



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
(*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

—
Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Il “nuovo” presupposto oggettivo del concordato preventivo e i “nuovi” requisiti di ammissione

Relatore

Ch. Prof. Mauro Pizzigati

Laureando

Serena Moro

Matricola 806176

Anno Accademico

2011 / 2012

INDICE

Introduzione	p. 4
---------------------	------

Capitolo 1

La crisi d'impresa e gli interventi legislativi

1.1 Esigenze di riforma della Legge Fallimentare n. 169/1942	p. 7
1.2 I primi interventi di riforma	p. 10
1.3 La riforma 2005 ed i progetti successivi: dal decreto di competitività ad oggi	p. 16
1.4 Stato d'insolvenza e stato di crisi nelle procedure concorsuali	p. 24

Capitolo 2

Il concordato preventivo ante riforma

2.1 Origini del concordato preventivo	p. 41
2.2 Presupposto oggettivo del vecchio concordato	p. 49
2.3 Condizioni soggettive di ammissibilità del vecchio concordato	p. 54
2.4 Condizioni patrimoniali di ammissione	p. 66
2.5 Panoramica della procedura di concordato dalla proposta alla sua esecuzione	p. 70

Capitolo 3

Effetti delle riforme, il nuovo art. 160 l. fall. e i nuovi requisiti di ammissione

3.1 Il concordato preventivo riformato	p. 82
3.2 Presupposto soggettivo del nuovo concordato	p. 85
3.3 Presupposto oggettivo del nuovo concordato	p. 95
3.4 Il contenuto della domanda di concordato preventivo	p. 105
3.5 La sorte dei creditori	p. 124
3.6 Cenni sulle ulteriori novità introdotte dalla riforma	p. 134

Capitolo 4

Implicazioni e novità

- 4.1 Modalità di accesso al fallimento consecutivo p. 139
- 4.2 La ritrovata vivacità del concordato p. 146
- 4.3 Il concordato del consumatore e delle imprese minori: nuovi obiettivi del 2012 p. 150

Conclusione p. 162

Bibliografia p. 165

Introduzione

Le riforme della legge fallimentare del 1942, attuate a partire dal 2005, hanno profondamente modificato la disciplina della crisi delle imprese, ed in particolar modo, la disciplina delle procedure concorsuali.

La modalità con cui si è concretizzata la riforma, caratterizzata da continue rivisitazioni e riscritture senza mai arrivare alla scrittura di un vero e proprio nuovo testo normativo, ha dato vita ad un quadro dai contorni spesso incerti, tali da richiedere il costante ricorso a modifiche del legislatore.

Molto spesso le riforme hanno avuto origine a seguito di grandi disastri economici e di cadute in stato di insolvenza di grandissime imprese italiane. Questo risulta essere il problema principale della nostra legge fallimentare, ovvero la sua incapacità di far fronte ai disagi degli imprenditori prima che il danno sia pressoché irrimediabile. Si prenda come esempio il caso Parmalat (2003), un dissesto di proporzioni talmente grandi da richiedere un intervento immediato sulla legislazione, che venne cambiata d'urgenza. Oppure, facendo un ulteriore passo indietro, arriviamo alla crisi degli anni settanta, la quale ha portato alla caduta in uno stato di insolvenza di molte grandi e grandissime imprese.

Il clima che si respirava sino al 2004, salva l'euforia per alcuni salvataggi ben riusciti, non era certo dei più felici. Si percepiva piuttosto l'inadeguatezza della legge rispetto ai tempi attuali e la delusione per i tentativi di riforma mai andati in porto o comunque mai effettivamente aderenti alla realtà.

Per non parlare della sentita necessità di creare un opportuno collegamento tra diritto concorsuale e gli altri sistemi normativi, ai fini di assicurare un meccanismo giuridico dotato di maggiore speditezza ed operatività.

Il presente elaborato trova la sua giustificazione proprio nell'analisi della crisi che ha investito e continua ad investire le nostre imprese, nonché negli strumenti di composizione e soluzione della crisi stessa che negli anni sono stati introdotti (e modificati) dal legislatore.

Viene prima di tutto fornita una breve analisi degli interventi di riforma che si sono susseguiti sino ad oggi, ai fini di dare una collocazione temporale e logica alle innovazioni che successivamente verranno approfondite.

Inoltre si è ritenuto opportuno dare fin da subito una definizione di concetti importanti che caratterizzano il “governo della crisi”, e quindi evidenziare come a seconda del soggetto proponente e delle dimensioni dell’attività siano destinate procedure concorsuali differenti, e come il concetto di insolvenza sia necessariamente mutato nel tempo.

In particolare l’elaborato mira ad approfondire la rivoluzione che negli anni ha subito l’istituto del concordato preventivo, a partire dalla riforma del 2005.

Per fare questo è parso necessario analizzare in primo luogo il concordato preventivo originario, con i suoi limiti e forse anche con i suoi pregi, rispetto alla nuova formulazione.

Si sono alternati negli anni molteplici e contrastanti concezioni riguardo la sua natura giuridica, nonché le finalità e funzioni che il concordato preventivo dovesse svolgere, nessuno dei quali appariva completamente soddisfacente e creando sempre più incertezza e confusione negli operatori del settore.

Lo scopo di questo elaborato è perciò soprattutto quello di andare ad analizzare i rigorosi presupposti di ammissione alla procedura che inizialmente erano richiesti dalla legge fallimentare, per poi andarli a confrontare con i nuovi requisiti introdotti.

Inizialmente il legislatore aveva infatti previsto una serie piuttosto consistente di presupposti oggettivi e soggettivi che dovevano caratterizzare il debitore proponente e la sua attività. In primo luogo, affinché l’imprenditore potesse proporre la domanda di concordato preventivo era necessario che si trovasse necessariamente in uno stato di insolvenza. Inoltre, l’ammissione era subordinata dallo status di imprenditore commerciale, nonché di alcune condizioni soggettive, ovvero: iscrizione nel registro delle imprese e tenuta regolare della contabilità entrambe da almeno due anni o dall’inizio dell’impresa se questa avesse avuto minor durata; non essere stato dichiarato fallito o ammesso ad una procedura di concordato preventivo nei cinque anni precedenti alla domanda; non essere stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l’economia pubblica, l’industria ed il commercio.

In questo quadro la possibilità di chiudere positivamente il concordato si era dimostrata la maggior parte delle volte molto difficile, in quanto la procedura era eccessivamente vincolata a schemi imposti obbligatoriamente dal legislatore che risultavano troppo rigidi per una facile applicazione.

Grazie alla forte spinta del legislatore della riforma del diritto fallimentare, l'istituto del concordato preventivo ha assunto un ruolo fondamentale nell'ambito degli strumenti di soluzione negoziale della crisi d'impresa alternativi al fallimento e volti maggiormente alla salvaguardia dei vari interessi coinvolti.

Per fare questo, come vedremo meglio nel dettaglio, il legislatore della riforma ha previsto da un lato l'eliminazione di quei caratteri formali e sostanziali di meritevolezza che l'imprenditore doveva necessariamente avere per poter avanzare la proposta di concordato, e dall'altro l'ampliamento dell'area oggettiva. Questo significa che lo stato di insolvenza non è più l'unico presupposto oggettivo del concordato, bensì viene accompagnato dal più ampio concetto di "stato di crisi", permettendo di intervenire con maggiore tempestività, e non più quando la crisi è ormai irreversibile.

Come tema conclusivo ho ritenuto interessante rilevare le implicazioni delle riforme degli anni scorsi e gli eventuali problemi di applicazione della legge stessa a causa del mancato coordinamento tra nuove e vecchie norme della legge fallimentare.

Inoltre, per dare un tocco di concretezza all'elaborato, viene proposta una analisi di dati tratti dal "Portale dei Fallimenti", a cui hanno aderito molte delle province italiane, ai fini di valutare l'effettiva efficacia delle riforme sull'andamento dei ricorsi al concordato preventivo.

Infine, visto il contesto attuale in cui ci troviamo, caratterizzato da una crisi economica di livello mondiale, si riporta quanto attualmente noto relativamente all'ultima previsione del legislatore di riforma della legge fallimentare, che andrà ad ampliare il ventaglio dei soggetti ammissibili alle procedure concorsuali, in vista di una ormai generale incapacità di soddisfare con regolarità le obbligazioni contratte. La crisi sta infatti colpendo non solo le aziende, ma anche i soggetti privati (il cosiddetto "consumatore"), attualmente non tutelati, da questo punto di vista, da nessuna norma.

Capitolo 1: La crisi d'impresa e gli interventi legislativi

1.1 Esigenze di riforma della Legge Fallimentare n. 169/1942

Il punto di partenza per analizzare il tema di questo elaborato è il regio decreto del 16 marzo 1942 n. 267, nato pressoché contemporaneamente al nostro codice civile. Le sue norme, che hanno risentito particolarmente l'incidenza dei codici di commercio del 1865 e del 1882, sono rimaste in vigore senza quasi alcuna modifica sino alla riforma del 2005.

Per più di sessant'anni ha operato quindi nel nostro ordinamento la vecchia legge fallimentare¹ nonostante si racconti che essa, già dopo pochi mesi dalla sua entrata in vigore, avesse ricevuto non poche critiche², tra cui anche alcune molto forti relative alle ispirazioni di fondo della legge fallimentare stessa. Si arrivò persino al punto di sostenere che i suoi caratteri fossero tra loro così diversi e contrastanti, da non permettere altra via d'uscita all'interprete se non quella dell'interpretazione personale³, critica gravissima per un legislatore di civil law.

Le scelte del legislatore del 1942 relative ai soggetti a cui tale legge era rivolta sembrarono subito piuttosto chiare. Infatti, solo l'imprenditore commerciale, cioè non agricolo, e non piccolo, quindi dotato di un'organizzazione minima di uomini e/o mezzi, era il destinatario delle procedure d'insolvenza.

Mentre se tale soggetto si identificava in un debitore non imprenditore, non era nei suoi confronti prevista alcuna particolare procedura, rimanendo come unica soluzione per i singoli creditori lo svolgimento di azioni individuali di recupero. Inoltre, per ragioni relative al limitato dissesto a cui il piccolo imprenditore e l'imprenditore agricolo possono andare incontro, il legislatore ha ritenuto di escludere anche tali soggetti dall'accesso alle procedure collettive di insolvenza in quanto non sembrava giustificabile e nemmeno necessaria l'applicazione di tali istituti.

¹ Sull'origine storica del fallimento v. SANTARELLI U., *Disposizioni generali*, in BIONE M., BONSIGNORI A., BOSELLO F., GALGANO F., SALANITRO N., SANTARELLI U., SANTINI G., SCUDELLARI L., TEDESCHI G.U., *Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento*, in Comm. I. fall. Scialoja Branca, sub art. 1-22, Boogna-Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1974, 1ss; ANDRIOLI V., voce "Fallimento (diritto privato e processuale)", in Enc. Dir., XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 264 ss; ABRIANI N., *Il sistema delle procedure concorsuali*, in Aa. Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008, 73 ss..

² Cit. FAUCEGLIA G., ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 3.

³ BIANCHI D'ESPINOSA L., *Bilancio della legge fallimentare*, in Aa. Vv. *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008, 73 ss..

Un altro problema riguardava le procedure a cui era assoggettato l'imprenditore insolvente. A partire dal fallimento. Il suo maggior difetto era l'impossibilità quasi assoluta di conservazione dei valori⁴, in quanto era visto a suo tempo quasi unicamente come una procedura volta per tradizione alla liquidazione. Il fallimento priva infatti il debitore dalla disponibilità del suo patrimonio, il quale in tempi piuttosto rapidi era liquidato e distribuito ai creditori, attraverso l'attività del curatore nominato dal tribunale. Essendo poi prevista, salvo rare eccezioni, la vendita forzata del patrimonio, il risultato non era certo dei migliori per i creditori, specie quando ad essere venduti erano beni con difficile collocazione nel mercato.

Ante riforma, infatti, i creditori non avevano a ben vedere alcun ruolo in questa fase della procedura: non potevano nominare il curatore e nemmeno esercitare su di lui particolari poteri di controllo ed indirizzo; inoltre i reclami all'autorità giudiziaria dovevano essere proposti entro 3 giorni che decorrevano dalla data dell'atto da reclamare e non dal momento in cui ne erano venuti a conoscenza, con le evidenti conseguenze del caso⁵.

Alternativa a questa procedura, chiaramente tendente alla distruzione del patrimonio da liquidare, era il cosiddetto concordato fallimentare, che poteva essere richiesto solo successivamente alla dichiarazione di fallimento.

In questo caso, l'imprenditore aveva la possibilità, adempiendo ad opportuni obblighi, di impedire che il curatore procedesse alla liquidazione del patrimonio proponendo una sorta di accordo che consentiva di chiudere i rapporti con i creditori. Ovviamente a concordato concluso nessuno poteva più far valere crediti nei confronti del debitore, per la parte di debiti rimasta insoddisfatta.

Affinché la procedura andasse a buon fine il debitore doveva per esempio dotarsi di fidejussioni o altre garanzie reali o, attraverso la nomina di un assessore, il quale si sarebbe preso in blocco tutto il patrimonio del debitore e le azioni revocatorie, prometteva di pagare le somme dovute ai creditori, il pagamento delle spese della procedura e di tutti i creditori

⁴ Solo in casi eccezionali il curatore poteva infatti esercitare, nell'interesse dei debitori, l'impresa del debitore.

⁵ STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna p. 341.

con diritto di ipoteca, pegno o privilegio (quindi con diritto di prelazione rispetto agli altri creditori), nonché una qualche percentuale ai creditori cosiddetti chirografari⁶.

La conseguenza inevitabile, seppur contestabile dal punto di vista della costituzionalità della legge, era l'inversione dell'ordine di priorità in caso di rimborso nel concordato fallimentare. Prospettiva del debitore, in questo caso, era di rientrare in possesso del proprio patrimonio o comunque consentire che altri ne entrassero in possesso nel caso di nomina di un assuntore⁷. Inoltre, visti i pressoché inesistenti poteri di controllo dei creditori, e l'asimmetria informativa tra creditori e debitori a favore di quest'ultimo, i creditori erano spesso indotti ad avere aspettative piuttosto scarse di recupero, creando l'ambiente ideale perché il debitore potesse offrire ben poco per liberarsi dall'obbligo di pagamento.

Alternativa alla dichiarazione di fallimento e ad un'eventuale proposta di concordato fallimentare, era la possibilità, sempre in caso di imprenditore insolvente, di proporre ai creditori un concordato, definito concordato preventivo, prima che la procedura fallimentare fosse conclusa. Anche tale procedura però era soggetta a particolari limiti ed obblighi.

Sempre secondo la legge fallimentare de 1942, il debitore richiedente doveva essere "meritevole" del beneficio di concordato preventivo (presupposto lasciato nelle mani e nella discrezionalità del tribunale) oltre a dover formulare la proposta in base a vincoli stabiliti dalla legge⁸.

La proposta di concordato preventivo era ammessa in base alla legge solo attraverso due modalità⁹: una promessa di pagamento ad opera dello stesso debitore, assistita da garanzie di terzi, oppure una promessa di pagare mediante liquidazione di tutti i suoi beni ad opera di un mandatario che provvedeva alla vendita ed al successivo pagamento dei creditori.

Le proposte di concordato preventivo erano particolarmente "apprezzate" dai creditori, nonostante raramente il pagamento corrisposto corrispondesse alla percentuale inizialmente

⁶ Questa percentuale doveva essere di almeno il venticinque per cento se il debitore-persona fisica voleva sollecitamente chiudere l'esperienza del fallimento mediante la "riabilitazione", v. art. 143, n.2 l. fallimentare allora vigente.

⁷ La giurisprudenza ha infatti ritenuto leciti i patti con cui il debitore si faceva promettere dall'assuntore un'utilità per effetto della conclusione del concordato. Si veda Cass. 5 luglio 1984, n. 3931, in "Fallimento", 1985, 43; in "Diritto fallimentare", II, 1984, p. 981.

⁸ Era anche in questo caso stabilita una percentuale minima del quaranta per cento che doveva essere pagata ai creditori chirografari, oltre a dover essere pagati i creditori con diritto di prelazione e le spese di procedura. Tale percentuale venne storicamente introdotta per impedire che il debitore comprasse il consenso dei creditori a prezzi troppo bassi rispetto al loro valore effettivo, ma il problema persisteva comunque a causa dell'asimmetria informativa tra creditori e debitore.

⁹ STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, p. 344.

promessa. Questo per il semplice motivo e la rassegnata consapevolezza che il fallimento avrebbe dato esiti ancora più sconcertante.

Ma anche a causa dell'aumentare del numero di creditori privilegiati, si andò riducendo negli anni il ricorso a tale procedura, da una percentuale bassa ma comunque rappresentativa (fra il 5 e il 10 per cento) a percentuali minime di circa l'uno per cento dei primi anni di questo secolo¹⁰. La procedura si avviava dunque verso il declino.

Stesso destino si è delineato per la procedura di amministrazione controllata, con l'aggravante di non essere mai veramente nata.

Si trattava infatti di una procedura dai presupposti contraddittori, sorta per consentire al debitore di riuscire a pagare tutti i suoi creditori nonostante lo stato di temporanea difficoltà, ma che la maggior parte delle occasioni veniva unicamente utilizzata per far trascorrere del tempo in vista di un accordo con i creditori o con alcuni di essi.

Per correttezza si deve citare un'altra procedura, indicata sempre dalla legge fallimentare del 1942 e dettata anche da varie leggi speciali come alternativa al fallimento, ovvero la liquidazione coatta amministrativa. La tutela dei creditori era in questo tipo di procedura ancora meno assicurata, mentre predominante era l'influenza dell'autorità pubblica di volta in volta destinata a seguire il caso in ragione dell'attività che in concreto veniva svolta dall'impresa (per esempio Banca d'Italia, ministeri, ecc.).

1.2 I primi interventi di riforma

Nonostante i rilevanti problemi e lacune constatate, l'assetto complessivo della legge del 1942 rimase più o meno intatto per lungo tempo. Solo a partire dalla fine degli anni Settanta, hanno avuto inizio i primi interventi volti a disciplinare la crisi d'impresa attraverso numerosi provvedimenti di scarsa natura organica e dal carattere settoriale¹¹.

Nell'arco temporale che va dal 1942 al 2000 gli interventi del legislatore sono quindi stati i seguenti: le modifiche dell'amministrazione controllata (l. 24 luglio 1978, n. 391);

¹⁰ Cfr. Le *Statistiche giudiziarie civili* elaborate dall'ISTAT nel corso degli anni; si veda inoltre STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, pag. 345.

¹¹ Sul tema si rinvia a ROCCO DI TORREPADULA N., *Creditori ed impresa nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, Padova, 1994, 29 ss.; cfr. JORIO A., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in Tratt. Iudica-Zatti, Giuffrè, Milano, 2000, cit. 24 ss..

l'introduzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito nella l. 3 aprile 1979, n. 95, c.d. "legge Prodi"); il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali (Regolamento 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000. Vediamo tutto nel dettaglio.

Dopo numerose pronunzie negative, la Corte Costituzionale cambiò finalmente la sua posizione relativa all'impianto che legge fallimentare avrebbe dovuto assumere, ritenendo fosse per molti aspetti incompatibile con i diritti di difesa del debitore e dei risultati che creditori si aspettavano; questo a causa di provvedimenti del giudice emessi senza contraddittorio delle parti interessate, termini brevissimi per reclami, lentezza della procedura fallimentare, ecc..

La crisi degli anni settanta ha portato inoltre alla caduta in uno stato di insolvenza di molte grandi e grandissime imprese, che si trovarono ad essere assoggettate alla procedura di fallimento e quindi alla sostanziale cessazione dell'impresa, nonché davanti alla possibilità di dover procedere a massicci licenziamenti di lavoratori dipendenti.

Ma se ci si sofferma a guardare le situazioni particolarmente gravi in cui versavano le imprese di quel periodo, si osserva che il rimedio del legislatore, vista la rilevanza degli interessi coinvolti, non è stato individuato nei procedimenti concorsuali e nemmeno negli accordi privatistici, ma nel recupero aziendale disposto con interventi diretti dallo Stato.

Alcuni esempi degli interventi pubblici volti alla salvaguardia delle crisi imprenditoriali sono i seguenti: L. 23 febbraio 1971, n. 184 istituisce la GEPI, ente di diritto privato destinato a sopperire al mantenimento ed all'accrescimento dei livelli occupazionali compromessi da transitorie difficoltà economiche ed aziendali; L. 12 agosto 1977, n. 675 sulla riconversione industriale; L. 27 luglio 1979, n. 301 e 223 del 1991 sulla Cassa Integrazione Guadagni; L. n.1 del 1980 in ordine all'erogazione all'ENI di un fondo per il risanamento di alcuni settori industriali; ecc ¹².

¹² Sull'argomento si veda LO CASCIO G., *Le attuali regole della crisi delle imprese*, Il Fallimento, n. 2/2004, pag. 228; Si deve inoltre evidenziare come questa tendenza non sia del tutto scomparsa nel nostro paese. "Ancora oggi, malgrado le limitazioni introdotte dalla Comunità Europea sugli Aiuti di Stato, assistiamo a formule legislative con le quali la partecipazione pubblica ed i poteri riservati allo Stato rendono legittime forme di gestione imprenditoriale che travalicano i principi normativi che regolano tutte le imprese societarie. Molte imprese, che non sono pubbliche e non si sa se definire private, continuano a gestire in perdita ed a produrre debiti che vengono annualmente ripianate dallo Stato con gravi oneri per la collettività. Dobbiamo quindi prendere atto che il potere politico tende a risolvere direttamente le crisi imprenditoriali di una certa rilevanza economica al di fuori di una regolamentazione organica e preventiva", cit. LO CASCIO G., *Le attuali regole della crisi delle imprese*, Il Fallimento, n. 2/2004, p. 228;

I giudici cominciarono così ad ammettere alla procedura di amministrazione controllata (l'unica in grado di permettere la prosecuzione dell'attività) anche imprese che non avevano alcuna speranza di pagare per intero i propri creditori. Si parlò di “uso alternativo delle procedure concorsuali”, per descrivere il fatto che queste venivano impiegate per usi diversi da quelli per cui erano state previste¹³.

Il Parlamento, nel 1978, intervenne di conseguenza per limitare i gravi abusi a cui si stava assistendo relativamente alla procedura di amministrazione controllata¹⁴ e l'anno successivo intervenne provvedendo una procedura speciale, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, diretta a consentire alle grandi imprese insolventi di continuare l'attività (l. 4 aprile 1979, n. 95, c.d. “legge Prodi”).

Ma l'esito non è stato così glorioso come ci si aspettava: in nome degli interessi dei lavoratori vennero tenute in vita, all'unica condizione che i dipendenti fossero almeno 300, imprese ormai dissestate, che quasi sempre distrussero, a danno dei creditori, tutta al ricchezza residua.

*“L'operazione era di indubbia costituzionalità (si trattava di un esproprio del credito senza indennizzo) e di sicura non conformità ai principi comunitari”*¹⁵ a tal punto che la Corte di Giustizia delle Comunità europee nel 1998 condannò l'Italia due volte¹⁶, identificando tale procedura come aiuto di stato illegittimo ed imponendo al nostro paese di cessarne l'uso.

Viste le condanne in sede comunitaria a cui non si poteva non dare retta, nel 1999 è stata modificata in modo consistente la procedura di amministrazione straordinaria (d.lgs. 1999, n. 270, detta “Prodi-bis”, emanato in virtù della delega contenuta nella l. 30 luglio 1998, n. 274), variando i parametri rispetto all'istituto precedente, come ad esempio il numero di dipendenti necessario per poter accedere. Ma i problemi non furono così risolti.

¹³ Furono gli anni del c.d. “rito di Avellino”, durante i quali si utilizzarono le procedure di concordato preventivo con cessione di beni, magari precedute da amministrazioni controllate prorogate, per dilazionare l'inevitabile fallimento di un'impresa insolvente e la conseguente perdita di posti di lavoro. Sull'argomento si veda STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, p. 346.

¹⁴ Con legge 24 luglio 1978, n. 391, si aumentò a due anni il periodo massimo di durata della procedura, ma si prevede implicitamente la sua non prorogabilità e si aggiunse il requisito dell'esistenza di “comprovate possibilità di risanare l'impresa” (art. 187 l.fall.).

¹⁵ Cit. STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, p. 346.

¹⁶ Corte di giustizia Comunità Europee, 19 giugno 1999, n. 295/97/1999, e Corte di giustizia Comunità Europee, 1° dicembre 1998, n. 20/97/1998.

La riforma dell'amministrazione straordinaria non aveva certo esaurito la necessità di rendere più moderna la normativa in materia di procedure di insolvenza, la quale necessitava, in conseguenza della caduta o del mutamento dei tanti presupposti su cui si basava la legislazione del 1942, di un'ampia riforma.

Per queste ragioni, tra il 2000 e il 2004, sono stati presentati numerosi progetti, alcuni dei quali ispirati a principi fortemente innovativi¹⁷, il cui tratto comune, più o meno accentuato, risiedeva in un estremo bisogno di liberalizzare la procedura con cui il debitore, per risolvere la crisi, propone ai suoi creditori un accordo. A questo si accompagnava una "messa in efficienza" della procedura mirante alla liquidazione del patrimonio e alla ripartizione fra creditori di quanto ricavato.

Mentre si continuava a discutere su vari possibili progetti di riforma, alla fine del 2003 esplose il caso Parmalat, un dissesto di proporzioni talmente grandi, con centinaia di società coinvolte in tutto il mondo, migliaia di medio-piccole imprese con attività collegate a quelle del gruppo e decine di migliaia di dipendenti (la massima parte in Italia), da far sì che il problema relativo alle procedure di insolvenza italiane non potesse più essere risolto, si passi il termine, con il contagocce.

Il dissesto era così palese che la legislazione fu cambiata d'urgenza (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 c.d. Decreto Marziano, convertito nella l. 18 febbraio 2004, n. 39, modificata con d.l. 30 maggio 2004, n. 199, convertito nella l. 5 luglio 2004, n. 166) attraverso l'inserimento di una variante dell'amministrazione straordinaria, alla quale potevano essere ammesse solo

¹⁷ "Nella XIII legislatura (1996 – 2001) sono stati presentati i d.d.l. C. 7458 del 27 ottobre 2000 (dal governo Amato), e C. 7497 del 14 dicembre 2000 (dal gruppo parlamentare Democratici di sinistra). Nella XIV legislatura (2001 – 2006): sono state svolte le seguenti attività, non tutte culminate in una proposta di legge:

- a) fra il 2001 e il 2003 ha operato presso il ministero di giustizia una commissione (c.d. "Commissione Trevisanato"), incaricata della predisposizione di uno schema di legge delega, che ha tuttavia presentato al ministro due testi uno c.d. "di maggioranza" e uno c.d. "di minoranza";
- b) nel marzo 2002 è stato presentato dal governo Berlusconi al Senato un progetto di aggiornamento urgente delle leggi fallimentari (d.d.l. S. 1243);
- c) nel luglio 2004 è stato completato un articolato schema di legge (e non di legge delega) redatto dalla commissione nominata con d.m. 27 febbraio 2004 (c.d. Commissione Trevisanato-bis);
- d) ancora nel luglio 2004 il gruppo parlamentare dei Democratici di sinistra ha presentato il d.d.l. C. 5171, recante la proposta di legge delega per la riforma organica delle procedure della crisi d'impresa;
- e) nel dicembre 2004 il governo ha approvato un ampio emendamento al d.d.l. S. 1243 (c.d. "maxi-emendamento"), con il quale si mirava a riformare in larghissima parte la legge fallimentare del 1942. Il testo di questo emendamento ha costruito la base dei successivi interventi riformatori".

Cit. STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cit. nota 13 p. 348.

imprese di grandi dimensioni, come Parmalat¹⁸, a cui seguirono, nei mesi successivi, aggiustamenti e correzioni¹⁹.

La rilevanza di questi eventi è così penetrante che si può scorgere anche tra gli autorevoli pareri di quel periodo. Per citare un esempio, riferendosi al caso Parmalat e alla sua incidenza sulla legislazione italiana, viene affermato in un'opera del 2007: *“Dopo questo caso, un vero spartiacque nella storia italiana delle procedure di insolvenza, nulla è più stato come prima”*²⁰,.

Nel novembre 2004, visto l'evidente successo nella ristrutturazione del gruppo Parmalat, il governo decise di rendere la procedura applicabile ad un numero maggiore di imprese (il d.l. 29 novembre 2004, n. 281, convertito nella l. 28 gennaio 2005, n. 6), senza tuttavia considerare che la nuova procedura non potesse miracolosamente rendere sana un'impresa ormai decotta^{21 22}.

Ma l'effetto di tale caso restò tuttavia fuori dall'ordinario: la legislazione speciale emanata per affrontarlo ha infatti reso di uso comune istituti e concetti del tutto nuovi per il nostro paese (ristrutturazione dei debiti, classi di creditori, *cramdown*, ecc), che poi sono stati utilizzati e inseriti nella successiva legislazione. Un merito, dunque, il dissesto Parmalat lo ha avuto: ha spinto il sistema italiano avanti di molti decenni. I primi frutti di queste innovazioni sono giunti subito dopo, in due tempi, anche se in modo non del tutto coordinato.

Il clima che si respirava sino al 2004, salvo l'euforia dovuta alla ristrutturazione del gruppo Parmalat, non era certo dei più felici. Questo è ravvisabile anche in un elaborato del maggio 2004 relativo alla crisi d'impresa, in cui si afferma che *“la legge fallimentare del 1942 non*

¹⁸ Per essere ammessa a questa speciale procedura un'impresa doveva avere almeno 1.000 dipendenti ed 1 miliardo di euro di debiti. La normativa applicabile all'insolvenza Parmalat deriva dal citato d.l. 347/2003, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, quindi modificato con ulteriori 4 decreti legge: d.l. 3 maggio 2004, n. 119, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 2004, n. 166; d.l. 29 novembre 2004, n. 281, convertito in legge dalla legge 28 gennaio 2005, n. 6 e d.l. 28 febbraio 2005, n. 22, convertito in legge dalla legge 29 aprile 2005, n. 71.

¹⁹ Dando vita a una specie di procedura autonoma (da qualcuno definita “Prodi-ter), anche se in realtà era una mera variante della procedura di amministrazione straordinaria “normale”.

²⁰ Cit. STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cit. nota 13 p. 349.

²¹ L'estensione anche a imprese con almeno 500 dipendenti e 300 milioni di debiti è stata operata con il d.l. 281/2004 (c.d. “decreto Volare”), in modo da consentire l'accesso alla procedura a un'aerolinea che aveva già cessato i voli lasciando a terra migliaia di passeggeri, per la qual era evidente che non c'era ormai più nulla da fare se non vendere i pochi beni e diritti rimasti (gli aerei erano in leasing e non di proprietà).

²² Si ricorda per coerenza che attraverso il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 (convertito nella l. 27 ottobre 2008, n. 166) sono state portate ulteriori varianti per sostenere la crisi di Alitalia. cfr. SANDULLI M., *La crisi dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 239 ss..

*appare più idonea da tempo a risolvere i problemi delle imprese insolventi e le nuove esigenze socio-economiche a favore della regolamentazione del dissesto*²³.

Cresce così in molti l'idea che tale legge non sia più adeguata ai tempi attuali, sia dal punto di vista delle procedure, non più in grado di realizzare le finalità perseguite e la tutela degli interessi di creditori, imprese e imprenditori, sia per quanto concerne il circuito giudiziario in cui si inserisce la procedura fallimentare (tempi lunghi e scarse possibilità di recupero aziendale).

Non sembra sufficiente quindi quanto fatto negli anni precedenti con l'amministrazione straordinaria, perché tanti sono stati anche i tentativi di riforma con esito piuttosto deludente, mai andati in porto e comunque mai effettivamente aderenti alla nostra realtà.

Il quadro, sino al 2004, risulta perciò piuttosto deludente. Secondo Lo Cascio questo *"è il risultato di questa cultura che tendere ad azzerare il passato, trascurando la nostra tradizione storica e la validità dei principi fondamentali che hanno retto il nostro Paese, che sostituisce alle nostre formule quelle straniere, anche nel linguaggio, senza svolgere alcuna analisi sulla loro adattabilità al nostro costume ed alla nostra portata economica"*

²⁴. Una critica apparentemente molto forte, che oltre alla necessità di riforma della legge fallimentare, contesta soprattutto il più ampio aspetto delle consuetudini legislative (e non solo) italiane.

Altro punto da non sottovalutare sono le modalità con cui si riteneva dovesse essere fatta la riforma. Era necessario un opportuno collegamento tra diritto concorsuale e gli altri sistemi normativi, assicurando un meccanismo giuridico dotato di massima speditezza e operatività.

Si iniziò a ritenere che la soluzione della crisi imprenditoriale andava affidata all'autonomia privata ed in particolare all'iniziativa degli interessati: ovvero dell'imprenditore e dei creditori.

E ancora ci si poneva dubbi sulla validità dell'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di iniziative tardive in capo allo stesso debitore, ancorate a segni esteriori di insolvenza in atto, e non di semplici anomalie dell'organizzazione produttiva.

²³ Cit. G. LO CASCIO, *Le attuali regole della crisi delle imprese*, Il Fallimento, n. 2/2004, p. 266.

²⁴ Cit. G. LO CASCIO, *Ibidem*, p. 266.

Si è dovuto attendere l'inizio del nuovo secolo per vedere rianimarsi la spinta verso un progetto riformatore piuttosto consistente, reso necessario dal profondo mutamento che aveva subito l'imprenditore commerciale e la conseguente sua crisi, nonché dall'esigenza di creare un sistema competitivo, che permettesse di attrarre investimenti con la sicurezza di un'efficiente e tempestiva tutela del credito²⁵.

1.3 La riforma 2005 ed i progetti successivi: dal decreto di competitività ad oggi

Le ragioni che hanno portato ad una riforma della legge fallimentare del 1942 sono state di diversa natura: sia di origine esogena, ovvero dovuta all'evoluzione della Comunità europea ed all'obbligo di dover allineare il nostro ordinamento alle legislazioni degli altri Paesi aderenti, sia di carattere per così dire endogeno, ovvero a causa dell'eccessiva durata dei nostri procedimenti e la necessità che la soluzione della crisi imprenditoriale operasse con più rapidità.

Il fallimento viene ora visto come un rimedio per determinare la liquidazione dell'impresa nel modo meno traumatico e dannoso possibile, alla quale sembra opportuno però affiancare anche altre soluzioni della crisi, oltre a non venir più considerato come una sanzione per l'imprenditore fraudolento o colpevole del dissesto.

Sorge quindi la necessità *“di un recupero di valori aziendali, del management, della stessa organizzazione dei beni economici, non più individuabili nella proprietà delle cose materiali, quanto piuttosto nei beni immateriali, nei risultati della ricerca, nelle esperienze di mercato e nell'organizzazione di servizi. Occorreva diffondere una nuova cultura di impresa e con essa anche la fiducia dell'imprenditore nelle soluzioni preventive della crisi, evitando che egli agisse per proprio conto, sperimentando operazioni rischiose, o ricorrendo a finanziamenti usurari, o proseguendo nell'attività in perdita”*²⁶.

Ma se l'obiettivo è quello di ottenere procedure concorsuali moderne, semplificate ed abbreviate, se ci si augura la loro privatizzazione, lasciando quindi la soluzione della crisi al

²⁵ Cfr. G. FAUCEGLIA, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 4; si veda inoltre JORIO A. e FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Giuffrè, Milano, 2004, 4 ss.; NIGRO A. e VATTEMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 27 ss.;

²⁶ Cit. LO CASCIO G., *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali 4/2005*, p. 361.

dialogo tra debitore e creditori, limitando l'intervento del giudice al controllo della legittimità degli atti assunti e la decisione sulle pretese violazioni dei diritti delle parti, eventualmente affidando la gestione della procedura a persone esperte, *“non si può pensare di sovrapporre alla vecchia struttura normativa del 1942 nuovi istituti giuridici di cultura anglosassone maldestramente richiamati”*²⁷.

Nigro e Vattermoli rilevano come la prima linea guida fondamentale nella riforma debba avere un fine deflativo, ovvero costituita dall'obiettivo di *“circoscrivere al massimo l'area di applicazione delle procedure concorsuali ed a precludere lo stesso avvio di procedure fallimentari a fronte di dissesti di modesta entità, in un'ottica allora esclusivamente – e potrebbe dirsi, brutalmente – deflattiva (di qui il mantenimento della sottrazione alle procedure concorsuali sia delle imprese agricole sia delle piccole imprese o, se si preferisce, delle imprese di dimensioni minori)”*²⁸.

Volendo sintetizzare, le linee direttrici²⁹ di tale opera di modernizzazione appaiono le seguenti:

1. innanzitutto una visione della procedura più nelle mani del debitore, il quale, rivelando la crisi, cerca di trovare un accordo che massimizzi l'interesse di gruppo di suoi creditori, ed al tempo stesso a lui riservata come premio per aver affrontato tempestivamente la crisi³⁰. La prevenzione si traduce quindi nell'esigenza di impedire che, quando le cose vanno male, si assista ad un alla distruzione degli assets dell'impresa a scapito dei creditori³¹. Per questo motivo l'intervento dovrebbe scattare prima che sia troppo tardi. Tali ragioni spiegano lo scopo di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, potendo infatti operare in presenza di una crisi che precede l'insolvenza³².
2. In secondo luogo favorire il ricorso agli accordi stragiudiziali, ovvero incoraggiare debitore e creditori che intendono risolvere la crisi senza l'intervento dello stato.

²⁷ Cit. LO CASCIO G., *Ibidem*, p. 361.

²⁸ Cit. NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009, cit. 30.

²⁹ Sui principi ispiratori della riforma cfr. JORIO, *Introduzione*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, 6 ss; PRESTI e RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, I, Impresa, Contratti. Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, 2009, 256 ss..

³⁰ Sull'argomento si veda L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cap. VI, par. 2.

³¹ TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, in capienza patrimoniale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 548.

³² ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 216.

“La privatizzazione, risponde all’esigenza di lasciare la regolazione della crisi, quanto più possibile, nelle mani del debitore e dei creditori”³³. Si distinguono quindi due fasi: la prima rimessa alla negoziazione privata tra creditori e debitore (in cui l’opera di intermediazione giudiziaria si attenua); la seconda, invece, in cui ricompare il ruolo dominante dell’autorità giudiziaria, a cui spetta la gestione della realizzazione coattiva dei crediti.

3. Altra intenzione della riforma è quella di coordinare il nuovo diritto dell’insolvenza con il diritto societario, e perciò definite quali sono, e come sono cambiati, i doveri degli organi societari di fronte alla crisi ed utilizzare gli strumenti del diritto societario (conferimenti, ricapitalizzazioni, cessioni di rapporti giuridici) per risolverla in modo alternativo alla liquidazione dei beni.
4. Occorre in quarto luogo un ampliamento dell’accesso al beneficio di esdebitazione per tutte le persone fisiche che, per motivi spesso non dipendenti dalla loro volontà, si trovino ad essere sovraindebitate, eliminando quindi il privilegio del *fresh start* solo agli imprenditori³⁴.
5. Infine occorre imprimere un maggior carattere di rapidità alle decisioni delle procedure concorsuali, nonché regolarizzare i poteri di indirizzo e controllo dei creditori e la procedura di liquidazione secondo forme che consentano la migliore conservazione dei valori. “La velocizzazione è diretta a contenere in un arco di tempo accettabile lo spazio dell’intervento prescelto”³⁵. Ne è dimostrazione, ad esempio, il termine di sei mesi per la chiusura del concordato preventivo fissato dall’art. 181 l. fall.

Passiamo ora all’effettiva analisi dei decreti che hanno riformato la vecchia legge del 1942 potendo distinguere tale innovazione in tre steps principali³⁶.

Il primo passo è avvenuto attraverso il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. “decreto sulla competitività”), convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

³³ cit. GUGLIEMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 9 ss..

³⁴ Sull’argomento si veda STANGHELLINI L., *La crisi d’impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cap. V, par. 4, nonché cap. 4 par. 3 di questo elaborato.

³⁵ Cit. NIGRO A. e VATTEMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009, P. 30; JORIO A., Introduzione in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., Il fallimento, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Cedam, Padova, 2009, p. 10.

³⁶ NIGRO A. e VATTEMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 28.

Nel marzo del 2005 il governo approva un decreto legge che mira al rilancio della competitività del paese, in cui troviamo anche una serie di innovazioni in materia fallimentare, ovvero:

- riduzione dell'ambito dell'azione revocatoria, la cui precedente ampiezza tendeva a scoraggiare i tentativi di salvataggio inducendo così l'irreversibilità di crisi d'impresa³⁷;
- profonda riforma (anche se non tecnicamente perfetta) della procedura del concordato preventivo, che diventa così più flessibile attraverso accordi a contenuto libero che il debitore può proporre ai creditori e che questi ultimi (votando a maggioranza per somma) sono liberi di accettare o meno;
- introduzione innovativa di una disciplina volta a dare stabilità, a certe condizioni, agli accordi stragiudiziali ed al risanamento stragiudiziale, ovvero a quei patti liberamente accettati da debitore e creditori al di fuori di una procedura giudiziale (senza nulla imporre quindi ai creditori dissenzienti) volti a risolvere la crisi in cui versa il debitore stesso³⁸.

Nel maggio dello stesso anno, il Parlamento, in sede di conversione del decreto legge attraverso la l. 14 maggio 2005, n. 80, ha conferito una delega al governo per la riforma delle procedure d'insolvenza previste dalla legge con lo scopo di compiere un'importante opera di aggiornamento e "manutenzione" del sistema, senza tuttavia stravolgerlo.

Lo schema di disegno di legge era stato così strutturato: un preambolo con l'indicazione degli istituti di allerta e di prevenzione, diretti cioè a far emergere la crisi (artt. 1 - 21); una procedura di composizione concordata per superare la crisi o regolare lo stato di insolvenza già manifestato (artt. 13 - 35); la legge di procedura di liquidazione concorsuale (artt. 36 – 188), cui seguivano la disciplina sulla crisi o insolvenza delle società e del gruppo (artt. 189 -209), le disposizioni penali e tributarie (artt. 210 – 232), quelle volte a regolare le relazioni con altri ordinamenti statali (artt. 233 – 235) e le disposizioni transitorie e di coordinamento³⁹.

³⁷ Sull'azione revocatoria, L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cap. VII, par. 5 -7;

³⁸ Art. 182-bis l.fall.;

³⁹ Sull'argomento si veda PLENTEDA D., *La legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: principi e criteri direttivi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005/8, p. 966;

L'orientamento del Parlamento puntava principalmente sui seguenti punti: limitare il numero dei soggetti che possono fallire, affidare maggiore potere di controllo ai creditori durante la procedura di fallimento, conservare il valore dell'azienda attraverso strumenti idonei, rendere più flessibile il concordato fallimentare, consentire al fallito-persona fisica meritevole (c.d. fallimento del consumatore) di liberarsi dai debiti non soddisfatti, qualora abbiano tenuto un comportamento corretto e collaborativo con gli organi della procedura⁴⁰. In questo quadro veniva ufficialmente sancita la fine ufficiale dell'amministrazione controllata, istituto che comunque era già scomparso nella pratica, una volta che il concordato preventivo era stato reso flessibile e dunque idoneo ad adattarsi a qualunque esigenza.

La delega in questione appare in realtà molto più contenuta di quanto non ci si aspettasse per i seguenti motivi: non tocca la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione delle grandi - grandissime imprese insolventi; non considera la procedura del concordato preventivo, regolata in via anticipata dal decreto predetto; sopprimendo infine l'amministrazione controllata, esclude qualunque rimedio, diverso dal concordato preventivo, diretto a prevenire il dissesto, prima ancora che abbia assunto le dimensioni dell'insolvenza.

La delega lascia quindi insoddisfatte le tanto attese aspettative di revisione ideologica e strutturale della legge fallimentare, orientate alla prevenzione più che alla repressione, alla conservazione dell'impresa come valore sociale, e non più diretta a sanzionare le condotte disgregative, secondo modelli diversi da quelli pensati in un tempo in cui ricorrere a determinate procedure significava unicamente discredito sociale.

“Le riforme attuate sono settoriali ed inadeguate, motivane unicamente dall’esigenza di incentivare l’economia in recessione e rimuovere il ristagno delle iniziative imprenditoriali, secondo un progetto di emergenza che più che anticipare la riforma delle procedure concorsuali, avrebbe dovuto temporaneamente fornire, con il nuovo modello di concordato preventivo e con gli accordi di ristrutturazione, un intervento di rianimazione,

⁴⁰ Si veda STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cap. IX, par. 7 pag. 352.

con strumenti di recupero di vitalità per le imprese in crisi capaci di prevenire il passaggio verso l'insolvenza”⁴¹.

Il secondo step avviene attraverso il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in attuazione della delega conferita al Governo dal Parlamento inserita nella già citata legge di conversione 80/2005, e contenente la riforma complessiva del R.D. del 1942. Molte delle sue norme vengono così riscritte, senza non pochi disagi. In questo modo *“nel sistema si trovano a convivere diverse anime, non sempre riconducibili ad un unico disegno”⁴².*

Il d. lgs. n. 5/2006 ha introdotto notevoli modifiche alla disciplina del fallimento rispetto alla precedente formulazione del 1942, nonché stabilì l'abrogazione dell'amministrazione controllata. Entrato in vigore il 16 luglio 2006⁴³, prevedeva all'art. 150 che *“i ricorsi di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del decreto legge, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore”.*

Le lacune normative rilevate successivamente alle riforme appena citate erano però di tale gravità da indurre lo stesso legislatore a provvedere ad un'ulteriore disposizione normativa, ovvero la L. 12 maggio 2006, n. 228 di conversione del decreto legge 12 maggio 2006, n. 173 (c.d. *“Milleproroghe”*) con cui è stato stabilito che entro il 16 luglio 2007 il Governo avrebbe potuto introdurre al testo di legge di riforma altre disposizioni correttive e modificative. La delega conferita dal Parlamento al governo in base alla l. n. 228 disponeva di *“adottare disposizione correttive ed integrative”* del d.lgs. n. 5/2006. Si trattava di interventi di razionalizzazione e coordinamento del testo normativo, in più punti carente.

“Le riforme del 2004, del 2005 e del 2006 hanno impresso al sistema italiano un'accelerazione straordinaria, portandolo avanti di decenni. Esse, anche per la loro genesi (emergenza Parmalat) e la loro forma (decreto legge e quindi legge delega parziale), non hanno tuttavia portato a un'organica sistemazione della materia, che soffre

⁴¹ Cit. PLENTEDA D., *La legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: principi e criteri direttivi*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2005/8, p. 966.

⁴² Cit. L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cap. IX, par. 7 pag. 352.

⁴³ Ovvero sei mesi dopo la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Si deve precisare però che per alcune particolari norme relative agli effetti del fallimento per il fallito (artt. 45,46,47,151,152 l. fall.) il d.lgs. entrò immediatamente in vigore.

ancora di incoerenze, di difficoltà interpretative, di eccessi e lacune anche gravi”⁴⁴.

L’opera non appariva, secondo l’autorevole parere di Stanghellini nel 2007, ancora giunta a totale compimento, ma necessitava di una globale razionalizzazione del sistema.

La terza ed ultima fase della riforma avviene attraverso il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, emanato in attuazione del co. 5° bis dell’art. 1 della l. 80/2005, introdotto dall’art. 1, l. 12 luglio 2006, n. 228, il quale inserisce una serie di “disposizioni integrali e correttive del R.D. 267/1942. Tale nuovo provvedimento apportò ulteriori modifiche al testo già di recente modificato con le precedenti riforme della legge fallimentare. La sua applicazione si limita solamente ai procedimenti per dichiarazione di fallimento ed alle procedure fallimentari iniziate o aperte successivamente alla sua entrata in vigore (1° gennaio 2008), ad eccezione di alcune norme che andranno ad applicarsi anche alle varie procedure fallimentari già iniziali (come ad esempio la normativa relativa alla procedura di liquidazione dei beni, al concordato nella liquidazione coatta amministrativa, all’istituto dell’esdebitazione, all’abrogazione dell’art. 5, comma 2°, del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 114, lett. a).

Un’ulteriore intervento è comunque stato realizzato con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n. 122, il quale contiene misure finalizzate alla stabilizzazione finanziaria, all’incentivazione della competitività economica e al reperimento di finanziamenti sul mercato, nonché alla definizione di una procedura che garantisca al debitore, a certe condizioni, un “ombrello” nella fase delle trattative pre-concorsuali.

In particolare contiene alcune modifiche sostanziali relative alla transazione fiscale di cui all’art. 182 ter l.f.; introduce la norma di cui all’art. 182 quater l.f. (colmando parte delle lacune in tema di prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche o intermediari finanziari in esecuzione o in funzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato); modifica l’art. 182 bis l.f. ai fini di una maggiore fruibilità da parte dell’impresa dello strumento di sistemazione

⁴⁴ Cit. L. STANGHELLINI, *Ibidem*, pag. 354.

della crisi caratterizzata dagli accordi di ristrutturazione dei debiti in ragione del non completo effetto protettivo riconosciuto inizialmente dal legislatore ai detti accordi⁴⁵.

Accanto a questi numerosi provvedimenti vanno ricordati, fra l'altro, anche quelli già citati in precedenza riguardo l'istituto dell'amministrazione straordinaria.

Da questo quadro normativo ha avuto origine lo scenario corrente, che è composto dai seguenti istituti: il fallimento, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (nelle due forme di amministrazione straordinaria normale e speciale)⁴⁶ nonché gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento stragiudiziale (c.d. piani attestati).

