

**IL “CONCORDATO SEMPLIFICATO” INTRODOTTO DAL D.L. N. 118  
DEL 2021, CONVERTITO, CON MODIFICHE, DALLA L. N. 147 DEL 2021(\*)**

di  
Giuseppe Bozza

***Sommario: I. Inquadramento del concordato semplificato: il collegamento con la composizione negoziata della crisi. – II. Inquadramento del concordato semplificato: la natura liquidatoria. – III. Inquadramento del concordato semplificato: la normativa applicabile e l’analogia legis. – IV. I presupposti soggettivi ed oggettivi. – V. La fase iniziale. La presentazione della domanda. – VI. La fase iniziale. La documentazione da allegare alla domanda. – VII. La fase iniziale. Il contenuto della domanda. La classazione. – VIII. La fase iniziale. Gli effetti della presentazione della domanda. – IX. La fase dell’ammissione. Poteri del giudice. – X. L’ausiliario. – XI. L’assenza della votazione. – XII. La fase dell’omologa. – La fissazione dell’udienza. – XIII. – La fase dell’omologa. La decisione. – XIV. La fase dell’omologa. L’impugnazione, gli effetti. – XV. La fase della liquidazione. – XVI. Considerazioni conclusive.***

**I. INQUADRAMENTO DEL CONCORDATO SEMPLIFICATO: IL COLLEGAMENTO CON LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI.**

---

(\*) Questo contributo è destinato all’opera collettanea di commento al D.L. n. 118 del 2021 a cura di S. Ambrosini e costituisce, con gli opportuni aggiornamenti, lo sviluppo della Relazione tenuta in Vicenza in data 26 novembre 2021 in occasione di un incontro formativo organizzato dall’Osservatorio Triveneto di Diritto societario e fallimentare “Fallimenti e Società”.

Il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modifiche, dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147, ha introdotto consistenti novità che ampliano il già variegato catalogo degli strumenti per superare la crisi d'impresa. In aderenza ai principi espressi dalla Direttiva UE n. 1023 del 2019 che fa fortemente leva sulla emersione anticipata della crisi e sulla necessità di interventi tempestivi di ristrutturazione attraverso strumenti principalmente negoziali, il nostro legislatore ha posto a centro del nuovo corpo normativo la composizione negoziata della crisi e, contestualmente, oltre ad anticipare l'entrata in vigore alcuni istituti previsti dal Codice della crisi, a recepire il *cram down* erariale anche in caso di voto negativo del fisco ed altro, ha inventato una nuova figura di concordato, definito dall'art. 18 “*concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*”.

Il concordato semplificato non è una nuova figura di concordato autonomo cui il debitore possa accedere direttamente, ma una procedura utilizzabile, ad esclusiva iniziativa del debitore, solo come sbocco della composizione negoziata, quando le trattative non abbiano portato ad altre soluzioni; pertanto questa nuova procedura è utilizzabile soltanto dall'imprenditore che abbia seguito il percorso della composizione negoziata, sempre che le trattative siano state avviate per aver ritenuto l'esperto ricorrere concrete prospettive di risanamento e che, all'esito delle stesse, non sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendevano probabile la crisi o l'insolvenza.

Conclusione che si deduce dall'intera intelaiatura della nuova normativa e, in particolare, dalla previsione del primo comma dell'art. 18, per la quale l'imprenditore può presentare una proposta di concordato per cessione dei beni nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della redazione finale redatta dall'esperto nominato per la composizione negoziata al termine dell'incarico e con la quale “*dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili*”.

Tanto supera la non felice formulazione dell'art. 11 e quella contraddittoria dell'art. 17. L'art. 11 prevede, infatti, al primo comma, che, qualora il percorso negoziale porti ad un risultato positivo in quanto si è trovata una soluzione capace a superare la situazione di crisi, il debitore può concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 14 (utilizzo delle misure premiali) se, secondo la relazione dell'esperto è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni; può concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 182-*octies* L.F., inserito nel tessuto della legge fallimentare dall'art. 20 del nuovo d.l. che riprende l'art. 62

CCII, estensibile a tutti i creditori, in presenza di alcune condizioni purchè gli aderenti rappresentino il 75% dei crediti; può concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), L.F. (gli effetti, cioè, di un piano attestato), senza necessità dell'attestazione in quanto alla sottoscrizione dell'esperto è attribuita la medesima valenza dell'attestazione prevista da detta norma fallimentare.

A questi sbocchi stragiudiziali, indicati nel primo comma dell'art. 11, il secondo comma dello stesso articolo prevede anche uno sbocco giudiziale in quanto l'imprenditore può domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, anche nella forma degli accordi agevolati e degli accordi ad efficacia estesa, regolati, rispettivamente, dagli artt. 60 e 61 CCII, che il nuovo d.l. ha inserito nella legge fallimentare sostituendo l'art. 182-*septies* (esteso a tutti i creditori e non solo alle banche e con riduzione della percentuale di adesioni dal 75% al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto) e introducendo, oltre all'art. 182-*octies*, anche gli artt. 182-*novies* e 182-*decies*. In tal caso, il secondo comma dell'art. 11 dispone che a queste procedure l'imprenditore possa accedere "all'esito delle trattative" e la frase non è retta dalla previsione introduttiva del primo comma, che fa riferimento all'ipotesi che sia stata "*individuata una soluzione idonea*" al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, sicchè la condizione per pervenire ad uno degli accordi di ristrutturazione descritti è solo quella che si sia arrivati all'esito delle trattative senza trovare una soluzione che giustificasse il ricorso ad uno degli accordi citati nel comma precedente.

Nel caso, invece, di esito negativo delle trattative e di mancato ricorso ad una delle forme di ristrutturazione, certificato dall'esperto, si apre per il debitore la possibilità di predisporre un piano attestato di risanamento, che non beneficerà dell'esenzione dall'attestazione di un esperto indipendente, o presentare una domanda di concordato preventivo, eventualmente anche nella forma del concordato con riserva, o di accedere ad una delle altre ordinarie procedure regolate dalla legge fallimentare (fallimento in proprio, liquidazione coatta amministrativa) o, in presenza dei requisiti di legge, di ricorrere all'amministrazione straordinaria. In questo contesto si inserisce il concordato semplificato, quale ulteriore e innovativa procedura a disposizione del debitore che abbia invano percorso la strada dell'accordo negoziato.

Il ricorso a queste procedure è offerto all'imprenditore dal terzo comma dell'art. 11 in "alternativa"; ossia non come soluzioni alternative a quelle di cui ai commi precedenti in

presenza delle stesse condizioni, ma quali soluzioni utilizzabili quando non ricorrono le condizioni che giustificano una convenzione stragiudiziale o una procedura di ristrutturazione ordinaria, agevolata o ad efficacia estesa<sup>(1)</sup>.

A questa lettura dell'art. 11, seppur faticosa ma comunque in linea con la previsione dell'art. 18, si contrappone la incongrua disposizione dell'art. 17, riguardante le imprese non fallibili, secondo la quale, “*quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui al comma 1, le parti possono, alternativamente*” adire a varie soluzioni, tra cui quella di proporre una domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18, che, all'evidenza, presuppone che non sia stata trovata una soluzione idonea al superamento della crisi<sup>(2)</sup> e che legittimato a proporre il concordato sia esclusivamente il debitore e non “le parti”.

Alla luce di tanto, l'aggiunta fatta dalla legge di conversione, all'art. 11, co. 3, lett. b), secondo la quale il quale il debitore può proporre la domanda di concordato semplificato

---

<sup>(1)</sup> Stante questa ricostruzione - che trova pieno riscontro nell'art. 18, che fornisce la sintesi dell'articolazione dell'art. 11, mi sembra difficile ipotizzare il ricorso al concordato semplificato qualora, all'esito positivo della composizione negoziata, l'imprenditore faccia ricorso ad una delle soluzioni previste dall'art. 11, commi 1 e 2, che però non vanno definitivamente in porto (ad es. non viene omologato l'accordo di ristrutturazione). Di diverso avviso G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento* 2021,1606; tuttavia, al di là del dato normativo, rimane quello cronologico del limite temporale inderogabile del deposito della domanda di concordato nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione finale dell'esperto, e, quindi, l'accertamento della impossibilità di realizzare l'accordo trovato o la ristrutturazione prospettata dovrebbe avvenire entro questo termine per consentire comunque la presentazione della domanda di concordato semplificato, il che è estremamente difficile che si realizzi.

<sup>(2)</sup> Non persuade l'interpretazione data da Bonfatti (S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa - Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, in *dirittodellacrisi.it*, febbraio 2022), secondo cui, essendo espressamente affermato nell'art. 17 che “la domanda di concordato semplificato” costituisce “una soluzione idonea al superamento” della situazione di crisi, conseguita attraverso il ricorso alla “composizione negoziata” la misura del concordato può essere rappresentata sin dall'origine, da parte dell'imprenditore, ai propri creditori, come strumento di composizione della crisi d'impresa e che ad analoga conclusione si deve pervenire anche nella composizione delle imprese sopra soglia. L'art. 17, così come l'art. 11, nel prospettare la soluzione concordataria fa espresso riferimento alla “domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 18 del presente decreto”, che, a sua volta, richiede per la presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato che l'esperto nella relazione finale abbia dichiarato che le trattative “non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili”. Appare più aderente alla realtà pensare ad un errore nella formulazione dell'art. 17, che si basa sulla copia maldestra dell'art. 11, senza tenere conto delle articolazioni di quest'ultimo che, peraltro, contenendo la norma principale di definizione della conclusione delle trattative, dovrebbe essere presa come modello per interpretare quelle che con essa, e con l'intero meccanismo, si pongono in contrasto senza alcuna giustificazione.

per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18, “*all’esito delle trattative*”, è del tutto superflua in quanto non poteva sussistere alcun dubbio che la domanda di concordato semplificato di cui all’art. 18 potesse essere proposta solo all’esito delle trattative, a seguito della relazione dell’esperto che dà atto della impossibilità di un accordo con i creditori o comunque di trovare altre soluzioni concordate; ed infatti il testo della lett. e) del quarto comma dell’art. 17 - che consente anche all’imprenditore sotto soglia di “*proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all’articolo 18 del presente decreto*” - è rimasto immutato.

Escluso per manifesta illogicità che il legislatore, con la differente formulazione delle due norme, abbia inteso creare un sistema secondo cui l’imprenditore sotto soglia può accedere al concordato semplificato anche nel corso delle trattative per la composizione negoziata, nel mentre quello fallibile deve necessariamente attendere l’esito delle trattative, si ha una ulteriore conferma della superfluità dell’aggiunta fatta dalla legge di conversione all’ art. 11.

Con riferimento alle crisi di modeste dimensioni, il secondo comma dell’art. 35-*quinquies* del d.l.6 novembre 2021, n. 152, inserito con la legge di conversione n. 233 del 2021, ha introdotto una convenzione moratoria utilizzabile quando l’indebitamento complessivo dell’imprenditore non supera l’importo di 30.000 euro e, all’esito dell’elaborazione condotta dal programma di cui alla piattaforma telematica nazionale, tale debito risulta sostenibile; in tal caso il programma elabora un piano di rateizzazione (non quindi di ristrutturazione quantitativa) che l’imprenditore comunica ai creditori interessati, avvertendoli che, se non manifestano il proprio dissenso entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione, il piano si intenderà approvato e sarà eseguito secondo le modalità e i tempi nello stesso indicati. Trattasi di uno strumento non assimilabile alla composizione negoziata, anzi alternativo alla stessa in quanto tende ad evitare, in considerazione della modestia dell’indebitamento, proprio i costi della composizione negoziata, posto che nella nuova fattispecie non vi è interlocuzione con i creditori i quali possono solo non accettare il piano di rateizzazione; ne segue, per quanto qui di interesse, che all’eventuale esito negativo della moratoria (abbastanza improbabile, ma pur sempre possibile per mancata accettazione o incapacità a rispettare le scadenze), l’imprenditore non avere accesso al concordato semplificato.

## II. INQUADRAMENTO DEL CONCORDATO SEMPLIFICATO: LA NATURA LIQUIDATORIA.

Il concordato semplificato può assumere soltanto la veste del concordato liquidatorio.

Invero, la lett. b) del comma terzo dell'art. 11 dispone che *“l'imprenditore può proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto”* e l'art. 18, la cui rubrica recita: *“Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio”*, a sua volta, identifica il concordato semplificato in *“una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 161, secondo comma, lettere a), b), c), d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”* e richiede all'esperto un parere *“con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione”*.

Nonostante l'inequivoco significato del testo normativo, autorevolmente si sostiene che la formula legislativa impedisce la continuità diretta in capo all'imprenditore, ma non quella indiretta perché questa risulta di fatto espressamente ammessa dall'art. 19, ove si prevede che il piano possa comprendere l'offerta di un compratore – con efficacia immediata, prima ancora dell'omologa – riferita all'intera azienda o ad uno o più dei suoi rami<sup>(3)</sup>.

L'argomento non sembra molto convincente. Invero, anche la giurisprudenza che ha riconosciuto la continuità indiretta nel caso che l'azienda sia già stata affittata o si pianifichi debba esserlo<sup>(4)</sup> ha sì ritenuto irrilevante che, al momento della domanda di concordato, come pure all'atto della successiva ammissione, l'azienda sia esercitata da un terzo anziché dal debitore, ma ha pur sempre richiesto che ci sia una azienda in funzione, come elemento costitutivo della continuità; nel concordato semplificato, invece, qualora vi sia la prospettiva di cessione dell'intera azienda o di un ramo della stessa, o sia già stata acquisita una offerta di acquisto del genere, in attesa della realizzazione del trasferimento, non è richiesto che l'attività continui in modo che l'azienda sia in esercizio (per usare l'espressione dell'art. 186-bis L.F.), né, ove l'acquisto riguardi un ramo di azienda, che il

---

<sup>(3)</sup> G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021, 4, che riprende uno spunto di S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato, primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali ilcaso.it*, 23 settembre 2021, per il quale la cessione dell'azienda o di suoi rami, espressamente prevista dall'art. 19 come possibile nucleo del piano di liquidazione, *“continua a rappresentare un'ipotesi di continuità alla stregua della disciplina del concordato preventivo”*. Conf. G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1604.

<sup>(4)</sup> Cfr. Cass. 19 novembre 2018, n. 29742, in *Foro it.* 2019, 1, I, p. 145, espressamente richiamata da G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 4.

debitore continui per il futuro l'attività con la parte residua, in attesa della sua successiva liquidazione, né si interessa della sorte dell'azienda che è oggetto di liquidazione o della tutela dei livelli occupazionali.

Ossia, anche nella continuità indiretta vi deve essere la prosecuzione della gestione aziendale da parte dell'imprenditore, solo che, a differenza della continuità diretta ove essa è di carattere duraturo, *“qui si ha una gestione meramente interinale, volta principalmente a conservare il valore del complesso aziendale nell'ottica di una migliore cessione e realizzo del complesso aziendale”*, di modo che, se nel piano concordatario non è contemplata la prosecuzione dell'attività, quanto meno allo scopo (non di realizzare il risanamento dell'impresa ma) di garantire il mantenimento dell'unità operativa dei complessi aziendali in vista della loro cessione (o del conferimento), da cui ricavare le liquidità necessarie per la soddisfazione dei creditori, non si è in presenza di un concordato in continuità, la cui normativa di favore si spiega proprio nell'ottica di trasferire una azienda in esercizio (come ribadisce due volte l'art. 186-bis L.F.) allo scopo della migliore liquidazione.

L'art. 186-bis L.F. spiega la Corte, prevede, oltre alle agevolazioni, anche cautele al fine di ridurre il rischio che la prosecuzione dell'attività si risolva in un danno per i creditori, per cui esso dispone che, quando il piano di concordato prevede la continuità aziendale in una delle tre forme ivi descritte, esso deve avere una maggiore analiticità e la relazione di attestazione ex art. 161, comma 3, deve contenere una specifica certificazione circa la convenienza della prosecuzione dell'attività d'impresa per i creditori. Orbene l'art. 18 non fa alcun riferimento a tale documentazione (infatti richiede quella di cui all'art. 161) né mai menziona l'art. 186-bis, per cui per la presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato non è richiesta una indicazione (tanto meno analitica) dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura, né una relazione che attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, che sono elementi connaturati alla continuità, diretta o indiretta che sia, e fatti propri dall'art. 186-bis L.F.. Al contrario alla domanda di omologa del concordato semplificato va allegata parte della documentazione indicata dal secondo comma dell'art. 161 L.F. per tutti i tipi di concordato (e della cui valenza si dirà) e il tribunale può omologare il nuovo tipo di concordato qualora rilevi *“che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare”*; aspetto quest'ultimo che evidenzia come il legislatore abbia posto il concordato semplificato allo stesso livello del fallimento, come a dire che quando è tramontata ogni

velletà di risanamento dell'impresa, la liquidazione concordataria equivale a quella fallimentare e tra le due va preferita quella che arreca minor pregiudizio ai creditori.

Ed ancora, non vengono richiamate nella figura in esame quelle norme tipiche della continuità quali la “sterilizzazione” del deposito della domanda come possibile causa di risoluzione del contratto secondo i principi generali del codice civile, o l'inefficacia di clausole contrattuali che espressamente prevedano lo scioglimento del contratto come conseguenza della sottoposizione del debitore ad una procedura concorsuale di cui al comma terzo dell'art. 186-*bis* o quale la possibilità di pagare i creditori strategici anteriori di cui al quinto comma dell'art. 182-*quinquies* L.F.; né peraltro viene richiamata la disposizioni sulla sospensione e scioglimento dei contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti ancora alla data della presentazione del ricorso, di cui all'art. 169-*bis* L.F., che, seppur utilizzabile anche nei concordati liquidatori, trova il suo campo elettivo di applicazione nei concordati con continuità, né quella sulla sospensione degli obblighi in tema di riduzione o perdita del capitale sociale di cui all'art. 182-*sexies* L.F., anche questo applicabile a tutte le tipologie di concordato, ma che trova la sua ragion d'essere in quello in continuità, e così via.

E non può che essere così se si pone mente al dato che il ricorso al concordato semplificato è possibile solo quando, preso atto della impossibilità di un accordo con i creditori o comunque di trovare altre soluzioni concordate, rimane quale unica via percorribile quella della liquidazione del patrimonio.

Ossia, mentre nella fase della composizione negoziale si persegue il risanamento dell'impresa, sia in via diretta attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale da parte del medesimo imprenditore, sia in via indiretta “*mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa*”, come espressamente dispone l'art. 2, co. 2, favorito e agevolato con il depotenziamento del secondo comma dell'art. 2560, co. 2, c.c., (art. 10, co. 1, lett. d), una volta appurato che questo fine non è realizzabile e si avvia la procedura di concordato semplificato, lo scopo diventa quello della liquidazione del patrimonio al meglio; in questa ottica, la cessione unitaria dell'azienda o di un ramo della stessa costituisce una delle possibilità di liquidazione dei beni quale forma di miglior realizzo, come nello stesso fallimento, ove il primo comma dell'art. 105 L.F. espressamente la preferisce a quella particellizzata, dato che “*la liquidazione dei singoli beni ai sensi degli articoli seguenti del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori*”.

Il concordato semplificato è, cioè, costruito dalla legge come la procedura cui il debitore può ricorrere dopo il fallimento delle trattative della negoziazione per cercare un regolamento extra fallimentare del dissesto secondo il modello classico della cessione dei beni che contempla la liquidazione dei beni del debitore- nel caso del concordato semplificato dei beni costituenti l'intero patrimonio - purchè tale operazione sia direttamente finalizzata a ripartire il ricavato tra i creditori<sup>(5)</sup>, mancando qualsiasi interesse alla continuità dell'impresa da parte del debitore o di terzi, o, per meglio dire, mancando quella componente, di qualsiasi consistenza, di prosecuzione dell'attività aziendale che secondo l'interpretazione della Suprema Corte<sup>(6)</sup> qualifica la continuità e rende applicabile la disciplina speciale prevista dall'art. 186-*bis* L.F.; il nuovo tipo di concordato è, pertanto, ascrivibile, sia per la chiara qualificazione legislativa sia per la sua funzione soddisfattoria, alla categoria dei concordati "liquidatori" seppur indirettamente possa favorire la continuità, come lascia intendere il già citato art. 19 quando disciplina la cessione dell'azienda o di ramo della stessa già prima dell'omologa, ma la continuazione dell'impresa è un dato eventuale per nulla valorizzato dal nuovo legislatore, anche quando sia già in corso un affitto di azienda finalizzato al trasferimento della stessa<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Non può, quindi, ipotizzarsi un concordato semplificato in cui la proposta preveda una cessione traslativa della proprietà alla massa con la creazione di una comunione con indeterminatezza soggettiva, in quanto, in tal caso, non vi è una liquidazione dei beni o, comunque, la stessa non interessa il concordato, avendo il debitore adempiuto ai suoi obblighi concordatari con il trasferimento ad effetti reali. A maggior ragione non si è in presenza di un concordato con cessione dei beni quando il trasferimento è in favore di un assunto che si accolla i debiti, anche se, in tal caso, il valore dei beni trasferiti può essere preso in considerazione dai creditori ai fini della convenienza delle percentuali offerte o come strumento di valutazione della fattibilità per la garanzia che offre il terzo di adempiere. Egualmente, è difficile qualificare come concordato con cessione quello in cui i propri beni fungono soltanto da garanzia per l'adempimento del concordato da realizzare attraverso altre operazioni; in quei casi, cioè, in cui, l'obbligo assunto dal debitore non è quello di soddisfare i creditori con il realizzo della vendita dei beni, ma quello di provvedere direttamente al pagamento; pertanto, la liquidazione, soltanto eventuale, è estranea alla proposta e al piano, e serve soltanto come forma di garanzia circa la realizzabilità del piano. E così via.

<sup>(6)</sup> Cfr. Cass. 15 gennaio 2020, n. 734, in *Diritto & Giustizia* 2020, 16 gennaio; Trib. Udine 28 febbraio 2017, in *www.unijuris.it*; Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *Fallimento*, 2017, 313 ss., con nota di G. D'attore; Trib. Massa, 29 settembre 2016, in *Fallimento* 2017, 429, con nota di P. GENOVIVA; Trib. Venezia, 5 luglio 2018, in *Fallimenti&Società.it*.

<sup>(7)</sup> Situazione peraltro che molto probabilmente avrebbe portato ad una soluzione positiva della crisi nella fase della negoziazione; né, peraltro, la semplificazione del rito che, come si vedrà, porta direttamente alla omologazione, consente di attuare forme di continuità indiretta momentanea durante la procedura (ad esempio attraverso un affitto dell'azienda effettuato in questa sede) con effetti traslativi dopo l'omologa.

