

COMMENTO ALL'ART. 167
– Amministrazione dei beni durante la procedura –
(in *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, III, 2010)

Marcello Gaboardi

Università Bocconi – Milano

SOMMARIO: 1.1. L'amministrazione del patrimonio concordatario e la privatizzazione della procedura. Premessa: conservazione dell'impresa e tutela delle pretese creditorie – 1.2. Il patrimonio del debitore concordatario – 2.1. Gli effetti dell'ammissione al concordato preventivo nei confronti del debitore. Premessa – 2.2. I limiti ai poteri amministrativi del debitore concordatario: profili sostanziali e processuali – 2.3. I confini temporali della procedura concordataria: un antico dibattito – 2.4. Il regime autorizzatorio degli atti di straordinaria amministrazione tra poteri del giudice delegato e nuove prerogative del tribunale fallimentare – 3. Gli effetti dell'ammissione al concordato sui rapporti giuridici preesistenti

1.1. L'amministrazione del patrimonio concordatario e la privatizzazione della procedura. Premessa: conservazione dell'impresa e tutela delle pretese creditorie – L'innovativo approccio del riformatore, favorevole ad un'accentuazione dei tratti privatistici delle procedure concorsuali, ha ispirato anche le recenti modifiche della disciplina del concordato preventivo, sede per eccellenza della autodeterminazione delle parti – quasi, si direbbe, della loro stessa autonomia negoziale – applicata alla soluzione della crisi imprenditoriale (1).

Uno dei tratti caratteristici del nuovo assetto delle prerogative degli organi concordatari è rappresentato, infatti, dalla soppressione, ad opera del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, dell'inciso finale del comma 1 della norma in commento, vale a dire l'eliminazione del potere direttivo del giudice delegato sull'amministrazione patrimoniale del debitore e sulla vigilanza *in parte qua* del commissario giudiziale. In ossequio alla scelta di contenere i poteri decisionali degli organi giurisdizionali sia in sede di ammissione che di omologazione del piano concordatario, le recenti riforme del

(1) La tendenza a privilegiare lo sforzo delle parti «private» nel rinvenimento di una soluzione concordata della crisi imprenditoriale si era già manifestata nelle innovazioni alla disciplina del concordato preventivo introdotte dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, e si era poi ulteriormente rafforzata alla luce della netta opzione legislativa propensa – di lì a poco – ad incrementare anche i profili privatistici della procedura fallimentare (si veda, in proposito, l'art. 1, comma 6, lett. a, n. 2, l. 14 maggio 2005, n. 80, secondo il quale obiettivo del legislatore delegato doveva essere non soltanto quello di «ampliare le competenze del comitato dei creditori, consentendo una maggiore partecipazione dell'organo alla gestione della crisi dell'impresa», ma anche quello di «coordinare i poteri degli altri organi della procedura»). Da ultimo, la tensione verso una nuova definizione dei rapporti tra gli organi delle procedure concorsuali è stata condivisa dal riformatore del 2006, rinvenendo una delle sue principali espressioni nel «riequilibrio delle posizioni» tra i diversi uffici del concordato preventivo (come è precisato nella Relazione ministeriale al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, sulla quale si veda anche *infra* la nota 2), ove più marcata è apparsa sia l'esclusione del giudice delegato dalla (direzione sulla) gestione del patrimonio imprenditoriale e dalla soluzione della crisi aziendale, sia la compressione dei poteri giudiziari di valutazione e controllo dell'accordo concordatario entro margini più ristretti rispetto a quelli precedentemente definiti dalla legge fallimentare. Per una rassegna delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza si vedano, per tutti, A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, p. 1453 ss.; M. MONTANARI, *Profili processuali del nuovo concordato preventivo*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, I, Napoli, 2009, p. 785 ss.; A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267 ss.

diritto concorsuale hanno inteso, dunque, operare una generale *armonizzazione* del ruolo e delle prerogative (anche) del giudice delegato nelle diverse fasi della procedura concordataria.

La ricordata sottrazione del potere direttivo della procedura sembra così inserirsi in una prospettiva di naturale adeguamento della disciplina concorsuale al nuovo assetto complessivo del procedimento. In altri termini: i minori poteri di ingerenza dell'organo giudiziario sullo svolgimento della procedura hanno mutato – almeno in parte – la fisionomia del concordato, incentrandola ancor più sulla definizione e sull'esecuzione di un «accordo» tra l'imprenditore ed i creditori concorsuali, un accordo rimesso pertanto alla decisione *autonoma e discrezionale* delle parti, sia per quanto concerne la concreta determinazione del piano sia per quanto riguarda la scelta delle specifiche finalità da perseguire.

Di qui, la conclusione secondo cui oggi la composizione *privata* della crisi aziendale tollera un controllo *pubblico* assai meno penetrante di quello riservato al giudice anche soltanto da un recente passato, in evidente consonanza con la sottrazione al giudice delegato del potere direttivo anche della procedura fallimentare e con la trasformazione del potere giurisdizionale di controllo sull'operato del curatore nella vigilanza sulla sola regolarità della procedura concorsuale. Anzi, a ben vedere, i risultati a cui è pervenuta talvolta la privatizzazione del concorso hanno raggiunto, con talune scelte del riformatore, approdi più significativi nell'ambito del fallimento che nel concordato preventivo, se solo si considera come il potere autorizzatorio degli atti di amministrazione straordinaria – rimesso dall'art. 167 l.f. alla competenza del giudice delegato – sia stato riservato dalla novellata disciplina del fallimento alla determinazione del comitato dei creditori (2).

Se, pertanto, l'opera novellatrice ha effettivamente contribuito *in parte qua* al consolidamento del *contributo privato* nell'amministrazione del patrimonio imprenditoriale (oltre che, più in generale, nella definizione e nell'approvazione del concordato), non può tuttavia sottacersi che una simile innovazione – pur sottraendo un rilevante potere alla sfera di competenza dell'organo giudiziario – incida solo *limitatamente* sul complessivo assetto dei poteri e dei conseguenti doveri spettanti alle parti e agli organi della procedura concorsuale. E ciò, non solo in ragione del fatto che – come meglio si dirà nel prosieguo del presente commento – il principale potere del giudice delegato nel corso della procedura (era e) resta quello connesso con il rilascio dell'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore, ma anche perché la sottrazione del potere direttivo all'organo giurisdizionale non si traduce, per ciò solo, nell'assenza di qualsivoglia direzione della procedura (o in una sua impropria «riduzione» entro i più ristretti confini del concetto di

(2) Vi è da rilevare peraltro che nella Relazione illustrativa della riforma del 2006, laddove vengono illustrate le innovazioni apportate all'art. 167 l.f., è possibile leggere (e l'assunto è richiamato frequentemente anche in dottrina: si veda, ad esempio, M.M. GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, in *Commentario* Faucegglia – Panzani, vol. III, 2009, p. 1647) che la scelta di eliminare l'attribuzione del ruolo direttivo della procedura spettante *olim* al giudice delegato si pone «in armonia con il *principio di delega* dettato in materia di concordato e volto ad un riequilibrio delle posizioni riconosciute nell'ambito della procedura in capo ai diversi organi» (il corsivo è nostro). Malgrado l'assenza di un'esplicita delega sul punto e prescindendo, in questa sede, dalle inevitabili considerazioni sugli «eccessi» del legislatore delegato, la scelta riformatrice sembra collocarsi ragionevolmente nello stesso ambito di novellazione che ha condotto il legislatore del 2006 a sottrarre poteri decisionali e di controllo agli organi «pubblici» della procedura fallimentare per trasferirli a quelli che sono invece espressione di istanze e di interessi privatistici».

vigilanza commissariale), restando la direzione dell'attività amministrativa del debitore pur sempre desumibile dalle generali previsioni di legge (a cominciare dal divieto imposto all'imprenditore dalla disposizione dell'art. 173 l.f. in relazione al compimento di atti il cui accertamento determinerebbe la revoca del concordato).

In definitiva, la ricordata novella legislativa, pur incidendo sull'assetto dei poteri tra gli organi della procedura concordataria, non va tuttavia eccessivamente enfatizzata. La sua rilevanza, infatti, può dirsi maggiore sul piano ermeneutico generale, se solo si considera che la sottrazione all'organo giurisdizionale della direzione sull'amministrazione imprenditoriale non può non sollecitare l'interprete ad una nuova e più rigorosa lettura delle norme sugli effetti del concordato per il debitore (oltre che di quelle sugli effetti della procedura nei confronti dei creditori concorsuali), richiedendo in particolare che l'attività dell'imprenditore, pur essendo sottratta alla direzione giudiziale, resti funzionale anche alla soddisfazione delle esigenze primarie della procedura, e cioè alla realizzazione delle pretese creditorie ed alla piena attuazione dell'accordo concordatario.

Del resto, un'interpretazione «restrittiva» delle disposizioni relative al concordato preventivo sembra essere imposta all'interprete anche dalla scelta del riformatore di mutare profondamente gli stessi tratti costitutivi della procedura *de qua*, sottraendola al penetrante vaglio giudiziale del passato, incentrato sulla verifica di un adeguato *bilanciamento* tra l'interesse privato, espresso dalla convenienza dell'accordo concordatario per i creditori, e l'interesse pubblicistico, sotteso invece alla meritevolezza dell'effetto esdebitatorio per l'imprenditore e – ancor più – alla conservazione dell'azienda e del suo complesso produttivo. Malgrado i non rari dissensi giurisprudenziali (3), infatti, l'ammissione alla procedura concordataria era di fatto

(3) Già nel vigore della legge fallimentare del 1942 la Corte di cassazione ha ritenuto che la finalità liquidatoria della procedura fosse l'unica realmente conforme alla «struttura procedimentale» del concordato preventivo, affermando che la soluzione concordata della crisi d'impresa fosse diretta non tanto a conservare per l'avvenire il patrimonio imprenditoriale e produttivo, quanto piuttosto a soddisfare convenientemente le pretese avanzate dal ceto creditorio: in questo senso si vedano, *ex multis*, Cass., 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fall.*, 1996, p. 529 ss. e Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248 ss.

Nella prospettiva di un efficace bilanciamento tra gli interessi privati e quelli pubblici, si colloca peraltro la disciplina dei numerosi ordinamenti stranieri nei quali è contemplata la possibilità di una soluzione negoziata del dissesto imprenditoriale: ci si riferisce, in particolare, ai sistemi di *common law* rinnovatisi recentemente alla luce della c.d. «*rescue culture*» dell'impresa in crisi [cfr., in particolare, M. HUNTER, *The Nature and Functions of a Rescue Culture* (1999), *J. Bus. Law*, p. 491 ss.; in questa prospettiva si rende utile segnalare come l'analisi comparata delle varie discipline fallimentaristiche nazionali abbia indotto gli interpreti a concludere nel senso che «*major purpose of the new laws is to shift the focus of bankruptcy law away from exclusively protecting creditors*» (J.M. WHITE, *The cost of corporate bankruptcy: a US-European comparison*, in J.S. BHANDARI and L.A. WEISS (eds), *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal Perspectives*, Cambridge, 1996, p. 467)]. Diversi sono naturalmente gli approcci normativi di volta in volta assunti dai vari legislatori nazionali: si spazia dalla previsione di procedure fortemente orientate verso il raggiungimento di una composizione privata della crisi aziendale – come l'*administrative receivership* e il *Company Voluntary Arrangement* del sistema anglosassone, nei quali prevale l'iniziativa del singolo e la conseguente paralisi dell'iniziativa esecutiva individuale da parte dei creditori (c.d. *moratorium*), mentre un maggiore rilievo al potere giudiziario è assegnato nella *administration procedure* disciplinata dall'*Insolvency Act* del 1986 (ancora recentemente modificato) – fino alla definizione concordata della *reorganisation* del diritto statunitense (il «celebre» *Chapter 11* del *Bankruptcy Reform Act* del 1978), la quale conserva in capo al debitore il potere di amministrare la propria impresa fino al soddisfacimento delle pretese creditorie e alla ripresa della normale attività imprenditoriale [si vedano F. TOLMIE, *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law* (1998), London, *passim*; R. PARRY, *Crisis of Enterprise in the Common Law*:

vincolata al convincimento da parte del tribunale che il debitore – «onesto ma sfortunato» – fosse in grado di riprendere la propria normale attività imprenditoriale non appena la soluzione concordataria avesse rimediato alla situazione di dissesto patrimoniale in cui versava il debitore.

Per contro, la nuova disciplina del concordato, esaltando i tratti *contrattualistici* della procedura, ha sottratto ampi e significativi poteri agli organi giurisdizionali confinandoli – come si è detto – entro margini assai più ristretti di quelli sanciti in passato dal legislatore. Con la conseguenza che la ridefinizione dell’assetto dei poteri tra gli uffici della procedura ha inciso inevitabilmente anche sulla scelta degli obiettivi perseguiti dal legislatore nella predisposizione della nuova disciplina concordataria, ispirata non più soltanto ad un’esigenza di *conservazione dell’impresa* che versi in una situazione di difficoltà economica (un’esigenza che è rimasta certamente sottesa alla disciplina del concordato preventivo allo scopo di tutelare efficacemente le componenti positive dell’impresa), ma anche e soprattutto al *soddisfacimento dei creditori* concorsuali che abbiano aderito alla proposta concordataria (ma con effetti esdebitativi estesi dalla legge anche ai creditori dissenzienti).

1.2. Il patrimonio del debitore concordatario – È in un simile e innovativo contesto che la norma in commento continua a disegnare quell’effetto dell’ammissione al concordato preventivo che si risolve nel c.d. «spossessamento attenuato» (4) del patrimonio imprenditoriale e la cui trattazione coinvolge taluni tra i principali problemi

Administration Orders and Administrative Receivership, in AA.VV., *Crisi d’impresa e procedure concorsuali in Italia e Europa. Prospettive di riforma*, a cura di G. Ragusa Maggiore e G. Tortorici, Padova, 2002, p. 75 ss.; M. BIENENSTOCK, *Bankruptcy Reorganization*, New York, 1987, *passim*; M.J. ROE, *Corporate reorganization and Bankruptcy (legal and financial materials)*, New York, 2000, *passim*]. Una spiccata attenzione alle decisioni assunte dall’autonomia privata è riservata *in parte qua* anche dal legislatore tedesco, che assegna alle clausole dell’*Insolvenzplan* – favorito dall’ammissibilità del rimedio revocatorio in costanza di procedura – la definizione di un programma di liquidazione dell’attivo ovvero di conservazione del complesso produttivo [cfr., per tutti, AA.VV., *La legge tedesca sull’insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, a cura di L. Guglielmucci, Milano, 2000, *passim*], mentre il legislatore francese riserva al raggiungimento di un accordo con i creditori (*réglement amiable*) – per il tramite del *conciliateur* nominato dal presidente del tribunale di commercio al momento della ammissione alla procedura – la possibilità di risolvere in via negoziale la crisi finanziaria dell’impresa ogni qual volta l’attivazione della c.d. procedura d’allerta (da parte, anzitutto, del *commissaire aux comptes*) non dia un esito positivo per il superamento della crisi [si veda, per tutti, M.J. CAMPANA, *L’impresa in crisi. L’esperienza del diritto francese*, in AA.VV., *Crisi d’impresa e procedure concorsuali in Italia e Europa. Prospettive di riforma*, p. 93 ss.: l’Autrice segnala che, in tutti i casi in cui la crisi non sia tempestivamente prevenuta e l’impresa si riveli ormai insolvente, il sistema francese non prevede reali alternative alla soluzione giudiziaria del dissesto (*radressement judiciaire* o *liquidation judiciaire*)].

(4) L’espressione riportata tra virgolette, ormai assolutamente invalsa nella letteratura fallimentaristica per descrivere la limitata perdita di autonomia del debitore nella gestione e nella disponibilità del proprio patrimonio a seguito dell’ammissione al concordato preventivo, risale a R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, p. 2448 (per un impiego da parte della giurisprudenza, si vedano, *ex pluribus*, Cass., 25 febbraio 2008, n. 4728, in *Giust. civ.*, Mass. 2008, n. 289; Cass., 16 marzo 2007, n. 6211, in *Giust. civ.*, Mass. 2007, n. 3). Ciò non esclude, naturalmente, che il medesimo concetto sia stato descritto dalla dottrina anche in termini differenti: a mero titolo esemplificativo si può considerare che mentre G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, p. 540 evocava la presenza di «effetti più tenui» per l’imprenditore nella procedura concordataria, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 452 discorreva della «mancanza di un vero e proprio spossessamento» nel concordato. Infine, sulla «graduazione di vincoli di inefficacia» tra la posizione assunta dall’imprenditore nel concordato e quella rivestita nella procedura fallimentare si soffermava A. BONSIGNORI, *Commento all’art. 167*, in *Commentario Scialoja – Branca*, 1979, p. 189.

ermeneutici della procedura concordataria: dall'esatta definizione dei limiti ai poteri gestori del debitore, alla individuazione dei confini temporali della stessa procedura (entro i quali soltanto opera lo spossessamento), fino all'analisi del regime autorizzatorio degli atti di straordinaria amministrazione, significativamente innovato dal riformatore con la previsione di un generale intervento autorizzatorio del tribunale, volto a legittimare il debitore al compimento di qualsiasi atto di straordinaria amministrazione incidente solo in misura limitata sull'entità del patrimonio debitorio.

Prima di procedere ad un esame dettagliato di tali problematiche, connesse all'apertura del concordato preventivo nella specifica prospettiva degli effetti che si producono nei confronti del debitore (e dei suoi creditori), sembra dunque opportuno svolgere alcune brevi considerazioni in merito alla determinazione del patrimonio imprenditoriale all'indomani dell'insediamento degli organi concorsuali. Una tale indagine consentirà, infatti, di determinare la consistenza dei beni che sono destinati alla procedura e, pertanto, alla soddisfazione dei creditori concordatari, contribuendo altresì ad illustrare i limiti – o almeno una parte dei limiti – che sono imposti dalla legge alla corretta gestione dei «beni» e dell'«impresa» nel corso della procedura concordataria.

Ebbene, come nel fallimento, anche nel concordato preventivo l'apertura del procedimento non può che determinare una *separazione* del patrimonio originario e personale del debitore da quello concorsuale, sottratto all'adempimento delle obbligazioni contratte dall'imprenditore per la gestione dei beni inerenti alla propria sfera personale (o, comunque, non aggredibili *ex lege* in via esecutiva), ed impiegabile soltanto per il soddisfacimento delle pretese avanzate dai creditori concorsuali, oltre che per l'adempimento dei debiti che siano stati eventualmente contratti dall'imprenditore nel corso dell'amministrazione dei beni concordatari e dell'esercizio della sua impresa (5). Ciò posto, vi è però da considerare che anche un rapido raffronto tra la disposizione in commento e quella dell'art. 42 l.f. consente di rilevare come la separazione patrimoniale che si realizza nel concordato preventivo non assume i medesimi caratteri di quella che si attua nel fallimento, essendo ben noto che, mentre il curatore fallimentare acquisisce ogni potere gestorio del patrimonio imprenditoriale – mirando principalmente la sua attività al soddisfacimento degli interessi del ceto creditorio –, nel concordato preventivo il debitore conserva ampi poteri amministrativi, funzionali al contemperamento degli interessi dell'impresa con quelli ineludibili dei creditori. Poteri, questi, che se attenuano grandemente la rilevanza della separazione patrimoniale *in parte qua*, al punto che – come si vedrà – non sono mancate soluzioni interpretative che hanno addirittura negato in radice la possibilità di una simile concettualizzazione nel concordato preventivo, non ne eliminano del tutto il valore e la portata applicativa.

Se è indubbio, infatti, che nel fallimento la separazione patrimoniale si attua sia nella prospettiva della titolarità dei poteri gestori sia nell'ottica della estensione oggettiva del patrimonio concorsuale, non può disconoscersi che – seppure in misura assai più contenuta – *anche* nel concordato preventivo la separazione patrimoniale conserva una propria rilevanza con riferimento sia ai profili quantitativi del patrimonio destinato alla gestione concordataria, sia al coinvolgimento degli organi concorsuali (e, in particolare, del commissario giudiziale) nel controllo sull'amministrazione del patrimonio destinato al soddisfacimento del ceto creditorio.

Non sorprende, tuttavia, che la questione della definizione di un patrimonio autonomo e sottratto al soddisfacimento delle esigenze personali del debitore

(5) Per quanto concerne, invece, la *vexata quaestio* dei pagamenti di debiti anteriori alla apertura del concordato, si rinvia alle considerazioni svolte nel successivo § 3.

concordatario abbia impegnato da tempo le riflessioni della dottrina. Sul punto si sono formati, infatti, contrapposti orientamenti interpretativi, propensi talvolta ad escludere che il concordato preventivo ammetta una qualsiasi «separazione» tra i beni del patrimonio imprenditoriale (6) ed altre volte, per l'opposto, a riconoscere una «compressione» della stessa autonomia dispositiva e gestoria del debitore sui beni non sottratti dalla legge alla soddisfazione del ceto creditorio (7). Più convincenti appaiono, tuttavia, le interpretazioni secondo cui la separazione tra il patrimonio personale del debitore ed il suo patrimonio concordatario si imporrebbe – alla stregua di quanto accade nel fallimento *ex art. 46 l.f.* – allo scopo di assicurare che lo svolgimento della procedura si risolva in uno strumento di risoluzione della crisi imprenditoriale e non già in un mezzo per aggravare ulteriormente (e cioè anche sul piano personale e/o familiare) la condizione economica e finanziaria in cui versa il debitore: ciò che, in definitiva, accadrebbe se non fosse consentito di sottrarre al soddisfacimento delle pretese creditorie quella porzione del patrimonio debitorio che è funzionale al soddisfacimento di insopprimibili esigenze individuali e familiari.

In effetti, ciò che appare irrinunciabile (e idoneo a giustificare l'idea di una separazione patrimoniale anche nella procedura di concordato) è costituito dall'esigenza di rispettare in ogni caso la diversa *finalità* alla quale sono destinati per loro stessa natura i cespiti del patrimonio debitorio, con la conseguenza che i beni riservati alla realizzazione delle pretese creditorie (e, per ciò stesso, assoggettati ai vincoli dell'amministrazione concordataria) non possono annoverare anche i beni personalissimi del debitore, propensi invece a soddisfarne ineludibili esigenze affettive ed individuali.

In definitiva, il *patrimonio concordatario* ricomprende i beni afferenti alla sfera economica ed imprenditoriale del debitore che non siano afferenti esclusivamente alla sua sfera personale *ex art. 46 l.f.*, e precisamente:

a) gli elementi *esistenti* al momento dell'ammissione alla procedura, sottratti alle iniziative esecutive individuali dei «creditori per titolo o causa anteriore al decreto» *ex art. 168 l.f.* (ma non anche alle iniziative dei creditori il cui titolo o la cui causa si sia formata successivamente all'ammissione del debitore alla procedura) (8);

b) le ulteriori componenti *sopravvenute* nel corso del concordato per effetto dell'acquisto *secundum legem* da parte del debitore (e cioè mediante atti di ordinaria amministrazione compiuti sotto la vigilanza del commissario giudiziale o mediante atti di straordinaria amministrazione posti in essere con l'autorizzazione scritta del giudice delegato), e sottratte parimenti all'iniziativa *in executivis* dei creditori anteriori (ma non

(6) In questo senso si è espresso, in particolare, A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p. 109 ss. A sostegno dell'irrelevanza di una tale separazione anche nell'ambito del patrimonio del fallito, cfr. P.G. JAEGER - R. SACCHI, voce *Fallimento (effetti per il fallito)*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, p. 8.

(7) L'opinione è stata espressa da A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 67, nota 91; per una breve sintesi del pensiero dell'Autore si veda la successiva nota 11.

