

UP COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI



La responsabilità patrimoniale “sostenibile”

a cura di

**Antonio Albanese, Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli, Giuseppe Grisi, Luca Nivarra**



G. Giappichelli Editore – Torino

PREMESSA

di *Giuseppe Grisi*

L'Unione dei Privatisti ha tenuto, il 5 e 6 novembre 2021, nell'Aula Magna dell'Università degli Studi Roma Tre, in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza di detto Ateneo, l'annuale convegno nazionale dedicandolo alla riflessione sul tema *La responsabilità patrimoniale "sostenibile"*. Il presente volume ne raccoglie gli Atti ed è curato dai membri del Consiglio di Presidenza dell'Associazione che hanno animato i lavori di una Commissione *ad hoc* nominata per progettare l'evento, delinearne il profilo culturale e scientifico e articolarne il programma. L'incarico è stato espletato nel corso di molte riunioni, luogo di vivace dibattito e stimolante discussione. L'esito degli incontri è condensato in un testo che si è deciso di adottare quale presentazione del convegno, perciò collocato nella quarta di copertina della brochure utilizzata per pubblicizzare l'iniziativa. Lo riporto qui integralmente:

«Il terreno della responsabilità patrimoniale è oggetto di sommovimenti non riconducibili ad un'unica causa e di segno non univoco, sicché all'evidenza delle trasformazioni non fa riscontro un disegno chiaro che le ispiri e che consenta di ricondurre a sintesi gli sviluppi in atto. Questa dinamica trova testimonianza, sul piano normativo, in discipline di nuovo conio di fenomeni diversi, anch'esse irriducibili ad una comune matrice di riferimento; anche l'obbligazione ne è investita, nella sua essenza relazionale e nel rapporto – da sempre controverso – con i mezzi volti ad assicurare la realizzazione in via coattiva del credito. C'è, però, un aspetto che, più di altri, affiora all'attenzione di chi ambisca a cogliere, in uno scenario così frammentario ed incoerente, una possibile chiave di lettura e di comprensione di alcuni tra i più significativi mutamenti che osserviamo. L'attuazione forzosa della pretesa creditoria insoddisfatta non è mai stato considerato un problema da affrontare unicamente nell'ottica del rapporto obbligatorio e, se del caso, del concorso nella sua classica accezione; oggi, però, più nitidamente che in passato, questo apprezzamento pare riduttivo, giacché il legame con le tradizionali coordinate si presenta indebolito – se non reciso – quando l'obbligazione partecipa, da protagonista, alla c.d. economia del debito. Ora che il problema dell'insolvenza trascende le ragioni del credito, ora che la regola del concorso è penetrata nell'alveo delle obbli-

gazioni civili, emergono categorie di debitori e creditori destinatari di trattamenti non omogenei e, di conserva, affiorano e vanno consolidandosi nuove linee di tendenza nella tutela del credito. Gli inadempimenti, sempre più numerosi, determinano conseguenze rilevanti sul piano sociale e rischi seri di tenuta in settori importanti dell'economia, sicché il problema della loro gestione va, giocoforza, affrontato in una dimensione che travalica il piano del rapporto intersoggettivo, con scelte e decisioni capaci di proiettare effetti positivi ad ampio spettro, nell/i mercato/i più o meno direttamente coinvolto/i. La responsabilità patrimoniale, nel vortice degli eventi, è chiamata a dare risposte adeguate ed efficienti anche – e soprattutto – nell'interesse pubblico o, che dir si voglia, generale; e finanche, il richiamo alla sfera dell'ordine pubblico non è, forse, inconferente. Il dato trova corrispondenze numerose, ben al di là dell'esdebitazione, che molto ha fatto e fa discutere: pure possono rammentarsi, oltre alle misure già adottate per agevolare il recupero crediti snellendo o anche bypassando il processo di esecuzione, gli sviluppi in tema di cartolarizzazione, le nuove regole europee riguardanti le obbligazioni bancarie garantite e la classificazione dei debitori in "default". L'U.P. promuove questo tema ad oggetto di riflessione dell'intera comunità scientifica, dedicando ad esso il suo annuale convegno, organizzato in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre».

Si è atteso un po' prima di dare alle stampe gli Atti del convegno ed è opportuno spiegare il perché del ritardo, ammesso possa definirsi tale.

Si colloca nel quadro che il testo poc'anzi trascritto delinea il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che, in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155, ha introdotto il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per regolare, in un'unica sede normativa, in modo organico, l'insolvenza del debitore civile (peraltro, già disciplinata dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3) accanto a quella dell'imprenditore commerciale. È l'esito di un processo avviato da decenni tendente ad accreditare come prioritaria l'esigenza di risanamento dell'impresa in difficoltà e, quindi, ad erodere lo spazio riservato al fallimento: nella ristrutturazione dei debiti e nell'esdebitazione si riflette lo spirito della riforma, che – com'è agevole intuire – ha ricadute evidenti e significative anche sul terreno della responsabilità patrimoniale. Le relazioni svolte nel convegno hanno, ovviamente, fatto i conti con questo nuovo scenario e si sono pure confrontate con i rimaneggiamenti subiti dalla versione originaria di detto codice ad opera del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 e del d.l. 24 agosto 2021, n. 118 (convertito, con modificazioni, dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147), quest'ultimo – tra l'altro – recante il differimento al 16 maggio 2022 della sua entrata in vigore, *ab origine* fissata al 15 agosto 2020 e già rinviata al 1° settembre 2021 dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (convertito, con modificazioni, nella l. 5 giugno 2020, n. 40).

L'ulteriore proroga era nell'aria quando il convegno fu progettato. La pandemia da SARS-CoV-2 ha certamente complicato il percorso verso il compimento del progetto riformatore, ma ad allontanare il conseguimento dell'im-

portante risultato è stato anche e soprattutto il ritardo nell'attuazione della dir. 2019/1023/UE del Parlamento europeo e del Consiglio – meglio nota come direttiva *Insolvency* – concernente i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione: le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative all'uopo necessarie avrebbero dovuto essere adottate e pubblicate entro il 17 luglio 2021, ma l'art. 34, comma 2 della direttiva dava agli Stati membri la possibilità di ottenere, per il recepimento, una proroga per un periodo massimo di un anno e termini che vanno ben oltre il 17 luglio 2021 erano stabiliti per l'adozione delle disposizioni necessarie per conformarsi alle previsioni di cui all'art. 28, lett. *a)*, *b)*, *c)* e *d)* della direttiva. Ora, è chiaro che l'esigenza di coordinamento tra la disciplina di derivazione eurounitaria e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza avrebbe imposto di necessità un'ulteriore e assai significativa opera di aggiornamento di quest'ultimo; cosicché il quadro normativo era in via di composizione quando il convegno ha avuto svolgimento e, non essendo all'epoca ancora intervenuta l'attuazione della direttiva *Insolvency*, era solo possibile azzardare previsioni sul tenore che, in concreto, avrebbero avuto i dispositivi introdotti in conseguenza di quell'aggiornamento.

A detta attuazione si è addivenuti in forza del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, intervenuto pochi giorni dopo la conversione in legge del d.l. 30 aprile 2022, n. 36 che aveva, intanto, rinviato al 15 luglio dello stesso anno l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Ne è risultata l'abrogazione e la modifica di numerose disposizioni, del novello codice e non solo.