### III. INQUADRAMENTO DEL CONCORDATO SEMPLIFICATO: LA NORMATIVA APPLICABILE E L'ANALOGIA *LEGIS*.

Il concordato semplificato non è una sottospecie del concordato preventivo ordinario, ma una figura giuridica a sè, retta da una propria e autonoma disciplina, che contiene disposizioni proprie e specifici richiami di norme dettate per l'ordinario concordato preventivo, ma non un rinvio generalizzato alle stesse, come puntualmente precisato anche nella relazione (al testo elaborato dalla Commissione Pagni, in seguito anche "Relazione"), ove si dice, appunto che si tratta "di una nuova tipologia di concordato preventivo". Questo inquadramento, impedisce l'applicazione in via diretta al concordato semplificato della disciplina del concordato preventivo per colmare le lacune del primo e non comporta necessariamente l'applicazione di queste stesse norme in via analogica<sup>(8)</sup>, in quanto la gran parte degli spazi normativi vuoti non sono da colmare perchè sono le caratteristiche della nuova figura, che lo differenziano dal concordato liquidatorio ordinario, senza che ciò escluda la natura concordataria della stessa.

Questa qualificazione deriva dal fatto che anche il concordato semplificato è una procedura concorsuale a carattere volontario, con la quale il debitore in crisi formula una proposta con cui propone la soddisfazione dei propri debiti alle condizioni in essa esplicitate, che una volta omologata, diventa vincolante per tutti i creditori concordatari, con esdebitazione del debitore dai debiti pregressi, prevenendo la dichiarazione di fallimento; tuttavia, in questo schema di carattere generale non è possibile stabilire una identità concettuale tra concordato semplificato e concordato liquidatorio ordinario per le tante differenze che ricorrono nella disciplina delle due figure, tra cui principalmente la mancanza di votazione nel primo, che fa sì che manchi completamente nel concordato semplificato la fase negoziale, che si realizza attraverso l'incontro della volontà del debitore espressa nella proposta formulata e quella dei creditori, espressa attraverso il voto mediante la votazione a maggioranza<sup>(9)</sup>. E proprio la carenza dell'elemento

---

<sup>(8)</sup> Così, invece, G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1604, che è l'Autore che più e meglio ha approfondito questo aspetto; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 4.

<sup>(9)</sup> E' pur vero che anche nel concordato preventivo può mancare l'accordo tra debitore e creditori ove arrivi all'omologa una proposta concorrente, ma in questo caso la negozialità si esprime lasciando, da un lato al debitore l'iniziativa esclusiva di adire il concordato, nel quale la legge prevede che si possono inserire altre proposte, e, dall'altro, ai creditori la scelta tra le varie proposte formulate; vi è sempre, quindi, l'espressione di una volontà dei creditori attraverso il voto, i quali possono accettare l'offerta del debitore o, in alternativa, quella formulata da altri, ritenuta preferibile alla prima.

negoziale fa riemergere prepotente la figura del giudice che valuta la fattibilità, giuridica ed economica, e la convenienza, che sono aspetti preclusi al giudice dell'omologa del concordato ordinario (tranne che non si verifichi una delle ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 180 l. fall.), allontanando il nuovo concordato da quello esistente, nel quale, a seguito dell'evoluzione normativa introdotta con la novellazione del 2006 e 2007, *“i poteri del giudice sono limitati alla sua funzione di garante della regolarità della procedura e custode dell'osservanza dei principi fondanti dell'ordinamento, nonchè di organo delegato alla soluzione dei conflitti che dalla procedura derivano, mentre resta affidata agli altri organi della procedura o direttamente ai creditori riuniti in adunanza la decisione circa il merito delle scelte che attengono alle modalità con cui pervenire alla liquidazione del patrimonio del debitore e, quindi, al soddisfacimento dei creditori”*<sup>(10)</sup>.

Non si intende qui riproporre la tesi contrattualistica del concordato ordinario, ma semplicemente sottolineare come questo presenti un paradigma negoziale che è completamente assente nel concordato semplificato ove, di conseguenza sono ribaltati i ruoli dei protagonisti, al punto che la proposta del debitore non è consegnata alle valutazioni dei creditori, cui invece - per finalità tipica dell'istituto concordatario- deve essere diretta<sup>(11)</sup>; pertanto, non è agevole applicare per analogia le norme dettate per una procedura di stampo negoziale, in cui l'intervento del giudice ha lo scopo di appurare la corrispondenza tra la tutela degli interessi privati con quelli pubblicistici, che giustifica l'estensione degli effetti anche ai dissenzienti e assenti, ad una procedura coattiva, in cui la volontà delle parti si può esprimere solo in sede di opposizione all'omologa (in modo anche non determinante, come si vedrà) e protagonista esclusivo è il giudice che verifica la regolarità, la fattibilità, la convenienza, ecc..

Altrettanto rilevanti sono le altre differenze strutturali tra le due figure di concordato che impediscono il ricorso all'analogia *legis*. Come si vedrà, la nuova procedura è utilizzabile anche da imprenditori, quali quelli agricoli, che non sono soggetti al concordato ordinario e, come già detto, non può essere intrapresa direttamente dall'imprenditore per la soluzione della crisi, ma presuppone l'attivazione della composizione negoziata e l'esito infausto della stessa e, come si vedrà, non richiede una fase di ammissione analoga a quella del concordato ordinario, né un provvedimento di ammissione alla procedura, non contempla la presenza di un giudice delegato e di un commissario giudiziale, né ammette proposte concorrenti e non impone la competitività nella liquidazione, non prevede un livello minimo di soddisfazione dei creditori chirografari, ecc..

---

<sup>(10)</sup> In termini, Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.* 2011, 7-8, 2095.

<sup>(11)</sup> Terminologia tratta da Cass., SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093 in *fallimentiesocieta.it*.

Il nuovo concordato, non a caso, è definito semplificato, proprio perché non richiede una serie di requisiti e comportamenti che onerano il debitore che intende accedere e accede all'ordinario concordato, per cui manca anche quella lacuna da colmare attraverso il procedimento analogico. Non va, infatti dimenticato che questa nuova procedura concorsuale non è contemplata nella legge fallimentare, dalla quale estrapolare le regole che disciplinano altre figure in qualche modo avvicinati per applicarle in automatico ai nuovi istituti in essa inseriti, come, ad esempio è accaduto quando è stato introdotto il concordato con riserva, ma è contenuta in un testo legislativo autonomo che il legislatore ha predisposto avendo ben presente i modelli preesistenti, dai quali ha pescato quello ha ritenuto opportuno; tanto che, come si vedrà meglio in seguito, utilizza la terminologia di cui all'art. 125 L.F. che regola la fase iniziale della proposta di concordato fallimentare, ma poi richiama come applicabili alla nuova fattispecie le norme che disciplinano il concordato preventivo<sup>(12)</sup>.

Orbene, se in aggiunta all'esistente concordato preventivo, viene creata una nuova figura che ha lo stesso scopo e, come si dirà, produce esattamente gli stessi effetti, ma manca di quei tratti distintivi che caratterizzano il concordato preventivo e, in particolare, quello liquidatorio, ne discende che si è in presenza di una procedura concorsuale concordataria, ma dotata di autonome specificità, completamente nuova e diversa rispetto all'esistente; per cui le uniche norme del concordato preventivo applicabili al concordato semplificato sono quelle espressamente richiamate, con conseguente inapplicabilità delle regole non richiamate, neanche in via analogica, a meno che non si tratti di principi generali delle procedure concorsuali (*analogia juris*) nel cui ambito è rapportabile anche il concordato semplificato.

Anzi, proprio questa esigenza del legislatore di richiamare selettivamente le disposizioni sul concordato preventivo applicabili anche alla nuova fattispecie, per un verso, conferma *“l'ipotesi che non si tratti di un sottotipo di concordato preventivo, per il quale andrebbero semmai menzionate, a rigore, le previsioni non applicabili (potendo ritenersi che al sottotipo di un istituto siano tendenzialmente applicabili tutte le norme proprie del tipo, ad eccezione per l'appunto di quelle oggetto di deroga)”*<sup>(13)</sup> e, per altro verso, pone alcune domande, cui finora i sostenitori

---

<sup>(12)</sup> Se ne parlerà all'occasione nel testo, ma in via riassuntiva va ricordato che l'art. 18 richiama l'art. 161, secondo comma, lettere a), b), c), d) L.F. per elencare i documenti da allegare alla domanda; precisa che dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 111,167,168 e 169 L.F. e che, comunque alla nuova procedura si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 173,184,185,186, 217-bis e 236 L.F., nonché gli artt. 182 e 183 L.F..

<sup>(13)</sup> S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato*, cit..

dell'applicazione analogica non hanno date risposte: perché il legislatore, nel creare una nuova procedura concordataria, ha richiamato solo alcune delle norme del concordato preventivo ordinario e non altre, se avesse voluto che quelle non richiamate fossero comunque applicabili? Perché, se questo era l'intento, il legislatore non ha seguito il sistema di disporre un generalizzato rinvio alla disciplina del concordato ordinario liquidatorio con espresse deroghe per sancire le differenziazioni?<sup>(14)</sup> E la risposta più semplice è accettare il principio che il legislatore *“ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit”*.

Questa situazione appena descritta, peraltro, non è nuova, ma si riscontra nella stessa legge fallimentare, ove l'art. 169 richiama determinate norme della disciplina del fallimento, applicabili al concordato e non ne richiama altre; in giurisprudenza non si è mai dubitato che quelle non richiamate non abbiano cittadinanza nel concordato, neanche in quello di stampo liquidatorio - che è alternativo al fallimento in quanto, come questo, è del tutto avulso dalla conservazione dei valori imprenditoriali in ottica di ripresa e nel quale valgono solo i principi della concorsualità distributiva - seppur utili e opportune, come lo stesso legislatore ha poi riconosciuto o estendendo il richiamo (vedi art. 45, inserito nell'art. 169 con il d.lgs. n. 5 del 2006) o emanando una apposita norma, come quella sulla falcidia dei creditori preferenziali, sempre esclusa a causa del mancato richiamo dell'art. 54, antecedentemente alla introduzione del secondo comma dell'art. 160 ad opera del d.lgs. n. 169 del 2007<sup>(15)</sup>. Non solo, ma per il periodo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 169 del 2007, la Corte ha ritenuto non applicabile per analogia al concordato preventivo la simile disposizione che già era stata introdotta nel terzo comma dell'art. 124 con il d.lgs. n. 5 del 2006, ritenendo appunto che non poteva *“trovare applicazione in via analogica l'art. 124 L.F., relativo al concordato fallimentare, attesa la compiutezza*

---

<sup>(14)</sup> Come, ad esempio, ha fatto nel CCII per il concordato minore del sovraindebitato, che è regolato da singole disposizioni, ma il comma quarto dell'art. 74 espressamente prevede che *“per quanto non previsto dalla presente sezione, si applicano le disposizioni del capo III del presente titolo in quanto compatibili”*.

<sup>(15)</sup> *“La disciplina del concordato preventivo, vigente anteriormente alle modifiche di cui al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, caratterizzata dalla inapplicabilità dell'art. 54 legge fall. e dalla condizione essenziale ed indefettibile dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati, comporta che, a differenza del fallimento, la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non ne impedisce l'esercizio, con la conseguenza che il credito resta privilegiato ed è concretamente riconoscibile la prelazione in sede di riparto dell'attivo. In un tale contesto, infatti, il privilegio assume rilevanza esclusivamente come qualità del credito, che, ex art. 2745 cod. civ., sorge privilegiato in ragione della sua causa secondo le disposizioni di legge, mantenendo, poi, tale qualità per l'intera procedura”* Così in termini Cass. 31 ottobre 2013, n. 24553; Cass. 17 maggio 2013, n. 12064.

*della disciplina del concordato preventivo*”<sup>(16)</sup>. Egualmente la Suprema Corte<sup>(17)</sup>, in tema di poteri giudiziari del commissario liquidatore nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, ha statuito che “*non si applica, neppure in via analogica, l’art. 31, comma 2, L.F., che impone l’autorizzazione del giudice delegato perché il curatore fallimentare possa stare in giudizio, atteso che il legislatore, mentre ha attribuito al detto commissario gli stessi poteri che competono al curatore (art. 201 L.F.), ha regolato l’esercizio dei poteri del primo non con un rinvio generalizzato alla disciplina dell’esercizio dei poteri da parte del secondo, ma con un rinvio specifico da ritenersi perciò esaustivo (art. 206 L.F.)*”.

Pur nella diversità di queste situazioni, emerge un dato comune a tutte e, cioè, che lì dove il legislatore ha regolamentato un istituto con disposizioni proprie e con richiami a specifiche norme disciplinanti istituti affini, non si possono applicare al primo le norme non richiamate. Considerazioni che dovrebbero, a maggior ragione, valere nel caso in esame in cui il legislatore ha inteso creare una procedura, compiutamente disciplinata con norme apposite o con richiami, che produce gli stessi effetti di quella esistente, ma istituzionalmente caratterizzata, fin dalla denominazione, da una maggiore snellezza e semplificazione, che verrebbero meno con l’applicazione delle norme non richiamate del concordato preventivo.

---

<sup>(16)</sup> Cass. 22 marzo 2010, n. 6901 in *ilcaso.it*. “*L’estensione della disciplina del concordato fallimentare a quello preventivo in via analogica non è ammissibile - spiega la Corte - non solo perchè il ricorso alla analogia è consentito dall’art. 12 preleggi, solo quando manchi nell’ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda, quindi, necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria e nella fattispecie l’istituto del concordato preventivo è compiutamente disciplinato anche per quanto attiene al possibile contenuto della proposta, ma soprattutto perchè lo stesso legislatore che ha dettato la nuova formulazione del concordato fallimentare, che sotto l’aspetto che qui viene in considerazione non è certo di modesta portata, non ha ritenuto di intervenire anche sul concordato preventivo benchè anche tale istituto sia stato contestualmente oggetto di attenzione e non è seriamente ipotizzabile che nel momento in cui si è introdotta nel concordato fallimentare la possibilità del pagamento non integrale dei privilegiati benchè non espressamente previsto dalla legge delega, il legislatore delegato si sia sentito vincolato da quest’ultima al punto di affidarsi alla sola analogia in relazione ad un istituto sul cui successo ha certamente confidato e che dalla parificazione delle discipline avrebbe tratto sicuro giovamento*”. Principio già esposto nella Relazione al d.lgs n. 169 del 2007, che, dopo aver ribadito che normativa precedentemente in vigore non consentiva, in sede di concordato preventivo, ed a differenza di quanto poteva invece accadere nell’ambito di un concordato fallimentare, di offrire un pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, introduceva la previsione di cui al secondo comma dell’art. 160 “*al fine di incentivare ulteriormente il ricorso allo strumento del concordato preventivo, e di eliminare una illogica diversità di disciplina rispetto al concordato fallimentare*”.

<sup>(17)</sup> Cass. 10 ottobre 2008, n. 24908.

In conclusione, per fare ricorso all'applicazione analogica delle norme del concordato ordinario, oltre che appurare l'esistenza di un'affinità tra questa e la nuova figura concordataria (e si sono già accennate le differenze strutturali) bisogna stabilire, caso per caso, se la carenza normativa riscontrata sia voluta, quale caratteristica qualificante del nuovo istituto, o sia una dimenticanza da rimediare con l'analogia. Quando, infatti, manca una lacuna normativa, invocare interpretazioni per analogia o per principi generali dell'ordinamento è *contra legem*, giacché, a norma del secondo comma dell'art. 12, disposizioni sulla legge in generale, il ricorso all'*analogia legis* così come, in ultima ipotesi, all'*analogia iuris*, è consentito soltanto se difetti "una precisa disposizione".

Orbene questa differenza tra silenzi normativi non rappresentanti lacune e silenzi normativi che rappresentano lacune non è, il più delle volte, individuabile, in quanto, come si avrà occasione di vedere nel corso del presente scritto, l'unico dato obiettivo che emerge è il silenzio su determinati aspetti; il resto è dato dall'interpretazione soggettiva di tali silenzi, che può portare ad arbitrarie conclusioni, fino ad arrivare a colmare qualsiasi aspetto non regolamentato con l'applicazione analogica, trasformando, così, il concordato semplificato in ordinario.

L'esempio più eclatante è quello del mancato richiamo dell'ultimo comma dell'art. 160, da cui si deduce la mancanza nel concordato semplificato dell'obbligo di assicurare il pagamento ai creditori chirografari del 20%, considerata una delle precipue caratteristiche del nuovo concordato<sup>(18)</sup>, ma potrebbe anche essere considerata una lacuna involontaria di modo che tale obbligo rientrerebbe, attraverso l'applicazione analogica, pur nella procedura di nuovo conio. Ed, infatti, la dottrina più attenta<sup>(19)</sup> si è posta questo problema ed ha cercato di fornire una dimostrazione della ragione per cui, in questo caso, non è applicabile l'analogia, ma alle argomentazioni addotte se ne potrebbero contrapporre altre, di segno opposto e di pari dignità, che portano alla conclusione che la mancanza nel concordato semplificato di un obbligo di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei crediti chirografari, che costituisce un dato pacifico e scontato, discende dal solo fatto che il recente legislatore non ha richiamato l'ultimo comma dell'art. 160 L.F. e nulla ha detto in proposito; il che, da un lato, evidenzia l'arbitrarietà cui si andrebbe incontro se si volesse scrutinare, caso per caso, se una lacuna sia voluta o si

---

<sup>(18)</sup> Più difficile sarà sostenere che i creditori abbiano il diritto di voto anche nel concordato semplificato perché manca in proposito qualsiasi accenno alla votazione, all'espressione del voto, e alle maggioranze.

<sup>(19)</sup> G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1611.

tratti di una dimenticanza e, dall'altra la bontà del sistema indicato di applicare alla nuova figura la disciplina specifica e le norme richiamate, con ricorso all'*analogia juris* per i principi conclamati della concorsualità.

#### **IV. I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI.**

La prima delle premesse fatte nei precedenti paragrafi – che, cioè, la nuova figura non può essere utilizzata in via autonoma e immediata ma solo quale sviluppo della composizione negoziata non riuscita – consente di dire, nel silenzio dell'art. 18 (che parla genericamente di imprenditore) e stante il mancato richiamo dell'art. 1 L.F.<sup>(20)</sup>, che alla nuova procedura concordataria semplificata possono fare ricorso, dal punto di vista soggettivo, solo e tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata<sup>(21)</sup>. Poiché tale nomina può chiederla qualsiasi *“imprenditore commerciale e agricolo<sup>(22)</sup> che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”*, (art. 2, co. 1), compreso *“l'imprenditore commerciale e agricolo che possiede congiuntamente i requisiti di cui all'articolo 1, secondo comma, L.F.”* (imprenditori sotto soglia o imprese minori, secondo la definizione di cui all'art. 2 del CCII), che si trovi nelle medesime condizioni di squilibrio, appare del tutto palese l'idea del legislatore di dare accesso alla nuova procedura a qualsiasi imprenditore commerciale o agricolo, soggetto a fallimento o ad amministrazione straordinaria<sup>(23)</sup> o a sovraindebitamento, non essendo

---

<sup>(20)</sup> Tale carenza non crea uno di quei vuoti normativi di cui si è fatto cenno per l'applicazione diretta alla fattispecie della previsione di cui all'art. 2 della nuova legge.

<sup>(21)</sup> E che - è il caso di aggiungere dopo il d.l. n. 152 del 2021, convertito dalla legge n. 233 del 2021 - il debitore non abbia scelto la via della moratoria di cui all'art. 35-*quinquies* di detto d.l., il cui esito negativo, come detto nel par. 1, non consente l'accesso al concordato semplificato.

<sup>(22)</sup> Non può che plaudirsi al superamento dell'anacronistica distinzione nel trattamento dell'imprenditore agricolo rispetto a quello commerciale, che si traduce nella esclusione del primo dal fallimento e dal concordato preventivo, indipendentemente dalle dimensioni, ma nell'assoggettamento all'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis L.F. e della transazione fiscale di cui all'art. 182-ter L.F., a norma dell'art. 23, co. 43, D.L. n. 98 del 2011, convertito dalla L. n. 111 del 2011. Va, peraltro, ricordato - come sottolinea G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 4 - che questa scelta era stata già anticipata dalla legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali si riprometteva di superare (art. 2, co. 1, lett. e), l. 19 ottobre 2017, n. 155), e che, invece, non è stata ripresa dal codice della crisi.

<sup>(23)</sup> Sia essa quella regolata dal d.lgs. n. 270 del 1999, che quella di cui al d.l. n.23 del 2003 (legge Parmalat) riguardante le “imprese di rilevanti dimensioni” o quella di cui d.l. n. 134 del 2008 (legge Alitalia) riguardante le “imprese operanti nei servizi pubblici essenziali”.

previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso<sup>(24)</sup>. Come del resto precisato anche nella Relazione, ove si dice, appunto, che *“Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita con strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole”*.

Il nuovo decreto legge contiene una apposita disciplina per l'accesso e lo svolgimento delle trattative in caso di gruppo di imprese, precisando nel primo comma dell'art. 13 che *“costituisce gruppo di imprese l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 cod. civ., esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica”*. Non è questa la sede per un discorso sul “gruppo di imprese” perché, ai fini che qui interessano è sufficiente rilevare che l'art. 13 - che pur detta un criterio unitario per l'individuazione della camera di commercio competente e prevede che unitariamente vengano svolte le trattative per tutte le imprese, salvo che non risultino eccessivamente gravose, ed altro - nel suo ultimo comma stabilisce che *“al termine delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, uno dei contratti di cui all'articolo 11, comma 1, ovvero accedere separatamente alle soluzioni di cui all'articolo 11”*. Orbene, chi sceglie la via del concordato semplificato, non può che accedere separatamente a tale procedura in quanto gli artt. 18 e 19 del d.l. in esame non contengono alcun riferimento alle società di gruppo e manca qualsiasi disciplina dello svolgimento della procedura unitaria delle più imprese del medesimo gruppo<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Dubbi permangono per le imprese bancarie, che sono sottratte alle procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate nel d. lgs. n. 385 del 1993; per gli intermediari finanziari non bancari, anche questi sottratti alle procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate dal d. lgs. n. 58 del 1998; per le imprese di assicurazione, assoggettabili esclusivamente alle “procedure concorsuali” disciplinate dal Codice delle Assicurazioni; per le start up innovative che abbiano superato i limiti di cui all'art. 1 L.F., giacché queste sono espressamente esonerate dalle procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (art. 31 D.L. 179/2012). I dubbi riguardano non la possibilità per tali imprese di avvalersi della composizione negoziata, ma di accedere al concordato semplificato, che è una procedura concorsuale. La generalizzazione con cui l'art. 18 raffigura l'elemento soggettivo, rimettendosi sostanzialmente alla dimensione segnata dall'art. 2, indurrebbe a ritenere che essa inglobi nella categoria dei soggetti legittimati ad accedere al concordato semplificato tutti quelli che possono chiedere la nomina dell'esperto, ma una tale lettura comporterebbe che, all'esito negativo della negoziazione, le imprese indicate potrebbero richiedere di essere assoggettate ad una qualsiasi delle ordinarie procedure previste dal nostro ordinamento concorsuale, che l'art. 11 pone come alternative al concordato semplificato, vanificando le disposizioni specifiche sopra richiamate.