A questi ultimi si dedica una breve nota. Con tali accordi (di ristrutturazione e di risanamento)⁴⁷ il debitore ed alcuni creditori possono ridefinire i reciproci diritti ed obblighi al fine di risolvere la crisi. Si tratta di accordi di diritto privato, leciti in base al principio di autonomia contrattuale, ai quali la legge deve garantire una particolare forza di resistenza quando essi non abbiano successo e la crisi si realizzi comunque.

Il loro grado di stabilità attribuito dalla legge è tuttavia incerto, essendo relativamente sicura solo la copertura contro il rischio che gli atti in esecuzione dell'accordo vengano revocati. Piuttosto incerta è invece la copertura contro rischi di risarcimento del danno cagionato dall'accordo e contro rischi di incriminazione penale per eventuali atti dannosi per tutti gli altri creditori compiuti in sua esecuzione. Si tratta di incertezze rilevanti, tali da mettere in dubbio il successo di queste pur importanti innovazioni.

⁴⁵ Sull'argomento si ved in BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, Primo commento al D.L. 78/2010 "Manovra economica".

⁴⁶ Si veda sull'argomento STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, cap. IX, par. 8, pag. 353.

⁴⁷ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, MILANO, 2010, Primo commento al D.L. 78/2010 "Manovra economica", cap. 3 e 4.

1.4 Stato d'insolvenza e stato di crisi nelle procedure concorsuali

Spostandoci ora verso il tema più significativo di questo elaborato si andrà ad approfondire la questione della crisi d'impresa, nei suoi vari aspetti. Definizione di partenza fornita dal nostro codice civile è la seguente: “*Connaturale all'attività dell'imprenditore commerciale è il rischio economico*”⁴⁸ (art. 2082 c.c.⁴⁹)-

Questo significa che ciascun imprenditore ha davanti a sé l'eventualità di divenire insolvente qualora le cose non dovessero andare come ci si augurava. Allo stesso tempo costituiscono alterazioni del sistema le situazioni in cui si assiste al mantenimento in vita artificioso dell'imprenditore insolvente ed alla sua sottrazione dal rischio economico⁵⁰. Si afferma inoltre che il mercato stesso in cui l'impresa opera abbia un'influenza tale, in base ad una legge naturale, da riuscire ad eliminare i soggetti insolventi⁵¹.

Per i motivi appena citati assume particolare rilevanza il governo della crisi, definito ordinariamente come l’*insieme degli strumenti destinati a disciplinare l'indicata espulsione dell'imprenditore dal mercato*”⁵². Ma governare la crisi implica anche qualcosa in più. Esso sta infatti ad indicare la “*regolamentazione di una fase dell'attività dell'imprenditore commerciale, fase che talvolta può essere anche di natura temporanea, in particolare di quel momento della stessa in cui l'imprenditore è insolvente*”⁵³ (art. 2221 c.c.⁵⁴).

Definito il governo della crisi vi sono altri aspetti da chiarire, a partire dalla natura dell'attività svolta dall'imprenditore. In caso di insolvenza, al fine di instradare la regolazione della crisi verso un tipo o un altro di procedura, si deve distinguere tra: l'imprenditore commerciale privato, il quale è sottoposto al fallimento in base

⁴⁸ Cit. GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 23.

⁴⁹ Art. 2082 c.c.: “*E' imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata ai fini della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”.

⁵⁰ FAUCEGLIA G., ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p.1.

⁵¹ CAFFE' F., *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in Aa.Vv., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*. Studi in onore di Giuseppe Ferri, Padova, 1983, p. 4.

⁵² Cit. G. FAUCEGLIA, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 1;

⁵³ Cit. SATTA S., *Diritto fallimentare*, 3° edizione aggiornata ed ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1996, p. 7 ss..

⁵⁴ Art. 2221: Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori (2083), sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali.

all'art. 2221 c.c., e l'imprenditore commerciale pubblico, soggetto invece alla liquidazione coatta amministrativa (artt. 1 e 2 l. fall.)⁵⁵.

Le diverse finalità delle procedure dipendono quindi dalla diversa situazione in cui versa l'imprenditore, non potendo essere avviata una procedura concorsuale se non sussistono le condizioni previste dalla legge che la legittimino. Inoltre tali procedure possono essere attivate solo attraverso l'accertamento dei presupposti oggettivi ed soggettivi, e tale prassi, salvo quanto previsto con riferimento al limite dimensionale (art. 1, comma 2° l. fall.), non rientra nella libera disponibilità degli interessati.

Anche i limiti dimensionali dell'attività portano ad una diversa risoluzione del tema in questione. Questi servono soprattutto ad operare una distinzione tra piccolo imprenditore (nella sua nuova definizione)⁵⁶, escluso da qualsiasi procedura, imprenditore medio-grande, sottoposto invece alla disciplina ordinaria del fallimento, e grandissimo imprenditore, il quale è soggetto alla disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

⁵⁵ cf. artt. 2221 c.c. e Art. 1 e 2 l. fall., Art. 1. Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo. Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

Art. 2. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento. 1. La legge determina le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i casi per le quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla. 2. Le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono soggette al fallimento, salvo che la legge diversamente disponga. 3. Nel caso in cui la legge ammette la procedura di liquidazione coatta amministrativa e quella di fallimento si osservano le disposizioni dell'art. 196°.

⁵⁶ “Con il decreto correttivo del 2007, il legislatore ha completamente riformulato l'art. 1 l. fall., con l'importante novità di eliminare ogni riferimento alla nozione di piccolo imprenditore, causa di interpretazioni disparate e divergenti. Vengono individuati direttamente una serie di requisiti dimensionali che gli imprenditori commerciali devono avere congiuntamente per non essere assoggettati alle procedure concorsuali. Accanto ai due criteri strettamente dimensionali già individuati dalla riforma del 2006, viene inoltre introdotto un ulteriore terzo parametro, avente ad oggetto la misura dell'esposizione debitoria dell'imprenditore. La qualifica di piccolo imprenditore, quindi, ai fini del fallimento, non deriva più dal tipo di attività svolta o dalla prevalenza del lavoro proprio o della famiglia sul capitale, come stabilito dalla nozione civilistica dell'art. 2083 c.c., ma dipende da parametri quantitativi di natura aziendalistica, che rappresentano elementi variabili, correlati tra loro e che esprimono il sistema dell'azienda ed il sistema in cui agisce. Non è rilevante, quindi, ai fini della dichiarazione di fallimento che l'imprenditore possa qualificarsi come piccolo imprenditore, ma è sufficiente che esso dimostri di restare sotto le soglie di fallibilità previste dall'art. 1 l.fall.” cit. DE GIUDICE F. (ideata e diretta da), La legge Fallimentare spiegata articolo per articolo, IV edizione, Ed. Simone, Napoli, 2011, p. 13;

Come si è potuto notare dalle varie norme citate, la materia in esame è largamente influenzata dai fondamentali principi civilistici, come la responsabilità patrimoniale del debitore, ovvero l'obbligo in capo a quest'ultimo, di rispondere dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.); la *par condicio creditorum*, per cui i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.); e dal potere espropriativo del creditore che, per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore, secondo le regole del codice di procedura civile, nonché quelli del terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o oggetto di atto revocato (art. 2910 c.c.)⁵⁷.

Ma tali principi civilistici, una volta inseriti nella legge fallimentare, non restano tali e quali, bensì subiscono degli adeguamenti necessari dalla specificità del campo in cui andranno ad operare, ed, in particolare, dal fatto che si applicano al patrimonio di un imprenditore commerciale, ovvero un'attività che si evolve continuamente.

Tornando ai presupposti di ammissione, *“la giustificazione teorica delle procedure d'insolvenza risiede nella necessità di ricomporre la frattura che l'insufficienza di attivo ha creato fra potere e rischio, consegnando ai creditori – con un processo non istantaneo e suscettibile di molteplici esiti – il potere di decidere le sorti dell'impresa”*. Così definisce Stanghellini⁵⁸ il problema del presupposto oggettivo, ovvero quando è necessario che l'ordinamento faccia scattare il meccanismo di attivazione della procedura di insolvenza.

Ma tali procedure impongono non poche limitazioni alla libertà di iniziativa economica, la cui tutela è costituzionalmente garantita (art. 41 Cost.⁵⁹), e la cui giustificazione ricorre solo quando in pericolo vi sia un bene di rilevanza costituzionalmente altrettanto elevata⁶⁰. Di conseguenza, si deve escludere che l'eventuale incapacità dell'imprenditore quale gestore dell'attività sia sufficiente a legittimare l'intervento statale: l'ordinamento giuridico si deve infatti disinteressare di *come* un soggetto utilizza il proprio patrimonio o la propria azienda

⁵⁷ FERRARA F. jr. e BORGIOI A., *Il fallimento*, Giuffrè Milano, 1995, 3 ss.

⁵⁸ Cit. STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, p.117.

⁵⁹ Art. 41 Cost.: L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

⁶⁰ GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza, Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il mulino, 2006, pp. 15 ss..

(se si sindacasse sulle varie iniziative economiche si andrebbe a ledere il diritto costituzionale), almeno fino a che egli adempia regolarmente le proprie obbligazioni.

Il valore costituzionale garantito delle procedure concorsuali è quindi quello della tutela del credito, la quale si specifica in due distinte posizioni:

- a) perché una procedura concorsuale possa aprirsi deve sussistere una situazione di pericolo per tutti i creditori tale da giustificare l'estromissione dell'imprenditore, o comunque una rilevante limitazione dei suoi poteri;
- b) il rimedio a tale situazione di pericolo che l'ordinamento offre va a beneficiare e tutelare tutti i creditori, e non soltanto quelli che vedono già inadempiti i loro crediti. Per sua natura, infatti, il controllo non può che essere trasferito a tutti i creditori, o a un soggetto (il curatore) che agisce nell'interesse dei creditori come collettività⁶¹.

Individuare quando sussista tale situazione di pericolo per il soddisfacimento di tutti i creditori costituisce un problema non di poco conto.

A che livello il pericolo legittima quindi il creditore ad esperire una procedura concorsuale? Si deve a questo punto analizzare i vari livelli di insolvenza (ovvero il presupposto oggettivo) che caratterizzano l'accesso alle diverse procedure previste dalla legge fallimentare, non dimenticando però che oltre al presupposto oggettivo, a stabilire o meno l'ammissione a tali istituti, c'è anche il presupposto soggettivo.

Il problema è quindi quello di stabilire quando l'ordinamento deve precisamente intervenire ed applicare il trattamento concorsuale, privando l'imprenditore delle garanzie costituzionalmente garantite.

La prima nozione civilistica di insolvenza trova la sua origine all'art. 1186 c.c. (libro IV delle obbligazioni), il quale così recita: *“Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse”*.

Ma volendo applicare tale norma ai giorni nostri, sembra non rispondere alle esigenze moderne dell'impresa: l'interpretazione tradizionale considera irrazionalmente insolvente

⁶¹ STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna, p. 118 ss..

l'imprenditore che si trovi semplicemente in una situazione di sbilancio patrimoniale. Tale visione, inquadrando il patrimonio del debitore unicamente al momento della contrazione dell'obbligazione a garanzia generica del creditore, appare piuttosto statica. E viste le modalità di funzionamento dell'economia moderna, diverrebbe insolvente praticamente qualunque imprenditore viste le condizioni di leva finanziaria in cui si opera.

Per questo motivo all'art. 1182 c.c. si deve affiancare l'art. 2740 c.c. che manifesta già una consapevolezza diversa, ammettendo anche i beni futuri in una concezione classica (e statica) del patrimonio, attraverso l'introduzione del fattore tempo. Il creditore per avvalersi del beneficio della decadenza del termine dovrà a questo punto provare che alla scadenza del debito il patrimonio sarà insufficiente. Dunque non potrà mai dirsi insolvente un imprenditore che possa pagare alle scadenze i propri debiti.

Ma si può dire che nei casi in cui il debitore sia insolvente ai sensi dell'art. 5 l. fall., lo sia anche a fini della decadenza del beneficio del termine? Se così fosse si potrebbe affermare la coincidenza tra insolvenza concorsuale con quella presupposta all'art. 1186 c.c. Ma in realtà così non è.

Infatti, il rischio di cui all'art. 1186 c.c., riguarda l'eventualità che non ci sia capienza nella garanzia patrimoniale e non si riferisce al caso in cui il debitore alla scadenza non paghi volontariamente. La sua funzione non è tanto quella di indurre il debitore a pagare ma di rendere proficua l'esecuzione forzata. L'art. 5 l. fall. invece, qualifica l'insolvenza dell'imprenditore per la carenza dell'attributo della regolarità dei pagamenti, requisito non richiesto all'art. 1186 c.c., dove anche un adempimento coatto (quindi patologico rispetto alle previsioni contrattuali) soddisfa la valutazione, ostando all'applicazione della decadenza⁶².

Il caso che interessa ai fini di questo elaborato è perciò quello dell'insolvenza ai sensi dell'art. 5, in cui l'imprenditore attualmente non in grado di regolare le proprie passività correnti, se non al prezzo di ricorrere a mezzi non previsti dalla pianificazione finanziaria in atto, va dichiarato fallito (se non si assoggetta agli strumenti di ristrutturazione previsti dall'ordinamento).

⁶² Sull'argomento si veda GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza, Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il mulino, 2006, pp. 157 ss.

Presupposto oggettivo comune ed insindacabile che permette di far scattare le procedure del fallimento, dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa è proprio lo stato di insolvenza del debitore.

L'art. 5 l. fall., al comma 2°, più che dettare una vera e propria nozione di stato di insolvenza che porta alla dichiarazione di fallimento, indica le modalità con le quali esso si manifesta, e cioè “*con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”.

In tal modo il legislatore ha voluto innanzi tutto affermare che lo stato di insolvenza deve essere percepibile all'esterno dell'azienda⁶³, attraverso fenomeni dai quali emerga l'incapacità dell'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni alla loro scadenza, e con strumenti e modalità normali⁶⁴ (ad esempio, per procurarsi liquidità l'imprenditore potrebbe svendere merci o addirittura beni strumentali, oppure pagamento dei debiti cedendo beni, ecc.). Non è quindi il mancato adempimento di una singola obbligazione che configura lo stato di insolvenza⁶⁵, e viceversa l'adempimento non esclude lo stato di insolvenza, se esso viene attuato con mezzi “anormali”, ovvero se esistono elementi che evidenziano una sicura prossima incapacità di adempimento (ad esempio, i dati di bilancio della società, dove emergono debiti a breve termine a fronte di crediti a lungo termine ed un già accentuato ricorso al credito).

Si deve precisare infatti come la gravità della condizione economica del debitore possa assumere manifestazioni di diverso genere: viene inteso come insolvente non solo l'imprenditore che presenta un'incapacità definitiva di adempiere ma, allo stesso modo, si deve ritenere insolvente chi tende a non essere più in grado di adempiere con regolarità, e chi, pur continuando ad adempiere, lo fa con mezza per così dire “irregolari”. L'eccedenza dell'attivo rispetto al passivo e le cause che hanno portato l'imprenditore ad essere incapace

⁶³ In tal senso, cfr. NIGRO A., Sub. Art. 5, in AA. VV. *La riforma della delle fallimentare*, a cura di Nigro A. – Sandulli M., Giappichelli, Torino, I. 2006, 21.

⁶⁴ Si veda a riguardo, FERRARA F. jr. – BORGIOLO A., *Il fallimento*, Giuffè, Milano, 1995, 140; SANDULLI M., Sub art. 5, in AA. VV. *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, I, 2006, 91. In giurisprudenza cfr. Cass. 4 marzo 2005, n. 4789, in Dir. E prat. Soc., 2005, 18, 91; Cass., 28 marzo 2001, n. 4455, in Mass. Giur. It., 2001; Cass., 13 marzo 2001, n. 115, ivi 2001; Cass., 27 febbraio 2001, n. 2830, ivi, 2001.

⁶⁵ A proposito del mancato adempimento di un solo debito cfr. SANDULLI M., Sub art. 5, in A.A. VV. *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, I, 2006, 91. Su tale questione v., inoltre, TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 34. In giurisprudenza cfr. Cass., 26 marzo 2003, n. 4476, in Mass. Giur. It., 2003, secondo cui il mancato pagamento di un solo debito non è compatibile con lo stato di insolvenza; in senso contrario v., Cass., 5 dicembre 2001, n. 15407, in Fall., 2002, 1295.

di adempiere regolarmente non sono quindi determinanti per identificare o escludere lo stato in questione.

Secondo autorevole parere “*lo stato di insolvenza si estrinseca in uno squilibrio finanziario dell’impresa, di cui è irrilevante la causa*⁶⁶ (eventi imprevedibili, situazioni obiettive di mercato, sottrazioni di attività da parte dell’imprenditore, ecc.) e che prescinde da un eventuale squilibrio patrimoniale⁶⁷ (si ha stato di insolvenza anche in caso di una prevalenza delle attività sulle passività nella situazione patrimoniale)”⁶⁸.

E’ da segnalare, peraltro, che la Suprema Corte⁶⁹ ha ritenuto che sia da escludere la sussistenza dello stato di insolvenza nel caso in cui l’impresa sia in liquidazione e risulti una sicura prevalenza dell’attivo sul passivo.

A differenza del fallimento dove lo stato di insolvenza è condizione necessaria e sufficiente per dare accesso alla procedura, nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese⁷⁰, tale stato è sì condizione necessaria, ma non sufficiente. L’art. 3 d. lgs. 270/1999 richiede quale presupposto oggettivo lo stato di insolvenza, ma l’art. 2 richiede inoltre un particolare livello di indebitamento.

Il legislatore ha posto precise condizioni per l’attivazione della procedura di amministrazione straordinaria che, oltre ai presupposti oggettivi visti, deve presentare concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali (art. 27, d. lgs. 270/1999, come modificato dall’art. 1 bis del d.l. 28 agosto n. 134, conv. in l. 27 ottobre 2008, n. 252) che si deve realizzare attraverso la vendita di complessi aziendali sulla base di un programma di prosecuzione dell’esercizio dell’impresa di durata non superiore ad un anno o attraverso la ristrutturazione economica e finanziaria dell’impresa,

⁶⁶ SATTA S., *Diritto fallimentare*, 3° edizione aggiornata ed ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1996, 48; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006, 33; FERRARA F. jr. – BORGIOIOLI A., *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, 147. In giurisprudenza cfr. Cass., 13 marzo 2001, n. 115, in Mass. Giur. it., 2001.

⁶⁷ Sul punto si veda PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002, 74; FERRARA F. jr. – BORGIOIOLI A., *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, 140; ed in giurisprudenza v. Cass., 21 settembre 2004, n. 18927, in Guida dir., 2004, 49, 65.

⁶⁸ SANDULLI M., *La crisi dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁶⁹ Cfr. Cass., 6 settembre 2006, n. 19141, in Fall., 2007, 99; nello stesso senso v., inoltre, Cass., 17 aprile 2003, n. 6170, ivi, 2003, 1303.

⁷⁰ In argomento, ROCCO DI TORREPADULA N., *Creditori ed impresa nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, Padova, 1994; Aa.Vv., *La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di G. Terranova – G. Ferri jr. – G. Giannelli – F. Guerrero – M. Perrino – B. Sassani, Jouvène, Napoli, 2006; BONFATTI S. – FALCONE G. (a cura di), *La riforma dell’amministrazione straordinaria*, Bancaria editrice, Roma, 2000; ALESSI G., *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Giuffrè, Milano, 2000; MAZZOCCA D., *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Jouvène, Napoli, 2001.

sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni o, ancora, per le imprese che esercitano dei servizi pubblici essenziali, sulla base di un programma di cessione di beni e contatto con prosecuzione dell'impresa per non più di un anno⁷¹.

Inoltre, lo stato di insolvenza è presupposto della maggior parte delle procedure di liquidazione coatta amministrativa (art. 195 l. fall.), dovendosi per legge aprirsi in presenza di tale presupposto. Peraltro tale procedura prevede, vista la sua regolazione anche soggetta a leggi speciali, come presupposti oggettivi alternativi, il riscontro, da parte di autorità di vigilanza cui è sottoposta l'impresa, di "gravi irregolarità di gestione" o per motivi di pubblico interesse.

Si deve precisare che, prima della riforma del 2005, il concetto di insolvenza configurava già il presupposto oggettivo di tutte le procedure concorsuali, fatta eccezione per il solo istituto, oggi abrogato, dell'amministrazione controllata.

L'accesso a quest'ultima procedura era subordinato all'accertamento della "temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazione" (art. 187 l. fall.) ed alla contestuale sussistenza di "comprovate possibilità di risanare l'impresa" (introdotto successivamente con Legge n. 391/1978).

Visti i presupposti che la caratterizzavano, la procedura dell'amministrazione controllata poteva rientrare nell'alveo degli istituti concorsuali orientati al risanamento ed alla conservazione d'impresa. Tale istituto era infatti finalizzato al recupero delle imprese in crisi, a condizione che si trattasse di un'impresa in uno stato di insolvenza temporanea che operava con un residuo netto patrimoniale, in condizioni che consentissero di considerare formalmente possibile il risanamento in un determinato periodo di tempo e con possibilità di ripristino dell'equilibrio finanziario inficiato dallo stato di crisi⁷².

Secondo autorevole dottrina la "*temporanea difficoltà*" coincideva con la "*situazione di mancanza di liquidità a carattere transitorio, dovuta ad una congiuntura sfavorevole (..) suscettibile di essere sanata in una ragionevole lasso di tempo (..)*"⁷³.

Per accertare la "temporaneità" del fenomeno era necessario stabilire un limite di tempo entro il quale la "difficoltà ad adempiere" doveva risultare definitivamente superata, limite

⁷¹ Si veda, a riguardo, Corte Cost., 21 aprile 2006, n. 172, in Dir. Fall., 2006, II, 834.

⁷² ROMANO M. e FAVINO C., *Individuazione della crisi d'impresa e profili d'informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, 2006/8, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, p. 988.

⁷³ cit. FERRI G., *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in Rivista di diritto commerciale, 1964, I.

ragionevolmente individuato nella durata massima dell'amministrazione controllata che, ai sensi dell'art. 187 l. fall. non poteva superare il biennio rispetto alla data d'inizio della procedura.

Inoltre, riguardo la terminologia usata dal legislatore, si deve rilevare come nella pratica operativa risultasse particolarmente difficile stabilire quando la condizione di inadempimento potesse dirsi definitiva ovvero temporanea.

Infatti, a differenza dello stato di insolvenza che è principalmente riconducibile a fatti che si manifestano all'esterno dell'impresa e che quindi oggettivamente verificabili, la temporanea difficoltà si dimostrava maggiormente difficile da individuare.

Si intuisce quindi il motivo per cui l'amministrazione controllata si sia rivelata, nel corso degli anni, una procedura poco adatta al superamento della crisi. A tale riguardo la dottrina ha opportunamente rimarcato che *“l'eccessiva prossimità all'insolvenza della temporanea difficoltà ad adempiere non ha favorito il tempestivo ricorso al tentativo di risanamento, che, invece, dovrebbe essere esperito appena si manifestano i primi inequivocabili sintomi della crisi e non quando la stessa sia divenuta così grande da non consentire il regolare adempimento delle obbligazioni assunte”*⁷⁴.

Tornando al tema dello stato di insolvenza, la scelta di utilizzare tale criterio quale presupposto per l'accesso alle procedure concorsuali non è di certo una novità nemmeno per le legislazioni moderne straniere che, pur con sfumature diverse, hanno imposto come presupposto oggettivo proprio l'incapacità del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni.

Per citare alcuni esempi: l'art. 17 della *Insolvenzordnung* tedesca del 1994 (*Zahlungsunfähigkeit*) definisce al comma 1 l'insolvenza come quel fatto in cui il debitore non è più in grado di pagare le obbligazioni alla scadenza; o ancora, l'art. 303 (h) del *Bankruptcy Code* statunitense del 1978 che, nonostante preceda come presupposto oggettivo l'eccedenza del passivo sull'attivo, se a chiedere l'apertura della procedura è un creditore, la corte può procedere solo se il debitore “is generally not paying such debtor's debt as such debts become due”; o ancora, con sfumature diverse, all'art. L. 631 – 1 del *Code de commerce* francese, all'art. 267 dell'*Insolvency Act* britannico del 1986, all'art. 2.2

⁷⁴ Cit. MALSANO A., *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 106, Milano, 1989;

della *Ley Concursal* 22/2003 spagnola, e all'art. 1 del *Regimen legal de concursos y quiebras* argentina del 1995⁷⁵.

Lo stato di insolvenza, tornando all'ordinamento italiano, risulta il presupposto per consentire, attraverso le procedure concorsuali, la sottrazione al debitore dell'amministrazione del suo patrimonio. Ed è sicuramente una limitazione piuttosto penetrante e, in alcuni casi, anche definitiva, della libertà d'impresa, nonostante l'impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni possa essere per esempio dovuta ad una semplice mancanza di liquidità e non per forza ad uno spropositato eccesso di passività sulle attività tale da far ritenere che sia pressoché impossibile l'adempimento.

Le cause di questa anticipata possibilità di accesso alle procedure ad un momento in cui non si è ancora certi che l'imprenditore non sia in grado di adempiere, risiede nei meccanismi del mercato finanziario.

Il mercato finanziario è la risposta alla necessità di denaro dell'imprenditore per la gestione dell'impresa, permettendogli di creare un collegamento tra necessità immediate e rendimenti futuri. Ma se il mercato giudica lo squilibrio tra flussi di cassa in entrata e in uscita un problema non normale e non risolvibile, ecco che in questo caso nessun potenziale finanziatore riterrà conveniente finanziarlo. L'insolvente è quindi *“qualcuno che il mercato finanziario ha ritenuto di “bocciare”*⁷⁶.

Il verdetto dell'ordinamento sul presupposto per l'apertura della procedura concorsuale sembra collegato quindi al caso in cui, in un mercato dove vi sono soggetti disponibili a finanziare e quindi a facilitare la gestione dell'impresa, tali soggetti hanno ritenuto fosse conveniente non farlo. Se il mercato finanziario ha espresso un giudizio negativo sulla solvibilità dell'imprenditore anche nel lungo periodo, e quindi sull'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, tale stato è un indicatore sufficientemente preciso, facile da accertare e difficilmente convertibile, del fatto che il soddisfacimento dei creditori, oltre a non essere regolare, è in pericolo⁷⁷. E' infatti sufficiente che il giudice, senza difficili valutazioni sulla capacità dell'imprenditore di soddisfare i debiti nel medio-lungo termine, constati l'incapacità di soddisfarli e il mancato appoggio dei finanziatori.

⁷⁵ Sull'argomento si veda STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, p. 121 ss.

⁷⁶ Cit. TERRANOVA G., *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 96.

⁷⁷ STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, p. 125

Per lo stesso motivo, non si deve ritenere insolvente un'impresa che presenti uno sbilancio patrimoniale, in quanto prospettive di andamento, credito di cui essa gode presso terzi o fiducia che vi ripongono i soci possono assicurare comunque un regolare adempimento.

La giurisprudenza⁷⁸ ha invece ritenuto che si può prescindere dallo stato di insolvenza quando il patrimonio del debitore è statico, ovvero nel caso in cui l'attività d'impresa sia cessata e posta in liquidazione. In questo caso lo sbilancio patrimoniale diviene presupposto sufficiente per l'apertura della procedura concorsuale (visto il rischio che vengano posti in essere pagamenti preferenziali a favore di certi creditori) ed al contrario, quando l'attivo risulti maggiore rispetto al passivo, il fallimento non sembra poter essere dichiarato⁷⁹.

Tuttavia sembra potersi affermare che la valutazione del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione, anche quando questa ha ormai cessato del tutto l'impresa, non sia affatto statica, ma sempre dinamica e diacronica: l'attivo viene infatti assunto a valore di realizzo, ipotizzando quanto sarà possibile ricavare al termine della liquidazione. Ma dato che sempre di attività si tratta, l'abbandono immediato della prospettiva dinamica per quella statica è in realtà il frutto di un errore di prospettiva⁸⁰. Solo quando l'attività economica è completamente cessata, ed il patrimonio residuo attende solo di essere realizzato, potrebbe ipotizzarsi l'applicazione del criterio patrimoniale. Certo è che lo sbilancio dell'attivo rispetto al passivo difficilmente potrebbe, nei casi di cessazione avvenuta, ritenersi superabile da parte dell'impresa che ormai non ha alcuna capacità di produzione della liquidità corrente.

Secondo autorevole parere *“Si deve comprendere come l'insolvenza in realtà non sia quindi da valutare in modo differente a seconda dello stato ordinario, liquidativo o cessato dell'esercizio d'impresa: in ogni caso è la pianificazione dell'estinzione delle passività a discriminare. La soluzione al problema dell'insolvenza sembra risiedere, in definitiva, nell'esistenza di un valido e ragionevole piano di liquidazione, che preventivi e pianifichi lo svolgimento del procedimento di liquidazione”*⁸¹.

⁷⁸ Cfr. Cass. 10 aprile 1996, n. 3321.

⁷⁹ GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza, Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 209 ss.

⁸⁰ GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza, Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 209 ss.

⁸¹ GALLETTI D., *Ibidem*, p. 214.

E' evidente infine che chi ottiene i mezzi per pagare i creditori mediante informazioni false, dissimulazioni della reale situazione economica, patrimoniale e finanziaria, non soddisfa comunque "regolarmente" le proprie obbligazione. Si sta parlando del debitore che trucca il proprio bilancio, continuando ad essere finanziato dal mercato, come ad esempio i *casi Enron, Worldcom e Parmalat*.

Concludendo, in presenza di uno stato di insolvenza, in una delle diverse modalità appena viste, i creditori hanno il diritto di chiedere l'apertura di una procedura concorsuale, rivolta a soddisfare, attraverso il patrimonio del debitore, la collettività dei creditori. Si deve ricordare che tale diritto spetta sia al titolare di un credito scaduto e non ancora adempiuto, sia ai titolari di crediti non ancora scaduto, in quanto anche tale soddisfacimento risulta in pericolo. Ovviamente non senza dei limiti a questa possibilità. In base ai diversi ordinamenti è infatti previsto per esempio che il creditore vanti un credito di importo superiore ad un determinato minimo fissato dalla legge o, come nel caso italiano, successivamente alla riforma del 2006, è richiesta la dimostrazione che il debitore abbia debiti scaduti e non pagati di importo non inferiore ad una certa soglia.

Anche il debitore o, in caso di società, gli amministratori della società debitrice, possono infatti avere interesse all'apertura di una procedura concorsuale, per diversi motivi: mantenere una buona reputazione con i creditori, evitare sanzioni penali o responsabilità penali personali, aprire tempestivamente una procedura ai fini di tentare la conservazione del patrimonio.

L'asimmetria informativa fra creditore e debitore, consente a quest'ultimo di individuare la crisi prima che si manifesti all'esterno. Però continuare l'attività in uno stato di crisi porta ad assorbire risorse che invece potrebbero essere utilizzate per soddisfare i creditori. Per questi motivi sembra ragionevole consentire al debitore di chiedere l'apertura di una procedura concorsuale anche in un momento in cui l'insolvenza non si sia già manifestata.

Anche in questo caso gli ordinamenti dei vari Stati esteri hanno preso direzioni diverse, uniti tutti però dallo stesso orientamento, ovvero tutelare efficacemente le ragioni dei creditori.

Si deve ora inevitabilmente introdurre il tema principale di questo elaborato, ovvero l'istituto del concordato preventivo così come modificato dalle riforme del 2005, ed in

particolare i nuovi requisiti che lo caratterizzano, discostandolo dalle procedure appena descritte.

La giurisprudenza italiana, in tema di concordato preventivo ante riforma, riteneva infatti irrilevante il fatto che il debitore non fosse ancora inadempiente alle obbligazioni in scadenza, valutando quindi unicamente la sussistenza dello stato di insolvenza.

Solo nel 2005 il legislatore italiano, attraverso il già citato D.L. 35/2005 convertito poi dalla L. n. 80/2005, ha allargato il presupposto oggettivo nell'ambito delle procedure che possono aprirsi unicamente su istanza del debitore, ovvero in tema di concordato preventivo, oltre ad introdurre nuove forme di composizione della crisi aziendale già adottate con successo in altri ordinamenti internazionali. La legge ha ritenuto necessario considerare l'esistenza di un rischio rilevante dal punto di vista probabilistico, non dunque la certezza che l'insolvenza si realizzerà, ma la constatazione che essa appare lo scenario più probabile. La volontà del legislatore è inoltre quella di incentivare il ricorso a procedure snelle, nelle quali risulti piuttosto contenuto l'intervento giudiziario.

Una precisazione va fatta relativamente al caso in cui venga data la possibilità al debitore di chiedere l'apertura di una procedura. Può accadere infatti, ed anche nella realtà accade, che il debitore utilizzi tale possibilità non per tutelare gli interessi dei creditori, ma unicamente come strumento per ottenere vantaggi personali simulando uno stato di crisi.

Fortunatamente nei Paesi dell'Europa continentale tale rischio appare piuttosto lontano, specie dopo le varie riforme, a partire dal 1994 in Germania, sino al 2006 in Italia, in cui le procedure sembrano, più che occasioni di profitto, evenienze da evitare.

Il rischio si fa invece più marcato in legislazioni dove, come nel caso degli Stati Uniti, il debitore ha alle sue mani un margine piuttosto ampio di trattativa con i creditori.

Come vedremo meglio nei prossimi capitoli, il concordato preventivo può essere concesso all'imprenditore, a seguito della nuova formulazione dell'art. 160 l. fall., già a partire dallo "stato di crisi", in modo da consentire il soddisfacimento del ceto creditorio scongiurando la dichiarazione di fallimento.

Lo stato di insolvenza resta comunque condizione sufficiente ma non necessaria perché l'imprenditore possa proporre ai creditori un concordato preventivo. Il legislatore con il d.l. n. 273 del 30 dicembre 2005, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51, ha infatti integrato il

novellato art. 160, aggiungendo il comma 2°, nel quale viene precisato che “*ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”⁸².

La nozione di crisi, mutuata dalla scienza aziendale, comprende quindi senza dubbio una fascia molto ampia di situazioni di difficoltà dell'imprenditore, che possono giungere sino allo stato di insolvenza⁸³.

Lo stato di crisi è sicuramente un presupposto oggettivo nuovo all'interno delle nostre procedure concorsuali, nonostante il termine “crisi” fosse già contenuto nella intestazione dell'ormai abrogato decreto legge sull'amministrazione straordinaria del 1979, ma le fattispecie oggettive poi considerate dalle norme configuravano sempre il classico stato di insolvenza.

Sembra corretto poter affermare che attraverso il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione si può andare incontro ad una varietà di situazioni in cui l'imprenditore si può trovare, verificando di volta in volta lo “stato” concreto del debitore, senza escludere una sorta di continuità, con gravità crescente, della crisi sino all'insolvenza. Infatti si può partire dal caso in cui vi sia un debitore in difficoltà e si voglia ricorrere a tali istituti come strumento di iniziativa preventiva, fino ad arrivare al vero stato di insolvenza che può sempre essere regolamentato dal concordato, con la possibilità anche di assorbire la fase della temporanea difficoltà di adempiere.

Inoltre, la previsione di questo nuovo presupposto oggettivo per il concordato preventivo comporta anche una implicita modifica dell'art. 2221 c.c., che, invece, menziona come unico presupposto di tale procedura lo stato di insolvenza.

Secondo autorevole parere, “*Il ricorso tempestivo alla procedura concordataria sin dai primi momenti in cui emergono i segnali della crisi, favorisce il risanamento dell'impresa o, quantomeno, garantisce un maggior grado di soddisfazione dei creditori. Se la crisi è*

⁸² Sul punto v. TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 538; PROTO C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e tutela dei creditori*, in Aa. Vv., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani – A. Patti, Ipsoa, Milano, 2006, 297; CAFFI M., *Il concordato preventivo*, in Aa. Vv. *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di G. Schiano di Pepe, Cedam, Padova, 2007, 609.

⁸³ La giurisprudenza di merito immediatamente successiva al d.l. n. 35/2005 sosteneva che, ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, lo stato di crisi comprendesse l'insolvenza, pur potendo anche consistere in situazioni di minore gravità potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima. Su questa posizione v. ex multis, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in Fall., 2006, 570; Trib. Milano, 7 novembre 2005, ivi, 2006, 51; Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, ivi, 2006, 98. Nel senso che lo “stato di crisi” consistesse in una situazione determinata da avvenimenti di breve periodo non identificabili in uno stato di insolvenza, cfr. Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in Fall. 2006, 63; Trib. Alessandria, 7 giugno 2005, in Giur. it., 2006, 990.

affrontata sul nascere crescono le probabilità di successo di eventuali tentativi di risanamento e se il male si dimostra inguaribile crescono comunque le probabilità di recupero per i creditori e diminuisce così il danno sociale prodotto dal dissesto”⁸⁴.

Il tempo rappresenta in sostanza una variabile fondamentale nel processo di risanamento di un’impresa.

Prima della riforma, l’accesso al concordato preventivo era previsto unicamente per le imprese “insolventi”, non consentendo quindi di intervenire tempestivamente e, di conseguenza, nella maggior parte casi ci si trovava di fronte ad una crisi irreversibile e alla liquidazione delle singole attività acquisite alla massa fallimentare.

In quest’ottica, il nuovo concordato preventivo segna un punto di rottura con il quadro normativo previgente. La scelta del legislatore si dimostra coerente con i principi ispiratori della riforma fallimentare, incentivando l’attivazione di procedure concorsuali finalizzate al risanamento e alla conservazione dell’impresa.

Sino all’emanazione del c.d. “Decreto milleproroghe”, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sul corretto significato da assegnare al concetto di “crisi” dell’impresa, il quale si è prestato sin dall’inizio a differenti interpretazioni dottrinali che spesso risultarono divergenti e inconciliabili tra loro. In particolare, si discuteva se lo “stato di insolvenza” rappresentasse una fase della “crisi” aziendale (ovvero lo stato terminale), o se, al contrario, i due concetti dovessero essere distinti ed alternativi l’uno all’altro.

Sosteneva Bozza, *“l’aver espressamente indicata questa condizione in sostituzione della precedente ha il significato escludente dell’insolvenza, il significato di voler cioè permettere il beneficio del concordato a chi si trovi in difficoltà, sempre che queste non siano già degenerate nell’insolvenza”⁸⁵.*

La definizione di tale questione interpretativa risultava indispensabile per stabilire se un’impresa insolvente potesse accedere o meno al concordato preventivo per soddisfare, almeno parzialmente, le istanze del ceto creditorio, evitando l’assoggettamento alla procedura fallimentare.

⁸⁴ cit. D’ALESSANDRO F., *La crisi tra diagnosi precoci e “accanimenti terapeutici”*, in C. Piccininni, M. Santoni (a cura di), *Crisi d’impresa e riforma della legge fallimentare*, p. 32.

⁸⁵BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, n. 8/2005.

Secondo una parte della dottrina era ragionevole ritenere che la distinzione posta dal legislatore tra il presupposto “crisi” d’impresa e quello dell’”insolvenza” rappresentasse uno spartiacque invalicabile tra le situazioni assoggettabili al concordato preventivo e quelle che ne restavano escluse.

Tale orientamento trova parziale conferma nel disegno di legge predisposto inizialmente dalla Commissione Trevisanato nella quale la “crisi d’impresa” era definita come la *“situazione patrimoniale, economia o finanziaria tale da determinare il rischio di insolvenza”*.

Il richiamo al solo “rischio” di insolvenza presupponeva, secondo alcuni, che si trattasse di una condizione di “crisi reversibile”, distinta dalla insolvenza vera e propria (o “crisi irreversibile”).

Secondo altri Autori, invece l’accezione di “stato di crisi” doveva essere interpretata lato sensu, comprensiva, cioè, anche delle situazioni di crisi insanabili.

Viste le difficoltà interpretative parte della dottrina ha suggerito di tener conto della finalità perseguita dal legislatore.

In tale ottica, non vi è dubbio che il fine prevalente del nuovo concordato preventivo sia quello di favorire la conservazione dell’impresa e la soddisfazione rapida e soddisfacente dei creditori anche nei casi in cui la crisi aziendale si riveli irreversibile.

A tale conclusione sembra essere giunta la stessa giurisprudenza che, nella maggior parte delle pronunce, ha concesso il beneficio della procedura concordataria anche alle imprese c.d. insolventi.

Il provvedimento normativo introdotto con l’art. 36 del D.L. 273/2005 ha posto fine ai dubbi interpretativi presentati ed ha confermato la fondatezza delle osservazioni dinanzi presentate a sostegno della tesi c.d. “permissiva”.

Oltre allo stato di insolvenza, si possono individuare altre situazioni di crisi economica, ovvero la perdita del capitale sociale al di sotto del minimo legale⁸⁶ e lo sbilanciamento patrimoniale, detto “sovraindebitamento”. La verità però è che solamente l’insolvenza rileva come pericolo per i creditori, mentre perdita di capitale e sovraindebitamento sono

⁸⁶ Sull’argomento si veda STANGHELLINI L., *La crisi d’impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, p.144 ss.

solo sintomi di una crisi in presenza delle quali l'ordinamento impone ai soci di intervenire (sempre però al fine di tutelare anticipatamente i creditori) e quindi segnali d'allarme.

Capitolo 2: Il concordato preventivo ante riforma

2.1 Origini del concordato preventivo⁸⁷

Nell'ordinamento giuridico italiano il concordato preventivo ha avuto origine dall'istituto della moratoria, il quale venne introdotto nel 1882 dal codice di commercio italiano (artt. 819, 829). La moratoria aveva un duplice effetto: poteva sia prevenire il fallimento, attraverso un accordo stragiudiziale (art. 827), sia agire dopo la dichiarazione di fallimento, risolvendosi con un concordato amichevole (art. 819).

Solamente con la legge del 24 maggio 1903 n. 197, venne introdotto l'istituto del concordato preventivo in sostituzione dell'istituto della moratoria pre-fallimentare, nonostante quest'ultima sia poi stata reintrodotta con i RR.DD. 28 dicembre 1921 n. 1861, 2 febbraio 1922 n. 27 e 13 marzo 1922 n. 298 in occasione del dissesto della Banca italiana di sconto⁸⁸.

Emerse ben presto la necessità di applicare alcune correzioni e modifiche alla procedura⁸⁹, perciò venne prima emendato dalla legge n. 473 del 17 aprile 1925, e dagli artt. 21-24 della l. n. 995 del 10 luglio 1930, ed infine modificato negli artt. 160 – 186 l. del R.D. 16 marzo 1942 n. 267, i quali costituirono a quel punto la sede quasi esclusiva della materia sino alle ulteriori riforme del 2005⁹⁰.

⁸⁷ Ai fini di una migliore comprensione del presente elaborato si precisa che il capitolo 2, ogni qualvolta citi l'art. 160 l. fall., fa riferimento al testo originario del 1942, ovvero: "1. L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo se: 1) è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata; 2) nei cinque anni precedenti non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo; 3) non è stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio. 2. La proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni: 1) che il debitore offra 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, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi; 2) che il debitore offra ai creditori per il pagamento dei suoi debiti la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall'art. 46, semprechè la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n. 1".

⁸⁸ FERRARA L., *Un'inconcepibile riesumazione*, in *Giur. it.*, IV, c. 18; LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2002, p. 138.

⁸⁹ BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 30.

⁹⁰ Si rimandano le ulteriori modifiche al capitolo successivo.

Per analizzare il concordato preventivo ante riforma si deve necessariamente collegarlo al procedimento del fallimento, in quanto le caratteristiche del primo dipendevano anche dalla rigidità del secondo. Inoltre, anche fra le disposizioni di concordato fallimentare e concordato preventivo, è rinvenibile almeno dal punto di vista dell'integrazione normativa, una corrispondenza biunivoca, nel senso che, sia nell'interpretazione dei singoli istituti in questione, sia al fine di completare le loro eventuali lacune, si poteva ricorrere all'uno e all'altro⁹¹.

Tornando all'istituto del fallimento, secondo la visione del legislatore del 1942, esso era un procedimento estremamente grave: a partire dallo spossessamento che subiva l'imprenditore, dell'azienda e di tutti i beni materiali ed immateriali che la componevano, oltre poi alle modalità e tempi con cui avveniva la liquidazione, contrari ad ogni possibile criterio economico, per non parlare della brusca cessazione dell'impresa stessa e dei suoi rapporti con il mercato. Tutto questo generava una rilevante distruzione di valori a danno sia del debitore che dei creditori, i quali molto spesso non riuscivano a soddisfare le proprie ragioni creditorie neanche in percentuale.

Proprio a causa di questi limiti, il legislatore del 1942 decise di dare vita ad un sistema che fosse veramente in grado di attenuare le conseguenze negative del fallimento e fronteggiasse situazioni di notevole danno pubblico e privato⁹², disciplinando l'istituto del concordato preventivo come una procedura concorsuale soddisfattiva dell'imprenditore⁹³. La giurisprudenza ha infatti affermato che il concordato preventivo rappresentava una *“speciale procedura esecutiva minore rispetto al fallimento”*⁹⁴.

Dal punto di vista della titolarità dell'iniziativa, l'unico soggetto abilitato dalla legge a proporre la domanda di concordato preventivo è l'imprenditore, e come vedremo questo punto non cambierà neanche a seguito delle riforme del 2005, proprio per rimanere in armonia con la normativa civilistica dell'impresa. La procedura poteva prendere due strade per la sua esecuzione: o una proposta di pagamento dilazionato e/o decurtato (concordato dilatorio e/o remissorio) o una cessione di beni ai creditori. In entrambi i casi era previsto

⁹¹ BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 30.

⁹² LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffè, 2002, p. 147

⁹³ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005.

⁹⁴ Cit. Trib. Potenza 22 maggio 1970, in Dir. Fall., 1970, II, p. 962.

dalla legge il pagamento integrale dei creditori privilegiati e, secondo una percentuale minima prestabilita e da corrispondere entro sei mesi dalla presentazione della domanda, dei chirografari. Si ricorda infine che solo questi ultimi, riuniti in assemblea, avevano il diritto di votare l'offerta del debitore⁹⁵.

Riguardo poi alle finalità - funzioni del concordato preventivo, si deve ricordare che negli anni si sono susseguite molteplici e contrastanti concezioni a riguardo⁹⁶.

La prima tesi da segnalare è quella secondo la quale il concordato preventivo avrebbe avuto la finalità di evitare il fallimento dell'imprenditore e la distruzione della sua impresa che sarebbe chiaramente conseguita, questo mediante una riduzione del passivo, attraverso una pattuizione "amichevole" fra debitore e creditori. L'istituto del concordato era quindi configurato come uno strumento di prevenzione del fallimento (che altrimenti sarebbe stato dichiarato d'ufficio), ed allo stesso tempo come beneficio sia per l'imprenditore "onesto ma sfortunato", che per i creditori (quando l'offerta fosse stata per loro conveniente).

Una seconda teoria si ispirava invece alla relazione alla allora vigente legge fallimentare, nella quale preso atto che l'istituto del concordato introdotto nel 1903 era praticamente divenuto una usuale cessione di beni ai creditori, si affermò di averlo adeguato alla prassi commerciale, sia pure con talune garanzie, che però risultarono del tutto insufficienti.

Un'altra concezione poneva come funzione del concordato preventivo la conservazione dell'impresa, mentre in seguito si diffuse la tesi totalmente opposta, secondo la quale alla funzione di conservazione il concordato sarebbe è completamente estraneo, come comproverebbe l'ipotesi di concordato preventivo con pagamento.

Nessuno degli orientamenti appena citati, pur contenendo più di uno spunto esatto, appariva però completamente soddisfacente: le tre ipotesi non potevano infatti essere totalmente accolte, non essendo compatibile l'ammissibilità del concordato con cessione di beni con la funzione che si cercava di dare all'istituto stesso, ovvero quella di evitare al debitore la perdita dell'azienda.

La dottrina è comunque unanime nel ritenere che lo scopo ultimo del concordato preventivo sia quello di evitare il fallimento mentre appare evidente come le opinioni diventino

⁹⁵ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 9.

⁹⁶ BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 32.

discordanti quando si cerca di individuare le ragioni specifiche che hanno indotto il legislatore a favorire questo procedimento⁹⁷.

Appare in ogni caso prevalente la concezione che vede nel concordato preventivo un *“istituto destinato a consentire all'imprenditore meritevole di evitare il fallimento soddisfacendo i propri creditori mediante un accordo con essi”*⁹⁸.

Nella Relazione ministeriale alla legge fallimentare si legge poi che *“il concetto ispiratore dell'istituto del concordato era quello di offrire al debitore onesto e sfortunato il mezzo per evitare l'inesorabile distruzione della sua impresa, per se stessa vitale, con danno per la pubblica economia”*. Questa ricostruzione ha incontrato sin da subito l'appoggio della giurisprudenza di legittimità⁹⁹.

Si fa notare come nella disciplina non sia presente in realtà alcuna norma che trasmette la volontà del legislatore alla conservazione dell'impresa. Ma a partire dagli anni settanta, grazie alla spinta di pressanti istanze sociali dirette alla salvaguardia dei posti di lavoro a seguito della crisi industriale che stava dilagando in quel periodo, il concordato preventivo ha subito quella che è stata definita una sorta di *“mutazione genetica”*. Un esempio di applicazione di tale istituto con funzione essenzialmente conservativa è costituito da Trib. Napoli 29 gennaio 1982¹⁰⁰.

Inoltre secondo App. Genova 19 maggio 1981 viene soddisfatta la *ratio* dell'art. 181 l. fall. *“attraverso l'idoneità del concordato ad assicurare la continuità dell'impresa, nonché a realizzare un vantaggio per l'economia della regione e la tutela del livello occupazionale”*¹⁰¹.

Ma l'evoluzione successiva della giurisprudenza non è rimasta tale alla precedente: si è visto infatti un ritorno alla concezione originaria dell'istituto ed un progressivo superamento del suo c.d. uso alternativo¹⁰², ribadendo la finalità di tutela dei creditori e negando l'esistenza di qualsiasi intento di risanamento dell'impresa.