Era stata, all'epoca, quasi completata la raccolta delle relazioni svolte nel convegno, ma il fatto nuovo intervenuto era di portata tale da non poter essere trascurato. Inaccettabile sarebbe stata la scelta di dar corso alla pubblicazione degli Atti senza farne cenno. Bruno Inzitari, che da par suo aveva svolto la relazione introduttiva del convegno, si è dichiarato disponibile a rielaborare lo scritto per dar conto delle novità intervenute: lo avremmo acquisito ad autunno inoltrato con conseguente slittamento dei tempi della pubblicazione, ma non ci volle molto a convincerci che la cosa giusta da fare era ringraziare il proponente ed attendere la consegna della nuova versione dell'elaborato. È stata saggia decisione, perché il lavoro di Inzitari – efficacissima istantanea su punti nodali del diritto concorsuale vigente – ha conferito un valore aggiunto ad un volume di tono scientificamente già elevato vista la qualità dei contributi ospitati.

I tempi editoriali ci hanno portato al 2023, ma l'importante era centrare l'obiettivo dall'U.P. perseguito con il convegno organizzato a Roma Tre: riflettere sulla «responsabilità patrimoniale, nel vortice degli eventi», nella consapevolezza che animare nella comunità scientifica un dibattito su questo tema aiuti a cogliere elementi utili alla comprensione di cosa è (diventata) l'obbligazione nell'e-

mergenza permanente che drammaticamente segna l'inizio del nuovo millennio. Lo si è potuto fare grazie al generoso contributo degli illustri relatori, studiosi di diverse generazioni e di varia estrazione accademica, che si sono adoperati con provata competenza ed impegno nella trattazione dei temi assegnati. A loro va il ringraziamento dell'U.P., doverosamente esteso a quanti – a vario titolo – hanno partecipato all'organizzazione dell'evento, a partire dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, dal Direttore ai tecnici che hanno reso possibile la registrazione delle due giornate e, quindi, la libera fruizione del video nel sito *unioneprivatisti.it*. Se l'iniziativa ha avuto buon esito lo si deve anche all'apporto volontario di una folta schiera di giovani giuristi, alcuni alle prime armi, altri già svezzi e impegnati con profitto nella ricerca e nella didattica. Dovrei qui elencare i nomi di tutti ma mi sconsiglia di farlo il rischio, troppo alto, di dimenticare qualcuno; credo, tuttavia, di non provocare risentimenti se faccio un'eccezione per l'addetto alla segreteria organizzativa del convegno, alludo a Tommaso Pellegrini, che ha – tra l'altro – con me collaborato all'opera di revisione dei testi pervenuti, necessaria per elevare il grado di uniformità dei criteri redazionali adottati. Ogni impresa ben riuscita legittima il compiacimento, ma devo ammettere che quando l'esito è il frutto di un lavoro di squadra la soddisfazione è doppia.

SEZIONE I
VECCHI E NUOVI PROBLEMI

LE MOBILI FRONTIERE DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE: DISTRIBUZIONE DEL VALORE TRA CREDITORI E SOCI NEL CONCORDATO IN CONTINUITÀ SECONDO LA NEGOZIALITÀ CONCORSALE DEL CODICE DELLA CRISI

di *Bruno Inzitari*

SOMMARIO: 1. La responsabilità e la garanzia patrimoniale: dalla proprietà al diritto delle obbligazioni. – 2. Le alterne vicende degli strumenti di governo del concorso dei creditori: l'erosione della *par condicio creditorum*. – 3. L'espansione dei privilegi assottiglia la soddisfazione dei chirografari e per l'insostenibilità dei livelli di soddisfazione richiesti, frena il ricorso al concordato di liquidazione, ormai emarginato come masso erratico tra le procedure di regolazione della crisi. – 4. Ascesa e caduta dell'azione revocatoria delle rimesse in conto corrente. Le riforme della legge fallimentare ed il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. – 5. Le due tipologie di concordato nel c.c.i.i.: concordato liquidatorio e concordato in continuità. – 6. Il generale principio del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, contraddittorietà del perdurare dei requisiti di apporto esterno e di soddisfazione minima nel concordato di liquidazione. – 7. Superamento del criterio della prevalenza nel concordato in continuità. – 8. La verifica di ammissibilità e fattibilità per il concordato di liquidazione e di ritualità della proposta per il concordato in continuità. Valutazione di convenienza del concordato in continuità attraverso l'approvazione da parte di tutte le classi dei creditori. – 9. L'obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi nel concordato in continuità. – 10. Legittimazione esclusiva degli amministratori all'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società. – 11. L'assorbimento dei diritti corporativi e patrimoniali dei soci nel processo di regolazione della crisi della società. – 12. La destinazione del valore risultante dalla ristrutturazione: modalità del concorso dei soci e dei creditori. – 13. L'approvazione da parte di tutte le classi dei creditori comporta l'omologa del concordato in continuità. – 14. Diverse regole distributive del valore di liquidazione e del valore eccedente quello di liquidazione ed autonomia del debitore nel determinare il contenuto della proposta e del piano nella distribuzione del valore e nella graduazione delle classi dei creditori. – 15. *Relative Priority Rule*, RPR, limiti della verifica della proposta approvata da tutte le classi dei creditori nel concordato in continuità. Mancata approvazione da parte di tutte le classi, richiesta d'omologa del debitore e verifica del tribunale. – 16. L'approvazione a maggioranza delle classi, di cui una di creditori prelatizi ammessi al voto. Approvazione solo da parte di una classe che, approvando la proposta, ha accettato il trattamento peggiore previsto nella proposta, conseguente omologa.

1. *La responsabilità e la garanzia patrimoniale: dalla proprietà al diritto delle obbligazioni*

La responsabilità patrimoniale, nel sistema del diritto delle obbligazioni del codice del 1865, era intesa come elemento costitutivo dell'obbligo del debitore (art. 1948: *Chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili e immobili, presenti e futuri*). La responsabilità patrimoniale era quindi lo strumento dell'adempimento dell'obbligazione. L'attuazione del rapporto obbligatorio da parte del debitore veniva a realizzarsi mettendo a disposizione del creditore il proprio patrimonio, volontariamente attraverso il pagamento o coattivamente attraverso l'esecuzione forzata.

Questa concezione della responsabilità patrimoniale e lo stretto rapporto con l'obbligazione rimasero radicate fino alle porte del nuovo codice civile. Ancora il progetto preliminare del 1940 manteneva una stretta connessione tra obbligazione e responsabilità patrimoniale, al punto che alla definizione dell'obbligazione veniva fatta seguire, in stretta connessione, la definizione della responsabilità patrimoniale.

Il codice del 1942 costruisce una sistemica del tutto rinnovata: separa nettamente la disciplina della obbligazione da quella delle responsabilità patrimoniale, realizza significative ed innovative scelte sistematiche e colloca la responsabilità patrimoniale nell'ultimo libro, il libro sesto *Della tutela dei diritti*, in un ambito del tutto diverso e distante rispetto alla disciplina dell'obbligazione contenuta nel quarto libro.

Il collegamento tra responsabilità patrimoniale ed obbligazione è mediato dalla categoria della garanzia patrimoniale. Questa, nella disciplina del codice civile ed in quella concorsuale, viene ad assumere una funzione ed un ruolo unificante dei principi e degli istituti, attraverso i quali la responsabilità patrimoniale si realizza.

La successiva dottrina conferma il rifiuto della concezione della responsabilità patrimoniale, quale strumento dell'adempimento dell'obbligazione, e segna una netta separazione tra l'obbligazione e la responsabilità¹.

Per altri versi l'art. 2740, attraverso lo stretto ed esclusivo riferimento ai beni

¹R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, Art. 2740*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, 2; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il Pegno*, in F. VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1956, 1949; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968; ID., voce *Inadempimento (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 12; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 146; V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988; C. MIRAGLIA, *Responsabili patrimoniale*, in *Enc. giur.*, 1991; F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015.

che compongono il patrimonio del debitore, mantiene pressoché immutata la prospettiva proprietaria della funzione della responsabilità patrimoniale.