<sup>(25)</sup> Come è noto, il nuovo codice della crisi prevede, negli artt. 284 e segg., che più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti e ne regola la fattispecie, ma nessuna di queste norme è

Dal primo comma dell'art. 3 del d.l. n.118 del 2021, che prevede l'istituzione di “*una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura*”, si deduce, altresì, che possono usufruire della composizione negoziata solo gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese. Pertanto, non possono chiedere la nomina dell'esperto gli imprenditori non iscritti, quali, ad esempio le società di fatto o le holding individuali di fatto<sup>(26)</sup>, ma neanche gli imprenditori iscritti, ma poi cancellati dal registro delle imprese, anche se non è decorso l'anno da detta cancellazione<sup>(27)</sup>, posto che il requisito dell'iscrizione è richiesto al momento della domanda, senza eccezioni e senza alcun richiamo all'art. 10 L.F..

Ne consegue che la platea dei soggetti che possono usufruire, in prima battuta della procedura di accordo negoziato e, in seconda, del concordato semplificato, è più ampia di quella che può accedere al concordato preventivo, essendo quest'ultimo riservato ai soli imprenditori commerciali (non quelli agricoli) che non siano sotto soglia (art. 1 L.F.), nel mentre la nuova procedura è riservata a qualsiasi debitore che svolga attività d'impresa, iscritto nel registro delle imprese e che non abbia già presentato ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, anche ai sensi del comma sesto dell'art. 182-*bis* L.F. o ricorso per l'accesso alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni di cui agli articoli 7 e 14-ter della legge 27 gennaio 2012, n. 3, la pendenza delle quali è ostativa alla presentazione della domanda di composizione negoziata, a norma del secondo comma dell'art. 23 d.l. n. 118 del 2021.

Il presupposto oggettivo per l'accesso (sempre che si sia pervenuti all'esito infausto delle trattative) è, invece, lo stesso su cui si fonda l'ordinario concordato liquidatorio, ossia lo stato di crisi che, come precisa il terzo comma dell'art. 160 L.F., può comprendere anche una situazione di insolvenza; e ciò non per applicazione analogica della norma

---

anticipata nell'attuale decreto legge. Pertanto, quando entrerà in vigore il CCII, sempre che si voglia estendere l'accesso al concordato semplificato di più società dello stesso gruppo per sottoporle ad una procedura unitaria (il che non è scontato giacché la semplificazione cui si ispira la figura in esame mal si concilia con la gestione di una procedura unitaria di più imprese) si porrà la necessità di un riesame della attuale normativa.

<sup>(26)</sup> S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: presupposti e caratteri*, in *ilcaso.it*, 23 agosto 2021, p. 5.

<sup>(27)</sup> A. MANCINI, *Le “imprese sotto soglia” nel d.l. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento*, in *ilcaso.it*, 1 settembre 2021, p. 7.

fallimentare, ma per deduzione dalle regole interne al concordato semplificato e alla procedura di composizione negoziata, di cui, come detto, costituisce uno sbocco.

E' vero, infatti, che con quest'ultimo strumento si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa, ma la modifica apportata dalla legge di conversione al comma 1 dell'art. 9, ammettendo la prosecuzione delle trattative anche nel caso di insolvenza del debitore purchè esistano concrete prospettive di risanamento, lascia chiaramente intendere che lo stato di insolvenza del debitore non è preclusivo alla continuazione della composizione negoziata<sup>(28)</sup>.

Ad ogni modo, qualunque sia il significato da attribuire all'espressione "*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*" che condiziona l'accesso alla procedura stragiudiziale, è pacifico che al concordato semplificato il debitore può accedere, come già detto, "*quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili*"; il che sta a significare che la situazione in cui versa il debitore (o già versava inizialmente) non è quella di una crisi o insolvenza probabile, ma di una crisi o vera e propria insolvenza in atto<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Peraltro già prima della modifica citata dell'art. 9 era pacifico che, sebbene il rimedio della composizione negoziata fosse diretto anzitutto a imprese che ancora non versavano in stato di crisi e tantomeno di insolvenza, ma attraversano una situazione di temporanea difficoltà, tuttavia la formulazione della norma di cui all'art. 2 non escludeva che potessero accedere alla nuova procedura stragiudiziale imprese che già versavano in stato di crisi o anche di insolvenza, purchè reversibile. In tal senso, infatti, si esprime la Relazione, lì dove, affermato che il percorso della composizione è esclusivamente di tipo volontario ed è dunque attivabile solo dalle imprese che decidono di farvi ricorso, aggiunge che "*L'imprenditore in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile, può decidere quindi di intraprendere un percorso, del tutto riservato finché non viene chiesta la concessione di misure protettive*". Ed ancora, nel decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 è detto espressamente (punto 2.4 Sez. III) che "*se l'esperto ravvisa, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata*" purchè "*l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative*".

<sup>(29)</sup> Ritorna alla mente la situazione antecedente alla riforma iniziata nel 2005 quando dopo l'amministrazione controllata - alla quale poteva accedere l'imprenditore che si trovava "*in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*" - veniva dichiarato il fallimento. La giurisprudenza dell'epoca aveva costruito il concetto di consecuzione ritenendo che la temporanea difficoltà ad adempiere non divergesse dallo stato d'insolvenza, se non per la erronea previsione

Stabilire, poi, quando l'esperto possa o debba emettere una tale dichiarazione è problema che interessa principalmente i modi di chiusura della fase negoziale, ma che si riversa anche sul concordato semplificato perché vi è chi ritiene<sup>(30)</sup> che l'esperto, in qualsiasi momento della procedura di composizione negoziata rilevi che sono venute meno concreta prospettiva di risanamento, debba darne comunicazione all'imprenditore e al segretario della camera di commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata; e una tale soluzione impedirebbe il ricorso al concordato semplificato perché mancherebbe la dichiarazione che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili.

A mio avviso, una volta disposta l'apertura delle trattative per aver l'esperto riscontrata la sussistenza di concrete possibilità di risanamento, il venir meno di questa possibilità deve tradursi nella relazione finale richiamata dall'art. 18, o, se si vuol parlare di archiviazione, che questa, comunque, non escluda la redazione della relazione finale che consente l'accesso al concordato semplificato.

Invero, il primo periodo del comma quinto dell'art. 5 attribuisce all'esperto l'iniziale compito di *“valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento”* dell'impresa ed allo

---

dell'esistenza di comprovate possibilità di un risanamento dell'impresa fondata sul presupposto che la crisi potesse essere superata; di modo che la dichiarazione di fallimento sanciva la constatazione che erroneamente la crisi era stata valutata reversibile, nel mentre fin dall'inizio l'impresa versava in una situazione di insolvenza. Nella specie in esame, quando la composizione negoziata - cui può accedere l'imprenditore che si trovi in condizione di “squilibrio patrimoniale o che rende probabile la crisi o l'insolvenza”, non si conclude con una soluzione idonea a perseguire il risanamento dell'impresa, l'attestazione dell'esperto che esclude che possa essere stipulato uno degli accordi previsti dal primo comma dell'art. 11 o operata una qualsiasi forma di ristrutturazione dei debiti, sancisce la constatazione che quella crisi o pre-crisi o iniziale insolvenza che si credeva potesse essere superata e tale da portare al risanamento dell'impresa era fin dall'inizio irreversibile, tanto da aprire la strada a tutte le procedure che presuppongono (anche o in via esclusiva) l'insolvenza in atto.

<sup>(30)</sup> A. PEZZANO - M. RATTI, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in *dirittodelolacrisi.it*, 21 ottobre 2021, p. 15, n. 10; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *dirittodelolacrisi.it*, 26 ottobre 2021; l'Autore non si esprime espressamente sulla possibilità di proporre il concordato semplificato all'esito dell'archiviazione, ma afferma che *“Quello che però pareva possibile dopo l'incontro con l'imprenditore, può risultare inattuabile dopo il giro di consultazione con i creditori o altre parti interessate (ad esempio possibili acquirenti dell'azienda o di suoi rami). Anche in questo caso, una volta accertata la mancanza di disponibilità a soluzioni che comunque comportino un accordo con uno o più creditori o l'intervento concordato di altri interessati, si verifica la stessa situazione sopra descritta e identica è la conseguenza: comunicazione dell'impossibilità di perseguire il risanamento e archiviazione della composizione negoziata”*.

scopo - precisa la norma - deve convocare “senza indugio” l'imprenditore e può assumere informazioni “*dall'organo di controllo e dal revisore legale ove in carica*”.

A questo punto la norma pone all'esperto una alternativa secca: (a) se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete, apre le trattative incontrando le altre parti interessate al processo di risanamento alle quali prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata; (b) se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Come si vede, la norma detta i passi iniziali che l'esperto deve muovere subito dopo l'accettazione dell'incarico, indicandogli il criterio per orientarsi se dare o non inizio alle trattative e non per dirgli come chiudere le stesse una volta aperte. In questo contesto la dizione “all'esito della convocazione” è chiaramente riferita alla convocazione dell'imprenditore, che è l'unico soggetto che, secondo la norma, viene convocato dall'esperto, cui si lega quella di “*o in un momento successivo*”, per significare che il rilevamento della mancanza di prospettive di risanamento che può portare all'archiviazione può avvenire o subito dopo l'audizione del debitore o anche in un momento successivo dopo, ad esempio, aver assunto informazioni dall'organo di controllo, ma pur sempre prima di aprire le trattative con la convocazione degli altri interessati, altrimenti il legislatore avrebbe detto non “*o in un momento successivo*”, ma “*o in qualsiasi momento della procedura*”.

Interpretazione questa che trova riscontro nel comma 7 dell'art. 16 che, in deroga al compenso minimo per l'esperto stabilito dal comma 2 per il caso di svolgimento delle trattative, fissa il compenso per l'esperto di euro 500,00 quando “*l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro*”, ossia quando, subito dopo il primo incontro con l'imprenditore (posto quale alternativa alla mancata presentazione dello stesso), l'esperto rileva che non ricorrono concrete possibilità di risanamento per cui si procede all'archiviazione; se, invece apre le trattative, il comma 3 dell'art. 16 detta i criteri per la determinazione del compenso dell'esperto, che non richiede necessariamente il successo degli incontri (nel qual caso sono previsti incentivi), ma appunto che, a differenza della citata previsione, le trattative siano aperte, tant'è che il comma due dell'art. 16 prevede un minimo di euro 4.000,00 al di sotto del quale la

retribuzione non può scendere<sup>(31)</sup>. Peraltro, a mente dell'art. 16, comma 12, decorsi sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico, all'esperto può essere riconosciuto, su sua richiesta, un acconto sul compenso *“in misura non superiore ad un terzo del presumibile compenso, con la conseguenza che costui potrebbe valutare l'opportunità di richiederlo, tenendo conto dei risultati ottenuti e dell'attività prestata”*; disposizione che ulteriormente conferma, come dopo l'apertura delle trattative l'esperto abbia diritto all'intero compenso, sul quale, decorsi sessanta giorni, può chiedere un acconto nella misura indicata, fermo restando il compenso di 500,00 euro nel caso l'imprenditore non compaia davanti all'esperto oppure sia disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro con il debitore.

Tanto non significa, al di là della schematizzazione legislativa, che il percorso negoziale non possa essere interrotto dall'esperto in qualsiasi momento, ove lo stesso maturi la convinzione che la concreta prospettiva di risanamento sia venuta meno, ma si vuol sottolineare la differenza tra questa fattispecie e quella in cui l'esperto riscontri la mancanza di concrete possibilità di risanamento fin dall'inizio senza iniziare le trattative con i creditori e altri interessati.

E' dubbio se, in quest'ultimo caso, l'esperto debba redigere una relazione finale o debba limitarsi a dare notizia della mancanza di prospettive di risanamento all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, il quale dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Considerato che con l'archiviazione cessa l'attività dell'esperto e, a norma del comma ottavo dell'art. 5, la relazione va predisposta *“al termine dell'incarico”*, sembrerebbe che anche in tal caso egli debba predisporre la relazione, il cui contenuto non può che sostanziarsi nella dichiarazione di non aver ravvisato concrete prospettive di risanamento, senza, ovviamente alcun riferimento all'esito delle trattative, mai iniziate, né, per lo stesso motivo, alla buona fede e correttezza dell'imprenditore nel corso delle stesse; è quindi chiaro che, sia tenuto o meno l'esperto a redigere una relazione finale, nel caso contemplato è precluso al debitore l'accesso al concordato semplificato, nonché la

---

<sup>(31)</sup> Non vi è dubbio che la differenza tra il compenso liquidabile quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro (euro 500,00) e (solo) quello minimo previsto per il caso di apertura delle trattative (euro 4.000,00) possa costituire un incentivo per l'esperto ad iniziare le trattative e dichiarare la mancanza di possibilità di risanamento dopo qualche incontro, ma questa è la norma e *adducere inconueniens non est solvere argumentum*.

possibilità di presentare una nuova istanza di nomina di esperto prima di un anno dall'archiviazione, giusto il disposto del comma 8-ter dell'art. 5<sup>(32)</sup>.

Qualora, invece, l'esperto, ritenuta la ricorrenza di concrete possibilità di risanamento, apra le trattative con i creditori e gli altri interessati e poi si accorga nel corso delle stesse che quelle prospettive erano fin dall'inizio o siano divenute successivamente irrealizzabili, egli sicuramente deve redigere la relazione finale dando atto di quanto accaduto e, cioè, che le trattative aperte con i creditori e altri interessati (la cui durata potrebbe essersi protratta anche per mesi) non hanno avuto esito positivo a causa del sopravvenuto riscontro della mancanza di prospettive di risanamento dell'impresa, e che, di conseguenza, le soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2, non sono praticabili<sup>(33)</sup>.

Invero, lo scopo del risanamento dell'impresa è elemento primario e fondamentale della composizione negoziata, per cui, se fin dall'inizio emerge che tale scopo non può essere realizzato, diventa superfluo aprire la fase delle trattative e, di conseguenza, la relativa istanza va archiviata; ma, superato questo scoglio e iniziate le trattative, il sopravvenuto riscontro di mancanza di prospettive di risanamento diventa uno dei tanti motivi che possono impedire il raggiungimento di un accordo con i creditori, e la relazione finale da redigere dopo che è iniziata l'interlocuzione con i creditori deve indicare, non solo e non tanto le cause che non hanno consentito di raggiungere il risultato, quanto quale è stato l'esito delle trattative, e cioè se esse sono sfociate in uno degli accordi di cui al primo comma dell'art. 11 o nella possibilità di adire ad un accordo di ristrutturazione oppure se

---

<sup>(32)</sup> Tale norma dispone che “*in caso di archiviazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1, l'imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione*”, il che ulteriormente rafforza l'idea che l'archiviazione è consentita solo quando le trattative non vengono iniziate perché, in tal caso, il debitore non può accedere al concordato semplificato e, rimasto *in bonis*, potrebbe ritentare immediatamente la via della composizione negoziata nella speranza di trovare un esperto meno rigoroso, nel mentre si vuole che passi un lasso di tempo durante il quale il debitore si adoperi perché maturino quelle prospettive risanatorie che mancavano oppure acceda ad una delle procedure concorsuali che l'ordinamento prevede. G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1606, ritiene possibile la presentazione della domanda di concordato semplificato anche nel caso di immediata archiviazione.

<sup>(33)</sup> Situazione che si ripete, al contrario, anche nel caso che siano decorsi centottanta giorni (o il termine eventualmente prorogato) dalla accettazione della nomina senza che le parti abbiano individuato una soluzione adeguata al superamento della situazione di crisi descritta nell'art. 2, comma 1°, pur se l'esperto ritenga che l'impresa possa essere ancora risanata. Anche in tal caso l'incarico dell'esperto si considera concluso e questi deve redigere la relazione finale con cui dà atto che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, seppur la causa di tanto sia dovuta al decorso del tempo massimo di legge.

nessuna di queste prospettive si è dimostrata realizzabile, che apre al debitore la possibilità, tra le altre, di accedere al concordato semplificato.

Il compito dell'esperto, infatti, come emerge chiaro dal secondo comma dell'art. 2, è quello di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa e questa precisazione fa capire che il vero scopo della trattativa è trovare un accordo con i creditori, in cui il risanamento rimane sullo sfondo quale finalità ideale cui mirare attraverso l'accordo.

E' vero che, a seguito della riscrittura del primo comma dell'art. 9 le trattative possono continuare anche *“quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento”*, tuttavia, in questo caso, il legislatore ha espressamente richiesto che il debitore gestisca l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, cercando l'improbabile conciliazione dell'interesse di questi con la continuazione dell'attività di una impresa insolvente, sulla quale non viene esercitato un controllo o una vigilanza di un apposito organo a ciò predisposto, nella ricorrenza di prospettive di risanamento, la presenza delle quali dovrebbe, quanto meno, essere condivisa dai creditori, seppur nulla è detto in proposito essendosi il legislatore affidato ad un impersonale *“quando risulta”*. Ossia, proprio questa modifica sta a significare che, nonostante l'insolvenza, la composizione negoziata può legittimamente proseguire purché la gestione non sia meramente conservativa, ma finalizzata alla tutela degli interessi dei creditori in quanto è ravvisabile uno degli *exit* di cui all'art. 11; di modo che l'esperto, nel momento in cui rileva l'impossibilità di raggiungere questo traguardo, non può fare altro che redigere la relazione finale con cui dà atto che le trattative non hanno avuto successo e che le soluzioni di cui all'art. 11 non sono praticabili.

Del resto, se una parte consistente dei creditori, pensandola diversamente dall'esperto sulle prospettive di risanamento, ritiene inutile trattare o ritiene, pur condividendo l'idea dell'esperto sulle future prospettive dell'impresa (che sia o non in stato di insolvenza), di non accettare le proposte fino a quel momento emerse, non si vede come possano essere continuate le trattative, né come si possa procedere al risanamento senza la collaborazione dei creditori e altre parti interessate; il che conferma che a guidare l'operato dell'esperto in questa fase non possono essere solo le prospettive del risanamento dell'impresa ma, come precisa il secondo comma dell'art. 2, egli deve agevolare *“le trattative tra l'imprenditore, i*

*creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa'.*

Pertanto, quando nel corso delle trattative si riscontra che non sussistono (o già non sussistevano dall'inizio) le pronosticate concrete possibilità di risanamento, non si riproduce la stessa situazione in cui l'esperto si trovava prima di cominciare a sentire i creditori e gli altri interessati, ma si ha la conferma, dopo le consultazioni con i creditori e gli altri interessati, che le trattative finalizzate ad individuare una soluzione concordata idonea al superamento della crisi non hanno avuto esito positivo e che non è possibile un accordo con i creditori. In tal modo, l'esperto implicitamente attesta che è venuta meno la possibilità di risolvere la crisi in un modo che consenta il risanamento dell'impresa salvando la continuità, per cui non rimane che liquidare il patrimonio del debitore quale unica strumento per soddisfare i creditori. E sarebbe davvero illogico che, una volta aperte le trattative (che possono durare fino a 180 giorni prorogabili per un eguale periodo), proprio nel momento in cui si accerta che l'impresa non può essere risanata e si apre l'alternativa della liquidazione, impedire, con la dichiarazione di archiviazione, l'accesso alla procedura di concordato semplificato, che ha la dichiarata funzione di liquidare il patrimonio del debitore quando le altre soluzioni conservative sono risultate inutili.

## **V. LA FASE INIZIALE. LA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA.**

La proposta del debitore, unitamente al piano di liquidazione e alla documentazione richiesta dalla legge, va presentata al tribunale con un ricorso col quale si chiede contestualmente la omologazione del concordato. Nonostante la non felice formula legislativa - che attua una inutile scissione tra la presentazione della proposta, di cui al comma 1 dell'art. 18, e la domanda di omologazione di cui al comma 2, che invece sono contestuali e vanno formulate entrambe con il medesimo ricorso - si capisce che l'imprenditore deve chiedere con ricorso al tribunale competente l'omologazione del concordato, contestualmente presentando la proposta concordataria, il piano di liquidazione e i documenti indicati nell'art. 161, secondo comma, lettere a), b), c), d), L.F.; il che ben si spiega con l'assenza del voto da parte dei creditori. Il debitore, infatti, con la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo di cui all'art. 161 L.F. chiede al tribunale l'autorizzazione a sottoporre alla massa dei creditori una proposta contrattuale, sicchè, ove manchi la necessità dell'accettazione di tale proposta, diventa

superflua la fase dell'ammissione tipica del concordato preventivo e si investe il tribunale direttamente dell'omologa.

La mancanza della votazione e la domanda diretta di omologa rendono meno netta la distinzione tra domanda, proposta e piano, in quanto la proposta non è rivolta ai creditori, che non debbono accettarla, ma direttamente al tribunale che deve valutarla, non per permettere che sia sottoposta all'esame dei creditori, ma per omologarla, sulla base di un piano, di carattere esclusivamente liquidatorio. In sostanza il debitore presenta al tribunale un ricorso con cui chiede la omologazione del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio e allo stesso deve allegare la proposta di concordato, unitamente al piano di liquidazione e i documenti richiesti dalla legge. Domanda e proposta possono, pertanto, essere considerate tra loro sovrapponibili nel loro iter processuale, posto che l'oggetto della domanda, che si propone con ricorso, è la richiesta di omologazione del concordato, rispetto alla quale la proposta, presentata unitamente alla domanda e con lo stesso ricorso, è, a sua volta, l'oggetto dell'esame per la omologazione; si continuerà, quindi, ad utilizzare indifferentemente domanda e proposta, onde evitare di ripetere, ogni volta che si fa riferimento all'atto introduttivo, il ricorso che contiene la domanda di omologa col quale viene presentata la proposta.

Orbene, passando all'esame degli aspetti iniziali della procedura, la proposta di concordato semplificato va presentata entro sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto, resa all'esito del tentativo di composizione negoziata e di cui si è detto; termine evidentemente decadenziale non essendo previste proroghe o eccezioni.

Questo termine potrebbe essere vanificato ove, all'inizio della composizione negoziata, fosse stata già proposta una domanda diretta ad ottenere la dichiarazione del fallimento del debitore e pendente un procedimento prefallimentare. Per tale motivo, il comma quarto dell'art. 6 dispone che *“dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 (quella cioè con cui si chiede l'applicazione di misure protettive del patrimonio) e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata”*, per cui il divieto comminato da tale norma riguarda, come si vede, non la proposizione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, che di per sé pertanto non è improcedibile, ma la pronuncia della sentenza, sulla scia dell'art. 7, par. 2, della Direttiva 1023/2019, in quanto la dichiarazione di fallimento o di accertamento dell'insolvenza può pregiudicare l'andamento delle trattative.