(8) Nell'ambito dei beni presenti nel patrimonio dell'imprenditore alla data di ammissione al concordato sembra possibile ricondurre – come nel fallimento – sia i beni del *debitore* che si trovano nel possesso o nella disponibilità di terzi (si pensi, ad esempio, ai beni che siano stati concessi in locazione o in comodato), sia i beni di *terzi* che sono nella disponibilità del debitore (come, ad esempio, i beni di cui il debitore beneficia in *leasing*); e ciò malgrado l'art. 167, comma 1, l.f. si riferisca – alla stregua dell'art. 42, comma 1, l.f. – ai «suoi beni», suggerendo erroneamente l'idea di uno spossessamento attenuato limitato ai soli beni del debitore.

anche all'iniziativa di quelli posteriori) all'ammissione al concordato (9).

Restano, invece, soggetti all'azione esecutiva dei creditori (siano essi anteriori o successivi all'ammissione) gli incrementi patrimoniali realizzati dal debitore in violazione delle prescrizioni di legge, tenuto conto che tali beni, pervenuti illegittimamente al debitore, dovrebbero restare di per sé estranei al patrimonio imprenditoriale e alle regole che lo governano – dalla destinazione del patrimonio al soddisfacimento del ceto creditorio al divieto di azioni esecutive individuali per i creditori anteriori alla procedura – legittimando non solo la declaratoria della loro inefficacia, ma altresì l'attivazione del procedimento per la revocatoria della procedura e, sussistendone i presupposti di legge, la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173 l.f. ⁽¹⁰⁾.

In definitiva, l'imprenditore concordatario amministra un patrimonio distinto da quello personale, funzionale alla piena realizzazione delle pretese creditorie (in esecuzione del piano concordatario) e soggetto ai normali mutamenti cui è subordinato qualsiasi patrimonio imprenditoriale. Del patrimonio debitorio è, quindi, titolare l'imprenditore – al pari di quanto può desumersi dalla previsione dell'art. 42 l.f. nell'ambito della procedura fallimentare –, mentre i limiti al potere amministrativo e dispositivo dell'intero complesso dei beni si determinano alla stregua di ciò che resta sottratto al potere di vigilanza dell'organo commissariale e, limitatamente agli atti di straordinaria amministrazione, anche al potere di autorizzazione del giudice delegato (11).

(9) Malgrado la genericità dei riferimenti espressi dagli artt. 167 e 168 l.f. in ordine alla individuazione del contenuto del patrimonio imprenditoriale (l'art. 167 si limita a richiamare i «beni» e l'«impresa» del debitore, mentre l'art. 168 si riferisce al «patrimonio del debitore»), non può sussistere alcun dubbio in merito al fatto che il patrimonio concordatario sia composto, oltre che dai beni esistenti nel patrimonio al momento dell'ammissione alla procedura, anche da ciò che è stato conseguito dall'imprenditore in forza di *atti, pagamenti e formalità* eseguite nel corso della procedura, in consonanza con quanto può evincersi, per il contenuto del patrimonio fallimentare, dalle previsioni degli artt. 42-45 l.f. (si veda, in proposito, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 193). Del resto, la mancanza di una normativa organica *in parte qua* sembra legittimare ancor più il richiamo alle previsioni dettate per il fallimento, considerato che anche nel concordato preventivo si manifesta l'esigenza di destinare al soddisfacimento dei creditori tutte le utilità conseguite dal debitore durante la procedura. Le peculiarità che contraddistinguono il concordato – e in specie la conservazione del potere amministrativo in capo al debitore – non consentono, tuttavia, una applicazione *de plano* anche del rigoroso regime di inefficacia imposto dagli artt. 44 e 45 l.f., assumendo rilevanza assorbente la previsione dell'art. 167 l.f. e la conseguente efficacia o inefficacia (relativa) degli atti a seconda che siano state o meno rispettate le condizioni contemplate dalla norma in commento.

(10) Ad una tale conclusione giunge, in particolare, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, pp. 193-194, il quale evidenzia come i beni pervenuti al debitore nel corso della procedura in violazione delle norme di legge «fanno parte del patrimonio separato *solo in quanto* non vengono colpiti da pignoramento, e venduti coattivamente» (il corsivo è nostro). La conclusione appare pienamente condivisibile, tenuto conto che questi beni possono *di fatto* continuare a far parte del patrimonio concordatario ogni qualvolta il commissario giudiziale ometta di riferire dell'acquisto *contra legem* al tribunale ovvero quest'ultimo, all'esito del relativo procedimento, non ritenga giustificata la revoca del concordato (sul punto si veda *funditus* il successivo § 2.1).

(11) Ormai definitivamente superata sembra la ricostruzione dogmatica secondo cui il debitore assumerebbe *in parte qua* la veste di componente di un organo concorsuale «complesso» costituito anche dal commissario giudiziale (ma *olim* finanche dal giudice delegato). In particolare, di «organo complesso» discorreva A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, p. 67 ss., testo e nota 91, distinguendo – con un'argomentazione invero alquanto sottile – la figura del *debitore* colta nel momento del compimento di atti gestori del proprio patrimonio personale, separato e sottratto all'amministrazione concordataria, e nel momento – dal primo distinto – dell'amministrazione congiunta del patrimonio concorsuale «a fianco degli organi della procedura, in certo senso anche lui *organo*

Sotto il profilo quantitativo, poi, il patrimonio concordatario del debitore consta di tutti i beni «presenti e futuri» che costituiscono – alla stregua del canone generale dell'art. 2740 c.c. – la primaria garanzia di adempimento delle obbligazioni per i suoi creditori, e dunque ogni utilità patrimoniale (*rectius* suscettibile di una «valutazione economica» *ex* art. 1174 c.c.) che la legge non sottragga espressamente all'azione *in executivis* del creditore, in ossequio – come detto – all'individuazione legale dei «beni non compresi nel fallimento» ai sensi dell'art. 46 l.f. ovvero all'osservanza dei beni strettamente personali del debitore medesimo.

Come si è accennato, la sottrazione al piano concordatario dei beni indicati dall'art. 46 l.f. appare una logica conseguenza della peculiare destinazione assegnata dalla legge a tali beni, una destinazione che non può certamente essere disconosciuta nella procedura concordataria, se solo si considera che la scelta del legislatore fallimentare di sottrarre talune entità patrimoniali all'aggressione *in executivis* dei creditori è giustificata dalla necessità di garantire al debitore (e al proprio nucleo familiare) il godimento di beni strettamente connessi con la propria sfera personale ed affettiva ovvero con il diritto a percepire prestazioni lavorative. Si comprende allora come una tale esigenza sia parimenti sottesa al giudizio esecutivo individuale ed alla procedura concorsuale in genere, rilevando in entrambi i casi un'opzione legislativa volta alla sottrazione del patrimonio personalissimo del debitore al soddisfacimento delle esigenze patrimoniali dei creditori (12). Ma è indubbio che una tale finalità sia sottesa anche alla procedura concordataria, nella quale, malgrado la presenza di esigenze marcatamente liquidatorie – ed anzi in ragione del carattere non solo conservativo (del patrimonio imprenditoriale) sotteso alla nuova procedura concordataria –, sussiste l'esigenza di riservare al debitore la disponibilità *esclusiva* di quelle posizioni giuridiche soggettive che, pur avendo natura patrimoniale, risultano strettamente connesse con la sfera *personale e familiare* del debitore e non possono tollerare alcun controllo pubblico.

Ricca di spunti interpretativi è anche la questione dell'assoggettabilità del patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili al regime cui soggiace il patrimonio sociale coinvolto nel concordato promosso dalla società.

L'interessante problematica – che può essere solo accennata in questa sede – è definita da un complesso panorama ermeneutico, nel quale si confrontano da tempo interpretazioni propense ad individuare la destinazione del patrimonio del socio illimitatamente responsabile nella soddisfazione esclusiva dei suoi creditori personali ed impostazioni dirette, invece, a vincolare i beni personali del socio alla realizzazione dei

investito di legittimazione sostitutiva (rispetto a sé stesso personalmente e cioè *da solo*)» (p. 68, nota 91; i corsivi sono dell'Autore). L'immagine di un organo concorsuale complesso – almeno nella prospettiva della gestione del patrimonio concordatario – è sicuramente suggestiva e descrive un momento «reale» della procedura; tuttavia, la scissione identitaria del debitore in co-amministratore del patrimonio concorsuale ed amministratore unico del proprio (restante) patrimonio non sembra costituire un dato interpretativo ineludibile al fine di giustificare la separazione patrimoniale determinata dall'apertura della procedura concordataria, ben potendosi desumere la giustificazione di una tale separazione dalla differente destinazione dei due patrimoni: l'uno finalizzato al soddisfacimento delle esigenze peculiari sottese alla sfera privata dell'imprenditore e l'altro destinato a preservare la garanzia generale dei creditori concorsuali (si veda, in questo senso, anche A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 193).

(12) In questo senso si veda già A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, pp. 189-190 (in giurisprudenza cfr., invece, Trib. Verona, 11 giugno 1982, in *Fall.*, 1983, p. 466). Recentemente hanno ribadito l'esclusione dei beni *ex* art. 46 l.f. dall'ambito del patrimonio concordatario G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pp. 434-435; G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 551; M.M. GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, p. 1646.

crediti sociali durante l'intera vita della società e, quindi, anche in occasione dell'attuazione del piano concordatario (13).

In proposito, si è osservato che, malgrado la vivacità del confronto esegetico, è già il testo normativo a suggerire l'impraticabilità di una (estensione della) soluzione concordataria per i soci illimitatamente responsabili di una società di persone: in coerenza con la scelta compiuta dal legislatore nell'art. 1 l.f., l'accesso alla procedura concordataria è riservato dall'art. 160, comma 1, l.f. al solo «imprenditore» commerciale, con la conseguente esclusione del socio (anche) illimitatamente responsabile dalla procedura concordataria a cui sia stata ammessa la società (14).

(13) L'ammissibilità al concordato preventivo dei soci illimitatamente responsabili è una questione che da sempre interessa il dibattito dottrinale e gli arresti della giurisprudenza. In un primo tempo, infatti, la Corte di Cassazione aveva stabilito che la procedura concordataria – alla quale veniva ammessa solo la società nel rapporto con i propri creditori – dovesse investire anche i beni dei soci illimitatamente responsabili, atteso che il loro patrimonio concorrevano con quello sociale al soddisfacimento dei creditori della società [e ciò, in quanto «il patrimonio dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone è destinato in via diretta e globale al soddisfacimento delle obbligazioni sociali»: così Cass., 29 novembre 1995, n. 12405, in *Fall.*, 1996, p. 540 ss., con nota di M. NALDINI, *Responsabilità diretta dei soci nel concordato con cessione dei beni*; in questo senso si veda già Cass., 17 dicembre 1981, n. 6677, in *Fall.*, 1982, p. 243 ss.; vi è da segnalare, inoltre, che una parte della giurisprudenza più risalente aveva giustificato il coinvolgimento del patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili sulla scorta di una (presunta) legittimazione di tali soci ad avvalersi anche in proprio del concordato preventivo, al fine di definire i rapporti obbligatori costituiti con i propri creditori particolari (cfr. Cass., 15 dicembre 1970, n. 2681, in *Dir. fall.*, 1971, II, p. 167 ss., con nota critica di F. CIAMPI, *Concordato del socio a responsabilità illimitata con i suoi creditori particolari*: è bene sottolineare che ad una simile conclusione la Suprema Corte era pervenuta nell'intento di tutelare l'effettività dell'accordo concordatario promosso dalla società, dal momento che l'indiscriminata sottoposizione del patrimonio personale del socio alle azioni esecutive dei suoi creditori avrebbe compromesso la possibilità della società di dare attuazione al proprio piano concordatario); infine, ad una presunta necessità di garantire ai soci una eguale posizione nelle procedure concorsuali si è richiamata – come si vedrà anche nel prosieguo – Cass., 28 aprile 1994, n. 4111, in *Fall.*, 1994, p. 1239 ss.]. Accanto a questo indirizzo, se ne è ben presto sviluppato uno difforme, secondo cui non è ammissibile la partecipazione del socio (anche) illimitatamente responsabile alla procedura concordataria cui sia stata ammessa la società, osservandosi, in particolare, che le disposizioni vigenti precludono l'applicazione del regime patrimoniale concordatario alla posizione del socio illimitatamente responsabile [in questo senso si vedano Cass., 3 aprile 1987, n. 3229, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 751 ss., con nota di G. LO CASCIO, *Concordato preventivo e soci illimitatamente responsabili*; Cass., 1° luglio 1992, n. 8097, in *Fall.*, 1993, p. 27 ss.; Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, in *Fall.*, 2002, p. 621 ss., con nota di L. PANZANI, *Ammissibilità al concordato preventivo dei soci illimitatamente responsabili*, il quale, pur avendo sottolineato che «il principio dell'assoggettabilità al concordato dei soci non è (...) sancito espressamente», ne auspicava il superamento da parte del legislatore; da ultimo, cfr. Cass., 26 marzo 2010, n. 7273, in *Fall.*, 2010, p. 649 ss.]. A tali conclusioni della giurisprudenza hanno aderito in dottrina, *ex multis*, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 227 ss.; S. PACCHI, *Commento all'art. 184*, in *Commentario Jorio*, vol. II, 2007, p. 2593 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in *Commentario Panzani*, V, 2000, p. 89.

(14) Cfr., *ex multis*, Cass., 28 maggio 1991, n. 6028, in *Fall.*, 1991, p. 1146 ss.; Cass., 6 novembre 1985, n. 5394, in *Fall.*, 1986, p. 4987 ss.; Cass., 12 aprile 1984, n. 2359, in *Fall.*, 1984, p. 1025 ss. In una prospettiva esegetica ancorata al testo della legge, si è per contro enfatizzata la portata dell'art. 184 l.f. nella parte in cui dispone l'efficacia del concordato sociale anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, suggerendo al contempo una interpretazione analogica delle norme sull'estensione del fallimento e del concordato fallimentare (e cioè gli artt. 147 e 154 l.f.) per estenderne la portata applicativa anche al concordato preventivo (cfr. le sentenze citate *supra* alla nota 13). Ma tali argomenti sono stati puntualmente ed efficacemente contestati, segnalandosi non solo l'eccezionalità di queste ultime disposizioni – non suscettibili di una applicazione oltre i confini delle procedure cui le stesse si riferiscono –, ma anche la limitazione dell'efficacia del concordato societario verso i soci illimitatamente responsabili alla liberazione di questi dai debiti sociali in rapporto alla percentuale

Tali conclusioni sono poi suffragate dalla carenza *in parte qua* di una disciplina specifica. Il silenzio della legge sul punto – lungi dal rappresentare un vuoto normativo – costituisce infatti un'implicita (ma evidente) conferma dell'estraneità dei soci illimitatamente responsabili (e del loro patrimonio personale) alla procedura concordataria; e ciò appare ben evidente se solo si considerano le gravi implicazioni che verrebbero altrimenti a determinarsi a seguito della partecipazione del socio alla procedura, per effetto non solo della mancanza di una regolamentazione del concorso tra i creditori sociali e quelli personali dei soci, ma anche della ipotetica soggezione della minoranza dissenziente dei creditori particolari al piano concordatario (approvato alla stregua delle maggioranze *ex art. 177 l.f.*) in assenza di una disposizione specifica che legittimi una tale compressione dei diritti disponibili dei creditori dissenzienti (15).

A ciò si aggiunga poi che i beni personali del socio (anche) illimitatamente responsabile costituiscono la garanzia patrimoniale per i suoi creditori personali, i quali possono, dunque, avvalersene mediante l'esperimento di iniziative esecutive individuali, come risulta evidente se solo si considera che i creditori personali del socio, non essendo chiamati all'approvazione del concordato sociale, non sono neppure soggetti al divieto di cui all'art. 168 l.f., la cui disposizione sancisce, del resto, una conseguenza che, al pari di ogni altro effetto scaturente dall'ammissione al concordato (*ex artt. 167-169 l.f.*), si riflette anche nei confronti del debitore ammesso e, dunque, della sola società (16).

In definitiva, se nel fallimento la responsabilità illimitata del socio rappresenta per legge la garanzia dei creditori sociali per il soddisfacimento delle proprie pretese, giustificandosi così un'estensione nei loro riguardi (degli effetti) della declaratoria di insolvenza emessa nei confronti della società di persone, ciò non può valere nelle altre procedure concorsuali (e, dunque, neppure nel concordato preventivo), ove è preclusa dalla legge una simile espansione degli effetti dell'ammissione alla procedura, vigendo peraltro regole e principi differenti ispirati – nel caso del concordato – al superamento della crisi imprenditoriale per il tramite di un accordo che coinvolga esclusivamente il debitore (*id est* la società) e i suoi creditori. Del resto, com'è stato puntualmente osservato, neppure l'innovazione apportata dalla riforma al contenuto della domanda di concordato, esteso ora alla indicazione del «valore dei beni e [de]i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili» (*ex art. 161, comma 2, lett. d, l.f.*), non

concordataria (in questo senso, cfr. specialmente la citata Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, p. 621 ss.).

(15) Né si potrebbe sostenere *sic et simpliciter* un'estensione applicativa delle norme sul concordato – modellate dai *conditores* sulla *fi gura* dell'imprenditore individuale – all'accordo promosso dalla società insieme ai soci illimitatamente responsabili, atteso che una tale situazione non è stata di certo ignorata dal legislatore, il quale vi ha dedicato anzi una specifica regolamentazione con riguardo sia alla proposizione della domanda sociale di ammissione al concordato (si veda, in particolare, l'art. 161, comma 4, l.f.) sia alla ricordata estensione ai soci dell'efficacia remissoria dei debiti sociali per effetto del concordato.

(16) Come si è puntualmente segnalato in giurisprudenza (si veda, in proposito, la citata Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, p. 621 ss.), le conseguenze negative derivanti dalla esclusione del patrimonio personale del socio illimitatamente responsabile dal piano concordatario sociale (con riferimento sia alle iniziative esecutive dei creditori individuali sia agli atti dispositivi del socio), se non possono indurre a mutare opinione in merito alla destinazione di tale patrimonio, possono tuttavia essere attenuate o, addirittura, prevenute dalla scelta dei soci di rinunciare pattiziamente all'efficacia remissoria del concordato sociale nei loro confronti ai sensi dell'art. 184, comma 2, l.f. ovvero – come si dirà più oltre nel testo – integrando il piano concordatario sociale con la costituzione di una garanzia personale aggiuntiva fondata sulla destinazione (di tutto o parte) del proprio patrimonio personale all'adempimento delle obbligazioni sociali.

può legittimare una lettura differente della questione in esame, atteso che il riformatore, lungi dal voler estendere l'ambito «oggettivo» del concordato al patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, ha inteso far conoscere ai creditori sociali l'esistenza di risorse aggiuntive (rispetto al patrimonio sociale), fruibili dagli stessi solo in caso di sopravvenuto fallimento della società (17).

L'esclusione del patrimonio personale del socio illimitatamente responsabile dal concordato della società induce, pertanto, alla conclusione – di rilevantissima importanza pratica – secondo cui gli atti dispositivi compiuti individualmente dal socio sui propri beni sono sottratti al regime dell'inefficacia relativa sancito dalla norma in commento per le ipotesi di straordinaria amministrazione (non autorizzata dal giudice delegato) (18).

Non meno suggestiva di quella ora tratteggiata e oggetto anch'essa di raffinate discussioni dottrinali (ma avara, per contro, di spunti giurisprudenziali) (19), è la questione concernente la praticabilità di una soluzione «concordata» della crisi aziendale ogni qualvolta al piano concordatario si accompagni la costituzione di un *trust* in forza del quale soggetti *diversi* dal debitore, facendosi garanti dell'adempimento del concordato, vincolino beni personali al soddisfacimento dei creditori imprenditoriali. Senza diffondersi nel merito della complessa problematica relativa alla ammissibilità nel nostro ordinamento dell'istituto del *trust* (20) – problematica che evidentemente trascende i limiti del presente commento – basterà qui rilevare come la «segregazione» del patrimonio del terzo per il soddisfacimento della massa dei creditori concorsuali, derogando al principio generale dell'art. 2740 c.c., sottragga i beni «segregati» alle azioni esecutive dei creditori (particolari) del terzo (21), vincolandoli – sotto

(17) In questo senso si è espresso G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 232.

(18) In particolare, a questa conclusione sono pervenute le citate Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, p. 623; Cass., 26 marzo 2010, n. 7273, p. 651.

(19) Un importante precedente è quello costituito dalla pronuncia del Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Fall.*, 2005, pp. 553 ss., con nota di L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, con cui è stata omologata la proposta di concordato preventivo nella quale, accanto alla cessione ai creditori dei beni della società concordataria, si era aggiunta l'offerta dei beni personali degli amministratori vincolati, mediante la costituzione di un *trust*, al soddisfacimento dei soli creditori sociali. Più recentemente, cfr. anche Trib. Napoli, 19 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 325 ss., con nota di G. LO CASCIO, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*.

(20) La possibilità di istituire un *trust* nell'ordinamento italiano appare pienamente legittimata in seguito al recepimento da parte della l. 16 ottobre 1989, n. 364 della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985, la quale, consentendo di fatto ai Paesi aderenti di istituire dei *trust*, ne ha individuato la legge regolatrice in quella di un Paese che preveda nel proprio ordinamento tale istituto e ne appresti una specifica regolamentazione. Sebbene un'opinione non sia del tutto pacifica, in giurisprudenza si ammette (soprattutto dopo l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.: si veda Trib. Modena, 11 dicembre 2008, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1256 ss.) l'istituzione di un *trust* i cui elementi costitutivi siano interamente connessi con l'ordinamento nazionale dello Stato contraente, ad eccezione della legge regolatrice, che è scelta dai contraenti o è stabilita dalla Convenzione ai sensi degli artt. 6 e 7 (cfr., *ex multis*, Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1295 ss. e Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Not.*, 2002, p. 383 ss.; *contra*, invece, Trib. Firenze, 5 giugno 2002, in *Toscana giur.*, 2003, p. 17 ss.).

(21) La sottrazione del patrimonio costituito in *trust* alle azioni esecutive individuali dei creditori – come pure alle iniziative cautelari, all'iscrizione delle ipoteche giudiziali, ecc. – costituisce un approdo largamente condiviso tra gli interpreti alla luce dei caratteri che contraddistinguono da sempre l'istituto *de quo*: così come è preclusa ai creditori personali del *trustee* la possibilità di soddisfarsi sui beni «segregati» (di cui il *trustee* acquista, infatti, una proprietà vincolata al soddisfacimento degli scopi del *trust*), è escluso che i creditori del *settlor* (che non si sia riservato diritti di ingerenza sul patrimonio «segregato») possano soddisfarsi *in executivis* (o, comunque, avanzare pretese) sui beni che sono stati da quest'ultimo conferiti in *trust*, i quali restano soggetti alla proprietà vincolata del *trustee* (per una puntuale esposizione

l'amministrazione del *trustee* – alla realizzazione delle pretese creditorie fatte valere nei confronti dell'imprenditore.

Il vincolo di «segregazione» dei beni – connaturato alla costituzione del *trust* – supplisce dunque all'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 168 l.f. per i creditori personali del terzo (e, quindi, alla sostanziale *vanificazione* del vincolo di destinazione dei suoi beni a fungere da garanzia per l'adempimento del piano concordatario) in tutti i casi in cui il promittente si sia impegnato a mettere a disposizione dei creditori concorsuali i propri beni personali mediante (non già la costituzione di un *trust*, bensì attraverso) la concessione sugli stessi una garanzia reale (c.d. concordato misto) (22).