Sono infatti la dimensione del patrimonio e la sua suscettibilità ad essere oggetto di liquidazione, gli elementi che consentono la realizzazione funzionale della garanzia patrimoniale.

L'interesse del creditore alla soddisfazione del credito mediante esecuzione della prestazione dovuta in caso di inadempimento del debitore, si trasforma in interesse del creditore sui beni oggetto del patrimonio del debitore, realizzato con l'esecuzione forzata volta alla soddisfazione del creditore.

Evidente è lo stretto collegamento tra il sesto e il terzo libro del codice civile, vale a dire tra la disciplina della garanzia patrimoniale e quella della proprietà e dei beni. Se da un lato la responsabilità patrimoniale non è più intesa quale strumento dell'adempimento dell'obbligazione, secondo quanto previsto dall'art. 2740, è pur sempre il patrimonio costituito dai beni presenti e futuri del debitore, l'oggetto della responsabilità patrimoniale.

L'evoluzione successiva ha investito la composizione del patrimonio. Accanto ai valori proprietari relativi ai beni mobili e immobili, hanno acquistato importanza nel corso del tempo altre risorse non riconducibili ai diritti reali ma piuttosto alle più diverse dimensioni dei diritti obbligatori, la cui rilevanza e il cui valore arriva spesso a sovrastare quello della proprietà². Al primato della proprietà si è venuta man mano a sostituire il primato del credito, quale fattore determinante dell'attività di qualsiasi operatore economico³.

Sono i crediti, piuttosto che i beni, gli elementi che compongono una parte sempre più significativa del patrimonio, sino a costituire per le imprese l'oggetto prevalente della responsabilità patrimoniale. Nelle componenti del patrimonio la stessa titolarità delle disponibilità monetarie, una volta regolata dalle categorie del possesso, dei diritti reali, della proprietà, è da tempo assorbita dal diritto delle obbligazioni. La detenzione del danaro, il trasferimento e l'attribuzione delle unità monetarie si realizzano attraverso rapporti contrattuali, governati dalla disciplina delle operazioni bancarie, che trovano attuazione nel conto corrente bancario, nei depositi bancari, nelle aperture di credito, articolati secondo prassi e modelli in costante evoluzione.

L'attività economica è il risultato dell'organizzazione dei più diversi rapporti contrattuali dai quali, attraverso la costruzione di rapporti obbligatori, scaturiscono prodotti o servizi che costituiscono nuovi valori.

² B. INZITARI, *Le new properties nelle società postindustriale*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 914.

³ B. INZITARI, *Il mandato*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2009, 541; P. SCHLESINGER, *Il primato del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 825; M. CASELLA, *Il primato del debito (o del credito)*, in *Giur. comm.*, 1991, 716; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, 33 ss.

L'immobilizzazione di capitali nella proprietà degli strumenti di produzione frena il decollo dell'impresa, ne appesantisce la gestione. I capitali disponibili vengono piuttosto investiti in rapporti obbligatori, che consentono l'utilizzazione di beni e servizi, secondo la finalità e la misura strettamente necessaria per l'esercizio dell'attività economica.

I beni aziendali vengono tra loro combinati prevalentemente attraverso titoli giuridici di carattere obbligatorio piuttosto che reale. Di qui l'intreccio di rapporti contrattuali obbligatori, volti a consentire la messa a disposizione di risorse esterne all'impresa, attraverso strumenti contrattuali della più diversa natura e in continua evoluzione.

Una gamma sempre più articolata di operazioni creditizie ha fatto tramontare nel tempo la propensione a creare riserve di liquidità monetaria nell'impresa, la cui immobilizzazione può risultare antieconomica. Bloccare nel patrimonio le risorse irrigidisce la gestione e l'iniziativa economica, frena quella flessibilità che è il primo strumento per competere sul mercato.

Un'ulteriore modificazione risiede nel fatto che lo stesso credito viene erogato con riferimento a un patrimonio caratterizzato non necessariamente dai beni immobili ma piuttosto da crediti e da rapporti obbligatori. Questo costituisce un tratto caratterizzante della società contemporanea, che ha comportato l'allargamento dell'esercizio del credito per impieghi di consumo da parte di nuovi ceti sociali.

Operazioni economiche di grande portata e diffusione, quale il credito al consumo, la cessione del quinto, vengono erogate a fronte di un patrimonio costituito prevalentemente da redditi futuri. Nello stesso tempo l'accesso al credito da parte dell'impresa si fonda su cessione di crediti attuali o solo potenziali, aperture di credito su c.d. autoliquidante, basate su fatture, ordini, aspettative contrattuali, riserve sugli appalti, crediti futuri verso la clientela⁴.

La staticità del patrimonio di un tempo è stata assorbita dal dinamismo del valore delle aspettative di flussi di cassa, dovuti alla continuazione dell'attività produttiva e alle risorse che prospetticamente potranno derivare dalla continuazione dell'attività.

2. *Le alterne vicende degli strumenti di governo del concorso dei creditori: l'erosione della par condicio creditorum*

Il principio della *par condicio creditorum*, che nel concorso dei creditori è stato la proiezione della responsabilità patrimoniale, ha subito un vistoso ridimen-

⁴B. INZITARI, *Natura delle cessioni nel contratto di factoring e procedure concorsuali*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, cit., 795.

sionamento, principalmente per effetto dell'incremento delle fattispecie di nuove cause di prelazione, man mano introdotte dal legislatore.

L'eguale diritto dei creditori ad agire esecutivamente sui beni del debitore che sono la garanzia comune dei suoi creditori, sancito all'art. 1949 del codice civile del 1865, e prima ancora dall'art. 1963 del codice napoletano del 1819⁵, era espressione del più ampio principio di uguaglianza di unicità del soggetto diritto e, conseguentemente, del superamento di ogni particolarismo giuridico, retaggio dei passati ordinamenti.

Le limitate deroghe all'eguale diritto dei creditori erano costituite dalle garanzie reali, l'ipoteca ed il pegno, governate dall'autonomia privata e da un numero assai contenuto di privilegi legali, secondo una disciplina ampia e consolidata, la quale nella funzione di garanzia, proiettava la proprietà, assunta quale categoria centrale del diritto patrimoniale nella tradizione civilistica.

La disciplina dei privilegi, sensibilmente rivisitata e razionalizzata nel codice del 1942, volta in particolare a dare tutela ai crediti di lavoro e previdenziali⁶, prevedeva fattispecie contenute nel numero, nella incidenza ed estensione applicativa. Il concorso dei creditori trovava, pertanto, ancora condizioni che ne consentivano, il rispetto e l'effettiva attuazione.

Nei decenni successivi, la materia dei privilegi viene complessivamente riordinata ed incrementata, nelle fattispecie e nella portata con la l. 29 luglio 1975, n. 426, e successivamente si registrano ulteriori interventi volti ad introdurre nuovi privilegi, come pure ad apportare significative modificazioni agli artt. 2751 ss. c.c.

L'avvento dell'amministrazione straordinaria con la c.d. legge Prodi, l. n. 95/1979, incide profondamente nel diritto concorsuale, in particolare con l'introduzione di diffuse previsioni della prededuzione⁷, fattispecie sino ad allora non prevista nei codici, né nella legge fallimentare, ed alla quale veniva data una limitata rilevanza processuale, soprattutto in relazione ai crediti sorti nel corso della procedura dell'amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento, in relazione al compenso degli organi della procedura ed alle spese ed oneri della procedura stessa.