Ne discende che alla conclusione delle trattative - quando, cioè, l'esperto redige la relazione finale con cui dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili - oppure al momento dell'archiviazione, quando, cioè l'esperto non apre neanche il discorso con i creditori rilevando la mancanza di prospettive di risanamento, il tribunale ( che peraltro è lo stesso che riceve la comunicazione dell'esperto in quanto aveva emesso le misure protettive ex art. 6) riprende il potere di riavviare il procedimento prefallimentare, rimasto nel frattempo sospeso, ridando vigore alle misure cautelari prese ai sensi dall'art. 15, comma 8, L.F., e di dichiarare il fallimento, impedendo la presentazione della domanda di concordato semplificato.

E' lecito, tuttavia, il dubbio che si pone attenta dottrina<sup>(34)</sup> *“se alla declaratoria di cessazione del divieto di cui all'art. 6, comma 4, e, del caso, all'annessa pronuncia di fallimento o accertamento dello stato d'insolvenza, il giudice possa addivenire immediatamente, ossia non appena ricevuta la relazione finale di tenore negativo, ovvero non debba piuttosto attendere il decorso del termine di sessanta giorni di cui alla disposizione testé riportata”*. Io propenderei per questa seconda alternativa considerato che il legislatore ha concesso al debitore un termine di sessanta giorni decorrenti proprio dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto per presentare la domanda di concordato semplificato, che ha lo scopo di evitare la dichiarazione di fallimento, per cui bisogna anche che il diritto del debitore di avvalersi della possibilità offertagli sia salvaguardato, prolungando il divieto di dichiarare il fallimento fino alla scadenza di detto termine sebbene la lettera della norma indurrebbe alla soluzione contraria; anche perché lo scopo della ripresa del procedimento prefallimentare pendente senza soluzione di continuità nell'ipotesi di infelice esito delle trattative è quello di salvaguardare gli effetti delle misure cautelari eventualmente prese ai sensi dall'art. 15, comma 8, L.F., a tutela dell'integrità del patrimonio e dell'impresa del debitore, e questa esigenza non è pregiudicata dall'attesa di sessanta giorni, che darebbero al debitore la possibilità di evitare la dichiarazione di fallimento<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> M. MONTANARI, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *dirittodellacrisi.it*, 24 novembre 2021.

<sup>(35)</sup> Utili, comunque i suggerimenti forniti da G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1612, all'imprenditore che abbia fatto ricorso alla composizione negoziata, di iniziare a predisporre la documentazione per la presentazione della domanda di concordato semplificato alle prime avvisaglie della infruttuosità delle trattative, in modo da essere pronto a rivolgersi al giudice appena arriva la relazione negativa dell'esperto, oppure, di presentare una domanda di concordato con riserva, cui rinunciare appena pronta la documentazione per presentare, nei sessanta giorni dalla comunicazione della relazione dell'esperto, la domanda di concordato semplificato. Questa è ipotesi completamente

Tanto, ovviamente, nel caso in cui alla decisione sulla richiesta di fallimento si possa pervenire prima della presentazione della domanda di concordato semplificato, dato che, una volta presentata una tale domanda, in mancanza di un'espressa previsione simile a quella dettata dall'art. 6, comma 4, per la composizione negoziata, riprende vigore il principio generale della prevenzione o, per meglio dire, della prevalenza del concordato sul fallimento, la cui vigenza, come statuito dalle Sezioni Unite, *“è ricavabile dal sistema, il quale attribuisce al concordato preventivo la funzione di prevenire - appunto - il fallimento attraverso una soluzione alternativa basata sull'accordo del debitore con la maggioranza dei creditori”*<sup>(36)</sup>. Ad eguali conclusioni può pervenirsi nel caso l'istanza di fallimento sia presentata per la prima volta dopo la chiusura della composizione negoziata.

La proposta va presentata (con un ricorso col quale si chiede contestualmente la omologazione del concordato) al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa<sup>(37)</sup>.

Come si vede, la competenza viene determinata secondo lo stesso criterio dettato dal primo comma dell'art. 161 L.F., ma non viene ripresa la restante parte di tale comma, per il quale *“il trasferimento della stessa (della sede) intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza”*.

Per il criterio interpretativo indicato fin dall'inizio di questo scritto, secondo cui il concordato semplificato non è un sottotipo del concordato ordinario la cui disciplina possa essere estesa, in via diretta o per analogia al primo, nel concordato semplificato

---

diversa da quella ipotizzata alla nota 1, ove si discuteva se, a seguito di relazione positiva dell'esperto, l'imprenditore che avesse chiesto la ristrutturazione dei debiti potesse, qualora la domanda di ristrutturazione non fosse stata accolta, accedere al concordato semplificato; qui si presuppone una relazione negativa dell'esperto e la pendenza di una istanza di fallimento, che può essere momentaneamente paralizzata dalla presentazione di una domanda di concordato in bianco, cui poi il debitore rinuncia per presentare, sempre nel rispetto del termine di legge, una domanda di concordato semplificato.

<sup>(36)</sup> Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9936, in *GiustiziaCivile.com* 2015, 11 dicembre. Tale funzione preventiva - spiega la Corte - comporta sia che, prima di dichiarare il fallimento, debba necessariamente essere esaminata l'eventuale domanda di concordato presentata dal debitore, per far luogo, poi, alla dichiarazione del fallimento solo in caso di mancata apertura della procedura minore; sia che, una volta aperta quest'ultima ai sensi dell'art. 163 L.F., il fallimento non possa più essere dichiarato sino alla conclusione di essa in senso negativo, ossia con la mancata approvazione ai sensi dell'art. 179, il rigetto ai sensi dell'art. 180, u.c., ovvero la revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173.

<sup>(37)</sup> Ovviamente la sede del tribunale competente può essere diversa da quella della Camera di commercio, presso la quale si è svolta la composizione negoziata (la cui competenza è data dalla iscrizione del proponente nel relativo registro delle imprese), stante la non coincidenza della circoscrizione di questi enti con quella dei tribunali, specie dopo la forte riduzione dei primi.

non dovrebbe assumere importanza l'eventuale trasferimento intervenuto nell'anno precedente posto che l'art. 18 non richiama l'art. 161 L.F. né riproduce una disposizione simile a quella sopra riportata, ma adotta quale criterio della competenza esclusivamente quello della sede principale, senza altra precisazione.

Questo è uno dei casi in cui si pone il problema se fare ricorso o non all'*analogia legis*; problema cui, a mio avviso, va data risposta negativa perché, a parte le considerazioni di ordine generale svolte nel par. 3, il recente legislatore ha dettato una norma sulla competenza facendo riferimento alla sede principale dell'impresa al momento della presentazione della domanda, per cui non esiste una lacuna legislativa da colmare quanto a criterio di individuazione della competenza, di modo che aggiungere all'art. 18 che il trasferimento della sede principale intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza<sup>(38)</sup>, sarebbe del tutto arbitrario in quanto si farebbe dire alla norma ciò che questa non dice ma che, avendo regolamentato la materia, avrebbe potuto dire; avendo, invece, il legislatore riprodotto nell'art. 18 solo la prima parte, e non la seconda, del primo comma dell'art. 161 L.F., deve ritenersi che abbia voluto rendere applicabile alla nuova fattispecie solo la parte fatta propria.

Né mi pare utilizzabile l'*analogia juris* per recuperare il principio, di "carattere generale e indisponibile", di cui all'art. 9, comma 2, L.F., "*la cui sagoma è mutuata dal predetto art. 161 L.F.*"<sup>(39)</sup>, perché il principio di cui all'art. 9, co. 2, L.F. tanto generale non è se non esisteva prima della riforma del 2006 e, successivamente, il legislatore ha sentito il bisogno di ripeterlo nell'art. 161 per renderlo applicabile al concordato preventivo e nell'art. 182-bis ha espressamente disposto che la domanda va presentata al tribunale "*competente ai sensi dell'articolo 9*"; sicuramente non è indisponibile ove una norma di legge non lo ponga quale principio da rispettare, sicché ove manchi una disposizione del genere, come appunto nell'art. 18, manca il principio stesso e la sua indisponibilità.

Tuttavia, per contrastare il fenomeno del *forum shopping* si può seguire una via diversa da quella dell'applicazione analogica della parte del primo comma dell'art. 161 non richiamata dall'art. 18, che fa leva su una interpretazione sistematica delle recenti norme (per questo

---

<sup>(38)</sup> In tal senso, S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 10; seguito sul punto da G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1608.

<sup>(39)</sup> In tal senso, S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 10, che meritoriamente cerca di salvaguardare un principio degno di tutela scontrandosi, però, con la dizione legislativa che, a mio parere, va in direzione contraria.

si è usato in precedenza il condizionale nel dire che non dovrebbe assumere importanza l'eventuale trasferimento infrannuale). Invero, l'art. 7, nell'individuare il tribunale competente ad emettere le misure protettive nel corso della fase negoziale, fa riferimento proprio "al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267", e nello stesso modo si esprime il terzo comma dell'art. 10 per individuare il tribunale competente per le autorizzazioni di cui ai precedenti commi; in entrambi i casi, il rinvio è all'intera norma di cui all'art. 9 L.F., che al secondo comma contiene la disposizione secondo cui "il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza". Evidentemente il legislatore ha ritenuto superfluo richiamare nell'art. 18 la parte tesa ad evitare il *forum shopping* contenuta nel primo comma dell'art. 161 L.F. non potendo la competenza per la presentazione della domanda di concordato semplificato - che è uno degli sbocchi della fase negoziale - essere individuata con criteri diversi da quelli utilizzabili e utilizzati in tale fase per l'emissione delle misure preventive e per altre autorizzazioni.

Nulla è detto circa l'assistenza o meno di un legale, ma considerato che, a norma del primo comma dell'art. 161 L.F., il ricorso per concordato ordinario può essere sottoscritto dal debitore<sup>(40)</sup>, a maggior ragione è da escludere la necessità dell'assistenza di un legale per la presentazione del ricorso in discussione, che, sebbene dia impulso ad un procedimento di connotazione sicuramente giudiziale, introduce un procedimento più semplificato di quello ordinario, all'esito, peraltro di un altro procedimento seppur di natura stragiudiziale nel corso del quale già sono stati sentiti i creditori. Nel caso la domanda sia proposta da una società, in mancanza anche qui di qualsiasi indicazione, presumibilmente dovrà essere applicabile la disciplina del codice civile dettata con riferimento a ciascun tipo sociale per la delibera di atti di straordinaria importanza per la vita della società, salva diversa disposizione statutaria, e non la norma speciale di cui all'art. 152 L.F. non richiamato<sup>(41)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Per la precisione la norma fallimentare parla di "ricorso, sottoscritto dal debitore", da cui si deduce che per l'apertura del procedimento concordatario non sia necessaria l'assistenza tecnica.

<sup>(41)</sup> Questo è uno dei tanti punti in cui si nota il pericolo, evidenziato in precedenza, di interpretazioni contrastanti quando si segue il criterio dell'interpretazione analogica. Due Autori, entrambi sostenitori della nuova procedura semplificata ed entrambi favorevoli all'applicazione analogica della disciplina concordataria per colmare i vuoti del concordato semplificato, arrivano a conclusioni opposte sul punto. S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 11, afferma che "L'omesso richiamo (dell'art. 152 l. fall.) parrebbe intenzionale: occorre fare in fretta per salvare l'azienda attiva, ma esausta, nel suo ultimo metro; si eliminano i passaggi formali e di controllo legalitario che potrebbero rallentare il tentativo"; D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1608, sostiene che "Per quanto riguarda la

Anche le imprese sotto soglia, come detto, possono proporre domanda di concordato semplificato, giusto il disposto della lett. e) del comma terzo dell'art. 17 (della cui erronea formulazione si è parlato nel par.1), ma mentre per esse è dettata una apposita disciplina per la fase negoziale<sup>(42)</sup>, nulla è detto in ordine al concordato semplificato, per cui valgono le stesse norme poste per le imprese di dimensioni superiori.

Il mancato richiamo dell'art. 161, co. 6, L.F., nonché l'impianto iniziale che si realizza con la richiesta diretta di omologazione e la sequenza procedurale di cui si dirà in prosieguo portano ad escludere, con sufficiente certezza, che questa nuova figura possa essere preceduta dalla richiesta di concessione di un termine per presentare la proposta e il piano; peraltro il termine decadenziale di 60 giorni dalla comunicazione della relazione finale negativa dell'esperto entro cui il debitore deve presentare domanda di omologa del concordato semplificato coincide con il termine minimo che il tribunale può concedere ai sensi del sesto comma dell'art. 161 L.F., sicché il debitore, se chiede la concessione di quest'ultimo termine non sarà più in tempo per avvalersi del concordato semplificato per intervenuta decadenza.

Quanto appena detto preclude la presentazione di un concordato semplificato con riserva, che avrebbe in sé la potenzialità di consentire alla scadenza del termine concesso la presentazione della proposta di concordato semplificato, il piano e la documentazione relativa, ma non esclude la richiesta di concessione del termine ex art. 161, co. 6, L.F., il cui sbocco può essere, secondo la disciplina fallimentare, un accordo di ristrutturazione o il concordato preventivo ordinario pieno, così come non esclude la rinuncia al concordato con riserva e la presentazione di un concordato semplificato, sempre che questo avvenga nel termine di legge dei sessanta giorni dalla comunicazione della relazione negativa dell'esperto, di cui si è già detto.

---

competenza a decidere condizioni e contenuto della proposta, nonché i profili formali e pubblicitari della decisione, possono applicarsi in via analogica le disposizioni dettate dagli artt. 152 e 161 l.fall. per il concordato fallimentare ed il concordato preventivo”.

<sup>(42)</sup> Tra le altre, in questa fase, il secondo comma dell'art. 17 prevede che la domanda di nomina di esperto possa essere presentata all'organismo di composizione della crisi oppure al segretario generale della camera di commercio e la legge di conversione ha aggiunto che “La nomina avviene a cura del soggetto al quale è presentata l'istanza”, per cui, se l'istanza è presentata all'OCC, questo organismo deve seguire l'iter dettato dal comma settimo dell'art. 3 per il segretario della camera di commercio; è agevole prevedere che difficilmente l'OCC potrà, nello stesso giorno che riceve l'istanza, comunicarla “*alla commissione costituita ai sensi del comma 6, unitamente a una nota sintetica contenente il volume d'affari, il numero dei dipendenti e il settore in cui opera l'impresa istante*”.

Il ricorso, presentato al tribunale, è comunicato al P.M. e pubblicato dal cancelliere nel registro delle imprese entro il giorno successivo alla sua presentazione, in perfetta corrispondenza a quanto previsto dalla prima parte del comma quinto dell'art. 161. La principale finalità della comunicazione della domanda al P.M. è quella di presentare, in caso di esito negativo del concordato, la richiesta di fallimento, naturalmente di quegli imprenditori soggetti a tale procedura, anche se la comunicazione al P.M. va effettuata, in forza della norma, da chiunque sia proposto il ricorso per concordato, anche, quindi, se da imprenditori agricoli o commerciali sotto soglia. Tanto si spiega col fatto che il P.M. investito della procedura avrà comunque il compito di rilevare i comportamenti di rilevanza penale e rendere noti all'ausiliario eventuali atti di frode in modo che possa essere azionata la procedura di revoca ex art. 173 L.F., espressamente richiamato dall'art. 18, indipendentemente dal soggetto che abbia chiesto l'omologa del concordato semplificato. Nonostante il mancato richiamo della restante parte del comma quinto dell'art. 161, vanno trasmessi al P.M. anche gli atti e i documenti depositati dal debitore in allegato al ricorso, non in applicazione analogica della norma fallimentare non richiamata, ma perché tale trasmissione è funzionale a garantire una completa informazione del pubblico ministero per lo svolgimento della sua attività.

## **VI. LA FASE INIZIALE. LA DOCUMENTAZIONE DA ALLEGARE ALLA DOMANDA.**

Alla proposta devono essere allegati, in forza della previsione di cui all'ult. parte del primo comma dell'art. 18, i documenti indicati dall'art. 161, comma 2, lettere da a) a d) L.F..

E' superfluo soffermarsi su questi aspetti, ormai patrimonio comune del concordato preventivo ordinario, se non per evidenziare la diversa ottica in cui tale documentazione va proposta nel concordato in questione.

L'aggiornata<sup>(43)</sup> relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, di cui alla lett. a), considerata la natura prettamente liquidatoria del

---

<sup>(43)</sup> Concetto apparentemente relativo dato che la norma non fornisce alcuna indicazione cronologica idonea a definire l'aggiornamento, tuttavia, poichè l'art. 5, co. 3, lett. a) richiede per l'accesso alla procedura di composizione negoziata che l'imprenditore inserisca nella piattaforma telematica “*i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza*”, gli stessi dati cronologici possono essere utilizzati al momento della presentazione della proposta di concordato semplificato.

concordato semplificato, deve concentrarsi, una volta esposta la situazione patrimoniale, economico e finanziaria attuale, non certo sulle prospettive future - che interessano un percorso di ristrutturazione - quanto sulla fattibilità del piano di liquidazione presentato. Prevalendo, cioè, un'ottica liquidatoria, è in previsione della realizzabilità della proposta soddisfazione dei creditori che deve indirizzarsi la relazione, in modo da evidenziare, attraverso la descrizione e l'analisi della situazione attuale, che le promesse fatte ai creditori possono essere mantenute; ben diversa, infatti, è la relazione richiesta al momento della domanda per la nomina dell'esperto, ove la lett. b) del terzo comma dell'art. 5 prevede, appunto, *“una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare”*.

Lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, di cui alla lett. b) e l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore di cui alla lett. c), hanno lo scopo di rappresentare, così come nel concordato ordinario, qual è, secondo il proponente, il complessivo ammontare del passivo e, quindi, del fabbisogno concordatario e dell'attivo disponibile; tuttavia, nel concordato semplificato, perdono la loro utilità perché l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia fa già parte del patrimonio documentale allegato alla domanda iniziale di nomina dell'esperto per la negoziazione, in quanto richiesto dalla lett. c) del comma terzo dell'art. 5. Né questa nuova documentazione ha lo scopo di individuare i creditori cui comunicare la proposta, giacché l'art. 18, nel comma quarto, nel prevedere che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto e al parere dell'ausiliario, venga comunicata a cura del debitore ai creditori, precisa ai *“creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c)”* e non quelli risultanti dall'elenco di cui al primo comma dell'art. 18 o di cui alla lett. c) del secondo comma dell'art. 161 L.F..

Anche l'indicazione del valore dei beni e dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili, di cui alla lett. d), è poco rilevante, o meglio ha una utilità solo indiretta nel concordato semplificato. Esso, infatti, ha lo scopo, nell'ordinario concordato, di permettere al ceto creditorio di confrontare l'ipotesi concordataria (che non coinvolge i soci illimitatamente responsabili) con l'alternativa liquidatoria fallimentare (che determina il fallimento per ricaduta anche di detta categoria di soci) sul piano della convenienza, in modo da orientarli nel voto; nel concordato semplificato, in cui i creditori non sono chiamati a votare, la descrizione dell'attivo e del passivo dei soci illimitatamente

responsabili può servire ai creditori solo per valutare l'opportunità di proporre opposizione all'omologazione e al tribunale per il suo giudizio di convenienza.

Non viene richiamata dall'art. 18 la lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L.F., che richiede (principalmente) un *“piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”*; tale omissione, in un contesto in cui il legislatore richiama le lett. a), b), c) e d) e non la e), non può essere interpretata come una omissione da colmare con l'applicazione analogica; né da riempire facendo ricorso ad un ipotetico principio generale secondo cui un piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e tempi di adempimento della proposta, perché, altrimenti, non vi sarebbe stato bisogno di imporlo espressamente neanche nel concordato ordinario. E' lecito, quindi, affermare che il mancato richiamo della lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L.F. è la dimostrazione che il debitore che propone un concordato semplificato non è obbligato ad esporre particolari modalità e tempi di adempimento del piano. Sicché la mancanza di tali dati non può essere causa di rigetto della domanda di omologa, a meno che non incida sulla valutazione della fattibilità del piano o sull'esame del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione o su altro elemento oggetto del giudizio di omologazione.

Non viene richiamato neanche il terzo comma dello stesso art. 161 L.F., per cui il proponente non è tenuto a produrre la relazione dell'attestatore di cui tratta la norma fallimentare; e qui la spiegazione si trova nel fatto che tale attestazione è sostituita dalla certificazione rilasciata all'esito del tentativo di composizione negoziata circa l'impossibilità di individuare una soluzione idonea al superamento della crisi e dal parere sui presumibili risultati della liquidazione. Questa documentazione, tuttavia, non ha lo stesso contenuto dell'attestazione giacché l'esperto non accerta la veridicità dei dati aziendali (dei quali non ha conoscenza non avendo un controllo sulla gestione aziendale ma solo conoscenza tramite la documentazione presentata, che non consente l'assunzione di responsabilità sulla veridicità dei dati in essa esposti in mancanza di riscontro concreto), né emette un giudizio sulla fattibilità del piano, che è concetto più pieno e completo del semplice parere sui presumibili risultati della liquidazione, che ha ad oggetto solo l'evoluzione possibile della liquidazione non raffrontata ai crediti da soddisfare secondo la proposta concordataria, da cui discende la fattibilità economica<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Non equivalendo la certificazione rilasciata dall'esperto all'attestazione del professionista di cui al terzo comma dell'art. 161 L.F., non dovrebbero sussistere ostacoli all'applicazione analogica di questa norma al concordato semplificato, eppure nessuno Autore - neanche quelli che come visto fanno

Nel comma terzo dell'art. 18 si prevede che il tribunale, prima della nomina dell'ausiliario e fissazione dell'udienza per l'omologa, acquisisca *“il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte”*<sup>(45)</sup>, ma nulla è detto in ordine alle modalità di acquisizione di tale parere, di cui non si parla nei precedenti articoli.

Nel comma ottavo dell'art. 5 viene, infatti, disposto che *“al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 6 e 7, al giudice che le ha emesse”* e con questo atto - che contiene, tra l'altro, l'attestazione che non sono praticabili le soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2, che è la chiave per accedere alla procedura di concordato semplificato - tale organo sembrerebbe aver concluso ogni sua attività. Ma non è così, se l'esperto - dopo che ha esaurito il suo incarico ed è stato eventualmente anche pagato - deve rilasciare, nel momento in cui il debitore presenta domanda di concordato semplificato, un parere sui presumibili risultati della liquidazione, e sulle garanzie offerte.