Infatti, oltre all'interesse dell'imprenditore insolvente che cerca di ottenere il concordato, si riteneva vi fossero altri soggetti da includere nel concordato preventivo e che andavano

⁹⁷ BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.

⁹⁸ Cit. BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1933, p. 215.

⁹⁹ Cit. Cass. 17 gennaio 1978, n. 191, in *Foro it.*, 1979, I, p. 1253.

¹⁰⁰ In *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 1234.

¹⁰¹ Cit., in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 855.

¹⁰² Cass. 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248.

difesi, ovvero: i creditori ed il loro interesse a soddisfare le loro pretese creditorie, e lo Stato che mira alla risoluzione del dissesto.

La soluzione concordataria dava la possibilità al debitore di evitare tutte quelle conseguenze negative che invece caratterizzavano il fallimento, a partire dalla facoltà di conservare l'amministrazione dei suoi beni, di non subire gli effetti rovinosi della liquidazione forzata (salvo il caso di concordato preventivo per cessione di beni), di estinguere definitivamente le proprie obbligazioni, conservando la libertà di riprendere l'attività di imprenditore "*onesto e sfortunato*", al cui comportamento non era imputabile il dissesto che si era verificato¹⁰³.

Inoltre, anche per i creditori l'istituto del concordato preventivo aveva la potenzialità di apportare un maggiore soddisfacimento delle loro pretese: oltre alla realizzazione delle loro ragioni creditorie, non erano costretti ad attendere i lunghi tempi che caratterizzavano il fallimento e, soprattutto, soventemente si riusciva a mantenere i rapporti di affari precedenti al concordato evitando gli effetti negativi prodotti dal dissesto economico dell'azienda.

Infine, un'ulteriore interesse che si poteva realizzare era quello pubblico, dello Stato, attraverso l'annullamento di tutti quei comportamenti amichevoli preferenziali che danneggiavano il sistema generale e salvando, quando possibile, un'azienda utile per la collettività.

In dottrina si era parlato di "*una proporzione tra l'effetto e la causa, la sanzione e l'illecito, se è consentito così esprimersi, tra il rimedio e il male*"¹⁰⁴; di una "*sistemazione amichevole di un dissesto commerciale sostituita alla dichiarazione di fallimento*"¹⁰⁵; di una "*misura di favore accordata dalla legge al debitore insolvente, di un beneficio per il debitore, nel senso che egli ha in diritto (potestativo) di proporlo ai creditori .. dando luogo ad una procedura autonoma accanto al fallimento*"¹⁰⁶; precisando inoltre che "*il concordato preventivo consiste in una esenzione dal fallimento: concessione che non è ispirata*

¹⁰³ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2002, p. 147.

¹⁰⁴ CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1937, p. 6.

¹⁰⁵ BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, p. 1.

¹⁰⁶ SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996, p. 8.

*soltanto, come può a prima vista sembrare, al particolare riguardo che si è inteso accordare al debitore ma, anche e soprattutto, a considerazione di interesse pubblico*¹⁰⁷.

Un'ulteriore parte chiamata in causa nella procedura di concordato preventivo era quella del Tribunale, il cui ruolo è successivamente stato ridimensionato attraverso la riforma del 2005. Lo strumento giudiziale del concordato, volto alla regolazione della crisi dell'impresa, abbiamo più volte detto che si concretizzava attraverso la stipulazione di accordi tra debitore e creditori, ma tali accordi, per essere effettivamente validi, dovevano necessariamente essere perfezionati dal Tribunale. Quest'ultimo, infatti, aveva il potere di esprimersi sia nella prima fase di ammissione alla procedura (art. 160 l. fall.) verificando l'idoneità dei requisiti, sia successivamente sulla convenienza della procedura per i creditori e sulla meritevolezza del debitore a fruire di tal beneficio si esprimeva, in sede di omologazione (art. 181 l. fall.).

La presenza così forte dell'autorità giudiziaria annacquava però la natura contrattuale del concordato, introducendo aspetti marcatamente pubblicistici.

Il concordato preventivo aveva costituito, quindi, un particolare rimedio che il legislatore aveva posto affinché, da un lato, l'imprenditore commerciale, in presenza di determinate condizioni, fosse in grado di evitare il fallimento, di risanare talvolta l'impresa, di eliminare l'insolvenza determinatasi e, dall'altro, riuscisse a soddisfare le ragioni creditorie, oltre, infine, a non pregiudicare l'economia nazionale.

Ma nel corso degli anni, grazie agli studi di dottrina e giurisprudenza, ci si è resi conto che la realtà sociale stava cambiando e le premesse politiche ed economiche ispiratrici dell'istituto del concordato preventivo stavano venendo meno nel sistema legislativo. Come si diceva in precedenza, l'interesse volto alla soluzione della crisi imprenditoriale attraverso la conservazione dell'azienda e dei posti di lavoro aveva per lungo tempo largamente primeggiato su quello dei creditori e dello stesso debitore, facendo emergere i risvolti negativi di una tendenza esagerata al recupero dell'azienda in crisi.

Nel tentativo di risolvere la crisi imprenditoriale si consumava infatti gran parte, se non la totalità, del patrimonio del debitore, contraendo nuove obbligazioni e provocando quella

¹⁰⁷ PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 2207.

che veniva definita “*un’insolvenza nell’insolvenza*”¹⁰⁸. Il giudice, dovendosi sostituire alla volontà delle parti private nel momento del giudizio di omologazione, dettava, anche se in contrasto con queste, le opportune statuizioni. Questo portava però al tragico epilogo che, per la preoccupazione dovuta alla perdita di posti di lavoro e non solo, i tribunali sono stati indotti ad omologare concordati che non avrebbero mai dovuto avere inizio.

La natura giuridica del concordato preventivo ha costituito di conseguenza l’oggetto di un approfondito dibattito dottrinale che ha visto in sintesi studiosi divisi fra quanti ne evidenziarono gli aspetti di natura privatistica e contrattualistica e quanti, invece, hanno sostenuto un’ottica di stampo tendenzialmente pubblicistico e processualistico¹⁰⁹.

L’evoluzione storica di questo dibattito, che ha avuto inizio con la netta prevalenza della corrente contrattualistica¹¹⁰ e che solo successivamente ha visto l’affermarsi delle teorie pubblicistiche, ha necessariamente influenzato la soluzione di importanti problemi legati all’applicazione pratica della disciplina del concordato preventivo. Giusto per dare un esempio sulla portata della questione, si pensi alla modificabilità della proposta di concordato accettata dai creditori, ammessa della tesi pubblicistica e negata, invece, da quanti seguono la teoria contrattualistica.

La giurisprudenza, che inizialmente si era dimostrata favorevole alla tesi contrattualistica del concordato definendolo o “*un regolamento amichevole di un dissesto commerciale del debitore, il quale ha, in tal modo, la possibilità di evitare la rovina economica e morale che gli deriverebbe dalla dichiarazione di fallimento*”¹¹¹ oppure “*un contratto che intercorre tra l’assemblea dei creditori ed il fallito*”¹¹², con successive pronunce ha consolidato il proprio orientamento per la natura pubblicistica.

Quindi, nonostante la teoria contrattualistica del concordato fosse sostenuta da un’autorevole corrente dottrinale, la quale poneva l’accento sul momento del consenso delle parti (attraverso la votazione ed il raggiungimento delle maggioranze richieste)

¹⁰⁸ Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2008, p. 150.

¹⁰⁹ BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002; BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 36.

¹¹⁰ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2002, p. 138.

¹¹¹ Cass. 20 luglio 1954, n. 2593, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1798.

¹¹² LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2002, p. 142.

piuttosto che sull'intervento del Tribunale in sede di omologazione, non sono mancate obiezioni, alcune delle quali di gran rilievo.

Il superamento della tesi contrattualistica comincia infatti a delinearsi intorno agli anni sessanta e Cass. 1 giugno 1960, n. 723¹¹³ ne costituisce un esempio rappresentativo.

Secondo tale orientamento, il raggiungimento delle maggioranze era solamente uno dei presupposti necessari, non potendo negare che gli effetti del concordato derivano necessariamente dalla volontà della legge e non dalla convenzione delle parti. Si pensi all'obbligatorietà del concordato (art. 135 l. fall.) per tutti i creditori, compresi sia quelli concorrenti e dissenzienti che per i creditori che non hanno nemmeno presentato domanda di ammissione allo stato passivo¹¹⁴.

I sostenitori della tesi pubblicistica evidenziarono come il concordato preventivo fosse da identificare in un processo giurisdizionale, nel senso che l'effetto della sentenza di omologazione era dato dall'espropriazione del diritto dei creditori a vantaggio della collettività, cosicché la relativa definizione del giudizio di omologazione serviva a dirimere il conflitto d'interessi tra il debitore concordatario inadempiente e la pretesa dei creditori ad essere soddisfatti delle loro obbligazioni¹¹⁵.

La definitiva prevalenza della tesi pubblicistico-processualistica è sancita da Cass. Sez. Un., 2 luglio 1965, n. 1373¹¹⁶, la quale afferma che *“al concordato non possono non attribuirsi contenuto e natura pubblicistici, dove il raggiungimento delle maggioranze appare come semplice presupposto. Al riguardo è sufficiente osservare che gli effetti del concordato, preventivo o fallimentare, con la conseguente riduzione alla percentuale stabilita dai creditori chirografari, non derivano dalla convenzione delle parti, a contenuto remissorio o liberatorio, sebbene direttamente dalla legge. La quale riconosce l'obbligatorietà del concordato medesimo per tutti i creditori, sia per quello concorrenti ma dissenzienti, che per quelli che non hanno presentato domanda di ammissione allo stato passivo e perciò*

¹¹³ In *Giust. Civ.*, 1960, I, p. 1142.

¹¹⁴ BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 3; PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 665.

¹¹⁵ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 144.

¹¹⁶ In *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 383.

*non hanno avuto neanche la possibilità di esprimere il loro consenso o il loro dissenso, il che è incompatibile appunto con una concezione contrattualistica del concordato (...)*¹¹⁷.

Nonostante gli accesi dibattiti in precedenza citati, la disciplina del legislatore del 1942 ha comunque trovato applicazione sino alle successive modifiche dell'istituto.

Comunque, negli oltre sessant'anni di applicazione della disciplina introdotta nel 1942, l'interpretazione giurisprudenziale e la prassi hanno gradatamente acquisito la consapevolezza che alcuni punti dell'istituto in questione dovevano essere cambiati, se si voleva raggiungere realmente degli obiettivi.

2.2 Presupposto oggettivo del vecchio concordato

Ante riforma l'art. 160¹¹⁸, comma 1, l. fall. esordiva così: *“L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo, (...)”*.

Era perciò necessario che l'imprenditore si trovasse necessariamente in uno stato di insolvenza¹¹⁹ affinché potesse proporre la domanda di concordato preventivo. In caso contrario, la non sussistenza di tale stato determinava l'inammissibilità della domanda e, se accertata successivamente all'ammissione, l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 173 r.d. 16 marzo 1942 n. 267.

Si ricorda che secondo l'interpretazione giurisprudenziale prima delle modifiche apportate dalle varie riforme, a partire da quella del 2005, l'insolvenza costituiva il presupposto di apertura di tutte le procedure, senza esclusione anche dell'amministrazione controllata e dell'amministrazione straordinaria¹²⁰.

Per il concetto di insolvenza ci si deve indispensabilmente rifare all'art. 5 l. fall. secondo il quale *“lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*. A differenza di molti altri articoli del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, l'art. 5 ha

¹¹⁷ Cit. BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 7.

¹¹⁸ L'art. verrà sostituito dall'art. 2, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005, n. 80; la rubrica sarà modificata dal d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹¹⁹ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 178.

¹²⁰ Cass. 8 ottobre 1999 n. 11288, in *Fallimento*, p. 1258.

conservato negli anni la medesima struttura, questo a dimostrazione dell'importanza del concetto di cui stiamo trattando e sul quale dottrina e giurisprudenza non hanno ancora terminato di esprimersi.

L'art. 7 l. fall.¹²¹ citava inoltre altri casi sintomatici dell'insolvenza (fuga o latitanza dell'imprenditore, chiusura dei locali dell'impresa, trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo) che legittimano il procuratore della Repubblica a chiedere la dichiarazione di fallimento. Una precisazione relativa a questo articolo. In seguito alle modifiche apportate dal d. lgs. 9 gennaio 2006, la norma ha subito rilevanti variazioni, in particolare, ampliando la sfera dei possibili casi in cui può risultare l'insolvenza. Inoltre, con riferimento anche alla nuova formulazione dell'art. 6 l. fall. (secondo il quale, in seguito sempre al dal d. lgs. 9 gennaio 2006, è stata definitivamente soppressa la dichiarazione d'ufficio del fallimento), è opportuno segnalare che al p.m. viene oggi affidato il potere di dare corso all'istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un giudizio civile, risulti l'insolvenza dell'imprenditore, questo per bilanciare la soppressione della dichiarazione d'ufficio di cui al nuovo testo dell'art. 6.

Tornando alla trattazione della normativa relativa allo stato di insolvenza ante riforma, nonostante la legge potesse sembrare di facile comprensione, sia teorica che pratica, in realtà nel corso degli anni sono emersi non pochi problemi derivanti soprattutto dalla genericità del concetto di insolvenza e provocando di conseguenza difficoltà nella sua applicazione pratica¹²². Negli anni si sono perciò susseguiti numerosi approfondimenti sull'argomento.

¹²¹ Articolo poi sostitutivo dall'art. 5 d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Ante riforma l'art. 7 era novellato "stato di insolvenza risultante in sede penale", e prevedeva che "Quando l'insolvenza risulta dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali d'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, il Procuratore della Repubblica che procede contro l'imprenditore deve richiedere il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento". Successivamente alla sostituzione del 2006 l'art. 7, viene novellato "Iniziativa del pubblico ministero", ed afferma che "Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'art.6: 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali d'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile".

¹²² RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 44.

Come si diceva in precedenza, il punto di partenza per interpretare nel modo corretto il concetto di insolvenza è quello di calarsi nella finalità dell'apparato normativo in cui l'art. 5 si trova, ovvero la legge fallimentare, volta a disciplinare la patologia dell'impresa.

Innanzitutto, l'insolvenza di cui stiamo trattando non può essere equiparata *tout court* all'inadempimento di natura civilistica, per due ragioni: in primo luogo, quest'ultima riguarda qualsiasi soggetto, quindi anche il non imprenditore, inoltre si riferisce al singolo rapporto obbligatorio, a differenza dell'insolvenza che riguarda la totalità dei rapporti dell'impresa.

A sostegno del secondo dei due aspetti, che tendono a differenziare l'insolvenza civilistica da quella "fallimentare", viene affermato che *"l'insolvenza è lo stato patologico in cui viene a trovarsi l'imprenditore e riguarda non un singolo rapporto giuridico ma la totalità di tutti i creditori"*¹²³.

Questa analisi riguarda però solamente uno degli aspetti di studio del fenomeno, ovvero l'aspetto statico, descrivendo la situazione in cui viene a trovarsi l'impresa in un determinato momento della sua vita. Occorre però considerare, come l'insolvenza si possa manifestare sotto l'aspetto dinamico, ovvero nel momento in cui l'imprenditore *"non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*¹²⁴.

Una prima analisi riguarda quindi il "non essere in grado", ovvero non disporre di quelle fonti che in genere permettono all'imprenditori di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni, ovvero il proprio patrimonio ed il credito che viene concesso dagli istituti finanziari. Si può concordare con chi ha autorevolmente sostenuto che *"si è insolventi per il diritto fallimentare quando non si disponga di denaro o di un suo surrogato, come per es. un assegno circolare"*¹²⁵.

Il secondo aspetto riguarda invece il concetto di irregolarità nell'adempimento delle obbligazioni, che può essere inteso sia come *"mancato adempimento a tempo debito"*¹²⁶, sia

¹²³ Cit. RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 45.

¹²⁴ Art. 5, comma 2, l. fall.

¹²⁵ Cit. RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1994, Padova, CEDAM, p. 54.

¹²⁶ FERRARA F., *Il fallimento*, 1995, Milano, Giuffrè, p. 138; C.A. Torino, 25/06/1982, in *Giur. Piem.*, 1983, p. 558 secondo la quale non adempie regolarmente le proprie obbligazioni l'imprenditore che paga solo i debiti richiesti con precetti, esecuzioni, ingiunzioni.

nel senso che *“l'imprenditore si avvale, per reperire liquidità, di mezzi contrari ed estranei alla corretta gestione dell'impresa”*¹²⁷.

In conclusione l'imprenditore versa in uno stato di insolvenza quando *“per cronica e definitiva mancanza di liquidità non è più in grado di far fronte con regolarità alla generalità delle obbligazioni assunte”*¹²⁸.

Paradossalmente, l'incapacità di adempiere ad una sola obbligazione, diventa sintomo di una impotenza economica e finanziaria dell'imprenditore; inoltre appare inutile un giudizio sul patrimonio aziendale ovvero sull'analisi di bilancio poiché, secondo quanto appena affermato, può essere insolvente anche l'impresa le cui passività risultino inferiori al patrimonio, e, viceversa, potrebbe non esserlo l'imprenditore che pur avendo uno sbilancio patrimoniale riesce ugualmente a far fronte alle obbligazioni grazie al credito di cui gode¹²⁹. Quanto appena proposto era una analisi del concetto di insolvenza generico, relativo a tutte le procedure concorsuali, bisogna ora chiarire però come la definizione di cui all'art. 5 l. fall. abbia delle peculiarità ben precise nel procedimento di concordato preventivo.

Il legislatore ha infatti stabilito che, essendo il concordato preventivo un beneficio a favore del debitore, l'insolvenza debba assumere in tale procedimento precise caratteristiche sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello soggettivo. Si assisterà quindi ad una dettagliata modalità di accertamento dello stato di insolvenza.

Da un'attenta lettura del testo normativo ante riforma ci si rende conto che il debitore dovesse sia essere in grado di pagare almeno il quaranta per cento dei creditori chirografari e la totalità dei privilegiati (ai sensi dell'art. 160¹³⁰ comma 2 l. fall.), sia essere meritevole secondo una valutazione del Tribunale in sede di omologazione (in base all'art. e 181¹³¹ comma 1 n. 4 l. fall.).

Inoltre, mentre nel fallimento è la sentenza dichiarativa che accerta lo stato di insolvenza dell'imprenditore e, a meno di revoca una volta passata in giudicato non può più essere rimessa in discussione, nel concordato preventivo, la valutazione del Tribunale per

¹²⁷ SATTÀ S., *Diritto fallimentare*, 1990, Padova, CEDAM, p. 47, afferma che “i mezzi tratti da alienazioni patrimoniali non sono regolari certamente, e sono anzi uno dei segni più caratteristici dell'insolvenza”.

¹²⁸ Cass., 547/1975; Cass. 6856/1986; Trib. Roma, 10/04/1987.

¹²⁹ RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 48; Cass. 795/1989, in *Fall.*, 1989, p. 609; Cass., 1439/1990, in *Fall.*, 1990, p. 510; Cass. 5525/1992, in *Fall.*, 1992, p. 811; Cass. 8012/1992, in *Fall.*, 1992, p. 1026; Trib. Roma, 29/07/1981, in *Fall.*, 1982, 595.

¹³⁰ Tale art. sarà poi sostituito dall'art. 12, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹³¹ L'art. verrà modificato dall'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

l'accertamento dello stato di insolvenza si svolgeva in due tempi. Prima, ai sensi dell'art. 162 l. fall., il tribunale si limitava a verificare la sussistenza del presupposto quantitativo dell'insolvenza (pagamento del 40%) ed esprimeva una prima valutazione soggettiva, ai sensi dell'art. 160, comma 1, numero 3 (verificando che l'imprenditore non fosse stato condannato per bancarotta, delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio). Tutto questo terminava con il decreto di ammissione alla procedura, non suscettibile a sindacato. Successivamente, in sede di omologazione, il Tribunale doveva effettuare una valutazione di merito sulle cause che avevano determinato il dissesto, anche attraverso l'analisi della relazione del commissario giudiziale, oltre alla documentazione fornita in precedenza dal debitore.

Quanto detto per far notare che, a differenza del concordato preventivo, nel fallimento è sufficiente determinare un'insolvenza *tout court* che non tiene alcun conto né del quantum (attivo e passivo), né dei motivi che l'hanno provocata¹³².

Un'altra importante considerazione riguarda il problema dell'accertamento del Tribunale per accertare se l'imprenditore si trovi o meno in uno stato di insolvenza.

Si deve perciò stabilire il valore che si intende attribuire alla domanda di ammissione del debitore alla procedura, se vada intesa come una vera e propria confessione (non avendo in questo caso il Tribunale necessità di compiere alcuna indagine) o se abbia minore valenza giuridica.

Affermare che la domanda abbia valore di confessione, significa affermare che le parti abbiano disponibilità delle procedure concorsuali, e ciò non è in linea con l'art. 2733/c c.c., il quale afferma che la confessione non può vertere su fatti relativi a diritti non disponibili, come appunto le procedure concorsuali. Di conseguenza, il giudice è sempre tenuto a verificare la sussistenza dello stato di insolvenza.

¹³² RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 48.

2.3 Condizioni soggettive di ammissibilità del vecchio concordato

Da una analisi degli artt. 1¹³³ e 3 l. fall. si evince che la legge ha da sempre imposto quale presupposto soggettivo per l'ammissione al concordato preventivo la qualifica di imprenditore commerciale¹³⁴. Sono tali coloro che esercitano “*professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni di beni e servizi*”, ai sensi dell'art. 2082 c.c., e più precisamente: 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni e servizi; 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni; 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; 4) un'attività bancaria o assicurativa; 5) altre attività sussidiarie alle precedenti (art. 2195 c.c.)¹³⁵.

Ne consegue che, il soggetto non imprenditore che si trovi incapace di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, non può essere sottoposto ad alcuna delle procedure concorsuali, ed i suoi creditori, per ottenere il soddisfacimento del loro credito, non potranno altro che esercitare su di lui azioni esecutive individuali¹³⁶.

Possono quindi essere ammessi alla procedura gli stessi soggetti passibili di fallimento (ai sensi dell'art. 1 l. fall.), con l'aggiunta dell'impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa, esclusa dal fallimento ma ammessa al concordato in base all'art. 3 l. fall, il quale afferma che: “*Se la legge non dispone diversamente le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa possono essere ammesse alla procedura di concordato preventivo e di amministrazione controllata (..)*”.

Disponeva inoltre l'art. 1 l. fall. (basandoci sul testo originario del 1942)¹³⁷ e dispone tuttora l'art. 2221 c.c., che gli enti pubblici¹³⁸ ed i piccoli imprenditori non dovessero essere

¹³³ Si ricorda che l'art. 1 l. fall. è stato successivamente modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹³⁴ BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 55.

¹³⁵ Si rimanda ad altra sede l'approfondimento di tale tema; sull'argomento si veda RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 12.

¹³⁶ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 24.

¹³⁷ Art. 1 comma 1 l. fall. prima della riforma del 2007: “*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione controllata gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori*”.

¹³⁸ Gli enti pubblici non vanno confusi con le società a partecipazione statale, ovvero quelle società in cui lo stato o gli altri enti pubblici detengono la maggioranza delle azioni, le quali sono, invece, soggette alle procedure concorsuali dovendosi considerare soggetti privati; BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 56.

soggetti alle procedure concorsuali. Precisa l'art. 2083 c.c. che *“sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il proprio lavoro e dei componenti della famiglia”*.

Sono infine esclusi dal novero dei soggetti legittimati a proporre il concordato preventivo gli imprenditori agricoli (art. 2135 c.c.), il professionista (art. 2238 c.c.), le società semplici (art. 2251 c.c.), le associazioni riconosciute (art. 35 c.c.) e i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi (ammessi nel caso in cui siano costituiti con le forme delle società commerciali ed organizzati ad impresa)¹³⁹, nonché le imprese esercenti il credito¹⁴⁰. Ai fini del presente elaborato risulta interessante approfondire, tra i vari soggetti esclusi appena citati, la figura del piccolo imprenditore¹⁴¹, che, come già detto, è stata successivamente modificata ai fini dell'ammissione al concordato preventivo (e del fallimento).

Ante riforma, il piccolo imprenditore era escluso dalle procedure concorsuali ai sensi del combinato disposto dagli art. 2083 (Piccoli imprenditori) – 2221 (Fallimento e concordato preventivo) c.c. e art. 1 l. fall. (Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo).

Secondo una pronuncia della Corte Costituzionale¹⁴² i limiti per differenziare il piccolo dal medio e grande imprenditore *“devono essere stabiliti in relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, all'entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale”*.

Si trattava però di criteri molto fuggitivi ed effimeri che comportarono, sul piano pratico, non poche difficoltà applicative, come si può desumere da una rapida lettura delle numerose e fra loro differenti sentenze dei giudici di merito che hanno privilegiato ora un criterio ora un altro¹⁴³.

¹³⁹ BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 17.

¹⁴⁰ Per queste ultime era stata prevista una apposita procedura denominata concordato di liquidazione, ai sensi dell'art. 93 d. lgs. 385/1993.

¹⁴¹ D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹⁴² Sent. n. 570/1989 Corte Costituzionale.

¹⁴³ Per citare alcune pronunce: Trib. Verona, 16 febbraio 1990, in *Fall.*, 1990, p. 1041; Trib. Milano, 20 settembre 1993, in *Fall.*, 1993, p. 1268; Trib. Milano, 15 giugno 1995, in *Fall.*, 1995, p. 1247; Trib. Velleri, 25 febbraio 1993, in *Fall.*, 1993, p. 1268; Trib. Orvieto, 23 novembre 1992, in *Fall.*, 1993, p. 553; Trib. Roma, 22 luglio 1992, in *Fall.*, 1993, p. 225; C.A. Olona, 6 novembre 1992, in *Fall.*, 1993, p. 553; Trib. Torino, 19 gennaio 1995, in *Fall.*, p. 673 e 6 dicembre 1995, in *Fall.*, 1996, p. 297.

Sicuramente sono soggette, invece, in base all'art. 1, comma 2, ultimo inciso l. fall., alle procedure concorsuali le società commerciali, quand'anche, in fatto, fossero ritenute di piccole dimensioni¹⁴⁴.

Altro soggetto da analizzare è l'artigiano (e l'impresa artigiana), definito dalla legge n. 443/85, ed escluso dalle procedure concorsuali in base al combinato disposto dagli artt. 1 l. fall., 2083 e 2221 c.c. Dottrina e giurisprudenza hanno però ritenuto che, al di là della formale iscrizione all'albo, un imprenditore viene considerato artigiano, e quindi escluso dalle procedure concorsuali, solo nell'ipotesi in cui la valutazione complessiva dell'organizzazione imprenditoriale porti ad affermare che il fattore lavoro prevale sul fattore capitale, questo in considerazione delle notevoli dimensioni che l'impresa artigiana può assumere.

L'imprenditore agricolo è sottratto alle procedure concorsuali in base agli artt. 2082-2195-2221 c.c., da cui si rileva che, nonostante l'agricoltore possa essere considerato imprenditore in base a determinate condizioni, egli non può essere soggetto alle procedure concorsuali, neppure quando l'impiego di macchinari e quindi di capitale sia piuttosto rilevate. Attenzione però che quanto appena affermato vale sicuramente per l'imprenditore persona fisica, mentre quando l'impresa è esercitata sotto forma di società, la giurisprudenza è univoca nel ritenere l'assoggettabilità alle procedure concorsuali sul presupposto che esercitano attività commerciale, indipendentemente dall'effettivo esercizio di tale attività¹⁴⁵.

Infine, ai sensi dell'art. 2238 comma 1 c.c., si desume che colui che esercita una professione intellettuale è sottratto alle procedure concorsuali, e ciò in base al carattere della prestazione professionale esercitata, contraddistinto dall'*intuius personae* e, perciò del tutto estraneo ad un'organizzazione di tipo imprenditoriale. Quando però l'esercizio professionale perde la sua natura, venendo inserito in un'attività organizzata sotto forma di impresa, anche il libero professionista rientra fra i soggetti ammessi alle procedure concorsuali.

Ipotesi particolari che vale la pena di citare, a causa dei dibattiti che hanno nel tempo alimentato, sono: le società sportive, l'imprenditore inattivo – cessato – in liquidazione,

¹⁴⁴ RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 23.

¹⁴⁵ RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 30.

l'imprenditore defunto, l'imprenditore incapace, il socio illimitatamente responsabile e gli intermediari finanziari.

Il problema relativo all'ammissibilità delle società sportive alle procedure concorsuali derivante dalla l. 91/1981 (in particolare dagli artt. 10 e 13), è stato definitivamente superato grazie alla l. 586/1996 che nel consentire il fine di lucro alle suddette società, ne ha conseguentemente determinato l'assoggettabilità alle procedure concorsuali.

La possibilità che anche l'imprenditore cessato possa sistemare il proprio dissesto mediante concordato preventivo ha dato luogo a pareri discordanti in dottrina.

E' apparsa maggioritaria la tesi favorevole secondo cui il requisito dell'attualità di un'organizzazione imprenditoriale non risulta sia stato preso in considerazione dalla legge né per il fallimento né per il concordato preventivo, e di conseguenza si ritiene che l'imprenditore cessato abbia il diritto di richiedere il concordato preventivo entro i termini in cui sarebbe assoggettabile al fallimento¹⁴⁶. E' stato osservato che *“il problema si risolve attraverso il collegamento tra l'impresa e l'azienda. La dottrina di maggioranza afferma che quando non si tratti semplicemente di organizzazione di atti per la costituzione dell'azienda, ma essa sia già organizzata, esiste l'impresa con tutte le relative conseguenze. Anche se è vero che l'impresa richiede necessariamente uno scopo produttivo, si ritiene che la produttività sia una conseguenza meramente potenziale dell'organizzazione dei beni costituenti l'azienda. L'azienda dunque esiste anche prima dell'inizio dell'attività e se esiste l'azienda essa è sempre in astratto ricollegabile ad un imprenditore”*¹⁴⁷.

Di parere negativo era invece chi sosteneva che tra le norme che disciplinano il concordato preventivo, non vi fosse alcun richiamo all'art. 10 l. fall. (Fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio d'impresa), né l'art. 160 l. fall. contenesse alcun riferimento al concetto di imprenditore cessato¹⁴⁸. Di conseguenza non poteva ritenersi ammissibile la proposta di concordato preventivo presentata dall'imprenditore cessato.

Autorevole dottrina ha sostenuto infatti che per essere assoggettati al fallimento le società devono esercitare effettivamente l'attività commerciale. Infatti *“una società che abbia*

¹⁴⁶ Trib. 13 febbraio 1986, in *Fall.*, 1986, p. 903.

¹⁴⁷ Cit. GALGANO F., *Il fallimento delle società*, 1988, Padova, CEDAM, p. 31.

¹⁴⁸ Accoglie questa tesi, Trib. Roma, 10 luglio 1984, in *Dir. Fall.*, 1984, II, p. 258.

*contratto debiti, come quelli inerenti alle spese relative alla sua costituzione, non potrà in ragione di essi essere dichiarata fallita se non ha ancora posto in essere atti d'impresa, ossi atti diretti a realizzare l'oggetto sociale*¹⁴⁹.

Quanto appena detto vale però esclusivamente per le società e non per il singolo imprenditore che manifesta all'esterno tale sua qualità solo con l'esercizio in concreto dell'attività imprenditoriale. Solo in quest'ultimo caso può essere ammesso al concordato e, se cessato, viene ammesso se la suddetta attività sia cessata nei limiti temporali di cui all'art. 10 l. fall¹⁵⁰.

Parallelamente, si ritiene che le società commerciali sono sempre assoggettabili alle procedure concorsuali indipendentemente dalla cessazione delle loro attività e fino all'estinzione totale dei debiti. L'art. 10 l. fall. non è infatti applicabile alle società¹⁵¹.

A maggior ragione anche le società in liquidazione possono essere ammesse alla procedura di concordato¹⁵².

Prevalente anche per l'imprenditore defunto¹⁵³ la tesi favorevole all'ammissibilità della proposta di concordato entro i limiti temporali deducibile dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 l. fall., su domanda di ciascuno o di tutti gli eredi che abbiano accettato l'eredità con beneficio d'inventario, ovvero, in caso di rinuncia all'eredità, da parte del curatore dell'eredità giacente¹⁵⁴.

Il minore (art. 320 comma 5 – 371 c.c.), l'inabilitato (art. 425 c.c.) o l'interdetto (art. 424 c.c.), previa specifica autorizzazione del Tribunale, possono continuare l'esercizio di un'impresa commerciale provocando una scissione fra titolarità dell'impresa (che rimane in capo all'incapace) ed esercizio dell'impresa (che invece viene esercitata dal genitore, dal curatore o dal tutore). Da ciò consegue che anche l'incapace può essere dichiarato fallito (agli effetti patrimoniali) insieme al genitore, al curatore o al tutore (per gli effetti

¹⁴⁹ Cit. Cass. 9084/1994; Cass. 2967/1972, in *Giur. Civ.*, 1972, I, p. 1507.

¹⁵⁰ Trib. Milano, 13 febbraio 1986, in *Fall.*, 1986, p. 903, secondo il quale il decreto di ammissione alla procedura di concordato ha effetto interruttivo ai fini dell'applicazione degli artt. 10 e 11 l. fall.

¹⁵¹ MAISANO A., *Il concordato preventivo delle società*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 64; RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 32.

¹⁵² Cass. 6953/1988, in *Fall.*, 1989, p. 510.

¹⁵³ Sull'argomento si veda BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 57.

¹⁵⁴ In questo senso, si veda Cass. 25 ottobre 1979, n. 5592, in *Dir. Fall.*, 1980, II, p. 30.

personali)¹⁵⁵. Dall'assoggettabilità dell'incapace al fallimento deriva perciò, che il soggetto in questione può essere ammesso anche al concordato preventivo.

Ha fatto molto discutere sia dottrina che giurisprudenza, se il socio di una società di persone, in quanto illimitatamente responsabile e quindi soggetto al fallimento, possa chiedere ed essere ammesso, autonomamente, alla procedura di concordato preventivo. Alcuni interventi della Suprema Corte hanno definitivamente placato il dibattito, affermando che il socio illimitatamente responsabile non possa essere autonomamente ammesso al concordato preventivo¹⁵⁶.

Infine un cenno relativo agli intermediari finanziari, al cui interno si potevano includere a suo tempo l'agente di cambio, il remissier e le S.I.M. Per l'agente di cambio ed il remissier la problematica circa la loro qualifica di imprenditori commerciali non ha ormai più alcuna rilevanza in quanto figure destinate a scomparire ai sensi dell'art. 19 l. 1/191 istitutiva delle S.I.M. a norma del quale potevano svolgere l'attività sino all'esaurimento dei ruoli¹⁵⁷. La questione ha quindi valenza solo per le S.I.M. le quali possono essere ammesse al concordato senza ombra di dubbio¹⁵⁸.

Secondo la disciplina normativa in vigore prima delle riforme del 2005 e seguenti, l'ammissione al concordato preventivo, oltre ad essere subordinata dallo *status* di imprenditore commerciale, con tutte le particolarità appena descritte (che possono trovare applicazione anche al giorno d'oggi, salvo alcune modifiche effettuate nel corso degli anni), richiedeva l'esistenza di alcune condizioni soggettive.

L'art. 160, comma 1, l. fall. sosteneva infatti che l'imprenditore, per poter proporre una domanda di concordato preventivo ai propri creditori: fosse iscritto nel registro delle imprese e avesse tenuto una regolare contabilità entrambe da almeno un biennio o dall'inizio dell'impresa se questa avesse avuto minor durata; non fosse stato dichiarato fallito o ammesso ad una procedura di concordato preventivo nei cinque anni precedenti alla domanda; non fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio,

¹⁵⁵ Cass. 2237/1965, in *Foro it.*, 1966, p. 264; Cass 2936/1984, in *Dir. Fall.*, 1984, II, p. 72; Cass, 4561/1988, in *Fall.*, 1988, p. 1183.

¹⁵⁶ Sui vari orientamenti che si erano a suo tempo diffusi si veda RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 34 ss; BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 57 ss.

¹⁵⁷ Sull'argomento si veda RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 38-39.

¹⁵⁸ Trib. Torino, 16 ottobre 1993 e Trib. Ferrara 24 aprile 1993, in *Fall.*, 1994, p. 628.

la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio. Analizziamo singolarmente tali requisiti.

La legge richiedeva innanzitutto che l'imprenditore fosse iscritto nel registro delle imprese da almeno due anni, oppure dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto durata inferiore.

Era necessariamente sorto un problema rispetto a tale requisito, relativo all'ammissione delle società irregolari o di fatto del concordato preventivo.

Si deve infatti ricordare che fino all'entrata in vigore della l. 580/1993, legge che ha definitivamente istituito il registro delle imprese, questo non era mai stato attuato. Quindi la norma dell'art. 160 comma 1 n. 1 l. fall., che richiedeva appunto l'iscrizione al registro delle imprese, andava coordinata con l'art. 100 comma 3 d.a. c.c. in base al quale *“fino all'attuazione del registro delle imprese non sono soggetti a registrazione gli imprenditori individuali e gli enti pubblici che esercitano un'attività commerciale”*. Tale norma era ulteriormente confermata dall'art. 262 l. fall¹⁵⁹, richiedendo solamente alle società, l'obbligo di iscrizione al provvisorio registro della cancelleria presso il tribunale competente. La normativa lasciava quindi scoperte solamente le società di fatto e irregolari, essendo gli imprenditori individuali esentati dall'art. 100 comma 3 d.a. c.c.¹⁶⁰ e le società anche dall'art. 262 l. fall.

L'art. 100 comma 1 d.a. c.c. disponeva che *“fino all'attuazione del registro delle imprese (...) gli atti e i fatti relativi alle società, per i quali il codice stabilisce l'iscrizione nel registro delle imprese, sono soggetti all'iscrizione nei registri di cancelleria presso il Tribunale ..”*.

Il problema certo non sussisteva per le società di capitali, in quanto la loro iscrizione ha carattere costitutivo (artt. 2328 – 2331 – 2464 – 2475 c.c.), e quindi in sua mancanza sarebbe necessariamente seguita l'inammissibilità della domanda.

La questione permaneva invece per le società di persone irregolari, cioè quelle società costituite ma il cui atto non sia stato depositato, o di fatto, per le quali la legge non

¹⁵⁹ Secondo il quale: “Fino all'attuazione del registro delle imprese non si fa luogo alle iscrizioni che secondo il presente decreto dovrebbero essere eseguite in detto registro. Tuttavia i provvedimenti relativi alla società, per i quali sia prevista l'iscrizione nel registro delle imprese, sono iscritti nei registri della cancelleria presso i tribunali, provvisoriamente mantenuti”.

¹⁶⁰ Opinione del tutto pacifica, si veda PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 711; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1994, Padova, CEDAM, p. 616.

prescrive per esse alcuna forma di pubblicità o di iscrizione¹⁶¹. Anche in questo caso la dottrina ha dato vita ad una serie di pronunce tra loro contrastanti.

Una parte della dottrina ha rilevato che *“le società collettive e le accomandite semplici, che non abbiano proceduto alla registrazione dell’atto costitutivo, possono godere del beneficio, essendo soggette alle norme delle imprese commerciali, anche se l’art. 2297 c.c. estende ad esse le norme della società semplice, poiché la registrazione non ha effetto costitutivo e l’atto di creazione era diretto a porre in essere una società impresa commerciale”*¹⁶².

La dottrina ha inoltre chiarito che la sostituzione del registro delle imprese con quello delle società commerciali adempie a meri fini di pubblicità, mentre nel caso esaminato la registrazione è prevista *“come adempimento di per sé considerato”*¹⁶³.

Invece, secondo l’opposta opinione *“pur condividendo l’affermazione circa il carattere non costitutivo dell’iscrizione nel registro delle imprese, non è superabile l’esplicito ed in equivoco dettato legislativo che esige l’iscrizione nel registro delle imprese quale condizione di ammissibilità per l’accoglimento della proposta di concordato preventivo. Il legislatore ha inteso in tal modo limitare espressamente il beneficio dell’ammissione al concordato preventivo a favore degli imprenditori che, assolvendo agli adempimenti formali predisposti a garanzia dei terzi, consentano a questi la conoscenza ed il controllo della gestione dell’attività commerciale dell’impresa, negando invece tale vantaggiosa possibilità di evitare il fallimento a quegli imprenditori che, omettendo l’iscrizione, abbiano impedito la realizzazione dello strumento di tutela dei terzi voluto dalla legge”*¹⁶⁴.

La tesi che ha affermato l’inammissibilità delle società irregolari alle procedure di

¹⁶¹ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 178; App. Milano 1968, in *Mon. Trib.*, 1969, p. 144.

¹⁶² Cit. PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, p. 2224.

¹⁶³ PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 711.

¹⁶⁴ Cit. RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 54-55. Cass. 2747/1993, in *Fall.*, 1993; Cass. 461/1990, in *Giust. Civ.*, 1991, p. 1508; Cass. 5619/1983, II, p. 80; Trib. Pavia, 20 ottobre 1985, in *Fall.*, 1986, p. 894; Trib. Roma, 17 marzo 1984, in *Dir. Fall.*, II, p. 601; Trib. Milano, 29 settembre 1969, in *Mon. Trib.*, 1970, p. 893; BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001.

concordato preventivo e di amministrazione controllata¹⁶⁵ ha trovato riscontro anche in giurisprudenza¹⁶⁶.

Il requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese, dopo l'entrata in vigore della l. 580/1993 e del dpr 581/1995 (regolamento d'attuazione), ha perso ogni rilevanza in quanto, è stata definitivamente confermato anche dalla legge stessa che il suddetto requisito è a pena di inammissibilità¹⁶⁷, anche per i singoli imprenditori.

Secondo requisito necessario per l'ammissione alla procedura del concordato preventivo era la tenuta regolare della contabilità da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto minore durata¹⁶⁸.

Ci si chiedeva, in ordine a tale requisito, se esso dovesse corrispondere al contenuto formale della legge, in particolare agli artt. 2214 e 2215 c.c., i quali indicano una serie di adempimenti dell'imprenditore circa i libri obbligatori e le scritture contabili, quali la tenuta dei libri previsti dalla legge ed inoltre la numerazione, la vidimazione, il bollo, l'integrità, la continuità, ecc. Questo per fornire al giudice la più fedele ricostruzione dell'evoluzione dei rapporti patrimoniali aziendali oltre ad un'ampia possibilità di controllo degli stessi.

La dottrina aveva sostenuto che alla regolarità formale (quindi a quella prescritta dalla legge) dovesse corrispondere quella sostanziale; questo stava a significare che la contabilità "cartacea" doveva riflettere effettivamente lo stato delle attività e delle passività dell'impresa e delle sue vicende economiche. In caso contrario, ovvero in mancanza della regolarità sostanziale, al verificarsi dello stato di insolvenza sarebbe stata esclusa ogni possibilità per l'imprenditore di fare ricorso a procedimento concorsuali meno gravi del

¹⁶⁵ Sostiene l'inammissibilità PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 10.

¹⁶⁶ "Si riteneva che, per espressa disposizione dell'art. 100 disp. att. c.c., il registro delle società commerciali sostituiva quello delle imprese e che la finalità della condizione posta dall'art. 160 n. 1 l. fall. esige la dimostrazione che l'imprenditore, in concreto, abbia reso noti e conoscibili ai terzi i fatti salienti che concernono le vicende della sua impresa". Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffè, 2002, p. 179.

La Cassazione ha ribadito la non assoggettabilità al concordato preventivo delle società irregolari e di fatto per carenza del requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 160 n. 1 l. fall., Cass. 6 ottobre 2000 n. 13322; Cass. 6 marzo 1993 n. 2747.

¹⁶⁷ RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 53.

¹⁶⁸ FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, 1990, Padova, CEDAM, p. 100; RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 57 ss; TEDESCHI G.U., *Manuale di diritto fallimentare*, 2001, Padova, CEDAM, p. 714 ss.

fallimento¹⁶⁹, essendosi determinata una presunzione di colpa grave in rapporto di causa ed effetto con il dissesto.

Secondo questo primo orientamento della dottrina, il precetto di legge doveva quindi ritenersi rispettato solo se le disposizioni del c.c. (in particolare l'art. 2215) erano state formalmente e scrupolosamente osservate¹⁷⁰. La giurisprudenza affermò inoltre a suo tempo che: *“per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo la regolarità dei libri e delle scritture contabili deve essere riguardata non già sotto un riflesso meramente formale, ma nella sostanza; nel senso cioè che la contabilità rifletta l'effettivo stato delle attività e delle passività dell'azienda e le varie vicende economiche”*¹⁷¹.

Un'interpretazione più liberale (tesi sostanzialistica) riteneva che, ai fini del rispetto di quanto richiesto dal legislatore, fosse in realtà sufficiente essere in grado di ricostruire le vicende economiche dell'imprenditore, mentre una smisurata rigidità nell'accertamento degli adempimenti formali non avrebbe corrisposto all'effettivo intendimento del legislatore¹⁷².

Secondo questo orientamento le varie sentenze che si susseguirono precisarono:

a) che *“è sufficiente accertare che la contabilità permetta di ricostruire in maniera precisa il movimento amministrativo e gestionale dell'azienda”*¹⁷³;

b) che *“la tenuta della contabilità c.d. nera accanto a quella ufficiale non costituisce l'impedimento all'ammissibilità al concordato preventivo, dovendosi considerare per regolare contabilità quella non infedele, nel senso che essa contenga elementi attendibili e sufficienti per la sua ricostruzione in perfetta aderenza all'attività svolta dall'impresa”*¹⁷⁴;

¹⁶⁹ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2002, p. 180.

¹⁷⁰ C.A. Milano, 9 gennaio 1951, in *Dir. Fall.*, 1951, II, p. 42; C.A. Perugia, 7 maggio 1952, in *Dir. Fall.*, 1952, II, p. 277; C.A. Milano, 16 dicembre 1975, in *Giur. Comm.*, 1976, II, p. 666; C.A. Bologna, 16 aprile 1977, in *Giur. Comm.*, 1979, II, p. 469.

¹⁷¹ Cass. 30 maggio 1953, n. 1639, in *Dir. Fall.*, 1952, II, p. 311.

¹⁷² Trib. Roma, 24 febbraio 1977, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 942; C.A. Roma, 6 marzo 1986, in *Dir. Fall.*, 1987, II, P. 156; Trib. Genova, 6 marzo 1986, in *Fall.*, 1986, p. 1274; Trib. Foggia, 17 luglio 1989, in *Dir. Fall.*, 1990, II, p. 284; Trib. Pistoia, 5 maggio 1983, in *Giur. Comm.*, 1983, II, p. 741; Trib. Savona 6 marzo 1986, in *Fall.*, 1986, p. 1247; Trib. Tprino, 30 gennaio 1986, in *Fall.*, 1986, p. 1008.

¹⁷³ Trib. Busto Arsizio 10 giugno 1950, in *Dir. Fall.*, 1950, II, p. 278.

¹⁷⁴ Trib. Parma, 25 luglio 1968, in *Dir. Fall.*, 1968, II, p. 1083.

c) che, “*a prescindere dalle irregolarità formali, è in sostanza l'impossibilità di ricostruire il movimento contabile ed amministrativo dell'azienda che determina il giudizio negativo sulla condizione della regolare contabilità prevista dal legislatore in materia*”¹⁷⁵.

La Cassazione, che inizialmente sembrava più orientata verso quest'ultima teoria, quindi per il requisito di una contabilità sostanzialmente regolare¹⁷⁶, si è successivamente orientata verso l'interpretazione restrittiva, richiedendo innanzitutto che alla regolarità sostanziale si affiancasse anche quella formale, ed in secondo luogo che, ai fini della regolarità contabile, oltre a dover essere rispettati i principi esposti negli artt. 2214 e ss. c.c., anche la documentazione prodotta doveva essere idonea a ricostruire tutta l'attività d'impresa svoltasi nel biennio del quale si indaga¹⁷⁷.

Tale visione più restrittiva data sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina ha voluto essenzialmente porre l'accento sulla necessità di poter pervenire, attraverso l'esame dei libri e delle altre scritture contabili dell'imprenditore, ad una ricostruzione di tutti i fatti aziendali, per cui l'osservanza degli adempimenti formali assicurerebbero una sufficiente garanzia nell'espletamento di tali accertamenti.

In conclusione, vale a questo proposito sottolineare che né dottrina, né giurisprudenza assunsero un'interpretazione univoca rispetto a tale problema.

Si ricorda nuovamente che il giudizio sulla regolarità delle scritture contabili avveniva in due fasi: la prima in sede di ammissione (art. 162 l. fall.), la seconda in sede di omologazione (art. 181 l. fall.). In realtà, solo in quest'ultima veniva espresso un giudizio finale sulla regolarità o meno della contabilità, non essendo prevista in sede di ammissione una analisi approfondita della contabilità medesima.

Ai fini dell'ammissibilità al concordato preventivo era ulteriormente previsto che l'imprenditore non fosse stato dichiarato fallito, né ammesso ad altra procedura di concordato preventivo nei cinque anni precedenti alla proposta. Nessuna obiezioni viene

¹⁷⁵ Trib. Roma, 14 marzo 1961, in Dir. Fall., 1961,II, p. 1083.

¹⁷⁶ Cass. 30 maggio 1953, n. 1639.