⁵ Codice napoletano: art. 1962: *Chiunque si è obbligato, è tenuto ad adempiere alle sue obbligazioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri*; art. 1963: *I beni del debitore sono la comune garentia dei suoi creditori; ed il prezzo si ripartisce fra essi per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra creditori*; art. 1964: *Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche*.

⁶ F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981; F. DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, Milano, 1994; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, 1973.

⁷ Ulteriormente ampliata per determinati settori quali quello delle imprese di navigazione marittima con il d.l. 28 aprile 1982, n. 185.

Di qui la crisi della *par condicio creditorum*, che la dottrina riscontrava non soltanto con riferimento alle procedure volte al risanamento delle grandi imprese ma anche alle procedure concorsuali tradizionali e principalmente al fallimento⁸.

Con le nuove misure dell'amministrazione straordinaria vennero ad emergere interessi diversi e talora contrastanti anche con quelli posti alla base della disciplina del codice civile, come pure della legge fallimentare del 1942. L'interesse alla sopravvivenza dell'impresa appariva caratterizzato da connotazioni pubblicistiche, volte a tutelare l'occupazione il mantenimento dei posti di lavoro, anche a scapito degli interessi dei creditori.

A questo si accompagnava una crescente diffusione di nuovi rapporti, spesso ordinati secondo tipi contrattuali provenienti da altri sistemi, quali il leasing, il factoring, pegni speciali, pegno omnibus, pegno rotativo, pegno senza spossessamento, pegno rotativo, patto marciano, clausole di postergazione del credito. Essi comportavano, direttamente o indirettamente, deroghe al sistema del concorso tra i creditori, modificando la destinazione dei beni e dei valori oggetto della garanzia patrimoniale ai creditori.

Non diverse furono le esperienze di altri paesi, basta pensare alla *Sicherungsvereinbarung* tedesca⁹, alla cessione dei crediti a garanzia nel diritto americano, alla *gage sans dépossession* del diritto francese.

Il contesto in cui si è maggiormente sviluppata l'elaborazione e la ricostruzione della concreta disciplina di questi rapporti è stato necessariamente il diritto concorsuale, governato dalla giurisprudenza dei tribunali fallimentari, chiamati a giudicare la compatibilità di questi rapporti contrattuali d'impresa con i principi, che danno attuazione alla responsabilità patrimoniale, particolarmente in relazione alla sorte dei rapporti contrattuali posti in essere prima della dichiarazione di fallimento o dell'apertura della procedura di concordato¹⁰.

È questo l'ambiente in cui si è venuta a sviluppare una delle più ampie e serrate elaborazioni di diritto delle obbligazioni, che ha plasmato nuovi tipi contrattuali. Significativo è l'esempio del leasing, che nell'ambito concorsuale ha visto realizzarsi la ricostruzione del tipo, la regolazione delle obbligazioni inerenti

⁸ P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 102; V. ROPPO, *Par condicio creditorum*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 2008, 529; V. COLESANTI, *Mito e realtà della par condicio creditorum*, in *Fallimento*, 1984, 32; M. FABIANI, *La par condicio creditorum al tempo del codice della crisi*, in *Questione giustizia*, 2/2019, 202 ss.; ID., *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *Fall.*, 3/2020, 333.

⁹ B. INZITARI, *Besondere Probleme der Sicherungsabtretung in Italien*, in *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlin, 1999, 393.

¹⁰ B. INZITARI, *Neue Widersprüche der par condicio creditorum: die Novellierung des italienischen Zivilgesetzbuches über die Eintragung des Vorvertrages für den Erwerb von Immobilien*, in *ZEUP*, 3/1998, 677.

l'investimento nei beni oggetto del leasing, il riconoscimento e/o restituzione del corrispettivo, secondo una giurisprudenza che ha opportunamente saputo inserire il nuovo modello contrattuale nel nostro sistema del diritto civile dei contratti e delle obbligazioni, che ha consentito di risolvere le ampie e complesse problematiche conseguenti al sopravvenire del fallimento sul leasing in corso, con la disciplina della risoluzione della vendita con riserva di proprietà¹¹.

Lo stesso è accaduto per l'opponibilità delle cessioni del factoring, per il riconoscimento dell'efficacia e l'opponibilità del pegno rotativo¹².

Il diritto concorsuale è del resto il campo in cui i rapporti contrattuali ed obbligatori subiscono tutte le criticità che la crisi può comportare sull'attività d'impresa, con il verificarsi dell'inadempimento e della risoluzione e quindi dei conseguenti profili di criticità con gli interessi e i diritti dei creditori che partecipano al concorso.

3. L'espansione dei privilegi assottiglia la soddisfazione dei chirografari e per l'insostenibilità dei livelli di soddisfazione richiesti, frena il ricorso al concordato di liquidazione, ormai emarginato come masso erratico tra le procedure di regolazione della crisi

Una rinnovata attenzione verso i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, si è manifestata nell'ambito delle procedure concorsuali, dove sono divenuti centrali nella elaborazione della giurisprudenza, nell'attenzione del legislatore e nella considerazione della dottrina.

La sostanziale marginalità dell'azione revocatoria ordinaria, talora in passato descritta quale istituto di difficile e marginale applicazione, è stata ribaltata negli ultimi decenni del secolo scorso. La brusca riduzione delle aspettative di soddisfazione dei creditori chirografari, dovuto all'incremento dei privilegi ed al più ampio ricorso a strumenti di segregazione del patrimonio, attraverso forme di garanzia diretta ed indiretta, ha comportato come reazione un esteso ricorso all'azione revocatoria fallimentare, come strumento di attuazione e difesa della garanzia patrimoniale.

Le finalità del recupero e dell'incremento del patrimonio oggetto della responsabilità patrimoniale, ha dato vita a nuove fattispecie costruite attraverso un serrato confronto tra la dottrina e la giurisprudenza, quali la revocatoria delle

¹¹ B. INZITARI, *Leasing nel fallimento: soddisfazione integrale del concedente fuori dal concorso sostanziale e necessità dell'accertamento del credito nel concorso formale*, in *Contr. e impr.*, 2012.

¹² B. INZITARI, *Le cessioni del credito a scopo di garanzie: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *ID.*, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, cit., 759.

rimesse in conto corrente, la revocatoria degli atti dispositivi, con la rivisitazione delle categorie della corrispettività e della gratuità.

La finalità recuperatoria di queste azioni, diretta alla ricostruzione della garanzia patrimoniale dei creditori concorsuali ed alla protezione della parità di trattamento dei creditori concorrenti, hanno caratterizzato una elaborazione giurisprudenziale che, per la dimensione e l'approfondimento di principi e categorie di diritto civile, non ha avuto eguali nella tradizione giurisprudenziale del diritto delle obbligazioni.

Questi profondi cambiamenti del quadro complessivo, nel quale opera il concorso dei creditori, hanno inciso sulla capacità ed efficacia delle procedure concorsuali ad assicurare una ragionevole ed effettiva soddisfazione ai creditori. A farne le spese sono stati i creditori chirografari, in quanto buona parte dell'attivo ricavato dalla liquidazione del patrimonio del debitore viene assorbito prevalentemente dai creditori prelati e privilegiati a scapito dei creditori chirografari.

Le conseguenze sono rilevanti: fallimenti con percentuali di soddisfazione sostanzialmente irrisorie per i creditori chirografari e crescenti difficoltà per il debitore di accedere al concordato preventivo.