Ne consegue che, trattandosi di un complesso di beni estraneo alla sfera patrimoniale del debitore, in relazione al medesimo non potrà trovare applicazione la previsione dell'art. 167 l.f. e la sua amministrazione non necessiterà di autorizzazioni in ordine al compimento degli atti di straordinaria amministrazione né esigerà la sottoposizione della sua gestione ordinaria alla vigilanza del commissario giudiziale: del resto, la nomina a *trustee* del commissario giudiziale o, comunque, di un soggetto terzo indicato dagli organi della procedura (23) assicura *ex se* un effettivo adempimento delle

dei principi generali in rapporto alla procedura concordataria, si vedano: G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fall.*, 2007, p. 245 ss.; F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, in A. DIMUNDO – F. FIMMANÒ, *Profilo del trust nelle procedure concorsuali*, in *Fall. - Gli speciali*, 2010, p. 23 ss.).

(22) La possibilità che un terzo (non vincolato alla procedura) si impegni a garantire con i propri beni personali l'adempimento del concordato senza ricorrere alla costituzione di un *trust* ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale con riferimento alla agredibilità o meno di tali beni da parte dei creditori del terzo [e ciò risulta particolarmente evidente se solo si considera che la prestazione di garanzie reali (ma anche personali) si è sempre rivelata funzionale – nel vigore della precedente disciplina – all'opportunità di colmare la differenza intercorrente tra il presumibile valore di realizzo dei beni ceduti dal debitore e la «percentuale» minima richiesta *olim* dalla legge ovvero, in ogni caso (e, quindi, anche a seguito della riforma), a rendere la proposta concordataria *plus alléchante* rispetto al fallimento (si veda Cass., 11 aprile 1989, n. 1737, in *Fall.*, 1989, p. 901 ss.)]. In proposito, va segnalata anzitutto l'opinione favorevole ad ammettere la praticabilità *in parte qua* degli strumenti esecutivi individuali da parte dei creditori personali del terzo, sottolineandosi l'esigenza di conservare integro il patrimonio debitorio nella prospettiva di uno sviluppo negativo della procedura concordataria [cfr., in proposito, L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, p. 556, nonché, in giurisprudenza, Cass., 8 luglio 1998, n. 6671, in *Fall.*, 1999, p. 406 ss., con nota di G. LO CASCIO, *Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo*, la quale ha escluso l'applicabilità del divieto di cui all'art. 168 nei confronti del «creditore pignoratizio del terzo che abbia, in luogo del debitore insolvente, offerto in cessione i propri beni (tra cui quello oggetto di pegno) in funzione di adempimento del concordato»]. Di diverso avviso si è mostrata, invece, un'altra parte della dottrina, la quale ha escluso ogni possibilità di sottrarre i beni del terzo alle iniziative individuali dei creditori sino all'omologazione del concordato, la cui efficacia – una volta passata in giudicato la decisione del tribunale – opererebbe tuttavia anche nei confronti del terzo e dei suoi creditori in virtù della natura pubblicistica del procedimento (si veda G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 304 ss.; cfr. anche la risalente Cass., 11 maggio 1978, n. 2295, in *Giust. civ.*, *Mass.* 1978, p. 936).

(23) Talvolta in giurisprudenza si è affermato che la qualifica di *trustee* dovrebbe essere assegnata al commissario giudiziale, sostenendosi che in tal modo verrebbero garantite alla procedura «non solo la segregazione del patrimonio dedotto ma altresì la devoluzione delle somme ricavate dalla sua alienazione alla massa dei creditori» (Trib. Parma, 3 marzo 2005, p. 554); malgrado ciò, appare preferibile concludere nel senso fatto proprio da un'altra parte della giurisprudenza secondo la quale l'incarico di *trustee* deve essere affidato – per effetto di un atto di nomina di competenza del tribunale fallimentare – ad un soggetto terzo, atteso che l'ufficio di vigilanza assegnato dalla legge al commissario giudiziale rende quest'ultimo titolare di un interesse configgente con quello sotteso alla gestione del *trust* ed alla conservazione del vincolo di destinazione assegnato dal *settlor* al patrimonio amministrato (Trib. Napoli, 19 novembre 2008, p. 325 ss.; in questo senso anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, p. 251).

finalità per le quali il *trust* è stato costituito. La paralisi delle azioni esecutive individuali non pregiudica, com'è naturale, le iniziative che i creditori personali del terzo intendano promuovere a tutela dei diritti anteriori alla costituzione del *trust*, sia mediante l'esperimento dell'azione revocatoria (ordinaria o fallimentare) sia mediante la declaratoria di nullità dell'atto costitutivo del *trust*.

2.1. Gli effetti dell'ammissione al concordato preventivo nei confronti del debitore. Premessa – I principali effetti dell'ammissione alla procedura concordataria si riversano, come detto, sul patrimonio dell'imprenditore e si manifestano, in particolare, attraverso la *soggezione* dell'amministrazione patrimoniale e dell'esercizio imprenditoriale alla vigilanza dell'organo commissariale della procedura, nonché mediante il *conseguimento* di una specifica autorizzazione del giudice delegato per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

Le conseguenze di un'indebita sottrazione del patrimonio imprenditoriale (*rectius* della sua amministrazione e disposizione) al regime tracciato nell'art. 167 l.f. si misurano, dunque, in termini di *inefficacia* dell'atto gestorio o dispositivo nei confronti dei creditori concorsuali. La condizione di inopponibilità di qualsiasi effetto dispositivo conseguente all'illegittima attività negoziale del debitore definisce, pertanto, l'esatto ambito di applicabilità della disposizione in commento, incidendo direttamente sul rapporto tra il debitore ed i propri creditori, senza pregiudicare la *validità* dell'atto tra le parti contraenti.

In questa prospettiva, allora, l'esame degli effetti dell'ammissione al concordato non può eludere, anzitutto, l'analisi delle problematiche sottese alla individuazione dei limiti al c.d. spossessamento attenuato e dei poteri (vecchi e nuovi) riservati dalla legge agli organi giurisdizionali.

2.2. I limiti ai poteri amministrativi del debitore concordatario: profili sostanziali e processuali – L'ammissione del debitore al concordato preventivo incide, anzitutto, sulla sua *libertà* gestoria e imprenditoriale, e ciò in quanto il debitore è chiamato dalla legge ad amministrare i propri beni e ad esercitare l'impresa non solo «sotto la vigilanza del commissario giudiziale», ma anche (e soprattutto) al fine di conservare integre le ragioni creditorie (e, infatti, è proprio a tutela di una simile esigenza che – come si dirà – il legislatore ha previsto e conservato sia il potere commissariale di vigilanza sia quello autorizzatorio del giudice delegato), consentendo così la completa esecuzione del piano di concordato ed il superamento della situazione di crisi.

In un simile contesto, si comprende allora come la ricordata soppressione del generale potere direttivo della procedura, spettante *olim* al giudice delegato, assuma una rilevanza alquanto limitata in relazione alla definizione dei confini dello spossessamento debitorio, atteso che – come si è illustrato in apertura – il legislatore, se sembra oggi assegnare all'imprenditore concordatario una maggiore libertà d'azione rispetto al passato sottoponendo l'iniziativa gestoria ordinaria al solo controllo da parte del commissario giudiziale, non ha comunque rinunciato alla predisposizione di una efficace ed incisiva tutela degli interessi creditori, realizzata anzitutto per il tramite della stessa vigilanza commissariale e dell'autorizzazione giudiziale al compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

Si consideri, poi, che la soppressione del potere direttivo della procedura in capo al giudice delegato non esime il debitore dal rispetto delle «direttive» imposte dalla

legge al proprio operato, le quali si ricavano – anche per via interpretativa – da varie disposizioni della legge fallimentare: anzitutto, la stessa norma in esame impone all'imprenditore di provvedere durante la procedura ad una amministrazione *oculata e prudente* del proprio patrimonio, rispettosa delle pretese creditorie ed idonea a consentirne il pieno soddisfacimento attraverso l'esecuzione del piano concordatario approvato dai creditori ed omologato dal tribunale; la previsione dell'art. 168 l.f., poi, vietando le iniziative esecutive individuali dei creditori sul patrimonio concordatario, preclude all'imprenditore il compimento di atti *elusivi* della *par condicio creditorum*, quale regola applicabile – seppure in termini meno rigorosi che nel fallimento – anche nel corso della procedura concordataria; alla stregua dell'art. 173 l.f., infine, sono impediti al debitore atti *fraudolenti* o, comunque, diretti a sottrarre artatamente – mediante depauperamenti ingiustificati o non autorizzati del patrimonio concordatario, simulazioni, occultamenti ed, in genere, atti illegittimi – le risorse necessarie per dare esecuzione al piano di concordato e non incorrere nella eventuale dichiarazione di fallimento.

Del resto, è sempre stata oggetto di annosi dibattiti anche l'individuazione dell'esatta estensione dei poteri direttivi riconosciuti al giudice delegato dalla previgente disposizione dell'art. 167, atteso che, accanto ad interpretazioni che ne avvilivano o, viceversa, ne accentuavano eccessivamente la rilevanza, si sono venute affermando letture delle prerogative giudiziali *in parte qua* assai più rigorose e sistematicamente coerenti. In sintesi, basterà qui segnalare che non sono mancati né coloro che hanno eccessivamente *compresso* l'importanza della direzione giudiziale, riconoscendo all'intervento del giudice delegato un ambito applicativo limitato al solo operato del commissario giudiziale, né coloro che, per contro, ne hanno *ampliato* oltre misura la portata applicativa, sostenendo che ogni potere deliberativo in ordine agli atti gestori del patrimonio imprenditoriale e alle scelte aziendali spettasse al giudice delegato residuando in capo al debitore funzioni meramente esecutive (di tali direttive) (24). Una soluzione che ha saputo, invece, raccogliere i favori di un'ampia parte della dottrina per il suo maggiore equilibrio rispetto alle tesi suesposte è quella che ha inteso scorgere nella direzione del giudice delegato i lineamenti di un potere limitativo dell'autonomia imprenditoriale con riguardo soltanto all'*indirizzo* assegnato all'esercizio dell'attività commerciale (in generale o con specifico riferimento al compimento di determinati atti), affinché la stessa risultasse conforme alle finalità previste dalla legge per l'intera procedura concordataria (25).

(24) Sebbene il panorama dottrinale sul punto si presentasse estremamente variegato nelle opinioni espresse e nelle prospettive di indagine di volta in volta seguite, in questa sede ci si limiterà a segnalare brevemente i contributi dei principali esponenti dei due schieramenti ermeneutici, attesa anche la sostanziale irrilevanza della questione alla stregua della legislazione vigente: orbene, hanno sostenuto una lettura particolarmente rigorosa della norma in esame, così come sancita nella disciplina del 1942 sia C. MARTINO, *In tema di concordato preventivo*, Torino, 1952, p. 23 sia S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 453, nota 11 (secondo cui la direzione del giudice delegato avrebbe avuto una rilevanza «più che altro interna e di carattere processuale»); per contro, è stato M. VASELLI, voce *Concordato preventivo*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 512 a sostenere un'interpretazione estensiva del potere assegnato *olim* al giudice delegato, affermando in particolare che sarebbe spettato all'organo giurisdizionale un vero e proprio potere deliberativo di tutte le scelte amministrative e gestorie dell'imprenditore, il cui ruolo sarebbe stato dunque relegato a quello di un mero esecutore di decisioni altrui (per maggiori riferimenti, si veda anche A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 194-195).

(25) L'opinione è stata espressa, in particolare, da A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, p. 160. In proposito, giova altresì ricordare il dibattito insorto in dottrina attorno agli effetti di una (intenzionale e sistematica) violazione di tali direttive da parte dell'imprenditore concordatario,

Ciò posto e tornando ora all'analisi della disposizione vigente dell'art. 167, va poi rilevato che, accanto alle generali prescrizioni di legge, a presidio dell'attività gestoria ordinaria svolta dall'imprenditore residua oggi la sola «vigilanza» del commissario giudiziale, funzionale ad un controllo sulla regolarità della gestione e sul perseguimento di finalità conservative (*id est* non depauperative o ingiustificatamente onerose) del patrimonio debitorio. Pare qui opportuno sottolineare che l'attività del commissario giudiziale si esplica essenzialmente nell'esercizio di poteri *ispettivi* e di *controllo* sulla corretta amministrazione (ordinaria e straordinaria) dei propri beni e del complesso aziendale da parte del debitore, in funzione non solo della salvaguardia degli interessi del ceto creditorio, ma anche della prevenzione di comportamenti dell'imprenditore distrattivi o colpevolmente dilapidatori del patrimonio concordatario (26). Va poi aggiunto che, sebbene in passato l'esigenza di tutela degli interessi creditori avesse indotto una parte della dottrina a sostenere che il potere di vigilanza del commissario giudiziale potesse esplicitarsi anche nell'imposizione di un vero e proprio divieto al compimento di determinati atti gestori da parte dell'imprenditore (27), non si è per contro dubitato che la mancanza di una previsione espressa di legge *in parte qua* – tanto più necessaria se si considera la profonda incidenza che un simile intervento esplicherebbe sull'operato del debitore – avrebbe dovuto indurre ad escludere la sussistenza di qualsiasi potere di veto in favore del commissario giudiziale; ad una simile conclusione – si è osservato – avrebbe dovuto condurre anche la sostanziale incongruenza che, nel vigore della disciplina previgente, l'opposizione di un simile divieto da parte del commissario giudiziale avrebbe determinato se raffrontato con

doendosi ricordare che, mentre talvolta si è sostenuto che un simile comportamento avrebbe determinato (non già l'inefficacia dell'atto, bensì) l'ingresso dell'imprenditore nella procedura fallimentare (sussistendone – s'intende – i relativi presupposti di legge), altre volte si è affermato che – in analogia con quanto previsto *olim* dall'art. 25 l.f. – l'inosservanza del potere direttivo del giudice delegato avrebbe inciso necessariamente sugli effetti dell'atto imprenditoriale, precludendone *in toto* la produzione (così, in specie, L. PAZZAGLIA, *L'amministrazione controllata: natura giuridica ed effetti*, Milano, 1957, p. 76 ss.). Potendosi solo accennare in questa sede alla complessa questione – ricca di riflessi, come si vedrà *infra* nel testo, anche con riferimento alla disciplina vigente (in rapporto soprattutto alla violazione, da parte dell'imprenditore, delle direttive imposte dalla legge alla propria attività amministrativa) – vi è da rilevare come un approccio eccessivamente rigoroso *in parte qua* non potesse conciliarsi con la lettera della legge che non ha mai ricollegato alcuna conseguenza sul piano degli *effetti* dell'atto alla violazione delle direttive del giudice delegato, potendosi derivare dalla stessa – ove posta in essere sulla base di una serie di comportamenti sistematici e ripetuti nel tempo – soltanto l'eventuale declaratoria di fallimento ai sensi dell'art. 173 l.f.

(26) La titolarità di poteri ispettivi in capo al commissario giudiziale è riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza sin dal vigore della legge fallimentare del 1942 (già G. BONELLI, *Del fallimento*, vol. III, Milano, 1939, p. 498 ss. assegnava al commissario giudiziale l'obbligo di ispezionare i «libri di commercio» e di «conferire» periodicamente con il debitore concordatario; nello stesso senso, si vedano anche A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, p. 160, che ne trae la conseguenza per il debitore della perdita del beneficio del «segreto» sui propri atti dispositivi; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, pp. 199-200; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, pp. 136-137; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 273). In particolare, si è poi sottolineato (e l'opinione non può che essere condivisa) come nell'ambito dell'attività ispettiva svolta dal commissario giudiziale rientri anche quella consistente nella richiesta di esibizione delle scritture contabili e della documentazione relativa alla gestione dell'impresa (cfr. M.M. GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, pp. 1648-1649).

(27) L'opinione, introdotta nel dibattito dottrinale dei primi decenni del Novecento da G. BONELLI, *Del fallimento*, vol. III, p. 499, è stata per lungo tempo condivisa da un'autorevole dottrina: cfr., in particolare, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2250 ss. e P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, p. 664.

l'assegnazione al giudice delegato del potere direttivo dell'intera procedura (28). La conclusione merita naturalmente di essere condivisa anche dopo l'intervenuta abrogazione di tale potere direttivo dal novero delle prerogative spettanti al giudice delegato, atteso che le recenti riforme non solo non hanno inteso assegnare *ex novo* una simile funzione al commissario giudiziale, ma nemmeno hanno inciso sulla titolarità in capo al giudice delegato del potere di controllo degli atti del commissario giudiziale previsto dal combinato disposto degli artt. 165 e 36 l.f. né sulla conseguente posizione di subordinazione che il commissario viene a rivestire rispetto all'organo giudiziale, rendendo così incompatibile sia sul piano teorico che su quello pratico la compresenza di un simile potere con quello (ipotetico) del commissario giudiziale di vietare all'imprenditore il compimento di determinati atti di ordinaria amministrazione (29).

Si è lungamente discusso in dottrina anche in ordine alle *conseguenze* scaturenti da una gestione ordinaria del patrimonio concordatario che si riveli irrispettosa delle indicazioni impartite dal commissario giudiziale nell'esercizio del proprio potere di vigilanza. Talvolta, sul presupposto che la volontà dispositiva del patrimonio concordatario si determinerebbe per la fusione della volontà del debitore con quella dell'organo concorsuale – cumulativamente legittimati al compimento del negozio – si è sostenuto che l'atto posto in essere dall'imprenditore non potrebbe produrre effetti sul patrimonio concordatario in quanto concluso da soggetto privo della necessaria legittimazione (30). Più opportunamente si è, però, sottolineato che nel silenzio della legge sul punto non può ritenersi che l'elusione delle indicazioni del commissario giudiziale possa incidere sul piano degli effetti dell'atto nei confronti dei terzi (ed, in particolare, dei creditori), atteso che l'assegnazione al commissario giudiziale del potere di segnalare al tribunale le eventuali cause di dissesto patrimoniale del debitore – idonee a suscitare (nel concorso degli altri presupposti di legge) la declaratoria del suo fallimento *ex art. 173 l.f.* – costituisce già la severa conseguenza dell'inosservanza *sistematica* (delle direttive imposte dalla legge e) delle indicazioni offerte dal commissario giudiziale per il corretto svolgimento dell'attività amministrativa del patrimonio concordatario (31).

(28) L'obiezione è stata sollevata, in particolare, da A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 136 ss.

(29) L'argomento è stato puntualmente esposto – nella vigenza della legge fallimentare del 1942 – da A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 136 ss. e da A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 200-201. L'opinione è oggi accolta dalla dottrina assolutamente prevalente: si veda, per tutti, M.M. GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, p. 1648.

(30) L'opinione è stata sostenuta – alla luce della particolare ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra debitore e organi concorsuali nella procedura concordataria (cfr. *supra* la nota 11) – da A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, p. 139 ss. Una parziale adesione a tale impostazione è stata espressa anche da A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 201-202, secondo cui una simile prospettazione sarebbe «probabilmente da adattarsi soltanto agli atti di straordinaria amministrazione»: l'Autore ha mosso, tuttavia, severe critiche all'impostazione esposta nel testo sostenendo in particolare che, sanzionando con l'inefficacia gli atti di ordinaria amministrazione posti in essere dal debitore in spregio ai controlli del commissario giudiziale, non solo si ignorerebbe ingiustificatamente il silenzio serbato dalla legge sul punto (senza possibilità di argomentazioni analogiche *ex artt. 167, comma 2 e 173, comma 2, l.f.*), ma si determinerebbe altresì un «appesantimento eccessivo della gestione dell'impresa, che sarebbe causato dalla necessità di comunicare previamente tutti gli atti al commissario giudiziale» (in questi termini si veda già A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 139 ss.).

(31) In questi termini si esprime la dottrina prevalente: si vedano, in particolare, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 201 (per l'analisi della posizione dell'Autore, cfr. anche la precedente nota 30); P.F. CENSONI, *Commento all'art. 167*, in *Commentario Jorio*, vol. II, 2007, p. 2410

L'amministrazione ordinaria del patrimonio concordatario comporta sovente l'assunzione di *obbligazioni* da parte dell'imprenditore, in quanto funzionali alla conservazione ed al miglioramento del complesso di beni facenti capo all'impresa: mentre, infatti, l'assunzione di obbligazioni relativamente ad atti di straordinaria amministrazione esige – come si vedrà – la prescritta autorizzazione da parte del giudice delegato, ogni qualvolta l'assunzione di obbligazioni inerisca, invece, al compimento di atti di ordinaria amministrazione è necessaria la sola osservanza delle indicazioni impartite dal commissario giudiziale.

L'adempimento delle obbligazioni contratte dal debitore successivamente all'apertura della procedura rappresenta, dunque, una delle più frequenti e significative espressioni del potere di ordinaria amministrazione proclamato dall'art. 167, comma 1, l.f., tanto che da tempo si agita in dottrina ed in giurisprudenza un ampio dibattito in ordine alla *prededucibilità* di tali crediti nell'ambito del fallimento conseguente alla revoca della procedura concordataria. In particolare, nel vigore della legge fallimentare del 1942 la prevalente giurisprudenza ha sempre escluso che il carattere eccezionale dell'originario art. 111, comma 1, n. 1, l.f. potesse consentire una generica estensione applicativa del principio derogatorio della *par condicio creditorum* (ivi contemplato) oltre il caso del pagamento in prededuzione «delle spese (...) e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa»; ciò che ha condotto la giurisprudenza a rifiutare la possibilità di un soddisfacimento nei confronti della massa per i crediti sorti nel corso di una procedura come il concordato preventivo, nella quale la funzione liquidatoria appariva prevalente rispetto a quella conservativa e continuativa dell'impresa (32). Il rigore di una simile argomentazione

ss.; F.S. FILOCAMO, *Commento all'art. 167*, in *Commentario Ferro*, 2007, p. 1253; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 448. In giurisprudenza, si veda, in particolare, Cass., 1° giugno 1999, n. 5306, in *Fall.*, 2000, p. 486 ss., secondo cui, «salva la presenza della direzione del giudice delegato e della vigilanza del commissario giudiziale, e l'esigenza dell'autorizzazione del primo per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (...), i limiti alla generale opponibilità, ai creditori, degli atti compiuti sul patrimonio sono *solo quelli previsti dalla legge*, e – cioè – dagli artt. 167 e 168 l.f.» (il corsivo è nostro). Sull'applicabilità dell'art. 173 l.f. nell'ipotesi di elusione sistematica del controllo commissariale da parte dell'imprenditore (un'applicabilità giustificata dal fatto che una simile condotta impedisce all'organo giurisdizionale di valutare la perdurante fattibilità del piano concordatario) si veda Trib. Roma, 30 marzo 1985, in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 174.