¹⁷⁷ Sull'argomento PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 11. Inoltre, Cass. 23 febbraio 2000 n. 2056, in Fallimento, 2001, p. 185; Cass. 9 aprile 1988 n. 2809, in Fallimento, 1988, p. 582; Cass. 21 giugno 1984 n. 3663 e Cass. 21 giugno 1984 n. 3664, in Fallimento, 1985, p. 34; Cass. 18 gennaio 1979 n. 357; Trib. Roma 21 settembre 2000, in Fallimento, 2001, p. 358; Trib. Roma 4 novembre 1998, in Fallimento, 1999, p. 227.

espressa invece nel caso di una precedente ammissione del debitore all'amministrazione controllata, essendo quindi non rilevante per l'apertura del concordato preventivo¹⁷⁸.

Caso diverso è quello in cui l'imprenditore, una volta presentata la domanda di ammissione al concordato, decidesse di formularne un'altra riferita sempre al medesimo stato di insolvenza, prima che fosse stata completata la votazione sulla domanda precedente da parte dei creditori. Tale situazione non era impedita all'imprenditore¹⁷⁹, essendo l'unica intenzione del legislatore quella di evitare che il debitore tentasse di sottrarsi al fallimento ricorrendo con frequenza e facilità alla procedura di concordato.

Anche in caso di revoca dalla sentenza dichiarativa nel quinquennio anteriore sembrava non se ne dovesse tener conto ai fini dell'ammissione alla procedura¹⁸⁰. L'ipotesi invece in cui il fallimento, nel quinquennio precedente, fosse stato chiuso per mancanza di passivo, costituiva un caso di inammissibilità alla procedura¹⁸¹. Infine non era un ostacolo all'ammissione la sottoposizione a liquidazione coatta, a meno che non fosse intervenuto, preliminarmente o durante lo svolgimento, l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza¹⁸².

Era necessario poi che l'imprenditore non avesse riportato precedenti penali, cioè condanne per bancarotta, sia semplice, sia fraudolenta, per delitti contro il patrimonio (artt. 624-648 c.p.), per delitti contro la fede pubblica (artt. 543-598 c.p.), per emissione di assegni a vuoto, per delitti contro l'economia pubblica (artt. 499-517 c.p.). Questo ai sensi dell'impostazione beneficiaria del concordato, secondo la quale l'imprenditore doveva apparire meritevole della procedura e che invece dovesse essergli negata ove avesse riportato condanna per uno dei reati elencati nella norma. Tale preclusione veniva meno se l'imprenditore aveva ottenuto la riabilitazione o era intervenuta un'amnistia¹⁸³.

Caso particolare è quello della eventuale ammissione al concordato preventivo di società i cui amministratori fossero responsabili di fatti penalmente perseguibili in violazione delle disposizioni di legge appena citate e quindi sarebbe spettato al giudice la verifica di

¹⁷⁸ Cass. 8 ottobre 1999, n. 11288, in *Fallimento*, 2000, p. 1258.

¹⁷⁹ App. Milano 10 luglio 1964, in *Dir. Fall.* 1964, II, p. 207.

¹⁸⁰ ROCCO DI TORREPADULA, Concordato preventivo, in *Dig. IV, sez. civile* Torino, 1988, p. 261.

¹⁸¹ RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM, p. 66-67; Trib. Firenze 13 dicembre 1985, in *Dir. Fall.*, p. 575.

¹⁸² PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 10.

¹⁸³ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 11.

eventuali condanne riportate dagli amministratori. Anche per questo caso si sono susseguiti orientamenti favorevoli¹⁸⁴ e contrari¹⁸⁵, nonché intermedi¹⁸⁶.

Alcuni giudici di merito affermarono inoltre che se in sede di ammissione al concordato fosse emersa la non meritevolezza dell'imprenditore in relazione ad univoci atti o comportamenti da lui posti in essere, il tribunale poteva dichiarare la proposta inammissibile, senza dover attendere il successivo giudizio di omologazione o la pronuncia di fallimento, ai sensi dell'art. 173 l. fall.¹⁸⁷.

Tale orientamento è apparso indiscutibilmente attaccabile in quanto, se da un lato avrebbe potuto portare sicuramente un alleggerimento delle procedure giudiziarie, dall'altro manifestava qualche perplessità per il fatto che l'approfondita indagine in esame, sembrava rimessa in sede di omologazione.

In conclusione, tali requisiti soggettivi dovevano essere sufficienti da un lato per convincere almeno una percentuale pari alla maggioranza dei votanti in sede di adunanza la quale costituisse almeno i due terzi dei crediti ammessi al voto, e dall'altro l'Autorità Giudiziaria, alla quale spettava, oltre alla valutazione della meritevolezza, anche la decisione riguardo il merito, e quindi la convenienza, della proposta a tutela degli interessi pubblicistici della procedura e degli interessi della minoranza dei creditori¹⁸⁸, quindi sia in sede di apertura del concordato, che principalmente nel successivo giudizio di omologazione.

2.4 Condizioni patrimoniali di ammissione

Il contenuto della proposta di concordato preventivo era a sua volta soggetto a particolari vincoli e limiti piuttosto ferrei ai quali il debitore proponente doveva necessariamente sottostare: l'art. 160 comma 2 l. fall. elencava infatti una serie di condizioni patrimoniali che conferivano legittimità alla proposta di concordato preventivo.

¹⁸⁴ Trib. Milano 10 giugno 1957, in Dir. Fall. 1957.

¹⁸⁵ Trib. Palermo 13 maggio 1980, ritenne non fosse applicabile l'ammissione quando i precedenti penali riguardavano gli amministratori della società richiedente il concordato; App. Torino 23 luglio 1952.

¹⁸⁶ Trib. Milano 12 gennaio 1959 ed App. Milano 10 luglio 1964.

¹⁸⁷ Trib. Roma 28 marzo 1996, in Fallimento, 1996, p. 819.

¹⁸⁸ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 51 ss.

La prima delle due condizioni (alternative) riguardava le “serie garanzie reali o personali” che il debitore doveva offrire ai fini dell’impegno assunto “di pagare almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari”. Questo doveva avvenire entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato, a meno che non fosse proposta una dilazione maggiore, garantita dall’ulteriore impegno di pagare gli interessi legali sulla somma da corrispondere oltre tale termine. All’interno del testo della prima condizione patrimoniale si rileva un obbligo esplicito del debitore di pagare almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari nel termine indicato ed una ulteriore condizione implicita, costituita dall’impegno del debitore di soddisfare al cento per cento e senza dilazioni i creditori privilegiati, nonché i creditori dell’ufficio processuale.

Il punto problematico della questione riguardava la richiesta di garanzie, slegata apparentemente da qualunque tipo di freno e confine¹⁸⁹. L’unico limite era sostanzialmente costituito dall’eventuale pretesa di limitare le garanzie a quelle racchiuse nella mera consistenza economica del patrimonio del debitore, questo in modo tale che, a fronte del sacrificio dei creditori, vi fosse la sicurezza assoluta, pena la risoluzione, che almeno la percentuale offerta venisse pagata il prima possibile.

Secondo autorevole parere¹⁹⁰ non si ritenne potessero essere inclusi nella categoria delle garanzie le cosiddette “postergazioni”, questo per il semplice motivo che esse non erano vere e proprie garanzie, ma soltanto degli accordi volti ad alleggerire la pressione economica immediata quanto alle scadenze, fermi restando nella loro sussistenza i crediti postergati, del cui pagamento il legislatore non può non preoccuparsi. Stesso principio vale per quelle garanzie offerte sul patrimonio personale extra-aziendale dell’imprenditore individuale o dai soci personalmente e illimitatamente responsabili per quanto attiene al proprio patrimonio personale. Si ritorna perciò al concetto di garanzia fondato sulla mera consistenza patrimoniale del debitore, dovendo considerare tutti i patrimoni appena citati già come acquisiti alla garanzia patrimoniale generica dei creditori e quindi acquisibili alla massa attiva fallimentare in caso di dichiarazione di fallimento.

¹⁸⁹ “Nel quadro di una incredibile ricchezza casistica di tipi di garanzie, può legittimamente entrare in concreto, insieme ad altre specifiche e nuove garanzie, anche la consistenza patrimoniale dell’impresa di cui si evita il fallimento”, cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 670.

¹⁹⁰ PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 671.

La seconda parte dell'art. 160, comma 2, n. 2, l. fall., prevedeva una condizione di ammissibilità della proposta di concordato preventivo alternativa rispetto a quella di cui al n. 1 appena esaminata.

In alternativa alla suddetta proposta il debitore poteva infatti cedere ai suoi creditori tutti i beni esistenti alla data della proposta di concordato nel proprio patrimonio, salva l'esclusione di quelli indicati nell'art. 46 l. fall., sempreché la valutazione di tali beni facesse fondatamente ritenere che i chirografari potessero essere soddisfatti almeno nella misura del quaranta per cento dell'ammontare delle obbligazioni vantate¹⁹¹.

L'offerta di cessione, ai fini di ottenere il pagamento dei debiti dell'imprenditore, prevedeva la liquidazione di tutti i suoi beni, ad opera dal commissario liquidatore nominato dal Tribunale e successivamente la distribuzione del ricavato agli aventi diritto secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Si rammenta che la cessione doveva comprendere anche i beni dei soci personalmente e illimitatamente responsabili, oppure l'equivalente economico dei patrimoni personali eventualmente offerto da terzi¹⁹².

Inoltre, si riteneva che mentre nella procedura di concordato preventivo per garanzia, fosse necessario assicurare l'adempimento delle obbligazioni assunte, in quella per cessione i beni stessi erano sufficienti per far fronte agli obblighi assunti, secondo una previsione di normale approssimazione.

Lo svolgimento della procedura di concordato preventivo è in conclusione influenzato dalla scelta del debitore fra i due tipi di proposta, la seconda delle quali richiede necessariamente una più complessa realizzazione esperita attraverso una attività liquidatoria che necessita il controllo del debitore, da una parte, dei creditori, dall'altra e, fra le due parti, del giudice.

Come vedremo con la nuova normativa anche tale sistema è stato rivoluzionato, offrendo una maggiore possibilità di scelta delle modalità con cui il debitore può risolvere la crisi.

Come già accennato, il concordato preventivo originario previsto dal R.D. n. 267/1942 era una procedura concorsuale caratterizzata da un forte intervento pubblicistico del Tribunale, il cui ruolo era volto sia ad esprimere un giudizio di merito della proposta, quanto un giudizio di meritevolezza del debitore proponente, senza accennare minimamente una sorta

¹⁹¹ Art. 160 comma 2 legge fallimentare (ante riforma).

¹⁹² PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 672.

di tutela per il ceto creditorio. Infatti, nonostante il superamento della maggioranza dei creditori, il Tribunale poteva comunque ritenere la proposta non meritevole e conveniente e quindi, oltre a non omologare il concordato preventivo, ne dichiarava l'inammissibilità o il rigetto, e l'automatica dichiarazione di fallimento per l'imprenditore in stato di insolvenza¹⁹³.

Il ceto creditorio era emarginato a tal punto che, in giurisprudenza, per cercare di andare incontro alle aspettative del debitore ed evitare l'aumento dei casi di fallimento, si era affermato un consolidato orientamento in base al quale dalla liquidazione dei beni immobili si doveva ottenere una somma in grado di soddisfare il pagamento integrale delle spese della procedura e dei crediti privilegiati, ed ammettendo che la percentuale dei creditori chirografari fosse anche considerevolmente inferiore al quaranta per cento, tutto ciò senza provocare la risoluzione per inadempimento¹⁹⁴.

Questo tipo di approccio della giurisprudenza *“comportò una considerevole diminuzione delle domande di concordato preventivo, destinato ad un lento tramonto, in quanto non più idonee ad intercettare i segnali dell'economia e del diritto d'impresa che inesorabilmente scivolano verso la crisi irreversibile dell'azienda compressa tra debiti accumulati di ingente valore e le poche (se non nulle) prospettive di going concern foriere di imminenti pronunzie di fallimento e della conseguente dissoluzione dei valori aziendali e patrimoniali dell'imprenditore”*¹⁹⁵.

Alla stessa sorte era destinata anche la procedura di amministrazione controllata, la quale venne infatti abrogata dalla riforma della legge fallimentare, in quanto improduttiva nella realtà dei fatti ed utilizzata il più delle volte unicamente per prolungare i tempi prima di essere assoggettati alla procedura finale di fallimento¹⁹⁶.

¹⁹³ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 52.

¹⁹⁴ Trib. Sulmona, 14 luglio 2004.

¹⁹⁵ Cit. BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 53.

¹⁹⁶ Sull'argomento si veda BELCREDI M., *Le soluzioni concordate nella riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 1995, p. 8 ss.

2.5 Panoramica della procedura di concordato dalla proposta alla sua esecuzione¹⁹⁷

L'art. 161¹⁹⁸ l. fall. richiedeva, e richiede tuttora, che la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo sia proposta con ricorso, firmato dal debitore, al tribunale del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa. Era inoltre statuito che nella domanda il ricorrente esponesse le cause che avevano determinato la sua insolvenza e le ragioni della proposta di concordato nonché presentasse le scritture contabili, uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori. Sul tema si fa presente che la natura confessoria della domanda di concordato preventivo, sostenuta dall'orientamento pubblicistico, è stata irrevocabilmente confutata oltre che dall'opposto orientamento privatistico, anche in giurisprudenza dalla Suprema Corte¹⁹⁹.

L'art. 162²⁰⁰ disponeva inoltre che il tribunale, sentito il p.m. e facoltativamente anche il debitore, con decreto non soggetto a reclamo, dichiarasse inammissibile la proposta di concordato preventivo se non ricorrevano le condizioni previste dal comma 1 art. 160, oppure se riteneva che la proposta di concordato non rispondesse alle condizioni indicate nel comma 2 dello stesso articolo. In tutti questi casi il tribunale dichiarava d'ufficio il fallimento del debitore. Veniva così introdotta una determinata regola, eliminata successivamente a seguito della riforma del 2007, ovvero quella dell'"obbligatorietà d'intervento del pubblico ministero" nel processo di concordato preventivo, in applicazione dell'art. 70, n. 5, C.P.C.

Si riteneva inoltre che l'art. 162 dovesse essere interpretato estensivamente, in quanto per come formulato, poteva sembrare che l'audizione del pubblico ministero fosse richiesta soltanto quando il tribunale provvedeva negativamente, mentre in realtà l'intervento del

¹⁹⁷ Si vuole fare presente che quanto segue è una trattazione riassuntiva della procedura di concordato preventivo, al cui approfondimento si rimanda LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002; RAGO G., *Il concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1998; PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2002; BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002; BONFATTI S., *Manuale di diritto fallimentare*, 2004, Padova, Cedam; MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)*, 4° edizione, 2000, Padova, CEDAM.

¹⁹⁸ L'art. 161 subirà nel 2005 una modifica a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2 d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

¹⁹⁹ BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 61.

²⁰⁰ Si ricorda nuovamente che l'art. 162 l. fall. sarà sostituito dall'art. 12, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

p.m. doveva essere richiesto indipendentemente dal tipo di provvedimento, positivo o negativo, adottato dal tribunale.

L'irreclamabilità del decreto di inammissibilità poneva il già discusso problema della ricorribilità per Cassazione ex art. 111 Cost., ricorribilità che ha dato vita sia sentenze a favore che sentenze contrarie a tale disposizione²⁰¹.

Nel caso in cui il tribunale riconoscesse invece ammissibile la proposta del debitore, sia sotto il profilo delle condizioni personali e patrimoniali, che sulle sue argomentazioni in fatto ed in diritto, e sugli allegati documenti, procedeva con decreto non soggetto a reclamo, alla dichiarazione di apertura il processo di concordato preventivo, pronunciando taluni provvedimenti, attualmente ancora in vigore, seppur con qualche variazione (art. 163²⁰² l. fall.).

Anzitutto, delega un giudice, definito giudice delegato, alla procedura di concordato, a cui vengono affidate alcune operazioni preparatorie della procedura di concordato. Inoltre, l'art. 164²⁰³ statuisce che i decreti del giudice delegato sono soggetti a reclamo a norma dell'art. 26 l. fall, mentre il decreto del tribunale che decide sul reclamo non è soggetto gravame, con la conseguente problematica applicazione dell'art. 111 Cost.

Il secondo provvedimento immediato ad opera del Tribunale (art. 163, comma 1, n. 2, l. fall.) ordina la convocazione di tutti i creditori non oltre trenta giorni dalla data del provvedimento, ed indica il termine per la comunicazione di questo ai creditori. A differenza di quanto accade nel concordato fallimentare, dove i creditori sono in questa fase già precise parti sostanziali e formali del processo, nel concordato preventivo i creditori non sono a questo punto ancora identificati, per questo motivo viene richiesta la maggiore garanzia processuale della convocazione, affinché i creditori possano personalmente e direttamente esprimere il loro parere in una assemblea attraverso una discussione contestuale ed alla presenza di tutti i partecipanti.

Il terzo provvedimento (art. 163, comma 1, n. 3, l. fall.) si interessa della nomina del commissario giudiziale (figura che va distinta da quella del curatore del fallimento), per la

²⁰¹ Sull'argomento si veda, a favore PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 676; contrario: Cass. 29 settembre 1999, n. 10808, in *Il Fall.*, 2000, p. 1254; Cass. 2 maggio 1994, n. 4231, in *Il Fall.*, 1994, p. 1146; Cass. 20 marzo 1990, n. 2311, in *Il Fall.*, 1990, p. 1028.

²⁰² L'art. 163 verrà sostituito dall'art. 3, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005, n. 80.

²⁰³ L'art. 164 l. fall. sarà sostituito dall'art. 141, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

quale la legge rinvia agli artt. 27, 28 e 29 l. fall. La mancata perdita dell'amministrazione e della disponibilità del patrimonio del debitore caratteristica del concordato preventivo, non giustificerebbe infatti quella pluralità di poteri che invece è propria del curatore. Il commissario del concordato è principalmente un organo di controllo e di consulenza, oltre a svolgere funzione di assistenza alla direzione del processo che si trova nelle mani del tribunale, salva la delega per parte dell'attività al giudice delegato.

Il quarto provvedimento previsto dall'art. 163 (n. 4) si interessa al cosiddetto deposito. Il tribunale fissa un termine non superiore a otto giorni entro i quali il ricorrente deve depositare in cancelleria la somma che si presume necessaria per l'intero processo. Si rammenta che il mancato deposito è sanzionato gravemente, essendo infatti previsto che la sua mancata esecuzione entro il termine previsto porti, a norma dell'art. 162 comma 2 l. fall., alla dichiarazione di fallimento²⁰⁴.

Il decreto, ai sensi dell'art. 166 l. fall.²⁰⁵, veniva pubblicato mediante affissione a cura del cancelliere alla porta esterna del tribunale ed altresì comunicato per l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese. Il cancelliere provvedeva inoltre alla sua pubblicazione nel foglio degli annunci legali della provincia e nei giornali eventualmente indicati dal tribunale (comma 2, art. 166 l. fall.). Se il debitore possedeva beni immobili o altri beni registrati, si applicava la disposizione del comma 2 dell'art. 88 l. fall.²⁰⁶.

La disposizione dell'art. 167 comma 1²⁰⁷ l. fall. prevede che il debitore conservi l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sia pure sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato. Ne consegue che debitore ha in realtà la possibilità di disporre come ritiene più opportuno, potendo gli organi di vigilanza e direzione provocare la sanzione della dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, comma 2, l. fall. solamente a fatto accaduto. In conclusione a seguito dall'instaurazione del processo di concordato preventivo, l'amministrazione del patrimonio non subisce alcuna influenza, consentendo al debitore di proseguire ed operare nelle sue varie posizioni

²⁰⁴ Particolarità di quest'ultimo comma dell'art. 163. A seguito della riforma d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, art. 12, è compito del commissario giudiziale provvedere a norma dell'art. 173 comma 1, e non più del tribunale.

²⁰⁵ Successivamente modificato dai d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

²⁰⁶ "Se il fallito possiede immobili o altri beni soggetti alla pubblica registrazione, il curatore notifica un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici, perché sia annotato nei pubblici registri".

²⁰⁷ Il comma 1 dell'art. 167 sarà successivamente modificato dall'art. 43, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

giuridiche nei rapporti giuridici pendenti, senza variazione alcuna nei suoi diritti e nei suoi doveri, conservando sia la piena capacità di diritto sostanziale che di diritto processuale²⁰⁸.

Il comma 2 impone invece un limite a difesa del patrimonio del debitore ed a tutela del creditore, disponendo che tutti gli atti di straordinaria amministrazione (ovvero mutui, transazioni, pegno, fideiussioni, rinunce a liti, ecc.)²⁰⁹, se compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Secondo autorevole opinione, in ordine al pagamento dei debiti pre-concordatari: *“pagare un debito rientra nell'attività di ordinaria amministrazione, sempre che non si giunga ad integrare l'ipotesi degli atti “comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, ex art. 173 od a ledere la par condicio, nel quale caso la sanzione è quella del fallimento”*²¹⁰. La questione appare quindi risolta.

Infine, ai sensi dell'art. 168, dalla data di presentazione del ricorso decorrono gli effetti per i creditori, i quali da quel momento non hanno più titolo per poter iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Veniva, e viene richiesta tuttora, dato che il comma 1 non ha in questo senso subito alcuna variazione²¹¹, una inibitoria generale paragonabile a quella dell'art. 51²¹² per il fallimento. Manca però, il corrispondente art. 52 l. fall.²¹³, dato che l'inibitoria di cui sopra si riferisce solamente alle azioni esecutive; questo significa che i creditori possono procedere per l'accertamento dei loro crediti e per la costituzione di un titolo esecutivo di natura e formazione giudiziale. Secondo autorevole parere *“questo è in linea con la struttura del processo, che non intacca la capacità di agire del debitore e quindi la sua capacità processuale di tutelare il suo patrimonio. Anzi, la*

²⁰⁸ Cass. 10 settembre 1990, n. 9663, in *Il Fall.*, 2000, p. 768; Cass. 6 aprile 1995, n. 4033, in *Rep. Foro It. Mass.*, 1995; Cass. 8 gennaio 1979, n. 78, in *Rep. Foro It. Mass.*, 1979, n. 45;

²⁰⁹ L'autorizzazione è richiesta per gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, l'elenco dell'art. 167 è infatti meramente esemplificativo; in giurisprudenza Trib. Foggia 7 aprile 1989, in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 960; Trib. Napoli 8 maggio 1994, in *Fall.*, 1995, II, p. 495; App. Bologna 5 marzo 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, p. 773; App. Milano, 26 settembre 1978, in *Fall.*, 1979, p. 195.

²¹⁰ Cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 683.

²¹¹ Si fa presente che è invece cambiata, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 12 del d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169, la seconda parte della norma che se inizialmente prevedeva la sospensione delle azioni esecutive “fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato” prevede ora l'interruzione “fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo”.

²¹² Articolo novellato “*Divieto di azioni esecutive individuali*”, il quale afferma che “*salvo diversa disposizione della legge dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o perseguita sui beni compresi nel fallimento*”.

²¹³ Novellati “*Concorso dei creditori, Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo di versa disposizione di legge*”.

presentazione del ricorso non determina neppure l'interruzione per i procedimenti in corso né minimamente li influenza. In conclusione, tutte le azioni sono esperibili o proseguibili, quelle di accertamento, quelle di condanna, e quelle di costituzione. Le uniche bloccate sono quelle esecutive, cioè quelle che intaccano in senso giuridico-materiale la consistenza del patrimonio del debitore”²¹⁴.

Passiamo ora alla fase di svolgimento del processo del concordato preventivo, rimasta pressoché invariata a seguito delle varie riforme che hanno interessato la legge fallimentare, salvo qualche modifica che verrà di seguito richiamata.

A partire dall'art. 170, in cui sono elencati una serie di “provvedimenti immediati” di competenza del giudice delegato e del commissario giudiziale che devono essere adottati subito dopo il provvedimento di ammissione.

Primo compito da espletare, ai sensi dell'art. 170, è quello di provvedere, immediatamente dopo il decreto di ammissione al concordato, alla sua annotazione sotto l'ultima scrittura dei libri presentati. Questi ultimi devono essere restituiti al debitore, il quale ha poi l'obbligo di tenerli a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale.

Altro provvedimento immediato²¹⁵, di competenza del commissario giudiziale, riguarda la verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori, ai sensi dell'art. 171 l. fall., sulla base delle scritture presentate dal debitore a norma dell'art. 161 l. fall. L'aspetto maggiormente rilevante riguarda l'attività di identificazione dei creditori, i quali verranno avvisati attraverso raccomandata o telegramma sempre ad opera del commissario giudiziale. Nonostante l'art. 171 comma 1 l. fall., attribuisca al commissario il potere di approvare le “necessarie modifiche” alle scritture contabili del debitore, il procedimento di identificazione è ridotto ad una attività unilaterale del commissario stesso, di natura meramente amministrativa e per nulla vincolante per i diritti dei soggetti interessati. Su tale argomento si sono susseguiti pareri contrastanti, alcuni dei quali sostenevano che il potere di controllo del commissario possa estendersi fino all'esclusione o all'inserimento di un credito, o quantomeno, può consistere in un esame della correttezza dell'elenco anche sotto

²¹⁴ Cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 685.

²¹⁵ Sull'argomento si veda BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 70.

il profilo giuridico, specie in riferimento alla sussistenza di privilegi²¹⁶; in senso contrario venne affermato invece che il commissario giudiziale deve limitarsi alla correzione degli errori materiali, dovendosi procedere alla dichiarazione di fallimento, *ex art.* 173, in caso di omissioni o falsificazioni contenute nella contabilità o nell'elenco nominativo dei creditori²¹⁷.

Una ulteriore precisazione relativa al compito del commissario giudiziale di provvede a comunicare ai creditori la data di convocazione e le proposte del debitore. Qualora tale comunicazione risulti sommariamente difficile, a causa di elevato numero di creditori o difficoltà nell'identificarli, il tribunale, sentito il commissario giudiziale, può dare l'autorizzazione prevista dall'art. 126 l. fall. (art. 171 comma 3).

Se vi sono obbligazionisti, il termine previsto dall'art. 163, comma 2, n. 2 deve essere raddoppiato a favore di tutti i creditori mentre l'avviso di comunicazione è comunicato al loro rappresentante comune (art. 171 comma 4 l. fall.).

L'art. 172 l. fall. prevede ulteriori attività del commissario rientranti nella categoria dei provvedimenti immediati, ovvero: la redazione di un inventario del patrimonio del debitore (il quale ha sia funzione elencativi analitica, che valutativa, potendogli inoltre essere affiancato uno stimatore, nominato dal giudice delegato, per assistere il commissario nella valutazione dei beni), nonché di una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato, sulle garanzie offerte ai creditori e su eventuali fatti di rilevanza penale²¹⁸.

L'art. 173 l. fall. ha notevole rilevanza sullo svolgimento di tutto il processo di concordato preventivo, prevedendo la possibilità che, accertati determinati comportamenti, possa essere dichiarato il fallimento del debitore. Nel caso in cui quest'ultimo abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo²¹⁹, oppure dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti,

²¹⁶ PAJARDI P., *Codice del fallimento*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 1078; TEDESCHI G.U., *Le procedure concorsuali minori*, UTET, 1996, II, p. 147.

²¹⁷ RAGUSA MAGGIORE G., *Diritto fallimentare*, Napoli, Morano 1974, II, p. 1034; BONSIGNORI A., in *Diritto fallimentare*, Napoli, Morano 1974, II, p. 1034; GRECO I., *Le procedure concorsuali minori*, Milano, Pirola, 1997, p. 523 ss.

²¹⁸ Questo in relazione agli artt. 173, "Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura", e 236 in tema di fatti penali nel concordato preventivo. Sull'argomento, PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 689 ss.

²¹⁹ "Non può ritenersi rientrante in tale categoria un atto in sé e per sé sottoponibile a revocatoria ordinaria fallimentare. La legge parla di occultamento e di dissimulazione dell'attivo, ma non anche di distrazione dell'attivo stesso; salva peraltro l'ipotesi che tali atti vengano posti in essere preordinatamente ai fini della presentazione del ricorso o comunque

oppure abbia esposto passività insussistenti, o infine commesso “altri” atti di frode, il commissario giudiziale doveva darne immediata notizia al giudice delegato (oggi al Tribunale)²²⁰, il quale, esperite le opportune indagini, promuoveva dal tribunale la dichiarazione di fallimento (*ex art. 173 l. fall., comma 1, ante riforma*).

In base alle modifiche previste dalla riforma del 2007, il Tribunale ha ora il compito di aprire d’ufficio la revoca dell’ammissione al concordato e, solamente su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti agli artt. 1 e 5, potrà dichiarare il fallimento del debitore (nuovo comma 2, art. 173).

Infine, il fallimento viene dichiarato, con identiche modalità, qualora il debitore, durante la procedura, compia atti non autorizzati a norma dell’art. 167 l. fall., o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se, in qualunque momento risulti che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato (in origine comma 2, art. 173 l. fall., divenuto comma 3 a seguito della riforma).

Ai sensi dell’art. 174, comma 2 l. fall., i creditori sono convocati all’ adunanza dei creditori, presieduta dal giudice delegato. Ogni creditore può farsi rappresentare da un mandatario speciale, con procura che può essere scritta senza formalità sull’avviso di convocazione (il rilascio della procura è perciò semplificato). Solo il debitore, o chi ne ha la rappresentanza legale, deve intervenire personalmente, salvo il caso di assoluto impedimento, accertato dal giudice delegato, in cui può farsi rappresentare da un mandatario speciale (art. 174 comma 3 l. fall.).

L’assenza ingiustificata non è prevista dalla legge come causa espressa di dichiarazione di fallimento, ma secondo autorevole parere *“quando nessuna giustificazione possa trarsi dalla situazione concreta, ed anzi subentri la legittima interpretazione di un sostanziale recesso del debitore, non vedo altra possibilità che il fare ricorso alla sanzione della improcedibilità del processo di concordato preventivo con conseguente dichiarazione di*

per frodare specificatamente i creditori. Si richiede, in altri termini, qualche cosa di più del mero atto negoziale effettuato in stato di insolvenza ex art. 67 l. fall.”. Cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 690.

²²⁰ Articolo sostituito dall’art. 14, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, secondo il quale ora nel caso in cui il commissario accerti i fatti su esposti, deve riferire immediatamente al tribunale, e non più al giudice delegato. E’ inoltre stato aggiunto un nuovo secondo comma. Il terzo comma è invece rimasto invariato.

*fallimento*²²¹. Tale affermazione può oggi essere intesa nel senso che ad un chiaro recesso del debitore decadrà l'ammissione al concordato, non essendo più prevista la dichiarazione di fallimento "immediata".

L'art. 175 l. fall. prevede una discussione della proposta di concordato. In questa sede al commissario giudiziale spetta illustrare alla adunanza dei creditori la sua relazione, depositata prima dei tre giorni precedenti l'adunanza stessa, nonché le proposte definitive del debitore. Era infatti possibile che nel frattempo il debitore avesse modificato la sua proposta oppure che questa fosse addirittura stata ritirata ai sensi dell'art. 173. Si ricorda che ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169 la proposta di concordato non può oggi essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto²²².

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti (art. 175 comma 2 l. fall.) ed il debitore ha a sua volta diritto di contestare i crediti, facoltà di rispondere nonché il dovere di fornire al giudice delegato gli opportuni chiarimenti (comma 3).

La fase di approvazione del concordato preventivo da parte dei creditori è negativamente caratterizzata dalla mancanza di un accertamento preventivo dei diritti dei creditori, della identificazione che tale accertamento comporta dei titolari dei diritti, nonché del fondamento dei diritti vantati, della loro estensione e della loro natura²²³. L'art. 176 tende infatti ad alleggerire tale situazione, stabilendo che il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunce definitive sulla sussistenza dei crediti stessi²²⁴. I creditori esclusi possono inoltre opporsi all'esclusione in sede di omologazione del concordato. *“Questa possibilità è prevista a rimedio della fretteolosità del sistema, non essendo infatti previsto dalla legge come i crediti possano essere contestati e*

²²¹ Cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 694. Sul tema della improcedibilità della domanda di concordato per assenza del debitore si veda Trib. Roma 26 aprile 1990, in *Dir. Fall.*, 1990, II, p. 870

²²² Ai sensi dell'art. 15, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è stato aggiunto un nuovo secondo comma, il quale afferma che *“la proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto”*. “Questo mette in condizione i creditori di votare in modo consapevole sulla ultima istanza prodotta dal debitore ed in base alla relazione predisposta dal commissario. La norma mira ad impedire che si allunghino i tempi di definizione della procedura scoraggiando eventuali intenti defatigatori del creditore. Prima di questa precisazione si riteneva che la proposta potesse essere modificata sino alla fase del giudizio di omologazione purché avesse contenuto più vantaggioso per i creditori”. Cit. DEL GIUDICE F., *La legge fallimentare spiegata Articolo per Articolo*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2011.

²²³ PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 692.

²²⁴ Conf., Cass. 9 dicembre 1976, n. 4583 e Cass. 29 maggio 1976, n. 1939.

se ciò deve avvenire al momento dell'adunanza o in sede giudiziaria ordinaria. Il legislatore ha però inoltre ammesso l'opposizione alla esclusione soltanto nel caso in cui la ammissione dei creditori esclusi avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze²²⁵».

In deroga ai principi generali relativi alla legittimazione a contestare il credito, ed in mancanza di un procedimento speciale di accertamento concorsuale dei crediti, il legislatore ha ammesso ex art. 175 ogni creditori a sollevare all'adunanza contestazioni su crediti ricorrenti.

I creditori contestati, sia in forza dell'ammissione provvisoria del giudice delegato, sia in forza dell'ammissione definitiva del tribunale in sede di omologazione, una volta ammessi, potevano liberamente votare a favore o contro la proposta di concordato.

Segue a questo punto la votazione ai fini dell'approvazione del concordato. L'art. 177²²⁶ 1. fall. prevedeva la regola fondamentale della duplice maggioranza, ovvero: la maggioranza semplice dei creditori votanti quanto al numero, e la maggioranza dei due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto quanto al capitale rappresentato²²⁷, prendendo così in considerazione da una parte, i creditori effettivamente votanti, e dall'altra la totalità dei crediti concretamente ammessi dal giudice delegato al voto²²⁸ (modalità successivamente modificata).

Se nei termini stabiliti non venivano raggiunte le maggioranze richieste dagli artt. 177 e 178 1. fall., ovvero adunanza dei creditori per la maggioranza numerica e venti giorni successivi per la maggioranza di capitale, il giudice delegato ne riferiva immediatamente al tribunale che dichiarava d'ufficio il fallimento del debitore, a norma dell'art. 162 comma 2 1. fall. (art. 179²²⁹ 1. fall).

²²⁵ Cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 692.

²²⁶ L'art. 177 verrà prima modificato dal d.l. 14 maggio 2005 n. 35 e successivamente sostituito dall'art. 15, D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, ai fini di uniformare le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato preventivo a quelle del concordato fallimentare.

²²⁷ Si fa notare che tale formulazione è diversa rispetto a quella prevista per il concordato fallimentare.

²²⁸ Sul tema della votazione dei creditori si rimanda SATTA S., *Questioni di voto nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1976, I, p. 105; SACCHI R., *Il voto dei creditori nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata: problemi*, in *Giur. Comm.*, 1977, I, p. 772; GUGLIELMUCCI L., *Le maggioranze del concordato preventivo proposto dalla società e dal socio illimitatamente responsabile*, in *Dir. Fall.*, 1982, I, p. 205.

²²⁹ Articolo che verrà modificato dall'art. 16, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Se invece le maggioranze venivano raggiunte, il giudice delegato²³⁰ emetteva ordinanza con la quale fissava l'udienza di comparizione degli interessati davanti a sé, non oltre trenta giorni dall'affissione della stessa. L'ordinanza del giudice delegato rappresentava l'atto processuale di instaurazione della fase di omologazione del concordato.

Qualora i creditori dissenzienti e qualunque interessato intendessero opporsi alla omologazione del concordato preventivo, ne dovevano notificare l'opposizione al debitore ed al commissario giudiziale (indicando nell'atto di opposizione i motivi), nonché costituirsi almeno cinque (oggi 10) giorni prima dell'udienza.

Altrimenti, nel caso invece non fossero state proposte opposizioni, il procedimento di omologazione si poteva svolgere senza contrasti.

L'art. 181 ante riforma²³¹ mette in luce il duplice piano su cui si doveva svolgere l'indagine del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo: da un lato accertare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura (giudizio di legittimità); dall'altro verificare la convenienza della proposta di concordato.

Riguardo quest'ultimo punto, al primo comma erano elencati quattro tipi di valutazione che il tribunale doveva compiere, ovvero: la convenienza economica del concordato per i creditori; il raggiungimento delle maggioranze prescritte dalla legge; la sicurezza delle garanzie offerte; la meritevolezza del debitore.

Al secondo comma dell'articolo erano invece previste le conseguenze che derivavano ad accertamento ultimato: se concorrevano le quattro condizioni elencate, il tribunale pronuncia la sentenza di omologazione; in caso contrario dichiara il fallimento del debitore.

Nella sentenza di omologazione il tribunale determinava infine l'ammontare delle somme che il debitore doveva depositare, secondo la sua proposta, per i crediti contestati nonché le modalità di versamento delle somme dovute ad ogni singola scadenza in esecuzione del concordato, o eventualmente anche rimetteva al giudice delegato il compito di stabilirle con decreto successivo (comma 3, art. 181 ante modifiche).

²³⁰ L'articolo 180 verrà sostituito dall'art. 16, dl.gs. 12 settembre 2007, n. 169. Ora il giudice delegato deve riferire al tribunale l'approvazione del concordato e sarà poi quest'ultimo a fissare l'udienza in camera di consiglio. Inoltre, il modello introdotto dal d.lgs. 169/2007 prevede importanti differenze nel contenuto del potere di controllo giurisdizionale, a seconda che si versi in una delle diverse ipotesi che si possono verificare (ovvero presenza o meno di opposizioni). Sull'argomento si rimanda a LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2008, P. 747 ss.

²³¹ L'art. 181 sarà sostituito dall'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005, n. 80 (inoltre prima della riforma era novellato "Sentenza di omologazione", mentre successivamente "Chiusura della procedura").

Occorre infine sottolineare che tra le due soluzioni, omologazione e non omologazione, può esservi tutta una serie di decisioni intermedie²³².

Contro la sentenza che omologa oppure respinge il concordato potevano appellarsi gli oppositori ed il debitore, entro quindici giorni dalla affissione, *ex art. 183*²³³ l. fall. L'atto di appello veniva notificato al debitore (salvo il caso in cui sia lui stesso l'opponente), al commissario giudiziale ed alle parti costituite in giudizio. Si ricorda che il commissario giudiziale non può in questa sede appellarsi, così come non poteva costituirsi parte formale nel giudizio di primo grado.

La normativa di cui all'art. 184, identica a quella prevista nel quadro del concordato fallimentare (art. 135 l. fall), si occupa degli effetti del concordato omologato per i creditori: *“il concordato preventivo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato”*.

Importante è la disposizione al comma 2 dell'art. 184, secondo il quale *“salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili”*. L'importanza sta nella possibilità che la società ponga invece un concordato preventivo limitatamente a sé stessa, senza intaccare le posizioni obbligatorie dei soci personalmente e illimitatamente responsabili.

L'art. 184 non porta alcun riferimento invece sugli effetti del concordato per il debitore ma si possono comunque ricavare dal sistema generale. Secondo autorevole parere: *“il debitore è tenuto ad osservare i patti proposti, accettati ed omologati, essendo la sua liberazione condizionata, anche temporaneamente, dall'adempimento dei patti relativi. Inoltre, alla garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c., si sostituiscono qui le garanzie concordatarie specifiche accettate, ferme restando le garanzie specifiche reali o personali di terzi sorte pattizamente all'origine”*²³⁴. Come si diceva in precedenza il debitore deve anche rispettare le disposizioni date dal tribunale in sede di omologazione per quanto riguarda le modalità dei depositi e dei versamenti, nonché le modalità della liquidazione per il concordato per cessione di beni.

²³² Sull'argomento si veda PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p.705 ss.

²³³ Articolo che verrà sostituito dall'art. 16, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169. E' stato infatti soppresso il giudizio di appello avverso la sentenza di omologazione e sostituito dal reclamo alla Corte di Appello in conformità di quanto disposto in sede di impugnazione della sentenza di fallimento.

²³⁴ Cit. PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p.709.

Una precisazione sulla sorte dell'imprenditore collettivo dopo l'omologazione e dopo l'adempimento del concordato stesso: la società sopravvive anche nel caso limite della cessione totale dei beni.

Ultima fase da proporre ai fini della completa trattazione della procedura di concordato preventivo è quella relativa alla sua esecuzione. Per il concordato preventivo, come per quello fallimentare, si verifica la sopravvivenza degli organi processuali oltre i limiti della chiusura del processo, che si ha con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione. Prescrive l'art. 185 l. fall. che dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento secondo le modalità stabilite dalla sentenza di omologazione, riferendo al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Si ricorda che nel caso di concordato per cessione di beni, le figure del commissario giudiziale e del giudice delegato sono accompagnate dalla figura del liquidatore, nominato ai sensi dell'art. 182 l. fall., figura con poteri incredibilmente vasti e che è altrettanto incredibilmente svincolata da controllo, quanto meno specifici, da autorizzazioni, da rendiconti immediati²³⁵.

L'art. 186²³⁶ l. fall., tratta infine uniformemente risoluzione ed annullamento del concordato, richiamando le disposizioni degli artt. 137 e 138 l. fall.

²³⁵ PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p.714.

²³⁶ Ai sensi dell'art. 17 d.lgs. 13 settembre 2007, n. 169 sarà sostituito con una nuova formulazione, pur rimanendo invariato il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 137 e 138.

Capitolo 3: Effetti delle riforme, il nuovo art. 160 l.f. e i nuovi requisiti di ammissione

3.1 Il concordato preventivo riformato

Analizzate le riforme della legge fallimentare da un lato, e la tortuosa procedura originaria di concordato preventivo dall'altra, possiamo a questo punto unire quanto detto nei capitoli precedenti e verificare cosa effettivamente sia cambiato e quali risultati sono stati raggiunti. Prima delle varie riforme di cui abbiamo già parlato, era diffusa tra gli specialisti del diritto un forte malcontento verso le procedure concorsuali minori, ovvero concordato preventivo ed amministrazione controllata. A partire dai giudici, i quali non ponevano molta fiducia sulle finalità di queste procedure, soprattutto nel caso di concordato con cessione di beni, in quanto se da un lato liberava l'imprenditore (senza però tutelare la vita stessa dell'impresa), dall'altro non sempre era in grado di garantire ai creditori risultati migliori rispetto alla procedura fallimentare.

Come si diceva, l'insoddisfazione non riguardava solo gli studiosi, ma interessava anche i destinatari delle procedure in questione, ovvero gli imprenditori proponenti. Essi erano piuttosto diffidenti verso l'uso di tali istituti, tant'è che decidere di farvi ricorso era solo un ultimo disperato tentativo per evitare il fallimento, causando oltretutto, come si è già detto nei capitoli precedenti, quello che si è definito un "uso alternativo delle procedure concorsuali" ai fini di mantenere in vita per finalità pubbliche imprese ormai decotte²³⁷.

Ma grazie alla forte spinta del legislatore della riforma del diritto fallimentare, l'istituto del concordato preventivo ha finalmente assunto un ruolo fondamentale nell'ambito degli strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa alternativi al fallimento e volti alla salvaguardia dei vari interessi coinvolti.

Secondo autorevole parere, *"l'istituto del concordato preventivo si caratterizza principalmente come strumento idoneo a realizzare, attraverso la ricerca di un accordo tra il debitore che lo propone e la maggioranza dei suoi creditori, la rimozione del suo stato di crisi e la protezione dell'unità aziendale"*²³⁸.

²³⁷ FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 317 ss.

²³⁸ Cit. BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 65.

Le finalità di tale procedura devono quindi essere espressione sia di un interesse privato del debitore proponente, il quale può evitare effetti di natura personale, patrimoniale e penale evitando l'assoggettamento al fallimento o alla liquidazione coatta amministrativa, sia del ceto creditorio, attraverso un soddisfacimento (seppur in percentuale) dell'ammontare dei propri crediti, nonché manifestazione di un interesse pubblicistico diretto a sottrarre l'azienda dal dissesto a cui rischia di andare incontro e alla salvaguardia degli assetti occupazionali di questa espressivi²³⁹.

La riforma ha cercato quindi di creare uno strumento che fosse realmente preventivo ed alternativo rispetto alla posizione centrale e prevalente che fino a quel momento era in capo al fallimento, in grado di scattare quando ancora si poteva raggiungere un accordo tra creditori e debitore insolvente attraverso una regolazione bonaria²⁴⁰ di prevenzione dell'insolvenza.

A partire dal d.l. 35/2005 ha avuto perciò inizio una sostanziale innovazione dell'istituto del concordato preventivo²⁴¹, il quale ha visto mutare in modo significativo presupposti, funzione e procedimento²⁴². Il contenuto di molte norme della legge fallimentare che disciplinano l'istituto è stato così modificato, lasciando però immutata la sua numerazione, fatta eccezione per l'introduzione degli art. 182 bis, l. fall. (accordi di ristrutturazione dei debiti) e art. 182 ter (concordato fiscale)²⁴³.

La relazione ministeriale al d.l. 15 maggio 2005, n. 35, chiarisce che il concordato “è uno strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso

²³⁹ Trib. Modena, 14 ottobre 2005, in *Il Fallimento*, 2006, p. 356. Cfr. BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 65.

²⁴⁰ FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 318.

²⁴¹ Per una trattazione completa della disciplina del concordato preventivo ante-riforma: LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Giuffrè, 2002; RIVOLTA C. - PAJARDI P., Sub artt. 160 - 186, in Pajardi P. (a cura di), *Codice del fallimento*, Giuffrè, 2004, p. 1257 ss; PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 699 ss; BONSIGNORI A. - FRASCAROLI SANTI E. - NARDO G. - ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 3 ss; RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM; BONSIGNORI A., *Concordato preventivo (art. 160 - 186)*, in *Commentario Scaloja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di Bricola F. - Galgano F. - Santini G., Zanichelli - Il foro italiano, Bologna - Roma, 43 ss.

²⁴² Per una trattazione dell'istituto post-riforma: AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Cottino G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, vol. XI, 1, 2008; AMBROSINI S. - DEMARCHI P.G., *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2005; BONFATTI S. - CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2007, p. 441 ss; LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Giuffrè, 2008; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di Schiano di pepe G., Cedam, Padova, 2007, p. 605 ss.

²⁴³ Per una trattazione completa di questi due istituti si veda SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, sez. III, par. 1.4 e 1.5.

accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa”, dovendosi perseguire l'obiettivo del “*superamento della contrapposizione tra tutela dei creditori e conservazione degli organismi produttivi*”, nella consapevolezza di un punto di equilibrio e coerenza da ottenersi “*attraverso il consenso dei creditori ogni qualvolta sia possibile evitare una procedura liquidatoria*”²⁴⁴.

L'ulteriore d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ha infine innovato alcune delle norme che disciplinano il concordato preventivo, tentando sia di risolvere alcune problematiche emerse dall'applicazione del d.l. 16 marzo 2005, n. 35²⁴⁵, sia di coordinare la nuova normazione imposta dal decreto legge n. 35 con le norme invece rimaste invariate²⁴⁶.

In conclusione, la flessibilità del modello risultante dopo la riforma contenuta nel d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5²⁴⁷ e nel c.d. decreto correttivo n. 169, 23 settembre 2007²⁴⁸ dimostra il notevole sforzo di ammodernamento del legislatore finalizzato innanzitutto alla composizione della crisi d'impresa, e mettendo invece in secondo piano la visione fermamente pubblicistica legata ad un'idea piuttosto sanzionatoria dell'intero sistema delle procedure concorsuali²⁴⁹.

Il modello riformato appare ora maggiormente in grado di consentire alle parti coinvolte nella crisi d'impresa (debitore e creditori) di valutare le possibili soluzioni negoziali della crisi (grazie agli ampi contenuti che può assumere la domanda) nel quadro generale di un regolamento giudiziale dello stato di crisi (quindi regolato e garantito comunque da professionisti), possibilità che si era dimostrata molte volte poco efficace nel quadro precedente, in quanto vincolata a schemi imposti obbligatoriamente dal legislatore che risultavano eccessivamente rigidi per una facile applicazione.

²⁴⁴ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 66.

²⁴⁵ Ha infatti modificato alcune parti degli artt. 182 bis e 182 ter.

²⁴⁶ SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 187 ss.

²⁴⁷ Si ricorda che la riforma si applica anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legge (16 marzo 2005, n. 35) e non ancora a tale data omologati (art. 2 bis, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80).

²⁴⁸ Si fa notare che il decreto correttivo è valido per tutte le procedure concorsuali depositate successivamente al primo gennaio 2008, mentre per quelle aperte fino al 31 dicembre 2007 occorre far riferimento alla normativa introdotta nel 2005 senza tener conto delle modifiche del d. lgs. 169/2007.

²⁴⁹ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 54 ss; sulla prevalenza dell'interesse pubblicistico ante riforma si rimanda al capitolo precedente.

3.2 Presupposto soggettivo del nuovo concordato

In precedenza sono stati appositamente tralasciati alcuni aspetti fondamentali della riforma del concordato preventivo, i quali hanno permesso sia di accrescere notevolmente le occasioni in cui è oggi possibile ricorrere all'istituto, nonché modificato le modalità di accesso alla procedura stessa.

Per quanto riguarda i presupposti soggettivi della procedura, il legislatore della riforma ha previsto l'eliminazione di quei caratteri formali e sostanziali di meritevolezza che l'imprenditore proponente doveva avere per poter avanzare la proposta di concordato, mentre, relativamente al presupposto oggettivo, non è più necessario lo stato di insolvenza bensì è sufficiente lo stato di crisi.

