società nel concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Osservatorio OCI*, 2013.

ZANICHELLI, *La dilazione del pagamento dei creditori privilegiati: quando le ragioni dell'economia fanno premio su quelle del diritto*, in *il Fallimentarista*, 2014.

GIURISPRUDENZA

Cass. Civ. sent.10.3.1979, n. 1494.

Cass. Civ., sent. 4.4.1983, n. 2454.

Cass. Civ., sent. 18.4.1983, n. 2663.

Cass. Civ., sent. 27.10.1983, n. 6363.

Cass. Civ., sent. 12.7.1991, n. 7790.

Cass. Civ., sent. 23.8.1991, n. 9046.

Cass. Civ., sent. 26.11.1992, n. 12632.

Cass. Civ., sent. 5.10.1998, n. 9876.

Cass. Civ, sent. 22.6.2005, n. 13399.

Cass. Civ., sent. 29.11.2005, n. 26036.

Cass. Civ., 25.10.2010, n. 21860.

Cass. Civ., sent. 14.2.2011 n. 3586.

Cass. Civ., sent. 23.6.2011, n. 13817.

Cass. Civ., sent. 16.9.2011, n. 18987.

Cass. Civ., sent. 12.12.2012, n. 22828.

Cass. Civ. SS.UU., sent. 23.1.2013, n. 1521.

Cass. Civ., sent. 30.4.2014, n. 9541.

Cass. Civ., sent. 9.5.2014, n. 10112.

Cass. Civ., sent. 4.7.2014, n. 15345.

Cass. Civ., sent. 6.10.2014, n. 20388.

Cass. Civ., sent. 17.10.2014, n. 22045.

Cass. Civ., sent. 2.9.2015, n. 17461.

Cass. Civ., sent. 19.2.2016, n. 3324.

Cass. Civ., sent. 31.10.2016, n. 22045.

Cass. Civ., sent. 12.1.2017, n. 578.

Cass. Civ. sent. 8.2.2017, n. 3317.

Cass. Civ., sent. 27.2.2017, n. 4915.

Cass. Civ., sent. 12.6.2017, n. 13759.

CEDU, sent. 13.11.2007.

Cons. Stato, Ad. Plen., 15.4.2010, n. 2155.

Cons. Stato, Ad. Plen., sent, 20.7.2014, n.8.

Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 29.2.2016, n.5.

Cons. Stato, sent. 3.7.2014, n. 3344.

Cons. Stato, sez. III, sent. 14.1.2014, n. 101.

Cons. Stato, sez. III, sent. 4.12.2015, n. 5519.

Cons. Stato, sez. IV, sent. 5.3.2015, n. 1091.

Cons. Stato, Sez. V, ord. 4.6.2015, n. 2737.

Cons. Stato, sez. V, sent. 27.12.2013, n. 6272.

Cons. Stato, sez. VI, sent. 3.2.2016, n. 426.

App. Ancona, 26.3.2014.

App. Bologna, 30.6.2006.

App. Bologna, 1.3.2017.

App. Catanzaro, 7.2.2011.

App. Firenze 2.11.2015.

App. Firenze, 5.4.2017.

App. Firenze, decr. 8.5.2017.

App. Milano, sent. 22.3.2017.

App. Milano, 23.2.2016.

App. Roma, 5.3.2013.

App. Roma, sent. 23.5.2016.

App. Venezia, decr. 12.5.2016.

Tribunale di Alessandria, 18.1.2016.

Tribunale di Alessandria, 22.3.2016.

Tribunale di Alessandria, 5.12.2016.

Tribunale di Alessandria, 22.3.2016.

Tribunale di Ancona, 9.4.2015.

Tribunale di Arezzo 12.11.2013.

Tribunale di Arezzo 27.2.2015.

Tribunale di Arezzo, 8.1.2011.

Tribunale di Avezzano, 22.10.2014.

Tribunale di Bari, 25.2.2008.

Tribunale di Benevento, 23.4.2013.

Tribunale di Benevento, 27.1.2016.

Tribunale di Bergamo 4.12.2014.

Tribunale di Bergamo, 23.4.2015.

Tribunale di Bologna, 1.10.2013.

Tribunale di Bologna, 15.11.2016.

Tribunale di Bologna, 6.4.2016.

Tribunale di Bolzano, 10.3.2015.

Tribunale di Busto Arsizio, 1.10.2014.

Tribunale di Cassino, 27.7.2012.

Tribunale di Catania, 27.7.2007.

Tribunale di Como, 27.4.2016.

Tribunale di Como, 29.4.2016.

Tribunale di Cuneo, 29.10.2013

Tribunale di Firenze, 1.1.2016.

Tribunale di Firenze, 19.3.2013.

Tribunale di Firenze, 2.11.2016;

Tribunale di Lucca, 29.5.2013.

Tribunale di Macerata, 12.1.2017.

Tribunale di Mantova, 10.4.2014.

Tribunale di Mantova, 16.9.2010.

Tribunale di Mantova, 19.9.2013.

Tribunale di Mantova, 26.2.2009.

Tribunale di Marsala, 5.2.2014.

Tribunale di Massa, 2.9.2016.

Tribunale di Massa, 29.9.2016.

Tribunale di Milano, 15.11.2016.

Tribunale di Milano, 2.10.2006.