Non è, invero, ipotizzabile che l'esperto possa esprimere tale parere al termine dell'incarico, sia perché il comma ottavo dell'art. 5 prevede che, in quel momento, egli rediga soltanto la relazione finale, sia perché è inverosimile che l'esperto fornisca un parere del genere in assenza di qualsiasi ipotesi liquidatoria, potendo, come visto, il debitore, all'esito infausto delle trattative negoziali, scegliere anche altre strade (tra cui anche non fare nulla), sia perché, infine, quand'anche si ritenesse che il riferimento ai presumibili risultati della liquidazione possa prescindere dal piano presentato e configurarsi come una valutazione di carattere generale sulla base delle stime dell'attivo, come viene consigliato al punto 13.1 della Sez. III del Decreto dirigenziale 28 settembre 2021<sup>(46)</sup>, rimane il fatto, per un verso, che tale valutazione è finalizzata al giudizio di fattibilità del piano per cui non può prescindere da quanto viene proposto dal debitore e,

---

metodologicamente ricorso all'analogia per colmare le lacune della nuova normativa -, ammette l'obbligo per il debitore di produrre anche la relazione di cui al terzo comma dell'art. 161.

<sup>(45)</sup> Per la verità non è ben chiaro il riferimento alle garanzie offerte dal momento che si sta parlando di un concordato liquidatorio, in cui la garanzia offerta è il patrimonio del debitore ed è poco probabile, per i motivi che si vedranno nel corso dello svolgimento, che questi offra ulteriori garanzie ai creditori. Evidentemente il legislatore intende fare riferimento all'intervento di un terzo che garantisca il risultato della liquidazione, sebbene in nessuna parte dell'art. 18 si faccia riferimento ad eventuali garanzie di terzi.

<sup>(46)</sup> *“In qualunque momento risulti utile per le trattative, è opportuno (anche perché le stime potranno occorrere ai fini del parere previsto in caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio) che l'esperto proceda alla stima delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio o di parti di esso”*-.

per altro verso, che l'esperto deve esprimersi anche “*sulle garanzie offerte*”, che non possono che essere quelle eventualmente offerte ai creditori con la proposta e il piano.

Per gli stessi motivi non è ipotizzabile che il parere sia parte della relazione finale (che, per la verità, non ha un contenuto predeterminato), tant'è che, a norma del terzo comma dell'art. 18, il tribunale deve acquisire e la relazione finale (con la quale l'esperto dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili) e il parere dello stesso organo “*con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte*”; il che evidenzia come relazione finale e parere siano considerati dal legislatore come due atti distinti e con finalità diverse.

E' chiaro, pertanto, che il parere di cui al comma terzo dell'art. 18 deve essere fornito dall'esperto al momento della presentazione da parte del debitore della domanda di concordato semplificato e, nella mancanza di qualsiasi indicazione circa i tempi e le modalità del rilascio e dell'acquisizione, sembra logico presumere che dovrà essere il debitore, all'atto o prima ancora di richiedere l'omologa del concordato, a comunicare all'esperto il piano liquidatorio in modo che questi possa rilasciare il suo parere in ordine ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, non potendosi pensare che l'esperto, che ha ormai esaurito il suo incarico, debba monitorare i successivi comportamenti del debitore e rilasciare, qualora questi intenda accedere al concordato semplificato, il parere in questione di sua iniziativa.

L'esperto può o consegnare il suo parere al debitore che lo allega alla proposta e al piano quale ulteriore documento (oltre quelli richiesti espressamente di cui si è detto) o trasmetterlo direttamente al tribunale, come l'art. 18 lascia intendere parlando di acquisizione da parte di tale organo e come suggerito al punto 13.2 della Sez. III del citato Decreto dirigenziale, ove si fa riferimento ad una richiesta del tribunale. Quello che è difficile ipotizzare è l'autonoma acquisizione del parere da parte del tribunale senza la preventiva iniziativa del debitore, dal momento che la scansione procedurale non prevede richieste, né la concessione di un tempo per la predisposizione dello stesso, ma configura l'acquisizione del parere come atto contestuale all'acquisizione della relazione, questa si già depositata, e alla presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato; naturalmente, ove il debitore abbia ritenuto di non contattare l'esperto, poiché il parere di questi non è elencato tra i documenti obbligatori da produrre, il tribunale dovrà fare in modo di acquisirlo concedendo, se necessario, all'esperto anche un termine per approntarlo, nonostante la dizione legislativa.

## VII. LA FASE INIZIALE. IL CONTENUTO DELLA DOMANDA. LA CLASSAZIONE.

Avendo la legge qualificato la nuova figura in esame quale concordato per la liquidazione del patrimonio, il contenuto della domanda di omologazione di un tale tipo di concordato è quello tipico di un concordato con cessione dei beni, che, come è noto, nonostante la libertà data al debitore dalla riforma degli anni 2005-2007 di ristrutturare i debiti e soddisfare i creditori “attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni”, che ha attribuito al concordato con cessione dei beni una profonda atipicità, segue nella prassi prevalentemente il modello che si sostanzia nella messa a disposizione dei creditori dei beni costituenti il patrimonio del debitore, con trasferimento dei soli poteri gestionali e dispositivi finalizzati alla liquidazione dei beni, nella loro interezza o particellizzati, e al riparto del ricavato nell’interesse dei creditori.

Il concordato semplificato può avere la stessa struttura, ma ingloba anche la figura di una proposta c.d. chiusa, che contenga la predeterminazione delle modalità della liquidazione, del o degli acquirenti, il prezzo di vendita ecc., preceduta, come spesso avviene, da contratto di affitto di azienda con diritto di prelazione; questa fattispecie è normalmente ascrivibile al concordato con continuità indiretta, ma può rientrare nel concordato semplificato in quanto, come detto fin dall’inizio, l’ottica in cui si muove questa procedura è solo ed esclusivamente liquidatoria, per cui anche la vendita unitaria dell’azienda o di rami della stessa non è considerata sotto il profilo del risanamento dell’impresa, finalità ormai già accantonata a causa dell’esito infruttuoso delle trattative, ma è vista solo come occasione di una più proficua liquidazione.

La mancanza di qualsiasi indicazione circa il contenuto della domanda o del piano di liquidazione, nonché la mancanza del voto dei creditori rendono condivisibile la soluzione di chi sostiene che, quale che sia la risposta che si preferisca con riferimento al concordato preventivo ordinario, nel semplificato non è consentita la cessione parziale dei beni ai creditori, posto che *“nel concordato preventivo sono i creditori a votare ed a decidere anche sulla possibile conservazione di parte del patrimonio in capo al debitore, mentre nel concordato semplificato i creditori non votano, così che non vi sarebbe giustificazione, o meglio legittimazione, rispetto ad una cessione solo parziale dei beni”*<sup>(47)</sup>.

A differenza del concordato liquidatorio ordinario, per quello in esame non è indicata alcuna soglia minima di soddisfazione dei creditori chirografari quale presupposto di

---

<sup>(47)</sup> G. D’ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1611; S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 2.

ammissibilità, né vi è alcun richiamo all'ult. comma dell'art. 160 L.F. (anzi manca qualsiasi richiamo a questa norma nella sua interezza); pertanto, nel concordato semplificato è inesistente l'obbligo di assicurare ai creditori chirografari il pagamento del 20% minimo, come disposto dall'ult. comma dell'art. 160 L.F..

Sembrano passati anni luce dal 2015, quando il legislatore, constatato che la libertà lasciata al debitore concordatario di offrire anche una percentuale irrisoria di pagamento ai creditori chirografari non aveva dato buon esito, imprimeva una nuova svolta legislativa nella direzione di un ripensamento della tutela del ceto creditorio con il d.l. n. 83 del 2015, convertito nella legge n. 132 del 2015, aggiungendo nell'art. 160 un ultimo comma che la proposta di concordato con cessione dei beni deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari; introduceva nuovi istituti tesi a favorire la competitività, quali le proposte e le offerte concorrenti di cui agli artt. 163 e 163-bis, e abrogava quel meccanismo cardine di *favor* per la soluzione concordata della crisi di impresa, introdotto soltanto nel 2012, e costituito dal c.d. "silenzio assenso".

Nessuna nostalgia per la previsione di una soglia minima, ma non può non ricordarsi che tale limite è rimasto anche nel nuovo codice della crisi, anzi è stato rafforzato con l'ulteriore previsione del necessario apporto di risorse esterne tali da incrementare di almeno il 10% rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale il soddisfacimento dei creditori chirografari (art. 84, ult. comma, non modificato dal decreto correttivo n. 147 del 2020), in modo da non privare i creditori del vantaggio che, in tal caso, il concordato liquidatorio effettivamente per loro presenta rispetto all'alternativa della semplice liquidazione giudiziale.

Pertanto, per accedere al concordato liquidatorio ordinario il debitore deve, oggi, assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari e, dal 16 maggio del 2022 (se non viene modificato l'art. 84 ult. comma CCII), anche incrementare con risorse esterne di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, nel mentre questi vincoli spariscono nel concordato semplificato, senza, peraltro, una adeguata spiegazione che giustifichi una inversione di tendenza così radicale e improvvisa, se non quella di voler *"agevolare e incentivare l'utilizzo dello strumento di composizione negoziata"* (Relazione).

E così, mentre negli ultimi anni si è penalizzato il concordato liquidatorio sottoponendolo a condizioni di ammissibilità più stringenti rispetto a quello con continuità<sup>(48)</sup>, per arrivare

---

<sup>(48)</sup> Oltre al limite di soddisfazione minima dei creditori chirografari di cui all'ult. comma dell'art. 160, il comma quinto dell'art. 163 l. fall. 5 richiede, per bloccare la proposizione di proposte

nel nuovo codice al punto che, quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, è preferibile ricorrere alla procedura liquidatoria per eccellenza, a meno che non vi sia un apporto di risorse esterne tale da incrementare di almeno il dieci per cento la soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, l'introduzione nel sistema del concordato semplificato, pur esso di carattere esclusivamente liquidatorio, è vista con particolare favore al punto da proporre la nuova figura - con la eliminazione di qualsiasi vincolo contenutistico e l'utilizzazione di tutte le altre facilitazioni già accennate - come la soluzione molto più appetibile rispetto all'ordinario concordato liquidatorio proprio quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, essendo tramontate le velleità di risanare l'impresa o di trovare comunque una soluzione concordata con i creditori<sup>(49)</sup>.

Il contenuto della proposta del concordato in esame è improntato, quindi, alla massima flessibilità, in cui gli unici criteri da seguire sembrano essere quelli che individuano l'oggetto del giudizio di omologazione e, quindi, rispettare l'ordine delle cause di prelazione, proporre un piano che possa superare il vaglio della fattibilità giuridica ed economica in forza del quale i creditori non vengano a percepire meno di quanto potrebbero ottenere in caso di fallimento e prospettare le utilità, non necessariamente in denaro, per ciascun creditore.

Quest'ultimo requisito esprime, in modo più sintetico, la medesima disposizione introdotta con il d.l. n. 83 del 2015, convertito dalla l. n. 132 del 2015 nella lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L.F. secondo cui la proposta concordataria *“deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”*. E, come correttamente sottolineato in giurisprudenza, *“l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore è rispettata quanto la debitrice presenta una proposta vincolante, potenzialmente idonea a garantire il soddisfacimento promesso ai creditori. La ratio della norma (secondo la dizione della stessa*

---

concorrenti, sia assicurato il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari nel caso di concordato liquidatorio, nel mentre nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, tale soglia scende al trenta per cento.

<sup>(49)</sup> Non vi è dubbio che la prospettiva di approdare a questa nuova soluzione concordataria, così favorevole per il debitore quanto pregiudizievole per i creditori (come meglio si vedrà in seguito) agevolerà la riuscita della composizione negoziata, anche se questo mutamento netto di impostazione rispetto al recente, anzi recentissimo passato ed anche rispetto al futuro prossimo, si traduce nella copresenza nel nostro ordinamento di due meccanismi concordatari che producono gli stessi effetti seppur retti da regimi completamente differenziati

*relazione alla l. n. 132 del 2015) è quella di scongiurare la presentazione di domande che lascino del tutto indeterminato ed aleatorio il conseguimento di una utilità specifica per i creditori, e va, quindi, intesa nella necessità che l'attuazione del piano concordatario sia prospettata dalla debitrice e attestata dal professionista in termini di ragionevole certezza di assicurare a ciascun creditore una utilità che non si risolve, salvo espressa indicazione in tal senso, “in una individuata percentuale del credito, bensì nell'utilità assicurata ai creditori che in un concordato con cessione dei beni sarà costituita dai beni messi a disposizione, posto che una cosa è l'utilità ceduta, altra cosa è la misura della soddisfazione da essa ottenibile, rispetto alla quale, in assenza di espressa obbligazione in tal senso, non vi è impegno da parte del debitore”<sup>(50)</sup>.*

In sostanza per il concordato ordinario la prefissazione della soglia minima di cui all'ult. comma dell'art. 160 costituisce un dato di valutazione *ex ante*, che esplica la propria funzione di argine alla discrezionalità del debitore, in cui la previsione della utilità per i creditori consente a costui di frazionare ancor di più liberamente le modalità di soddisfacimento di costoro, posto che non è necessario offrire modalità estintive in danaro ma è sufficiente fare in modo che i beni messi a disposizione dei credito assicurino, in termini di ragionevole certezza, una qualche utilità<sup>(51)</sup>. Concetto ripreso dall'art. 84 CCII, ove - si spiega nella Relazione - “l'utilità può essere rappresentata anche dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa, con ciò consentendosi di soddisfare i creditori non con denaro od altri beni ma con vantaggi certi ed economicamente valutabili”.

Nulla, pertanto, esclude che l'utilità di cui parla l'art. 18 risieda nella continuazione o nella contrattualizzazione di nuovi rapporti commerciali in caso di cessione di azienda, o qualsiasi altra utilità che per il creditore rende il concordato preferibile al fallimento; sicchè proprio questa previsione fa capire che non esiste un obbligo per il debitore concordatario di offrire necessariamente una somma in pagamento ai chirografari, ma fa anche capire come la previsione della utilità assuma rilievo prevalentemente nel

---

<sup>(50)</sup> Trib. Pistoia, 29 Ottobre 2015, in *ilcaso.it*; cfr. anche Trib. Torino, 25 Gennaio 2017, in *ilcaso.it*.

<sup>(51)</sup> E la scomparsa nella norma nuova della locuzione "economicamente valutabile" che caratterizza quella dell'art. 161 L.F., sta a significare che “l'utilità perde gli stilemi del vantaggio economico sia pur latamente inteso. Maggior incasso, minor spesa, scudo dalla revocatoria lasciano spazio a qualsiasi utilità tangibile, ancorché economicamente non computabile”. Così S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 18; L. PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021, p. 24.

concordatario con continuità aziendale<sup>(52)</sup> e nel concordato ordinario in cui la valutazione della convenienza è rimessa ai creditori.

Nel concordato con cessione dei beni, infatti, l'adempimento consiste prevalentemente nel pagamento di una somma di danaro, per cui, eliminata la soglia minima di soddisfazione per la categoria dei chirografari, l'utilità per costoro diventa molto evanescente non dovendo più essere adeguata alla previsione del raggiungimento di un traguardo prefissato dalla legge; se, infatti, non esiste la necessità di assicurare ai chirografari il pagamento del 20%, il debitore può promettere qualsiasi percentuale, anche irrisoria se i beni ceduti non consentono di meglio e, quindi, anche l'utilità per i creditori non può che essere parametrata su queste unità di misura; di modo che anche il beneficio immediato degli scarichi fiscali<sup>(53)</sup>, a fronte della dimostrata insoddisfazione del credito, diventa una utilità vantaggiosa.

Né varrebbe dire che una soddisfazione irrisoria sarebbe inidonea a concretare la ricorrenza della causa del concordato nella singola proposta, come si diceva prima della fissazione della soglia minima nel 2015<sup>(54)</sup>, o che una proposta irrisoria sarebbe una proposta priva di causa<sup>(55)</sup> perché, come acutamente obiettato<sup>(56)</sup>, *“quando si è postulato che la causa del concordato è la regolazione della crisi e non il soddisfacimento dei creditori si è implicitamente negato che una proposta irrisoria sia inammissibile perché priva di causa”*. Ed, infatti, la Cassazione, con riferimento all'epoca in cui non ancora esisteva un limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari, sebbene un soddisfacimento a costoro dovesse essere dato in base alle previsioni dell'art. 160 L.F., ha chiarito che *“la causa concreta della procedura di concordato preventivo, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha un contenuto fisso e*

---

<sup>(52)</sup> E' infatti nei concordati in continuità, diretta o indiretta, che ai creditori può essere più facilmente offerto invece che un pagamento in danaro un bene diverso, quale il mantenimento dei rapporti contrattuali o altro e, in tal caso, sorge la necessità di spiegare l'utilità che questa forma di *datio in solutum* può dare.

<sup>(53)</sup> Esempio di utilità addotto da M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it*, 6 agosto 2015.

<sup>(54)</sup> Trib. Bergamo 4 dicembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Modena, 3 settembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 832; Trib. Padova, 6 marzo 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 832; Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551.

<sup>(55)</sup> F. MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 732.

<sup>(56)</sup> M. FABIANI, *Concordato preventivo*, Bologna, 2014, p. 49; ID., *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una “lettura difensiva”*, in *Fallimento*, 2016, p. 574, e specifico, p. 578.

*predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, nel contempo, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori. In questa prospettiva interpretativa non è possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto della quale la proposta concordataria possa ritenersi - secondo la disciplina applicabile ratione temporis -, di per sé, inadatta a perseguire la causa concreta a cui la procedura è volta”<sup>(57)</sup>.*

In un sistema del genere giustamente nel decreto legge n. 118 del 2021 non era contemplata la facoltà per il debitore di dividere i creditori in classi e, nel silenzio della legge, il debitore di sicuro non poteva procedere alla classazione in quanto la formazione delle classi introduce un meccanismo eccezionale che altera la parità di trattamento dei creditori, essendo finalizzata a proporre trattamenti differenziati tra i creditori, che pur trovandosi giuridicamente nella medesima posizione, vengono collocati in classi diverse.

La legge di conversione ha introdotto nel comma primo dell'art. 18 la previsione che “*La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi*”, senza aggiungere altro, né che la classazione va fatta secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, né che debbano essere riservati trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse, come previsto dalle lett. c) e d) del primo comma dell'art. 160 L.F., e senza neanche una disposizione in ordine al controllo del giudice, non essendo riprodotta nell'art. 18 la previsione dell'art. 163, co. 1, L.F. che assegna al tribunale, quale condizione di ammissione alla procedura concordataria, la valutazione “*della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi*”<sup>(58)</sup>.

E mai, come su questo punto, è da escludere il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 163, co. 1, L.F., in quanto la classazione è direttamente collegata al voto posto che l'art. 177 L.F. stabilisce che “*ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi*”; sicché il concordato preventivo ordinario è approvato solo se riporta il parere favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto ed, in caso di suddivisione in classi, anche della

---

<sup>(57)</sup> Cass. 8 febbraio 2019, n. 3863. Nella stessa Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.* 2013, 5, I, p. 1534, si dice che la causa concreta del concordato, “*da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro*”.

<sup>(58)</sup> Nulla è detto neanche in ordine alla facoltatività o obbligatorietà della classazione, ma certamente è da optare per la facoltatività in mancanza di disposizioni che obblighino alla formazione delle classi. Conf. G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1610.

maggioranza di queste, in ragione del voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nel maggior numero di esse. Meccanismo completamente estraneo al concordato semplificato ove i creditori sono privati del diritto al voto e quindi anche di quella valutazione di convenienza ad essi riservata, in cui affonda le sue radici la necessità della omogeneità nella formazione delle classi, dato che solo i creditori che abbiano una completa omogeneità tra loro possono esprimere un voto che, quando diventa maggioritario, riesce a vincolare coloro che sono di diversa opinione.

Pur tuttavia, considerato che è connaturato al concetto di classazione l'omogeneità tra i creditori inclusi nella stessa classe e che la funzione della formazione delle stesse è quella di offrire trattamenti differenziati, si può dare per scontato che queste caratteristiche debbano ricorrere ogni volta che viene ammessa la suddivisione in classi e, quindi, essere presenti anche nella proposta di concordato semplificato che contempra la classazione (e non in applicazione analogica della richiamata previsione fallimentare).

Di conseguenza, deve anche ammettersi la possibilità di una valutazione del giudice della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, rientrando questa nella indagine sulla ritualità della proposta, richiesta nella fase iniziale dal terzo comma dell'art. 18<sup>(59)</sup>, ed in quella sulla regolarità del procedimento, richiesta nella fase di omologa dal comma quinto dell'art. 18, nei limiti di cui si dirà trattando di questi argomenti. Anzi, a maggior ragione un tale controllo si impone nel concordato semplificato in quanto, mancando l'espressione del voto dei creditori, l'interesse dei creditori che dalla inclusione in una classe priva di omogeneità riceverebbero un pregiudizio, è tutelato prevalentemente (seppur non esclusivamente in considerazione della possibilità di opposizione) dal tribunale.

---

<sup>(59)</sup> Per la verità, come si vedrà in prosieguo, la disciplina della fase iniziale è mutuata da quella dettata per il concordato fallimentare, ove l'art. 125 L.F. utilizza la stessa locuzione del terzo comma dell'art. 18 (*“valutata la ritualità della proposta”*), ma prevede poi espressamente nel terzo comma che *“Qualora la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta, con i pareri di cui al primo e secondo comma, al giudizio del tribunale che verifica il corretto utilizzo dei criteri di cui all'articolo 124, secondo comma, lettere a) e b) tenendo conto della relazione resa ai sensi dell'articolo 124, terzo comma”*; disposizione questa che fa intendere che, nel concordato fallimentare, la verifica del corretto utilizzo della *“suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei”* (art. 124, co, 2 lett. a) e dei *“trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse”* e delle ragioni dei trattamenti differenziati (stesso art. e comma, lett. b), non rientra nella valutazione della ritualità della proposta. La mancanza di un richiamo dell'art. 125 l L.F., da cui l'art. 18 trae spunti applicabili ad un concordato preventivo, la mancanza di votazione e le altre considerazioni di cui al testo, consentono di superare il dato testuale accennato.

Rimane la difficoltà a conciliare la suddivisione dei creditori in classi con la previsione di cui al quinto comma dell'art. 18, secondo cui il tribunale deve verificare per l'omologa che la proposta non arrechi “*pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare*”; pur limitando, invero, la classazione ai creditori chirografari, la formazione di classi consente di soddisfare i creditori appartenenti a questa categoria in modo diversificato raffrontato alla omogeneità loro riservata nel fallimento, sicchè alcuni creditori potranno ricevere un pregiudizio ed altri un vantaggio rispetto alla distribuzione che riceverebbero nel fallimento, rendendo difficoltoso o, addirittura, impossibile la valutazione demandata al tribunale.