(32) In tal senso si vedano, *ex multis*, Cass., 14 febbraio 2006, n. 3156, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 269 ss., con nota di F. MONTALDO, *Conseguenze di procedura e compenso del curatore fallimentare, già commissario giudiziale*, secondo la quale nemmeno il ricorso al principio dell'unitarietà delle procedure concorsuali succedutesi senza alcuna soluzione di continuità avrebbe consentito all'interprete di estendere la portata applicativa dell'art. 111 l.f. oltre i confini della procedura fallimentare (solo la finalità recuperatoria sottesa alla procedura di amministrazione controllata avrebbe consentito – secondo la Corte – una legittima applicazione della norma citata a quest'ultima procedura); Cass., 14 luglio 1997, n. 6352, in *Fall.*, 1998, p. 177 ss.; Cass., 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fall.*, 1992, p. 1027 ss.; Cass., 5 maggio 1988, n. 3325, in *Fall.*, 1988, p. 967 ss.; Cass., 3 ottobre 1983, n. 5753, in *Fall.*, 1984, p. 691, con nota di F. CIAMPI, *Liquidazione dei compensi del concordato preventivo e collocazione nel conseguente fallimento*; Cass., 19 agosto 1983, n. 5402, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2748 ss.; Cass., 28 ottobre 1976, n. 3943, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 141 ss., con nota di G. LO CASCIO, *Ancora sulla prededuzione: nuove incertezze nella giurisprudenza* (secondo quest'ultima pronuncia, in particolare, l'impossibilità di attribuire un carattere prededucibile ai crediti sorti nel corso del concordato deriverebbe altresì dalla natura «attenuata» dello spossessamento debitorio e dalla conseguente impossibilità di riferire il lato passivo del rapporto obbligatorio agli organi della procedura). In senso contrario, però, si è espressa un'ampia parte della giurisprudenza di merito, che ha riconosciuto il carattere prededucibile dei crediti sorti durante la procedura concordataria: App. Roma, 31 marzo 1995, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 625 ss.;

non ha impedito, tuttavia, di riconoscere che l'operato del commissario giudiziale e dell'organo liquidatore (in caso di cessione dei beni) si pone naturalmente al servizio degli interessi della massa, secondo le finalità – per lo più liquidatorie – che sono comuni anche alla procedura fallimentare, con la conseguenza che i crediti relativi alle spese degli uffici concordatari, come pure – più in generale – quelle funzionali alla continuazione dell'attività d'impresa, acquistano legittimamente il carattere della prededucibilità. La conclusione è stata ulteriormente sviluppata dai successivi arresti della giurisprudenza, essendosi sancita – in piena sintonia con l'opinione della dottrina maggioritaria – la compatibilità in concreto del concordato preventivo (*rectius* di qualsiasi tipo di concordato preventivo) con le finalità anche conservative (e non solo liquidatorie) della gestione del patrimonio imprenditoriale: ciò che ha pienamente legittimato, anche sotto questo ulteriore profilo, l'estensione applicativa dell'art. 111, n. 1, l.f. ai crediti concernenti le spese della procedura concordataria (ivi comprese quelle di gestione) conseguenti alla continuazione dell'esercizio imprenditoriale (33).

A seguito delle recenti modifiche della disciplina fallimentaristica introdotte dalle riforme del 2006 e del 2007, l'ampliamento dell'area della prededuzione *in parte qua* è stata definitivamente accolta nella legge positiva per il tramite dell'esplicita attribuzione del carattere prededucibile ai crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» (art. 111, comma 2, l.f.), prospettandosi così la possibilità di un *superamento* dell'opinione – poc'anzi ricordata –

App. Roma, 29 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 154 ss.; Trib. Roma, 4 febbraio 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2316 ss.; Trib. Verona, 30 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 289 ss.

(33) Sono espressione di questo indirizzo ermeneutico: Cass., 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fall.*, 1996, p. 529 ss., con nota di S. MARCHETTI, *Consecuzione di procedimenti e prededucibilità del credito*; Cass., 5 agosto 1996, n. 7140, in *Fall.*, 1997, p. 269 ss., con nota di M. FABIANI, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*; Cass., 12 marzo 1999, n. 2192, in *Fall.*, 2000, p. 370 ss., con nota di G. RAGO, *Prededucibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il fallimento*; Cass., 9 settembre 2002, n. 13056, in *Fall.*, 2003, p. 1145 ss., con nota di F. SIGNORELLI, *Natura del credito del mutuante per deposito delle spese di concordato*, secondo la quale l'attribuzione al credito di una natura prededucibile esige che le relative spese di procedura rivestano un carattere di *utilità* per la massa dei creditori. Più recentemente, cfr. invece Cass., 24 luglio 2007, n. 16387 e Cass., 25 luglio 2007, n. 16426, in *Fall.*, 2008, p. 431 ss., con nota di P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?* In dottrina, si vedano inoltre R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2164 ss.; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 287 ss.; F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988, p. 107 ss.; F. FERRARA jr - A. BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 700 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Procedure concorsuali «consecutive» e prededuzione*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 149 ss.; ma cfr. già G. LO CASCIO, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 347 ss., il quale precisa che sono prededucibili i soli crediti sorti anteriormente alla omologazione del concordato, osservando, in particolare, che la pronuncia del tribunale comporta inevitabilmente che il debitore riacquisisca la piena disponibilità dei suoi beni e dell'esercizio dell'impresa sottraendola al potere di vigilanza (e di direzione) degli organi concorsuali [*contra*, invece, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2263, secondo il quale anche i crediti sorti dopo l'omologazione devono ritenersi prededucibili; in questo senso cfr. anche G. RAGO, *Prededucibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il fallimento*, p. 378: l'Autore ritiene tuttavia che abbiano un carattere prededucibile i soli crediti sorti dopo l'omologazione del concordato, osservando, da un lato, che la procedura concordataria, essendo improntata – secondo la disciplina previgente – al principio della «invariabilità» della percentuale destinata ai creditori concordatari, sarebbe destinata ad avvantaggiare esclusivamente il debitore (con conseguente impossibilità di qualificare come «nell'interesse della massa» i crediti sorti nel corso della procedura) e, dall'altro lato, che i soli crediti posteriori all'omologazione potrebbero essere ricondotti all'operato di un organo della procedura (*id est* il liquidatore) e, pertanto, soddisfatti in deroga alle regole del concorso].

secondo cui il carattere prededucibile *ex art.* 111 l.f. spetterebbe solo «ai debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e delle gestione della procedura, nell'interesse dei creditori» (34). Va ribadito infatti che, accanto ai crediti sorti «in funzione» della procedura concordataria (quali sono, per l'appunto, quelli tradizionalmente qualificati come prededucibili anche dalla giurisprudenza), il legislatore qualifica oggi come prededucibili anche i crediti sorti soltanto «in occasione» del concordato, emancipando così definitivamente il carattere della prededucibilità del credito da quello della sua *utilità per la massa dei creditori* (35). Il superamento del binomio «crediti prededucibili-crediti strumentali alla procedura» ha consentito, pertanto, un ampliamento dell'ambito applicativo della prededucibilità particolarmente significativo *in parte qua*, atteso che la nuova formulazione dell'art. 111 l.f. sembra oggi legittimare la soddisfazione integrale e prioritaria (rispetto ai crediti concorsuali) anche per quelle pretese che, pur derivando da rapporti obbligatori privi di una fonte negoziale, siano comunque sorte per effetto di un atto o di un fatto verificatosi *nel corso ed in occasione* della procedura (come, ad esempio, il credito da risarcimento aquiliano per un fatto illecito posto in essere in connessione allo svolgimento della procedura).

Si tratta di una lettura della disciplina concordataria che è stata recentissimamente avallata dall'«ennesimo» intervento riformatore della legge fallimentare (il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 30 luglio 2010, n. 122), che ha introdotto nel *corpus* della legge un'esplicita previsione – l'art. 182-*quater* (al cui commento, in questa sede, non può che rinviarsi) – in virtù della quale sono ritenuti prededucibili i crediti derivanti da «finanziamenti effettuati (...) da banche ed intermediari finanziari» – ma non anche, come sarebbe stato forse opportuno, da imprese che forniscono beni e servizi non finanziari, altrettanto necessari all'esercizio dell'attività imprenditoriale quanto quelli di natura finanziaria – sia «in esecuzione di un concordato preventivo» (o di «un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato») (comma 1) sia «in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo» (o della «domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti») qualora i finanziamenti siano «previsti» dal piano concordatario (o dall'accordo *ex art.* 182-*bis* l.f.) (comma 2). In quest'ultima ipotesi, tuttavia, la possibilità di una soddisfazione prioritaria rispetto ai creditori concorsuali è subordinata ad una espressa disposizione del carattere prededucibile del credito da parte del tribunale contenuta o «nel provvedimento con cui (...) accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo» o nel decreto con cui dispone che «l'accordo sia omologato». In entrambi i casi si tratta di una scelta legislativa che, *prima facie*, sembra applicare dei principi (forse) eccessivamente rigorosi, se solo si considera che, alla luce del riformato art. 111, comma 2, l.f., appare tutt'altro che indispensabile un simile condizionamento della natura prededucibile del credito, così come non era apparsa convincente a suo tempo la scelta della giurisprudenza di condizionare il riconoscimento della natura prededucibile

(34) Le parole tra virgolette sono tratte da Cass., 24 luglio 2007, n. 16387, p. 433.

(35) In questo senso si sono espressi, in particolare, L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 286 ss.; G.B. NARDECCHIA, *L'art. 169 l.f. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, pp. 641-642; P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, p. 441.

all'accoglimento della domanda di concordato da parte del tribunale fallimentare (36).

Davvero innovativo appare, invece, il superamento dell'obbligo di postergazione (rispetto alla soddisfazione degli altri creditori) del «rimborso dei finanziamenti dei soci in favore della società» per azioni ai sensi dell'art. 2467 c.c. (e del rimborso dei «finanziamenti effettuati a favore della società [a responsabilità limitata] da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti» ai sensi dell'art. 2497-*quinquies* c.c.). Quella tracciata dal comma 3 del nuovo art. 182-*quater* l.f. rappresenta, dunque, la più chiara esortazione rivolta dal legislatore ai soci dell'impresa in crisi affinché prendano parte alla «ricapitalizzazione» della società in esecuzione del piano concordatario, beneficiando così del favore della prededuzione per un'amplissima parte («fi no a concorrenza dell'ottanta per cento») dell'ammontare del loro credito.

Non v'è dubbio, tuttavia, che quello ora richiamato sia solo il più recente degli interventi legislativi diretti a favorire la conclusione di soluzioni «extrafallimentari» per le situazioni di crisi in cui versò l'*impresa societaria*, atteso che il fondersi della riforma del diritto societario (*in primis* il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) con quella delle procedure concorsuali ha dato vita a nuove e complesse forme di «ristrutturazione»

(36) A seguito della ricordata riforma dell'art. 111 l.f., la giurisprudenza ha riconosciuto, ad esempio, la natura prededucibile del credito del professionista che, a vario titolo, avesse cooperato con l'imprenditore per ottenere il suo accesso alla procedura concordataria, superando così l'orientamento contrario manifestatosi nel vigore della legge fallimentare del 1942 attraverso la negazione del carattere prededucibile dei crediti sorti (anche in funzione della procedura) durante il concordato (cfr., in questo senso, Trib. Sulmona, 23 ottobre 2003, in *Fall.*, 2004, p. 805 ss.; con riferimento all'amministrazione controllata, si veda invece Cass., 16 maggio 1983, n. 3369, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 143 ss.). Tuttavia, la giurisprudenza più recente, anticipando gli ultimi approdi normativi, ha avuto occasione di sottolineare che requisito indispensabile per il riconoscimento della prededucibilità del credito (nel successivo fallimento) sarebbe l'effettiva ammissione del debitore alla procedura concordataria, atteso che solo «con l'ammissione la procedura di concordato è pendente a tutti gli effetti» (così Trib. Milano, 20 agosto 2009 e Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 1413 ss., con nota di L. BOGGIO, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*). La dottrina, invero, non ha mancato – condivisibilmente – di criticare un simile approccio argomentativo, osservando che i crediti sorti in relazione a servizi strumentali all'accesso del debitore alla procedura concordataria (come quelli di cui è titolare il professionista ogni qualvolta sia incaricato di predisporre la relazione ex art. 161, comma 3, l.f. ovvero di coadiuvare il debitore nella stesura e nella presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato) sono crediti sorti «in funzione» della procedura e, per ciò solo (*id est* a prescindere da qualunque vaglio giudiziario sulla ammissibilità del debitore alla procedura), sono da reputarsi prededucibili ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.f. (cfr. Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *Fall.*, 2008, p. 1209 ss., con nota di E. BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*). Subordinare il riconoscimento del carattere prededucibile all'ammissione al concordato appare, quindi, come un tentativo per reintrodurre nell'ordinamento quell'orientamento interpretativo che – come visto – si era affermato prima dell'entrata in vigore dell'odierno art. 111 subordinando la natura prededucibile del credito al carattere di utilità per la massa fallimentare delle relative spese (cfr., in particolare, L. BOGGIO, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, pp. 1425-1426). Anche in questo caso, però, il dibattito non sembra essere stato superato dalle recenti innovazioni legislative (almeno per quanto concerne il concordato preventivo), considerato che il comma 4 dell'art. 182-*quater* l.f. proclama ora la prededucibilità dei crediti spettanti, a titolo di compenso, al «professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-*bis*, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato» (ma, *prima facie*, non sembra illegittimo auspicare la formazione *in parte qua* di una prassi applicativa che estenda maggiormente il beneficio della prededuzione, applicandolo anche ai compensi degli altri professionisti chiamati a cooperare per l'ammissione del debitore alla procedura, ad esempio, predisponendo il piano di concordato e/o la domanda di ammissione alla procedura).

patrimoniale e finanziaria della società in condizioni di difficoltà economica. Non è certamente questa la sede per diffondersi nell'analisi dei complessi rapporti – ampiamente esaminati dalla dottrina (37) – tra lo svolgimento della procedura concordataria ed il compimento di quelle operazioni societarie che, alla luce della rinnovata disciplina codicistica, possono dirsi funzionali al recupero del perduto equilibrio patrimoniale e finanziario della società (favorendo sia la continuazione dell'attività imprenditoriale sia la massima valorizzazione dei beni e delle attività da liquidare) senza tuttavia pregiudicare gli interessi recuperatori dei creditori. Basterà qui ricordare come la varietà delle possibili soluzioni offerte dal nuovo art. 160, comma 1, lett. a, l.f. all'autonomia privata – aperta ora alla «ristrutturazione dei debiti e [al]la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma» – abbiano superato le anguste tipizzazioni del concordato preventivo contemplate dal precedente art. 160 nonché la soglia del limite minimo di soddisfazione per i creditori chirografari, assicurando così all'impresa la possibilità di fronteggiare la situazione di crisi attraverso il ricorso a più efficaci operazioni finanziarie: «dalla rinegoziazione dei debiti, anche mediante emissione di obbligazioni (ordinarie o convertibili) e di altri strumenti finanziari, alla ricapitalizzazione della società ad opera dei soci e/o di terzi, alla conversione dei debiti in capitale mediante sottoscrizione riservata ai creditori (o a società da questi partecipate), alla fusione con altra società dotata di adeguati mezzi patrimoniali e finanziari, allo scorporo di azienda e alla scissione finalizzati alla costituzione di nuove società o al trasferimento delle attività e del patrimonio per gli scopi del concordato» (38).

Oltre che sul piano delle iniziative negoziali, gli effetti dello spossamento attenuato – dalla vigilanza del commissario giudiziale all'autorizzazione del giudice delegato – incidono altresì sul piano delle *iniziative processuali* azionabili dal debitore a salvaguardia del proprio patrimonio e della propria impresa. E ciò in quanto la *difesa* o la *conservazione* degli effetti conseguiti dal debitore nell'esercizio della propria autonomia gestoria sono anch'esse espressione del potere di *amministrare* il patrimonio concordatario, e lo sono quand'anche impongano – come accade frequentemente – l'attivazione di una *tutela giurisdizionale*. Di guisa che, se non vi è legittimazione processuale surrogatoria in capo agli organi della procedura (spettando al debitore ogni iniziativa concernente il patrimonio concordatario), non appare affatto illogico pensare alla legittimità di un intervento di controllo da parte del commissario giudiziale (sotto la cui vigilanza, del resto, il debitore è chiamato a svolgere in tutte le sue declinazioni, anche processuali, l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa). Così come appare ragionevole richiamarsi alla legittimità di un intervento autorizzatorio del giudice delegato in ordine alla promozione, da parte del debitore, di quelle iniziative processuali che mirano ad ottenere la produzione di effetti equivalenti a quelli che conseguirebbero al compimento di atti dispositivi aventi il carattere della straordinaria amministrazione (39). Né sembra giustificare l'approdo ad una conclusione differente il

(37) Ci si riferisce, in particolare, all'approfondito studio di F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 17 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

(38) Le parole tra virgolette sono tratte da F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, p. 18 e nota 7.

(39) Costituisce, invero, un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui il debitore concordatario conserva la «piena» capacità processuale in rapporto alle controversie che attengono al suo patrimonio o alla gestione dell'impresa [cfr., oltre alle citate Cass., 25 febbraio 2008, n. 4728 e Cass., 16 marzo 2007, n. 6211, le seguenti pronunce: Cass., 20 maggio 2004, n.

mancato richiamo all'art. 43 l.f. nella disposizione in commento (o nell'art. 169 l.f.), nonostante che l'argomento sia stato talvolta evocato dalla giurisprudenza proprio a sostegno dell'assoluta indipendenza delle iniziative processuali del debitore dai controlli commissariali e giudiziari (40): infatti, malgrado l'assenza di un'esplicita regolamentazione della capacità processuale dell'imprenditore nel corso del concordato, nessun dubbio pare sussistere in ordine alla legittimità di una sua libera iniziativa processuale, atteso che sarebbe davvero impensabile sottrarre al debitore il potere di

9643, in *Giust. civ.*, Mass. 2004, n. 5 e Trib. Frosinone, 22 maggio 2002, in *Giur. romana*, 2002, p. 321 (con riferimento, in particolare, all'impresa societaria e alla conseguente legittimazione processuale del suo organo rappresentativo, si vedano invece Cass., 10 settembre 1999, n. 9663, in *Fall.*, 2000, p. 768 ss.; Cass., 6 aprile 1995, n. 4033, in *Fall.*, 1996, p. 117 ss.; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11542, in *Fall.*, 1992, p. 375 ss.; Cass., 13 maggio 1987, n. 4395, in *Fall.*, 1987, p. 1152 ss., che stabiliscono come la procedura concordataria «non incid[ia] sulla capacità processuale del debitore»); in dottrina, si veda, per tutti, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 204]. Nelle sue prime formulazioni, però, questo principio era stato elaborato dalla stessa giurisprudenza in misura assai più attenuata, al punto che non si era esitato a riconoscere la necessità di una previa autorizzazione giudiziale per le iniziative processuali che avessero ecceduto i limiti dell'ordinaria amministrazione (cfr. Cass., 12 gennaio 1988, n. 137, in *Fall.*, 1988, p. 338 ss. e Cass., 8 gennaio 1979, n. 78, in *Giust. civ.*, Mass. 1979, n. 41); più recentemente Cass., 19 novembre 1998, n. 11662, in *Fall.*, 1999, p. 1098 ss. ha stabilito che, «in caso di concordato preventivo, a differenza di quanto si verificherebbe nella ipotesi di fallimento, il debitore non perde del tutto la sua capacità sostanziale e processuale in ordine ai rapporti patrimoniali, che continua ad esercitare *in forma attenuata*, mentre il commissario giudiziale assolve solo un compito di vigilanza» (i corsivi sono nostri) (nello stesso senso, ma con riferimento all'abrogato potere direttivo del giudice delegato, cfr. già Cass., 11 ottobre 1978, n. 4551, in *Fall.*, 1979, p. 398 ss.). Nel senso di estendere gli effetti dello spossessamento attenuato anche all'attività processuale svolta dall'imprenditore nell'interesse del patrimonio concordatario e dell'impresa, si è espressa anche una parte della dottrina (G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 552), la quale – collocandosi nel solco della tradizione ermeneutica risalente già a U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 1961, p. 1567 e a R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2251 – sottolinea che, nel silenzio della legge sul punto, non vi sarebbe motivo di sottrarre la capacità processuale del debitore agli stessi limiti imposti dall'art. 167 l.f. al suo operato sul piano sostanziale (in questo senso, si veda anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, pp. 346-347). Ciò posto, non ci si può esimere, infine, dal rilevare che i due orientamenti interpretativi ora illustrati non appaiono fra loro incompatibili, se solo si considera che l'affermazione di una piena capacità processuale del debitore concordatario – chiarendo che quest'ultimo è legittimato *in via esclusiva* a far valere in giudizio le pretese afferenti al proprio patrimonio ed alla propria impresa – non implica per ciò solo l'inammissibilità della imposizione di limitazioni all'esercizio delle iniziative processuali, limitazioni che sono naturalmente funzionali alla salvaguardia di una maggiore tutela per gli interessi dei creditori concorsuali. Insomma: riconoscere che l'attivazione della tutela giurisdizionale è assoggettabile alla vigilanza del commissario giudiziale ed al potere di autorizzazione del giudice delegato non comporta l'elusione del principio secondo cui spetta al solo debitore la prerogativa processuale in materia di rapporti patrimoniali, atteso che quest'ultimo principio rinviene il proprio fondamento nel fatto che sarebbe a dir poco contraddittorio ammettere che *due forme di manifestazione della medesima attività (id est l'amministrazione del patrimonio e dell'impresa)* siano soggette a differenti condizioni di esercizio: come l'amministrazione sostanziale del patrimonio concordatario subisce uno spossessamento soltanto attenuato, così l'attività processuale a tutela del patrimonio imprenditoriale – funzionale, pertanto, alla soddisfazione del ceto creditorio – può essere esercitata dal (solo) debitore in una forma attenuata.

(40) Seppur con riferimento alla procedura di amministrazione controllata, Cass., 27 maggio 1987, n. 4755, in *Giust. civ.*, Mass. 1987, n. 5 ha precisato che dall'affidamento al commissario giudiziale (ai sensi del previgente art. 191 l.f.) dei poteri di gestione dell'impresa e di amministrazione dei beni non potrebbe derivare – «quanto meno in relazione ai giudizi già iniziati» – la perdita della capacità processuale da parte del debitore, osservandosi che «l'espressa previsione di un tale effetto nell'art. 43 l.f., per i rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento, indica invero che esso non è implicito nella perdita (da parte del fallito) dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42 l.f.)».

promuovere le prerogative processuali permanendo in capo al medesimo il potere di intraprendere ogni iniziativa gestoria o dispositiva sul piano del diritto sostanziale. Coerente con le finalità del sistema appare, invece, la subordinazione della (libera) iniziativa processuale agli stessi limiti ai quali è assoggettata la (libera) iniziativa gestoria del debitore concordatario, se solo si considera che le medesime esigenze di tutela del ceto creditorio si presentano tanto sul piano del diritto sostanziale quanto su quello del diritto processuale. Ed anche con riferimento alle conseguenze di un'eventuale inosservanza da parte del debitore delle indicazioni offerte dal commissario giudiziale nell'esercizio *in parte qua* del proprio potere di vigilanza, vi è da rilevare che essa non sembra determinare alcuna conseguenza in termini di «inefficacia» dell'operato del debitore – una conseguenza che sarebbe, peraltro, difficilmente compatibile con la natura pubblicistica dell'attività processuale (41) – sebbene anche in questo caso una costante e sistematica elusione delle richieste del commissario giudiziale potrebbe condurre alla declaratoria di fallimento ai sensi dell'art. 173 l.f.

Del pari, qualora l'effetto conseguente alla decisione giurisdizionale si traduca in una disposizione del patrimonio concordatario che esorbita i limiti della ordinaria amministrazione, conseguendo di fatto i medesimi risultati che l'imprenditore avrebbe ottenuto con il compimento di un negozio soggetto all'autorizzazione giudiziale, si imporrebbe – come è stato puntualmente evidenziato (42) – la necessità di un'adeguata valutazione dell'iniziativa giudiziaria da parte del giudice delegato (si pensi, ad esempio, secondo una tradizionale esemplificazione, alla possibilità per l'imprenditore concordatario di agire in giudizio per la petizione dell'eredità ogni qualvolta l'accettazione della stessa non si sia verificata prima dell'inizio della procedura, ovvero alla possibilità di consentire la cancellazione di un'ipoteca o di deferire un giuramento decisorio) (43). Le conseguenze del mancato rilascio dell'autorizzazione giudiziale si tradurrebbero, pertanto, nella «inopponibilità» ai creditori anteriori al concordato dell'effetto conseguito dal debitore per il tramite della pronuncia giurisdizionale, ferma restando, anche in questo caso, l'applicabilità dell'art. 173 l.f.