Ma vediamo ora il tutto nel dettaglio, a partire proprio dal presupposto soggettivo, che assume ora una *“valenza priva di valutazioni sulla condotta, riferendosi meramente all'imprenditore, circostanza questa che rafforza l'idea di un istituto pensato per l'impresa, intesa come nucleo produttivo distinto dai suoi gestori e dal loro profilo etico nella conduzione degli affari”*²⁵⁰.

La nuova disciplina che caratterizza l'istituto del concordato preventivo non prevede più il concetto di beneficio per l'imprenditore *“onesto e sfortunato”*, essendo venute meno le condizioni di ammissibilità di natura strettamente personale, legate alla figura dell'imprenditore (che trovavamo al comma 1 dell'art. 160, n. 1 – 3, l. fall. prima della sostituzione prevista dall'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005, n. 80), così come è stato eliminato il giudizio di meritevolezza da parte del Tribunale, che doveva valutare se il debitore, in relazione alle cause che avevano provocato il dissesto e alla sua condotta, fosse meritevole del concordato (disposizione prevista dall'art. 181, comma 1, n. 4, l. fall. sottoposto allo stesso d.l. di modifica di cui appena detto).

Sono quindi venuti meno i requisiti soggettivi che erano in precedenza alla base della domanda di concordato preventivo, *“non occorrendo che il debitore proponente sia meritevole del beneficio in quanto non è necessario aver tenuto regolarmente la contabilità, né aver non beneficiato di procedure concorsuali minori nel quinquennio*

²⁵⁰ Cit. MARINONI R. - DELLA CHA' A., Presupposti soggettivi e oggettivi del concordato preventivo post- riforma, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010/5 Settembre – Ottobre.

*precedente o non essere stato condannato con sentenze passate in giudicato per reati contro il patrimonio, la fede pubblica o il commercio, o per reati come la bancarotta patrimoniale o documentale*²⁵¹.

L'imprenditore oggi assoggettabile alle procedure concorsuali, con le limitazioni specifiche che caratterizzano ciascuno degli istituti concorsuali, può essere: una persona fisica, una società, un ente pubblico, un'associazione o un ente no profit che eserciti un'attività commerciale²⁵². Sono quindi esclusi l'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.), il professionista (art. 2238 c.c.) ed il soggetto non imprenditore²⁵³.

L'art. 160 l. fall., configura, al primo comma, quale presupposto soggettivo del concordato preventivo, la qualità di imprenditore, disposizione che deve essere integrata con quelle contenute agli art. 1 e 3 della l. fall., secondo le quali possono essere ammessi alla procedura in esame gli imprenditori assoggettati al fallimento che abbiano superato i limiti soglia (art. 1 l. fall.) ma anche le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, a prescindere dal possesso dei requisiti dimensionali di fallibilità (art. 3 l. fall.)²⁵⁴.

Si deve inoltre ricordare, come già accennato nei capitoli precedenti, che la figura di piccolo imprenditore (che trovavamo all'art. 1 l. fall.) è stata modificata dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, non essendo oggi più ammissibile il riferimento a tale figura ai fini dell'esclusione dalla soggezione alle procedure dette.

La riforma ha pensato invece di stabilire specifici limiti quantitativi²⁵⁵ di cui all'art. 1, comma 2°, l. fall., ai fini dell'identificazione dell'imprenditore commerciale assoggettabile a fallimento e concordato preventivo, facendo venir meno ogni riferimento alla figura di piccolo imprenditore (di cui all'art. 2083 c.c.) ed allo scopo di chiudere una volta per tutte i vari conflitti relativi alle diverse interpretazioni su tale nozione.

²⁵¹ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 68.

²⁵² Sull'argomento si veda SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 18 ss. Sull'esercizio dell'attività di impresa commerciale da parte di enti non societari di natura privata come le associazioni, fondazioni, consorzi con attività esterna e g.e.i.e., ecc. e sui conseguenti problemi di disciplina (anche fallimentare) si veda anche CETRA A., *L'impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino, 2003.

²⁵³ Inizialmente la legge fallimentare italiana ha effettuato in questo campo delle scelte in controtendenza a quelle compiute dagli altri ordinamenti (come Germania, Spagna, Gran Bretagna e Usa), le quali avevano invece esteso le procedure concorsuali, con adeguati aggiustamenti, ad ogni sorta di debitore insolvente. Scelta apparsa incoerente con la nuova ottica delle procedure concorsuali e che di recente è stata infatti modificata. Si veda par. 4.3 del presente elaborato.

²⁵⁴ FILOCAMO F.S., *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010/12.

²⁵⁵ Art. 1, comma 2°, l. fall., d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Già il d. lgs. 5/2006 introduce alcune novità all'art. 1, comma 2²⁵⁶, inserendo una specificazione in negativo, ovvero, anziché definire il piccolo imprenditore, stabilì chi non era tale ai fini del primo comma (rimasto invece invariato rispetto alla trattazione precedente), eliminando la presunzione assoluta di fallibilità delle società commerciali²⁵⁷ e delimitano la nozione di piccolo imprenditore inserendo due parametri normativi che potevano ricorrere anche alternativamente. Questi parametri erano: investimenti effettuati dall'impresa e ricavi lordi da essa ottenuti. A questo si aggiunse il limite di cui all'art. 15 l. fall. (presente tutt'oggi, ma valido solo per la procedura fallimentare), secondo il quale non poteva avere luogo il fallimento “*se l'ammontare dei debiti scaduti non pagati risultanti dagli atti di istruttoria pre-fallimentare*” era inferiore a 25.000 euro²⁵⁸.

All'introduzione di tali limiti, che in qualche modo rappresentavano una nuova nozione di piccolo imprenditore, seguirono ovviamente conflitti interpretativi tra i sostenitori della tesi secondo la quale non fosse più necessario ricorrere all'art. 2083 c.c. come criterio di valutazione per la definizione di piccolo imprenditore, e chi invece sosteneva l'applicabilità di tale *paradigma codicistico* in ragione del fatto che i parametri introdotti dal nuovo art. 1 dovevano essere considerati come dei limiti soglia al di sopra dei quali l'art. 2083 c.c. non fosse mai invocabile, ma al di sotto dei quali doveva conservare piena validità ed operatività²⁵⁹. Tale ultimo orientamento era stato però fortemente criticato per i disagi che poi in concreto avrebbe prodotto, in quanto non dava una effettiva collocazione a quegli imprenditori che non erano “non piccoli” (perché superano il limite del 2° comma), né potevano considerarsi piccoli perché non avevano i requisiti richiesti dall'art. 2083 c.c. (prevalenza del lavoro).

²⁵⁶ “Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori. Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente: a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila; b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila. I limiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni, con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento”.

²⁵⁷ L'art. 1, al comma 2, statuiva che “In nessun caso sono considerati piccoli imprenditori le società commerciali”.

²⁵⁸ Limite introdotto sempre con la riforma del 2006, alzato ad euro trentamila dal decreto correttivo 2007.

²⁵⁹ Sull'argomento si veda VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 12 ss.; FAUCEGLIA G., *Condizioni soggettive ed oggettive di fallibilità: la nuova nozione di piccolo imprenditore. La società commerciale. La crisi e l'insolvenza*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, p. 1039 ss.; FAUCEGLIA G., *Sull'estensione dei soggetti esonerati*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 990 ss.

Altro problema riguardava la definizione di “investimenti in azienda” (lettera a) art. 1 comma 2) che voleva l’esclusione, dalla categoria di piccoli imprenditori – non fallibili, le imprese che impiegavano un capitale superiore a 300.000 euro in investimenti. Non era infatti stabilito il limite temporale a cui questo parametro avrebbe dovuto riferirsi, oltre a non essere fornita dal legislatore una spiegazione più dettagliata del concetto di investimenti in azienda.

Analoga questione emerse in tema di “ricavi lordi” di cui alla lettera b) comma 2, art. 1 l. fall., i quali, per poter sottrarsi dal fallimento, non dovevano essere superiori a 200.000 euro all’anno. In particolare non si riusciva a comprendere se questi ricavi dovessero riferirsi solamente alla vendita del prodotto o anche da qualunque attività svolta dall’impresa.

Infine, con riferimento alla formulazione negativa del requisito di esenzione, erano sorti alcuni problemi con riferimento dell’onere della prova. Secondo l’opinione dominante, la sussistenza di tali requisiti doveva essere provata dall’imprenditore, ma vi era anche chi riteneva il requisito come fatto costitutivo con relativo onere probatorio a carico del creditore o del Pubblico Ministero.

Venendo quindi all’entrata in vigore del d. lgs. 169/2007, sono in parte stati risolti alcuni dei dubbi interpretativi appena citati. Il nuovo art. 1 l. fall. stabilisce quanto segue.

“Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

I limiti di cui alle lettere a), b e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento”.

Prima rilevante modifica, ai fini di eliminare ogni dubbio relativo all’interpretazione sulla nozione di “piccolo imprenditore”, è stata l’eliminazione dal comma 1 del riferimento all’esclusione da fallimento e concordato preventivo dei “piccoli imprenditori”.

La relazione illustrativa del decreto in questione specifica che *“per delimitare l’area dei soggetti esonerati da fallimento, non viene più utilizzata la nozione di piccolo imprenditore commerciale, ma vengono indicati direttamente una serie di requisiti dimensionali massimi che gli imprenditori commerciali (resta quindi fermo l’esonero dalle procedure concorsuali di tutti gli imprenditori agricoli, piccoli e medio grandi) devono possedere congiuntamente per non essere assoggettati alle disposizioni su fallimento e concordato preventivo...”*²⁶⁰.

Questa modifica porta definitivamente a dover utilizzare, per indagare sui caratteri della “piccolezza” dell’imprenditore, solo i parametri quantitativi indicati al secondo comma dell’art. 1 l.fall., mentre la nozione di cui all’art. 2083 c.c. potrà d’ora in poi essere utilizzata solo in campi diversi dal diritto fallimentare.

Il primo dei nuovi parametri, lettera a) del 2° comma, art. 160, è quello dell’attivo patrimoniale, che va a sostituire il precedente criterio degli investimenti, e che richiede un ammontare complessivo annuo non superiore a 300.000 euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore. Punto di forza del primo nuovo parametro, ai fini di evitare ulteriori dubbi interpretativi, è la possibilità di poter individuare all’art. 2424 c.c. tutte le componenti dell’attivo

²⁶⁰ Cit. VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 17. Non sono però mancati dubbi interpretativi a causa dei limiti di cui all’art. 1, comma 2°, l. fall. che, ad una prima lettura, sembrerebbe non consentire all’imprenditore che sta al di sotto di tali limiti quantitativi di poter accedere alla procedura di concordato preventivo. Tale disposizione sembra invece doversi riferire solo alla procedura fallimentare. *“Se infatti è lo stesso imprenditore che richiede il concordato a dover dimostrare di avere i requisiti dimensionali ivi previsti per essere escluso dalla procedura, appare chiara la contraddizione. Non sembra ci sia alcun motivo per cui chi chiede l’ammissione al concordato preventivo avrebbe interesse a dimostrare di non potersi accedere”*. Cit. FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell’impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 321 e ss. Tale opinione appare del tutto contestabile e per questo ci si attiene ad altri altrettanto autorevoli pareri secondo i quali invece tali limiti quantitativi devono necessariamente valere sia per il fallimento che per il concordato preventivo.

patrimoniale, e quindi: immobilizzazioni, attivo circolante e crediti verso soci per versamenti ancora dovuti. Inoltre, grazie al riferimento temporale, non ci sono ormai più dubbi sul periodo entro il quale gli organi della procedura dovranno indagare.

Il parametro di cui alla lettera b) non subisce particolari variazioni rispetto alla formulazione precedente. Esso continua a fare riferimento alla realizzazione, in qualunque modo risulti, di ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a 200.000 euro, salvo divenire più rigido nella parte in cui prevede l'eliminazione del riferimento alla "media" degli ultimi tre anni, affinché le somme vengano calcolate di anno in anno.

Anche per questo parametro il riferimento temporale non cambia rispetto al punto a), eliminando ogni possibilità di prassi applicative difformi.

La novità più rilevante è però l'introduzione di un terzo parametro, di cui alla lettera c), comma 2, art. 1 l. fall., ovvero "ammontare di debiti anche non scaduti non superiori a 500.00 euro". In questo modo è possibile colpire anche imprenditori che pur essendo di dimensioni limitate, hanno prodotto un dissesto piuttosto rilevate.

Si deve comunque ricordare che, affinché l'imprenditore possa essere dichiarato fallito, i nuovi requisiti devono essere presenti tutti e tre congiuntamente, non essendo sufficiente, come nel precedente regime, che essi siano presenti alternativamente.

Infine, la nuova formulazione del comma 2, primo periodo dell'art. 1 l. fall., chiarisce definitivamente a chi spetta l'onere della prova, facendo superare ogni disputa in sede interpretativa. Infatti stabilisce che: "*non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori (..), i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti*".

La questione relativa ai presupposti soggettivi necessari per l'ammissione o l'esclusione dal concordato preventivo sembrerebbero a questo punto risolta. Ciò nonostante permangono alcuni autorevoli orientamenti che vedono piuttosto superflua la necessità di dover rientrare nei suddetti parametri quantitativi, e piuttosto ritengono che il concordato sia uno strumento di soluzione dello stato di crisi di qualsivoglia imprenditore commerciale.

Uno dei maggiori esponenti di questa teoria è Lo Cascio, il quale afferma che anche gli imprenditori commerciali che presentino i requisiti che ne consentono l'esclusione dalla

soggezione al fallimento possano essere ammessi al concordato preventivo²⁶¹. Questa tesi viene sostenuta anche da Sandulli il quale afferma che “*la norma, ponendo esclusivamente a carico del debitore l’onere di provare il mancato raggiungimento dei requisiti minimi, qualora lo stesso si astenga dal fornire tale prova, dovrà essere ammesso alla procedura concorsuale*”²⁶².

Si deve inoltre segnalare come invece non sia stato interessato ad alcuna riforma l’art. 2221 c.c., il quale esclude dalla soggezione alle procedure concorsuali il piccolo imprenditore. Tuttavia, tale norma si dovrebbe considerare implicitamente abrogata dalla nuova normativa, altrimenti resterebbero aperte molte delle questioni che la riforma intendeva superare²⁶³.

In conclusione si deve ritenere che la nuova disciplina soggettiva di concordato preventivo e fallimento abbia reso irrilevante, ai fini di tali procedure, la tradizionale categoria del “piccolo imprenditore”, avendo assunto valore assorbente per tutti gli imprenditori commerciali non pubblici i caratteri quantitativi contenuti nel comma 2° dell’art. 1 l.fall.

Altro punto da osservare è quello dell’esclusione dalla soggezione al fallimento del debitore che presenti in sede di istruttoria pre-fallimentare debiti scaduti non inferiori a trentamila euro²⁶⁴, in base all’art. 15, comma 8°, l. fall. Tale limite non opera per l’ammissione al concordato preventivo.

Per quanto riguarda i casi di imprenditore cessato (art. 10 l. fall.) ed imprenditore defunto (art. 11 l. fall.), si può ritenere che i principi relativi al fallimento siano applicabili anche al concordato preventivo, unica precisazione è che il limite temporale va riferito alla domanda

²⁶¹ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 221 ss.

²⁶² Cit. SANDULLI M., *La crisi dell’impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 189. Seguendo questa linea si affievolirebbe la funzione del concordato preventivo di mezzo per evitare il fallimento, dato che anche gli imprenditori che non rischiano di fallire potrebbero comunque essere ammessi. In senso contrario, v. PICA, *Il concordato*, in CELENTANO e FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Utet, Torino, 2009.

²⁶³ Sul punto JORIO A., *Il “decreto correttivo” della riforma fallimentare*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio A. e coordinato da M. Fabiani, *Aggiornamento al d.lgs.169/2007*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 7, per il quale “deve ora ritenersi che l’art. 2221 c.c., secondo il quale sono esclusi dalle procedure concorsuali i piccoli imprenditori commerciali, debba essere letto in sintonia con quanto previsto dalla nuova legge fallimentare, così come scaturita dal decreto correttivo, e che ogni riferimento alla nozione di piccolo imprenditore di cui all’art. 2083 c.c. per quanto attiene alle procedure concorsuali debba considerarsi abrogato”.

²⁶⁴ Somma così aggiornata dal decreto correttivo 2007, rispetto ai venticinquemila euro previsti dal d.lgs. n. 5/2006.

di ammissione alla procedura²⁶⁵, e che, in considerazione del contenuto della proposta di concordato, tale status non risulti incompatibile con la procedura²⁶⁶.

Invece, nell'ipotesi di concordato preventivo richiesto dall'imprenditore cancellato dal Registro delle imprese, ritenuto ammissibile al pari dell'imprenditore cessato o defunto dalla prevalente dottrina in base all'applicazione analogica degli artt. 10 e 11 l. fall., alcune pronunce ne hanno escluso l'ammissibilità facendo leva sulla specialità della disciplina dettata dalle norme richiamate e sulla necessaria attualità dell'attività d'impresa che parrebbe sottintesa dalla inclusione tra i documenti da allegare alla domanda di un'aggiornata relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del ricorrente²⁶⁷.

Non ha invece subito variazioni rispetto all'impostazione precedente l'esclusiva legittimazione dell'imprenditore per quanto concerne la formulazione di una procedura concorsuale. Infatti, come nella disciplina precedente, l'unico legittimato a proporre la domanda di concordato preventivo è l'imprenditore commerciale, ad esclusione degli enti pubblici, anche se esercenti attività commerciale (art. 1 l. fall.).

Salvo il rispetto dei limiti dimensionali appena visti, devono ritenersi legittimati a proporre domanda di concordato anche:

- le società di fatto²⁶⁸, le società di persone collettive irregolari (non essendo più richiesta l'iscrizione al registro delle imprese), art. 2296 e 2297 c.c.²⁶⁹;
- le società in liquidazione²⁷⁰, la soddisfazione dei creditori può avvenire anche con la cessione dell'attività, tanto che è stato affermato che il nuovo concordato preventivo

²⁶⁵ Si veda anche FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 321 e ss.

²⁶⁶ SANDULLI M., Sub art. 160 in AA.VV. *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro A. – Sandulli M., Giappichelli, Torino, II, 2006, p. 982. In giurisprudenza cfr. Trib. Macerata, 11 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 365; in dottrina BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 57.

²⁶⁷ Trib. Pescara 20 ottobre 2010; Trib. Verbo 14 dicembre 2006.

²⁶⁸ Parlare di società di fatto consentirebbe di allargare l'indagine, in astratto, alle eventuali società di fatto risultanti dalla attività e dalla compenetrazione di più società di capitali. Infatti, se si reputa ammissibile, come è noto dopo la riforma del diritto societario, la partecipazione della società di capitali ad una di persone, non dovrebbero esservi difficoltà a configurare il caso della società di fatto tra società di capitali, quale fenomeno ulteriore rispetto al gruppo ed alla sua direzione codificata dagli artt. 2497 ss. c.c. Ecco che, ammettendo le società di fatto al concordato preventivo, si finisce per evidenziare il tema e la possibilità di un concordato di gruppo.

²⁶⁹ Sull'argomento si veda MARINONI R. - DELLA CHA' A., *Presupposti soggettivi e oggettivi del concordato preventivo post- riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010/5 Settembre – Ottobre.

può essere utilizzato “*anche in funzione esclusivamente liquidatoria e non soltanto per risanare l’impresa*”²⁷¹;

- gli eredi dell’imprenditore defunto (art. 12 l. fall.) purché non sia decorso l’anno dalla cessazione o dalla morte²⁷²;
- le imprese che per dimensioni potrebbero essere soggette alle procedure di amministrazione (Prodi bis e Marzano): tali procedure presuppongono infatti uno stato di insolvenza conclamato e irreversibile, il concordato invece presuppone non solo l’insolvenza, ma anche lo stato di crisi che potrebbe ancora non essere l’insolvenza conclamata²⁷³.

La legittimazione attiva non viene invece riconosciuta ai soci illimitatamente responsabili di società di persone. Essi sono menzionati dal legislatore solo relativamente: a) all’indicazione nella domanda di concordato dei loro beni e dei loro creditori particolari (art. 161, comma 2, lettera d), al fine di consentire ai creditori dell’impresa di valutare il loro possibile apporto patrimoniale nell’ambito della composizione concordataria; b) alla previsione dell’efficacia remissoria del concordato limitatamente ai debiti sociali (art. 184, comma 2, l. fall.)²⁷⁴.

Inoltre, sempre relativamente all’imprenditore collettivo, in particolare alla società i cui i soci siano illimitatamente responsabili, l’art. 184 comma 2°, l. fall., prevede che, salvo patto contrario, il concordato preventivo della società abbia efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili in ordine alla loro responsabilità per i debiti sociali. Discusso è invece se il concordato sia opponibile anche a creditori particolari dei soci: appare preferibile la soluzione positiva. Su tale norma si deve comunque riconoscere che è tuttora

²⁷⁰ ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1, p. 53 ss.

²⁷¹ Trib. Salerno 5 ottobre 2005, in *Dir. Fall.* 2006, II, p. 153.

²⁷² PANZANI L., *Soggetti e presupposto soggettivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, p. 1009. Al contrario Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Il Fall.* 2006, p. 56, secondo cui l’imprenditore cessato o defunto non può proporre domanda di concordato preventivo giacché le disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 hanno matura eccezionale.

²⁷³ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 213 ss.

²⁷⁴ Cfr. ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008/1, p. 55; AMBROSINI S. – DE MARCHI P.G., *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 19 ss.

un acceso un forte dibattito ed orientamenti contrastanti tra dottrina e Corte di Cassazione²⁷⁵.

Infine, rispetto a quanto previsto dalla disciplina previgente, sono scomparse le condizioni personali di ammissibilità alla procedura che doveva presentare l'imprenditore nel momento in cui depositava la domanda di concordato, ovvero caratteri che identificavano l'imprenditore "onesto e sventurato".

Rispetto al passato, con la riforma del 2006 non sono più necessari i seguenti requisiti: iscrizione da almeno un biennio nel Registro delle Imprese, tenuta regolare della contabilità, meritevolezza, mancato assoggettamento nei cinque anni precedenti ad una procedura concorsuale o concordato preventivo, non assoggettamento a condanna penale per delitti contro il patrimonio (art. 160 del vecchio testo della legge fallimentare).

Il legislatore ha così eliminato le rigide barriere che ostacolavano il ricorso a tale istituto, nel tentativo di agevolare la possibilità di comporre la crisi nell'interesse dell'impresa e dei creditori nonché evitare la procedura concorsuale estrema del fallimento. Come si vedrà in seguito tale innovazione è meno incisiva di quanto appare: la domanda di concordato deve infatti essere accompagnata da un piano la cui veridicità e fattibilità devono essere accertate da un professionista, in base all'art. 161 l. fall.

In sostanza, nonostante vi sia chi afferma che *"oggi è ammesso al concordato preventivo l'imprenditore disonesto e fortunato"* e quindi *"possono accedere alla procedura le società irregolari e gli imprenditori che non abbiano tenuto una regolare contabilità"*²⁷⁶, ora la correttezza gestionale dell'imprenditore, viene indirettamente richiesta nella relazione del professionista.

Un'ulteriore precisazione. La scelta legislativa di eliminare i requisiti personali dell'imprenditore, segno di modernità ed obiettività, non è andata a toccare la norma incriminatrice di cui all'art. 236 l. fall., la quale continua comunque a punire con la reclusione l'imprenditore che, al solo fine di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, attribuisce attività inesistenti o simula crediti in tutto o in parte inesistenti. Inoltre, le norme positive continuano a conferire rilievo (ostativo all'ammissibilità alla

²⁷⁵ Sull'argomento si veda SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 26.

²⁷⁶ Cit. PACCHI S., *Il concordato preventivo*, in Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Utet, Torino, 2009.

procedura) a condotte imprenditoriali antecedenti al deposito della domanda, in quanto l'art. 173, primo comma, l. fall. configura quali cause di revoca dell'ammissione l'occultamento o la dissimulazione di parte dell'attivo, la dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività inesistenti e, in generale, il compimento di atti di frode, categoria dove si possono fare rientrare tutte quelle condotte distrattive o dissipatorie dolose del patrimonio aziendale poste in essere dall'imprenditore, le quali si riverberino sull'esistenza dei presupposti di ammissibilità alla procedura e siano altresì idonee ad arrecare un pregiudizio diretto ai creditori diminuendo la garanzia patrimoniale. Quindi, nel caso in cui la commissione di tali atti emerga già nella fase di ammissione, ciò impedirà l'apertura della procedura e determinerà una pronuncia di inammissibilità²⁷⁷.

3.3 Presupposto oggettivo del nuovo concordato

L'ampliamento dell'area soggettiva è stato accompagnato dalla ancora più innovativa previsione dall'ampliamento dell'area oggettiva del concordato preventivo, vero punto di forza della riforma. Il fattore tempo costituisce necessariamente una variabile fondamentale nel processo di risanamento dell'impresa ed il vincolo normativo posto in origine, ovvero quello dell'"insolvenza", non permetteva in alcun modo di intervenire tempestivamente, intervenendo, nella maggior parte dei casi, a crisi ormai irreversibile.

Vale la pena ricordare ancora una volta quanto è stabilito oggi dall'art. 160, comma 1, ovvero: *"l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano"*²⁷⁸. Il favor del legislatore per la soluzione concordataria sta evidentemente nel mutamento del presupposto oggettivo del concordato, non più rappresentato dallo stato di insolvenza bensì dallo stato di crisi²⁷⁹.

Il sostantivo "stato di crisi" non è mai stato fra i termini maggiormente utilizzati del legislatore fallimentare, ma nel nostro ordinamento possiamo comunque trovare alcuni provvedimenti che lo riportano, come per esempio: la legge istitutiva dell'amministrazione

²⁷⁷ FILOCAMO F.S., *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010/12.

²⁷⁸ Articolo sostituito dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80.

²⁷⁹ VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 5 ss.

straordinaria del 1979, che si riferiva alle “grandi imprese in crisi”, e la rubrica del Titolo IV del Testo Unico Bancario del 1993, “Disciplina delle crisi”. L’unica definizione di crisi d’impresa che troviamo tra i testi di natura giuridica è quella prevista agli artt. 2 e 3 del d. lgs. N. 122/05 contenente disposizioni a tutela dei diritti patrimoniale degli acquirenti di immobili da costruire²⁸⁰, che, in materia di imprese di costruzione, afferma che questa è la “*situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all’immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa*”. Ma tuttavia si tratta di disciplina settoriale, con finalità specifiche e perciò non in grado di fornire una nozione dotata di valenza generale.

La scarsa definizione di tale concetto ha fatto emergere fin dalla sua introduzione nel nuovo art. 160 diverse questioni interpretative relative al significato di tale concetto che, nonostante l’intervento del d.l. 35/2005, sembra ancora legata ad una definizione rimasta in bilico tra la nozione di “*insolvenza*” menzionata all’art. 5 l. fall. e la “*difficoltà ad adempiere*” di cui all’art. 187 l. fall.²⁸¹.

La dottrina ha espresso diverse e contrastanti tesi a riguardo, a partire dalla teoria secondo cui il fenomeno della crisi è un concetto diverso dall’insolvenza e avrebbe un significato non coincidente né con l’insolvenza reversibile dell’amministrazione straordinaria, né con situazioni più ampie che andrebbero a comprendere anche la mera difficoltà ad adempiere²⁸². Altri hanno sostenuto invece che l’espressione “crisi” fosse già stata utilizzata e definita in modo chiaro e preciso nella prima l. Prodi (3 aprile 1979)²⁸³. Certo è che giuridicamente tale concetto non è mai stato definito una volta per tutte.

Sembra pacifico poter affermare che l’insolvenza sia riconducibile a manifestazioni prevalentemente esteriori mediante inadempimenti dell’imprenditore sintomatici di un’incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e costituisca spesso solo la conseguenza finale di una difficoltà di ben diversa natura.

²⁸⁰ Sull’argomento si veda PANZANI L., *I fallimenti immobiliari*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 259 ss.

²⁸¹ ROMANO M. e FAVINO C., *Individuazione della crisi d’impresa e profili d’informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, 2006/8, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, p. 983 ss.

²⁸² BOZZA G., in Fall. n. 8/2005; LO CASCIO G., “*La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma del decreto legge*”, in Fall., 2005, 4, p. 361.

²⁸³ CANALE G., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, Riv. Dir. Proc., 2005, p. 988.

La crisi invece può riferirsi ad un fenomeno molto più ampio, con origini e natura che possono avere origine diversa e che si concretizza in fattori interni all'impresa. La mancanza di esteriorizzazione che caratterizza la crisi e la differenza dall'insolvenza vera è propria è confermata proprio dalla natura della proposta di concordato preventivo, nel senso che, essendo l'imprenditore l'unico titolare dell'iniziativa di concordato, egli dovrebbe essere l'unico consapevole della fase di "difficoltà" attraversata dall'impresa e, quindi, l'unico a dare impulso alla procedura.

La difficoltà di identificare con certezza lo stato di crisi dipende anche dalla condizione che non sempre il mancato adempimento alle obbligazioni assunte si riflette necessariamente con il realizzarsi di uno stato di crisi: l'impresa che per esempio non copre in modo duraturo i costi con i ricavi, con conseguente produzione di perdite non è necessariamente in crisi, come nel caso dell'impresa in fase di *start up* o al caso in cui l'impresa stia puntando su continui e costosi investimenti a fini commerciali.

Specie nella fase iniziale, non sono mancati sostenitori della tesi secondo la quale l'insolvenza avrebbe dovuto essere il presupposto di alcune procedure concorsuali ed allo stesso tempo un limite per la non ammissione di altre, tra cui il concordato preventivo. Secondo tale opinione "*al concordato preventivo potrebbe accedere solamente l'impresa in stato di crisi, che non si sia già manifestata in stato di insolvenza, reversibile o irreversibile, ed il rapporto con le altre procedure di fallimento si svolgerebbe quindi in termini di reciproca esclusione*"²⁸⁴. A sostegno di tale teoria, Bozza ha affermato infatti che il concordato preventivo fosse destinato all'imprenditore in crisi ma non ancora tecnicamente insolvente²⁸⁵, con la conseguenza che, nel caso in cui nel corso della procedura fosse emersa una situazione vera e propria di insolvenza, avrebbe dovuto necessariamente avere luogo la dichiarazione di fallimento.

Tale orientamento ha trovato parziale conferma nel disegno di legge predisposto inizialmente dalla Commissione Trevisanato nella quale la "crisi d'impresa" era definita come la "*situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da*

²⁸⁴ Cit. VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 6

²⁸⁵ BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005/8, p. 952 ss.; AMBROSINI S., *sub art. 160 in AMBROSINI S., DE MARCHI P.G. Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2005.

*determinare il rischio di insolvenza*²⁸⁶. La locuzione è stata poi ripresa, sostituendo il termine “impresa” con “debitore”, dalla bozza di decreto delegato redatto dalla cd. Commissione Giuliano nel luglio 2005, che prevedeva l’inserimento di un articolo (art. 160 *bis*) rubricato “stato di crisi”. Il richiamo al solo “rischio” di insolvenza presupponeva, secondo alcuni, che si trattasse di una condizione di “crisi reversibile”, distinta dalla insolvenza vera e propria (o “crisi irreversibile”).

Secondo altri Autori, l’accezione di “stato di crisi” doveva invece essere interpretata *lato sensu*, comprensiva, cioè, anche delle situazioni di crisi insanabili. In più di uno dei suoi scritti infatti ha sostenuto Ambrosini che *“non vi è, nella riforma, alcuna traccia di una supposta volontà del legislatore di precludere al debitore insolvente l’accesso al concordato preventivo e che, anzi, il concordato preventivo continua a rappresentare, come in passato, un mezzo per evitare il fallimento, sicché non avrebbe alcun senso impedire il ricorso a quanti già versino in stato di decozione”*²⁸⁷.

Le tesi “limitativa” non ha trovato seguito in dottrina per diverse ragioni, tra cui la difficoltà dell’interpretazione del concetto di crisi ai fini di stabilire chi sia ammissibile e chi no, l’immutabilità delle norme del c.p. (in particolare quelle riguardanti gli effetti delle procedure concorsuali), ed infine la evidente direzione rispetto all’intenzione del legislatore della riforma, in quanto tale orientamento avrebbe decisamente disincentivato il ricorso al concordato preventivo.

Ne consegue che *“i concetti di crisi e di insolvenza si pongono fra loro in un rapporto di genere a specie, nel senso che l’insolvenza rappresenta una delle forme (sicuramente la più grave) in cui può manifestarsi la crisi dell’impresa commerciale: e ciò comporta, per l’appunto, che l’imprenditore insolvente possa senz’altro chiedere l’ammissione al concordato”*²⁸⁸.

Il dibattito su queste divergenze interpretative ha avuto vita breve, grazie all’intervento legislativo previsto dall’art. 36, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51 che ha aggiunto all’art. 160 l. fall. un comma 2°, ove si afferma che *“ai fini del primo*

²⁸⁶ Cit. “schema di disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali” redatto dalla Commissione istituita dal Ministero della giustizia il 27 febbraio 2004, art. 2.

²⁸⁷ Cit. AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), CEDAM, Bologna, 2008, 49.

²⁸⁸ Cit. AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), CEDAM, Bologna, 2008, p. 22.

comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”, confermando la fondatezza delle osservazioni riportate a sostegno della tesi c.d. “permissiva”.

Detto questo può dirsi definitivamente risolto il dubbio interpretativo sorto dal testo dell’art. 160 circa il rapporto tra stato di crisi e stato di insolvenza. Per fare ricorso al concordato preventivo è necessario che l’imprenditore si trovi in stato di crisi o di insolvenza, in base all’art. 160, 1° comma e ultimo comma della legge fallimentare²⁸⁹. In conclusione, nonostante i primi interventi interpretativi evidenziassero come lo stato di crisi non potesse essere equiparato all’insolvenza, anzi fosse addirittura una soluzione alternativa, si è poi contrapposta la tesi contraria che, sottolineando la mancanza di esplicitazione descrittiva dello stato di crisi, all’art. 160 l. fall., legittima ad una interpretazione estensiva tale da ricomprendere diverse situazioni, che vanno dallo stato di insolvenza vera e propria sino all’insolvenza reversibile ed a stati ancora più “leggeri” di difficoltà ad adempiere²⁹⁰. Quest’ultima impostazione è stata recepita anche dalle successive pronunce giurisprudenziali, a conferma dell’ormai orientamento consolidato²⁹¹.

L’aver accertato che lo stato di insolvenza è ricompreso nel concetto di crisi non ha permesso tuttavia di fornire una definizione dell’espressione “stato di crisi” per la parte in cui quest’ultimo non si sovrappone allo stato di insolvenza²⁹².

Lo stato di crisi può comprendere sia lo stato di insolvenza sia situazioni di squilibrio economico o di difficoltà finanziaria non ancora sfociate nell’insolvenza²⁹³, attribuendole quindi un concetto più ampio, che va dalla mera difficoltà economica dell’imprenditore sino allo stato di insolvenza. Come la nozione di crisi è un concetto più ampio di quella di

²⁸⁹ L’ultimo comma è stato aggiunto dall’art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273. Alla luce di tale precisazione lo stato di crisi deve ritenersi comprensivo sia dell’insolvenza vera e propria che del pericolo dell’insolvenza, ossia uno stato di difficoltà economico-finanziaria che non necessariamente è destinato ad evolvere nella definitiva impossibilità di adempiere con regolarità le proprie obbligazioni.

²⁹⁰ VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 11; PALUCHOWSKI A., *Prime esperienze applicative dei nuovi concordati e casi di giurisprudenza, Realazione all’incontro Studi del CSM del 11 novembre 2005*, 1 – 18; DE CRESCENZO U., PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005.

²⁹¹ Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 5, p. 570.

²⁹² AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), CEDAM, Bologna, 2008.

²⁹³ Occorre rilevare come, nonostante l’innovazione apportata dalla normativa più recente, alcune norme della legge fallimentare, che avevano come presupposto lo stato di insolvenza, siano rimaste invariate. Per un’analisi del problema LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 112 – 115.

insolvenza, quest'ultima è del resto più estesa di quella di cessazione dei pagamenti o inadempimento²⁹⁴.

Nella crisi possono perciò rientrare varie situazioni che, talvolta, nulla hanno a che vedere con l'insolvenza, come per esempio la crisi organizzativa, di legalità, commerciale, occupazionale²⁹⁵.

*“Lo stato di crisi è dunque comprensivo tanto dell'insolvenza vera e propria quanto di situazioni ad essa prodromiche o finitime, ma che insolvenza ancora non sono e che, verosimilmente, dovrebbero distinguersene proprio sul piano di un loro possibile superamento, sia pure attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione di ristrutturazione del debito”*²⁹⁶.

Possono, secondo autorevole parere, rientrare in quest'ultima situazione anche l'intervenuta riduzione di capitale al di sotto del minimo legale, nella misura in cui la prospettiva di liquidazione risulti idonea a mettere a repentaglio la possibilità di soddisfacimento dei creditori²⁹⁷.

Anche in giurisprudenza è stato affermato che lo stato di crisi solo eventualmente coincide con lo stato di dissesto, potendo al contrario limitarsi ad integrare una diversa situazione di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromica allo stato di insolvenza²⁹⁸.

La crisi sembra in conclusione configurabile laddove l'imprenditore sia incapace (in senso patrimoniale e finanziario) di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, situazione che però non va confusa con la vecchia temporanea difficoltà ad adempiere²⁹⁹, la quale si caratterizza per la circostanza che l'imprenditore non sia attualmente in grado di adempiere le sue obbligazioni ma vi è la concreta possibilità che egli possa in breve tempo riuscirci. Nello stato di crisi, invece, l'imprenditore può essere attualmente in grado di soddisfare i

²⁹⁴ JORIO A., *Le crisi d'impresa, Il fallimento*, in Tratt. Iudica – Zatti, Giuffrè, Milano 2000, p. 205 ss.

²⁹⁵ SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 189; FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 324.

²⁹⁶ Cit. CAVALLI G., *La dichiarazione di fallimento, Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, p. 31; nel medesimo senso AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), CEDAM, Bologna, 2008.

²⁹⁷ GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, p. 313.

²⁹⁸ Sui rapporti tra stato di crisi e stato di insolvenza, si veda Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in Fall., 2006, p. 570; Trib. Milano, 7 novembre 2005, *ibidem*, 2006, p. 51; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, *ibidem*, 2006, p. 222.

²⁹⁹ Presupposto dell'ormai abrogata procedura di amministrazione controllata. A sostegno della distinzione tra stato di crisi e temporanea difficoltà ad adempiere si veda anche AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), CEDAM, Bologna, 2008, p. 23.

suoi creditori, ma è da ritenere che ben presto non sia più capace tanto che la crisi, se non scompare, è destinata a sfociare nell'insolvenza³⁰⁰.

Appare opportuno riportare l'opinione di chi ha ritenuto che *“la temporanea difficoltà e lo stato di insolvenza differiscono fra di loro non tanto dal punto di vista qualitativo, quanto per la reversibilità o (rispettivamente) per l'irreversibilità della crisi, in relazione all'esistenza o meno di un piano di ristrutturazione del passivo, credibile ed effettivamente realizzabile, come dimostra peraltro anche la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (che presuppone l'insolvenza, ma prevede la risoluzione di questa anche mediante un programma di ristrutturazione); alla medesima conclusione deve poi pervenirsi anche con riguardo alla nozione di “stato di crisi”, che il legislatore ha ommesso di definire (ancorché il progetto di legge fallimentare elaborato dalla speciale commissione istituita con D.M. 24 febbraio 2004, all'art. 2, lo definisce come “la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio d'insolvenza”)”*³⁰¹.

Inoltre, anche dal punto di vista causale e temporale, i fenomeni di stato di crisi e stato di insolvenza non devono necessariamente essere legati tra loro. Certo è che la crisi precede l'insolvenza (e non viceversa), ma non è detto che la manifestazione dello stato di insolvenza sia preannunciata da alcun sintomo della crisi. *“Non è da escludere infatti che una situazione di insolvenza nasca e si sviluppi indipendentemente da una precedente crisi”*³⁰².

Le due situazioni sembrano quindi slegate tra di loro ed anche non necessariamente conseguenti l'una all'altra. Questa affermazione trova un'ulteriore conferma sul piano positivo: nel caso in cui l'istanza di concordato venga dichiarata inammissibile (art. 162 l. fall), o il concordato non possa più utilmente essere continuato (art. 173 l. fall.), oppure non sia approvato (art. 179 l. fall.) o omologato (art. 180 l. fall.), è necessario per la dichiarazione di fallimento il previo accertamento dello stato di insolvenza³⁰³. Non esiste

³⁰⁰ Gruppo24ore, Soluzioni24fisco, Diritto e pratica della società, *La domanda di concordato preventivo: condizioni e presupposti*, 1.4.2010, n. 1 – p. 16.

³⁰¹ CENSONI P.F., *Il “nuovo concordato”*, in *Giur. Comm.*, 2005/5 settembre – ottobre, p. 751.

³⁰² Cit. SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 189; FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 322 ss.

³⁰³ ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 221.

perciò alcun automatismo tra una procedura e l'altra e per la successiva dichiarazione di fallimento occorre verificare se l'imprenditore sia effettivamente insolvente³⁰⁴.

A prescindere dai suoi rapporti con l'insolvenza e con la temporanea difficoltà ad adempiere, la crisi sembra comunque possedere dei caratteri propri³⁰⁵. Come dicevamo, a differenza di quanto accade con l'insolvenza, che necessita della manifestazione, la crisi può caratterizzarsi per fattori interni all'impresa e quindi può non esteriorizzarsi, non divenendo conoscibile ai terzi e rimanendo nella stretta sfera dell'imprenditore. Per questa ragione il concordato preventivo è una procedura nell'esclusiva disponibilità di quest'ultimo³⁰⁶ e solo lui, che è consapevole della sua crisi, può fare ricorso ad esso. Questo spiega anche perché non siano previsti indici che consentano di percepire la presenza della crisi, a differenza di quanto accade in caso di insolvenza dove l'art. 5 l. fall. individua alcuni limiti sintomatici.

Si deve inoltre ribadire l'irrilevanza della dimensione della crisi. Nel caso del concordato preventivo, il contenuto dell'art. 15, ultimo comma, l. fall. che limita ad un livello minimo l'esposizione debitoria, non ha rilevanza.

L'esistenza della crisi giustifica di per sé l'apertura del concordato preventivo, indipendentemente da qualsiasi indagine sulle cause che l'hanno generata e sulle proporzioni che possa assumere. *“Ciò permette di cogliere quanto si sia allungata la distanza tra il nuovo ed il vecchio concordato preventivo, ritenuto un beneficio per l'imprenditore che doveva meritarsi il trattamento di favore”*³⁰⁷.

In definitiva la crisi è configurabile in un'incapacità (patrimoniale o finanziaria) dell'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, incapacità non per forza assoluta e che può essere superabile, non essendo da escludere infatti che ci si possa trovare al cospetto di una crisi destinata a scomparire. D'altro canto la crisi pur costituendo un vero e proprio stato, è destinata ad evolversi e, se non scompare, a trasformarsi in insolvenza.

³⁰⁴ Sull'argomento: FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 322 ss. Si veda inoltre Trib. Di Treviso, 15 luglio 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 102. Sull'ammissibilità della consecuzione automatica del fallimento si veda invece AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Cottino G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Cedam, Padova, 2008, p. 30.

³⁰⁵ PACCHI S., *Il concordato preventivo*, in Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Utet, Torino, 2009, p. 1767 ss. FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 322 ss.

³⁰⁶ FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 324.

³⁰⁷ cit. ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 224.

Un ulteriore problema sorto in seguito all'introduzione del nuovo presupposto oggettivo è quello relativo alla soglia minima dello stato di crisi necessaria per poter accedere alla procedura. Secondo una decisione del 2005 *“la soglia minima dello stato di crisi va individuata nella dimostrata incapacità per l'impresa di conseguire il suo oggetto sociale dovuta a cause soggettive dell'impresa, ovvero fattori esterni rappresentanti, ad esempio, della crisi del settore in cui l'impresa opera”*³⁰⁸.

Il problema non è di poco conto se si considera che l'imprenditore potrebbe tentare di utilizzare il concordato preventivo per usufruire dei vantaggi offerti dall'istituto, a scapito dei creditori che andrebbero a ricevere, anziché l'intero loro credito, solamente una sua parte, pur non essendo l'impresa in uno stato di vera e propria crisi.

Tuttavia, anche per questo problema, la relazione del professionista ai sensi dell'art. 161 l. fall., e la relazione del commissario ai sensi dell'art. 172 l. fall. dovrebbero consentire di smascherare fraudolenti utilizzi della procedura di concordato.

Dal punto di vista aziendalistico³⁰⁹ i sintomi dello stato di crisi sono costituiti da tre tipologie di squilibrio: finanziario, patrimoniale ed economico³¹⁰, andiamo ad analizzarli nel dettaglio.

Lo squilibrio finanziario può dipendere da diversi fattori, a partire da un eccessivo indebitamento estraneo al ciclo fisiologico dell'impresa e in cui le attività finanziarie a breve esistenti (liquidità e crediti) non sono più sufficienti a coprire debiti e scadenze finanziarie. Spesso l'azienda, quando si ritrova in uno stato di crisi, si lancia in una ricerca disperata di nuove fonti finanziarie, sia tentando l'accesso a forme di finanziamento bancario, sia nella ricerca di nuovi capitali di rischio: entrambe queste fonti però, in una fase in cui le performance aziendali non sono più redditizie come un tempo, saranno difficili da acquisire.

“Lo squilibrio finanziario emerge, per lo più, ogni qualvolta l'impresa finanzia la propria attività con ridotti mezzi propri, ricorrendo prevalentemente al finanziamento con mezzi provenienti dal mercato che genera un maggior tasso di restituzione e di rimborso del

³⁰⁸ Cit. Trib. Salerno 5 ottobre 2005.

³⁰⁹ Sull'argomento si rimanda a SIMONS R., Sistemi di controllo e misure di performance, EGEA, Milano, 2004, p. 95 ss.

³¹⁰ Sull'argomento si veda anche CAIAFA A., *Crisi d'impresa: valutazione dinamica di un concetto*, in *L'impresa tra liquidazione e conservazione*, a cura di APICE, Roma, 2002.

*capitale a seconda del rischio cui è esposto il soggetto finanziatore in base al merito creditizio che riceve sul mercato d'impresa*³¹¹.

L'analisi del disequilibrio finanziario viene generalmente realizzata attraverso lo studio del rendiconto finanziario dell'azienda, un prospetto in grado di riassumere in vari aggregati le variazioni delle disponibilità liquide avvenute nel corso dell'esercizio o nel periodo considerato, vale a dire la quantità e qualità delle risorse finanziarie acquisite (entrate) e la quantità e qualità degli impieghi che di esse sono state fatte (uscite)³¹².

Lo squilibrio patrimoniale (o sovraindebitamento), è causato invece da un'eccedenza del passivo sull'attivo, e può mutare a seconda della composizione del passivo stesso, nonché dalla proporzione tra risorse proprie (capitale e riserve) ed indebitamento. Tale situazione può mettere a serio rischio il soddisfacimento dei creditori.

Lo squilibrio economico è desumibile dal conto economico laddove i costi siano superiori ai ricavi, ed esprime l'incapacità dell'impresa di creare valore. Gli economisti riconducono più ad una situazione di declino che a quella di crisi la perdita di capacità reddituale. Nel caso in cui, però, a fronte di un patrimonio positivo, la crisi economica dovesse interessare, oltre al profilo reddituale anche l'erosione del patrimonio netto, ecco che comunque si può ritenere ravvisabile uno stato di crisi³¹³.

Detto tutto questo, in conclusione, si ritiene di poter appoggiare quanto riscontrato da autorevole parere ovvero come, in concreto, molto spesso *“la linea di demarcazione fra crisi ed insolvenza si presenti alquanto sottile”*³¹⁴. Va inoltre condivisa l'affermazione secondo cui *“tutto dipende dall'orizzonte cronologico al quale si fa riferimento (...); la crisi finanziaria preclude o non preclude, il ritorno alla normalità, a seconda che la prognosi venga riferita ad un termine breve, o riguardi un più lungo lasso di tempo”*³¹⁵.

³¹¹ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 71.

³¹² BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 71.

³¹³ Sull'argomento si veda MARINONI R. - DELLA CHA' A., *Presupposti soggettivi e oggettivi del concordato preventivo post-riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010/5 Settembre – Ottobre.

³¹⁴ Cit. AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO G. (diretto da), CEDAM, Bologna, 2008, p. 27.

³¹⁵ CIT. TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006/3-4, P. 561.

3.4 Il contenuto della domanda di concordato preventivo

L'unico legittimato a proporre la domanda di concordato preventivo è, ai sensi dell'art. 160, comma 1, 1. fall., il debitore che riveste la qualità di imprenditore commerciale e che come tale è sottoposto alle disposizioni di cui all'art. 1 l. fall. Inoltre, nel caso il proponente sia una società, l'art. 161, comma 4, 1. fall., rimanda all'art. 152 l. fall., secondo cui la domanda deve essere approvata e sottoscritta da chi ne ha la rappresentanza sociale, ossia dal rappresentante legale.

Sempre in base all'art. 152, comma 2, 1. fall., la proposta e le condizioni del concordato devono essere approvate dai soci che ne rappresentino la maggioranza assoluta del capitale se si tratta di società di persone, mentre nelle società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori e la deliberazione deve risultare da verbale redatto da notaio e depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.

Il legislatore ha precluso inoltre qualunque altra iniziativa dunque, anche contrariamente ad alcuni orientamenti delineatesi in dottrina, non ha esteso la legittimazione attiva né ai creditori, né ai terzi. Tale soluzione può destare talune perplessità soprattutto riguardo al fatto che la procedura di concordato preventivo può fondarsi anche sull'insolvenza e che il suo risultato economico non deve essere necessariamente più conveniente rispetto al fallimento³¹⁶.