La previsione della classazione non è stata, ad ogni modo, una scelta felice, se la si collega all'abolizione del limite di cui all'ult. comma dell'art. 160 L.F. e del diritto di voto. Vigendo, infatti, la soglia minima di soddisfazione di cui all'ult. comma dell'art. 160 L.F., tale libertà trova un contenimento proprio in tale soglia, rimanendo solo da discutere se, nel caso di concordato ordinario con classazione, il limite del pagamento del 20% vada riferito a ciascun creditore, nel senso che a ciascun chirografario deve essere assicurato il pagamento di tale quota, che, quindi, costituirebbe il livello minimo di soddisfazione per ogni classe, o sia possibile una distribuzione differenziata che assicuri il pagamento ad alcune classi di un livello inferiore a quello di legge e ad altre superiore, fermo restando che il complesso delle risorse messe a disposizione debba essere non inferiore al 20% del totale dei crediti chirografari .

Eliminata nel concordato semplificato la soglia di soddisfazione minima dei creditori chirografari, l'aver concesso al debitore di dividere costoro in classi, gli consente l'ulteriore libertà di selezionare i creditori che intende privilegiare, inserendoli in determinate classi, con sacrificio di altri, accentuando il rischio di manovre poco trasparenti, tanto più possibili mancando il controllo dei creditori attraverso la votazione. Del resto, se nel concordato ordinario si ricorre alla classazione nell'ottica di coagulare il consenso dei creditori necessario per l'approvazione, nel concordato semplificato, mancando il voto, questo scopo viene meno, per cui offrire ad una classe di creditori un trattamento preferenziale può essere finalizzato solo a favorire i creditori inclusi in quella categoria rispetto ad altri per il raggiungimento di qualsiasi mira abbia il debitore<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Peraltro diventa difficile anche cogliere in tali comportamento l'abuso di diritto perché questo non ricorre lì dove è il legislatore stesso ad ammettere, attraverso la formazione delle classi, la lesione della *par condicio*. Cfr. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giust. civ.* 2012, 2, I, 516.

Questa ulteriore libertà concessa al debitore accentua, altresì, la forza persuasiva che la prospettiva del concordato semplificato assume nel corso delle trattative per la composizione negoziata in quanto i creditori sanno che, all'esito negativo delle stesse, l'imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio improntato alla massima flessibilità, cui ora si aggiunge l'ulteriore rischio di subire, attraverso la formazione delle classi, un trattamento differenziato, eventualmente punitivo per chi si è opposto ad una soluzione negoziata, rispetto ad altri che si trovano nella stessa posizione giuridica.

L'eliminazione della soglia minima di soddisfazione per i chirografari, nel contesto del mancato richiamo dell'art. 160 L.F., il cui secondo comma prevede il ricorso ad una stima per rapportare il livello di pagamento offerto ai creditori prelatizi alla capienza sui beni gravati, pone l'interrogativo del trattamento di questa categoria di creditori nel concordato semplificato e, cioè, se e a quali condizioni, sia possibile la soddisfazione parziale di costoro. E' difficile pensare che si sia ritornati alla opinione precedente alla decreto correttivo n. 169 del 2007 (che ha introdotto il secondo comma dell'art. 160), secondo cui i crediti prelatizi dovevano essere soddisfatti per intero, perchè l'omologazione del concordato semplificato richiede sia il raffronto con la potenzialità realizzativa del beni in una eventuale liquidazione fallimentare, che segna il confine massimo della soddisfazione dei creditori ( per cui solo una proposta al di sotto di questo potrebbe essere considerata pregiudizievole per i creditori), sia un controllo sulla regolarità della graduazione prospettata. Offrire, infatti, ad un creditore ipotecario o ad un pignoratizio o ad un privilegiato speciale un importo svincolato dal valore del bene o dei beni gravati, altera l'ordine delle cause di prelazione in quanto non si soddisfa il creditore nella misura data dalla sua garanzia; non è quindi richiesta l'attestazione speciale del professionista indipendente (come dovrebbe essere ove si facesse ricorso all'applicazione analogica dell'art. 160, co. 2, L.F.), cui sopperisce o la stima delle risorse derivanti dalla liquidazione, che il par. 13 della Sez. III del Decreto dirigenziale del 28.09.2021 consiglia all'esperto di fare anche ai fini della redazione del parere di cui all'art. 18, oppure con altri mezzi, posto che il tribunale ha anche poteri istruttori d'ufficio.

#### **VIII. LA FASE INIZIALE. GLI EFFETTI DELLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA.**

Dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese si applicano gli artt. 111, 167, 168 e 169 L.F., dispone il secondo comma dell'art. 18. Trattandosi esattamente degli

stessi effetti prodotti dalla presentazione o pubblicazione della domanda di concordato ordinario, non è il caso di soffermarsi sugli stessi, se non per sottolineare qualche aspetto di particolare interesse.

Uno di questi è il richiamo all'intero art. 111, per cui sono da considerare prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione del concordato semplificato.

Tra questi sicuramente non vanno compresi i crediti sorti nel corso della composizione negoziata che precede il concordato sia perché non contratti in funzione della successiva procedura, sia perché l'art. 111, co. 2, L.F. assicura la prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali e la composizione ha natura negoziale e non concorsuale. A questa regola fanno eccezione i crediti per i finanziamenti autorizzati a norma delle lett. a), b) e c) del primo comma dell'art. 10 in corso di composizione negoziata in quanto l'art. 12 espressamente prevede che gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 10 conservano i propri effetti nelle successive eventuali procedure concorsuali, tra le quali è citato anche il concordato semplificato<sup>(61)</sup>. Oltre alle ipotesi indicate, la prededuzione è attribuita anche al credito per il compenso dell'esperto (art. 16, co. 11), ma per questo nulla è detto circa il trascinarsi dell'effetto prededuttivo nelle procedure concorsuali successive, tuttavia il fatto che la prededuzione sia attribuita per legge, che è una delle fonti costitutive della qualifica per l'art. 111, fa sì che anche questo credito, ove non soddisfatto alla cessazione della procedura negoziale, venga considerato prededucibile nel concordato semplificato, così come nelle altre procedure che si ispirano al modello della prededucibilità di cui al secondo comma dell'art. 111.

Quelli, invece, sorti in corso di concordato semplificato, come in funzione dello stesso, salvo diversi accordi tra le parti, devono, ove non contestati, essere soddisfatti durante il procedimento man mano che vengono a scadenza, senza necessità di attendere l'omologazione e, comunque, prima del soddisfacimento dei creditori anteriori, con la possibilità del differimento del pagamento in assenza di risorse immediatamente disponibili qualora, nel corso della procedura, vengano momentaneamente a mancare le risorse utili a soddisfare i crediti prededucibili scaduti; la prededucibilità acquisita nel corso del concordato rimane, nei limiti consentiti dal secondo comma dell'art. 111 L.F., anche nel successivo fallimento. Se contestati, mancando, come in tutti i concordati preventivi, un subprocedimento di accertamento del passivo, le contestazioni vanno

---

<sup>(61)</sup> Conservazione degli effetti che non può essere limitata al finanziamento in sé, ma anche alla natura prededucibile del credito derivante, che è la qualifica per la quale è richiesta l'autorizzazione del tribunale e senza la quale il finanziamento non sarebbe stato effettuato.

risolte dal giudice ordinario, nel mentre è da escludere l'ammissione in via provvisoria mancando la votazione, in vista della quale è dettato l'art. 176 L.F.<sup>(62)</sup>, nonché la stessa figura del giudice delegato.

Nessun accenno è fatto ai finanziamenti, né vengono richiamati gli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*, comma primo<sup>(63)</sup>, L.F., che contengono disposizioni utilizzabili prevalentemente nei concordati con continuità, ma sono applicabili anche ai concordati liquidatori, per cui potrebbero esserlo anche a quello semplificato. Tuttavia, non dovrebbe esservi dubbio sulla non applicabilità di tali norme alla fattispecie in esame, neanche in via analogica, dato che il legislatore ha trattato l'argomento delle prededuzioni richiamando l'art. 111 L.F. ma non le altre norme che attribuiscono la prededuzione ai finanziamenti ponendo determinati vincoli a seconda del momento in cui il finanziamento viene effettuato, tanto più che il recente legislatore si è preoccupato di attribuire la prededuzione ai finanziamenti di terzi o dei soci o infragruppo effettuati nel corso della composizione negoziata della crisi, qualora autorizzati dal tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Questa conclusione, che per altre norme è esaustiva e appagante, nel caso di specie lascia aperto un problema di difficile soluzione, consistente nel fatto che qui è richiamato l'art. 111 L.F. che, già di per sé, attribuisce la prededucibilità ai crediti sorti in funzione o in occasione della procedura di concordato semplificato, da cui la domanda: in questa norma di carattere generale possono essere inclusi i finanziamenti?

Apparentemente la risposta dovrebbe essere affermativa in quanto l'art. 111 non fa distinzioni tra le fonti che originano i crediti che possono godere della prededuzione, risultando determinanti solo le caratteristiche della occasionalità e funzionalità; tuttavia se si esaminano le norme citate, si vede che esse sottopongono la prededucibilità a

---

<sup>(62)</sup> Anche di recente la Suprema Corte (Cass. 5 marzo 2020, n.6197; Cass. 21 novembre 2019, n. 30456; Cass. 8 gennaio 2019, n. 208; Cass. 21 dicembre 2018, n. 33345, in *Guida al diritto* 2019, p. 21, p. 44; ecc.) ha ribadito che nell'ambito della procedura concordataria, a differenza di quanto avviene in altre procedure concorsuali, la verifica dei crediti non è funzionale alla selezione delle posizioni concorrenti ai fini della partecipazione al riparto dell'attivo, ma, ben diversamente, alla mera individuazione dei crediti aventi diritto al voto e da tenere in conto ai fini del calcolo delle maggioranze, come si evince dall'art. 176 L.F., Tale norma, infatti, laddove prevede che il giudice delegato possa "*ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze*" rende palese che le determinazioni in tal guisa assunte hanno un'evidente efficacia limitata e non sono in ogni caso idonee a pregiudicare in alcun modo l'accertamento in merito all'esistenza, all'entità e alla natura del credito.

<sup>(63)</sup> Non si cita il terzo comma in quanto riferito al concordato con riserva, non utilizzabile, come già detto, quale via di accesso al concordato semplificato.

particolari restrizioni allo scopo di salvaguardare la tutela dei creditori concorsuali, che verrebbe completamente alterata da una indiscriminata estensione della prededucibilità a tutti i finanziamenti, senza, ad esempio, che questi siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o senza che la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato (art. 182-*quater*, co 2, L.F.); o sia la preferenza estesa all'intero credito del finanziamento dei soci, la cui prededucibilità, seppur nel limite consentito dell'80%, si pone quale deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod. civ. (art. 182-*quater*. co. 3); o senza l'attestazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182-*quinquies*, co. 1).

Queste cautele, indispensabili per la prededucibilità da concedere ai finanziamenti- non perché previste dalle norme citate e non richiamate, ma in quanto rispondono ad una esigenza ricorrente anche nel concordato semplificato di non aggravare eccessivamente la posizione dei creditori concorsuali se non per le spese strettamente necessarie alla procedura - non sono contemplate dall'art. 111, co. 2 L.F.; sarei, pertanto, propenso a ritenere, in considerazione anche della natura prettamente liquidatoria del nuovo concordato, che il nuovo legislatore abbia voluto escludere non solo l'applicabilità per analogia delle disposizioni di cui agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*, co. 1, L.F. al concordato semplificato, ma anche l'estensione della prededuzione a tutti i crediti per finanziamenti effettuati in funzione o in occasione di tale procedura, che deriverebbe dall'applicazione dell'art. 111, co. 2, L.F., senza le cautele dettate dalle citate norme, non utilizzabili nel concordato semplificato, in base ad una interpretazione estensiva della norma fallimentare.

Anche la scelta di richiamare l'art. 111 L.F. non è stata, a mio avviso, molto felice, sia in ottica presente che futura.

Nel presente, va ricordato che le Sezioni Unite della Cassazione<sup>(64)</sup>, per giustificare la necessità, per la concessione della prededuzione ai crediti dei professionisti che hanno collaborato alla presentazione della domanda concordataria o anche successivamente, richiedono che il concordato sia stato almeno aperto, evitando che crediti ad esso meramente adiacenti trovino pari trattamento rispetto a crediti invece già interni al

---

<sup>(64)</sup> Cass., SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, in *fallimentsocieta.it*

concorso pieno, precisando, tra l'altro, che l'apporto dei terzi utilizzato per l'originario istituto concordatario si sia trasformato *“in un innesto strumentale agli scopi della prima procedura... la cui finalità essenziale è quella di far decidere ai creditori, cui la proposta è diretta (come ripetono inequivocamente la L. Fall., art. 160, comma 1, art. 171, comma 2, art. 175, comma 1 (e comma 5), art. 177, comma 1, art. 178 (rubrica)), la convenienza o meno di una ristrutturazione fondata su un piano realizzabile”*.

Diventa problematico applicare nel concordato semplificato tale criterio della necessità, per riconoscere, anche nel successivo e consecutivo fallimento, la prededuzione alle prestazioni, anteriori o posteriori alla domanda di concordato, che il debitore venga ammesso alla procedura di concordato per la mancanza di un provvedimento di ammissione di cui si è detto e meglio si vedrà in seguito. Tuttavia, pur ipotizzando l'equivalenza del decreto di cui al comma quarto dell'art. 18 all'ammissione al concordato (sebbene il comma ottavo dell'art. 18 limiti espressamente tale equivalenza *“ai fini di cui all'art. 173, primo comma, del R.D 16 marzo 1942, n. 267”*), tale decreto ha lo scopo di portare a conoscenza dei creditori i documenti di cui si è ampiamente detto e la data dell'udienza di omologazione, ove il tribunale valuta, nell'assenza di qualsiasi votazione dei creditori, la convenienza (e altro) della proposta; ossia l'“apertura” della procedura di concordato semplificato non ha la funzione di raccogliere l'opinione dei creditori su una proposta loro diretta per capire se, attraverso la formazione delle maggioranze di legge, la procedura possa arrivare all'omologa, ma quella di pervenire all'omologa saltando la fase della votazione. Da qui un interrogativo: il principio affermato dalle Sezioni Unite è applicabile al concordato semplificato, qualora il tribunale ritenga di non emettere il decreto di cui al comma quarto dell'art. 18? E questo è un altro argomento che spinge verso una interpretazione dei poteri del tribunale nella fase iniziale nel senso che si dirà.

Quanto al futuro, va ricordato che il nuovo codice della crisi, quando entrerà in vigore, richiederà un profondo adeguamento alla qualificazione della prededuzione data dall'art. 6 del CCII, che, in controtendenza rispetto all'attuale legge fallimentare e agli approdi consolidati della più recente giurisprudenza di legittimità<sup>65</sup>, individua analiticamente le ipotesi di prededuzione; pertanto alle procedure alle quali si applicherà la disciplina del CCII, dovranno essere seguiti i criteri di cui all'art. 6, che non contempla, ovviamente, il concordato semplificato, per cui se questo istituto rimane, la prededuzione, non più

---

<sup>65</sup> Cfr, da ult., Cass., SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, cit..

regolabile dall'art. 111 L.F., dovrà essere integralmente rivista per essere adeguata alla futura normativa.

Il richiamo dell'art. 167 L.F. ribadisce che anche nel concordato semplificato il debitore, in costanza di procedura, subisce uno spossessamento attenuato che, diversamente da quanto accade nel fallimento, gli consente di conservare l'amministrazione dei beni e la gestione dell'impresa fino all'omologa, seppur sotto la vigilanza dell'organo nominato dal tribunale. Pertanto gli atti indicati dal secondo comma di tale norma sono soggetti all'autorizzazione del giudice che, nel concordato ordinario, è il giudice delegato, la cui nomina non è però contemplata nel concordato semplificato; in questo, quindi l'autorizzazione compete al tribunale, che è l'organo giudiziario chiamato in causa, come, infatti, espressamente risulta dal terzo comma dell'art. 19, che, appunto, richiede l'autorizzazione del tribunale per la vendita del complesso aziendale o rami della stessa o singoli beni prima dell'omologazione.

Il richiamo dell'art. 168 L.F. implica la trasposizione nel concordato semplificato del divieto delle azioni esecutive e cautelari e di tutte le altre disposizioni contenute in detta norma, per cui anche nella nuova procedura opera la sospensione della prescrizione e non rilevanza delle decadenze per quei crediti che avrebbero potuto essere azionati con procedimenti esecutivi e cautelari al momento del deposito della domanda, sino all'omologa del concordato, nonché la neutralizzazione delle ipoteche iscritte nei 90 giorni anteriori e divieto d'acquisto delle prelazioni<sup>(66)</sup>.

E' chiaro, tuttavia, che l'effetto protettivo principale è quello che nasce dal divieto delle azioni esecutive e cautelari che viene incontro all'esigenza di attuare, fin dall'inizio, una protezione del patrimonio del debitore e dell'impresa dalle aggressioni dei creditori, in modo da consentire il buon esito della procedura, in quanto la concorsualità non consente, a tutela dell'interesse collettivo, che ciascun creditore possa conservare

---

<sup>(66)</sup> Costituendo il concordato semplificato lo sbocco della procedura di composizione è improbabile che possano essere iscritte ipoteche giudiziali nella fase della negoziazione (possono invece essere iscritte ipoteche volontarie in caso di accordo tra le parti ex art. 6 co. 1); tuttavia l'ipoteca giudiziale potrebbe essere iscritta alla cessazione della fase negoziale e prima della presentazione della domanda di concordato, e queste per ovvie ragioni cronologiche ricadrebbero nel divieto di cui all'art. 168 l. fall.; la finalità della disposizione introdotta nel 2012 è, infatti, "quella di evitare che i creditori, avvedutisi dello stato di crisi dell'imprenditore, si muniscano di titoli di prelazione che pregiudichino il buon esito della procedura concorsuale e il successo del piano" (in termini Cass. 6 giugno 2018, n.14671) e la stessa finalità ricorre anche nel concordato semplificato, seppur liquidatorio, essendo l'inefficacia ex art. 168 posta a tutela dell'imprenditore, quale *favor* per la procedura concordataria.

l'iniziativa di agire sui beni del debitore<sup>(67)</sup>. La protezione, infatti, scatta, come nell'ordinario concordato, con l'iscrizione nel registro delle imprese della domanda di concordato, ed anche questa normativa dovrà essere coordinata col il sistema dettato dagli artt. 54 e 55 CCII, completamente diverso, (in gran parte ripreso dagli artt. 6 e 7 per le misure protettive nella fase negoziata, ove, peraltro, i creditori colpiti possono essere selezionati e, comunque le misure sono inapplicabili ai crediti dei lavoratori).

*“L'art. 168, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori, perchè sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata, possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori?”*<sup>(68)</sup>. Principio che, quindi, trova applicazione anche nel concordato semplificato, nel mentre inapplicabile in questa procedura è la norma di cui all'art. 182quinquies, co. 5, L.F., che consente, nel solo concordato con continuità aziendale, la possibilità di pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, previa autorizzazione del Tribunale, e a condizione che un professionista in possesso dei soliti requisiti attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori; a tacere d'altro, la natura liquidatoria del concordato semplificato esclude l'applicazione di questa norma, che costituisce una eccezione al divieto di pagamento dei crediti anteriori e che si giustifica proprio nell'ottica della prosecuzione dell'attività d'impresa che, come detto, non è mai presa in considerazione nel concordato semplificato, neanche quando si parla della vendita unitaria dell'azienda o di un suo ramo.

A tale regime - precisa ancora la Suprema Corte sopra richiamata - deroga il pagamento di debiti che, per la loro natura o per le caratteristiche del rapporto da cui discendono, assumano carattere prededucibile e si sottraggano quindi alla regola del concorso; ma ciò può avvenire soltanto per il tramite dell'autorizzazione del giudice delegato, nelle forme previste dall'art. 167 L.F.. Il creditore prededucibile, se non è vincolato all'omologa in quanto l'art. 184 prevede che il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, e può essere pagato, con le debite autorizzazione, può anche agire esecutivamente qualora il pagamento non avvenga. Lo può fare in corso di procedura fino all'omologa in quanto l'art. 168 L.F. pone il divieto della azioni esecutive e cautelari solo i creditori per titolo o causa anteriore, a differenza dell'art. 51, che, nel fallimento, coinvolge nel divieto anche i

---

<sup>(67)</sup> Si è già detto che l'effetto protettivo rispetto alle azioni esecutive opera anche nei confronti delle eventuali istanze di fallimento per la prevalenza del concordato sulla liquidazione fallimentare.

<sup>(68)</sup> In termini, Cass. 12 gennaio 2007, n. 578 in *Foro it.* 2007, 9, I, p. 2466.

crediti maturati durante il fallimento. Se tutto ciò è vero, ne consegue che il creditore prededucibile può agire esecutivamente anche dopo l'omologa posto che il divieto delle azioni esecutive per questa fase si deduce dall'art. 184 che vincola i creditori a ricevere i pagamenti secondo i piani concordatari; norma, che come detto, non trova applicazione per i crediti prededucibili<sup>(69)</sup>.

Quanto alla durata delle misure protettive non sembra porsi un problema di coordinamento in ottica futura. E' vero, infatti, che sia l'art. 6 della Direttiva 20 giugno 2019 n. 1023, (per il cui recepimento è stata fissata la nuova data del 17 luglio 2022) che l'art. 8 del CCII indicano la durata massima di quattro mesi della sospensione delle azioni esecutive individuali, prorogabile fino al termine massimo di dodici mesi, onde evitare che la sospensione leda eccessivamente i diritti dei creditori, ma la struttura del concordato semplificato che, come detto, prevede l'immediata fissazione dell'udienza di omologazione, fa presumere che l'omologa intervenga nel termine indicato.

E' anche vero che le misure protettive sono contemplate anche nella fase della procedura di composizione negoziata, ma la durata di queste (massimo 250 giorni, *ex art. 7, co, 5*) non si cumula a quella successiva del concordato giacchè, a norma del comma ottavo dell'art. 5, l'esperto, al termine dell'incarico, qualora siano state concesse misure protettive, deve trasmettere la relazione finale, oltre che all'imprenditore, anche "*al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti*", per cui con la fine della procedura di composizione negoziata viene meno la precedente protezione del patrimonio e inizia quella derivante dalla iscrizione della domanda di concordato semplificato nel registro delle imprese.

Col richiamo dell'art. 169 L.F. si rendono applicabili al concordato semplificato, a far data sempre dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese - in quanto così disposto da secondo comma dell'art. 18 e non dalla presentazione della domanda, come prescrive l'art. 169 L.F. -, l'art. 45 e gli artt. da 55 a 63, così come nel concordato ordinario, anche se, nel concordato semplificato, alcune di queste (ad es. quelle sulla compensazione o sulla solidarietà) mantengono intatti gli effetti sostanziali, ma perdono parte della loro importanza processuale mancando la votazione<sup>(70)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> Né può valere il richiamo alla concorsualità della procedura che non dovrebbe consentire aggressioni del patrimonio del debitore destinato alla soddisfazione di tutti i creditori perché anche questo principio è derogato per i crediti prededucibili in quanto questi, per loro natura, sono sottratti al concorso con i creditori concorsuali.