Ciò premesso, vi è poi da osservare che, in un contesto nel quale il debitore conserva in via esclusiva il diritto di azionare *in iure* le proprie pretese patrimoniali, la titolarità del potere di vigilanza in capo al commissario giudiziale sembra legittimare altresì l'organo della procedura ad *intervenire* nel giudizio promosso dal debitore, con la precisazione che, mentre di regola la posizione assunta dall'organo concorsuale sarà quella di contraddittore (sopravvenuto) del debitore concordatario nell'evidente interesse della procedura danneggiata dall'iniziativa processuale del debitore (44), nulla

(41) L'obiezione è stata sollevata, in particolare, da A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, pp. 205-206.

(42) Tra i precedenti più risalenti in materia, si ricordano, oltre alle già citate Cass., 11 ottobre 1978, n. 4551, p. 398 ss. e Cass., 8 gennaio 1979, n. 78, p. 612 ss., Cass., 5 dicembre 1970, n. 2556, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 191 ss. e App. Firenze, 1° dicembre 1966, in *Dir. fall.*, 1967, II, p. 644 ss. Più recentemente, cfr. invece Cass., 30 luglio 2009, n. 17748, in *Fall.*, 2010, p. 622, secondo la quale l'intervento del liquidatore giudiziale nella fase d'appello è ammesso anche in mancanza di una previa autorizzazione da parte del giudice delegato, «essendo quest'ultima necessaria solo per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione ai sensi dell'art. 167 l.f.».

(43) In questo senso, si veda G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 423.

(44) Si vedano, *ex multis*, le citate Cass., 10 settembre 1999, n. 9663, p. 768 ss.; Cass., 6 aprile 1995, n. 4033, p. 117 ss.; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11542, p. 375 ss.; Cass., 12 gennaio 1988, n. 137, p. 338 ss. Non sembrano convincenti le obiezioni di quella parte della dottrina secondo cui la possibilità per il commissario giudiziale di intervenire nel giudizio in cui sia parte il debitore

esclude che nella specificità del caso concreto (e del rapporto giuridico fatto valere) l'intervento dell'organo concordatario possa anche essere adesivo rispetto alla posizione assunta dall'imprenditore.

Analogamente, sul piano della legittimazione passiva il debitore è l'unico contraddittore dell'attore in sede cognitoria (45) e l'unico legittimato a proporre impugnazione avverso le pronunce che lo vedano soccombente, senza che, sotto quest'ultimo profilo, possa riconoscersi al commissario giudiziale la possibilità di contestare il provvedimento (o la parte di esso) su cui il debitore abbia consentito la formazione della acquiescenza (46).

Una diversa valutazione deve essere svolta, invece, con riguardo alla legittimazione del liquidatore dei beni ad agire giudizialmente in sostituzione del debitore per effetto dell'omologazione del concordato, atteso che l'incontrovertibilità del piano concordatario, lasciando spazio alla sola esecuzione dell'accordo, sottrae all'imprenditore qualsiasi potere (sostanziale e processuale) sulla gestione di quella parte dei propri beni che sono stati destinati dal piano concordatario al soddisfacimento dei creditori (47).

concordatario già costituisce espressione di un adeguato ed esaustivo esercizio del potere di vigilanza sull'operato dell'imprenditore in un'ottica di tutela degli interessi creditori (così, in particolare, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 205): se è vero, infatti, che l'intervento in causa del commissario è giustificato dalla propria posizione tutoria nei confronti degli interessi dei creditori, non vi è motivo per ridurre l'ambito di esplicazione di un simile potere di sorveglianza a questa sola manifestazione dell'attività imprenditoriale, ben potendo rilevare anche una più ampia attività di controllo sull'operato processuale del debitore. E ciò evidentemente in quanto l'esigenza di verificare il regolare andamento della procedura e l'assenza di una finalità fraudolenta nell'attività dell'imprenditore si palesa sia sul piano del diritto sostanziale che su quello del diritto processuale. Analogamente, non appare condivisibile escludere la possibilità di un intervento del commissario giudiziale *in parte qua* sulla base di un'interpretazione che tende a ridurre l'ambito di operatività della funzione di «vigilanza» dell'amministrazione patrimoniale all'esercizio di soli poteri ispettivi, scarsamente rilevanti in rapporto alla promozione di iniziative processuali (così ancora A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167, ibidem*), atteso che l'attività commissariale di vigilanza non è avulsa da profili di verifica e di controllo dell'operato dell'imprenditore, come chiaramente si evince dalla disposizione dell'art. 173 l.f.

(45) Il principio è stato affermato, in particolare, dalla già citata Cass., 30 luglio 2009, n. 17748, p. 622 e da Cass., 27 luglio 2006, n. 17159, in *Fall.*, 2007, p. 216, secondo le quali «se il creditore agisce proponendo non solo una domanda di accertamento del proprio credito, ma anche una domanda di condanna o comunque idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato, alla legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca quella del liquidatore giudiziale dei beni, quale contraddittore necessario» (nello stesso senso, si vedano anche Cass. 26 luglio 2001, n. 10250, in *Fall.*, 2002, p. 837 ss.; Cass., 29 aprile 1999, n. 4301, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 776 ss.; Cass., 15 gennaio 1997, n. 363, in *Fall.*, 1997, p. 959 ss.; Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, in *Fall.*, 1994, p. 257 ss., secondo cui la legittimazione passiva del liquidatore della cessione dei beni assume rilevanza «in considerazione dell'interferenza della domanda medesima sulle posizioni degli altri creditori, nonché sulle operazioni di liquidazione e gli adempimenti connessi»; ma cfr. già Cass., Sez. Un., 28 maggio 1987, n. 4779, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 601 ss.). A tale conclusione la giurisprudenza perviene in base alla considerazione dell'«esigenza di coordinare la conservazione della legittimazione del debitore con la vigilanza del commissario giudiziale e [olim] la direzione del giudice delegato», escludendo però la legittimazione passiva del liquidatore per le «procedure di arbitrato rituale e irrituale, che si svolgono tra le parti identificate dall'atto negoziale».

(46) Cfr., in particolare, Cass., 5 luglio 2004, n. 12286, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 949 ss., con nota di A. TOSTI, *Sulla rilevabilità d'uffi cio della violazione dell'art. 167 l.f.*

(47) Cfr. la citata Cass., 20 maggio 2004, n. 9643, secondo la quale, in particolare, «il debitore è l'unico legittimato passivo in ordine alla verifica dei crediti dopo l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni, sussistendo la legittimazione del liquidatore solo nei giudizi che investono lo scopo liquidatorio della procedura».

2.3. *I confini temporali della procedura concordataria: un antico dibattito* – Secondo la lettera dell’art. 167 l.f., il regime dell’amministrazione attenuata perdura «durante la procedura di concordato», senza che il legislatore si sia mai preoccupato – neppure dopo le recenti riforme – di definire con la necessaria precisione i confini temporali di un simile effetto. La genericità del dettato legislativo ha contribuito così allo sviluppo di un vivace dibattito interpretativo che può ricondursi in estrema sintesi a due fondamentali indirizzi ermeneutici, sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base di argomentazioni talvolta anche profondamente diverse. Si rende utile, pertanto, ripercorrere brevemente le principali tappe di questi differenti itinerari interpretativi, soffermandosi – com’è naturale – su quegli aspetti che hanno riservato (e continuano a riservare) maggiori problemi e difficoltà di lettura.

Una prima opzione (invero minoritaria) individua il *dies a quo* dello spossessamento nella data di deposito del decreto di ammissione al concordato preventivo, evidenziando in particolare che solo l’adozione di un tale provvedimento assicura la nomina e l’insediamento degli organi della procedura e, specialmente, di quello che è competente in via esclusiva a concedere le autorizzazioni per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione. Se un tale argomento sviluppa certamente un profilo importante della questione in esame (ancorché non decisivo, come si vedrà), meno convincente appare invece il raffronto operato dai sostenitori di questo indirizzo tra la disciplina in esame e quella dell’art. 168 l.f., atteso che viene ingiustificatamente enfatizzato un presunto carattere eccezionale di quest’ultima disposizione nella parte in cui dà vita agli effetti dell’ammissione al concordato per i creditori a decorrere da un momento anteriore alla pubblicazione del decreto di ammissione, desumendone *a contrario* una regola generale del tutto ipotetica secondo cui, al di fuori dei casi contemplati nell’art. 168, gli effetti dell’ammissione alla procedura si determinerebbero soltanto nel momento della pubblicazione del decreto *ex art.* 163 l.f. (48).

Per contro, l’orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza trae spunto da una lettura sistematica dell’art. 168 l.f. per far decorrere gli effetti dell’ammissione al concordato per il debitore dalla data di presentazione della domanda *ex art.* 161 l.f. (fermo restando che gli effetti preliminari del concordato sarebbero comunque vincolati

(48) In particolare, sono espressione di quest’orientamento: Cass., 23 luglio 1994, n. 6870, in *Fall.*, 1995, p. 262 ss.; Trib. Roma, 14 luglio 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 597 ss.; Trib. Firenze, 19 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1558 ss. In dottrina questa conclusione è avallata, in particolare, da U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, p. 1565. Più recentemente si veda anche L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, pp. 324-325, nota 7, che si richiama, in particolare, all’assenza di un organo legittimato al rilascio dell’autorizzazione *ex art.* 167, comma 2, l.f. al momento della presentazione della domanda di concordato (*adde* P.F. CENSONI, *Commento all’art. 167*, vol. II, p. 2416; ID., *Gli effetti sostanziali del concordato preventivo dopo la riforma del diritto fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 776). Analogamente, A. BONSIGNORI, *Commento all’art. 167*, p. 226 ss. sostiene che non solo sarebbe illegittimo ricondurre *sic et simpliciter* alla volontà del debitore – qual è quella espressa nella domanda *ex art.* 161 l.f. – il fascio di effetti (retroattivi) conseguenti all’ammissione al concordato ed i conseguenti vincoli per il debitore, ma rappresenterebbe anzi un’«assurda conseguenza» quella di dover considerare come estranei al concorso (accanto ai crediti sorti dopo l’ammissione alla procedura) i crediti sorti *medio tempore* tra la presentazione della domanda ed il deposito del decreto di ammissione (per una critica di questa impostazione – con particolare riferimento all’individuazione dei creditori anteriori al concordato quali destinatari dell’inefficacia dell’atto di straordinaria amministrazione non autorizzato dal giudice delegato – si rinvia alle considerazioni svolte *infra* nel paragrafo 2.4).

all'effettiva ammissione alla procedura) (49). E ciò in ragione del fatto che altrimenti si finirebbe per vanificare la portata precettiva del medesimo art. 168: se, infatti, il debitore potesse disporre liberamente del proprio patrimonio – eventualmente anche in danno del ceto creditorio – fino al momento del deposito in cancelleria del decreto di ammissione, la scelta legislativa di precludere ai creditori (aventi causa o titolo anteriore) di agire *in executivis* già dopo la presentazione della domanda di concordato finirebbe per pregiudicare eccessivamente proprio gli interessi dei creditori alla conservazione della loro garanzia patrimoniale. Una lettura coordinata delle norme sugli effetti dell'ammissione al concordato sembra dunque imporsi anche per ragioni di opportunità pratica, come appare evidente se solo si considera che l'immediato assoggettamento del debitore al regime concordatario impedisce che il relativo patrimonio venga disperso quando già non risulta più aggredibile in via esecutiva dai creditori.

Si è inoltre osservato che l'assenza del giudice delegato al momento della presentazione della domanda (e finì alla pronuncia del decreto di ammissione) non impedirebbe all'organo della procedura – una volta nominato – di autorizzare *ex post* e con efficacia retroattiva gli atti di amministrazione straordinaria compiuti dal debitore quando l'ammissione alla procedura non era stata ancora deliberata. Ed in effetti, stando alla lettera della disposizione in esame, la possibilità di un intervento sanante dell'inefficacia non sembra essere stata preclusa *in parte qua* dal legislatore. Nondimeno, vi è da segnalare che il riconoscimento della legittimità di una ratifica dell'atto di straordinaria amministrazione da parte dell'organo giurisdizionale non sembra costituire un passaggio argomentativo irrinunciabile, considerato che, anche volendo prescindere da una simile valutazione, il nuovo comma 3 della norma in esame (introdotto, come si dirà, dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), nel momento stesso in cui assegna al tribunale fallimentare il potere di fissare *ex ante* la soglia quantitativa minima al di sotto della quale il debitore può porre in essere atti di straordinaria amministrazione senza la necessaria autorizzazione da parte del giudice delegato, sembra aprire la strada alla conclusione a cui è pervenuta recentemente una parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale il legislatore della riforma avrebbe inteso conservare in capo al tribunale fallimentare l'«investitura dell'intera procedura»⁽⁵⁰⁾. In

(49) Lo possesso attenuato del debitore concordatario decorre dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura secondo Cass., 10 febbraio 2006, n. 2972, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1735 ss.; Cass., 26 giugno 2001, n. 8739, in *Fall.*, 2002, p. 817 ss.; Cass., 16 aprile 1996, n. 3588, in *Fall.*, 1996, p. 1189 ss.; Cass., 23 luglio 1994, n. 6870, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 666 ss.; Cass., 23 maggio 1981, n. 3374, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 273 ss., con nota di P.G. JAEGER, *Sulla decorrenza degli effetti dell'amministrazione controllata* (per la giurisprudenza di merito cfr. già Trib. Milano, 14 gennaio 1985, in *Fall.*, 1985, p. 756 ss., con nota di V. CANTELE, *Declaratoria di inefficacia di pagamenti effettuati in pendenza di concordato preventivo mediante decreto ingiuntivo*; Trib. Pescara, 15 novembre 1974, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, p. 672 ss., con nota P.F. CENSONI, *Osservazioni sugli effetti prodromici del concordato preventivo*). Alla medesima conclusione pervengono, in dottrina, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, pp. 417-418; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2247; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 853; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 549; F. FERRARA jr – A. BORGIOI, *Il fallimento*, p. 178; V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, vol. II, Milano, 2002, p. 1474.

(50) Ad una simile conclusione è giunto, in particolare, Trib. Sulmona, 5 dicembre 2007, in *Fall.*, 2008, p. 822 ss., con nota critica di F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda* (dalla sentenza sono tratte anche le parole riportate tra virgolette nel testo). Secondo tale pronuncia, tuttavia, l'introduzione del comma 3 nella disposizione in esame finirebbe per espandere la nuova funzione del tribunale ben oltre il potere di autorizzare il compimento di atti di straordinaria

una simile prospettiva, appare dunque ragionevole ritenere che il *collegio* sia chiamato ad autorizzare eventuali atti di straordinaria amministrazione ogni qualvolta il giudice delegato non si sia ancora insediato, escludendo finanche la necessità di una successiva ratifica dell'attività imprenditoriale da parte dell'organo monocratico.

Quanto, infine, al *dies ad quem* dell'effetto dello spossessamento attenuato, non pare esservi dubbio sulla sua individuazione nel momento in cui il decreto di omologazione del concordato diviene definitivo (come, del resto, sancisce espressamente il novellato comma 1 dell'art. 168 l.f. con riferimento all'efficacia dell'ammissione al concordato per i creditori). Laddove, invece, l'ammissione al concordato sfocia nella revoca della procedura e nella conseguente dichiarazione di fallimento del debitore, il superamento della condizione in cui versa l'imprenditore concordatario è segnato dal passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 16 l.f.* e dalla conseguente *indisponibilità* assoluta del patrimonio da parte del debitore. Per contro, l'intervenuta omologazione del concordato (51) dà luogo ad una riviviscenza della libera *disponibilità* dei propri beni ad opera dell'imprenditore, il quale riacquista così la

amministrazione non eccedenti il valore determinato dal collegio stesso, legittimandosi anzi la sostituzione al giudice delegato ogni qualvolta l'intervento del tribunale si imporrebbe «per la delicatezza della questione trattata e per i relevantissimi risvolti socio-economici derivanti dalla conclusione» dell'atto. L'interpretazione offerta dal Tribunale di Sulmona, per quanto suggestiva, non appare però pienamente condivisibile. Si può certamente concordare con l'affermazione secondo cui la novità legislativa *de qua* è funzionale al riconoscimento di una «maggiore libertà al debitore nella fase che va dal deposito della domanda di concordato sino al decreto di omologazione» e si può anche consentire alla conclusione secondo cui il legislatore ha conservato in capo al collegio «il controllo della procedura». Tanto più che a sostegno di questa conclusione il Tribunale richiama non solo il novellato art. 173 l.f., la cui disposizione riconosce ora al commissario giudiziale l'obbligo di riferire direttamente al tribunale (senza più la mediazione del giudice delegato) in merito al compimento degli atti di straordinaria amministrazione non previamente autorizzati, ma anche la previsione della possibilità per il tribunale di revocare il commissario giudiziale (artt. 165 e 37 l.f.), di liquidare il compenso al commissario (artt. 165 e 39 l.f.) e di fissare l'udienza di comparizione delle parti nel giudizio di omologazione (art. 180, comma 1, l.f.). Malgrado ciò, il nuovo dettato normativo non sembra giustificare una conclusione tanto radicale quanto quella di ritenere che il tribunale fallimentare possa liberamente sostituirsi al giudice delegato nell'esercizio di un potere che, al di fuori del caso previsto dal comma 3 dell'art. 167, è attribuito dalla legge alla competenza esclusiva del giudice delegato. Né appaiono convincenti gli ulteriori argomenti che sono stati spesi dal Tribunale di Sulmona a supporto e, quasi, a limitazione delle proprie conclusioni: dal carattere particolarmente complesso dell'atto da autorizzare alla gravità dell'incidenza dell'operazione economica sul patrimonio imprenditoriale e sulla vita aziendale. Nessuna competenza esclusiva del tribunale sulle questioni più complesse pare, dunque, essere stata tracciata dal riformatore, il quale – come risulta dai lavori preparatori della riforma – con l'innovazione *de qua* ha inteso invece ridurre i tempi della procedura e renderne più efficiente e sollecita la gestione. Una finalità, quest'ultima, che sembra tutt'al più conciliarsi – come si è accennato nel testo – con l'esigenza di supplire alla mancanza del giudice delegato per l'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore dopo la presentazione della domanda di concordato ma prima del deposito in cancelleria del decreto di ammissione.

(51) Gli effetti scaturenti dal conseguimento del carattere definitivo del decreto di omologazione sono anticipati dalla *provvisoria esecutorietà* del provvedimento collegiale ai sensi dell'art. 180, comma 5, l.f., di talché sin dal momento del deposito in cancelleria del decreto si verifica che, da un lato, il debitore riacquista la sua capacità sostanziale e processuale in ordine ai rapporti patrimoniali, così da provvedere all'adempimento degli impegni previsti nel piano concordatario e, dall'altro lato, i poteri di ingerenza nella gestione del patrimonio concordatario spettanti al commissario giudiziale ed al giudice delegato sono assoggettati ad una sorta di condizione di quiescenza che perdura sino alla definitività dell'omologazione (in merito ai rapporti tra il regime di provvisoria esecutorietà del decreto collegiale *de quo* e l'applicabilità in sede fallimentaristica della previsione dell'art. 741 c.p.c., sia consentito il rinvio a M. GABOARDI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, p. 633 ss.).

piena ed autonoma titolarità di tutti i poteri gestori ed amministrativi che sono stati compresi al momento dell'apertura della procedura (restano tuttavia salvi, in quest'ultimo caso, gli eventuali vincoli che siano stati imposti all'amministrazione del patrimonio imprenditoriale dalla previsione nel piano concordatario di specifiche modalità di esecuzione dell'accordo omologato). Di qui, infatti, l'obbligo per gli organi concorsuali di astenersi da ogni ingerenza nell'esercizio dell'impresa, allo scopo di non impedire o limitare il libero esplicarsi dell'attività negoziale, che è rimessa in via esclusiva dalla legge alle valutazioni discrezionali dell'imprenditore. Del resto, successivamente alla chiusura della procedura la legge assegna al commissario giudiziale soltanto il compito di sorvegliare il corretto adempimento del piano concordatario e di riferire al giudice delegato le circostanze che determinano la risoluzione dell'accordo per inadempimento ai sensi dell'art. 185 l.f., risultando del tutto inammissibile che un regime eccezionale e rigoroso come quello tracciato nell'art. 167 l.f. possa essere esteso oltre i confini che gli sono propri (52).

2.4. *Il regime autorizzatorio degli atti di straordinaria amministrazione tra poteri del giudice delegato e nuove prerogative del tribunale fallimentare* – Uno dei caratteri essenziali dello spossessamento attenuato è costituito dal peculiare *regime autorizzatorio* al quale è soggetta l'intera attività di amministrazione straordinaria del patrimonio imprenditoriale. In particolare, la necessità di ottenere una previa autorizzazione (o una successiva ratifica) (53) da parte del giudice delegato rinviene tradizionalmente la propria *ratio* nell'esigenza di supplire alla mancanza di un controllo da parte dei creditori sull'attività gestoria e dispositiva svolta dal debitore attraverso la preclusione a quest'ultimo della possibilità di porre in essere liberamente atti pregiudizievoli degli interessi creditori o, comunque, non in linea con il piano

(52) In particolare, sostiene che il momento finale dello spossessamento attenuato del debitore sia segnato dalla definitività del decreto di omologazione del piano concordatario la citata Cass., 16 aprile 1996, n. 3588, che così descrive le principali tappe del procedimento di concordato preventivo: «prende le mosse dalla proposta di concordato, si apre formalmente col decreto di cui all'art. 163 l.f., passa attraverso la fase deliberativa di cui agli artt. 174 ss. l.f., trova il suo momento decisivo nella sentenza di omologazione (o, in mancanza, nella dichiarazione di fallimento del debitore: cfr. art. 181 l.f.) e si conclude con la fase di esecuzione e di liquidazione (quest'ultima quando vi sia stata cessione di beni)» (in questo senso si vedano anche Cass., 27 ottobre 2006, n. 23271, in *Giust. civ.*, Mass. 2006, n. 10; Cass., 21 gennaio 1999, n. 523, in *Fall.*, 1999, p. 1224 ss.; Trib. Catania, 28 febbraio 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 303 ss.). In dottrina, si vedano soprattutto U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, p. 1565 e G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 418-419.

(53) Si è già accennato nel testo alla possibilità (che è, al contempo, un obbligo) per il debitore di ottenere una ratifica del proprio operato da parte del giudice delegato ogni qualvolta abbia posto in essere atti di straordinaria amministrazione prima del deposito del decreto di ammissione al concordato: l'assenza del giudice delegato al momento della conclusione dell'atto impone, infatti, all'imprenditore di sottoporre al successivo vaglio giurisdizionale l'atto che ha posto in essere *medio tempore*, restando lo stesso altrimenti inopponibile ai creditori anteriori all'apertura della procedura. Orbene, se ciò è vero, dovrebbe anche ammettersi – in aderenza ad alcuni arresti della giurisprudenza di merito – che l'inefficacia dell'atto di straordinaria amministrazione, posto in essere dal debitore senza la prescritta autorizzazione dopo il deposito del decreto *ex art.* 163 l.f., possa essere sanata con un successivo intervento di ratifica da parte del giudice delegato, a condizione che la volontà sanante risulti almeno implicitamente (e, comunque, in maniera inequivoca) da altri interventi del giudice delegato e ferma restando, in ogni caso, la previsione di cui all'art. 173 l.f. (cfr., in questo senso, Trib. Verona, 6 marzo 1991, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 818 ss.; App. Torino, 26 marzo 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 116). In dottrina, si vedano G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 427 e E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, p. 134; *contra* invece P.F. CENSONI, *Commento all'art. 167*, vol. II, p. 2404.

concordatario promosso attraverso la domanda *ex art.* 161 l.f. (54).