Significativi sono stati gli effetti sul concordato preventivo che nella legge fallimentare costituiva l'unica procedura alternativa al fallimento. Sino alle modificazioni della disciplina registrate nel primo decennio del secolo, la proposta di concordato preventivo doveva assicurare ai creditori chirografari la soddisfazione minima del 40% del credito. Ma una tale percentuale di soddisfazione, per effetto del numero e del peso dei privilegi man mano introdotti nel sistema, è risultata nel tempo un obiettivo sempre più difficile e remoto.

Vanno considerate inoltre altre difficoltà, quale quella originariamente prevista nella legge fallimentare del requisito della meritevolezza del debitore, profilo dai contorni incerti particolarmente insidioso per la sua indeterminatezza, considerato che il debitore almeno nel passato, nella completa assenza di una cultura e tantomeno di una disciplina dell'*early warning*, solo successivamente introdotta, presentava la domanda di concordato sulla base di una crisi che certamente metteva a dura prova la capacità dell'imprenditore di contrastare e risolvere il dissesto e reagire adeguatamente all'aggravarsi del dissesto.

Va rilevato che le ragioni che hanno indotto il legislatore a ricorrere alla introduzione di nuove cause di prelazione e nuove figure di privilegio, piuttosto che essere dettata dall'effettivo riconoscimento di una causa del credito meritevole di protezione nel concorso dei creditori, risiedevano piuttosto in contingenti necessità di politica economica talora finalizzata ad obiettivi settoriali e contingenti.

L'introduzione di nuovi privilegi ha in concreto svolto la funzione di esaudire le richieste di sostegno e assistenza di categorie di creditori portatori di interessi che il legislatore non era in grado di contrastare.

Di conseguenza con la creazione di nuove cause di prelazione, di privilegi e della stessa prededuzione, si è verificato il trasferimento sui creditori chirografari dell'onere di interventi di politica economica, preclusi all'intervento pubblico da vincoli di bilancio o da vincoli normativi.

La conseguenza è stata una generale riduzione delle probabilità di soddisfazione dei crediti chirografari e contemporaneamente l'assottigliarsi delle possibilità per il debitore di accedere a soluzioni concordatarie. Infatti, spettando ai creditori prelatizi l'integrale soddisfazione del credito, l'attivo che poteva residuare, dopo l'assorbimento della prelazione, non consentiva la soddisfazione dei chirografari, se non in percentuali assai contenute, rendendo impossibile la soluzione concordataria.

Va peraltro considerato che, secondo l'interpretazione della disciplina in vigore sino al 2005, alle cause legittime di prelazione veniva attribuita una portata che superava l'effettivo valore dei beni sui quali le stesse insistevano. Si affermava che nel concordato preventivo (e solo nel concordato preventivo ma non nell'esecuzione forzata), i creditori prelatizi avrebbero dovuto essere soddisfatti integralmente, grazie alla prelazione che assisteva il loro credito ed indipendentemente dall'effettivo valore di realizzo del bene oggetto della prelazione. Il debitore concordatario era obbligato quindi ad assicurare la piena soddisfazione all'ipotecario con garanzia su immobili privi di valore oppure ad ipotecari di secondo o terzo grado, privi sin dal momento della iscrizione d'ipoteca di qualsiasi prospettiva di realizzo. Lo stesso diritto veniva riconosciuto ai privilegiati mobiliari, anche in assenza di valori apprezzabili dei beni ed *assets* aziendali.

Si trattava di una interpretazione erronea ed ingiustificata, contrastante con i principi che regolano il diritto di prelazione che, nonostante le analitiche contestazioni e critiche della dottrina¹³, evidentemente riteneva che la soddisfazione integrale anche dei prelatizi incapienti fosse un "prezzo" che il debitore concordatario dovesse pagare per evitare il fallimento e conseguire l'eccezionale beneficio degli effetti esdebitatori del concordato preventivo.

Non a caso la situazione è mutata, quando il concordato ha cessato di essere inteso quale procedura cui poteva eccezionalmente ricorrere l'imprenditore "onesto ma sfortunato" ma piuttosto quale procedura che prescindeva da qualsiasi valutazione di meritevolezza del debitore, al quale comunque era richiesta trasparenza sulle cause della crisi o dell'insolvenza, per consentire ai creditori una complessiva valutazione della proposta.

Al concordato venne quindi riconosciuta la funzione di risolvere la crisi o

¹³ Questa interpretazione fu analiticamente contrastata dalla dottrina: cfr. B. INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 383; C.E. BALBI, *I creditori con diritto di prelazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 418.

l'insolvenza con le risorse di natura proprietaria per il concordato liquidatorio ed anche con le risorse create dall'attività imprenditoriale in quello in continuità, attraverso modalità alternative alla liquidazione fallimentare nel miglior interesse dei creditori. In un tale rinnovato contesto, è risultato insostenibile continuare ad esigere la soddisfazione di crediti prelatizi in tutto o in parte incapienti, a danno degli altri creditori chirografari e dello stesso debitore, oltre che del tutto anacronistico e contraddittorio con lo stesso scopo della procedura.

Il nuovo art. 160 l.fall. così come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, ha riportato il trattamento dei creditori prelatizi al diritto comune ed al comma 2 ha stabilito: *La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, 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.* L'art. 84, comma 5, del c.c.i.i. ha chiaramente stabilito in via generale il principio secondo cui *i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni e dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*, specificando chiaramente che la soddisfazione di tali creditori deve avvenire *al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti il bene o diritto e della quota parte delle spese generali*, e che la quota residua è trattata come credito chirografario.

4. *Ascesa e caduta dell'azione revocatoria delle rimesse in conto corrente. Le riforme della legge fallimentare ed il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*

Un'ulteriore significativa modificazione del modello di realizzazione della responsabilità patrimoniale ha riguardato l'azione revocatoria ed in particolare, la revocatoria delle rimesse in conto corrente, la cui applicazione negli ultimi vent'anni del secolo scorso aveva raggiunto dimensioni particolarmente significative e costituiva lo strumento recuperatorio più rilevante azionato dal curatore fallimentare per incrementare la massa attiva e ripristinare la *par condicio creditorum*¹⁴.

L'insoddisfazione del settore bancario alla diffusa e penetrante applicazione dello strumento della revocatoria delle rimesse in conto corrente, mai raccolta dal giudice delle leggi, pur chiamato più volte valutarne la compatibilità costituzionale, assunse un significato nettamente politico, che ebbe il suo epilogo con una

¹⁴B. INZITARI, *Revocatoria fallimentare e principio redistributivo*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, cit., 753.

rilevante modifica delle norme sulla revocatoria dei pagamenti nella legge fallimentare direttamente finalizzato attraverso una radicale modificazione della disciplina della revocatoria dei pagamenti¹⁵, degli atti a titolo oneroso e delle garanzie, giungendo ad “abrogare” quel diritto giurisprudenziale che certamente è stato il più incisivo strumento di difesa ed incremento della garanzia patrimoniale nell’interesse dei creditori concorrenti¹⁶.

Il brusco ridimensionamento degli strumenti recuperatori ed il peso crescente dei privilegi e della prededuzione hanno favorito la ricerca di nuove modalità di realizzazione della garanzia patrimoniale alternative rispetto alla liquidazione fallimentare, inefficiente ed antieconomica, perché non soddisfa adeguatamente i creditori, disperde o distrugge i valori aziendali, soffre di tempi di realizzazione di una durata incompatibili con i principi di durata del processo e per questo più volte censurata e sanzionata dall’unione europea.

Di qui i ripetuti e serrati interventi che dal 2005 hanno trasformato la legge fallimentare consentendo al debitore di ricercare la soluzione della crisi ed anche dell’insolvenza, attraverso procedure negoziali finalizzate alla regolazione dei rapporti con i creditori.