Il proponente dovrà inoltre essere in possesso della capacità di agire al momento della presentazione della domanda, potendo in caso contrario ricorrere all'istituto della rappresentanza legale ovvero a persone che provvedano all'assistenza e che dispongano delle autorizzazioni di legge per sostituirsi al debitore capace.

La nuova disciplina, come si è già detto, non richiede la sussistenza di presupposti soggettivi in ordine alla condotta morale e giuridica del debitore, né impone una trasparenza della precedente gestione esercitata, ma si preoccupa soltanto di accertare quale sia la consistenza patrimoniale in modo da verificare se sulla base del piano proposto dal

³¹⁶ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2008, p. 284, Per una trattazione completa dell'argomenti si rinvia al cap. II di LO CASCIO G., *Ibidem*, Milano, Guiffrè, 2008.

debitore emergano dati certi sulla sua realizzabilità e sulla possibilità di superare lo stato di crisi.

All'imprenditore non è inoltre richiesta la rappresentazione delle cause che hanno determinato lo stato di crisi o di insolvenza nella domanda di ammissione, ma certo non può risultare che positivo per il buon esito della procedura l'indicazione di un quadro storico-evolutivo della situazione economico-finanziaria dell'impresa. E' necessariamente richiesto invece, come vedremo, presentare adeguata documentazione che rispecchi la situazione obiettiva dell'impresa.

Trattandosi di procedure giudiziali, si deve specificare che è il tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa a disporre della procedura emettendo il provvedimento di apertura; nel caso specifico del concordato preventivo la proposta (ai sensi dell'art. 161³¹⁷ comma 1 l. fall.), presentata sotto forma di ricorso, va depositata in tribunale e comunicata al pubblico ministero (comma 5³¹⁸).

Si ricorda che il tribunale territorialmente competente deve essere individuato con riferimento al luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa, e cioè nel luogo ove promuove, sul piano organizzativo e gestionale, gli affari dell'impresa.

A differenza della precedente formulazione, il nuovo art. 160 non riporta più l'inciso "*fino a che il suo fallimento non è dichiarato*", relativamente alla possibilità di presentazione della domanda. Tale enunciato in passato aveva creato due particolari orientamenti: l'improponibilità del concordato preventivo nel corso del fallimento da un lato e, dall'altro, la prevalenza della prima procedura sulla seconda. Il suo venir meno non ha cambiato le cose e la presentazione di una domanda di concordato preventivo comporta la sospensione dell'eventuale istanza di fallimento.

L'istituto del concordato preventivo viene inquadrato nella categoria negoziale, ed ai fini della sua validità deve rispondere a dei requisiti *ex lege* necessari. Inoltre, la funzione economica del concordato, integrante la causa contrattuale, può essere individuata nel rapporto tra l'interesse del debitore, che mira a gestire la crisi evitando il fallimento, e quello dei creditori determinati ad essere soddisfatti evitando la falcidia fallimentare³¹⁹.

³¹⁷ Articolo così sostituito dall'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80.

³¹⁸ Comma aggiunto dall'art. 12, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

³¹⁹ VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 20.

L'interesse del debitore non è più quello "premierale" caratterizzante la disciplina previgente, ma è ugualmente presente, in ogni caso, nell'alternativa ristrutturazione-liquidazione³²⁰: mentre infatti nel concordato con prevalente funzione "liquidatoria" prevale la tutela dei creditori, nel concordato preventivo di "ristrutturazione" è maggiormente considerato l'interesse del debitore.

Ad una attenta lettura emergono però dei limiti all'autonomia privata delle parti rientranti nel rapporto. Per quanto concerne il debitore, il limite riguarda il rigoroso controllo della fattibilità e dell'attendibilità del piano presentato, mentre, in capo ai creditori, è imposto un congelamento delle azioni esecutive (art. 168 l. fall.) e la successiva parziale riduzione dei loro crediti (art. 160, comma 2). In ogni caso *"se si può condividere l'opinione che il concordato si traduce sostanzialmente in un'espropriazione del diritto dei creditori a vantaggio della collettività, è stato però rilevato che non è certo la sentenza di omologazione che dispone tale espropriazione. La sentenza, infatti, non espropria, ma si limita ad omologare, rendendo efficace il negozio compiuto tra debitore e creditori"*³²¹.

Si è già accennato in precedenza il fatto che la modalità con cui l'imprenditore può proporre il concordato è stata fortemente liberalizzata. Il contenuto della proposta non è più vincolato alla rigorosa condizione dell'offerta di garanzie reali o personali circa il pagamento in percentuale dei crediti chirografari o la cessione dei beni presenti nel patrimonio del debitore a garanzia del pagamento dei crediti³²². Andiamo ora a vedere nel dettaglio cos'è cambiato rispetto al passato.

Ai sensi della nuova formulazione³²³, la proposta si sostanzia in un piano che assume ruolo centrale, in buona parte delineato dal legislatore all'art. 160 l. fall. ma il cui contenuto, ferme le esigenze essenziali dell'estinzione dei rapporti obbligatori con liberazione del debitore, è comunque lasciato all'autonomia dell'imprenditore. Secondo autorevole parere, *"l'elencazione di cui all'art. 160 l. fall. è ritenuta infatti, per concorde opinione dottrinale, meramente esemplificativa, dal momento che il legislatore non ha inteso dettare rigidi schemi per il superamento della crisi, bensì solo indicare quelli utilizzati con maggiore frequenza, soprattutto nei paesi anglosassoni, al cui interno trovano posto le forme di*

³²⁰ AZZARO A.M., *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi ed insolvenza*, in *Fallimento*, 2007, p. 741 ss.

³²¹ Cit. LO CASCIO G., *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 06/06*, in *Fall.*, 2007, p. 144.

³²² VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010.

³²³ D.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80.

*concordato garantito e tramite cessio bonorum, previste in via esclusiva dalla normativa precedente*³²⁴. L'unico elemento indefettibile, essendo gli altri lasciati all'iniziativa del debitore, è la proposta, in qualsiasi forma, di una ristrutturazione del proprio debito che consenta la soddisfazione dei creditori.

La voluta genericità del piano ha creato non pochi dubbi interpretativi sui requisiti minimi dovutamente da indicare della proposta e secondo parte della dottrina di merito sarebbe addirittura necessaria l'indicazione specifica della percentuale offerta ai creditori e la previsione dei tempi di pagamento³²⁵. Tale orientamento appare ineccepibile vista la *ratio* del nuovo concordato preventivo, e sembra piuttosto tendere ad un ritorno al passato. Anzi, andrebbe pure ad incidere sulla struttura stessa dell'istituto qualificando come requisito di ammissibilità ciò che è invece una pura valutazione di convenienza esclusivamente nelle mani dei creditori (sempre in base alla natura privata del contratto).

Si deve però ricordare che, sebbene ai sensi dell'art. 160 comma la composizione del piano possa riflettere l'autonomia del debitore, la giurisprudenza ha chiarito che, in virtù di quanto disposto dall'art. 162, comma 2, spetta comunque al Tribunale fallimentare verificare i requisiti della proposta qualora quest'ultima porti ad un soddisfacimento irrisorio dei creditori. Il Tribunale di Roma³²⁶ ha infatti ritenuto inammissibile la proposta di pagamento parziale dei creditori chirografari in misura pari allo 0,3%. In particolare il giudice non ha ravvisato l'esistenza della fattispecie "soddisfazione dei crediti" di cui all'art. 160, lettera a).

In conclusione, per quanto riguarda la gamma dei possibili contenuti della proposta concordataria, caratterizzata ante riforma dalla rigida alternativa tra concordato con garanzia e concordato con cessione di beni, è oggi in linea di massima consentita "attraverso qualsiasi forma"³²⁷, senza previsione di limiti, importi, percentuali e termini: la

³²⁴ CAFFI M., *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di Schiano di Pepe G., Cedam, Padova, 2007, p. 614.

³²⁵ Parla di un tentativo di leggere il nuovo concordato con gli occhi del vecchio FAUCEGLIA G., *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Riv. Dir. Fall.*, 2008, II, p. 573 ss.

³²⁶ Trib. Roma, 16 aprile 2008.

³²⁷ Sull'argomento si veda LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2008, p. 242 ss.

valutazione di tale composizione è lasciata alla esclusiva e autonoma decisione dei creditori che esprimono il loro consenso attraverso il voto³²⁸.

Si ricorda che l'oggetto del piano deve essere conforme alle prescrizioni di cui all'art. 1346 c.c., ovvero possibile, lecito, determinato o quanto meno determinabile. Quanto al regolamento del piano, l'ordinamento ne richiede l'attendibilità e la funzionalità, ovvero quel contenuto minimo astratto, idoneo a garantire valenza funzionale³²⁹.

In ogni caso, l'atipicità del contenuto del piano non può andare oltre certi principi riconosciuti dal nostro ordinamento, a partire dal principio di buona fede (*ex art. 1375 c.c.*) che costituisce una regola generale di comportamento del nostro sistema di diritto privato e quello di autonomia contrattuale (2° comma dell'art. 1332 c.c.), che pone quale limite alla libertà creativa dell'operatore la realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (con riferimento alla soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma di cui alla lettera a) dell'art. 160 l. fall.).

Nel piano vengono identificati a) i mezzi, le modalità, e gli strumenti per una ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore³³⁰, che acquisisca l'attivo ed estingua la debitoria, nella misura e con le modalità proposte³³¹.

In particolare il piano può essere suddiviso in tre parti: il passivo, l'attivo e le classi³³².

Nel concordato preventivo lo stato passivo viene predisposto direttamente dallo stesso imprenditore, non vi è quindi una vera e propria sua formazione come nel caso del fallimento. Il debitore proponente deve inoltre indicare le modalità di ristrutturazione dei

³²⁸ Si segnala che, sempre al fine di agevolare il buon fine del concordato, il legislatore ha diminuito la percentuale di consenso con cui i creditori dichiarano di approvare il piano, giacché, ai sensi dell'art. 177 l. fall. viene conservata solo la maggioranza semplice dei creditori ammessi al voto (e non più la doppia maggioranza: quella semplice dei creditori votanti e quella dei due terzi del valore dei crediti ammessi al voto).

³²⁹ VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 21.

³³⁰ CAFFI M., *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di Schiano di Pepe G., Cedam, Padova, 2007, p. 614, sottolinea come nel caso di concordato preventivo con assuntore, la giurisprudenza abbia altresì ammesso la clausola, autorizzata in tema di concordato fallimentare, di limitazione della responsabilità dell'assuntore ad un importo pari ai "debiti come attualmente risultanti dalla contabilità del debitore", Trib. Bologna, 26 gennaio 2006, in Fall., 2006, p. 676.

³³¹ Si ricorda che nel regime precedente al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, la proposta di concordato doveva contenere: 1) l'offerta del debitore a soddisfare i creditori privilegiati e almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari; ovvero 2) l'offerta del debitore a cedere tutti i beni esistenti nel proprio patrimonio alla data della proposta di concordato, sempre che la valutazione di tali beni facesse ritenere che i creditori potessero essere soddisfatti nella misura precedentemente indicata.

³³² FAUCEGLIA G., ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 326 ss.

debiti e soddisfacimento dei crediti “attraverso qualsiasi forma”, procedure che si differenziano tra loro per la presenza o meno di un accordo.

Infatti, mentre la ristrutturazione dei debiti presuppone un preventivo accordo con i creditori, per il soddisfacimento dei crediti questo non è necessario, potendo avvenire in forme diverse come la cessione dei beni, l’accollo, o altre operazioni straordinarie, ecc previste all’art. 160, comma 1, lettera a), in ogni caso ai fini di consentire la continuazione dell’impresa in capo al medesimo debitore³³³. Si rammenta che, come in passato, il piano può prevedere l’offerta di garanzie che assicurino il pagamento dei crediti³³⁴, ma come vedremo a breve questo non è più un obbligo di legge.

Una precisazione relativa alle operazioni straordinarie. Tra queste possiamo includere sia la trasformazione³³⁵ con i limiti di cui all’art. 2499 c.c., sia la fusione e la scissione, anche queste però non in maniera così automatica. Infatti, nonostante agli art. 2501 e 2506 c.c. sia stato tolto l’inciso, nella nuova formulazione, “*la partecipazione alla fusione (alla scissione) non è consentita alle società sottoposte a procedura concorsuale*”, la dottrina prevalente tende comunque a ritenere che tale eliminazione non comporti l’automatica ammissibilità di ogni operazione di fusione (o di scissione) alla quale partecipi una società soggetta a procedura concorsuale.

Una parte della dottrina ha ritenuto inoltre, anche seguendo quanto emerso da alcune esperienze straniere quali il *Chapter XI*, che la fusione sarebbe possibile solo per quelle società che versino in procedure concorsuali aventi finalità recuperatoria (vale a dire amministrazione straordinaria) e non nel caso di procedure concorsuali aventi finalità liquidatoria (quali fallimento e concordato preventivo). Tale osservazione deriverebbe dal principio novellato dall’art. 2499 c.c., il quale prescrive che la trasformazione in pendenza di procedure concorsuali è ammissibile salvo che non sia incompatibile con le finalità e lo stato della stessa.

³³³ ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1.

³³⁴ Osserva PACHI, *Il concordato preventivo*, in Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, cit. p. 1783, che “mentre prima le garanzie dovevano essere prestate per assicurare il pagamento predeterminato per legge a tutti i creditori, oggi possiamo anche ipotizzare che il proponente offra una garanzia ad una classe di creditori e non ad altre. Inoltre sarà ammissibile qualsiasi tipo di garanzia, anche quella costituita dagli stessi beni del fallito ceduti ai creditori”.

³³⁵ Posto che l’art. 2499 c.c. prevede sì tale possibilità anche nell’ambito della procedura concorsuale sempre che essa non sia tale da pregiudicare la finalità o lo stato di della stessa. Nel caso del concordato preventivo la trasformazione sarebbe dunque possibile solo prima della votazione poiché successivamente non sarebbe soggetta ad alcun controllo né da parte dei creditori, né da parte del giudice.

Si ritiene aderente alla volontà del legislatore della riforma e rispettosa della *par condicio* la soluzione che prevede ammissibile un'operazione di fusione o di scissione della quale i creditori dell'incorporante in concordato preventivo (o beneficiaria in caso di scissione) vengano pagati in misura pari a quella prevista dal piano e i creditori dell'incorporata (o della scissa), a seguito dell'incorporazione o della scissione, non ricevano una diminuzione delle garanzie del proprio credito rispetto a quelle che avrebbero avuto ove non fosse stata eseguita la fusione (o scissione)³³⁶. Inoltre, secondo autorevole parere, “*nel caso di società partecipante alla fusione già ammessa alla procedura di concordato preventivo la decisione sulla fusione competerebbe ai soci, mentre gli altri incombenti (redazione del progetto di fusione e relativa relazione) al commissario giudiziale*”³³⁷.

Resta fermo che, diversamente da quanto accadeva in precedenza, non è imposta alcuna percentuale minima per i creditori chirografari, ed è certo che i creditori privilegiati possano non essere soddisfatti integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile dalla liquidazione (art. 160, comma, 2, l. fall.).

La seconda parte del piano riguarda l'attivo. Sono individuate anche in questo campo due possibili alternative: l'attivo può infatti alternativamente rimanere in capo allo stesso debitore, il quale offrirà ai creditori delle garanzie per il loro pagamento (ovvero il tradizionale concordato preventivo con garanzia), oppure può essere liquidato dai creditori (concordato preventivo con cessione di beni) o ceduto ad un assuntore (uniformandosi alla previsione del concordato fallimentare art. 124 l. fall.) obbligato ad estinguere la debitoria. Si fa ben presente che nulla esclude forme miste.

Successivamente all'entrata in vigore del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, la figura dell'assuntore, ha perso la connotazione di soggetto “*la cui attività era limitata ad evitare la cessione dei beni dell'impresa mediante pagamento di una percentuale ai creditori*”³³⁸. Oggi la sua attività è molto più variegata, potendosi estendere sino alla costituzione, *ex novo*, di società, le cui azioni serviranno quale mezzo di pagamento del ceto creditorio. Le novità relative al ruolo dell'assuntore interessano anche l'estensione della categoria dei soggetti che possono svolgere tale attività, che può essere assunta anche dagli stessi

³³⁶ ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1.

³³⁷ Cit. DI SARLI M., *Commento all'art. 2501 c.c.*, in *Commentario Marchetti*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 453 ss.

³³⁸ Cit. VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, CEDAM, 2010, p. 28.

creditori dell'imprenditore o dalle società a questi partecipate, o da costruire nel corso della procedura, le azioni delle quali saranno destinate ad essere distribuite ai creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei (art. 160, comma 1, lettera b), l. fall.³³⁹). Sarà possibile, per citare un esempio piuttosto influente, come è quello del caso Parmalat, prevedere, la costruzione di una new-co (con capitale minimo legale interamente sottoscritto da una fondazione, appositamente costituita) la quale rivestirà la qualità di assuntore.

La procedura tramite assuntore, infine, non è vincolata da rigidi schemi di esecuzione, grazie a quanto stabilito dal legislatore che gli ha lasciato una certa libertà di azione. E' opinione in dottrina, tuttavia, che la procedura tramite assuntore il più delle volte si risolve in *“un'attività di accollo del debito concordatario, tanto di natura liberatoria, se espressamente prevista nel ricorso, quanto di natura cumulativa”*³⁴⁰.

La giurisprudenza prevalente ha inoltre discusso con interesse sulla responsabilità da attribuire all'assuntore e sulla generale disposizione di attribuzione parziale delle attività, in considerazione del generico tenore dell'art. 160 l. fall. *“attribuzione delle attività”*, che null'altro dice sulla disposizione in esame. Tale silenzio è stato solo coperto da una serie di pronunce che hanno interpretato in modo estensivo l'art. 124 l. fall. (relativo al concordato fallimentare), laddove afferma che *“il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli crediti ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione al passivo o domanda di ammissione tardiva (...)”*.

In dette pronunce, e sulla scorta di tale interpretazione, il tribunale ha ritenuto ammissibile una proposta di concordato preventivo nella quale l'assuntore aveva limitato i propri impegni ai soli debiti risultanti dalle scritture contabili, ritenute, nel caso di specie complete ed attendibili. Di conseguenza, in questo specifico caso, non troverebbe applicazione la disposizione di cui all'art. 184 l. fall., in forza del quale il concordato preventivo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura³⁴¹.

³³⁹ E' utile aggiungere che sembra possibile anche un concordato preventivo di gruppo, parlando l'art. 160, comma 1, lettera b), l. fall. di “imprese”.

³⁴⁰ Cit. DE CRESCIENZO U.– PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Collana di Diritto fallimentare diretto da Panzani, IPSOA, Milano, 2005, P. 22.

³⁴¹ FERRO M., *La legge fallimentare, Commentario pratico e teorico*, CEDAM, 2011, p. 1192 ss.

La legge riformata non richiede più che il piano contenga, per la sua ammissibilità, la previsione di garanzie per i creditori. Nonostante ciò la proposta di concordato normalmente le contiene per risultare maggiormente credibile per i creditori. Le garanzie potranno essere bancarie, assicurative, reali su beni di terzi, ecc.

A differenza di quanto accadeva nella previgente disciplina, il legislatore della riforma non ha menzionato le garanzie né tra le condizioni per l'ammissione alla procedura di concordato (art. 160 l. fall.), né per il giudizio di omologazione (art. 181 l. fall.), e perciò pare corretto affermare che “*al giudice sia sottratto ogni sindacato sul contenuto e sulla serietà delle garanzie offerte, ove le stesse siano state ritenute congrue dai creditori attraverso la votazione favorevole alla proposta di concordato*”³⁴².

Grande novità della riforma di cui al d.lgs.169/2007 è la terza parte del piano, ovvero quella relativa alla possibilità che il debitore proponente preveda la suddivisione dei creditori tanto privilegiati che chirografari in classi, secondo un criterio di omogeneità, sia giuridica di ogni creditore ma (e questa è soprattutto la novità) anche per quanto riguarda gli interessi economici.

Una volta formate le classi è possibile inoltre prevedere ulteriori trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 160, comma 1, lettera c) e d), l. fall.), unico limite è quello di non alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 160, comma 2, l. fall.), questo a tutela della *par condicio creditorum*. Resta fermo il principio che all'interno della medesima classe il trattamento deve essere paritario.

Tale previsione, peraltro, già contenuta nell'ambito della procedura di “ristrutturazione industriale” (d.l. 23 dicembre 2003, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche) costituisce un grave colpo alla *par condicio*³⁴³, in quanto consente di trattare con diverse proporzioni di soddisfazione anche la categoria dei creditori chirografari.

La formazione delle classi non è comunque rimessa nelle manie esclusive dell'imprenditore. Ai sensi dell'art. 163, comma 1, l. fall., il Tribunale in sede di

³⁴² Cit. ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1, p. 65.

³⁴³ La possibilità di suddividere i creditori in classi è sicuramente una grande novità, ma, per alcuni, anche un grande colpo alla *par condicio creditorum*. Si veda SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006. Contra PACCHI S. in BERTACCHINI, GULANDI, PACCHI G., PACCHI S., SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2006.

ammissione alla procedura deve verificare che ricorrano i presupposti di cui agli art. 160, commi 1 e 2, e art. 161, solo nel caso in cui l'omogeneità sia stata rispettata la procedura potrà essere aperta.

Nonostante quindi sia ipotizzabile che tale regola della parità all'interno della medesima classe sia aggirata costruendo classi diverse, e conseguentemente prevedendo trattamenti differenziati per posizioni analoghe, in base alla previsione di cui all'art 163 l. fall., il Tribunale non procederà all'apertura della procedura. Alla trattazione di questi temi, relativi alla sorte dei creditori, viene dedicato il successivo paragrafo.

Altro aspetto rilevante è quanto stabilito dall'art. 161, comma 2, ai documenti che il debitore dovrà allegare al ricorso da depositarsi in Tribunale, ovvero: un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; la qualificazione del valore dei beni e l'elencazione dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Con la riforma introdotta dal d.l. n. 35/2005 è stato eliminato l'obbligo formale della tenuta e presentazione dei libri e delle scritture contabili, originariamente prevista dall'art. 161 l. fall., ora sostituita dalla relazione ad opera del professionista. Il venir meno di tale obbligo non dovrebbe pregiudicare, anche secondo alcune produzioni giurisprudenziali, l'ulteriore obbligo della sottoposizione delle scritture al giudice delegato, ai fini dell'annotazione, ai sensi dell'art. 170³⁴⁴.

Inoltre, specialmente *“nel caso di società, si ritiene che non si possa fare a meno di disporre delle scritture contabili al fine di potere procedere ad una ricostruzione della situazione economico-patrimoniale dell'impresa e confrontarla con quella richiesta dall'imprenditore”*³⁴⁵.

Come si diceva in precedenza, sempre ai sensi dell'art. 162, la correttezza dei dati esposti e la fattibilità del programma sono requisiti essenziali che subordinano la validità stessa del

³⁴⁴ BOZZA G., *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste nella nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, p. 1208 ss.

³⁴⁵ cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2008, p. 290.

piano. Tale proposta deve essere sottoposta sia al consenso del Tribunale prima, che dei creditori poi, perciò dovrà quanto meno avere una ragionevole probabilità di successo, nonché essere fattibile e credibile. La documentazione richiesta ai sensi della norma in esame, risponde proprio a tale funzione, come espresso anche in diverse pronunce giurisprudenziali. Per citare due esempi eclatanti, il Tribunale di Treviso³⁴⁶, ha dichiarato il fallimento dell'impresa, avendo riscontrato la mancanza di documentazione a fondamento del ricorso, nonostante il debitore avesse chiesto il termine per la produzione, o il Tribunale di Pescara³⁴⁷, il quale ha rigettato il ricorso per incompletezza dell'elenco nominativo dei creditori di cui non erano state menzionate le cause di prelazione.

Unitamente alla domanda di ammissione al concordato preventivo l'imprenditore deve presentare, per prima cosa, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, ai fini di informare i soggetti "destinatari" della proposta circa le reali dimensioni della crisi (lettera a) art. 161).

La relazione ha infatti lo scopo di fornire un'analitica situazione economico - patrimoniale dell'impresa stessa, informando il tribunale ed i creditori sulla dimensione e le caratteristiche della crisi aziendale, alla data della domanda. Secondo autorevole parere, *"la relazione è un atto sintetico che non deve necessariamente seguire i parametri societari o contabili preordinati ma deve, comunque, avvicinarsi alla struttura di un comune bilancio d'esercizio"*³⁴⁸.

Alla lettera b) dell'art. 161 l. fall. troviamo la richiesta di presentazione di uno stato analitico ed estimativo delle attività, ovvero un documento descrittivo e di stima dei beni dell'impresa, il quale risponde, come il precedente (si ricorda che tale documento era ravvisabile anche nella legge ante riforma), all'esigenza di rendere i creditori il più possibile informati e in condizione di scegliere consapevolmente.

In passato si è sostenuto che tale documento dovesse riguardare i beni del patrimonio del debitore allo scopo anche di formare un giudizio sulla consistenza economica e sulla idoneità a garantire l'esecuzione del concordato specialmente quando, trattandosi di concordato per cessione, sarebbe stato necessario un loro realizzo per adempiere alle

³⁴⁶ Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall.* 2006, 1, p. 63.

³⁴⁷ Trib. Pescara, 30 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 1, p. 47.

³⁴⁸ Cit. VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 33.

obbligazioni minime del concordato. Oggi che la proposta può estendersi ad altre concrete possibilità di soluzione della crisi o dell'insolvenza, questa contenuta valutazione dovrebbe essersi estesa sino ad assumere un contenuto operativo e funzionale³⁴⁹.

In dipendenza della natura delle attività rassegnate sarà cura del commissario giudiziale svolgere gli opportuni accertamenti, facendosi assistere anche da uno stimatore per la valutazione dei beni.

Alla presentazione dell'elenco nominativo dei creditori, di cui sempre alla lettera b), art. 161, comma 2, è stata aggiunta l'indicazione specifica anche dei crediti e delle cause di prelazione. Tale documentazione, affiancandosi a quella riflettente le componenti patrimoniali, completa il quadro aziendale che il debitore intende rappresentare a fondamento dell'istanza di ammissione alla procedura. Come si diceva già in precedenza, il concordato preventivo non è caratterizzato da una verifica del passivo, come nella procedura fallimentare e questo inconveniente rende incerta l'effettiva posizione creditoria che successivamente potrà subire variazioni.

Tuttavia questo primo elenco può sicuramente essere di grande aiuto per il commissario giudiziale nello svolgimento delle prime attività che è chiamato a compiere, consentendogli inoltre di effettuare le opportune rettifiche che ritiene necessarie, di individuare i nominativi di tutti gli interessati, di inviare le comunicazioni relativamente alla data di convocazione, nonché di dare notizia sulle proposte del debitore. Detta elencazione è inoltre necessaria per fornire una prima indicazione del numero di creditori e per richiedere, in presenza di un numero rilevante di essi, l'autorizzazione ad omettere la comunicazione diretta e procedere in sostituzione di questa alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale o in altri quotidiani (art. 171, comma 3). E' inoltre possibile accertare se vi sono crediti obbligazionisti, chi sia il loro rappresentante comune quale sia il nuovo termine raddoppiato dalla legge per la loro convocazione³⁵⁰ (art. 171, comma 4).

L'elenco nominativo dei creditori viene predisposto dal debitore stesso ed assume la forma di una graduazione gerarchica delle aspettative dei propri creditori, a prescindere dalla loro eventuale ulteriore divisione in classi. Con la riforma del 2005 *“sembra che il legislatore abbia voluto anticipare l'attribuzione dei privilegi per facilitare l'operato del commissario*

³⁴⁹ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo*, Ipsoa, 2005, p. 106 ss.

³⁵⁰ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffè, 2008, p. 291.

giudiziale. Pur non essendo variato l'art. 171 l. fall., il quale limita l'attività del commissario alla "verifica dell'elenco dei creditori", una parte della dottrina ritiene che tale articolo vada letto in combinato con il nuovo art. 161 l. fall., così da indurre il commissario a procedere simmetricamente al controllo anche della classificazione dei privilegi disposta dal debitore"³⁵¹.

Tutte le circostanze acquisite ed elaborate formeranno quindi oggetto di approfondimento del commissario giudiziale il quale dovrà successivamente provvedere, ex art. 172, all'elaborazione di una relazione particolareggiata sul contenuto della proposta (cause del dissesto, condotta del debitore, proposte di concordato e garanzie offerte ai creditori) al fine di poterne informare i creditori e gli organi della procedura.

Si noti che l'art. 161 l. fall. non contiene alcuna indicazione relativamente all'arco di tempo che può intercorrere tra la data di deposito dell'istanza di concordato preventivo e quella della predisposizione dei documenti contabili, ritenendo in ogni caso preferibile che detto intervallo non vada oltre i tre o quattro mesi precedenti la data di deposito della domanda, in modo tale che le variazioni eventualmente riscontrate non discordino dalle revisioni iniziali, ovvero possano essere facilmente individuabili senza particolari (o pericolose) oscillazioni dai dati di partenza³⁵².

La lettera c) dell'art. 161 l. fall. richiede inoltre che sia fornito un elenco dei titolari dei diritti reali e personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore, oltre che, ai sensi della lettera d) del suddetto articolo, l'indicazione valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili (nell'ipotesi in cui la domanda di concordato provenga da una società di persone).

Alla documentazione appena descritta va aggiunta, secondo il comma 3 del citato art. 161 l. fall.³⁵³, la relazione di un professionista (terzo ed indipendente dall'impresa) in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)³⁵⁴, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano predisposto. L'attestazione garantita dal professionista

³⁵¹ VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 34

³⁵² BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010.

³⁵³ Art. 161, comma 3, l. fall. così come sostituito dall'art. 12, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

³⁵⁴ Deve risultare iscritto all'albo dei revisori contabili ed idoneo ad essere nominato curatore in quanto in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501 bis, comma 4, c.c.

rappresenta, in questa prima fase della procedura, oltre che un elemento di validità formale della domanda stessa, una garanzia a favore dei creditori.

Riguardo all'arco temporale che deve essere inserito nella relazione, la dottrina ritiene che, essendo funzionale al concordato, essa debba risultare alquanto attuale, pur essendo accettabile un non allineamento di qualche mese, sempre che nel frattempo non siano intervenute operazioni importanti.

Detta relazione svolge un ruolo essenziale nella fase preliminare di ammissione alla procedura concordataria, considerato che, non essendo prevista alcuna attività istruttoria, è l'unico elemento su cui può basarsi il giudizio di ammissibilità del piano, da parte del tribunale. La relazione del professionista è da sempre considerata, quindi, una garanzia di serietà della proposta concordataria, che va anche a sostituire l'obbligo del deposito delle scritture contabili, come previsto dall'originario testo dell'art. 160 l. fall.

Una tutela effettiva dei creditori esige quindi che il compito affidato al professionista non si limiti ad una mera e formale verifica della regolarità della documentazione, ma venga esteso ad un preciso controllo di merito. Per questi motivi si ritiene condivisibile la tesi secondo la quale *“La legge fallimentare riconosce ora al Tribunale un potere di controllo di legalità che deve estendersi fino a garantire che venga fornita, in primo luogo, una corretta, chiara, completa veridica ed esaustiva informazione ai creditori, a garanzia della genuina e consapevole possibilità di formazione dell'accordo tra debitore ed i suoi creditori”*³⁵⁵.

Ai sensi dell'art. 161, comma 3, due sono i principali compiti che la legge affida alla relazione del professionista, ovvero: attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Vediamo nel dettaglio a cosa fanno riferimento.

Innanzitutto la relazione del professionista deve certificare l'esistenza o meno di una contabilità, se la stessa sia tenuta in modo regolare e corretto, se i dati esposti dal debitore siano corrispondenti alle risultanze contabili e se la situazione evidenziata nel ricorso rappresenti un quadro fedele della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa³⁵⁶. Questo è inteso come attestazione della veridicità dei dati aziendali.

³⁵⁵ Cit. VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, , p. 38.

³⁵⁶ DEL GIUDICE F. (a cura di), *La legge fallimentare spiegata articolo per articolo*, IV edizione, Edizioni giuridiche Simone, 2011, p. 162.

Tale compito non può certo equivalere ad una mera verifica di corrispondenza dei dati contabili provenienti dall'imprenditore o dai suoi consulenti, occorrendo a tal fine che il professionista accerti ed attesti che essi siano effettivamente reali, procedendo a verifiche di campione dell'impianto contabile ed amministrativo su cui il giudizio deve in seguito essere espresso.

In particolare il professionista dovrà analizzare la domanda di ammissione alla procedura di concordato, verificando la corrispondenza dei dati contenuto nel piano e nella documentazione allegata alle risultanze delle scritture contabili, secondo le previsioni contenute nell'art. 161, comma 2, lettere a), b), c) e d) l. fall., offrendo al tempo stesso ai terzi una corretta rappresentazione dell'imprenditore in crisi, quanto degli elementi da esso utilizzati per la predisposizione del piano di risanamento aziendale. In definitiva egli dovrà *“asseverare non solo la veridicità dei dati contabili contenuti nel piano ma anche tutti quegli elementi necessari per la predisposizione dello stesso e degli eventuali documenti in esso contenuti di natura non meramente contabile”*³⁵⁷.

La relazione del professionista non deve perciò limitarsi ad attestare genericamente o a prendere in considerazione dati meramente formali, piuttosto deve precisare la motivazione sostanziale ed oggettiva della attestazione di veridicità con riferimento sia ai dati contabili che a quelli extracontabili dell'impresa del debitore proponente.

Viene fatto salvo, in ogni caso, il principio del libero convincimento del giudice³⁵⁸. Il tribunale, chiamato ad esprimersi sulla prova fornita dal debitore, è legittimato ad entrare anche nel merito della proposta e, di conseguenza, anche nella relazione del professionista, qualora dovesse ritenere che la stessa non fornisca esaustivi elementi per ritenere che il piano sia fattibile e/o i dati aziendali non siano veridici. Tale conclusione appare coerente con la possibilità di concedere all'imprenditore un termine non superiore a quindici giorni per integrare il piano e depositare nuovi documenti, ai sensi dell'art. 162, comma 1, l. fall. Pertanto, anche a seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. 169/2007 rispetto alla L. 80/2005, il controllo del Tribunale non deve rimanere circoscritto nei limiti della verifica

³⁵⁷ Cit. MANDRIOLI L., *Aspetti professionali ed operativi del nuovo concordato preventivo*, in *Atti Convegno Firenze, Il Curatore Fallimentare e le nuove procedure concorsuali*, Firenze, 20 ottobre 2006.

³⁵⁸ VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010.

della “completezza e regolarità della documentazione”, ma deve estendersi alla verifica nel merito della fondatezza, cioè della fattibilità della proposta³⁵⁹.

Quanto all’ulteriore valutazione richiesta circa la fattibilità del piano si ritiene generalmente che *“essa debba conseguire dalla veridicità dei dati aziendali confrontati con le componenti essenziali del programma predisposto, nel senso che questo possa essere giudicato realisticamente attuabile in base alla situazione economico-patrimoniale accertata”*³⁶⁰.

Il professionista deve, in primo luogo, comprendere origini e tipologia della crisi, in modo tale da essere in grado di stabilire se le strategie indicate nel piano siano tali da lasciar fondatamente e ragionevolmente prevedere una regressione della crisi, o comunque, il suo superamento mediante l’attuazione del programma nei tempi e con le modalità indicate.

La realizzabilità del piano deve basarsi su una previsione fattibile, quindi credibile ed attuabile per i terzi interessati alla proposta, secondo canoni non di mera possibilità di realizzo, quanto invece di elevata possibilità di successo, ed il cui giudizio, partendo dalle dinamiche e dalle performance precedenti e dai risultati di gestione rilevati alla data di presentazione del concordato, si evolve verso una fase prospettica dell’impresa, e cioè indirizzata all’attuabilità del previsto risanamento.

Sicuramente è delicata la posizione che assume il professionista nel formulare la relazione in questione, sia considerando il fatto che si tratta di un giudizio prognostico, oltre alle responsabilità che si assume in ciò che certifica.

Il comportamento del professionista può innanzitutto dare luogo ad una responsabilità nei confronti del debitore che lo ha incaricato, allorché possa ravvisarsi l’inosservanza di un obbligo di legge od una negligenza, imprudenza od imperizia nell’espletamento della prestazione secondo la disciplina stabilita dal codice civile. Non è da escludere l’applicabilità dell’art. 2236 c.c. in tema di responsabilità per dolo o colpa grave nei casi in cui si tratti di soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà³⁶¹.

Inoltre, nonostante la sua autonomia ed indipendenza, è pur sempre incaricato dal debitore che lo richiede di una prestazione tecnica. Sotto tale profilo non è quindi da escludere che

³⁵⁹ Trib. Piacenza, 1 luglio 2008.

³⁶⁰ Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffirè, 2008, p. 293.

³⁶¹ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo*, Ipsoa, 2005, p. 107 ss.

in tutti i casi in cui il professionista non ritenga di poter giungere alle conclusioni alle quali tende l'imprenditore, non sia più in grado di assolvere all'incarico ricevuto³⁶².

In ogni caso non è dubitabile che egli incorra in una responsabilità ogni qualvolta attesti dati aziendali in modo infedele, o comunque affermi la fattibilità de piano sulla base delle considerazioni logicamente incongruenti con le risultanze obiettive accertate. Si tratta di una responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti dei creditori e di qualsiasi interessato che abbia subito un danno diretto ed immediato.

Concluso il tema degli aspetti fondamentali a cui è destinata la relazione, si ricorda che, successivamente al d. lgs. 169/2007, sono variati i requisiti di cui deve essere in possesso il professionista che redige la relazione stessa. A decorrere dal 1° gennaio 2008 infatti il professionista deve essere iscritto all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili o degli avvocati, nonché all'albo dei revisori contabili (richiamo specifico dell'art. 67 co. 3 lett. d), l. fall).³⁶³.

Un'ulteriore precisazione relativa allo svolgimento dell'attività di analisi della domanda di ammissione al concordato preventivo. Una volta presentata la domanda tramite ricorso ai sensi dell'art. 161, è compito del Tribunale giudicare sull'ammissibilità o meno della procedura. Ai sensi dell'art. 162 l. fall., *“il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono le condizioni di cui all'art. 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato”*.

Dovrà quindi effettuare un controllo di legalità in base alla verifica della sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi di cui all'art. 160 l. fall. (comma 1 e 2), già in precedenza indicati, ed inoltre verificare la composizione del piano e l'adeguatezza dei controlli effettuati dal professionista (art. 161 l. fall.).

Si segnalano tre correnti di pensiero in ordine ai poteri di controllo riconosciuti dalla legge al controllo del tribunale, se questo debba essere meramente formale o anche sostanziale.

Da un lato si pone chi, muovendo dalla soppressione del sindacato di merito riconosciuto dalla legge fallimentare del 1942 al tribunale, con contestuale ridimensionamento anche di

³⁶² MANDRIOLI L., *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Fallimento*, 2005, p. 1337.

³⁶³ Per un approfondimento sul tema si rimanda a VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010, p. 41 ss.

quello di legittimità, restringe i poteri dell'autorità giudiziaria ad un mero "controllo di regolarità degli atti". Tale orientamento, sostenuto da dottrina e giurisprudenza minoritaria³⁶⁴, ritiene quindi preferibile una soluzione che nega all'autorità giudiziaria il sindacato di fattibilità del piano.

Di contro, vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale il quale ritiene invece che l'autorità giudiziaria conservi in ogni caso un potere di vaglio della proposta in ordine alla legalità sostanziale di essa, riconoscendo al tribunale un sindacato non meno ampio di quello consentito in sede di omologazione anche se più sommario. Tale orientamento, accolto dalla prevalente giurisprudenza ritiene che il controllo espresso dal Tribunale, in sede di ammissione, debba quindi entrare nel merito della fattibilità del piano, in base proprio al nuovo art. 160, il quale prevede la predisposizione di un piano che debba prima essere attestato come fattibile dal professionista (art. 161 l. fall.), ma che viene accertato come ammissibile dal Tribunale stesso³⁶⁵.

Esiste infine un orientamento intermedio, di compromesso tra la tesi che riconosce al tribunale sindacato di merito sulla fattibilità del piano e la tesi che limita l'intervento dell'organo giudiziario alla verifica di legittimità del medesimo. Questo, pur escludendo che il controllo del Tribunale, in sede di ammissione, debba investire il merito della fattibilità del piano e che, di conseguenza, non possa sindacare le scelte operate dal proponente, attribuisce tuttavia, a tale organo, il potere di esprimere una valutazione circa la sussistenza di una coerente logica della proposta e sulla comprensibilità, affinché essa possa, da un lato, esplicitare pienamente la funzione informativa nei confronti dei creditori e dall'altro possa agevolare l'attività di disamina da parte del commissario giudiziale.

Vale la pena citare una pronuncia della Corte di Appello di Torino a mente della quale, in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il controllo del tribunale deve vertere: *".. a) sotto il profilo della regolarità, sull'accertamento della rispondenza dei dati considerati ed attestati dal professionista qualificato, ai sensi dell'art. 161, terzo comma, l. fall., alla documentazione di supporto o degli elementi comunque acquisiti; b) sotto il*

³⁶⁴ In tal senso CATALLOZZI P., *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori "deboli"*, in *Il nuovo diritto fallimentare, le novità introdotte dal Decreto Correttivo*, Milano, 2006, p. 309 ss.

³⁶⁵ In giurisprudenza Trib. Bologna 17 novembre 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 3, p. 658; Trib. Milano 12 dicembre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 576; Trib. Prato 5 dicembre 2005; Trib. Bari 7 novembre 2005; Trib. Pescara 20 ottobre 2005; Trib. Treviso 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, p. 51; Trib. Monza 16 ottobre 2005 in *Fall.*, 2005, p. 1402; Trib. Salerno 3 giugno 2005 in *Fall.*, p. 1297; Trib. Sulmona 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 793.

profilo della completezza, sull'accertamento dell'offerta di un'informazione, esauriente ed argomentata, dell'effettiva situazione economica e finanziaria del debitore richiedente, in relazione al piano proposto ai creditori, in modo che esso sia davvero spiegato, sulla base di un'indicazione, critica e ragionata, dei mezzi offerti rispetto agli obiettivi perseguiti”³⁶⁶.

Le modifiche quindi apportate con il decreto correttivo 169/07, sembrano confermare l'impostazione di legittimità nel senso ultimo esposto. Tale convincimento è suffragato da diverse ragioni: innanzitutto, la tutela dei creditori assenti o dissenziente in sede di voto, viene in ogni caso realizzata, in quanto il Tribunale è tenuto ad intervenire nel caso di opposizione da parte dei creditori appartenenti alla suddetta categoria; in secondo luogo il rafforzamento delle qualifiche richieste al professionista sembra voler confermare la centralità della relazione, la quale dovrà essere soggetta solo al controllo di legittimità riguardo alla capacità informativa della stessa (controllo che, benché rasenti un controllo di merito, non può sindacare e sovrapporsi al giudizio del professionista in detta relazione).

In ogni caso, si deve riconoscere che l'unico limite consiste nella valutazione di convenienza del concordato che è demandata esclusivamente ai creditori.

Infine, se il Tribunale ritiene che non ricorrano le condizioni indicate con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta. In tal caso, su istanza del debitore o del pubblico ministero, come si diceva in precedenza, può dichiarare il fallimento.

Si rammenta che l'art. 161, ultimo comma, l. fall., a seguito del decreto correttivo 169/2007 prevede che la domanda di concordato sia comunicata al Pubblico Ministero, trasformando la partecipazione di tale organo da obbligatoria a facoltativa, in linea con una natura maggiormente privatistica della riforma del 2005.

Resta comunque chiara l'esigenza pubblicistica conferendo un potere di controllo sulla legalità al p.m., che va oltre la disamina dell'eventuale fattispecie dell'illecito penale, di cui all'art. 236 l. fall³⁶⁷.

La comunicazione, pur avendo meramente scopo informativo riguardo alla instaurazione del procedimento di concordato preventivo, consente comunque al p.m. di poter partecipare attivamente alla fase di ammissione, conservando la facoltà di proporre impugnazione.

³⁶⁶ App. Torino 19 giugno 2007.

³⁶⁷ Ai sensi dell'art. 236 l. fall. l'imprenditore che, al solo fine di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo si sia attribuito attività inesistenti, ovvero per influire sulla formazione della maggioranza, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti è soggetto a sanzione penale.

Inoltre, gli atti procedimentali compiuti dal Tribunale non sono più condizionati dal parere di tale organo.

Anche in questo caso si sono susseguiti, prima del decreto correttivo, diversi orientamenti giurisprudenziali. Da un lato, pronunce che non ritenevano obbligatorio il parere del Pubblico Ministero, come ad esempio la n. 10693/05 del Tribunale di Milano ed altre che continuavano a sostenere l'obbligo dell'intervento del magistrato. Dopo l'intervento del d. lgs. 169/2007 si è superata tale disputa giurisprudenziale, attribuendo al p.m. un ruolo fondamentale nella procedura di concordato preventivo. Ciò emerge sia dalla nuova formulazione dell'art. 161 l. fall., ai sensi del quale "la domanda di concordato è comunicata al pubblico ministero", ma soprattutto dalle successive integrazioni degli art. 162, 173, 179 l. fall.

3.5 La sorte dei creditori

Il concordato preventivo è un mezzo per evitare il fallimento, in particolare permette all'imprenditore proponente di proseguire la sua attività economica con l'identica struttura (finalità conservativa), ed allo stesso tempo garantisce ai creditori il soddisfacimento totale o parziale dei loro crediti (finalità, soddisfattiva, con effetto esdebitatorio nei loro confronti, art. 184 l. fall.)³⁶⁸. Si andrà ora ad analizzare il secondo di questi obiettivi, ovvero le prospettive dei creditori.

La finalità del concordato preventivo, come anche del fallimento, si può definire soddisfattiva, ovvero che tende a soddisfare i creditori (nei limiti dell'attivo che sarà realizzato), attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore³⁶⁹. La suddetta finalità soddisfattiva dei creditori avviene attraverso un piano, di cui abbiamo già in precedenza parlato, che, una volta adempiuto, permette l'estinzione della obbligazione originaria.

Va sottolineato che, a differenza del concordato preventivo, in caso di dichiarato fallimento tale effetto soddisfattivo non avviene (a meno che il fallimento non sia stato chiuso con concordato fallimentare, art. 124 l. fall., o quando sia concessa l'esdebitazione in caso di

³⁶⁸ FAUCEGLIA G., ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, cap. XVIII.

³⁶⁹ SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 9 ss.

persona fisica, art. 142 l fall.); per questo motivo i creditori non pienamente soddisfatti possono far valere il loro diritto non ancora esaurito nei confronti del debitore tornato *in bonis*³⁷⁰.

L'istituto della suddivisione dei creditori in classi è tratto dalla normativa americana, in particolare dal *Bankruptcy Code* del 1978, che ha radicalmente modificato il *Chandler Act* del 1938. In questo modo è stata introdotta nell'ordinamento americano la facoltà del debitore sottoposto a procedura concorsuale di ripartire i creditori in classi omogenee, in relazione alle differenti caratteristiche dei crediti³⁷¹.

L'ordinamento concorsuale italiano ha invece previsto per la prima volta la divisione dei creditori in classi nella legge n. 166 del 5 luglio 2004 (c.d. Legge Parmalat), legge destinata a regolamentare le crisi particolarmente rilevanti sul piano dimensionale. In particolare, l'art. 4, prevede la possibilità di suddividere i creditori in classi sulla base di posizione giuridica e interessi economici omogenei, attribuendo trattamenti differenziati a creditori appartenenti a classi diverse, in deroga al principio della *par condicio*.

La disciplina testé descritta ha costruito le basi per definire il modello del nuovo istituto del concordato preventivo. La riforma prevista dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 ha infatti rivoluzionato i principi di fondo del concordato preventivo in tema di trattamento dei creditori prevedendo la possibilità per il debitore di suddividere i creditori in classi secondo "posizione giuridica ed interessi economici omogenei" (art. 160, comma 1°, lettera c), l. fall), con l'ulteriore facoltà di riservare un trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 160, comma 1°, lettera d), l. fall.)³⁷².

Il concetto di omogenei può essere inteso sia con riferimento alla fonte creditoria, sia con riferimento all'ammontare del credito, sia con riferimento alla data in cui il credito è sorto o è scaduto; quindi, è del tutto arbitrario assumere che nell'ambito delle classi non possono essere compresi anche i creditori privilegiati.

Sin dall'inizio si è sottolineata l'importanza di questa novità, volta a consentire al debitore di strutturare un piano articolato, nel quale i creditori chirografari fossero raggruppati in

³⁷⁰ Tale prospettiva appare piuttosto teorica se si tiene conto che una volta dichiarato il fallimento e chiusa la procedura a seguito della ripartizione finale dell'attivo o quando risulti l'impossibilità di un soddisfacimento anche minimo per i creditori, il curatore chiede la cancellazione della società dal registro delle imprese ai sensi dell'art. 118, comma 2°, l. fall.

³⁷¹ Sull'argomento si veda PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.

³⁷² BOZZA G., *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, p. 1208 ss.

classi, cui offrire trattamenti diseguali non solo nella percentuale di pagamento offerta, ma anche nella modalità di soddisfazione.

La discussione sulla individuazione dei criteri guida per la formazione delle classi è divenuta subito accesa; ma in realtà nessuno aveva messo in dubbio che si trattasse di una facoltà del debitore, rimessa alla sua esclusiva discrezionalità.