In questa prospettiva si comprende allora la ragione sottesa alla scelta del legislatore di sanzionare il compimento non autorizzato dell'atto di straordinaria amministrazione con l'*inefficacia* dell'atto medesimo nei confronti dei creditori, conservandone invece la piena validità nei rapporti *inter partes* alla stregua di quanto accade nel fallimento secondo gli artt. 44 ss. l.f. (55). L'inefficacia del negozio non autorizzato coinvolge tuttavia i soli «creditori anteriori al concordato», dovendosi con ciò intendere i creditori il cui titolo si sia formato anteriormente alla proposizione della domanda di concordato, atteso che rispetto a quanti sono divenuti creditori dell'imprenditore in un'epoca successiva (ed, in particolare, prima dell'omologazione del piano concordatario) non sussistono le medesime esigenze di tutela che sono poste dalla legge a salvaguardia degli interessi dei creditori concorsuali in funzione del loro soddisfacimento attraverso l'esecuzione del concordato (56). Non v'è dubbio, peraltro, che la legittimazione processuale a far valere l'inefficacia dell'atto imprenditoriale non autorizzato competa – già nel corso della procedura concordataria – ai soli creditori che ne risultino pregiudicati, fermo restando che in caso di sopravvenuto fallimento dell'imprenditore spetterà al curatore provvedere ad assumere la tutela della massa

(54) Si veda, per tutti, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, p. 335. Cfr. anche Cass., 20 maggio 1987, n. 4606, in *Fall.*, 1987, p. 1153 ss., che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale (anche) dell'art. 167 l.f. in relazione all'art. 24, commi 1 e 2, Cost., nella parte in cui la disposizione fallimentaristica prescrive l'autorizzazione del giudice delegato per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, «trattandosi di limitazioni giustificate da superiori interessi (tra i quali, preminente, quello della *tutela della massa dei creditori*) e non implicanti menomazione del diritto di azione e di difesa dell'imprenditore medesimo» (il corsivo è nostro). Diversamente da quanto sostenuto da una parte della dottrina (F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, p. 834), non sembra ammissibile la possibilità di derogare all'obbligo di autorizzazione del giudice delegato nemmeno nell'ipotesi in cui il compimento dell'atto di straordinaria amministrazione sia contemplato nel piano concordatario, atteso che l'obbligo di interpellare il giudice delegato *in parte qua* – lungi dal vanificare l'attuabilità del piano ogni qualvolta l'autorizzazione venga negata – costituisce un ineludibile presidio a tutela della conservazione del patrimonio (e, dunque, ancora una volta, degli interessi dei creditori), soprattutto quando si voglia dare esecuzione ad un piano che, pur essendo stato giudicato ammissibile dal tribunale, non ha ancora ricevuto l'approvazione da parte dei creditori.

(55) Cfr., *ex multis*, la citata Cass., 5 luglio 2004, n. 12286, p. 949 ss., a giudizio della quale dal carattere relativo dell'inefficacia *de qua* può trarsi la conseguenza secondo cui, qualora la violazione sia stata fatta valere (non dai creditori anteriori al concordato, ma) dal terzo, «la erronea applicazione della declaratoria di improcedibilità da parte del giudice d'appello deve essere rilevata d'ufficio, giacché le norme che prevedono l'improcedibilità sono eccezionali e tassative e la loro violazione non può essere affidata alla sola iniziativa di parte, in quanto lesiva del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale e del diritto al giusto processo» (cfr. anche Cass., 20 marzo 1990, n. 2320, in *Fall.*, 1990, p. 709 ss.; App. Milano, 10 novembre 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 38).

(56) L'inefficacia di cui all'art. 167, comma 2, l.f. sarebbe posta a tutela di tutti i creditori anteriori al perfezionamento del concordato secondo U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, p. 1566, nota 2; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 492, nota 15; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, p. 541. In base a questo indirizzo ermeneutico, l'estensione del regime di inefficacia ai creditori il cui titolo si sia formato anteriormente all'omologazione del concordato rinverrebbe il proprio fondamento nel raffronto tra la disposizione in commento e quella dell'art. 184, comma 1, l.f., secondo cui il concordato omologato è vincolante per i creditori anteriori al decreto di ammissione alla procedura. Nondimeno, prevalente è l'impostazione – condivisa ed esposta nel testo – secondo la quale l'inefficacia tutelerebbe i soli creditori anteriori alla proposta di concordato (si vedano, in particolare, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2251; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 193; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 209; F. FERRARA jr - A. BORGIOI, *Il fallimento*, p. 175).

creditoria chiedendo la declaratoria dell'inefficiacia (relativa) del negozio non autorizzato (57).

L'atto di straordinaria amministrazione si perfeziona, dunque, al momento del rilascio dell'autorizzazione da parte del giudice delegato, considerato che l'intervento dell'organo della procedura – espressione di una funzione tutoria diretta ad integrare la capacità negoziale dell'imprenditore – costituisce un atto di volontaria giurisdizione che incide sulla sola *opponibilità* dell'atto *erga omnes* senza condizionarne – come detto – la validità *inter partes*. Il procedimento di autorizzazione dell'atto di straordinaria amministrazione si traduce, quindi, in una valutazione di regolarità giuridica dell'atto e di compatibilità del medesimo sia con le finalità generali della procedura sia con le specifiche condizioni espresse nel piano concordatario: ciò che sembra precludere al giudice delegato qualsiasi potere di ingerenza circa le concrete modalità di attuazione dell'operazione autorizzata (rimesse esclusivamente alla libera determinazione dell'imprenditore), svincolando altresì il debitore dall'obbligo di porre in essere l'atto *de quo* sol perché autorizzato dall'organo giurisdizionale. In definitiva, l'intervento del giudice delegato costituisce un essenziale vaglio di legittimità dell'operazione

(57) Accanto alle citate Cass., 5 luglio 2004, n. 12286, p. 949 ss. e Cass., 26 giugno 2001, n. 8739, p. 817 ss., afferma che sono legittimati a far valere in giudizio la condizione di inefficacia dell'atto soltanto i creditori anteriori al concordato e non anche l'imprenditore o i suoi eredi o aventi causa Trib. Reggio Emilia, 12 giugno 1995, in *Fall.*, 1995, p. 1250; in dottrina, si veda, per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 426.

Vanno inoltre chiariti alcuni punti. Vi è anzitutto da segnalare che è ampiamente condiviso in dottrina e in giurisprudenza il principio secondo cui l'inefficiacia dell'atto non autorizzato dal giudice delegato conserva piena rilevanza anche nel susseguente fallimento dichiarato ai sensi dell'art. 173 l.f., atteso che anche nel corso della procedura fallimentare continua ad insistere sul patrimonio imprenditoriale il pregiudizio conseguente al compimento di un atto dispositivo idoneo ad incidere significativamente sulla consistenza dei beni dell'imprenditore (cfr., *ex multis*, Cass., 5 luglio 2004, n. 12286, p. 949 ss. e Cass., 25 luglio 2002, n. 9262, in *Fall.*, 2003, p. 259 ss., che dall'inefficiacia dell'atto non autorizzato deduce correttamente l'inammissibilità al passivo dei relativi crediti; in dottrina si veda ancora G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, pp. 420-421, che richiama *in parte qua* la previsione dell'art. 44 l.f.).

Ci si è chiesti poi se l'introduzione nell'alveo delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare della nuova ipotesi *sub* art. 67, comma 3, lett. e, l.f. (concernente, in particolare, gli atti posti in essere in esecuzione del concordato omologato) legittimi *a contrario* la revocabilità degli atti posti in essere nel corso della procedura (cfr. P.F. CENSONI, *Commento all'art. 167*, vol. II, pp. 2411-2412): pur non essendo questa la sede per trattare una così complessa materia, si ritiene opportuno segnalare che le conseguenze di una simile interpretazione si misurerebbero soprattutto sul piano della consecuzione delle procedure e, in specie, della retrodatazione del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria. La revocabilità degli atti pregiudizievoli posti in essere nel corso della procedura concordataria finirebbe, infatti, per suffragare quelle opinioni che sottopongono ad un severo vaglio critico il principio della consecuzione delle procedure nella vigenza della nuova legge fallimentare, argomentando in particolare dalla (sopravvenuta) diversità di presupposti oggettivi tra la procedura concordataria e quella fallimentare (cfr. P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 454; G. LIMITONE, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in *Commentario Ferro*, 2007, p. 467; *contra* però si vedano L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fall.*, 2007, p. 1046; G.B. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2008, p. 1249 ss.).

Infine, va rilevato – come puntualmente segnalato dalla giurisprudenza – che «l'azione di inefficacia proposta dalla curatela *ex* art. 167 l.f., in quanto azione di accertamento, è per sua natura imprescrittibile essendo soggetta a prescrizione (decennale) solo l'azione di ripetizione, con termine che decorre dal momento del compimento dell'atto e non dalla dichiarazione di fallimento, atteso che l'art. 167 l.f. regola l'inefficiacia degli atti compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato rispetto ai creditori anteriori al concordato» (Trib. Mantova, 9 gennaio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 608).

economica programmata dal debitore nella gestione dei propri beni e nell'esercizio della propria impresa, diretto ad accertare la coerenza dell'effetto dispositivo che ad essa consegue con le esigenze sottese alla conservazione del patrimonio concordatario e alla sua destinazione al soddisfacimento delle pretese dei creditori concorsuali.

È pacifico, inoltre, che l'autorizzazione *de qua* sia rilasciata dal giudice delegato nella forma del decreto avente un contenuto meramente concessorio, con conseguente reclamabilità del provvedimento al tribunale fallimentare ai sensi del combinato disposto degli artt. 26 e 164 l.f., rimanendone invece preclusa la ricorribilità per cassazione *ex art. 111 Cost.* considerato il carattere palesemente non decisivo dell'intervento del giudice (58).

Suscita invece maggiori problemi la determinazione dell'esatto *ambito applicativo* della disposizione in commento. La categoria degli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione rinviene, infatti, una prima definizione attraverso l'elenco – eterogeneo e certamente non tassativo – del comma 2 dell'art. 167. Le profonde differenze esistenti nella natura e nei caratteri dei diversi negozi selezionati dal legislatore ha favorito, tuttavia, un'interpretazione alquanto estesa della clausola generale che, in chiusura del secondo comma, riserva il regime dell'inefficacia a tutti «gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione» che risultino privi della necessaria autorizzazione giudiziale, favorendo al contempo un raffronto tra i concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione assunti dalla legge fallimentare con quelli fatti propri in altri testi legislativi (*in primis* il codice civile). Ebbene, un simile raffronto – condotto specialmente con riferimento alla disciplina codicistica della tutela degli incapaci – evidenzia la differenza che intercorre tra le due situazioni, se solo si considera che il concetto di straordinaria amministrazione sotteso alla disposizione in commento presuppone, anzitutto, che l'atto dispositivo esorbiti le finalità «ordinarie» e, per dir così, «normali» della conservazione e del miglioramento del patrimonio, per incidere negativamente sulla sua consistenza effettiva e contribuire alla diminuzione (se non, addirittura, alla dispersione) del suo valore intrinseco. Un ulteriore elemento distintivo del carattere della straordinarietà – un elemento che è strettamente connesso al precedente – è poi quello espresso dalla idoneità dell'atto a pregiudicare le possibilità di soddisfazione delle pretese dei creditori, e ciò proprio in quanto l'atto incide negativamente sul patrimonio debitorio riducendone la consistenza o, comunque, gravandolo di oneri e vincoli inutili.

Malgrado i tentativi dottrinali e, soprattutto, giurisprudenziali di definire con precisione l'esatto discrimine tra l'amministrazione ordinaria e quella straordinaria del patrimonio debitorio, resta tuttavia un divario incolmabile (almeno in astratto) tra questi due concetti rappresentato dalla variabilità nel caso concreto dell'incidenza del singolo atto dispositivo sul patrimonio imprenditoriale: è ben evidente, infatti, che un medesimo atto – idoneo *ex se* a dare luogo ad un effetto depauperatorio del patrimonio – si traduce o meno in un pregiudizio effettivo per i creditori a seconda che il suo effetto dispositivo

(58) Con riferimento al carattere non decisivo del provvedimento *de quo*, si vedano Cass., 11 agosto 2004, n. 15484, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2656 ss.; Cass., 8 gennaio 1998, n. 92, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 983 ss. (ove si parla espressamente di «atto di volontaria giurisdizione») e Cass., 13 aprile 1995, n. 4260, in *Fall.*, 1995, p. 1051 ss. (*contra* si veda, però, Cass., 26 febbraio 1985, n. 182, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 448 ss.). A conferma, invece, dell'improponibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso il decreto autorizzatorio del giudice delegato e avverso il provvedimento che decide del relativo reclamo, si vedano – oltre alle sentenze sopra citate – Cass., 1° aprile 1993, n. 3905, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 442 ss. e Cass., 23 aprile 1991, n. 4408, in *Fall.*, 1991, p. 1054 ss. In dottrina si veda, per tutti, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 210.

incida su un patrimonio già fragile ovvero muti *in peius* la consistenza di un patrimonio ben solido. Vi è tuttavia da sottolineare che una simile distinzione, nel momento stesso in cui suggerisce all'interprete di compiere una valutazione «caso per caso» della straordinarietà o meno dell'atto debitorio, rinviene un proprio fondamentale limite nella elencazione degli atti che – sulla base di una previsione generale e, per dir così, tipica – sono già stati valutati come eccedenti l'ordinaria amministrazione dal legislatore (59).

Come si è accennato, il secondo comma della norma in commento individua una serie non tassativa di atti (60) che il legislatore ha inteso qualificare alla stregua di operazioni di straordinaria amministrazione e che, malgrado la loro evidente eterogeneità, possono ridursi agevolmente ad alcune categorie generali comuni, nell'ambito delle quali trovano spazio anche quelle fattispecie elaborate nel corso degli anni da un'intensa attività di applicazione dell'art. 167, comma 2, l.f. da parte della giurisprudenza. In particolare, raccogliendo i dati provenienti da questa copiosa tradizione ermeneutica, possono segnalarsi:

a) gli *atti dispositivi dei diritti patrimoniali del debitore*, come, ad esempio, i «mutui» (anche sotto forma cambiaria) (61), le «alienazioni di beni immobili» (62), le

(59) Individuano gli atti di ordinaria amministrazione in quelli che sono inerenti alle finalità dell'impresa ed attengono alla conservazione o al miglioramento del patrimonio debitorio: Cass., 25 luglio 2002, n. 9262, p. 259 ss.; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1357, in *Fall.*, 1999, p. 1018 ss. (che ammette una valutazione caso per caso della straordinarietà dell'atto nelle sole ipotesi non tipizzate dall'art. 167, comma 2, l.f.); Cass., 8 agosto 1997, n. 7390, in *Fall.*, 1998, p. 1028 ss.; App. Genova, 13 maggio 1987, in *Fall.*, 1988, p. 282. In dottrina, si vedano invece G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, p. 551 e P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 853. Cass., 11 agosto 2004, n. 15484, p. 2656 ss. sottolinea, poi, la necessità di «contestualizzare» il giudizio sulla natura dell'atto da autorizzare tenendo conto delle finalità della procedura e dell'interesse della massa dei creditori (analogamente P.F. CENSONI, *Commento all'art. 167*, vol. II, p. 2409).

(60) Pacifico è il carattere meramente esemplificativo dell'elenco di cui all'art. 167, comma 2, l.f., come è chiaramente dimostrato dall'inserimento nel corpo della disposizione di una «clausola generale», secondo cui l'autorizzazione del giudice delegato è necessaria – oltre che per gli atti specificamente indicati – «in genere (per) gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione»: si vedano, per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 424; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1357, p. 1018 ss.; Cass., 8 agosto 1997, n. 7390, p. 1028 ss. (*contra* cfr. però Cass., 10 febbraio 2006, n. 2972, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1735 ss., la quale nella parte motivazionale discorre, in particolare, della «categoria, ristretta e tassativamente predeterminata, di atti la cui adozione da parte dell'imprenditore postula necessariamente, secondo la previsione dell'art. 167, comma 2, l.f. l'autorizzazione scritta del Giudice delegato»; il corsivo è nostro).

(61) Per un'applicazione giurisprudenziale relativa all'accensione di un mutuo da parte del debitore – previa espressa autorizzazione del giudice delegato – allo scopo di «effettuare il deposito della somma necessaria per le spese della procedura di concordato» (ai sensi dell'art. 163, n. 4, l.f.), si veda Cass., 9 settembre 2002, n. 13056 (citata *supra* alla nota 33), secondo la quale, peraltro, la posizione creditoria assunta dall'imprenditore «non costituisce debito di massa, ma debito contratto dall'imprenditore nel suo *esclusivo interesse* e, come tale, non può essere soddisfatto in prededuzione» (il corsivo è nostro). Cfr. anche Trib. Milano, 7 novembre 1996, in *Fall.*, 1997, p. 435, che riconosce la natura di atto di straordinaria amministrazione al contratto di mutuo anche quando sia finalizzato al compimento di un atto di ordinaria amministrazione.

(62) Secondo la giurisprudenza, in particolare, il contratto di vendita immobiliare stipulato senza l'autorizzazione del giudice delegato è inefficace, a norma dell'art. 167, comma 2, l.f., «anche quando si tratti di vendita preceduta da contratto preliminare (...) e il compratore abbia versato interamente il prezzo prima dell'ammissione dell'impresa venditrice alla procedura concorsuale, in quanto in rapporto a ciascuno degli atti indicati nella citata norma (...) deve essere valutata l'attitudine ad alterare la situazione patrimoniale oggetto della proposta di concordato, attraverso una valutazione preventiva del giudice delegato, espressa nella concessione o nella negazione della predetta autorizzazione» (così si è espressa la citata Cass., 18 febbraio 1999, n. 1357, p. 1018 ss.; in tal senso si vedano anche Cass., 8 agosto 1997, n. 7390, p. 1028 ss.; Cass., 13 dicembre 1996, n. 11144, in *Giust. civ.*, Mass. 1996, p. 1737; App. Catania, 2

locazioni o i contratti di *leasing* di lunga durata sui beni dell'impresa (63), l'affitto dell'azienda (64) (65);

b) gli *atti unilaterali depauperativi del patrimonio debitorio*, quali, ad esempio, le «ricognizioni di diritti di terzi» (66), le «accettazioni di eredità e di donazioni» (67), le «cancellazioni di ipoteche» (68), le «restituzioni di pegni»;

dicembre 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 141 ss.).

Assai più dibattuta in giurisprudenza è la questione delle vendita dell'intero complesso aziendale, in ordine alla quale può infatti rilevarsi che, mentre in passato Cass., 15 gennaio 1985, n. 64, in *Fall.*, 1985, p. 638 ss. ha escluso la possibilità per il giudice delegato di autorizzare simili atti dispositivi [«anche (...) con riguardo ai contratti di vendita di prodotti o scorte, ovvero ai contratti inerenti alla utilizzazione degli immobili e degli impianti dell'azienda, che non ne sottraggano la titolarità al debitore»; cfr. già Cass., 9 luglio 1968, n. 2354, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 948 ss.], più recentemente Cass., 12 maggio 2004, n. 8960, in *Giust. civ.*, Mass. 2004, n. 5 ed una parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Genova, 20 febbraio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 710; Trib. Napoli, 19 maggio 1992, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 1103; Trib. Verona, 18 marzo 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1825) hanno ammesso la cessione dell'azienda in funzione della conservazione dell'organismo produttivo (in questo senso, si vedano anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 428; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, p. 552).

(63) Con specifico riferimento al contratto di locazione infranovennale di un bene immobile rientrante nell'attivo concordatario, si veda Cass., 11 agosto 2004, n. 15484, p. 2656 ss. In relazione (anche) al contratto di *leasing*, si veda invece la citata Cass., 15 gennaio 1985, n. 64, p. 638 ss. Al contrario, secondo Trib. Foggia, 8 aprile 1983, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 958, la locazione di uno stabilimento industriale conclusa dal debitore, dopo la presentazione della richiesta di concordato, per un breve lasso di tempo, non costituisce atto di straordinaria amministrazione: la durata del contratto non sembra, tuttavia, assurgere ad elemento discriminante per attribuire il carattere di atto di straordinaria amministrazione alla locazione di un immobile appartenente al patrimonio dell'imprenditore, assumendo a tal fine rilevanza la perdita del godimento del bene locato rapportata sia al precedente *impiego* del bene nell'ambito dell'azienda sia al *canone locatizio* concordato.

(64) Cfr., in particolare, Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, n. 7-8 e Cass., 1° aprile 1993, n. 3905, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 442. Ma soprattutto si veda la giurisprudenza di merito, la quale non ha esitato ad annoverare tra gli atti di straordinaria amministrazione l'affitto di azienda quand'anche stipulato per una durata inferiore al novennio: cfr., *ex multis*, Trib. Lucca, 26 luglio 1979, in *Fall.*, 1980, p. 713; Trib. Pescara, 15 novembre 1974, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, p. 672 ss.; Trib. Bologna, 1° giugno 1987, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 165 ss.

(65) Benché diano luogo ad una disposizione del patrimonio imprenditoriale, sono ritenuti correttamente atti di ordinaria amministrazione, insuscettibili come tali di incidere in senso peggiorativo o restrittivo sul patrimonio medesimo, i pagamenti di debiti sorti in conseguenza del compimento di attività necessarie per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale nel corso della procedura (cfr. App. Roma, 10 marzo 1997, in *Fall.*, 1997, p. 764), nonché la cessione di beni produttivi (cfr. Trib. Bologna, 10 dicembre 1993, in *Fall.*, 1994, p. 648) e la vendita di prodotti industriali (cfr. già App. Napoli, 30 dicembre 1962, in *Dir. giur.*, 1962, p. 346), quantunque – soprattutto con riguardo a queste ultime ipotesi – assuma una rilevanza talvolta decisiva la specificità del caso concreto.

(66) In proposito, ricorrendo ad argomentazioni che, sebbene dettata in materia di amministrazione controllata, possono estendersi alla procedura di concordato preventivo, si è pronunciata Cass., sez. un., 9 aprile 1984, n. 2271, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 675 ss.

(67) Per contro, gli atti dispositivi a titolo gratuito non sono reputati ammissibili neppure se autorizzati dal giudice delegato dal momento che incidono in maniera particolarmente intensa sulla consistenza del patrimonio imprenditoriale: a tale conclusione è pervenuto, in particolare, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 214. Per l'inefficacia nei confronti dei creditori degli «atti a titolo gratuito compiuti dal fallito dopo la chiusura del concordato» in caso di consecuzione delle procedure, si veda Cass., 15 novembre 2007, n. 23638, in *Dir. prat. soc.*, 2008, p. 78 ss.

(68) Per contro, secondo App. Bologna, 4 giugno 1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 322 ss., «l'azione proposta dal debitore ammesso al concordato preventivo per la dichiarazione di inefficacia di una ipoteca rientra fra gli atti di ordinaria amministrazione e può essere, quindi, esperita senza autorizzazione del giudice delegato» (così anche Cass., 24 febbraio 2006, n. 4234, in *Fall.*, 2006, p. 895 ss.). Parimenti, secondo Cass., 5 dicembre 1970, n. 2556, in *Dir. fall.*, 1971, II, 191 ss., l'azione diretta ad

c) gli *atti risolutivi (o preventivi) di controversie*, come le «transazioni» (69), le «rinunzie alle liti», i «compromessi» (70);

d) gli *atti costitutivi di garanzie*, come le «fideiussioni», le «concessioni di ipoteche o di pegno» (71).