L’introduzione di nuovi strumenti quali il piano attestato e l’accordo di ristrutturazione dei debiti, ha reso possibile al debitore di regolare l’esposizione debitoria che contrassegnava la crisi o l’insolvenza con l’accordo dei creditori attraverso la più ampia scelta di modalità negoziali, volte a consentire sia la continuazione dell’attività nell’interesse ei creditori o anche dei creditori, sia la liquidazione ordinata dell’attivo dell’impresa¹⁷.

Nello stesso tempo, per effetto di ripetuti interventi, da ultimo culminati nel codice della crisi, così come novellato con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che ha dato attuazione alla direttiva 20 giugno 2019/1023, riguardante i *quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione* e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (*direttiva sulla ristrutturazione e sull’insolvenza*), la disciplina del nuovo tipo di concordato in continuità ha definitivamente abbandonato la risalente impronta liquidatoria ed è divenuto strumento che regola la crisi e l’insolvenza. Questo attraverso l’assorbimento del passivo incapiante (si potrebbe dire con l’assorbimento delle perdite, nel linguaggio della disciplina

¹⁵D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

¹⁶B. INZITARI, *Tendenze riduzionistiche della revocatoria fallimentare nel progetto di riforma: effetti sulla concorrenza e sulla libertà di mercato*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, cit., 729.

¹⁷Si è trattato di una svolta significativa perché in passato ogni accordo del debitore con i creditori diretto ad evitare il fallimento, caso di successiva dichiarazione di fallimento comportava rilevanti rischi per tutte le parti che rimanevano esposte all’azione revocatoria ed alla imputazione di bancarotta.

europea della crisi bancaria), e l'utilizzazione sia delle risorse generate dalla continuità, sia delle risorse patrimoniali ma anch'esse finalizzate alla continuità piuttosto che alla liquidazione, secondo modalità che richiedono il consenso di tutte le classi dei creditori per la regolazione della crisi.

5. *Le due tipologie di concordato nel c.c.i.i.: concordato liquidatorio e concordato in continuità*

La nuova disciplina del concordato preventivo in continuità incide direttamente sulle modalità di realizzazione della responsabilità patrimoniale. L'oggetto della garanzia patrimoniale può risultare sensibilmente spostato dai beni aziendali suscettibili di liquidazione, ai valori derivanti dalla continuazione dell'attività. L'attività dell'impresa, attuata col piano condiviso con i creditori, libera risorse che realizzano la responsabilità patrimoniale.

La suddivisione dei creditori in classi (secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, già introdotta nella l.fall. art. 160, comma 2, lett. c) sin dal 2005), determina le modalità di destinazione delle risorse e i livelli di soddisfazione dei creditori, consentendo il contenimento delle cause legittime di prelazione e in taluni casi anche della graduazione, incidendo quindi sulle possibilità di soddisfazione dei creditori chirografari o di creditori appartenenti a classi meno favorite nella graduazione della prelazione.

Le rilevanti modifiche, apportate dal d.lgs. n. 83/2022 al c.c.i.i. della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sono accompagnate da una significativa ridefinizione delle funzioni della procedura di concordato, la quale costituisce, non solo storicamente ma anche nel confronto con le altre procedure nel tempo introdotte, una delle più significative procedure concorsuali alternative al fallimento ed ora alla liquidazione giudiziale¹⁸.

La rubrica della sezione I del capo III del Concordato preventivo (artt. 84 ss.), che nell'originario testo del c.c.i.i. conteneva un mero riferimento tecnico ai *Presupposti e inizio della procedura*, nell'attuale nuova formulazione *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano*, assume, come tratto qualificante, le finalità con le quali introduce la disciplina del concordato.

Queste non a caso sono indicate al plurale in considerazione della articolazione che la procedura di concordato può assumere a seconda delle possibili tipologie di piano, cui corrispondono i due tipi di concordato.

¹⁸S. LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Diritto della crisi* (in *dirittodellacrisi.it*), 12 settembre 2022; ID., *Appunti sul Concordato Preventivo ridisegnato*, *ivi*, 5 maggio 2022; M. FABIANI, *Un affresco sulle nuove 'milestones' del concordato preventivo*, *ivi*, 6 ottobre 2022.

La procedura di concordato, originariamente introdotta dalla l. 24 maggio 1903, n. 19, in parte riformata con la l. 10 luglio 1930, n. 995, successivamente disciplinata nella legge fallimentare e ripetutamente novellata dal 2005, è distinta oggi nella disciplina del c.c.i.i. della crisi, così come rinnovata dal d.lgs. n. 83/2022, in due tipi di concordato, regolati da discipline profondamente diverse, secondo finalità ed assetti causali molto distanti.

Per effetto della progressiva evoluzione verificatasi sin dal 2005 e, da ultimo, con il recepimento della direttiva europea 1023/2019, il concordato presenta una distinta articolazione nel concordato liquidatorio e nel concordato in continuità. Essi sono caratterizzati da discipline che per il tenore e la portata delle rispettive finalità, integrano tipologie di procedimenti funzionalmente e causalmente distinti¹⁹.

La funzione causale nel concordato liquidatorio risiede, *i*) nella valorizzazione del patrimonio aziendale e delle risorse aggiuntive, imposte dalla legge per l'operatività della liquidazione concordataria (apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il 10% l'attivo, art. 84, comma 4) e, *ii*) nella previsione di tassativi livelli di soddisfazione dei creditori particolarmente elevati (ed in realtà antistorici), del 20% dell'ammontare del credito per i chirografari ed per i privilegiati degradati per incapienza in chirografo.

La causa tipologica del concordato in continuità è assorbita in modo prevalente dalla valorizzazione delle risorse che derivano dalla continuazione dell'attività imprenditoriale e da quelle esistenti nel patrimonio, messe a servizio della continuazione dell'attività.

Il c.c.i.i. supera il riferimento alla ammissibilità che nella legge fallimentare scandiva l'*incipit* della domanda di concordato, art. 160 l. fall., con la più generica espressione *apertura del concordato preventivo*, art. 47. Modifica necessaria e significativa in quanto, a differenza della abrogata legge fallimentare, con il c.c.i.i. la verifica di ammissibilità è prevista solo per il concordato liquidatorio ma non per il concordato in continuità, per il quale è richiesta la verifica della sola *ritualità* della domanda²⁰.

¹⁹ In considerazione di queste profonde differenze, si può dire che le due diverse tipologie di concordato di liquidazione e in continuità possono oggi essere ancora ricomprese nell'ambito della generale categoria del concordato, ma questo avviene allo stesso modo in cui la categoria generale del contratto di società, pur comprensiva dei diversi tipi di società, si divarica poi nettamente nelle società di persone e di capitale, che, pur contrassegnate dalla stessa radice, si sviluppano secondo discipline e articolazioni funzionali profondamente diverse.

²⁰ Per effetto dei non riusciti tentativi di introdurre un unico procedimento nel c.c.i.i. del 2019 e successivamente per effetto delle necessarie modifiche apportate al c.c.i.i. dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 in attuazione della direttiva 1023/2019, la disciplina dell'accesso al concordato è distribuita negli articoli del procedimento unitario, artt. 40 ss. e artt. 120-*bis* ss. nella sezione VI, introdotta con riferimento alle società.

6. *Il generale principio del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, contraddittorietà del perdurare dei requisiti di apporto esterno e di soddisfazione minima nel concordato di liquidazione*

La disciplina del concordato risulta faticosamente distribuita in diversi capi e sezioni del c.c.i.i.