Tribunale di Milano, 22.12.2014.

Tribunale di Modena, 27.2.2009.

Tribunale di Modena, 29.5.2013.

Tribunale di Modena, 3.9.2014.

Tribunale di Modena, 8.2.2016.

Tribunale di Monza, 11.6.2013.

Tribunale di Monza, 21.7.2010.

Tribunale di Monza, 22.1.2013.

Tribunale di Monza, 26.7.2016.

Tribunale di Napoli, 12.2.2016.

Tribunale di Novara, 14.6.2013.

Tribunale di Padova 6.3.2014.

Tribunale di Padova, 4.7.2013.

Tribunale di Padova, 7.11.2013.

Tribunale di Padova, 9.5.2013.

Tribunale di Patti, 12.11.2013.

Tribunale di Pescara, 20.10.2005.

Tribunale di Pistoia, 29.10.2015.

Tribunale di Pordenone, 19.1.2017.

Tribunale di Pordenone, 4.8.2015.

Tribunale di Pordenone, 8.8.2013.

Tribunale di Prato, 30.4.2014.

Tribunale di Ravenna, 19.8.2014.

Tribunale di Ravenna, 22.10.2014.

Tribunale di Ravenna, 28.4.2015;

Tribunale di Ravenna, 29.10.2013.

Tribunale di Reggio Emilia, 21.10.2014.

Tribunale di Rimini, 1.12.2016.

Tribunale di Roma, 20.6.2010.

Tribunale di Roma, 22.4.2014.

Tribunale di Roma, 24.4.2008.

Tribunale di Roma, 25.7.2012.

Tribunale di Roma, 29.7.2010.

Tribunale di Roma, 31.10.2013.

Tribunale di Roma, 31.7.2015.

Tribunale di Roma, *Linee guida in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, doc. 8321 del 9.5.2016.

Tribunale di Rovigo, 26.5.2015.

- Tribunale di Rovigo, 3.12.2013.
- Tribunale di Siracusa, 15.11.2013.
- Tribunale di Sondrio, 02.10.2014.
- Tribunale di Sulmona, 2.11.2010.
- Tribunale di Sulmona, 6.6.2005.
- Tribunale di Terni, 12.2.2013.
- Tribunale di Terni, 22.1.2013.
- Tribunale di Terni, 29.1.2013.
- Tribunale di Tolmezzo, 8.7.2011.
- Tribunale di Torino, 23.12.2010.
- Tribunale di Torino, 5.6.2014.
- Tribunale di Torre Annunziata, 19.7.2016.
- Tribunale di Trento, 1.6.2016.
- Tribunale di Trento, 6.4.2013.
- Tribunale di Trento, 6.6.2013.
- Tribunale di Treviso, 21.9.2016.

Tribunale di Udine, 14.2.2011.

Tribunale di Venezia, 18.9.2014.

Tribunale di Venezia, 5.2.2016.

Tribunale di Venezia, 6.2.2014.

Tribunale di Vercelli, 13.8.2014.

Tribunale di Vicenza, 13.6.2014.

Tribunale di Arezzo, 27.2.2015.

T.A.R. Ancona, (Marche), sez. I, sent. 29/07/2016, n. 456.

T.A.R. Aosta, sez. I, sent. 18.6.2013, n. 23.

T.A.R. Cagliari (Sardegna), sez. I, sent. 09/06/2016, n. 494.

T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, sent. 7.3.2013, n. 146.

T.A.R. Milano (Lombardia), sez. IV, sent. 30/12/2015, n. 2877.

T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, sent. 12/03/2015, n. 4068.

T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, sent. 21/03/2016, n. 3421.

T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, sent. 21/01/2016, n. 644.

SITOGRAFIA

www.altalex.it

www.diritto.it

www.expartecreditoris.it

www.filodiritto.it

www.ilfallimentarista.it

www.ilcivilista.it

www.osservatorio-oci.it

www.amministrativista.it

CONVEGNI

Crisi d'Impresa e risanamento, Roadshow IPSOA, Verona, 22.3.2017.

Il concordato in continuità aziendale, Osservatorio sulle Crisi d'Impresa, Bari,
2.4.2017.

Affitto d'azienda e continuità aziendale, Centro Studi Patavini di Diritto
Concorsuale, Padova, 7.4.2017.

RINGRAZIAMENTI

Alla prof. Annalisa Lorenzetto Peserico, per avermi seguito e guidato nella scrittura di questa tesi;

Ai miei nonni, per avermi insegnato il senso delle regole e trasmesso la passione per la giustizia;

Ai miei genitori, che mi hanno permesso di dedicarmi agli studi sostenendomi sempre ed incondizionatamente;

A mio fratello ed alla sua famiglia, per l'affetto ed il sostegno mostrati;

A Giorgia, per aver creduto in me fin dall'inizio, per avermi aiutato a superare ogni momento difficile insieme e per sopportarmi con pazienza ed amore ogni singolo giorno;

A Gianluca e Giovanni, per aver condiviso con me le gioie e le pazzie di questi anni da "fuori sede";

A Marco, compagno di una vita, per esserci in ogni istante;

A Lucrezia, Daniele, Martina, per avermi regalato le risate più belle che io ricordi;

A Silvia, Francesca e Gaia, per aver condiviso con me i molti "dolori" di questo percorso;