Maggiori problemi ermeneutici (e conseguenti difficoltà classificatorie) riservano invece altre tipologie di «atti» e specialmente:

e) gli *atti a contenuto intellettuale basati sull'intuitus personae*, come ad esempio il conferimento da parte dell'imprenditore concordatario di un mandato *ad litem* al proprio legale: in relazione a questa tipologia di atti si possono rintracciare opinioni divergenti, tenuto conto che, mentre talvolta si è sostenuta la natura di atto di straordinaria amministrazione sul presupposto – invero alquanto discutibile – secondo cui la decisione dell'imprenditore determinerebbe una spesa che, gravando sull'attivo del patrimonio concordatario, rischierebbe di pregiudicare i creditori e dovrebbe essere, quindi, sottoposta al vaglio preliminare del giudice delegato (72), in altre occasioni la giurisprudenza di legittimità ha correttamente osservato come l'elemento discriminante ai fini della attribuzione di una natura ordinaria o meno all'atto *de quo* sia quello della proporzionalità della spesa sostenuta dal debitore rispetto alla finalità perseguita attraverso l'iniziativa processuale patrocinata dal difensore o, comunque, attraverso la prestazione offerta dal professionista, una finalità che è rappresentata in particolare dalla

ottenere la riduzione delle ipoteche iscritte sugli immobili del debitore concordatario non costituisce atto di straordinaria amministrazione per il quale sia necessario ottenere una previa autorizzazione da parte del giudice delegato.

(69) In questo senso, si richiamano Trib. Pescara, 10 giugno 2008, inedita e Trib. Roma, 14 gennaio 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 861 ss. Sembra opportuno ricordare come – in una significativa applicazione della giurisprudenza di legittimità (Cass., 2 aprile 1987, n. 3202, in *Giust. civ., Mass.*, 1987, n. 4) – sia stata preclusa l'estensione applicativa (anche in via analogica) della disciplina concernente l'impossibilità di impugnare ai sensi dell'art. 2113, comma 4, c.c. le transazioni e le rinunzie relative a «diritti inderogabili dei lavoratori» allorquando siano intervenute con i liquidatori del concordato preventivo (secondo la Cassazione, infatti, la disciplina codicistica sarebbe applicabile solo alle transazioni o rinunzie poste in essere «in sede di conciliazione giudiziale secondo le norme di cui agli artt. 185, 410 e 411 c.p.c.»).

(70) Secondo Cass., 27 luglio 2006, n. 17159, p. 216, «l'atto di accettazione della procedura arbitrale configura strumento idoneo a realizzare la *ricognizione di diritti di terzi* e va ascritto alla categoria degli atti di straordinaria amministrazione, pur costituendo attuazione di impegni assunti con atti negoziali precedenti» (il corsivo è nostro).

(71) Per un'applicazione in materia di amministrazione controllata, si veda Cass., 24 giugno 1995, n. 7158, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2633 ss., secondo la quale «l'imprenditore ammesso alla procedura di amministrazione controllata non solo non può, *senza l'autorizzazione del giudice*, costituire pegni con efficacia rispetto ai creditori anteriori, ma neppure può consentire l'acquisto di diritti di prelazione a favore di un determinato creditore rispetto ai creditori concorrenti» (il corsivo è nostro). In questo senso, si veda anche Trib. Milano, 16 settembre 1993, in *Fall.*, 1994, p. 741 ss. Per contro, l'azione proposta dal debitore – ammesso al concordato preventivo – «per la dichiarazione di inefficacia di una ipoteca» sembrerebbe rientrare fra gli atti di ordinaria amministrazione e può essere quindi esperita senza autorizzazione del giudice delegato (così App. Bologna, 4 giugno 1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 322 ss.).

(72) La nomina di un difensore della procedura è un atto di straordinaria amministrazione secondo Trib. Modena, 3 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, p. 225 ss., con nota critica di P. BOSTICCO, *La difesa nel concordato preventivo è straordinaria amministrazione?*; Trib. Reggio Emilia, 11 luglio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 1242 (secondo cui è necessario, però, che l'incarico conferito al legale risulti «di natura complessa, permanente e generale, procuratoria e consulenziale per tutta la durata della procedura»); Trib. Roma, 30 gennaio 1995, in *Fall.*, 1995, pp. 882-883; Trib. Napoli, 8 maggio 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 495.

conservazione e dal risanamento dell'impresa concordataria (73);

g) taluni *atti incidenti sullo svolgimento della vita societaria*: i maggiori interrogativi sono stati sollevati con riferimento all'assunzione della delibera assembleare nella quale sia stato disposto lo scioglimento della società in concordato preventivo per perdita del capitale sociale oltre il terzo. Se è vero che l'assunzione di una simile delibera determina gravi conseguenze sia per la società che per la stessa compagine sociale (in virtù delle quali non solo si assiste al mutamento dell'oggetto sociale, ma altresì alla continuazione della società all'esclusivo fine della liquidazione del patrimonio, con evidente frustrazione delle finalità concordatarie), è pur vero che la disposizione dell'art. 2447 c.c. conserva – come si è rilevato in giurisprudenza – un indubbio carattere inderogabile anche rispetto alle esigenze concorsuali di soddisfazione del ceto creditorio, con la conseguenza che la delibera non sembra esigere la previa autorizzazione da parte del giudice delegato (74).

La variegata tipologia di atti che possono essere compiuti dal debitore nel corso della procedura concordataria e le incertezze applicative che sono insorte con riguardo all'incidenza dell'atto sulla consistenza del patrimonio imprenditoriale hanno reso quanto mai auspicabile l'introduzione del nuovo ultimo comma della disposizione in commento. Rispondendo, infatti, alle esigenze – manifestatesi soprattutto nella prassi – di una maggiore efficienza nella gestione dell'impresa e di una più rapida assunzione delle decisioni aziendali, i *conditores* della riforma hanno previsto il potere del tribunale di stabilire un «limite di valore» al di sotto del quale il debitore non è più gravato

(73) In questo senso si è pronunciata, relativamente ad una procedura di amministrazione controllata ma affermando principi che possono correttamente trasporsi anche al concordato preventivo, Cass., 8 novembre 2006, n. 23796, in *Foro it. Mass.*, 2007, p. 240. Si vedano, inoltre, Cass., 8 gennaio 1998, n. 92, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 983 ss. (secondo cui sarebbe «contraddittorio» ricondurre l'attività di difesa giudiziaria dei propri interessi all'ambito dell'ordinaria amministrazione del debitore e, nel contempo, sostenere che la concreta promozione dell'iniziativa processuale richiede la specifica autorizzazione del giudice delegato alla nomina del proprio difensore) e la citata Cass., 25 giugno 2002, n. 9262, p. 259 ss. [secondo cui è espressione dell'ordinaria amministrazione l'atto di affidamento di un «incarico tecnico professionale indirizzato a concepire, mettere in atto e gestire gli strumenti operativi utili a recuperare la vitalità e la capacità produttiva e reddituale (se l'impresa è in amministrazione controllata), ovvero a prevenire la dissoluzione o il pregiudizio dei crediti (se l'impresa è in concordato preventivo), nel primario interesse dei creditori»]. Analogamente Cass., 6 gennaio 1979, n. 62, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 187 ss. ha qualificato come atto di ordinaria amministrazione l'incarico professionale «svolto a tutela degli interessi dell'azienda»: al riguardo, non si è tuttavia mancato di osservare come l'ampiezza, la complessità, la durata e la stabilità del mandato conferito possano imporre, nel caso concreto, la necessità di tutelare i creditori per il tramite del controllo del giudice delegato (in questo senso, si vedano Cass., 23 giugno 1988, n. 4278, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 53 ss., la quale, benché sia relativa alla nomina di un «consulente aziendale» da parte di una società in amministrazione controllata, può trovare applicazione anche in materia di concordato preventivo; Cass., 15 novembre 1974, n. 3628, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 405 ss.; Trib. Foggia, 7 aprile 1989, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 960 ss.; *contra*, invece, con riferimento all'incarico di redigere il bilancio di esercizio, Trib. Napoli, 23 dicembre 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, p. 368 ss.).

(74) Così Trib. Lecco, 28 giugno 1988, in *Dir. fall.*, 1988, II, pp. 970-971. Condivisibile appare anche la conclusione di Trib. Messina, 26 gennaio 2000, in *Soc.*, 2000, p. 1129 ss., secondo cui la delibera assembleare che modifica l'atto costitutivo (e nella specie la denominazione sociale) di una società sottoposta a concordato preventivo (omologato con sentenza passata in giudicato) «non esige l'autorizzazione del giudice delegato», tenuto conto che «l'imprenditore mantiene la gestione del patrimonio e gli organi sociali continuano ad esercitare regolarmente le loro funzioni». Analogamente, l'ineidoneità ad incidere sulle entità patrimoniali che sono destinate alla soddisfazione dei creditori ha indotto la giurisprudenza di merito ad escludere la necessità di una previa autorizzazione giudiziale per il compimento della cessione delle quote sociali o delle azioni della società (si veda, in proposito, Cass., 4 dicembre 1993, n. 12052, in *Fall.*, 1994, p. 572 ss.).

dall'onere di conseguire una previa autorizzazione del giudice delegato per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione. La previsione di una soglia quantitativa, rapportata al valore economico dell'operazione, contribuisce a sollevare il debitore non solo dalle incombenze necessarie per ottenere ogni singola autorizzazione, ma altresì dal pericolo di incorrere nella sanzione dell'inopponibilità dell'atto (non autorizzato) nei confronti dei creditori anteriori al concordato, scongiurando infine l'eventualità che la procedura sia revocata e l'imprenditore sia dichiarato fallito ai sensi dell'art. 173 l.f.

Al pari quanto accade per l'intervento del giudice delegato, il provvedimento autorizzatorio del tribunale deve assumere la forma del decreto, sia che si tratti di un provvedimento adottato *ad hoc* dal collegio nel corso della procedura sia che si tratti di una disposizione assunta con il decreto di ammissione al concordato *ex art. 163 l.f.* In entrambi i casi, però, a differenza di quanto si verifica per il decreto dell'organo monocratico, il provvedimento del tribunale non è soggetto ad alcuna possibilità di reclamo, considerato che, da un lato, i decreti collegiali sono sottratti al regime impugnatorio dell'art. 164 l.f. (ove non sia diversamente disposto), e dall'altro lato, lo stesso decreto di ammissione al concordato è sottratto espressamente all'eventualità del reclamo ai sensi dell'art. 163, comma 1, l.f. Infine, il contenuto chiaramente non decisorio del provvedimento collegiale sembra escluderne anche la ricorribilità per cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.*

Come si è osservato, l'intervento del tribunale fallimentare *in parte qua* ha condotto una parte della giurisprudenza di merito ad interrogarsi sulla influenza che l'assegnazione di un simile potere può esercitare sulla posizione assunta dal collegio nell'ambito del concordato, giungendo ad affermare talvolta che il legislatore della riforma avrebbe riconosciuto al tribunale l'«investitura dell'intera procedura». Ciò ha indotto la giurisprudenza a concludere nel senso di attribuire al collegio un potere di autorizzazione che esorbiterebbe i confini tracciati nel nuovo comma 3 della disposizione in commento, fino a sottrarre al giudice delegato le proprie prerogative *in parte qua* ogni qualvolta l'assunzione del provvedimento autorizzatorio rivesta un'importanza fondamentale per la prosecuzione della procedura e per la vita dell'impresa (75). Come detto, una simile affermazione non appare giustificata né dal nuovo dettato normativo né dall'esigenza di procedere con ponderazione alla valutazione di quegli atti di straordinaria amministrazione che rivestano una maggiore complessità economica e/o giuridica: l'intervento autorizzatorio del tribunale, infatti, pur potendo scaturire – a quanto pare – anche da una iniziativa officiosa del collegio, è funzionale agli interessi della procedura ed, in particolare, della gestione del patrimonio concordatario e dell'esercizio dell'impresa. Il nuovo potere del tribunale assolve, dunque, ad una finalità essenzialmente *deflattiva* della procedura, riducendo i tempi per il perfezionamento di atti talvolta essenziali nella prosecuzione dell'attività amministrativa. In definitiva, la chiara dizione della lettera della legge non sembra giustificare alcuna indebita estensione dei poteri del collegio oltre quelli che sono i limiti imposti dalla disposizione alla sua stessa competenza, con la conseguenza che il riconoscimento del potere di autorizzare il compimento di atti non eccedenti un determinato valore non sembra poter legittimare il tribunale ad autorizzare anche il compimento di atti ... eccedenti quel valore, tanto più ove ciò comporti la compressione della sfera di competenza di un altro organo giurisdizionale.

(75) Si vedano i riferimenti indicati *supra* alla precedente nota 50.

3. Gli effetti dell'ammissione al concordato sui rapporti giuridici preesistenti –

Le recenti riforme della legge fallimentare non hanno voluto infrangere il silenzio serbato dal legislatore del 1942 sulla sorte dei rapporti giuridici *preesistenti* alla ammissione del debitore al concordato preventivo. Le novelle non hanno, dunque, accolto le suggestioni provenienti da una parte dei lavori preparatori della riforma del 2006 (76), preferendo al contrario conservare l'atteggiamento silente che il legislatore del 1942 aveva a sua volta ereditato dai *conditores* di inizio Novecento, allorquando, nel tentativo di definire la prima disciplina sistematica del concordato preventivo, si erano astenuti dal prevedere una specifica regolamentazione per i rapporti giuridici pendenti alla data di apertura della procedura (77).

In particolare, la mancanza di una tale disciplina aveva indotto la prevalente dottrina dell'epoca a porre l'accento su argomenti che diverranno poi tradizionali nel vigore della legge del 1942, come la mancanza di un pieno ed effettivo *spossessamento* del patrimonio imprenditoriale durante la procedura e la rilevanza *in parte qua* della

(76) Ci si riferisce alla bozza dello schema di decreto legislativo – relativa alla sola regolamentazione della procedura di concordato preventivo – approvata nel luglio del 2005 dalla Commissione istituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal Sen. Giuliano (la si può leggere in appendice a S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 205 ss.), nella quale, mediante l'introduzione di un significativo art. 167-bis nel *corpus* originario della legge fallimentare, veniva approntata una particolareggiata disciplina dei «contratti in corso di esecuzione» (come recitava la rubrica della disposizione) statuendosi, in accoglimento delle conclusioni raggiunte dalla prevalente dottrina, che «i contratti in corso di esecuzione, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura, anche in deroga a eventuali patti contrari» (comma 1) e che «il giudice delegato può autorizzare il debitore a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione che non siano funzionali all'interesse dei creditori», fermo restando che «in tal caso spetta all'altro contraente il diritto ad un indennizzo pari al pregiudizio subito dallo scioglimento del contratto, da soddisfarsi come credito anteriore al deposito del ricorso» (comma 2). Infine, si prevedeva che «dalla data di apertura della procedura e fin no alla definitività del decreto di omologazione del concordato» fosse da escludersi l'applicazione delle norme relative alla riduzione del capitale sociale (artt. 2446, commi 2 e 3; 2447; 2482-bis, commi 4, 5 e 6; 2482-ter; 2484, comma 1, n. 4, c.c.) (si veda, in particolare, S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, p. 209; i corsivi sono nostri).

(77) Il riferimento è naturalmente alla l. 24 maggio 1903, n. 197, che ha introdotto il concordato preventivo nel nostro ordinamento. In virtù di tale legislazione – non troppo dissimile da quella elaborata dal legislatore nel 1942 (e, dunque, sotto molti aspetti, neppure da quella oggi vigente) – era previsto il divieto per i creditori concorsuali di «intraprendere o proseguire atti di esecuzione forzata, acquistare qualsiasi diritto di prelazione sopra i beni mobili del debitore [e di] iscrivere ipoteche» [art. 7, l. n. 197/1903: una disposizione, quest'ultima, omologa degli attuali artt. 168 e (almeno in parte) 169 l.f., tenuto conto che nella stessa era inoltre previsto che i crediti pecuniari privi del diritto di prelazione dovessero essere considerati scaduti, con la conseguenza che era sospeso il corso degli interessi «soltanto rispetto agli altri creditori»].

Oltre a ciò, la disciplina d'inizio secolo – richiamata in massima parte anche dalla legislazione successiva – prevedeva la conservazione da parte dell'imprenditore del potere di amministrare i suoi beni e di proseguire le operazioni di ordinaria gestione della propria impresa, fermo restando l'obbligo di agire sotto la vigilanza del commissario giudiziale e nel rispetto della direzione del giudice delegato (art. 8, l. n. 197/1903). Ciò che, tuttavia, non consentiva all'imprenditore concordatario di porre in essere atti gravemente depauperativi del proprio patrimonio (come le donazioni e gli atti a titolo gratuito) *ex* art. 9, comma 1, l. n. 197/1903, nonché gli atti di straordinaria amministrazione tassativamente indicati nel comma 2 del medesimo articolo (*id est* mutui, transazioni, compromessi, alienazioni di beni immobili, costituzione di pegni o di ipoteche) ogni qualvolta non fosse stata rilasciata l'autorizzazione da parte del giudice delegato ove richiesta da una «necessità od utilità evidente» (per l'analisi della disciplina previgente, si veda G. BONELLI, *Del fallimento*, vol. I, Milano, 1938, p. 657 ss.).

finalità generale del concordato, espressa – secondo la prospettiva invalsa a quel tempo (e rafforzatasi poi con la successiva legislazione del 1942) – dalla necessità di assicurare attraverso la procedura la *conservazione* del complesso aziendale e la conseguente *ripresa* di una sana attività imprenditoriale. Alla luce di simili argomenti si era, dunque, giustificato non solo l'approdo interpretativo della sostanziale *irrilevanza* dell'apertura del concordato per i rapporti contrattuali sinallagmatici (perfezionati, ma) non ancora interamente (o parzialmente) eseguiti da entrambe le parti, ma anche la scelta del legislatore di astenersi dal predisporre una normativa *ad hoc* per i rapporti contrattuali la cui esecuzione – rientrando nell'ambito dell'amministrazione del patrimonio debitorio (un'amministrazione avulsa, dunque, da finalità esclusivamente «liquidatorie» dei beni dell'imprenditore) – ben potevano *proseguire* anche durante lo svolgimento della procedura concordataria.

Inoltre, la conservazione dei poteri amministrativi e dispositivi dei propri beni in capo al debitore e la mancanza di penetranti ingerenze degli organi concorsuali sulle sue scelte dispositive – favorendo, in particolare, la conservazione dei rapporti giuridici stipulati *intuitu personae* dal contraente *in bonis* (interessato, pertanto, all'adempimento di tali prestazioni a mani del solo imprenditore concordatario) – avevano finito per legittimare non solo l'opportunità, ma finanche la *necessità* che il debitore mantenesse lo svolgimento di tutti i contratti in corso, quale miglior preludio alla continuazione *in bonis* della sua azienda (78).

La presenza di un testo legislativo sostanzialmente immutato rispetto al passato e la riproposizione di antichi problemi rimasti insoluti nel vigore della disciplina del 1903 non hanno modificato in misura significativa i termini del dibattito *de quo* all'indomani dell'approvazione della legge fallimentare del 1942. Tuttavia, se può dirsi assolutamente consolidata anche nel vigore della nuova normativa la tesi favorevole a riconoscere una sostanziale *insensibilità* dei rapporti giuridici preesistenti agli effetti dell'apertura del concordato, eterogenee sono le argomentazioni che di volta in volta sono state adottate a sostegno di una conclusione tanto condivisa quanto priva di un sicuro addentellato normativo.

Poco convincenti appaiono anzitutto quelle impostazioni che hanno suggerito un'applicazione retroattiva degli artt. 72 ss. l.f. sui rapporti giuridici preesistenti

(78) L'assoluta insensibilità dei rapporti giuridici in corso all'apertura del concordato preventivo era sostenuta, nel vigore della legge del 1903, dalla dottrina prevalente e, in particolare, da G. BONELLI, *Del fallimento*, vol. I, p. 503 ss. e da A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, p. 220 ss. Non si mancò, peraltro, di attribuire *impropriamente* un'efficacia generale alla previsione dell'art. 6, r.d.l. 20 dicembre 1932, n. 1607 (convertito nella l. 20 aprile 1933, n. 504), nella quale era previsto che i contratti di «vendita a termine» e «di riporto» aventi per oggetto titolo di Stato o di altri enti pubblici, nonché azioni ed obbligazioni di società commerciali, cartelle fondiari, valute o divise estere fossero «risolti di diritto» per effetto (della dichiarazione di fallimento ovvero) dell'apertura del concordato preventivo, ogni qualvolta la loro scadenza fosse posteriore alla data di inizio della procedura (l'opinione fu accolta soprattutto dalla giurisprudenza: cfr., in particolare, Cass., 14 maggio 1934, in *Foro it.*, 1934, I, c. 900 ss., citata da F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, p. 9, nota 21). Ma la dottrina dell'epoca si era fermamente opposta ad una generalizzazione della portata applicativa di tale disposizione, evidenziandone il carattere novativo del rapporto contrattuale pendente all'epoca dell'apertura della procedura (cfr. A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, p. 229). Malgrado ciò, un'eco di questo dibattito ha pervaso per lungo tempo anche i successivi interventi della dottrina nella vigenza della legge fallimentare del 1942, atteso che la disposizione dell'art. 6 cit. è stata ritenuta applicabile per la parte riguardante il concordato preventivo anche dopo l'approvazione della nuova disciplina fallimentaristica e malgrado la previsione di cui all'art. 76 l.f. (si vedano: R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2273; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 180-181, nota 49; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, pp. 219-220).

all'ammissione al concordato nel caso di sopravvenuta declaratoria di fallimento dell'imprenditore insolvente (79). Non si è mancato di criticare nemmeno l'opinione favorevole ad un'estensione applicativa degli artt. 72 ss. l.f. ai soli rapporti giuridici (pendenti durante la procedura perché) costituitisi successivamente all'accoglimento della domanda di concordato ⁽⁸⁰⁾, atteso che, seguendo una tale impostazione, si introdurrebbe una ingiustificata distinzione tra le varie situazioni pendenti alla data di apertura della procedura. Si è rifiutato anche un approccio, per dir così, casistico alla materia *de qua*, propenso cioè a valutare di volta in volta le peculiarità dello specifico contesto patrimoniale ed aziendale in cui si trovava l'impresa al momento dell'apertura del concordato al fine di giudicare praticabile o meno la prosecuzione del rapporto contrattuale pendente (81).

Ciò che, infatti, legittima la conclusione secondo cui l'apertura della procedura non incide sui rapporti giuridici preesistenti è rappresentato dal fatto che nel concordato preventivo il debitore conserva, a differenza di ciò che accade nel fallimento, un amplissimo margine di autonomia, in ragione del quale il debitore è tenuto ad adempiere le proprie obbligazioni nell'ambito della procedura. In altri termini, la conservazione di un significativo potere gestorio sul proprio patrimonio – ovverosia l'assenza in capo agli organi procedurali di qualsiasi legittimazione «sostitutiva» ad intraprendere le iniziative di amministrazione dell'azienda (se non nei limiti imposti dalla vigilanza del commissario giudiziale e, se del caso, dal previo rilascio dell'autorizzazione giudiziale al compimento degli atti di straordinaria amministrazione) – impone all'imprenditore di curare l'esecuzione delle prestazioni *lato sensu* pendenti alla data di ammissione al concordato. Di qui, la postulata assenza *in parte qua* di qualsivoglia effetto risolutivo automatico di un rapporto in corso di esecuzione (o i cui effetti non si siano ancora del tutto esauriti) ed il suo conseguente normale svolgimento (82).