Alla procedura di concordato è specificamente dedicata la sezione I del capo III, artt. 84 ss. mentre l'accesso al concordato è in parte disciplinato negli artt. 40 ss. del procedimento unitario ed in parte nella sezione VI-*bis*, che è stata inserita dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 in attuazione della direttiva 1023/2019²¹.

In questa nuova sezione VI-*bis*, l'art. 120-*bis* regola l'accesso delle società agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ed anche il trattamento dei soci nelle procedure relative a tali strumenti.

L'art. 84, nell'aprire la sezione I, ribadisce il principio, declinato non solo per il concordato ma in tutti gli strumenti di regolazione della crisi, secondo cui la finalità della procedura è il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale.

Con il c.c.i.i. viene definitivamente superato il criterio, introdotto nella passata disciplina fallimentare all'art. 180 l.fall. (sostituito dall'art. 16, comma 2, del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), secondo il quale la soddisfazione dei creditori non doveva essere inferiore alle alternative concretamente praticabili, aprendo ad una serie di soluzioni comparative, che lasciavano spazi interpretativi anche opinabili.

Con l'introduzione nel c.c.i.i. di questo nuovo più chiaro e lineare criterio del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, non si richiede che il concordato soddisfi i creditori in misura più elevata rispetto alla liquidazione giudiziale, ma soltanto non inferiore e, quindi, anche nella stessa misura raggiungibile in sede di liquidazione. Questo in qualsiasi tipologia di concordato, sia in caso di continuità aziendale, che di liquidazione del patrimonio, che di attribuzione delle attività ad un asuntore o in qualsiasi altra forma.

Il passaggio è certamente significativo, in quanto se non è richiesto un maggiore livello di soddisfazione rispetto alla liquidazione giudiziale, la finalità risiede nell'interesse dei creditori ad una più efficiente e celere soddisfazione, rispetto alla liquidazione giudiziale, ormai considerata procedura residuale e soprattutto, sul piano complessivo, meno conveniente.

²¹ L. DE BERNARDIN, *La domanda d'accesso agli strumenti di regolazione della crisi*, in L. DE SIMONE-M. FABIANI-S. LEUZZI (a cura di), *Studi sull'avvio del codice della crisi*, in *Diritto della crisi* (in *dirittodellacrisi.it*), 2023, 48 ss.

Tale criterio risulta costantemente reiterato nella medesima formulazione nei diversi *strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, che a parità di livello di soddisfazione concorrono e prevalgono rispetto alla liquidazione giudiziale. A tale criterio fa riferimento l'art. 62, comma 2, lett. c) sulla convenzione di moratoria; l'art. 64-bis, comma 8, del piano soggetto a ristrutturazione, l'art. 70, comma 9, nell'omologazione del piano nelle procedure di sovraindebitamento, l'art. 80, comma 3, nell'omologazione del concordato minore, comma 8; l'art. 84, comma 1, per il concordato liquidatorio ed in continuità, l'art. 88, comma 1, sul trattamento dei debiti tributari e previdenziali; l'art. 112, comma 3, in relazione all'omologa del concordato in continuità aziendale.

Questo principio orienta l'intera disciplina e trova concreta e significativa applicazione operativa, in caso di opposizione all'omologa del concordato in continuità aziendale, da parte di un creditore dissenziente, anche appartenente ad una classe assenziente. Il difetto di convenienza fatto valere in via d'eccezione dall'opponente, è suscettibile, se accolto, di impedire l'omologa del concordato approvato all'unanimità da tutte le classi, quando secondo la proposta, il credito risulta soddisfatto in misura inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Analogamente nel concordato con liquidazione del patrimonio in caso di opposizione da parte di un creditore dissenziente, appartenente ad una classe dissenziente art. 112, comma 5.

Nel concordato in continuità il principio acquista una ulteriore rilevanza, con una disposizione del tutto innovativa in relazione alla tutela assegnata al creditore, che lamenta un eventuale difetto di convenienza. Secondo quanto disposto dall'art. 53, comma 5-bis, al creditore opponente può spettare il solo risarcimento del danno, determinato nella eventuale differenza tra il trattamento che avrebbe potuto conseguire nella liquidazione giudiziale rispetto a quello assegnatogli nel concordato in continuità.

Ben diverso è il discorso per il concordato liquidatorio del quale va considerata la particolare disciplina prevista dall'art. 84, comma 4, il quale richiede, da un lato l'apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e dall'altro che la proposta assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati in chirografo in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo.

Questi ultimi principi si sovrappongono a quello generale dell'art. 84, comma 1, secondo cui è sufficiente che la soddisfazione dei creditori avvenga in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale. Considerata la necessità dell'apporto di risorse esterne, la soglia della soddisfazione dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, finisce in concreto per essere difficilmente applicabile e piuttosto superata per effetto degli oneri quantitativi imposti al debitore.

7. Superamento del criterio della prevalenza nel concordato in continuità

Mentre la procedura di concordato liquidatorio continua ad essere contrassegnata da oneri difficilmente sostenibili per il debitore insolvente, quella di concordato in continuità, per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, è stata liberata dall'osservanza degli obblighi previsti nella originaria versione dell'art. 84, comma 2, che ricadevano sia sul debitore che sul terzo, di mantenimento o riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno alla metà della media di quelli in forza nei due anni precedenti al deposito del ricorso, come pure dagli obblighi di soddisfare i creditori in misura prevalente col ricavato del prodotto della continuità aziendale, obblighi che risultavano ulteriormente appesantiti da presunzioni collegate al mantenimento di almeno la metà dei lavoratori nei primi due anni.

La disciplina dell'art. 84 è stata completamente rinnovata. La continuità aziendale è divenuto l'elemento fondante, conferendo una significativa flessibilità all'intera procedura.

Secondo quanto prescritto dal rinnovato art. 84, comma 1, la *continuità aziendale* è lo strumento attraverso il quale si attua la *tutela dell'interesse dei creditori* e si realizzano le condizioni attraverso le quali i posti di lavoro possono essere, *nella misura possibile*, preservati e quindi non più attraverso l'imposizione di rigidi ed il più delle volte inattuabili vincoli quantitativi e temporali²².

Non si tratta di affermazioni retoriche (come a volte avviene in alcuni testi legislativi), il successivo comma 3, specifica le modalità di realizzazione di tale tutela prevedendo che la proposta di concordato deve prevedere per ciascun creditore un'*utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa*.

Emerge un quadro di significativa flessibilità, nel quale alla garanzia patrimoniale offerta dal debitore non viene più attribuito il ruolo e la funzione di unico, esclusivo e diretto strumento di realizzazione della responsabilità patrimoniale, che viene realizzata secondo una nuova e più ampia dimensione dell'interesse dei creditori. È un interesse di segno diverso, in quanto indirizzato, più che ai beni di cui il debitore è proprietario e quindi ai valori statici del patrimonio, all'articolato ventaglio di risorse liberate e prodotte dalla continuità. Si tratta di interessi e valori dinamici non riconducibili ai valori patrimoniali tradizionali e che infatti vengono indicati dal legislatore con espressioni che fanno riferimento al vantaggio che deriva dalla attività dell'impresa, primo fra tutti, *valore eccedente quello di liquidazione*, come pure *utilità specificamente individuate ed economicamente valutabili, che possono consistere anche nella prosecuzione o*

²² A. PATTI, *Tutela dei diritti dei lavoratori, salvaguardia dell'impresa e CCII*, in *Fall.*, 2022, 1337.

rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa, art. 84, comma 3.