<sup>(70)</sup> Il creditore che effettua la compensazione vota, nel concordato ordinario, per il credito residuo, così come il fideiussore solidale che abbia parzialmente soddisfatto il creditore garantito prima

Si è già accennato che non sono richiamati gli artt. 169-*bis* e 182-*sexies* L.F. e il silenzio su questioni tanto rilevanti, ripropone ancora una volta il problema dell'applicazione in via analogica al concordato semplificato per chi, ovviamente, ha posto questo metodo a base della ricostruzione del quadro normativo che disciplina la nuova procedura. Ed ancora una volta emerge la difficoltà a trovare la ragione del silenzio, se voluto o costituisca una lacuna da colmare attraverso l'analogia, tanto che lo studioso<sup>(71)</sup> che ha meritoriamente affrontato analiticamente queste problematiche, pur riconoscendo che le esigenze alla base della sospensione o scioglimento dei contratti pendenti o della sospensione degli obblighi in tema di riduzione o perdita del capitale sociale possono sussistere anche nel concordato semplificato (come in ogni concordato liquidatorio, seppur con minore intensità rispetto a quelli in continuità), ammette che *“il silenzio normativo, se considerato in relazione all'esplicito e analitico rinvio alle norme del concordato preventivo sugli altri effetti, non può essere considerato una lacuna, ma espressione di una precisa scelta volta ad escludere ogni effetto del concordato semplificato nei confronti dei contratti pendenti?”* così come *“appare una scelta precisa, diretta ad escludere l'applicazione delle norme derogatorie sugli obblighi in caso di riduzione o perdita del capitale sociale”*.

In sostanza l'applicazione, anche in via analogica, delle norme citate al concordato semplificato viene negata non per incompatibilità o per la mancanza della *eadem ratio*, ma perchè dette norme non sono state richiamate nel mentre ne sono state richiamate altre, da cui si deduce che il silenzio del nuovo legislatore è voluto quale caratteristica della nuova procedura; conclusione, che coincide con quanto sostenuto nel par. 3 di questo scritto, ove ho cercato di spiegare i motivi che escludono, come sistema, l'applicazione al concordato semplificato delle norme non richiamate a fronte di una regolamentazione autonoma del nuovo istituto, integrata da specifici rinvii normativi.

Non sono, infine, richiamati i commi quattro e segg. dell'art. 163 L.F. riguardanti le proposte concorrenti ed è di tutta evidenza che tale norma non può trovare spazio nel concordato semplificato per la mancanza di una votazione che scelga quale, tra le più proposte, debba essere portata all'omologazione. Con le proposte concorrenti si consente, infatti, ai creditori che abbiano determinate caratteristiche di porsi in competizione con il debitore concordatario presentando una proposta di concordato alternativa da sottoporre all'assemblea dei creditori, che potranno quindi scegliere tra le più proposte presenti

---

dell'apertura della procedura vota per la parte pagata, mentre l'adempimento parziale è successivo rimane intatto il credito del creditore iniziale; e così via.

<sup>71</sup> G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1613.

quella che ritengono preferibile, di modo che, lì dove il debitore chiede direttamente l'omologazione della sua proposta, senza passare attraverso il voto dei creditori, non può esservi quella concorrenza prevista dall'art. 163 L.F., che dà ai creditori chiamati al voto la possibilità di scelta tra la proposta e il piano presentati dal debitore e quelli introdotti da altri creditori. Né è possibile ricorrere ad un meccanismo che, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 125 L.F. per il concordato fallimentare, attribuisca tale potere di scelta al tribunale o ad altro organo, dato che, come si dirà, non vi è alcun appiglio che consenta di configurare nella fase iniziale del concordato semplificato facoltà di scelte del genere in capo all'esperto, all'ausiliario o al tribunale, che, a vario titolo, sono i protagonisti di questa fase.

#### **IX. LA FASE DELL'AMMISSIONE. POTERI DEL GIUDICE.**

Come già si è detto e come emerge chiaro dal secondo comma dell'art. 18, l'imprenditore che intende accedere al concordato semplificato non è tenuto a presentare al tribunale competente una domanda di ammissione alla procedura, come invece richiede l'art. 161 co. 1, L.F., ma a questo chiede direttamente l'omologa del concordato, sulla base della proposta e del piano liquidatorio presentati.

Manca, quindi, nel concordato semplificato quella fase della valutazione dell'ammissibilità del concordato preventivo di cui agli artt. 162 e 163 L.F. che, infatti non sono richiamati, né gli stessi sono suscettibili di applicazione analogica alla nuova fattispecie perché il legislatore, su questo punto, non ha serbato il silenzio, ma ha regolamentato la fase iniziale della procedura con una autonoma normativa che riprende quella del concordato fallimentare<sup>(72)</sup>.

A norma dei commi 3 e 4 dell'art. 18, infatti, il tribunale *“valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile...”*; con il medesimo decreto *“ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c), ove possibile a mezzo*

---

<sup>(72)</sup> Di tanto sembra non farsi carico la Relazione, che si limita a dire che nel concordato semplificato è omessa la fase di ammissione ed a spiegare l'omissione col fatto che la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e la non percorribilità di altre soluzioni è stata esaminata dall'esperto indipendente e rappresentata nella relazione finale che chiude la composizione negoziata,

*posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa l'udienza per l'omologazione*” specificando il termine entro cui tale udienza va fissata.

Si tratta, come si vede, dell'adattamento alla fattispecie del secondo comma dell'art. 125 L.F., in forza del quale il giudice delegato al fallimento, ricevuta la domanda di concordato fallimentare, chiede “*il parere del curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte*” e “*acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, valutata la ritualità della proposta, ordina che la stessa, unitamente al parere del comitato dei creditori e del curatore, venga comunicata a cura di quest'ultimo ai creditori...*” (nell'art. 18 manca ovviamente la parte relativa alla votazione e all'esame di più proposte non essendo prevista la votazione né ammissibili proposte concorrenti nel concordato semplificato).

In sostanza sul corpo di un concordato preventivo è stata immessa la testa di un concordato fallimentare e la creazione di questo ibrido non è stata, a mio parere, una soluzione felice. Invero, il concordato fallimentare si inserisce in una procedura fallimentare della quale costituisce una modalità di chiusura, nel mentre il concordato semplificato non si innesta in una procedura concorsuale pendente, ma segue la fase stragiudiziale di composizione negoziata quando questa è cessata senza esito positivo e propone ai creditori una soluzione concordataria che passa attraverso la liquidazione dei beni, in alternativa alla dichiarazione di fallimento, che si intende evitare, che è lo scopo di qualsiasi concordato preventivo.

Questa mancanza di sincronia tra schema ispiratore e normativa applicabile fa sì che l'esperto che ha svolto attività di mediazione nella fase pregressa non sia minimamente paragonabile al curatore del fallimento in atto, che ha “gestito” la procedura fino al momento della domanda concordataria e, di conseguenza, ben diversa è la valenza del parere che questi due organi possono dare sui presumibili risultati della liquidazione<sup>(73)</sup>. Ben diversa è anche la posizione del giudice al quale perviene la domanda di concordato, in quanto, al di là della monocraticità o collegialità, in un caso, il giudice delegato ha seguito la procedura fallimentare ed ha acquistato l'intero bagaglio di conoscenze che questa ha presentato, e nell'altro il tribunale viene per la prima volta a contatto con la realtà dell'impresa al momento in cui è presentata la domanda di omologazione del concordato semplificato, come appunto nel concordato preventivo; ed, infatti, tranne quello accennato, tutti i richiami degli artt. 18 e 19 alla disciplina fallimentare hanno ad oggetto

---

<sup>(73)</sup> Per non parlare del parere sulle garanzie offerte, che sono o possono essere presenti nel concordato fallimentare (cfr. art. 135 L.F.), ma, come detto, più difficilmente individuabili in un concordato preventivo liquidatorio semplificato.

norme regolanti il concordato preventivo, per cui il modello di riferimento è questo tipo di concordato - per la precisione, come detto, il concordato preventivo liquidatorio - e non quello fallimentare, che inopinatamente entra in ballo per delineare i compiti del giudice nella fase iniziale della procedura.

Ad ogni modo, avendo il legislatore preso a modello l'art. 125 L.F., è corretto dire che nel concordato semplificato manca una fase di ammissione del tipo di quella prevista per il concordato preventivo ordinario e, di conseguenza, è da escludere che il tribunale possa, concedere un termine al debitore per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, come previsto dal primo comma dell'art. 162 L.F., o che sia obbligato a sentire il debitore, neanche nel caso non intenda dar seguito alla procedura, come richiesto dal secondo comma dell'art. 162 L.F., o che debba emettere un decreto di apertura della procedura, come indicato dall'art. 163, co. 1, L.F., tant'è che nella parte finale del comma ottavo dell'art. 18, nel rendere applicabile alla fattispecie l'art. 173 L.F. si precisa che a tal fine *“il decreto di cui al comma 4 (quello con cui il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato) equivale all'ammissione al concordato”*<sup>(74)</sup>; è da escludere, altresì, che il tribunale debba procedere alla nomina di un giudice delegato alla procedura, che è figura non contemplata<sup>(75)</sup> o di un commissario giudiziale (l'art. 18 prevede infatti la nomina di un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.) o fissare il termine per il deposito del fondo per le spese di cui al n. 4 del secondo comma dell'art. 163 L.F.<sup>(76)</sup>, ecc..

---

<sup>(74)</sup> Disposizione che offre la dimostrazione di quanto il legislatore sia conscio della mancanza di una fase di ammissione e di un provvedimento di ammissione, altrimenti non avrebbe sentito il bisogno di individuare un atto equivalente ad un provvedimento di ammissione per fissare il momento dal quale diventa applicabile l'art. 173.

<sup>(75)</sup> Conf. G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 20, n. 11, il quale non esclude che, ai sensi dell'art. 738 c.p.c., il presidente del collegio possa designare sempre un componente quale relatore e a quest'ultimo potranno essere delegati atti di istruzione. E' appena il caso di accennare che la figura del giudice relatore, che può compiere solo gli atti demandatigli dal Collegio e deve a questi riferire per la decisione, non ha nulla a che fare con quella del giudice delegato che ha poteri propri, che gli derivano dalla legge, decisionali e di “direzione”, più o meno ampi, delle varie procedure per le quali viene nominato.

<sup>(76)</sup> Questo è un altro di quei casi in cui anche i sostenitori del ricorso analogia escludono l'applicazione analogica della norma fallimentare, non per la ragione esposta nel testo della regolamentazione della fase ammissiva del concordato semplificato secondo il modello del concordato fallimentare, ma perché il silenzio sul punto dell'art. 18 *“appare il frutto di una precisa scelta legislativa, coerente il carattere premiale della procedura”* (G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1617; Conf. G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 8); ancora una volta è l'interpretazione soggettiva del silenzio - e non il fatto oggettivo della mancanza di una

Di contro, stante la derivazione della recente normativa dalla previsione dell'art. 125 L.F., è alla disciplina della fase introduttiva del concordato fallimentare che bisogna fare riferimento quale supporto interpretativo o qualora si ritenga di poter fare ricorso alla analogia per integrare eventuali carenze della fase di ammissione del concordato semplificato e non alla disciplina di cui agli artt. 162 e 163 L.F..

Tanto premesso come metodo di indagine, a norma del terzo comma dell'art. 18, il tribunale - in composizione collegiale per il disposto del n. 4 dell'art. 50-*bis*, c.p.c.<sup>(77)</sup> - per procedere alla nomina dell'ausiliario e alla fissazione dell'udienza per l'omologazione, ossia per dar corso alla procedura, deve eseguire due operazioni: valutare la ritualità della proposta e acquisire la relazione finale dell'esperto - che contiene anche il suo giudizio sulla correttezza dello svolgimento delle trattative nella fase negoziale - e il parere dello stesso esperto sui presumibili risultati della liquidazione.

Da qui due quesiti:

1-in cosa consiste la valutazione della regolarità della proposta?

2- per quale motivo il tribunale deve acquisire la relazione e il parere dell'esperto?

Per rispondere al quesito sub 1 viene in aiuto la scarsa giurisprudenza<sup>(78)</sup> e la prevalente dottrina che si è occupata della stessa questione nell'interpretazione dell'art. 125 L.F. che, pur nella diversità delle espressioni utilizzate, hanno fornito un dato univoco e, cioè che “per ritualità si deve intendere un controllo di pura legittimità e cioè un controllo volto a far emergere eventuali vizi del procedimento”<sup>(79)</sup>; giudizio che discende dalla

---

regola - ad ammettere o ad escludere, come nel caso, l'applicazione della disciplina dettata per il concordato preventivo.

<sup>(77)</sup> In tal caso non si tratta di applicare, in contrasto con l'assunto esposto all'inizio di questo scritto, al concordato semplificato una disposizione dettata per il concordato preventivo, ma di estendere il significato letterale di una norma di carattere generale posta dal codice di rito - che fa salva la collegialità nella cause di omologazione del concordato fallimentare e preventivo - a nuove figure di concordato, non considerate dal codice di procedura perché introdotte successivamente. La collegialità, inoltre, trova conferma nel fatto che il recente legislatore, quando ha ritenuto di attribuire determinati compiti al tribunale in composizione monocratica, lo ha espressamente specificato, come nell'art. 7, co. 7 e nell'art. 10, co. 3.

<sup>(78)</sup> Cass., 29 ottobre 2013, n. 24359; Trib. Milano, 5 marzo 2012, in *ilcaso.it* 19 novembre 2012.

<sup>(79)</sup> M. FABIANI, *Diritto fallimentare, un profilo organico*, Bologna 2011, p. 574. Sempre di controllo di legittimità parlano A. DANOVI- F. D'AQUINO, *Il concordato fallimentare in Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio e B. Sassani, Milano 2017, V, p. 153; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato fallimentare in Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, II, p. 1382; E. NORELLI, *Il concordato fallimentare riformato e corretto*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2008, 1, p. 27; P. VALENSISE, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare dopo il d.lgs 169/2007*, in DEMARCHI (a cura di) *Il concordato fallimentare*, Bologna 2008, p. 91.

accentuazione dei profili privatistici del concordato fallimentare attuata con la riforma degli anni 2005-2007, evidenziati nella stessa relazione al d.lgs. n. 5 del 2006, secondo cui la norma di cui all'art. 125 *“rimodella il procedimento previsto in materia di esame della proposta imprimendo una forte caratterizzazione privatistica al medesimo. Difatti viene sottratto al giudice delegato il potere di valutare l'eventuale convenienza della proposta che viene, invece, comunicata ai creditori una volta sentiti il comitato dei creditori e il curatore”*. In sintonia con questa indicazione, la Suprema Corte<sup>(80)</sup> ha statuito che *“Il procedimento di omologazione, poi, ha ad oggetto solamente la verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione, salvo che il concordato preveda la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzianti (circostanza che qui non rileva), restando pertanto esclusa ogni valutazione sul contenuto della proposta, contrariamente a quanto previsto dal testo originario della L. Fall., art. 130, che demandava al tribunale non solo un controllo in ordine alla ritualità del procedimento ed all'osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge, ma anche l'esame del merito della proposta, e, quindi, la valutazione della sua convenienza ed opportunità”*.

In sostanza, il dato testuale della norma che condensa il potere del giudice delegato nell'esame sulla ritualità della proposta- letto anche in parallelo alla originaria previsione dell'art. 125, secondo la quale il giudice, solo *“se ritiene la proposta conveniente”*, ne ordina la comunicazione ai creditori- ammette nella fase iniziale del concordato fallimentare un vaglio sulla proposta, ma esclude un esame che scenda nella merito della stessa, incanalando l'intervento del giudice nell'alveo della legittimità che viene, così circoscritto alla ritualità formale della proposta.

Questo dato esprime l'intento del legislatore della riforma del 2006/2007 di svalutare le attribuzioni dell'organo giudiziario in favore del comitato dei creditori, che ha assunto un vero e proprio potere di veto sulla 'candidatura', e della massa dei creditori che si esprime attraverso il voto, per cui un tale intento sembra apparentemente superato nella sistema del concordato semplificato in quanto qui manca il parere del comitato dei creditori e i creditori non hanno diritto di voto, per cui il dato testuale della norma (*“valutata la ritualità della proposta”*) sembrerebbe assumere un diverso significato. Ma non è così perché la mancanza del comitato si spiega con l'ibrido che è stato creato di un concordato preventivo su cui è stata innestata la testa di un concordato fallimentare, per cui il comitato può entrare in scena eventualmente solo con l'omologa e non preesiste alla presentazione della proposta, e il potere decisionale dei creditori è stato attribuito al tribunale, ma non nella fase iniziale bensì in quella di omologazione.

---

<sup>(80)</sup> Cass. 29 ottobre 2013, n. 24359, cit..

Il comma quinto dell'art. 18 prevede, infatti, che in sede di omologazione il tribunale accerti il rispetto dell'ordine delle prelazioni, le modalità della suddivisione eventuale in classi per posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, la fattibilità e la convenienza della proposta e del piano e l'assicurazione a ciascuno della garanzia di un'utilità. Se questo, come meglio si vedrà in seguito, è il *thema decidendum* del giudizio di omologazione in una procedura in cui il debitore chiede direttamente l'omologazione del concordato e non l'ammissione o l'apertura della procedura, non si può evidentemente anticipare al momento iniziale quel controllo riservato ad un momento successivo.

Chi, infatti, sostiene che *“il tribunale comunque potrà vagliare – già in questa fase prodromica – sia che la proposta rispetti le cause legittime di prelazione, sia che il piano di liquidazione sia fattibile”* perché *“sarebbe del tutto inutile nominare l'ausiliario e fissare l'udienza di omologa, quando la proposta del debitore non ha alcuna possibilità di ottenere un giudizio favorevole al termine della relativa fase di omologazione”*<sup>(81)</sup>, non fa altro che anticipare nella fase di ammissione, ove il legislatore richiede al giudice solo di valutare la ritualità della proposta nella riservatezza della camera di consiglio senza alcun contraddittorio, il giudizio di omologazione; valutazione che non può che risolversi nella conformità della proposta ai requisiti prescritti dagli artt. 18 e 19, vele a dire nella corrispondenza di essa allo schema legale, ossia limitarsi alla mera legittimità formale.

Del resto, uno dei motivi che ha spinto la dottrina ad estendere l'ampiezza dei poteri di valutazione del giudice delegato nel concordato fallimentare oltre il significato testuale della previsione dell'art. 125 L.F. è costituito dalla scomparsa del monopolio in capo al fallito della legittimazione attiva alla formulazione della proposta, sostenendosi che tale eventualità implica necessariamente un controllo del giudice che non può limitarsi alla legittimità formale<sup>(82)</sup>, ma questa argomentazione non è utilizzabile nel nuovo concordato semplificato che, come già ricordato, può essere presentato esclusivamente dal debitore e non ammette proposte concorrenti.

Né rileva la considerazione secondo cui, poiché ai sensi dell'art. 173 L.F. l'ammissione alla procedura può essere revocata in ogni momento quando risulta che manchino le condizioni che hanno consentito in precedenza di avviarla, il richiamo e la conseguente applicazione di tale norma al concordato semplificato presuppone che ci sia stata un

---

<sup>(81)</sup> G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 9.

<sup>(82)</sup> S. SANZO, *Il concordato fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario sistematico diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna 2010, p. 770; E. BERTACCHINI, *Sub art. 125-126*, in NIGRO-SANDULLI (a cura di) *La riforma della legge fallimentare*, Torino 2006, p. 785.

provvedimento di ammissione che possa essere revocato quando le condizioni che lo reggevano siano venute meno nel corso della procedura. In verità, nella disciplina dell'art. 18 non è contemplata una fase di ammissione né un provvedimento di ammissione - almeno nel senso inteso nella disciplina del concordato preventivo visto che tale norma non contiene alcuna delle disposizioni di cui all'art. 162 e 163 L.F. che riguardano i compiti del giudice nella fase iniziale del concordato preventivo - in quanto prevede che l'imprenditore che intende accedere alla nuova procedura chieda al tribunale direttamente l'omologa del concordato e che, a sua volta, il tribunale, come nel concordato fallimentare il giudice delegato, nomina l'ausiliario, fissa la data dell'udienza e dispone la comunicazione ai creditori valutata la ritualità della proposta; e se manca un tale provvedimento, la revoca può essere disposta per i vari motivi previsti dall'art. 173, ma non per il venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato l'ammissione<sup>(83)</sup>.

Sotto il profilo letterale, poi, la dizione di "revoca dell'ammissione al concordato", utilizzata dall'art. 173 L.F., va interpretata come revoca di quel provvedimento che il legislatore, proprio ai fini dell'art. 173, ha considerato come equivalente all'ammissione, ma non è un provvedimento di ammissione.

A questo punto, si crea un corto circuito perché il legislatore da un lato salta completamente la fase iniziale dell'ammissione al concordato preventivo richiedendo soltanto una valutazione della ritualità della proposta come nel concordato fallimentare, ma, dall'altro, pone delle condizioni di ammissibilità alla procedura, quali la dichiarazione sulla correttezza e buona fede del debitore nella fase delle trattative, che deve essere contenuta nella relazione finale dell'esperto<sup>(84)</sup>, (*"Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede .... L'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni?"*), così come il parere sui presumibili risultati della liquidazione.

Essendo, infatti, i giudizi positivi dell'esperto sulla meritevolezza e sulla fattibilità (cui implicitamente si riconnette la valutazione sui presumibili risultati della liquidazione) posti

---

<sup>(83)</sup> S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato*, cit., nell'elencare le ipotesi di revoca ex art. 173 L.F., indica anche quella in cui risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, ma aggiunge *"pur non essendo in realtà previsto un provvedimento di ammissione"*, dimostrando un chiaro scetticismo sull'applicazione al concordato semplificato di tale fattispecie.

<sup>(84)</sup> La norma non chiarisce a quale dei protagonisti si debba riferire la valutazione della mancanza di correttezza e buona fede nel corso delle trattative, ma è da presumere che rilevi il solo comportamento del debitore, non potendosi far ricadere su costui il censurabile atteggiamento tenuto dagli altri protagonisti.

come condizioni per l'accesso alla procedura, la loro mancanza come il loro contenuto dovrebbe essere verificato nella fase iniziale in modo che il tribunale possa esprimere la sua valutazione, altrimenti, in presenza di un giudizio negativo dell'esperto, non potrebbe procedere alla nomina dell'ausiliario e alla fissazione dell'udienza<sup>(85)</sup>; tuttavia un controllo sulla fondatezza dei giudizi dati dall'esperto sulla meritevolezza e fattibilità non solo contrasta col dato testuale dell'art. 18, ma non è non è compatibile con la struttura organizzativa della procedura, che non prevede alcuna istruttoria che possa far emergere come si sono svolte le trattative in una fase estranea alla procedura in corso o se i risultati della liquidazione possano essere diversi da quelli ipotizzati dall'esperto; in altre parole, una indagine del genere si sostanzierebbe in una *factio* perché si limiterebbe ad una presa d'atto della relazione e del parere dell'esperto, che diventerebbe il depositario del potere di stabilire se un imprenditore possa o non usufruire della nuova procedura di concordato semplificato in quanto un suo giudizio negativo impedirebbe al tribunale di nominare l'ausiliario e fissare l'udienza; in sostanza il parere dell'esperto assumerebbe la stessa funzione vincolante del parere del comitato dei creditori nel concordato fallimentare, sebbene i ruoli siano completamente differenti.