(79) A tale conclusione è giunto G. PELLEGRINO, *Natura ed effetti dell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 568 ss., il quale ha ritenuto estendibile la conclusione dell'applicabilità retroattiva degli effetti *ex artt. 72 ss. l.f.* anche all'amministrazione controllata. Si è tuttavia osservato correttamente che «se nel corso del concordato preventivo o dell'amministrazione controllata il rapporto viene eseguito da una parte, o da entrambe le parti, al momento della successiva dichiarazione di fallimento la fattispecie non è più quella ipotizzata dagli artt. 72 ss. l.f., né la condizione di pendenza del rapporto, in mancanza di una diversa previsione normativa, potrebbe essere fittiziamente ripristinata, ignorando l'avvenuta esecuzione del medesimo» (F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, p. 43-44).

(80) In questi termini si è espresso, in particolare, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 218 ss.

(81) Questa lettura della *vexata quaestio* è stata proposta, in particolare, da V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, vol. II, p. 1480 (secondo l'Autore, gli effetti esplicabili dal concordato sui rapporti preesistenti sarebbero da identificarsi «attraverso i vincoli cui è soggetto il patrimonio del debitore, la necessità di difesa degli interessi dei creditori considerati come massa e le finalità della procedura stessa»); ma, in questo senso, cfr. già G. TARZIA, *Effetti del concordato preventivo (e dell'amministrazione controllata) sul contratto di somministrazione in corso*, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 774 ss.

(82) L'opinione secondo cui i rapporti giuridici preesistenti *non* si sciolgono per effetto del concordato preventivo è assolutamente prevalente in dottrina: senza alcuna ambizione di completezza delle citazioni bibliografiche, si vedano, in particolare, A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 172 ss.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 456; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 856; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 432; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 219 ss.; F. FERRARA jr – A. BORGIOI, *Il fallimento*, p. 700 ss.; F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, p. 33 ss.

Dal canto suo, anche la giurisprudenza continua a ritenere ininfluenza per le parti del rapporto giuridico preesistente il giudizio di ammissione al concordato preventivo, precisando che la continuazione del rapporto contrattuale pendente rappresenta una scelta ineludibile per il debitore concordatario, conservando tali rapporti la loro piena efficacia *inter partes* malgrado l'apertura della procedura, con la conseguenza che l'eventuale comportamento difforme del debitore giustificerebbe la scelta del contraente adempiente di sospendere l'esecuzione della propria prestazione a norma dell'art. 1461 c.c. (83) ovvero di eccepire l'inadempimento avversario *ex art.* 1460 c.c. (84), oltre che la decisione di agire per la risoluzione del contratto (85) e il risarcimento

(83) Il ricorso *in parte qua* allo strumento dell'art. 1461 c.c. è ammesso dall'orientamento prevalente della giurisprudenza (cfr., accanto alle sentenze citate nella successiva nota 85, Trib. Genova, 11 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 698 ss.) e della dottrina (si vedano, in specie, F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, p. 58 e p. 67; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 172 ss.; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 221), osservandosi che l'apertura del concordato può costituire un evento rilevante al fine di sospendere l'esecuzione della controprestazione da parte del contraente *in bonis* ogni qualvolta il deterioramento delle condizioni economiche del debitore (il c.d. stato di crisi) giustifichi, nel caso concreto, un «evidente pericolo» di non conseguire la controprestazione.

(84) Ammettono l'opponibilità dell'*exceptio inadimplenti contractus* da parte del contraente *in bonis*, con riferimento a crediti relativi prestazioni anteriori e/o successive all'apertura della procedura, Cass., 12 luglio 1994, n. 6556, in *Fall.*, 1995, p. 164 ss.; Cass., 4 febbraio 1993, n. 1397 e Cass., 23 marzo 1992, n. 3581, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2169 ss.; Cass., 21 dicembre 1990, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 777 ss.; Cass., 5 novembre 1990, n. 10620 e Cass., 18 ottobre 1990, n. 10167, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 179 ss.; Cass., 15 luglio 1980, n. 4538, in *Dir. fall.*, 1980, II, p. 577 ss. [le pronunce citate – intervenendo per lo più in materia di contratti di durata a prestazioni corrispettive – affermano, in particolare, il carattere *unitario* del relativo rapporto e la necessità di prevedere un trattamento *omogeneo* per le obbligazioni (anteriori e posteriori) che ne discendono, con l'ulteriore conseguenza che i relativi crediti devono considerarsi tutti *extraconcorsuali*]; *contra* si vedano, però, Cass., 30 gennaio 1997, n. 968, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 884 ss. e la citata Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, p. 257 ss. In dottrina, cfr. A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, p. 115; L. PAZZAGLIA, *L'amministrazione controllata: natura giuridica ed effetti*, p. 143; M. FABIANI, *L'autotutela negoziale nei confronti di impresa in amministrazione controllata*, in *Fall.*, 1992, p. 1069 ss. (con argomentazioni valedoli anche per la procedura di concordato preventivo).

(85) In favore della esperibilità dell'azione di risoluzione del contratto (e dell'eventuale azione risarcitoria: cfr. la successiva nota 87) da parte del contraente *in bonis* nel corso della procedura concordataria si è espressa la prevalente giurisprudenza, con riferimento sia alle ipotesi in cui l'inadempimento si è verificato anteriormente all'apertura della procedura sia alle ipotesi in cui l'inadempimento si è determinato nel corso del concordato. In tal senso si vedano, *ex pluribus*, Cass., 3 dicembre 1968, n. 3868, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 933 ss., con nota di R. PROVINCIALI, *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*; Cass., 27 novembre 1975, n. 3962, in *Dir. fall.*, 1976, II, p. 196 ss.; Cass., 3 luglio 1980, n. 4217, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2444 ss. (per maggiori indicazioni sulla giurisprudenza *ante* riforma, si veda F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, p. 33 ss., nota 3). Più di recente, ma sempre nel vigore della disciplina del 1942, si vedano invece Cass., 23 gennaio 1998, n. 615, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2245 ss.; Cass., 30 gennaio 1997, n. 968, in *Fall.*, 1997, p. 84 ss.; Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, p. 257 ss.; Cass., 5 novembre 1990, n. 10620, p. 179 ss.; App. Firenze, 10 dicembre 1990, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 561 ss.; Trib. Genova, 11 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 1016 ss., con nota di V. RINALDI, *Rapporti giuridici pendenti e concordato preventivo con cessione dei beni*; Trib. Milano, 18 settembre 1986, voce *Concordato preventivo*, in *Foro it. Rep.*, 1988, n. 60; Trib. Lucca, 17 febbraio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1120 ss. [va segnalato, inoltre, che una parte della giurisprudenza ha escluso che il contraente *in bonis* sia legittimato ad esperire l'azione di risoluzione del contratto per inadempimenti anteriori all'apertura della procedura, osservando – con argomenti, invero, non del tutto convincenti – che il divieto di intraprendere iniziative per lo scioglimento del vincolo contrattuale rappresenterebbe il corollario del divieto – come si vedrà tutt'altro che incontrovertibile – di eseguire pagamenti di debiti anteriori nel corso della procedura (arg. *ex art.* 168, comma 1, l.f.) e che, ammettendo in favore del solo

del danno (86). Ad una simile conclusione la giurisprudenza perviene facendo leva soprattutto sull'assenza di qualunque richiamo nella disciplina del concordato alle previsioni degli artt. 72 ss. l.f. *in parte qua* (87) e – ancora una volta – sull'attenuazione

creditore-contraente *in bonis* la possibilità di esperire l'azione di risoluzione, si finirebbe per determinare un'inammissibile disparità di trattamento tra creditori lesiva della *par condicio creditorum*): cfr., in particolare, Cass., 16 giugno 2001, n. 8118, in *Fall.*, 2002, p. 600 ss.; Cass., 9 maggio 1969, n. 1588, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1451 ss.; App. Milano, 9 settembre 1986, in *Fall.*, 1987, p. 505 ss.; nello stesso senso, si vedano anche L. PAZZAGLIA, *L'amministrazione controllata: natura giuridica ed effetti*, p. 140; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2518; P. FANILE, *Effetti dell'amministrazione controllata sui rapporti preesistenti*, in *Fall.*, 1986, p. 643]. In dottrina hanno aderito all'opinione maggioritaria: U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, p. 1668; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 222; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 222; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 432; F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, p. 135; G. OPPO, *Mandato irrevocabile e vincoli di gestione nell'amministrazione controllata*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 50; A. DIMUNDO – A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, p. 114.

(86) La possibilità per il contraente *in bonis* di far valere l'azione risarcitoria (accessoria alla risoluzione del contratto per inadempimento) è ammessa – nel rispetto delle condizioni dettate nell'art. 1218 c.c. – nei soli casi in cui il comportamento omissivo del debitore non sia dipeso dal diniego della prescritta autorizzazione da parte del giudice delegato ai sensi dell'art. 167, comma 2, l.f.: anche in mancanza del necessario intervento del giudice, infatti, il debitore potrebbe comunque adempiere e l'atto, benché inefficace nei confronti dei creditori «anteriori», sarebbe valido ed efficace *inter partes* (divenendolo anche nei confronti della massa dei creditori se, malgrado la mancanza di un'autorizzazione, il concordato venisse comunque omologato dal tribunale): in dottrina, accanto agli Autori citati *supra* nella nota 83, cfr. anche M. SIMEON, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti*, in AA.VV., *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2006, p. 844.

(87) Si è cercato, talvolta, in dottrina di sostenere la possibilità di un'applicazione analogica degli artt. 72 ss. l.f. anche alla procedura di concordato preventivo, affermando, in particolare, che sussisterebbe un'identità dei presupposti (la mancanza dei mezzi per adempiere alle obbligazioni), delle finalità (la rimozione del dissesto) e degli effetti (la separazione patrimoniale, lo spossessamento del debitore, il subentro degli organi della procedura) tra tutte le procedure concorsuali e ritenendo altresì che l'assenza di un richiamo esplicito a tali disposizioni negli artt. 167 ss. l.f. (e, in particolare, nell'art. 169), così come la mancanza di un vero e proprio spossessamento a carico dell'imprenditore, non avrebbero potuto ostacolare l'estensione applicativa della disciplina fallimentaristica sui rapporti giuridici pendenti alla procedura concordataria. In questo senso, si vedano soprattutto R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2269 ss.; ID., *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*, p. 933 ss.; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, p. 540. *Contra* si è però efficacemente osservato non solo che l'assenza di un esplicito richiamo *in parte qua* agli artt. 72 ss. l.f. non può legittimare – sulla base della sola «notoria difettosità della legge fallimentare» (R. PROVINCIALI, *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*, p. 933) – un'estensione analogica di tali disposizioni alla procedura concordataria (tanto più se si considera che *ubi lex voluit dixit*, come emerge dalla lettura dei puntuali rinvii sanciti dall'art. 169 l.f. proprio in relazione a taluni effetti della domanda di ammissione al concordato) (cfr. la citata Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, p. 257 ss.), ma anche che – pur volendo prescindere dal rilievo secondo cui oggi il presupposto del concordato preventivo non è più l'insolvenza ma lo «stato di crisi» del debitore *ex art.* 160 l.f. – il fallimento e il concordato preventivo assolvono finalità diverse (liquidazione dei beni del debitore e distribuzione del ricavato ai creditori nel caso del fallimento, soddisfacimento dei creditori mediante la continuazione dell'attività d'impresa nel caso del concordato) che ne giustificano discipline diverse (cfr. App. Firenze, 10 dicembre 1990, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 561; Trib. Milano, 10 giugno 1985, in *Fall.*, 1986, p. 555; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 156; infine, nel senso che nessuna natura esecutiva può essere rintracciata nel concordato preventivo, che è invece informato all'iniziativa del debitore di adempiere spontaneamente alle proprie obbligazioni ed al vantaggio derivante dalla possibilità di evitare la liquidazione fallimentare, si è espresso A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 167*, p. 139 ss.).

dello sposessamento del debitore concordatario rispetto ai caratteri tipici della procedura fallimentare. Sulla scorta di simili argomentazioni, del resto, la giurisprudenza non ha esitato neppure ad ammettere la proponibilità dell'azione *ex art.* 2932 c.c. in pendenza del concordato, al fine di consentire al promittente virtuoso di beneficiare dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo – assunto in epoca anteriore all'apertura della procedura – di stipulare il contratto definitivo (88).

La conclusione secondo cui il rapporto pendente alla data di apertura del concordato prosegue secondo le norme del diritto comune, pur costituendo il naturale e logico corollario dell'inapplicabilità alla procedura concordataria delle disposizioni dettate dagli artt. 72 ss. l.f. per il fallimento, pone tuttavia alcuni importanti interrogativi in merito all'effettiva compatibilità tra i caratteri costitutivi della procedura concordataria (in particolare il peculiare atteggiarsi del principio della «concorsualità») e la regola della prosecuzione del rapporto pendente, a cominciare – com'è noto – dall'*adempimento* di quelle obbligazioni che traggono origine da contratti posti in essere dal debitore anteriormente all'apertura della procedura e proseguiti, secondo le norme di diritto comune, nel corso del concordato.

Al riguardo, vi è infatti da rilevare che l'opinione maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza ha condiviso da tempo la necessità di precludere al debitore concordatario ogni possibilità di adempiere alle obbligazioni sorte prima dell'ammissione alla procedura, evidenziandosi in particolare come il legislatore, avendo vietato ai creditori «anteriori» ogni possibilità di conseguire *indirettamente* il soddisfacimento delle proprie pretese (*id est* attraverso la realizzazione in via forzata delle medesime ovvero mediante l'acquisto di diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti), a maggior ragione avrebbe inteso precludere agli stessi il soddisfacimento *diretto* delle proprie ragioni, ottenuto mediante il pagamento spontaneo dei debiti (preesistenti) da parte dell'imprenditore medesimo, atteso che – come è facile avvedersi – un simile comportamento finirebbe inevitabilmente per ledere il principio di uguaglianza che presiede alla legittima affermazione delle posizioni assunte dai diversi creditori concorsuali, esautorando altresì la portata precettiva del divieto sancito dall'art. 168 l.f. (89). A ciò si è, poi, aggiunto che la tutela della *par condicio creditorum* imporrebbe una lettura rigorosa *in parte qua* dell'art. 167, comma 2, l.f., atteso che l'assenza del pagamento (di debiti preesistenti) nel novero degli atti il cui compimento

(88) Cfr., *ex multis*, Cass., 1° marzo 2002, n. 3022, in *Fall.*, 2002, p. 734 ss., nonché le citate Cass., 23 gennaio 1998, n. 615, p. 2245 ss. e App. Catania, 2 dicembre 1992, p. 141 ss.

(89) Come si è detto, l'argomento è stato ampiamente condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le quali hanno inoltre variamente sottolineato non solo la rilevanza dell'obbligo posto dall'art. 167 l.f. a carico dell'imprenditore affinché provveda ad un'oculata gestione del suo patrimonio, ma anche l'importanza dell'art. 184 l.f., la cui disposizione, nel prevedere che il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, escluderebbe l'ammissibilità di un pagamento del debito concorsuale al di fuori dei casi previsti dal sistema concorsuale. In questo senso si vedano, *ex multis*, Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Giust. civ.*, Mass. 2002, p. 2109; Cass., 28 agosto 1995, n. 9030, in *Fall.*, 1996, p. 69 ss.; Cass., 19 agosto 1992, n. 9655, in *Fall.*, 1993, p. 259 ss.; Cass., 13 giugno 1983, n. 4053, in *Giust. comm.*, 1983, II, p. 819 ss.; Cass., 9 maggio 1969, n. 1588, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1451 ss.; Trib. Sulmona, 9 luglio 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 983 ss. (relativa, tuttavia, ad una procedura di amministrazione controllata); Trib. Reggio Emilia, 7 novembre 1983, in *Riv. dott. comm.*, 1984, p. 536 ss. In dottrina si vedano, in specie, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, p. 428-429; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2250; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. III, p. 1664; S. PACCHI, *Gli effetti del concordato preventivo*, in AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, p. 171.

esige la previa autorizzazione del giudice delegato, lungi dal giustificare la conclusione secondo cui un tale atto possa essere comunque realizzato anche in assenza della legittima autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, indicherebbe piuttosto che quello in questione è un atto «non autorizzabile» perché incompatibile con la vocazione *concorsuale* della procedura concordataria (90).

Nondimeno, si è correttamente evidenziato che la determinazione concreta del principio della *par condicio creditorum* tende ad *adeguarsi* alle peculiarità di ciascuna procedura concorsuale, assumendo in particolare un carattere fortemente attenuato nel concordato preventivo, laddove è consentito ai creditori concorsuali di acquistare diritti di prelazione successivamente all'apertura della procedura ai sensi dell'art. 168, comma 3, l.f. ovvero di costituire – previa autorizzazione del giudice delegato *ex art.* 167, comma 2, l.f. – delle garanzie reali (anche) in relazione a crediti anteriori all'ammissione alla procedura, suscitando in entrambi i casi evidenti effetti «distorsivi» della parità di trattamento tra i creditori. Orbene, come si è puntualmente segnalato in dottrina, simili peculiarità della procedura *impediscono* di desumere dal divieto (espreso) di pagamento coattivo dei debitori anteriori un divieto (implicito) di pagamento spontaneo dei medesimi, atteso che, mentre il divieto di azioni esecutive individuali a carico dei creditori (*id est* la preclusione di un pagamento forzato dei creditori) è diretto a salvaguardare l'integrità del patrimonio concordatario, il pagamento spontaneo da parte dell'imprenditore è finalizzato al soddisfacimento delle «esigenze di funzionalità della gestione e di risanamento dell'impresa» (91).

Tali conclusioni sono, poi, suffragate dalla ricordata esperibilità da parte contraente *in bonis* degli strumenti predisposti dal diritto comune a tutela delle pretese (rimaste insoddisfatte) della parte non inadempiente, segnalandosi come la possibilità per il creditore di reagire all'inadempimento dell'imprenditore concordatario – ottenendo, tra l'altro, la risoluzione del contratto e l'eventuale risarcimento del danno – presupponga la possibilità (ed anzi ... il dovere) per l'imprenditore di eseguire la propria prestazione: insomma, precludere all'imprenditore l'adempimento dei debiti preesistenti all'apertura del concordato e, al contempo, consentire al contraente *in bonis* di lamentare l'inadempimento avversario costituisce un'evidente contraddizione ed un

(90) Escludono che il pagamento dei debiti preesistenti possa essere ricompreso tra gli atti autorizzabili dal giudice delegato Cass., 2 agosto 1977, n. 3421, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 1576 ss. e Trib. Sulmona, 9 luglio 1992, p. 983 ss. Da ciò si ricava, peraltro, la natura di provvedimento «abnorme» dell'eventuale atto con cui il giudice delegato autorizzi il debitore al pagamento dei debiti anteriori all'apertura del concordato: Cass., 16 giugno 2001, n. 8118, p. 600 ss.; Cass., 9 novembre 1982, n. 5883, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 143; App. Palermo, 20 febbraio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1492 ss.; App. Bologna, 24 giugno 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 278 ss.; Trib. Milano, 17 dicembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, II, p. 206 ss. In questo senso, cfr. anche P. FANILE, *Effetti dell'amministrazione controllata sui rapporti preesistenti*, p. 640 ss.

(91) Così si è espresso già G. OPPO, *Mandato irrevocabile e vincoli di gestione nell'amministrazione controllata*, p. 25 ss. p. 51 (dal quale sono tratte le parole riportate tra virgolette). Nello stesso senso, si vedano anche A. MAFFEI ALBERTI, in *Dir. fall.*, I, 1994, p. 600 ss.; M. FABIANI, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1997, p. 272 ss. (l'Autore sottolinea, in particolare, la diversità del trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore per il caso di fallimento, evidenziando che, mentre la violazione del divieto di eseguire pagamenti di debiti preesistenti è sanzionata con l'*inefficacia* del versamento *ex art.* 42 l.f., la violazione del divieto di esperire azioni esecutive individuali è sanzionata con la *nullità assoluta* della iniziativa creditoria *ex art.* 51 l.f.); G. TARZIA, in *Giur. comm.*, 1996, p. 469; M. SIMEON, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti*, p. 815 ss. Con riferimento, invece, alla procedura di amministrazione controllata, cfr. B. INZITARI, *Commento all'art. 188*, in *Commentario Scialoja – Branca*, 1992, p. 106.

eccessivo pregiudizio a carico dell'imprenditore, il quale sarebbe chiamato altrimenti a sopportare non solo le gravose conseguenze del proprio (forzato e) prolungato inadempimento, ma anche degli effetti pregiudizievoli prodotti dall'impossibilità di soddisfare rapporti contrattuali funzionali alla (ed anzi talvolta decisivi per la) prosecuzione dell'attività imprenditoriale (come, ad esempio, il pagamento di forniture o di somministrazioni) (92).

Il carattere *doveroso* dell'adempimento – ad opera dell'imprenditore concordatario – delle obbligazioni derivanti da rapporti contrattuali pendenti al momento dell'apertura del concordato, se legittima (ed anzi impone) l'iniziativa del debitore volta a soddisfare la pretesa avversaria, non esclude tuttavia – come si è puntualmente rilevato in giurisprudenza – che il pagamento spontaneo sia comunque subordinato ad una verifica giudiziale della effettiva *compatibilità* dell'adempimento con le esigenze sottese alla conservazione del patrimonio concordatario (in vista non solo del soddisfacimento delle pretese creditorie, ma anche dell'eventuale prosecuzione dell'attività imprenditoriale).

L'insensibilità del rapporto giuridico pendente all'apertura della procedura non assume, dunque, un carattere assoluto, esigendosi piuttosto che la scelta di adempiere l'obbligazione preesistente sia ritenuta dal giudice delegato – attraverso il rilascio di una autorizzazione all'adempimento *ex art. 167, comma 2, l.f.* – funzionale agli scopi della procedura (93).

Marcello Gaboardi
Assistant Professor of Diritto processuale civile e Diritto fallimentare
Dipartimento di Studi Giuridici
Università Commerciale "L. Bocconi"
Via Röntgen, 1
20136 – Milano
(+39) 02.5836.5590
gaboardi.marcello@unibocconi.it

(92) A ciò non sembra, invero, ostare la rinnovata fisionomia del concordato preventivo, funzionale – dopo le recenti riforme – al soddisfacimento di finalità più spiccatamente liquidatorie e soddisfattive delle pretese creditorie, tenuto conto che – come si è rilevato sin dalle prime pagine – la nuova impostazione della procedura concordataria, protesa al raggiungimento di un accordo di natura privatistica volto al risanamento dei debiti imprenditoriali, resta pur sempre *strumentale* alla continuazione dell'attività d'impresa su basi finanziarie e patrimoniali più solide.

(93) L'autorizzazione del giudice delegato rende legittimi ed efficaci i pagamenti di crediti anteriori all'apertura della procedura secondo Cass., 12 giugno 2007, n. 13759, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, n. 10; Cass., 12 gennaio 2007, n. 578, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2466 ss.; Cass., 5 novembre 1990, n. 10620, p. 179 ss.; Trib. Reggio Emilia, 12 giugno 1995, in *Fall.*, 1995, p. 1250 ss. Si veda anche Cass., 29 novembre 2005, n. 26036, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, n. 11, secondo cui il pagamento di un debito preconcordatario è legittimo in quanto sussumibile nella categoria degli atti di ordinaria amministrazione del patrimonio concordatario, a meno che tale atto non integri un'iniziativa volta a frodare i creditori concorsuali, risultando in tal caso sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173 l.f.