Il primo degli indici di questa rinnovata flessibilità risiede nella espressa previsione dell'art. 84, comma 3, così come formulata con le modifiche apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che, nel definire le modalità di soddisfazione nel concordato in continuità aziendale, stabilisce che *i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta*.

Con questa nuova e chiara disposizione è definitivamente venuta meno la possibilità di ricorrere al cosiddetto criterio di prevalenza per l'applicazione della disciplina dell'uno o dell'altro tipo di concordato.

Nella vigenza della abrogata legge fallimentare, novellata con l'introduzione del concordato in continuità, pur in mancanza di qualsiasi previsione di legge, era stata tentata la costruzione di una ulteriore figura di concordato, da collocare tra il concordato liquidatorio e il concordato di continuità, nel *jargon* denominato *concordato misto*. Questa espressione voleva indicare *un concordato dal contenuto complesso il cui piano preveda, accanto ad una continuazione della continuità d'impresa, una liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio della stessa*²³.

Muovendo da queste premesse, come ha osservato in modo critico la Cassazione, taluna giurisprudenza di merito, spinta dalla preoccupazione di evitare abusi del ricorso allo strumento concordatario in continuità, soprattutto successivamente al 2015, e cioè da quando è stata prevista l'esenzione della soglia minima di soddisfazione per i creditori, ha ritenuto di poter governare le proposte di concordato che prevedessero accanto alla continuità anche la liquidazione dei beni dell'impresa, immaginando nuovi e non nominati criteri, che avrebbero dovuto imporre l'individuazione della prevalenza del concordato liquidatorio oppure in continuità.

Nonostante la giurisprudenza della Cassazione non avesse accolto tali argomentazioni²⁴ e piuttosto a chiare lettere le avesse escluse, queste avevano avuto accoglimento e talora ulteriore sviluppo nella redazione dell'art. 84 del c.c.i.i., che al comma 3, prevedeva nel *concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino. La prevalenza si*

²³ Così Cass. 15 gennaio 2020, n. 734.

²⁴ Cfr. Cass. 15 gennaio 2020, n. 734, cit., che con parole chiare aveva deciso *che la compresenza in piano di attività liquidatorie che si accompagnino alla prosecuzione dell'attività aziendale è dunque espressamente contemplata dal legislatore, all'interno della norma ... art. 186-bis, il che non lascia equivoci di sorta in merito al fatto che tale normativa governa la fattispecie ... concordato in continuità che prevede la dismissione dei beni*, ritenendo quindi non giustificato giudicare il concordato sulla base della prevalenza.

considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da una attività d'impresa alla quale sono adetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso.

Si trattava di un ulteriore ed anche più ampio sviluppo del criterio della prevalenza, che utilizzava riferimenti in molti contesti ormai non appropriati, quali la forza lavoro impiegata e trovava le sue ragioni nella diffidenza che ha accompagnato l'introduzione del concordato in continuità, talora considerato procedura poco ortodossa rispetto alla liquidazione giudiziale, considerata quale archetipo e assorbente modello della procedura concorsuale.

La prima versione dell'art. 84, comma 3, c.c.i.i., imponeva una selezione delle fonti di provenienza delle risorse destinate alla soddisfazione dei creditori, attraverso un rigido collegamento tra la mano d'opera impiegata ed i ricavi attesi dalla continuità, secondo una visione che individuava nel valore proprietario dei beni, degli strumenti di produzione e dimensione della mano d'opera occupata, i fattori funzionali della continuità e della soddisfazione dei creditori²⁵.

Tutto questo è stato definitivamente superato dal rinnovato testo dell'art. 84 c.c.i.i., che non solo ha cancellato il criterio di prevalenza, ma ha espressamente stabilito come irrilevante la proporzione tra l'apporto delle risorse derivanti dalla continuazione dell'attività e quelle ottenute dalla liquidazione, essendo sufficiente che i creditori vengano soddisfatti con le prime anche in misura non prevalente.

Questa disciplina introdotta con l'attuazione della direttiva *Insolvency* è del tutto coerente con l'elemento causalmente qualificante e tipologicamente portante il concordato in continuità, che si realizza attraverso la destinazione di tutte le risorse alla continuazione dell'attività, in quanto è prevalentemente con la continuità che possono essere raggiunti i risultati e gli obiettivi previsti nel piano.

È mancato purtroppo un intervento adeguato per il concordato di liquidazione ove il vincolo dell'apporto delle risorse esterne per almeno il 10% dell'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e della soglia minima del 20% di soddisfazione dei chirografari, ha definitivamente reso pressoché impossibile l'accesso ad una tale procedura.

Nel panorama ampio e profondamente rinnovato delle diverse opportunità offerte dal nuovo c.c.i.i. alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, il concordato liquidatorio appare oggi come un masso erratico immobile e grave, del tutto estraneo rispetto agli altri strumenti e procedure che ormai, con diverse modalità, sono diventati i nuovi protagonisti della regolazione della crisi.

Per effetto del mantenimento dei predetti vincoli (dell'apporto esterno e del-

²⁵ M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 116.

la soglia minima di soddisfazione dei chirografari), come precedentemente rilevato, il livello di soddisfazione richiesto, dovrebbe in concreto risultare più elevato rispetto a quello stabilito al comma 1 dell'art. 84, del *soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*, confermandosi in questo modo la estraneità e contraddittorietà, anche sistematica, della disciplina del concordato liquidatorio, rispetto ai generali principi che regolano la materia del concordato.

La circostanza che secondo la rinnovata disciplina del concordato in continuità, i creditori possano essere soddisfatti solo in misura non prevalente dai ricavi della continuità aziendale e conseguentemente in misura anche prevalente dai ricavi della liquidazione, comporta un ampliamento della accessibilità rispetto al concordato con liquidazione del patrimonio, art. 84, comma 3. Questo sempre che vi sia la possibilità della continuazione dell'attività, che peraltro risulta più agevole, considerate le ampie possibilità di gestione della continuità, secondo quanto previsto dall'art. 84, comma 1.

Nella determinazione delle modalità di realizzazione del concordato, l'art. 84 ricorre ad una formulazione più sintetica e più chiara, non solo rispetto al precedente art. 160 l. fall., ma anche alla prima versione dell'art. 84 del c.c.i.i., precedente alle modifiche apportate con il recepimento della direttiva *Insolvency*.

Il riferimento è concentrato in modo asciutto su un numero contenuto di fattispecie, quali la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un terzo come assunto, per poi espandere la previsione, ricorrendo all'espressione "in qualsiasi altra forma", verso un numero aperto di possibili anche atipici contenuti.

I successivi commi 2 e 3 dell'art. 84 definiscono e regolano la continuità diretta o indiretta. La prima con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore, che ha presentato la domanda di concordato. La seconda con la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore, attraverso una serie di strumenti quali la cessione, l'usufrutto, il conferimento d'azienda in una o più società, ovvero in forza d'affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, oppure a qualunque altro titolo, con previsione, pertanto del tutto aperta e suscettibile di ricomprendere i più diversi strumenti e soluzioni.

Per effetto del recepimento della direttiva 1023/2019 *Insolvency*, l'esercizio della continuità aziendale, volta a generare flussi di cassa adeguati a realizzare contemporaneamente la soddisfazione dei creditori e la complessiva ristrutturazione dell'azienda, richiedono che la proposta ed il connesso piano intercettino il consenso dei creditori che, se raggiunto con l'approvazione da parte di tutte le classi, conduce all'omologa del concordato.

A questo riguardo per la prima volta vengono presi in considerazione i diversi *stakeholder*, vale a dire non solo i creditori ma anche i soci quali soggetti inte-