Molti, sin dall'introduzione della riforma, hanno subito sottolineato la carenza di una analoga previsione anche per i creditori privilegiati, introdotta solo successivamente con il c.d. decreto correttivo n. 169/2007, che ha modificato l'art. 160, penultimo comma, l. fall., introducendo analoga previsione a quella dettata in tema di concordato fallimentare (art. 124, comma 3, l. fall.) ; oggi dunque è consentito un trattamento differenziato dei creditori privilegiati (e dunque la formazione di una apposita classe) limitatamente ai creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché la loro soddisfazione non sia inferiore a quella che avrebbero conseguito in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore del bene o diritto sul quale sussiste la causa di prelazione.

Tale innovazione che, a parere di alcuni³⁷³, potrebbe risultare inconciliabile con il nostro ordinamento, ha ovviamente fatto emergere pareri contrastanti, non essendo del tutto chiaro se questa possibilità possa agevolare l'attuazione del concordato oppure costituisca un beneficio per il debitore o per i creditori.

“La suddivisione dei creditori per classi giuridicamente omogenee non dovrebbe, infatti, consentire particolari digressioni perché, essendo stato già introdotto nel nostro ordinamento il principio della responsabilità patrimoniale del debitore e del trattamento paritetico dei creditori, salvo le classi legittime di prelazione, la creazione di classi che avesse soltanto lo scopo di separare i creditori muniti di diritto di prelazione rispetto a quelli chirografari sarebbe del tutto superflua”³⁷⁴.

Questo è confermato dal fatto che i creditori muniti di pegno, privilegio ed ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto di voto se non rinunciano alla prelazione. Inoltre, il creditore privilegiato soddisfatto parzialmente è equiparato al chirografario per la parte non soddisfatta (art. 177, comma 3, l. fall.).

³⁷³ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffè, 2008, p. 271.

³⁷⁴ Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffè, 2008, p. 270.

Diverso è il caso della suddivisione in classi dei creditori chirografari per posizioni omogenee ed interessi economici perché in questo altro caso si tratterebbe di formare gruppi in funzione della fonte genetica dell'obbligazione vantata e regolarne diversamente il soddisfacimento.

Vediamo ora nel dettaglio qual è stato l'iter legislativo che ha portato alla situazione oggi vigente. La l. 14 maggio 2005, n. 80, diversamente dalla previgente disciplina del 1942, che richiedeva il pagamento integrale dei creditori privilegiati, nel modificare l'art. 160 nulla diceva in proposito alla loro soddisfazione integralmente o parziale³⁷⁵. La legge operò unicamente prevedendo all'articolo 160 comma l'introduzione di alcune variazioni relative alla composizione del piano ed eliminando i tre requisiti di cui doveva essere in possesso il debitore proponente, di cui abbiamo già parlato. Inoltre, e questo è maggiormente rilevante in questa sede, alle lettere c) e d) dispose la suddivisione dei creditori in classi nonché il loro trattamento differenziato, senza però prendere in considerazione i creditori privilegiati. Attraverso l'entrata in vigore del d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 si era prospettata l'applicabilità al concordato preventivo della disciplina prevista per quello fallimentare, laddove si era stabilito che *“la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non vengano soddisfatti interamente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) designato dal tribunale”*³⁷⁶. In questo caso il trattamento stabilito per ciascuna classe non avrebbe potuto alterare l'ordine delle cause di prelazione³⁷⁷.

Era stato altresì stabilito che i crediti muniti di un diritto di prelazione di cui la proposta prevedesse il soddisfacimento non integrale fossero considerati chirografari per la parte residua del credito.

Secondo autorevole parere, *“la modifica non sembra particolarmente innovativa in quanto essa si traduce in un mero riconoscimento dello stesso trattamento che viene riservato a*

³⁷⁵ ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1.

³⁷⁶ Art. 124, comma 3, l. fall.

³⁷⁷ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffirè, 2008, p. 272.

*tutti i creditori assistiti da prelazione nell'esecuzione individuale e non in un principio generalizzato di trattamento non integrale di detti creditori nelle procedure di concordato fallimentare e preventivo*³⁷⁸.

Il decreto correttivo ha risolto ogni dubbio riguardo la sorte dei creditori privilegiati, introducendo il secondo comma all'art. 160 l. fall. nel quale si afferma che, sulla base della proposta presentata del debitore, la quale dovrà poi essere accettata da una maggioranza qualificata di creditori ed omologata dal tribunale, può essere previsto il pagamento in percentuale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca purché la misura del soddisfacimento proposta non sia inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione³⁷⁹.

Le disposizioni del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 hanno quindi eliminato qualunque questione circa la possibilità di soddisfacimento non integrale³⁸⁰, e quindi in percentuale anche dei creditori privilegiati³⁸¹, nonostante anteriormente tale assunzione fosse già stata presa, anche se non unitariamente, in via interpretativa³⁸².

Ciò rappresenta un'importante modifica rispetto al passato, in quanto precedentemente era previsto che con il concordato preventivo, a differenza del concordato fallimentare, si dovesse garantire l'integrità del pagamento dei crediti privilegiati. E' inoltre previsto che il concordato preventivo possa essere concesso a condizione che non sia alterato l'ordine delle cause di prelazione.

³⁷⁸ Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffrè, 2008, p. 273.

³⁷⁹ La nuova norma ha peraltro recepito l'orientamento di chi nel vigore del d.l. n. 35/2005, sosteneva la legittimità di piani di superamento della crisi nei quali anche i creditori privilegiati potessero essere inseriti in classi cui riservare un soddisfacimento parziale. In tal senso SANDULLI M., Sub art. 177, in AA.VV. *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro A.- Sandulli M., Giappichelli, Torino, II, 2006, p. 1061 ss.

³⁸⁰ Mancava nel d.l. n. 35/2005 questa precisazione. Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, in sede di prima applicazione della normativa del d.l. n. 35/2005, hanno ritenuto che un'eventuale proposta di soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati, avrebbe costituito una violazione dei loro diritti. In tal senso in giurisprudenza si vedano Trib. Milano, 10 marzo 2006, in Fall., 2006, p. 570; Trib. Milano, 29 dicembre 2005, ibidem, 2006, p. 575; Trib. Milano 12 dicembre 2005, ibidem, 2006, p. 578; Trib. Milano, 30 settembre 2005, ibidem, 2006, p. 581. Nel senso che la riforma richiede il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in Fall., 2005, p. 793.

³⁸¹ AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, vol. XI, 1, 2008.

³⁸² In giurisprudenza, Trib. Torino, 20 dicembre 2006, estendeva al concordato preventivo principio di essere espressamente formulato per il concordato fallimentare e implicitamente recepito dall'art. 182 ter l. fall. per la transazione fiscale; si veda anche sull'argomento SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 14.

Si deve precisare che la nuova prescrizione normativa prende in considerazione esclusivamente i creditori muniti di privilegio speciale, e cioè quelli (e gli unici) in relazione ai quali il bene su cui grava il privilegio può essere incapiante. Ciò significa che i creditori muniti di privilegio generale continuano a dover essere pagati al 100%³⁸³. Teoricamente si potrebbe prevedere anche un pagamento parziale dei creditori muniti di privilegio generale³⁸⁴, ma in forza del disposto contenuto nell'ultima frase del comma 2 dell'art. 160 l. fall., secondo il quale la suddivisione delle classi “*non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*”, ciò dovrebbe avere come conseguenza il mancato pagamento di qualunque somma a favore dei creditori chirografari e comunque il rispetto dell'ordine dei privilegi. Un concordato preventivo così formulato avrebbe poche possibilità di successo, poiché i creditori chirografari normalmente sono la maggioranza. Dunque, solo in presenza di determinate circostanze, ossia quelle in cui i creditori privilegiati rappresentano la maggioranza dei creditori, un concordato che preveda un pagamento percentuale dei creditori muniti di privilegio generale potrebbe avere possibilità di successo.

La giurisprudenza relativamente ai criteri di suddivisione dei creditori in classi, ha affermato che i crediti dei lavoratori, degli enti previdenziali e quelli tributari, nonostante siano assistiti da privilegio generale sui beni mobili, hanno posizione giuridica non omogenea ai sensi del diverso grado di soddisfazione normativamente previsto dagli artt. 2777 e 2778 c.c. Per queste ragioni la previsione nel piano di un loro trattamento differenziato operata dal debitore, e segnatamente una maggiore percentuale di soddisfazione dei primi rispetto agli altri, è conseguentemente legittima³⁸⁵.

In senso contrario, nella pronuncia del Tribunale di Piacenza³⁸⁶ si è affermato che “*in quanto muniti di privilegio generale, i crediti dei lavoratori e quelli tributari vanno ascritti al medesimo grado, seppur con diverso ordine di pagamento, per cui non è ammissibile*

³⁸³ Nello stesso senso FABIANI M., *Il decreto correttivo della riforma fallimentare* in *Foro it.*, p. 226; PANZANI L., *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento online*; ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1.

³⁸⁴ ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1.

³⁸⁵ Trib. Mantova, 26 febbraio 2009 e Trib. Pavia, 8 ottobre 2008, entrambe pubblicate sul sito internet in *www.ilcaso.it*.

³⁸⁶ Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*.

una proposta concordataria contenente un differente trattamento tra le categorie in questione”.

La Cassazione, in un caso recentemente approdato al suo esame³⁸⁷, ha precisato che il limite posto dall'art. 160, 1° comma, lett. c (ovvero il criterio che impone il rispetto dell'omogeneità degli interessi economici), alla libertà lasciata all'imprenditore nella formazione delle classi, deve essere apprezzato alla luce "*della categoria di appartenenza dei creditori*", la quale va a sua volta desunta "*dal regime giuridico applicabile alle pretese da questi vantate nei confronti dell'imprenditore*".

La Cassazione ha inoltre precisato che il principio della postergazione dei crediti per finanziamenti dei soci può comunque essere derogato con il consenso dei creditori, ma ciò può avvenire solo in forza di un'approvazione da parte di tutte le classi, non potendo il dissenso di una di queste essere superato con la valutazione di merito sulla convenienza propria del *cram down*, venendo in rilievo in questo caso profili di legittimità della proposta concordatari.

Altro importantissimo aspetto innovativo è costituito dal fatto che, come condizione di proponibilità della proposta, non viene più richiesto alcun predeterminato limite nella percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari; per queste ragioni cioè può essere offerta in adempimento una qualsiasi percentuale del credito³⁸⁸.

In conclusione, sono venuti meno sia i vincoli relativi alla percentuale minima da offrire ai creditori chirografari sia l'obbligatorietà del pagamento ai creditori privilegiati, variando in questo senso il concetto di *par condicio creditorum*, consentendo un diverso trattamento dei creditori nel caso in cui quest'ultimi siano suddivisi in classi caratterizzate dall'omogeneità della posizione giuridica del credito o degli interessi economici perseguiti.

Sorgono a questo punto però alcuni dubbi sulla finalità del debitore nel momento in cui definisce le classi, poiché stabilendo quale debba essere il numero di creditori per ciascuna di esse, come debbano essere distinti coloro che vantano pretese obbligatorie di diversa entità, quali e quanti creditori debbano formare una determinata classe, quale possa essere il

³⁸⁷ Sent. 4 febbraio 2009, n. 2706, in *www.italggiure.it*, rv. 606618.

³⁸⁸ Nella disciplina previgente al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo era richiesto che il debitore garantisse di soddisfare per intero tutti i creditori privilegiati, nonché il quaranta per cento dei creditori chirografari. Non era inoltre prevista la possibilità di suddividere i creditori in classi. Per un approfondimento BONSIGNORI A., *Concordato preventivo (art. 160 – 186)*, in *Commentario Scaloja – Branca. Legge fallimentare*, a cura di Bricola F. – Galgano F. – Santini G., Zanichelli – Il foro italiano, Bologna – Roma, 43 ss.

numero di classi, potrebbe tentare di organizzare tutto nel modo che gli arreca più vantaggio in sede di votazione.

Non dobbiamo dimenticare che al tribunale viene assegnato il potere di valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi, ma *“manca qualsiasi indicazione del tipo di giudizio che deve essere espletato ed in particolare se questo debba riflettere esclusivamente l’interesse perseguito dal debitore oppure anche quello dei creditori considerati singolarmente o nella loro totalità od infine se occorra tener conto degli effetti che il soddisfacimento di una determinata categoria di creditori rispetto ad un’altra produca sulla stessa economia generale”*³⁸⁹.

Il debitore nel momento in cui provvede ad effettuare la suddivisione i creditori in classi non può fare a meno di specificare quali siano le ragioni che lo abbiano indotto ad includere i creditori chirografari in ciascuna classe, anche se la mancanza di un’indicazione normativa sui criteri obiettivi e generali applicabili rendono problematica la legittimità della scelta. D’altro canto si potrebbe replicare che la previsione di principi teorici ai quali bisognerebbe attenersi nella formazione delle classi potrebbe rendere eccessivamente rigido il sistema e tradire le finalità della riforma.

Di conseguenza il tribunale, nel giudicare il merito della corretta formazione delle classi, nell’accertare l’iter logico seguito per giustificare il trattamento disomogeneo, non può mancare di motivare la decisione assunta.

E’ stata affermata la necessità che nella formazione delle classi siano tenuti presenti sia la coincidenza di posizione giuridica, sia di interesse economico. Quello che può sicuramente essere affermato è che³⁹⁰: a) la composizione delle classi non può prescindere da una logica coerenza giuridica affinché siano rispettati i criteri di correttezza per la loro formazione³⁹¹; b) un elevato numero di classi aumenta l’incertezza della buona riuscita del concordato giacché per l’approvazione di quest’ultimo occorre il consenso non solo della maggioranza dei crediti ma anche della maggioranza delle classi (art. 177 l. fall.)³⁹².

³⁸⁹ Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffirè, 2008, p. 272.

³⁹⁰ ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008 /1.

³⁹¹ Trib. Palermo, 17 febbraio 2006.

³⁹² Nel caso in cui un creditore di una classe dissenziente contesti la convenienza del concordato il tribunale può omologare il concordato se ritiene che quel credito possa essere soddisfatto in misura superiore rispetto a ogni altra alternativa concretamente praticabile (art. 180, comma 4, l. fall., così come riformato dal d.lgs. 169/2007).

Dopo l'intervento correttivo del 2007, una parte della dottrina, ha iniziato a tendere verso una nuova interpretazione del contenuto dell'art. 160 l. fall., affermando che la formazione delle classi costituirebbe un vero e proprio dovere per il debitore proponente³⁹³, sul cui adempimento il tribunale sarebbe chiamato a vigilare in sede di esercizio dei poteri di controllo sin dalla fase di ammissione alla procedura.

Ma tale orientamento non sembra, secondo autorevole parere, in nessun modo condivisibile³⁹⁴ in quanto pare vada a contrastare con la precisa volontà dell'art. 160 l. fall. Il contenuto della norma appena ricordata, testualmente dispone che il debitore “può” prevedere le classi, perciò la suddivisione dei creditori in classi è una facoltà rimessa alla discrezionale valutazione del debitore; il fatto che la suddivisione in classi costituisca una mera eventualità è poi confermata dai successivi artt. 163, 177 e 182-ter l. fall., nei quali si ribadisce, nei singoli casi, la disciplina da seguire “nell'eventualità che siano previste diverse classi di creditori”.

In conclusione, secondo autorevole parere *“forse, sul piano dei desideri, si potrebbe meditare sull'utilità di un siffatto dovere; ma, al momento, le cose stanno in modo diverso e la forzatura del dato testuale è talmente evidente da non poter essere accettata, senza necessità di ulteriori commenti”*³⁹⁵.

In base a quanto previsto dalla riforma è stata a sua volta modificata anche la soglia del raggiungimento delle maggioranze dei creditori aderenti al concordato, la quale è notevolmente diminuita: affinché il concordato sia da loro approvato, occorre oggi, ai sensi art. 177, comma 1 l. fall., la maggioranza assoluta dei creditori ammessi al voto, ancorché ciò comporti una forte compressione dei diritti dei creditori vantanti crediti piuttosto esigui e di dimensioni modeste rispetto a quelli di rilievo³⁹⁶.

E' perciò unicamente necessaria, a differenza della precedente normativa, la maggioranza assoluta del capitale ammesso al voto, contro una maggioranza precedente che era indicata

³⁹³ In giurisprudenza Trib. Monza 7 aprile 2009; Trib. Milano 4 dicembre 2008; in dottrina si veda FABIANI, *Concordato e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 321; AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Riv. Dir. Fall.*, 2010, p. 563.

³⁹⁴ App. Torino, 3 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 248; GALLETTI, *Classi obbligatorie? No, grazie!*, in *Giur. Comm.*, 2010, II, p. 343.

³⁹⁵ CANALE G., *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2011/3 Maggio – Giugno.

³⁹⁶ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 57 ss.

in quella dei due terzi dei creditori ammessi al voto oltre alla maggioranza dei creditori votanti.

L'art. 177, comma 1°, l. fall.³⁹⁷, prevede inoltre che “*ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza (ovvero la maggioranza dei crediti ammessi al voto) si verifica inoltre nel maggior numero di classi*””. Il testo precedente prevedeva invece che, in caso di concordato con suddivisione di classi, fosse necessario il “*voto favorevole dei creditori che rappresentassero la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima*”³⁹⁸. Il decreto ha così modificato le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato preventivo uniformandole a quelle previste per il concordato fallimentare.

Il d. lgs. 169/2007 ha chiarito inoltre che ai fini del computo della maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato si devono considerare anche i voti pervenuti per telegramma, per fax o per posta elettronica nei 20 giorni successivi alla chiusura del verbale per l'adunanza dei creditori (art. 178 comma 4³⁹⁹).

Sono ammessi al voto solo quei creditori che non vengono pagati integralmente nella proposta, quindi i chirografari ed i privilegiati per i quali il bene posto a garanzia è incapiente rispetto al credito insoddisfatto, prevedendo la normativa che in tal senso essi hanno diritto al voto solo per la parte del credito residuo la quale, secondo le condizioni previste nella proposta, non viene integralmente pagata (art. 177, comma 2 l. fall.).

Nel caso il concordato preveda la suddivisione dei creditori in classi, il decreto correttivo ha escluso che si possa procedere sempre al *cram down* in caso di opposizione di un creditore dissenziente, in quanto può essere presentata opposizione alla omologazione solo dal creditore dissenziente presente in una classe dissenziente: in tali casi il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente applicabili (art. 180, comma 4, l. fall.).

³⁹⁷ Articolo sostituito dall'art. 15 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

³⁹⁸ Articolo modificato dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80.

³⁹⁹ L'articolo, come modificato dalla riforma del 2006, prevedeva che le adesioni giunte solo per telegramma o lettera fossero prese in considerazione e computate nel calcolo solo se il concordato nell'adunanza era stato approvato dalla maggioranza dei creditori ma nell'adunanza non fossero stati raggiunti i due terzi della totalità dei crediti. Ora invece di questi due voti si deve sempre tener conto.

E' stata altresì sottratta al tribunale qualsiasi facoltà di valutazione in ordine al mancato raggiungimento delle maggioranze previste, facoltà che gli consentiva, anche senza le maggioranze previste, ma in presenza di determinati requisiti, di approvare il concordato⁴⁰⁰. Altresì, va ricordato l'art. 182 ter, comma 1°, l. fall, in tema di transazione fiscale, secondo cui anche i crediti tributari privilegiati possono essere soddisfatti in percentuale.

3.6 Cenni alle ulteriori novità introdotte dalla riforma

Per correttezza espositiva si procede ora ad una rapida analisi delle ulteriori modifiche apportate al concordato preventivo relativamente alle altre fasi della procedura.

L'aspetto più innovativo del concordato preventivo deve indubbiamente essere riconosciuto alle finalità cui la procedura è indirizzata: la "ristrutturazione dei debiti" e il "soddisfacimento dei crediti", previste dalla nuova formulazione dell'art. 160 (comma 1 lettera a) possono ora avvenire attraverso qualsiasi forma, affidando ampia autonomia al debitore nel momento di definizione della proposta concordataria.

Proseguendo all'analisi delle modifiche apportate dalle riforme individuiamo una variazione del termine entro il quale il ricorrente deve depositare la somma stabilita dal Tribunale per far fronte agli oneri dell'intera procedura, passato da 8 a 15 giorni (art. 163, comma 2, n. 4). Il d. lgs. 169/2007 ha previsto che il debitore depositi una somma pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, e non più come in passato l'intera somma. Il giudice delegato inoltre può ridurre ulteriormente la somma, purché non scenda al di sotto del 20%.

Notevole importanza assume ora il ruolo del commissario giudiziale nominato dal tribunale secondo quanto previsto dall'art. 163, comma 2, n. 3), l. fall. Il commissario svolge infatti un'attività di controllo della veridicità di quanto dichiarato nella domanda da parte del professionista esperto (ai sensi dell'art. 161, comma 3, l. fall.), e la sua opinione costituisce forma di garanzia e di tutela dei creditori, i quali solo in seguito alla disamina della relazione particolareggiata da lui redatta (art. 172 l. fall.) saranno posti nella condizione di approvare o rigettare la proposta avanzata, a seconda delle garanzie offerte dal debitore.

⁴⁰⁰ DEL GIUDICE F. (a cura di), *La legge fallimentare spiegata articolo per articolo*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2011, p. 214.

In passato si è più volte discusso sulla natura giuridica del commissario giudiziale. Ci si chiedeva se si trattasse di un vero e proprio organo della procedura, o di un semplice ausiliario del giudice delegato (con ruolo meramente esecutivo rispetto alla attività direttiva del giudice). La dottrina più recente ha optato per la prima opinione, affermando che “*il commissario non svolge solo mansioni esecutive, ma anche consultive, di vigilanza e di sorveglianza sull’esecuzione del concordato*”⁴⁰¹.

Proseguendo l’analisi delle novità introdotte dalla riforma, il d. lgs. 169/2007 ha stabilito che a decorrere dal 1° gennaio 2008 il decreto di ammissione alla procedura venga pubblicato da parte della cancelleria a norma dell’art. 17 e non più mediante affissione all’albo del Tribunale con successiva comunicazione in via telematica all’ufficio del Registro delle imprese per l’iscrizione (art. 166 l. fall.). E’ inoltre previsto del decreto correttivo che il tribunale possa disporre la pubblicazione su uno o più giornali e, nel caso vi fossero beni mobili o immobili registrati, il commissario giudiziale deve notificare il decreto per l’annotazione nei pubblici registri (ex art. 88 l. fall.). Tale adempimento non si estende ai beni del terzo che abbia prestato garanzie reali o personali, a meno che la proposta di concordato non preveda anche la cessione di beni.

Il decreto correttivo ha poi modificato il primo comma dell’art. 168 l. fall. prevedendo che non possano essere iniziate azioni esecutive sul patrimonio del debitore dalla data della presentazione del ricorso e fino a quando il decreti di omologazione del concordato preventivo non diventa definitivo (non più dalla data della presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato⁴⁰²).

E’ inoltre stato variato l’articolo 173 l. fall., stabilendo ora che se il commissario giudiziale dovesse accertare condotte disoneste poste in essere del debitore (il quale ha occultato o dissimulato l’attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso atti di frode), ovvero riscontri la mancanza delle condizioni del concordato preventivo, lo stesso ne deve immediatamente riferire al Tribunale, il quale apre d’ufficio il procedimento di revoca dall’ammissione al concordato (e non il fallimento del debitore).

⁴⁰¹ Cit. DEL GIUDICE F. (a cura di), *La legge fallimentare spiegata articolo per articolo*, IV edizione, Edizioni giuridiche Simone, 2011, p. 207.

⁴⁰² Comma modificato dall’art. 12 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Di tale procedura il Tribunale dà comunicazione al p.m. ed ai creditori, i quali possono depositare apposita istanza di fallimento del debitore ove ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi di cui all'art. 1 e 5 l. fall. Di conseguenza la dichiarazione non è automatica ma è necessaria la procedura prevista in via generale dalla l. fall.

Altra modifica riguarda la discussione della proposta di concordato. Il decreto correttivo rispetto al passato prevede che, a decorrere dal 1° gennaio 2008, la proposta di concordato non possa più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto, questo per evitare che il debitore compia atti puramente finalizzati a prolungare i tempi di definizione della procedura (art. 175 comma 2 l. fall.).

Come già detto in precedenza, l'art. 177 l. fall. è stato significativamente modificato dal decreto correttivo n. 169 /2007, uniformando le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato preventivo a quelle previste per il concordato fallimentare. Il concordato viene oggi approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, e di conseguenza il Tribunale può a sua volta approvarlo nonostante il dissenso di una o più classi di debitori.

Se sono previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta inoltre il voto favorevole nel maggior numero di classi. (maggioranza per classe). Il voto è espresso dai creditori nell'adunanza sotto la direzione ed il controllo del giudice delegato. Il vecchio art. 177 in vigore sino al 31 dicembre 2007⁴⁰³ prevedeva invece che nel caso fossero previste diverse classi di creditori, il concordato veniva approvato se riportava il voto favorevole dei creditori che rappresentavano la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella medesima classe. Il voto era espresso dai creditori nell'adunanza sotto la direzione ed il controllo del giudice delegato.

E' inoltre stato riscritto il testo dell'art. 180 l. fall. modificandone anche la rubrica che ora fa riferimento soltanto al giudizio di omologazione e non più anche all'approvazione del concordato. La nuova disciplina in materia di concordato preventivo è analoga a quella prevista per il concordato fallimentare, prevedendo ora una sorta di doppio binario della decisione⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Ovvero il testo introdotto dal d.l. 14 maggio 2005 n. 35.

⁴⁰⁴ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 58.

Nel caso in cui non siano state presentate opposizioni da parte dei creditori, il tribunale, dopo aver controllato la sussistenza delle condizioni che la legge richiede e verificato la regolarità della procedura, pronuncia un decreto di omologa in camera di consiglio non soggetto a gravame (art. 180, comma 3, l. fall.).

Se invece vi sono opposizioni, queste dovranno essere analizzate prima dell'omologa e, nel caso in cui un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza della proposta, il tribunale potrà omologare il concordato solo qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (art. 180, comma 4, l. fall.). Tale procedura si definisce *cram down* e, come si è detto poc'anzi, consiste in una valutazione comparativa (di convenienza) fra quanto il creditore potrebbe ricevere da un'altra procedura concretamente percorribile e quanto invece riceve a seguito dell'esecuzione del concordato.

Perciò se il risultato della proposta concordataria appare al Tribunale preferibile può pronunciarsi il c.d. *cram down*, attraverso il quale il giudice obbliga il creditore dissenziente ad accettare la proposta⁴⁰⁵.

Sono rimesse all'accordo tra debitore e ceto creditorio le modalità di liquidazione dei beni nel caso in cui il piano avesse contenuto liquidatorio, non essendo più previsto l'obbligo di nomina di un liquidatore giudiziale scelto dal Tribunale.

Il decreto correttivo ha invece confermato il procedimento camerale per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale.

Il legislatore della riforma ha introdotto i commi 2,3,4,5 dell'art. 182 l. fall. volendo disciplinare la liquidazione dei beni ceduti ai creditori con concordato, al fine di garantire che le relative operazioni si svolgano correttamente ed efficacemente nell'interesse dei creditori. Si vuole precisare che, nonostante il concordato con cessione di beni non sia più una delle due forme di concordato previste in passato, ma solamente una delle svariate tipologie che il debitore può scegliere, il legislatore ha comunque ritenuto opportuno dedicare una norma a tale concordato in quanto risulta il tipo a cui più frequentemente si ricorre. Inoltre, a decorrere dal 1° gennaio 2008 la vendita dei beni nel concordato con

⁴⁰⁵ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p. 59.

cessione di beni deve seguire le norme relative alla vendita dei beni in sede fallimentare (si rimanda agli art. 105 e 108 ter).

Il decreto correttivo in vigore dal 1° gennaio 2008 prevede oltretutto che ai liquidatori (comma 2 art. 182 l. fall.) si applichi la stessa disciplina destinata ai curatori fallimentari per quanto riguarda: i requisiti per la loro scelta e per l'accettazione dell'incarico (art. 28 l. fall.); la revoca (art. 37 l. fall.); la responsabilità (art. 38 l. fall.); il compenso (art. 39 l. fall.); il rendiconto (art. 116 l. fall.).

L'art. 183 l. fall. è stato completamente riscritto dal d. lgs. 169/2007 a cominciare dalla rubrica (non più "appello contro la sentenza di omologazione" ma "reclamo"). Al decreto di omologazione del tribunale è possibile presentare reclamo alla Corte di appello, la quale si pronuncia in camera di consiglio. Analogo reclamo può essere proposto nei confronti della sentenza di fallimento emessa in seguito all'esito del giudizio di omologazione del concordato. Come si diceva nel capitolo precedente è stato soppresso il giudizio di appello avverso la sentenza di omologazione e sostituito dal reclamo di cui sopra.

Mentre l'art. 184 e 185 sono rimasti pressoché invariati, l'art. 186 l. fall. è stato interamente sostituito al fine di uniformare ulteriormente la procedura del concordato preventivo a quella fallimentare.

In tema di risoluzione per inadempimento del concordato la normativa prevista ante riforma ha infatti subito profonde modifiche. In linea con l'impostazione privatistica della procedura l'iniziativa, la declaratoria di risoluzione può oggi essere promossa esclusivamente da parte del creditore, e non più da parte dell'ufficio. Ciascuno dei creditori può ora richiedere la risoluzione del concordato preventivo per inadempimento, a meno che l'inadempimento non sia di scarsa importanza (art. 1455 c.c.). Il decreto correttivo richiama in materia di risoluzione ed annullamento del concordato gli art. 137 e 138 della l. fall., che disciplinano il concordato fallimentare, intendendo a tal fine sostituito al curatore il commissario giudiziale.

Capitolo 4: Implicazioni e novità

4.1 Modalità di accesso al fallimento consecutivo

Come abbiamo visto nei precedenti capitoli, le riforme⁴⁰⁶ della legge fallimentare che si sono susseguite negli ultimi 7 anni, hanno coinvolto anche la procedura di concordato preventivo, provvedendo ad eliminare i rigidi requisiti che caratterizzavano la sua ammissibilità. Inoltre, non sono attualmente più richiesti nemmeno gli altrettanto rigidi requisiti oggettivi e soggettivi che dovevano necessariamente sussistere in capo al debitore proponente.

La conseguenza di queste due radicali modifiche, centrali nell'analisi del presente elaborato, è l'impossibilità, nel caso il Tribunale dovesse accertare per una qualsiasi ragione l'inesistenza dei presupposti per l'ammissione al concordato, di dichiarare automaticamente il fallimento, dovendo necessariamente essere prima verificata l'esistenza dello stato di insolvenza, presupposto determinante per la dichiarazione di fallimento, ma non altrettanto basilare per la procedura di concordato.

L'art. 162 prevedeva infatti, fino alla sua modifica prevista dal decreto correttivo del 2007 che, nel caso in cui non ricorressero le condizioni previste dal primo e secondo comma dell'art. 160, il tribunale potesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato (con decreto non soggetto a reclamo)⁴⁰⁷ e conseguentemente dichiarare d'ufficio il fallimento del debitore. Prima della riforma, al decreto che dichiarava l'inammissibilità della proposta di concordato, seguiva perciò automaticamente una dichiarazione di fallimento “*in via di conseguenza necessaria*”⁴⁰⁸.

Per le procedure aperte fino al 31 dicembre 2007, il decreto di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, pronunciato contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento, non era impugnabile con ricorso ex art. 111 Cost., non essendo provvisto dei

⁴⁰⁶ Ancora una volta, nell'ordine: d.l. 35/2005, prevedeva la riforma organica della legge fallimentare attuata con d. lgs. 5/2006 (entrato in vigore il 16 luglio 2007); decreto correttivo n. 169/2007 (entrato in vigore l'1 gennaio 2008); d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

⁴⁰⁷ Cass. 28 gennaio 2000, n. 948, in *Fallimento*, 2001, p. 164; Cass. 2 maggio 1994, n. 4231, in *Fallimento*, 2001, p. 1146; Cass. 27 aprile 1990, n. 3536 e Cass. 20 marzo 1990, n. 2311, in *Fallimento*, 2001, p. 1088.

⁴⁰⁸ Cit. Cass., Sez. I, 26 febbraio 1980, n. 1328.

requisiti di decisorietà e definitività⁴⁰⁹. In tal senso, Cass. Sez. I, 2 maggio 1994, n. 4231, affermò che *“Il decreto che dichiara inammissibile la domanda di concordato preventivo, per difetto delle condizioni di cui all’art. 160 l. fall. non è impugnabile con il ricorso per Cassazione ex art. 111 Costituzione, trattandosi di provvedimento non autonomo inscindibilmente connesso alla successiva e consequenziale dichiarazione di fallimento (di cui non rileva la con testualità o meno), la quale è soggetta a specifica impugnazione, con cui possono essere fatti valere i vizi del suddetto decreto”*.

Dottrina e giurisprudenza si sono occupate di tale materia ritenendo che occorresse distinguere il caso in cui al decreto di inammissibilità facesse seguito la dichiarazione di fallimento (di cui abbiamo appena parlato) da quello in cui al decreto predetto non si accompagnasse quest’ultima declaratoria⁴¹⁰. Solamente in quest’ultimo caso, il decreto, avendo il carattere della decisorietà e della definitività, era ricorribile, a differenza del primo, per Cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost.⁴¹¹.

La tesi appena esposta trova conferma in quanto, secondo un altrettanto autorevole parere, *“Se al decreto di inammissibilità fa seguito la dichiarazione di fallimento, è chiaro che il provvedimento non possa rivestire alcun carattere di definitività, né di decisorietà. Tutto ciò che è stato oggetto del giudizio da parte del Tribunale potrà essere riesaminato nel procedimento di opposizione, nella cui sede si discute della legittimità della declaratoria di fallimento ed anche dei motivi che hanno indotto il giudice a disattendere la validità del concordato preventivo proposto dal debitore”*⁴¹².

Riguardo invece il secondo caso, in relazione al quale il provvedimento assunto dal tribunale non subisce alcuna successiva verifica, si potrebbe inizialmente sostenere che i diritti del debitore e dei creditori siano definitivamente pregiudicati, senza alcuna possibilità per essi di far valere una adeguata tutela. Ma in realtà, è altrettanto vero che il decreto di rigetto della domanda di concordato non contiene alcun accertamento sui diritti di terzi limitandosi, secondo una parte della dottrina, *“ad una sommaria indagine, senza*

⁴⁰⁹ MAFFEI ALBERTI A., *“Commentario breve alla Legge Fallimentare”*, Cian G. e Trabucchi A. (a cura di), CEDAM, Padova, 2000, p. 677.

⁴¹⁰ Cass. 29 settembre 1999 n. 10808, in *Fallimento* 2000, p. 1254.

⁴¹¹ MAFFEI ALBERTI A., *“Commentario breve alla Legge Fallimentare”*, Cian G. e Trabucchi A. (a cura di), CEDAM, Padova, 2000, p. 677. In giurisprudenza, Cass. 20 maggio 1992, n. 6076; Cass. 11 settembre 1992, n. 10385; Cass. 16 ottobre 1991, n. 10900; Cass. 27 luglio 1985, n. 4374; Cass. 27 giugno 1985, n. 3404.

⁴¹² Cit. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffirè, 2008, p. 302.

precludere che la regolamentazione dell'insolvenza possa trovare una diversa soluzione e persino che venga ripresentata una nuova istanza di concordato migliorativa della precedente"⁴¹³. Anche in questo caso troviamo quindi diverse teorie contrastanti che non sono in grado di darci una risposta univoca al problema.

Né il d. l. 35/2005, né il successivo d. lgs. 5/2006, hanno previsto alcuna modifica al testo dell'art. 162 l. fall., nella parte in cui si prevedeva l'automatica dichiarazione di fallimento a seguito della mandata ammissione al concordato preventivo.

In particolare, la riforma del 2005 aveva lasciato invariato il comma 2 dell'art. 162, in base al quale nel caso di inammissibilità del ricorso, *"il tribunale dichiara d'ufficio il fallimento del debitore"*. Solamente con il successivo d. lgs. n. 5/2006, alla luce di quanto stabilito dall'art. 6 (modificato appunto dal d. lgs. 5/2006), la disposizione si poteva interpretare in un senso maggiormente innovativo, ovvero la sentenza di fallimento non poteva più essere dichiarata d'ufficio ma, andava necessariamente stimolata da uno dei soggetti a cui compete l'iniziativa⁴¹⁴.

L'automatismo tra interruzione della procedura di concordato preventivo e conseguente dichiarazione di fallimento, si fondava inizialmente sull'assunto che il presupposto oggettivo delle due procedure concorsuali fosse il medesimo e, dunque, in mancanza della possibilità di avviare, proseguire o concludere efficacemente il concordato preventivo, il tribunale non poteva che dichiarare il fallimento sulla scorta dei poteri officiosi attribuitigli dall'art. 6 l. fall.⁴¹⁵. La nuova disciplina prevista dal d. l. n. 35/2005, che però si fondava già su un diverso presupposto oggettivo, lo stato di crisi, fenomeno diverso dallo stato di insolvenza, non poteva che far venir meno l'automatica dichiarazione di fallimento a seguito dell'interruzione della procedura stessa, non escludendo però la sussistenza dei poteri del Tribunale, ai sensi dell'art. 6, di dichiarazione di fallimento. Infatti, il Tribunale conservava ancora il potere di verificare la sussistenza del requisito dell'insolvenza, necessario per la dichiarazione di fallimento. Secondo autorevole parere, *"La disciplina del concordato prevista dalla riforma del 2005, non invalidava la previsione del legislatore del 1942 circa la facoltà del Tribunale di dichiarare il fallimento dell'imprenditore che ha*

⁴¹³ Cit. BONSIGORI A., *Del concordato preventivo*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 116.

⁴¹⁴ AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Cottino G. (diretto da), CEDAM, 2008, p. 73.

⁴¹⁵ PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005, p. 248.

*presentato domanda di ammissione al concordato preventivo, soprattutto in funzione di attivare una verifica prefallimentare utile ad evitare ulteriori attività processuali da parte dei creditori concorsuali nell'ottica di sommarietà e speditezza che dovrebbe contraddistinguere la procedura fallimentare*⁴¹⁶, più che per un obbligo di pronuncia della dichiarazione di fallimento stessa.

La questione venne definitivamente risolta grazie all'intervento legislativo d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha soppresso la dichiarazione d'ufficio del fallimento da parte del Tribunale. La soppressione, dopo innumerevoli interventi della Corte costituzionale (tra cui la sent. n. 240/2003), ha risolto una volta per tutte ogni contrasto con il principio del giusto processo previsto dall'art. 111 Cost.. Tale soppressione è stata però bilanciata dal potere di iniziativa del p.m., previsto dall'art. 7 l. fall., qualora l'insolvenza risulti nel corso di un giudizio civile o procedimento penale.

Tale ricostruzione ha trovato conferma nelle modifiche introdotte dal d. lgs. 169/2007, il quale ha completamente riformulato l'art. 162 (in particolare il comma 2), pretendendo ora che, nel caso in cui la proposta non presenti i presupposti richiesti dall'art. 160 comma 1 e 2, nonché i requisiti indicati all'art. 161, il Tribunale possa, sentito il debitore in camera di consiglio, solamente dichiarare inammissibile la proposta di concordato con decreto non soggetto a reclamo. Solo successivamente, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale potrà andare ad accertare l'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, ovvero le condizioni soggettive e lo stato di insolvenza (rispettivamente artt. 1 e 5 l. fall.), e nel caso ne determini la sussistenza, dichiarerà il fallimento del debitore.

Questo sta a significare che, l'eventuale rigetto da parte del tribunale della richiesta d'ammissione alla procedura di concordato non comporterà più un'automatica dichiarazione di fallimento se non prima proceduta da un accertamento dello stato di insolvenza e, comunque, soltanto in presenza di una richiesta in tal senso⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Cit. COPPOLA A., *Il creditore pretermesso può richiedere il fallimento anche se il concordato non è stato annullato*, in *Dir. Fall.*, 2004, p. 688.

⁴¹⁷ CAMPIONE L., *"Rigetto della domanda di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento"*, in *Diritto e Pratica della società*, 1 febbraio 2011, n. 2, p. 81, *Soluzioni 24 fisco, Gruppo 24 ore*.

Altra rilevante modifica è quella concernente la facoltà, riconosciuta all'organo giudiziario, di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni alla proposta ed al piano, nonché di produrre ulteriori nuovi documenti.

La *ratio* di tale potere concesso al Tribunale dalla nuova normativa segue parallelamente il potere ad esso attribuito ai fini della valutazione della completezza e regolarità della documentazione, in modo da conseguire ad un giudizio valutativo positivo o negativo ai sensi di quanto stabilito all'art. 161⁴¹⁸.

Inoltre, tornando al tema del decreto del tribunale che nega l'ingresso alla procedura di concordato preventivo, continua a prevalere la tesi che ritiene ricorribile per Cassazione a norma dell'art. 111 Cost. *“tutte le volte in cui la dichiarazione di inammissibilità abbia carattere decisivo in relazione all'esistenza dei presupposti per l'ammissione del debitore al concordato preventivo, essendo dipeso da ragioni che escludono una consequenziale dichiarazione di fallimento. Tuttavia, quando al decreto segue la dichiarazione di fallimento, le doglianze avverso il decreto potranno essere fatte valere soltanto con reclamo avverso la sentenza di fallimento”*⁴¹⁹.

Una massima, seppur non ufficiale, in tal senso afferma che *“la dichiarazione di fallimento, a seguito della riforma, non segue automaticamente la mancata ammissione al concordato. Tuttavia, qualora ciò accada in presenza di uno stato di insolvenza, l'impugnativa del decreto che rigetta la domanda di concordato andrà proposta unitamente al reclamo avverso la sentenza di fallimento. La revoca di tale sentenza è infatti presupposto fondamentale per potere esaminare le doglianze avverso il decreto con il quale, ai sensi dell'art. 162 l. fall., è stata rigettata la domanda di ammissione al concordato preventivo”*⁴²⁰.

Nel caso in cui al decreto di inammissibilità non segua la dichiarazione di fallimento, nonostante sia prevista l'irreclamabilità del decreto, ci si pone ancora oggi l'interrogativo della legittimità di un'eventuale impugnazione, non potendosi escludere che la facoltà di

⁴¹⁸ BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010, p.115 ss.

⁴¹⁹ Cit. Cass., Sez. I, 2 aprile 2010, n. 8186.

⁴²⁰ Massima non ufficiale, cit. CAMPIONE L., *“Rigetto della domanda di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento”*, in *Diritto e Pratica della società*, 1 febbraio 2011, n. 2, *Soluzioni 24 fisco, Gruppo 24 ore*, p. 81.

presentare un'altra domanda di concordato non valga ad eliminare la lesione che una decisione negativa pur sempre svolge sulla sfera dei diritti dei terzi interessati⁴²¹.

Infine, per quanto riguarda l'esclusione dalla revocabilità di atti, pagamenti o garanzie⁴²² concesse, in esecuzione di un concordato preventivo sui beni del debitore, rende irrilevante la circostanza che il fallimento, nel quale potrebbe porsi un problema di revocabilità di atti, pagamenti o garanzie in esecuzione di un concordato preventivo, sia o meno consecutivo.

A rigore, nel caso in cui la dichiarazione di fallimento sia fondata su di una crisi diversa rispetto a quella che aveva condotto all'apertura del concordato preventivo, e quindi non sussiste la consecuzione, atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione del concordato sarebbero comunque irrevocabili dovendo la conoscenza dello stato di insolvenza, consistente il presupposto soggettivo dell'azione revocatoria⁴²³, avere ad oggetto quell'insolvenza sulla base della quale il fallimento è stato dichiarato e non un'insolvenza precedente e sanata.

Per correttezza espositiva si rileva che, sempre ante riforma, anche in caso di improseguibilità (artt. 163, 173 e 179 l. fall.) o di mancata omologazione (art. 181 l. fall.) del concordato preventivo ammesso, il tribunale poteva provvedere alla dichiarazione di fallimento. Anche la norma disciplinatrice della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo (art. 186 comma 3 l. fall.) non ha inizialmente subito alcuna modifica, tal che, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e con la diretta applicazione degli artt. 137 e 138 l. fall., la sentenza del tribunale che risolve o annulla il concordato stesso comportava la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

Analizziamo brevemente i casi in questione, a partire dall'art. 163. Questo articolo prevedeva inizialmente che, riconosciuta ammissibile la proposta presentata dal debitore, il tribunale dichiarasse aperta la procedura con decreto non soggetto a reclamo, ordinando, tra le varie cose, che il ricorrente depositasse presso la cancelleria del tribunale, la somma che si presumeva necessaria per l'intera procedura. Il comma 2 del suddetto articolo stabiliva però che il mancato deposito prescritto comportasse la dichiarazione d'ufficio di fallimento in mano al Tribunale, ai sensi dell'art. 162 comma 2.

⁴²¹ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Guiffè, 2008, p. 304.

⁴²² Sull'argomento si rimanda a GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2011, p.156 ss.

⁴²³ Art. 67 l. fall.

L'art. 163 è stato successivamente modificato, ed ora, ai sensi dell'art. 12, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è previsto che in caso di mancata esecuzione del deposito prescritto, il commissario giudiziale provveda a norma dell'art. 173, comma 1.

L'articolo 173, inizialmente novellato "*Dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*", oggi prevede "*Revoca dell'ammissione di concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*". Anche in questo caso era in un primo momento stabilito che, accertati certi atti compiuti dal debitore (occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività insussistenti, ecc.) il commissario giudiziale, dando immediata notizia al giudice delegato, facesse scattare automaticamente la promozione da parte del Tribunale della dichiarazione di fallimento. In seguito alla riforma del 2007 è però stato previsto che, sempre una volta verificati i fatti di cui sopra, il commissario ne dia notizia non più al giudice delegato bensì al tribunale che, a sua volta, provvederà alla revoca dell'ammissione al concordato preventivo.

Solo all'esito di tale procedimento il tribunale provvederà con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del p.m., accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall., dichiarerà il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'art. 18.

Altro caso riguarda la mancata approvazione del concordato per il non raggiungimento delle maggioranze richieste dagli artt. 177 e 178. Il giudice delegato, anche in questo caso, doveva riferire al Tribunale che, sempre ai sensi dell'art. 162 comma 2, provvedeva alla dichiarazione di fallimento del debitore (ex art. 179 l. fall.). Oggi invece, se non vengono raggiunte le maggioranze previste dal comma 1 dell'art. 177, il giudice delegato dovrà sempre riferire al Tribunale che però, andando a provvedere a norma del nuovo articolo 162, non dichiarerà più d'ufficio il fallimento ma l'inammissibilità della domanda di concordato.

La chiusura della procedura, prevista all'art. 181, al comma 2, stabiliva inoltre che, la mancanza delle condizioni di cui al comma 1, fosse causa sufficiente per dichiarare il fallimento del debitore. L'art. 181, modificato dal d. lgs. 2006, n. 5, prevede ora solamente

alcune istruzioni relative all'omologazione, in quanto sono state rimosse quelle quattro condizioni di cui il Tribunale doveva procedere ad accertamento.

Infine, anche in caso di risoluzione ed annullamento qualcosa è cambiato, solamente però a livello di testo dell'articolo in questione. Il comma 3 dell'art. 186 il quale inizialmente prevedeva che con la sentenza che provvedeva alla risoluzione o annullamento il tribunale dichiarasse contestualmente il fallimento, è stato eliminato. E' ora previsto un rimando agli art. 137 e 138 (rispettivamente risoluzione ed annullamento del concordato fallimentare), ma anche in questo caso con la sentenza in questione viene anche riaperta la procedura di fallimento del debitore, provvisoriamente esecutiva.

4.2 La ritrovata vivacità del concordato

*“La novella fallimentare ha ridisegnato la procedura del concordato preventivo esaltando il ruolo delle parti private e ridimensionando funzioni e compiti riconosciuti all'autorità giudiziaria. Si è reso così più “appetibile” per gli imprenditori che intendono realizzare un concreto risanamento dell'impresa in crisi”*⁴²⁴.

Prova di una ritrovata vivacità del concordato è fornita dai dati statistici di seguito riportati i quali evidenziano una crescita esponenziale, a seguito della riforma, delle domande di ammissione a tale procedura concorsuale proposte dall'imprenditore italiano, al fine di evitare il fallimento della propria impresa.

Grazie al nuovo Portale dei Fallimenti⁴²⁵, a cui hanno aderito numerose province italiane, è stato possibile effettuare una analisi che, seppur non basandosi sull'effettivo numero dei concordati preventivi richiesti nel corso degli ultimi anni (poiché non tutte le province hanno ancora aderito a questa iniziativa, e comunque è possibile che non tutti i dati siano aggiornati), permette tuttavia di trarre alcune significative conclusioni sull'utilizzo che ne sta facendo l'imprenditore italiano di tale istituto concorsuale.

Tale portale, in particolar modo indirizzato a curatori e creditori, permette a chiunque sia interessato, di effettuare una ricerca relativa all'istituto che vuole analizzare. Divisi per regione e per procedura concorsuale, sono riportate le risposte del Tribunale rispetto ad

⁴²⁴ Cit. CITRO A., COSMA A., *La domanda di concordato preventivo: condizioni e presupposti*, in *Diritto e Pratica della Società, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 ore*, 1 aprile 2010, n. 1, p. 16.

⁴²⁵ http://www.fallcoweb.it/fallco_it/portale_nazionale/home_portale.html#

ogni richiesta. Perciò, per ogni domanda di fallimento si troverà la relativa sentenza, per il concordato preventivo viene messo a disposizione il decreto di ammissione, e così via.

Di seguito sono riportate le province che dispongono di tale innovativo mezzo d'informazione, e gli anni per i quali è stata svolta l'analisi. Per ciascun anno e ciascuna provincia è riportato il numero dei decreti di ammissione relativi alle rispettive domande di ammissione presentate. Il numero di quante domande di concordato preventivo siano effettivamente state presentate non è in questa sede possibile da stabilire visti i dati esposti nel portale (relativi unicamente alle domande di concordato preventivo cui è seguito il decreto di ammissione), ma si ritiene comunque che questa tabella possa ugualmente rappresentare una interessante fonte di discussione.

province/anni	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ancona	6	7	0	0	0	1	0
Aosta	1	0	0	0	0	0	0
Ascoli Piceno	0	0	0	1	3	2	1
Bassano del Grappa	0	1	0	0	1	2	1
Bolzano	0	0	3	3	14	17	5
Cagliari	0	0	0	7	2	2	2
Crotone	0	0	0	1	0	0	1
Fermo	0	0	0	3	6	1	2
Ivrea	0	0	0	0	1	0	0
La Spezia	0	0	0	1	0	1	4
Lodi	0	0	0	0	1	0	0
Lucca	0	0	0	0	0	0	1
Lucera	0	0	0	0	0	0	0
Mantova	0	0	0	3	7	10	20
Modena	0	0	0	0	1	1	2
Monza	22	11	6	15	1	24	20
Orvieto	0	0	0	0	2	0	0
Parma	1	6	5	7	10	12	27
Padova	0	0	0	0	2	5	6
Palermo	0	1	0	1	0	0	0
Palmi	0	0	0	0	0	0	0
Parma	1	6	4	7	10	12	27

Perugia	0	3	0	0	0	3	1
Pesaro	0	0	2	0	5	5	1
Pescara	0	0	0	0	0	2	4
Pordenone	3	3	2	1	3	10	9
Ravenna	0	1	1	2	4	11	8
Reggio Calabria	0	0	0	0	0	0	0
Reggio Emilia	0	4	1	6	29	17	12
Rimini	0	1	0	0	1	3	6
Rovigo	0	0	0	0	0	1	3
Salerno	0	0	1	3	2	1	2
Saluzzo	0	0	0	0	0	0	1
Savona	0	0	0	1	0	0	1
Trento	3	3	3	3	10	14	12
Treviso	0	1	4	20	45	28	16
Venezia	0	0	0	0	3	5	5
Vicenza	5	9	12	13	14	17	21
TOTALI	42	57	44	98	177	207	221
anni	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011

Tra il 2005 e il 2007, ovvero gli anni delle riforme della legge fallimentare, i dati evidenziano un andamento incerto ed altalenante del numero dei decreti di ammissione disposti dai vari tribunali d'Italia. Sembrano infatti aumentare tra il 2005 ed il 2006, per poi diminuire nuovamente nel 2007, pur non toccando la soglia rilevata nel primo anno di analisi.

La vera rimonta si ha a partire dal 2008, anno in cui entra definitivamente in vigore il decreto della riforma 2007, in cui si ha un aumento di oltre il doppio dei decreti di ammissione.

Da questo momento la crescita non ha freni, vediamo nel 2009 toccare il dato dei 177, dei 207 nel 2010 ed addirittura 221 nel 2011, cifre piuttosto cospicue se confrontate con i 42 decreti del 2005. Il trend, dopo il boom iniziale fra il 2008 e il 2009, ora oscilla tra il lieve aumento ed una probabile stabilizzazione dei prossimi anni.

Probabilmente un dato interessante da analizzare sarà proprio quello del 2012, che insieme a 2010 e 2011 sta vedendo i sintomi più evidenti di una crisi economica di livello mondiale, che ha portato alla chiusura di innumerevoli aziende.

Come vedremo nel prossimo paragrafo è in previsione una ulteriore riforma della legge fallimentare, che dovrebbe facilitare ulteriormente l'accesso alle procedure concorsuali, in vista di una crisi che colpisce ormai qualunque soggetto, non solo l'azienda ma anche il privato, non più in grado di soddisfare con regolarità le obbligazioni contratte per il sostentamento personale.

Il 2012 potrebbe essere un anno in cui è auspicabile restino stabili le domande di ammissione di concordato preventivo, ed aumentino invece quelle di dichiarazione di fallimento, visto il livello di indebitamento e di insolvenza (e non di semplice "crisi", di cui tanto abbiamo parlato) in cui si trovano le aziende.

Infatti, per riportare un esempio, sono già 51 le aziende chiuse nel veronese per fallimento nel primo trimestre del 2012. Il dato, commenta il presidente dei commercialisti di Verona Giovanni Battista Alberti *"non deve stupire, perché la crisi attuale si è rilevata una crisi sistematica e questo è il trend che dovremmo attenderci anche nei prossimi 2,3 anni"*⁴²⁶.

Continua il presidente *"la crisi, non è ancora passata, anzi dobbiamo attenderci che altre imprese escano dal mercato, talune in modo traumatico, attraverso il fallimento, molte altre, invece, attraverso forme di liquidazione stragiudiziale con cui riescono a risolvere i problemi e bypassare la fase fisiologica del fallimento"*.

Relativamente alle altre procedure sono rilevabili, sempre parlando di dati veronesi, solamente 3 istanze di concordato preventivo in questi primi mesi dell'anno, contro le 39 del 2010 e le 25 del 2011.

Ecco che considerando questi dati e confrontandoli con quelli della nostra tabella, sembra ravvisabile un calo, seppur solamente in alcune delle province italiane, delle istanze di concordato preventivo. Per esempio Bolzano è passato dai 21 decreti di ammissione del 2010 ai 5 del 2011; oppure Treviso dai 28 (2010) ai 16 (2011); ed ancora Reggio Emilia dai 17 ai 12 del 2012. Dati nettamente contrari sono invece quelli delle province di Mantova, dai 10 del 2010 ai 20 del 2011; Parma da 12 a 27; Vicenza da 17 a 21.

⁴²⁶ Cit. SAGLIMBENI F., *Verona, 51 fallimenti in 3 mesi "E' record nelle costituzioni"*, www.larena.it, del 15 aprile 2012.

Non è quindi possibile parlare di una vera e propria diminuzione delle domande di concordato, in quanto nonostante sia provato che molte aziende usino maggior prudenza nell'impiego di tale procedura, il dato dipende sicuramente anche dai tempi di istruttoria del concordato, più lunghi rispetto a quelli del fallimento⁴²⁷.

4.3 Il concordato del consumatore e delle imprese minori: nuovi obiettivi del 2012

Il Consiglio dei Ministri in data 16 dicembre 2011 ha approvato una serie di provvedimenti in materia di giustizia civile e penale. Fra questi un schema di decreto legge⁴²⁸ sul sovraindebitamento del piccolo imprenditore e del consumatore e sull'efficienza del processo civile, con cui viene data una risposta urgente per fronteggiare le situazioni di crisi di piccole imprese e famiglie, a cui non sono attualmente applicabili le disposizioni vigenti in materia di procedure concorsuali. A questi soggetti il decreto offre la possibilità di concordare con i creditori un piano di ristrutturazione dei debiti che determini la finale esdebitazione del soggetto in crisi.

Le norme introducono, per la prima volta in Italia, un meccanismo di estinzione di tutte le obbligazioni del soggetto sovraindebitato (controllata in sede giudiziale) anche nella prospettiva di una deflazione del contenzioso in sede civile derivante dall'attività di recupero forzoso di crediti.

Ne consegue che il nuovo decreto legge, novellato "*Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile*", rappresenterebbe un dispositivo di estrema importanza ed innovazione perché introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, la procedura del concordato anche per le famiglie sovraindebitate, come già accade in altri paesi civili non molto lontani dal nostro. In questo modo si andrebbe in contro all'esigenza di tutte quelle famiglie che da anni ormai sono alle prese con una riduzione del reddito reale ed ora con le conseguenze della crisi finanziaria mondiale.

La procedura sarebbe quindi volta a raggiungere, con l'assenso di una qualificata entità di creditori, un concordato per debiti contratti ai fini del soddisfacimento di necessità

⁴²⁷ SAGLIMBENI F., *Verona, 51 fallimenti in 3 mesi "E' record nelle costituzioni"*, www.larena.it, del 15 aprile 2012.

⁴²⁸ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 297 del 22 dicembre 2011.

familiari, allo scopo di “evitare inutili collassi economici con la frequente impossibilità di soddisfacimento dei creditori ma, soprattutto, con il ricorso al mercato dell’usura e, quindi, al crimine organizzato”⁴²⁹.

E’ previsto un intervento limitato dell’autorità giudiziaria, assegnando al Tribunale ordinario unicamente il ruolo di omologare l’accordo raggiunto tra debitore e creditore, mentre incisiva è la funzione svolta dagli innovativi Organismi di composizione della crisi, il cui compito è quello di favorire la definizione dell’accordo e seguirne l’attuazione (e composti da professionisti in possesso di adeguata preparazione),

“Mettere insieme una risposta alla crisi da indebitamento delle famiglie e delle piccole imprese con la necessità di ridurre il contenzioso”⁴³⁰. Questo sarebbe, secondo autorevole parere, l’obiettivo del decreto legge n. 212 del 22 dicembre 2011, il quale istituisce un “inedito meccanismo di estinzione delle obbligazioni del soggetto, sia esso imprenditore o consumatore, non più in grado di far fronte ai propri debiti”.

Pare utile evidenziare, addentrandosi nell’esame del decreto, come questo disegno di legge risulti molto simile a quello presentato dal senatore Centaro (n. C. 2364 disegno di legge C. 2363 “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione della crisi da sovraindebitamento”), approvato dal Senato il 1° aprile 2009 (S. n. 307) ma attualmente ancora in discussione alla Camera.

Tornando al disegno di legge in questione, tale nuovo istituto prevede, quale presupposto soggettivo, la sua destinazione a quei piccoli imprenditori che per le loro caratteristiche si trovano al di sotto delle soglie di fallibilità (il cui superamento consentirebbe invece l’applicazione delle vere e proprie procedure concorsuali) nonché ai consumatori, come definiti dal Codice del Consumo.

Ai sensi dell’art. 3 comma 1 lettera a) del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206⁴³¹ (ovvero il Codice del Consumo), per consumatore si intende “la persona fisica che per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

⁴²⁹ Cit. www.indebitati.it/sovraindebitamento-decreto-legge/

⁴³⁰ Cit. NEGRI G., *Concordato per i consumatori*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, Soluzioni 24 fisco*, 18 dicembre 2011, p. 21

⁴³¹ Come modificato dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

Come ha chiarito un non secondario orientamento giurisprudenziale, deve essere considerato consumatore “*la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato professionista tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece, utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale*”⁴³².

Perché ricorra la figura del “professionista” non è quindi necessario, secondo la Suprema Corte, che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, “*essendo sufficiente, che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale*”⁴³³. Anche il professionista, secondo questo orientamento, potrebbe perciò rientrare a far parte di quei soggetti cui il sistema di esdebitamento è destinato, a condizione che i debiti siano stati contratti per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’esercizio della sua attività professionale.

L’utilizzo della nozione di consumatore nel decreto in esame è destinato a riproporre un dibattito sorto già in passato relativo ai limiti della figura del consumatore, la quale, essendo maggiormente improntata sullo scopo dell’attività (non professionale) da questi svolta, più che sullo *status* dell’individuo, solleva il quesito se l’accertamento di tale scopo debba essere condotto unicamente secondo un criterio oggettivo, considerando perciò consumatore soltanto colui che compie un atto che soddisfi i suoi bisogni personali o familiari, e non il professionista che, pur agendo al di fuori della propria specifica attività professionale, acquisti beni e servizi strumentali o comunque inerenti all’esercizio della professione⁴³⁴; oppure se la nozione consumatore possa essere intesa in senso estensivo, distinguendo tra “atti della professione”, esclusi dall’ambito di tutela, e “atti relativi alla professione”, nella stessa compresi⁴³⁵.

⁴³² Cit. GOLOTTA G., *DL 22 dicembre 2011, n. 212: un primo sommario esame e qualche considerazione*, in *Diritto 24, Il Sole 24 ore*, gennaio 2012.

⁴³³ Cit. Cass. 23 febbraio 2007, n. 4208; Cass. 8 giugno 2007, n. 13377; Trib. Milano 22 aprile 2010; Trib. Torino 4 giugno 2010.

⁴³⁴ Cass. 14 aprile 2000, n. 4843.

⁴³⁵ *Ammessi allo speciale accordo i soggetti non fallibili*, in *Guida al Diritto*, 14 gennaio 2012, n. 3, p. 29, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

Più che definire i soggetti legittimati ad accedere alla nuova procedura, il legislatore ha preferito concentrare la propria attenzione sull'identificazione delle nozioni di "sovraindebitamento"⁴³⁶ e di "sovraindebitamento del consumatore"⁴³⁷ (art. 1 comma 2 del d. l. in oggetto), stabilendo unicamente, sotto il profilo soggettivo, un generico riferimento alla figura di "debitore", non altrimenti qualificato.

Dal combinato disposto degli articoli 1 della legge fallimentare che, al comma 2 ha introdotto (in seguito al d. lgs. 167/2007) una nuova autonoma nozione di imprenditore non fallibile, svincolata dalla nozione civilistica di piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c., e 15 ultimo comma l. fall., che pone una soglia minima di indebitamento quale condizione per la pronuncia della dichiarazione di fallimento, può ritenersi che i "debitori" ammessi allo speciale accordo di ristrutturazione dei debiti da sovraindebitamento siano tutti i soggetti non fallibili né soggetti alle procedure di concordato preventivo, e così in particolare:

- a) gli imprenditori individuali o collettivi, privi (anche solo) di uno dei requisiti dimensionali di cui al comma 2 dell'art. 1, l. fall., non assumendo rilievo alcuno, a tali fini, la veste giuridica assunta per l'esercizio dell'attività d'impresa (società, associazioni, fondazioni e consorzi, associazioni sportive), né la finalità perseguita e nemmeno la tipologia dell'attività d'impresa svolta;
- b) gli imprenditori che pur essendo in possesso di tutti i requisiti dimensionali appena detti, evidenziano un ammontare complessivo di debiti scaduti e non pagati inferiori alla soglia di 30.000,00 euro di cui all'art. 15 l. fall.;
- c) gli enti pubblici, comprese le cosiddette imprese-organo e gli enti pubblici economici (salvo quelle partecipate in via totalitaria o maggioritaria dallo Stato o da altri enti pubblici);
- d) i professionisti – persone fisiche e le società di professionisti, a meno che le stesse non svolgano prevalentemente un'attività commerciale.

⁴³⁶ Situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (art. 1, comma 2, lettera a), d. l. 22 dicembre 2011, n. 212)

⁴³⁷ Sovraindebitamento dovuto prevalentemente all'indebitamento di obbligazioni contratte dal consumatore, come definito dal codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (art. 1, comma 2, lettera b), d. l. 22 dicembre 2011, n. 212)

Proseguendo con l'analisi del decreto, il testo è stato diviso in due capi: il primo (dall'art. 1 all'art. 11), novellato "*Disposizioni in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento*", contiene norme finalizzate ad affrontare le situazioni di sovraindebitamento dei soggetti in precedenza individuati, cui non sono applicabili le vigenti norme in materia di procedure concorsuali. Il secondo, "*Disposizioni per l'efficienza della giustizia civile*" contiene invece norme relative alla mediazione (art. 12), il processo civile (artt. 14 e 15) e le società (art. 16). L'ultimo articolo, il 17, reca disposizioni relative all'entrata in vigore del decreto stesso.

Vediamo ora nel dettaglio le caratteristiche di questa procedura.

Il debitore in stato di sovraindebitamento può fare ricorso a tale procedura attraverso una proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti con i propri creditori sulla base di un piano che prevede l'approvazione di almeno il 70% dei crediti interessati o del 50% se il debitore è un consumatore. Solamente nel caso in cui vengano raggiunte dette percentuali l'accordo si considera concluso, e comunque resta indubbiamente necessario il regolare pagamento dei creditori estranei all'intesa.

La proposta deve perciò prevedere il regolare pagamento dei creditori che rimangono estranei all'accordo e l'integrale pagamento dei creditori privilegiati che non hanno rinunciato neppure parzialmente al proprio privilegio.

Sono inoltre sospese per un anno, in caso di accordo raggiunto, le azioni esecutive sul patrimonio del debitore, per permettere l'adempimento delle obbligazioni contratte.

Inoltre, è ammessa una moratoria di un anno per il pagamento dei creditori estranei quando il piano stesso è idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine e quando la moratoria non riguarda il pagamento dei titolari di crediti non pignorabili (art. 3 comma 4).

E' in ogni caso ammissibile solamente la proposta del debitore non assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali il quale non abbia fatto ricorso, nei tre anni precedenti, alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 2 comma 2).

La proposta di ristrutturazione del debito va presentata al Tribunale del luogo di residenza o di sede del debitore (art. 4 comma 1). Nel corso della procedura è determinante il ruolo

degli organismi di composizione della crisi, le cui funzioni possono essere svolte anche da un professionista.

Successivamente il giudice unico, una volta verificata l'esistenza dei requisiti di ammissibilità e di fattibilità della proposta, fissa una finestra di 120 giorni per mettere il patrimonio del debitore al riparo da azioni esecutive individuali o da sequestri conservativi (art. 5 comma 3).

Il consumatore deve inserire le dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni e gli atti di disposizione del patrimonio degli ultimi 5 (art. 4 comma 2), mentre l'imprenditore dovrà produrre scritture contabili degli ultimi 3 esercizi (art. 4 comma 3).

Se il debitore non esegue entro 90 giorni dalle scadenze i pagamenti previsti dall'accordo, l'intesa deve ritenersi revocata di diritto per inadempimento (art. 6 comma 5).

La considerazione che ragionevolmente sorge spontanea, una volta analizzato il testo, è quella dell'effettiva utilità dell'introduzione di una disposizione che prevede un procedimento a parere di molti, piuttosto sovrapponibile ad una norma già presente nel nostro ordinamento, ovvero all'art. 182 bis della legge fallimentare.

Aspetto invece innovativo è l'istituzione dei cosiddetti "organismi di mediazione della crisi", previsti agli artt. 2 e 10 (e 12, per la parte transitoria), con funzioni non ancora del tutto chiare, sebbene implicitamente possano essere riconducibili a quelle di supporto del debitore e di vigilanza nella procedura di composizione della crisi.

Si ritiene condivisibile la tesi secondo la quale *"se da un lato l'introduzione di un tale strumento possa essere considerata un fatto indubbiamente positivo, dall'altro però reca l'insidioso rischio di cristallizzare nella conoscenza comune la visione di un individuo destinato, per sua natura quasi, a consumare anche a costo di indebitarsi oltre le proprie potenzialità, nella certezza di poter comunque alla fine scamparla in qualche modo"*⁴³⁸.

Nel giro di poco tempo qualcosa ha iniziato ad andare storto mettendo nuovamente in discussione il decreto in questione.

Il decreto legge, come sappiamo, può essere adottato solo in casi straordinari di necessità ed urgenza, essendo essenzialmente un provvedimento provvisorio, deliberato dal Consiglio dei Ministri ed emanato dal Presidente della Repubblica. Per questi motivi la sua efficacia è

⁴³⁸ GOLOTTA G., *DL 22 dicembre 2011, n. 212: un primo sommario esame e qualche considerazione*, in *Diritto* 24, *Il Sole 24 ore*, gennaio 2012.

di soli 60 giorni, essendo necessaria la conversione in legge entro 60 giorni (altrimenti decadono *ex tunc*). Quindi, una volta adottato dal Governo, il decreto diventa oggetto di un apposito disegno di legge di conversione ed in questa forma presentato alla Camera o al Senato⁴³⁹.

La legge n. 10 del 17 febbraio 2012⁴⁴⁰ prevede perciò la conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 22 dicembre 2011, n. 212, recante disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile.

La modifica che in questa sede ci interessa maggiormente riportare è la soppressione degli art. 1 – 12 del d.l. 212/2011, ovvero del cosiddetto concordato del consumatore, introdotto dal d. l. 212 del 2011.

Scrivendo il giorno 9 febbraio 2012 “Il Sole 24 Ore”, *“La commissione di Giustizia della Camera, con decisione unanime e con il parere favorevole del ministro Guardasigilli, Paola Severino, ha stralciato le norme sul sovraindebitamento dal decreto in materia di processo civile”*⁴⁴¹. Il ministero della Giustizia fa inoltre notare che la legge aveva alcuni evidenti problemi applicativi come l’elevato *quorum* per l’approvazione del piano di ristrutturazione del debito (70%) e l’assenza di una misura che preveda la liberazione dai debiti.

Il decreto convertito in legge resta a questo punto composto da 5 articoli. La parte confermata riguarda le norme per la proroga del mandato dei giudici ordinari in scadenza, le norme sulla fase transitoria del passaggio alle nuove forme dei controlli di legalità nelle società, le disposizioni sulle controversie in cui è ammessa la difesa personale e poco altro. Scompaiono invece dal testo del decreto legge tutte le norme dedicate alla procedura di ristrutturazione del debito dei consumatori. Come pure vengono cancellate le misure di coordinamento tra le disposizioni sui consumatori e quelle sulle piccole imprese al di sotto delle soglie di fallibilità.

Tutte le disposizioni sul sovraindebitamento sono perciò state sfilate per essere inserite in un provvedimento che contiene anche una prima parte dedicata all’usura, ovvero la legge n. 3 del 2012.

⁴³⁹ Sull’argomento si veda BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 95 ss.

⁴⁴⁰ Entrata in vigore il 21 febbraio 2012, pubblicato nella G.U. n. 42 del 20 febbraio 2012.

⁴⁴¹ NEGRI G., *Consumatori senza concordato*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 9 febbraio 2012, p. 35, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

La legge del 27 gennaio 2012 n. 3 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 30 gennaio 2012 n. 24, recante “*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*”, prevede al capo I, “Modifiche alla legislazione vigente in materia di usura e di estorsione”, ed al capo II, “Procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento”, che a partire dall’art. 6 riporta la procedura di salvataggio dal sovraindebitamento precedentemente esposta, salvo introdurre qualche variazione.

La commissione Giustizia del Senato approva definitivamente il testo del disegno di legge coinvolgendo però unicamente le aziende al di sotto delle soglie di fallibilità, quindi le imprese che per ricavi, attivo patrimoniale o volume di debiti non potevano accedere alle procedure concorsuali e alle relative possibilità d’intesa con la platea dei creditori, dal concordato alle ristrutturazioni⁴⁴².

La nuova procedura riguarda perciò solamente le imprese che:

- hanno avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 300 mila;
- hanno realizzato nei tre anni antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, ricavi lordi per ammontare complessivo annuo non superiore a 200 mila euro;
- hanno un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a 150 mila euro.

Nell’iniziale lettura degli interpreti, la legge doveva avere come soggetto di riferimento la sola impresa al di sotto delle soglie di accesso alle procedure fallimentari. Il Governo sposò questa interpretazione e presentò, dopo l’approvazione della legge, una serie di emendamenti al decreto legge n. 212/2011, per la sola parte relativa alla Giustizia Civile, per restituirne integrità e prevedere un percorso su misura per il consumatore.

Il punto di riferimento è oggi in definitiva costituito solamente dalla legge n. 3, la quale, secondo autorevole parere, potrebbe essere destinata ad una lettura più allargata, grazie

⁴⁴² NEGRI G., MILANO F., *Concordato per piccole imprese*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 19 gennaio 2012, p. 33, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

all'indicazione nel testo della sola figura del "debitore", e quindi contemplando in questo senso anche la figura del consumatore⁴⁴³.

Secondo quanto riportato in questo periodo dai giornali di attualità è previsto che al prossimo Consiglio dei ministri, il ministero della Giustizia presenterà un disegno di legge *ad hoc* sulla crisi da sovraindebitamento del consumatore⁴⁴⁴. Il provvedimento dovrebbe riprendere quell'emendamento presentato e poi cassato al Senato (d. l. 212/2011), e contenere un corposo pacchetto di modifiche alla legge, appena entrata in vigore (l. n. 3/2012), sulla ristrutturazione del debito per chi non ha accesso alle procedure fallimentari. L'obiettivo, spiega la relazione tecnica, è di *"porre rimedi anche alle situazioni di difficoltà del debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni prevalentemente per scopi estranei all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta"*⁴⁴⁵.

Tra le modifiche principalmente necessarie è previsto l'abbassamento della maggioranza dei crediti necessari per l'omologazione dell'accordo tra debitore e creditori che passerà dal 70% al 60%, ai fini di rendere più facile l'intesa. Inoltre, al termine delle procedure sarà sempre prevista l'esdebitazione, conclusione oggi non contemplata.

Tra le modifiche alla legge n. 3 del 2012 trova posto un maggiore dettaglio della relazione dell'organismo di composizione della crisi che deve accompagnare il piano del consumatore.

Quanto infine agli organismi di composizione della crisi si conferma che verranno costituiti nell'ambito di enti pubblici, camere di commercio, ordini professionali, senza nuovi oneri a carico del bilancio dello Stato e che le indennità spettanti saranno a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura. Gli organismi sono inseriti in un registro che sarà tenuto dal ministero della Giustizia.

Concludendo, si vuole aggiungere che in realtà le riforme della legge fallimentare di questo ultimo periodo non sono unicamente relative alla procedura di concordato preventivo, ma sembra piuttosto che il legislatore voglia ricorrere ad un rinnovamento generale dell'ordinamento, iniziato sette anni fa con il d.l. 25/2005 e portato a compimento nel 2007.

⁴⁴³ NEGRI G., *Consumatori senza concordato*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 9 febbraio 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

⁴⁴⁴ NEGRI G., *Ritorna il piano per il fallimento del consumatore*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 marzo 2012.

⁴⁴⁵ Cit. NEGRI G., *Ritorna il piano per il fallimento del consumatore*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 marzo 2012.

Per queste ragioni è stato da poco costituito al ministero della Giustizia un gruppo di lavoro ai fini di produrre un pacchetto di novità da introdurre, in tempi piuttosto stretti, si parla addirittura prima dell'estate, nella legge fallimentare⁴⁴⁶.

Un intervento che, secondo autorevole parere, risulterebbe particolarmente urgente oggi, *“alla luce di due contingenze sfortunate: la diffusa difficoltà delle imprese sul mercato della finanza e dei prodotti e l'impossibilità delle banche di dare alle imprese in crisi una risposta rapida e tempestiva”*⁴⁴⁷.

L'intervento partirebbe proprio dalla rilevazione di alcuni dati piuttosto seri riguardanti il nostro paese, a partire dall'aggravarsi della crisi economica e dei numeri statistici relativi ai fallimenti, nettamente aumentati negli ultimi mesi. Si rende a questo punto necessaria una riforma che miri da un lato a revisionare alcune delle parti più sensibili della legge fallimentare, e dall'altro a colmare alcune lacune o assenze del regime attuale.

Questi obiettivi possono essere raggiunti introducendo nell'ordinamento delle vere e proprie procedure di allerta e meccanismo di segnalazione tempestiva delle situazioni di difficoltà delle imprese affinché si possa anticipare il salvataggio prima di precipitare nell'insolvenza.

Sono al momento in discussione una pluralità di possibilità, da quelle che prevedono un coinvolgimento diretto dell'autorità giudiziaria, anche penale, a quelle più privatistiche che affidano per esempio all'Inps o agli organi cui è affidato il controllo societario il compito di prendere l'iniziativa.

Gli interventi di manutenzione più urgenti continuano comunque ad interessare proprio il concordato preventivo. Secondo autorevole parere, *“Occorre in primo luogo dare all'impresa in crisi la possibilità di chiedere la protezione immediata del suo patrimonio a tutela dei creditori, dando così tempo al debitore e ai suoi professionisti di elaborare il piano quando il controllo del giudice è già attivo”*⁴⁴⁸.

Ma per consentire una rapida sottoposizione del debitore al controllo giudiziario occorre chiarire quale debba essere l'estensione di tale controllo. Infatti, se la Cassazione ha di

⁴⁴⁶ NEGRI G., *Fallimenti, riparte la riforma*, in Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, 4 aprile 2012, p. 21, Soluzioni 24 Disco, Gruppo 24 ore.

⁴⁴⁷ STANGHELLINI L., *Prioritario l'obiettivo di continuità d'impresa*, in Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, 4 aprile 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

⁴⁴⁸ NEGRI G., *Fallimenti, riparte la riforma*, in Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, 4 aprile 2012, p. 21, Soluzioni 24 Disco, Gruppo 24 ore.

recente affermato che le valutazioni di convenienza spettano ai creditori, mentre al giudice spetta il compito di garantire la correttezza del procedimento, recenti pronunzie sembrano tuttavia rimettere in discussione queste conclusioni⁴⁴⁹.

La riforma maggiormente necessaria, tuttavia, sarebbe quella di consentire all'impresa in difficoltà di continuare l'attività durante il concordato, nel tentativo di tornare a produrre valore, procedura che i Paesi a noi vicini hanno già e che consentirebbe alle imprese di salvare ricchezza e posti di lavoro. In Italia oggi questo è difficilissimo, in quanto la normativa sul concordato preventivo è adatta alla liquidazione dei beni, ma non alla gestione operativa. Tale istituto è stato utilizzato quasi esclusivamente in funzione liquidatoria, nonostante fosse nato con la speranza di servire a dare continuità alle aziende in crisi⁴⁵⁰. Inoltre, i nuovi finanziamenti all'impresa che intende ristrutturarsi sono difficili da ottenere e sono spesso tardivi.

Si dovrebbe perciò puntare a rafforzare l'aspetto del concordato preventivo come soluzione per assicurare la continuità aziendale, limitando quanto possibile la funzione liquidatoria e rimuovendo quegli ostacoli che limitano le chance di prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

“Nel 99% dei casi, il concordato preventivo è preda di avventurieri o criminali, invece di essere, come dovrebbe e si sperava, un premio per gli imprenditori onesti e sfortunati. Una revisione seria non può prescindere dalla considerazione che non è possibile salvare tutti gli imprenditori in crisi. Già tornare al criterio della meritevolezza, abolito dalla riforma, sarebbe un giusto segnale. Oggi nei tribunali cerchiamo di conservare un minimo di serietà a una cosa diventata ridicola, con la consapevolezza che se il concordato preventivo è una cosa seria si può cercare di valorizzare l'altro concordato, quello in continuità, per salvare le imprese, posti di lavoro e definitiva ricchezza”. Questo è quanto ha detto il presidente della sezione fallimentare di Milano, Filippo Lamanna, ospite del XII Forum di alta formazione dell'Ordine dei Commercialisti di Milano, svoltosi in data 12 aprile 2012.

⁴⁴⁹ STANGHELLINI L., *Prioritario l'obiettivo di continuità d'impresa*, in Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, 4 aprile 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

⁴⁵⁰ GALIMBERTI A., *Sul concordato preventivo urgente la “revisione”*, in Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, 14 aprile 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

Efficienza ed equità sono obiettivo condiviso anche dai commercialisti, ma attraverso un percorso alternativo: *“La continuità aziendale deve essere garantita nell’ottica della competitività, altrimenti stiamo solo tutelando i creditori. Ma proprio la continuità deve essere negoziata con la maggioranza dei creditori dentro una procedura più snella e dove, sotto l’autorizzazione del giudice come nel Chapter 11, si possa per esempio uscire da contratti troppo onerosi”*⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Cit. La Croce G., Commissione Gestione crisi di impresa e procedure concorsuali dell’Ordine milanese, in GALIMBERTI A., *Sul concordato preventivo urgente la “revisione”*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 14 aprile 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

Conclusioni

Giunti al termine del presente elaborato appare opportuno cercare di trarre alcune conclusioni sul tema analizzato.

Abbiamo visto come il R.D. 16 marzo 1942 n. 267 avesse necessariamente bisogno di una riforma generale, ai fini di rispondere adeguatamente alle esigenze moderne dei giorni nostri e come, la maggior parte delle volte, il legislatore abbia cercato di rimediare senza risolvere realmente il problema.

Il recupero aziendale disposto con interventi diretti dallo Stato, era inizialmente il rimedio maggiormente adoperato dal legislatore, il quale guardava maggiormente alla rilevanza degli interessi coinvolti senza però individuare la soluzione nei procedimenti concorsuali o negli accordi privatistici.

Con il passare degli anni (e delle crisi) il legislatore ha ritenuto opportuno, e salutare per l'imprenditore, cambiare orientamento, tentando di tutelare maggiormente quest'ultimo prima che la crisi divenisse irrecuperabile ed attraverso mezzi alternativi al fallimento.

Il concordato preventivo ha assunto maggiore rilevanza e potere proprio grazie alle riforme che, a partire dal 2005, ne hanno modificato i presupposti, esaltando il ruolo delle parti private rendendolo applicabile con più facilità.

L'imprenditore proponente, non più soggetto ai rigidi presupposti richiesti ante riforma, ha ora maggiore scelta anche per quanto concerne la proposta stessa, disponendo di ampia libertà in sede di predisposizione del piano.

Confrontare l'istituto originario con quello riformato ha reso possibile comprendere l'effettiva portata delle riforme ed i vantaggi che sono oggi riconosciuti al proponente.

L'insoddisfazione era ormai di portata generale, coinvolgendo non solo gli studiosi ma anche i destinatari stessi della procedura in questione, ovvero gli imprenditori proponenti, i quali erano piuttosto diffidenti verso l'uso di tali istituti alternativi al fallimento.

I dati statistici riportati, tratti dal già citato Portale dei Fallimenti, hanno inoltre consentito di verificare nella pratica l'incidenza delle riforme sull'utilizzo del concordato preventivo.

I dati parlano chiaro, la tabella dimostra effettivamente un aumento costante delle domande di ammissione, segno di un'altrettanta accresciuta stima nei confronti di tale istituto.

Gli ultimi anni sono però stati caratterizzati da una forte crisi economica di livello mondiale, che ha messo a dura prova le nostre imprese. Molte di queste hanno dovuto cedere e chiudere, non essendo più in grado di reggere il crollo di lavoro da un lato e l'aumento dei prezzi dall'altro. E' auspicabile che queste abbiamo dovuto far ricorso alla procedura fallimentare, visto il forte livello di insolvenza ed indebitamento in cui si sono trovate.

Per queste ragioni si ritiene possibile, ma tale affermazione è tutta da verificare con nuovi dati statistici, che l'aumento delle domande di concordato preventivo possa fermarsi, addirittura calare, portando nuovamente in vetta invece l'utilizzo della procedura fallimentare.

Non si deve inoltre dimenticare quale fosse la tendenza di molti imprenditori richiedenti l'ammissione al concordato preventivo, ovvero presentare la domanda unicamente per allontanare il più possibile una quasi certa dichiarazione di fallimento. E niente può indurci a pensare che tale meccanismo sia scomparso con gli anni. Sappiamo infatti che la domanda di ammissione al concordato preventivo ha il potere di bloccare temporaneamente la dichiarazione di fallimento, possibilità molto appetibile per l'imprenditore disonesto che intende comportarsi in modo truffaldino. E che il decreto di ammissione alla procedura non è necessariamente seguito dalla sua omologazione.

Per queste ragioni un ritorno a più rigidi presupposti soggettivi di ammissione e di meritevolezza non è del tutto da escludere, in quanto se da un lato si deve cercare di andare il più possibile incontro alle necessità del debitore, dall'altro non si può certo lasciare che tali procedure diventino unicamente una modalità per evitare o posticipare la dichiarazione di fallimento.

L'approfondimento dell'istituto del concordato preventivo, procedura rivolta unicamente all'imprenditore commerciale, ha portato a conoscenza di ulteriori nuovi sviluppi in materia.

Il legislatore lavora già da qualche tempo su una serie di provvedimenti in materia di sovraindebitamento del piccolo imprenditore e del consumatore, a cui non sono attualmente applicabili le disposizioni delle procedure concorsuali. Tale iniziativa è volta al tentativo di dare una risposta urgente per fronteggiare le situazioni di crisi che hanno ormai

inevitabilmente coinvolto anche le piccole imprese (che non superano i limiti quantitativi imposti dagli artt. 1 e 15 l. fall.) e le famiglie.

Si fa presente che tale meccanismo di estinzione delle obbligazioni rivolto a soggetti diversi dall'imprenditore commerciale non è di nuova formazione, essendo invece già piuttosto sviluppato in Paesi non molto lontani dal nostro.

Tutti i benefici apportati da tale nuovo istituto consentono però l'ingresso di un altrettanto insidioso rischio che può danneggiare la conoscenza comune, ovvero consentire, per il puro fatto che è riconosciuto un mezzo di soluzione della crisi, all'individuo di indebitarsi oltre le proprie potenzialità, come se fosse per sua natura destinato a non riuscire a soddisfare personalmente le proprie obbligazioni.

Tanti sono i punti che attualmente possono essere contestati e le lacune ancora da colmare nel sistema attuale, per questi motivi il legislatore si è di recente attivato per produrre un pacchetto di novità da introdurre nella legge fallimentare, con la speranza di ridurre l'utilizzo scorretto delle procedure e nel tentativo di salvare il maggior numero di debitori meritevoli possibile.

In conclusione, la speranza è quella di ottenere definitivamente un ordinamento in grado di salvaguardare maggiormente le imprese, in un periodo di certo non facile come quello in cui stiamo vivendo.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI S. – DEMARCHI P.G. , *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2005;

Aa.Vv., *La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di G. Terranova – G. Ferri jr. – G. Giannelli – F. Guerrera – M. Perrino – B. Sassani, Jouvène, Napoli, 2006;

ABRIANI N., *Il sistema delle procedure concorsuali*, in Aa. Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008;

ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Giuffrè, Milano, 2000;

AMBROSINI S., *sub art. 160* in AMBROSINI S., DE MARCHI P.G. *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2005;

AMBROSINI S., *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Riv. Dir. Fall.*, 2010, p. 563;

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, vol. XI, 1, 2008;

AMBROSINI S. – DEMARCHI P.G. , *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2005;

ANDRIOLI V., voce "Fallimento (diritto privato e processuale)", in *Enc. Dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967;

ARATO M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008/1;

AZZARO A.M., *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi ed insolvenza*, in *Fallimento*, 2007;

BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2001;

BELCREDI M., *Le soluzioni concordate nella riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 1995;

BIANCHI A., *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Milano, 2010;

BIANCHI D'ESPINOSA L., *Bilancio della legge fallimentare*, in Aa. Vv. *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008;

BLANDINI M., MASTRIA D., *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2002;

BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1933;

BONFATTI S., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2004;

BONFATTI S. – CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2007;

BONFATTI S. – FALCONE G. (a cura di), *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, Bancaria editrice, Roma, 2000;

BONSIGNORI A., *Concordato preventivo (art. 160 – 186)*, in *Commentario Scaloja – Branca. Legge fallimentare*, a cura di Bricola F. – Galgano F. – Santini G., Zanichelli – Il foro italiano, Bologna – Roma, 43 ss.

BONSIGNORI A., *Diritto fallimentare*, Napoli, Morano 1974, II;

BONSIGNORI A., *Del concordato preventivo*, Bologna, Zanichelli, 1979;

BONSIGNORI A. – FRASCAROLI SANTI E. – NARDO G. – ZOPPELLARI M., *Il concordato preventivo e quello stragiudiziale*, in Ragusa Maggiore G. – Costa C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Utet, Torino, II, 2001, p. 3 ss;

BONSIGNORI A., BOSELLO F., GALGANO F., SALANITRO N., SANTARELLI U., SANTINI G., SCUDELLARI L., TEDESCHI G.U., *Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento*, in *Legge Fallimentare* a cura di Bricola F., Galgano F., Santini G., Bologna – Roma 1974.

BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005/8, p. 952 ss,;

BOZZA G., *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste nella nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, p. 1208 ss.

BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005/8, p. 952 ss,;

BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, n. 8/2005.

CETRA A., *L'impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino, 2003.

CAFFE' F., *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in Aa.Vv., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*. Studi in onore di Giuseppe Ferri, Padova, 1983;

CAFFI M., *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di Schiano di Pepe G., Cedam, Padova, 2007;

CAMPIONE L., “*Rigetto della domanda di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento*”, in *Diritto e Pratica della società*, 1 febbraio 2011, n. 2, p. 81, *Soluzioni 24 fisco, Gruppo 24 ore*.

CANALE G., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 988.

CANALE G., *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2011/ 3 Maggio – Giugno.

CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1937;

CAIAFA A., *Crisi d'impresa: valutazione dinamica di un concetto*, in *L'impresa tra liquidazione e conservazione*, a cura di APICE, Roma, 2002

CATALLOZZI P., *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori “deboli”*, in *Il nuovo diritto fallimentare, le novità introdotte dal Decreto Correttivo*, Milano, 2006, p. 309 ss.

CAVALLI G., *La dichiarazione di fallimento, Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, 2006, Bologna;

CENSONI P.F., *Il “nuovo concordato”*, in *Giur. Comm.*, 2005/5 settembre – ottobre, p. 751.

CETRA A., *L’impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino, 2003.

CITRO A., COSMA A., *La domanda di concordato preventivo: condizioni e presupposti*, in *Diritto e Pratica della Società, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 ore*, 1 aprile 2010, n. 1, p. 16.

COPPOLA A., *Il creditore pretermesso può richiedere il fallimento anche se il concordato non è stato annullato*, in *Dir. Fall.*, 2004, p. 688.

D’ALESSANDRO F., *La crisi tra diagnosi precoci e “accanimenti terapeutici”*, in C. Piccininni, M. Santoni (a cura di), *Crisi d’impresa e riforma della legge fallimentare*;

DE CRESCIENZO U. – PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Collana di Diritto fallimentare diretto da Panzani, IPSOA, Milano, 2005, P. 22.

DEL GIUDICE F. (a cura di), *La legge fallimentare spiegata articolo per articolo*, IV edizione, Edizioni giuridiche Simone, 2011;.

DI SARLI M., *Commento all’art. 2501 c.c.*, in *Commentario Marchetti*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 453 ss.

FABIANI M., *Il decreto correttivo della riforma fallimentare* in *Foro it.*, p. 226;

FABIANI M., *Concordato e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 321;

FAUCEGLIA G., *Sull’estensione dei soggetti esonerati*, in *Il Fallimento*, 2005;

FAUCEGLIA G., *Condizioni soggettive ed oggettive di fallibilità: la nuova nozione di piccolo imprenditore. La società commerciale. La crisi e l'insolvenza*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, p. 1039 ss.;

FAUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010;

FERRARA F. jr. e BORGIOLO A., *Il fallimento*, Giuffrè Milano, 1995;

FERRARA L., *Un'inconcepibile riesumazione*, in *Giur. it.*, IV, c. 18;

FERRI G., *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1964, I.

FERRO M., *La legge fallimentare, Commentario pratico e teorico*, CEDAM, 2011, p. 1192 ss.

FILOCAMO F.S., *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010/12.

FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, 1990, Padova, CEDAM;

GALGANO F., *Il fallimento delle società*, 1988, Padova, CEDAM, p. 31.

GALIMBERTI A., *Sul concordato preventivo urgente la "revisione"*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 14 aprile 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

GALLETTI D., *Classi obbligatorie? No, grazie!*, in *Giur. Comm.*, 2010, II, p. 343.

GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza, Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il mulino, 2006;

GOLOTTA G., *DL 22 dicembre 2011, n. 212: un primo sommario esame e qualche considerazione*, in *Diritto 24, Il Sole 24 ore*, gennaio 2012.

GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959;

Gruppo24ore, Soluzioni24fisco, *Diritto e pratica della società, La domanda di concordato preventivo: condizioni e presupposti*, 1.4.2010, n. 1 – p. 16.

GRECO I., *Le procedure concorsuali minori*, Milano, Pirola, 1997;

GUGLIEMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2008;

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2011;

JORIO A., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in Tratt. Iudica-Zatti, Giuffrè, Milano, 2000;

JORIO A. e FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Giuffrè, Milano, 2004, 4 ss.;

JORIO A., *Introduzione*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009;

JORIO A., *Introduzione* in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Cedam, Padova, 2009;

JORIO A., *Il "decreto correttivo" della riforma fallimentare*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio A. e coordinato da M. Fabiani, *Aggiornamento al d.lgs.169/2007*, Zanichelli, Bologna, 2008;

JORIO A., *Le crisi d'impresa, Il fallimento*, in Tratt. Iudica – Zatti, Giuffrè, Milano 2000, p. 205 ss.

LO CASCIO G., *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali* 4/2005;

LO CASCIO G., *Le attuali regole della crisi delle imprese*, *Il Fallimento*, n. 2/2004;

LO CASCIO G., *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 06/06*, in *Fall.*, 2007, p. 144.

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002;

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2007;

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2008;

MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)*, Cian G. e Trabucchi A. (a cura di), 4° edizione, 2000, Padova, CEDAM;

MALSANO A., *Il concordato preventivo delle società*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 64;

MALSANO A., *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 106, Milano, 1989;.

MANDRIOLI L., *Aspetti professionali ed operativi del nuovo concordato preventivo*, in *Atti Convegno Firenze, Il Curatore Fallimentare e le nuove procedure concorsuali*, Firenze, 20 ottobre 2006.

MANDRIOLI L., *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Fallimento*, 2005, p. 1337.

MARINONI R. - DELLA CHA' A., *Presupposti soggettivi e oggettivi del concordato preventivo post- riforma*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010/5 Settembre – Ottobre.

MAZZOCCA D., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Jouvène, Napoli, 2001.

NEGRI G., *Concordato per i consumatori*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi, Soluzioni 24 fisco*, 18 dicembre 2011, p. 21

NEGRI G., *Consumatori senza concordato*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 9 febbraio 2012, p. 35, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

NEGRI G., MILANO F., *Concordato per piccole imprese*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 19 gennaio 2012, p. 33, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

NEGRI G., *Ritorna il piano per il fallimento del consumatore*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 marzo 2012.

NEGRI G., *Fallimenti, riparte la riforma*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 4 aprile 2012, p. 21, Soluzioni 24 Disco, Gruppo 24 ore.

NIGRO A. e VATTEMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009;

NIGRO A., Sub. Art. 5, in Aa. Vv. *La riforma della delle fallimentare*, a cura di Nigro A. – Sandulli M., Giappichelli, Torino, I. 2006, 21.

RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM;

ROCCO DI TORREPADULA, Concordato preventivo, in Dig. IV, sez. civile Torino, 1988, p. 261.

ROCCO DI TORREPADULA N., *Creditori ed impresa nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, Padova, 1994;

ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.*, 2009, I;

ROMANO M. e FAVINO C., *Individuazione della crisi d'impresa e profili d'informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, 2006/8, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, p. 988.

PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2005;

PACCHI S., *Il concordato preventivo*, in Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Utet, Torino, 2009.

PACCHI S. in BERTACCHINI, GULANDI, PACCHI G., PACCHI S., SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2006.

PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002;

PAJARDI P., a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002;

PAJARDI P., *Codice del fallimento*, Milano, Giuffrè, 1997;

PALUCHOWSKI A., *Prime esperienze applicative dei nuovi concordati e casi di giurisprudenza*, *Realazione all'incontro Studi del CSM del 11 novembre 2005*, 1 – 18;

PANZANI L., *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento online*;

PANZANI L., *I fallimenti immobiliari*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 259 ss.

PANZANI L., *Soggetti e presupposto soggettivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, p. 1009.

PICA, *Il concordato*, in CELENTANO e FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Utet, Torino, 2009.

PICONE L.G., *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.

PLENTEDA D., *La legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: principi e criteri direttivi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005/8;

PRESTI G. e RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale, I, Impresa, Contratti. Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, 2009;

PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974;

PROTO C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e tutela dei creditori*, in Aa. Vv., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani – A. Patti, Ipsoa, Milano, 2006, 297;

RAGO G., *Il concordato preventivo*, 1998, Padova, CEDAM;

RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1994, Padova, CEDAM;

RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1994, Padova, CEDAM;

RAGUSA MAGGIORE G., *Diritto fallimentare*, Napoli, Morano 1974, II;

RIVOLTA C. –PAJARDI P., Sub artt. 160 – 186, in Pajardi P. (a cura di) , *Codice del fallimento*, Giuffrè, 2004;

ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I;

ROMANO M. e FAVINO C., *Individuazione della crisi d'impresa e profili d'informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, 2006/8, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, p. 983 ss.

SACCHI R., *Il voto dei creditori nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata: problemi*, in *Giur. Comm.*, 1977, I;

SAGLIMBENI F., *Verona, 51 fallimenti in 3 mesi "E' record nelle costituzioni"*, www.larena.it, del 15 aprile 2012.

SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009;

SANDULLI M., Sub art. 160 in AA.VV. *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro A. – Sandulli M., Giappichelli, Torino, II, 2006, p. 982.

SANDULLI M., Sub art. 5, in Aa. Vv. *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, I, 2006;

SATTA S., *Diritto fallimentare*, 3° edizione aggiornata ed ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1996;

SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996;

SATTA S., *Questioni di voto nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1976, I;

Soluzioni 24 Fisco, *Ammessi allo speciale accordo i soggetti non fallibili*, in *Guida al Diritto*, 14 gennaio 2012, n. 3, p. 29, , Gruppo 24 Ore.

STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, 2007, Bologna;

STANGHELLINI L., *Prioritario l'obiettivo di continuità d'impresa*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 4 aprile 2012, Soluzioni 24 Fisco, Gruppo 24 Ore.

TEDESCHI G.U., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2001;

TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006;

TEDESCHI G.U., *Le procedure concorsuali minori*, UTET, 1996, II;

TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I;

TERRANOVA G., *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004;

VILLANACCI G., *Il concordato preventivo*, Cedam, 2010;

Siti consultati

www.ilsole24ore.com

<http://bdprof.ilsole24ore.com>

www.altalex.com

www.associazionecuratori.it

www.giustizia.it

www.normativa.it

http://www.fallcoweb.it/fallco_it/portale_nazionale/home_portale.html#

www.indebitati.it/sovraindebitamento-decreto-legge/