L'unico modo per uscire da questo impasse è ritenere che al tribunale nella fase iniziale sia attribuito un controllo solo formale teso a verificare, per quanto qui in discussione, che la relazione dell'esperto contenga il giudizio, positivo o negativo, sulla buona fede e correttezza del comportamento del debitore nella fase della composizione negoziata e che il parere includa un giudizio, qualunque ne sia l'esito, sui risultati della liquidazione; così come, del resto, è richiesto al tribunale di controllare l'attestazione del professionista indipendente nel concordato preventivo, ove, appunto, per la giurisprudenza *“il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della L.F., artt. 162 e 163, ha per oggetto principalmente la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, con la conseguenza che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione*

---

<sup>(85)</sup> Conf. G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., per il quale, appunto, qualora *“il suo (dell'esperto) scritto abbia censurato, sotto il profilo della correttezza e buona fede, la condotta mantenuta dall'imprenditore durante le trattative, la strada del semplificato appare irrimediabilmente preclusa, restando al debitore in stato di crisi, che intenda sottrarsi al fallimento, solo la possibilità di ricorrere al concordato preventivo tradizionale”*.

*delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori?”<sup>(86)</sup>.*

Non si può certo pretendere un controllo più incisivo proprio nel concordato semplificato, che manca di una fase di ammissione come quella regolamentata dagli artt. 162 e 163 L.F., per cui appare chiaro che il tribunale, proprio perché non è tenuto nella fase iniziale a valutare nel merito la relazione e il parere dell’esperto, possa, anche in presenza di un giudizio negativo di questi, comunque disporre la nomina dell’ausiliario e fissare l’udienza di omologazione, nella quale concentrare l’accertamento anche della meritevolezza e della fattibilità, nel contraddittorio anche con il debitore.

E non potrebbe essere diversamente se si pensa che nella fase iniziale del concordato semplificato non è contemplato quel contraddittorio con il debitore che assicura il secondo comma dell’art. 162 L.F. lì dove si prevede che “*se all’esito del procedimento (il tribunale) verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato*”.

Nella nuova procedura è stato richiamato, come più volte detto, lo schema ammissivo del concordato fallimentare e l’art. 125 L.F. richiede il parere non vincolante del curatore e quello vincolante del comitato dei creditori, ma non prevede alcun contraddittorio con chi ha presentato la domanda di concordato, sia esso il fallito che un terzo. E se una tale situazione si può spiegare nel concordato fallimentare che si innesta in una procedura fallimentare in corso, in cui intervengono i vari organi preposti alla procedura prima di lasciare la parola ai creditori, non può ammettersi in una procedura preventiva, alternativa al fallimento in cui il debitore stesso è nella pienezza dei suoi poteri - tant’è che, appunto, nel concordato preventivo, l’audizione del debitore è, come detto, contemplata espressamente prima di poter dichiarare inammissibile la proposta - ed in cui i creditori non esprimono il voto.

L’unica spiegazione che può darsi della mancata audizione del proponente il concordato semplificato è che all’organo giudiziario è stato attribuito nella fase iniziale un controllo formale esterno, altrimenti, se questo organo potesse dichiarare la inammissibilità anche a seguito di una valutazione negativa di merito della relazione dell’esperto o di diversa opinione sul parere dello stesso, la mancata audizione del debitore attuerebbe una grave

---

<sup>(86)</sup> In termini Cass., 18 giugno 2020, n. 11882; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586.

lesione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito<sup>(87)</sup>, in conformità alla lettura testuale della valutazione della ritualità della procedura, richiesta dall'art. 18.

Queste considerazioni trovano conforto nella previsione del secondo comma dell'art. 18, nella parte in cui dispone che dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, da effettuarsi a cura del cancelliere entro il giorno successivo alla presentazione del ricorso, si producono gli effetti di cui (anche) all'art. 167 L.F., sicchè, da tale momento, il debitore per compiere gli atti di straordinaria amministrazione ha bisogno dell'autorizzazione del tribunale (che come si è visto nella procedura in esame fa le veci del giudice delegato), seppur non abbia ancora deliberato sulla ritualità della proposta e non abbia ancora nominato l'ausiliario. Orbene una tale cronologia può spiegarsi solo attribuendo al tribunale in fase di ammissione un giudizio rapido, limitato, quindi, ad un riscontro formale, altrimenti il debitore concordatario si troverebbe per tutto il tempo necessario per le verifiche di merito, sicuramente complesse, nell'impossibilità di operare in mancanza di una decisione del tribunale e della nomina dell'ausiliario, sebbene a norma dell'art. 18, le disposizioni di cui all'art. 167 L.F. trovano applicazione fin dalla iscrizione del ricorso nel registro delle imprese.

Il tribunale deve, in conclusione, valutare la correttezza del percorso relativo alla presentazione della domanda (presenza della documentazione richiesta, della relazione finale e del parere positivo dell'esperto, presentazione del ricorso nel termine di legge, competenza del tribunale adito, legittimazione del proponente, ecc.) per procedere alla nomina dell'ausiliario *ex art. 68 c.p.c.* ed alla fissazione della data dell'udienza di omologa, salvo che non rilevi la sussistenza di una manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi che poi dovranno essere oggetto del giudizio di omologa<sup>(88)</sup>, con esclusione di ogni valutazione di merito della relazione finale dell'esperto, che contiene anche un giudizio sulla correttezza e buona fede del debitore durante la fase della negoziazione, e del parere sui presumibili risultati della liquidazione, per svariati motivi.

---

<sup>(87)</sup> Anche chi è favorevole ad una valutazione non soltanto formale nella fase iniziale ammette l'opportunità di sentire il debitore ma riconosce che non vi è un obbligo in tal senso. Così G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit, p. 10., per il quale, infatti, "se difettano in radice le condizioni per l'ammissione al semplificato, il tribunale dichiarerà senz'altro – è auspicabile dopo avere attivato un contraddittorio, anche solo cartolare, con il proponente – inammissibile il ricorso per concordato". La tutela il diritto di difesa non può essere affidata alla scelta, libera e incontrollata, del giudice di sentire o non il debitore.

<sup>(88)</sup> Conf. S. MORRI, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *ilfallimentarista.it*, 24 agosto 2021.

Quanto al secondo quesito posto circa la ragione della acquisizione da parte del tribunale della relazione e del parere dell'esperto sui presumibili risultati della liquidazione, va detto che lo scopo di tale acquisizione, nella versione del d.l., non era chiaro in quanto il terzo comma dell'art. 18 ne prevedeva l'acquisizione unitamente alla relazione finale da parte del tribunale, ma il comma quarto aggiungeva che *“Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c)”*, per cui, come si vede, acquisito il parere dell'esperto, nominato l'ausiliario e fissata la data dell'udienza per l'omologa, andava trasmessa ai creditori solo la relazione e non anche il parere dell'esperto, bensì quello dell'ausiliario, il quale, essendo nominato contestualmente al decreto che fissava la comunicazione del suo parere e l'udienza, non aveva certo il tempo per formulare il proprio parere.

A queste carenze ha ovviato la legge di conversione aggiungendo nel comma terzo che il tribunale, all'atto della nomina dell'ausiliario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c., assegna *“allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4”* e precisando in quest'ultimo che *“il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori?”*.

Il legislatore della conversione ha, quindi, statuito che vanno trasmessi ai creditori sia il parere dell'esperto che quello dell'ausiliario e la previsione della comunicazione ai creditori anche del parere dell'esperto elimina ogni residuo dubbio in ordine allo scopo dell'acquisizione dello stesso, in quanto fa capire che il tribunale acquisisce tale parere, come la relazione finale dell'esperto, allo scopo di trasmetterlo ai creditori. E tanto costituisce un ulteriore riprova che, all'atto della presentazione della proposta di concordato semplificato e della relativa domanda di omologazione, il tribunale - nella carenza di un giudizio sull'ammissione del concordato del tipo di quello previsto per il concordato preventivo e stante la rapida scansione che porta al giudizio di omologa, dove invece tale organo è chiamato a una valutazione comparativa tra proposta concordataria e fallimento o liquidazione giudiziale - non debba svolgere controlli di merito sui presumibili risultati della liquidazione, né sulla meritevolezza del debitore; situazione ben sintetizzata dai due verbi utilizzati: valutare riferito alla ritualità della proposta e acquisire riferito alla relazione e al parere dell'esperto, che sono significativi di diversi comportamenti in quanto solo il primo presuppone un giudizio (i cui limiti si sono visti), nel mentre il secondo individua un atto materiale.

Dal comma quarto dell'art. 18 si capisce che il tribunale provvede alla nomina dell'ausiliario, alla fissazione dell'udienza e a disporre la comunicazione ai creditori con decreto, ma nulla la norma dice in ordine all'impugnazione del provvedimento, negativo o positivo, sulla scia della previsione di cui all'art. 125 L.F. con riferimento alla decisione del giudice delegato. Qui tale silenzio è stato unanimemente interpretato come preclusivo di ogni impugnazione del provvedimento che dispone la continuazione della procedura dato che esso apre il giudizio di omologa nel quale il tribunale è tenuto, anche d'ufficio, a verificare la regolarità della procedura e, comunque, l'interessato può far valere, in via di opposizione, i motivi per i quali, secondo lui, la procedura avrebbe dovuto essere bloccata; pertanto una qualsiasi diversa forma di impugnazione, quale quella del reclamo *ex art. 26 L.F.* diventa inammissibile in quanto anticiperebbe da parte della corte d'appello un giudizio riservato al tribunale in sede di omologa. Di contro è stato ritenuto ammissibile il reclamo *ex art. 26 L.F.* avverso il provvedimento del giudice che non dà corso alla procedura, e che sinteticamente si può definire di inammissibilità, come qualsiasi decreto del giudice delegato, anche se si discute sui soggetti legittimati a proporlo (se tutti quelli indicati nella norma o solo il proponente) e sul contenuto del reclamo (se solo per i vizi formali o anche per il merito a seconda della tesi seguita sui poteri del giudice in sede di valutazione della ritualità della proposta).

Alle stesse conclusioni può pervenirsi nel concordato semplificato giacchè, anche qui, l'accoglimento della domanda dà ingresso al giudizio di omologa e il diniego, concretandosi in un decreto emesso dal tribunale in ambito concorsuale- che non può essere non impugnabile se non espressamente qualificato tale- presenta quale unico rimedio impugnatorio quello del reclamo *ex art. 26* avanti alla corte d'appello (non si tratta, quindi, di applicazione analogica dell'art. 125 L.F. che, come appena detto, è egualmente carente sul punto, ma di interpretazione logico sistematica).

Ed anche sotto questo profilo emerge la differenza netta con il concordato preventivo, per il quale il secondo comma dell'art. 162 L.F. dispone che il tribunale pronuncia l'inammissibilità "con decreto non soggetto a reclamo", che la giurisprudenza ha ritenuto non ricorribile per Cassazione *ex articolo 111, comma 7, Cost.* non avendo carattere decisorio e non essendo idoneo al giudicato, non decidendo nel contraddittorio tra le parti su diritti soggettivi<sup>(89)</sup>.

---

<sup>(89)</sup> Cfr. di recente, Cass. 6 agosto 2021, n. 22442, in *Guida al diritto* 2021, p. 37; Cass. 20 luglio 2021, n.20762; Cass. 7 marzo 2018, n. 5479; Cass., SS.UU., 28 dicembre 2016, n. 27073, in *Ilfallimentarista.it* 4 settembre 2017, ecc.. Se si applicasse la disposizione di cui all'art. 162 L.F. al

## **X. L'AUSILIARIO.**

Come si è detto, a seguito della presentazione della richiesta di omologazione del concordato risultante dalla proposta e dal piano di liquidazione, il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile.

Per la verità non è chiaro, né lo spiega la Relazione, perché il legislatore abbia introdotto questa nuova figura, invece che richiamare quella del commissario giudiziale ben nota, posto che l'ausiliario ha gli stessi compiti, seppur in misura più ridotta come si vedrà, di quest'ultimo, al punto che il comma ottavo dell'art. 18, rende applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 173, 184, 185, 186, 217-*bis* e 236 L.F., specificando “*sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario*”.

Qualunque sia stato il motivo di questa scelta (probabilmente si è voluta evitare una duplicazione di centri decisionali concentrando tutta la procedura nelle mani del tribunale<sup>(90)</sup>), rimane, a mio avviso, la inopportunità di richiamare la figura dell'ausiliario nominato dal giudice a norma dell'art. 68 c.p.c.. Invero, la nomina dell'ausiliario di cui al codice di rito rientra nella facoltà del giudice che ha bisogno di un esperto in una determinata arte o professione, o comunque sia idoneo al compimento di atti che il giudice non può compiere da solo, nel mentre la nomina dell'ausiliario nel concordato semplificato è, nonostante il richiamo dell'art. 68 c.p.c., obbligatoria in quanto egli è un organo della procedura (che non può svolgersi senza l'attività di tale organo) che partecipa alla gestione, seppur in misura minore di quanto faccia il commissario giudiziale di una

---

concordato semplificato si arriverebbe, peraltro, al risultato opposto a quello cui è pervenuta la citata giurisprudenza perché, essendo la proposizione del concordato sottoposta al termine decadenziale di sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto, il decorso di tale termine rende improponibile una nuova istanza; di conseguenza, il provvedimento di “inammissibilità”, ove emesso dopo o a ridosso della scadenza di tale termine, acquista la caratteristica della decisorietà, in quanto esso non solo è idoneo ad incidere su diritti soggettivi delle parti, ma ad incidervi con la particolare efficacia di un giudicato, dato che preclude definitivamente l'esercizio dello stesso diritto negato con il decreto non impugnabile.

<sup>(90)</sup> Così S. MORRI, *Il concordato semplificato*, cit.; meno persuasiva è l'idea di A.I. BARATTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Brevi considerazioni introduttive*, in *ilfallimentarista.it*, 13 agosto 2021, che spiega tale scelta col fatto che alla procedura di concordato semplificato possono accedere anche le imprese non fallibili, dove non è prevista la figura del commissario giudiziale.

procedura concordataria, in modo da fornire al tribunale un strumento di controllo dell'operato dell'imprenditore in concordato rapportato alla semplificazione del rito<sup>(91)</sup>.

E questa distinzione è plasticamente presente nel nuovo testo lì dove, nel quarto comma dell'art. 7, è prevista la nomina dell'ausiliario a norma dell'art. 68 c.p.c. per assistere il giudice nel *“procedere agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ai sensi del comma 1 e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive”*, ove appunto si fa ricorso a un organo accidentale e occasionale che presta assistenza al giudice in un particolare frangente e destinato ad esaurire il suo incarico col deposito di una relazione riassuntiva del compimento degli atti specificamente commessigli, onde assicurare il migliore sviluppo della procedura, che è lo scopo per cui l'art. 68 c.p.c. prevede la nomina di un ausiliario.

Né la nomina di un commissario avrebbe impedito a costui di farsi coadiuvare da un ausiliario ove necessario perché le due figure non sono sostitutive e confliggenti tra loro, ma possono coesistere, come ha chiarito la Suprema Corte<sup>(92)</sup>, che ha precisato che *“ancorché il procedimento concordatario preveda la nomina del commissario giudiziale – se del caso anticipata ex art. 161, comma 6, L.F. – quale figura prestabilita di ausiliario, non è comunque precluso all'organo giudicante di fare ricorso al generale disposto dell'art. 68 c.p.c. per sopperire a peculiari esigenze che si presentino nel corso della procedura onde assicurarne il migliore sviluppo”*.

Questa opzione per l'ausiliario ex art. 68 non è priva di conseguenze.

In primo luogo, infatti, allontana la figura dell'ausiliario da quelle degli organi tipicamente deputati alla gestione o al controllo delle procedure concorsuali e da quelle regolate dallo stesso d.l. n. 118 del 2021. Di certo, anche l'ausiliario va scelto tra gli iscritti negli albi presso i tribunali (artt. 22 e segg. disp. att. c.p.c.), ma il giudice è libero di individuare tra questi chi ritiene più idoneo al compito che gli assegna, di modo che l'ausiliario è l'unico

---

<sup>(91)</sup> Non a caso, alla figura di un organo ausiliario ex art. 68 c.p.c., la giurisprudenza fece ricorso immediatamente dopo la riforma del 2012 e l'introduzione del concordato con riserva, per il fatto che all'epoca non era prevista la nomina di un commissario o precommissario, neppure in via facoltativa, all'atto della concessione del termine, per cui si doveva sopperire alla carenza per ottenere una collaborazione, *“per decidere sulle istanze di autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione e/o relativi allo scioglimento o alla sospensione di contratti in corso di esecuzione, oppure dalla domanda medesima siano desumibili profili di complessità della procedura in ragione della prevista e dichiarata continuazione dell'attività di impresa, su istanza del ricorrente, o motu proprio al fine assicurare una costante vigilanza sull'attività di impresa”*; nel caso in esame, invece, la legge prevede la nomina di un organo che svolga più o meno queste attività, per cui non vi era bisogno di richiamare la figura dell'ausiliario ex art. 68 c.p.c. avendo il modello del commissario del concordato pieno.

<sup>(92)</sup> Cass. 20 gennaio 2021, n. 976.

organo che compare nelle procedure di composizione negoziata e di concordato per la cui nomina non sono richiesti requisiti professionali specifici indicativi di una competenza nelle materie della crisi di impresa, posto che gli esperti devono essere scelti negli elenchi presso le Camere di commercio, l'iscrizione ai quali richiede determinate caratteristiche professionali e un percorso formativo professionale di 55 ore, e per il liquidatore, che viene nominato all'atto dell'omologa, viene richiamato l'art. 182 L.F., che, a sua volta, richiama l'art. 28 L.F.<sup>(93)</sup>.

Questi ultimi non prestano giuramento, nel mentre l'ausiliario nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. è un consulente del giudice soggetto al giuramento ed ha un obbligo di accettazione, salvo legittimo impedimento, che discende proprio dalla qualifica dell'ausiliario in applicazione dell'art. 63 c.p.c. al punto da poter essere perseguito per il reato di rifiuto di ufficio legalmente dovuto (art. 366 c.p.); come del resto induce a ritenere la disposizione del terzo comma dell'art. 18 ove si afferma che *“L'ausiliario fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione”*, formula ben diversa da quella ridondante del comma quarto dell'art. 5 che riguarda l'accettazione dell'esperto<sup>(94)</sup>.

Benchè la nuova normativa non richiami il primo comma dell'art. 165 L.F., che attribuisce al commissario giudiziale la qualifica di pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni (né l'art. 30 che attribuisce eguale qualifica al curatore), la stessa va comunque riconosciuta a tale organo, sia perché è espressamente individuato quale ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.<sup>(95)</sup>, sia perché l'art. 357 c.p. - che offre la definizione di pubblico ufficiale, a seguito delle leggi n. 86/90 e n. 181/92, ha focalizzato l'attenzione sulla funzione del soggetto e non più sul ruolo, per cui tale qualifica va attribuita a tutti

---

<sup>(93)</sup> L'art. 18 si limita a dire che all'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli artt. 35, comma 4-bis, e 35.1 e 35.2 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136) in modo da richiamare le cause di incompatibilità e assicurare la vigilanza sul rispetto delle stesse, ma non richiama l'art. 163 L.F., che richiede che il commissario giudiziale debba avere i requisiti di cui all'art. 28 L.F., né l'elenco di cui all'art. 3, comma 3 del d.l. n. 118 del 2021, che delinea le caratteristiche professionali dell'esperto.

<sup>(94)</sup> Quest'ultima norma infatti dispone che l'esperto *“verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione”*. Per la verità dovrebbe essere il collegio che nomina l'esperto a verificarne l'indipendenza e il possesso delle competenze necessarie per assolvere all'incarico, e non l'interessato, ma l'aver lasciato a questi tale valutazione evidenzia chiaramente la facoltà dell'esperto di accettare o non l'incarico.

<sup>(95)</sup> Cfr. da ult. Cass., 12 ottobre 2021, n. 27723, per la quale *“il c.t.u., in quanto ausiliario del giudice, ha la qualità di pubblico ufficiale, sicché il verbale redatto, attestante le dichiarazioni a lui rese, fa fede fino a querela di falso”*; Cass. 27 agosto 2012, n. 14652.

quei soggetti che “*concorrono a formare la volontà di una pubblica amministrazione, che sono muniti di poteri: decisionali, di certificazione, di attestazione di coazione, anche se si tratta di collaborazione saltuaria*”. Pertanto l’ausiliario è tenuto alla denuncia dei reati di cui abbia conoscenza in ragione del suo incarico<sup>(96)</sup>.

Ed, ancora, non sono richiamati per l’ausiliario gli artt. 36, 37, 38 e 39 L.F., applicabili al commissario giudiziale ai sensi del secondo comma dell’art. 165 L.F., e, esclusa in radice l’applicazione analogica di queste norme dato che l’ausiliario è stato configurato sostanzialmente quale un CTU del giudice, piuttosto che quale un organo della procedura, come sarebbe stato più opportuno, è all’interno della disciplina del codice di rito che vanno cercate le soluzioni a tale carenza. In particolare torna utile l’art. 196 c.p.c., per il quale “*il giudice ha sempre la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini e, per gravi motivi, la sostituzione del consulente tecnico*”, che, esprimendo il potere del giudice che ha nominato il consulente di disporre indagini tecniche suppletive o integrative di quelle già espletate, di sentire a chiarimenti il CTU ovvero di disporre addirittura la rinnovazione delle indagini, con la nomina di altri consulenti, sopperisce al reclamo e alla revoca di cui agli artt. 36 e 37, seppur con applicazione di criteri più stringenti, quali i gravi motivi richiesti per la sostituzione. La diligenza e probità richieste dall’art. 38 è implicita nel giuramento che l’ausiliario presta al momento dell’assunzione dell’incarico.

Resta il tema del compenso, e, sotto questo aspetto, il ricorso alla nomina dell’ausiliario ex art. 68 c.p.c. comporta conseguenze pratiche di non poco conto per l’interessato in quanto, in mancanza di qualsiasi indicazione circa la liquidazione del compenso, è da ritenere che questo vada liquidato secondo le indicazioni degli artt. 52 e 53 disp. att. c.p.c. e art. 49 DPR n. 115 del 2002, ossia secondo e tabelle di cui al d.m. 30 maggio 2002 e succ. aggiornamenti, con una evidente disparità di trattamento rispetto all’esperto e al liquidatore, come rispetto al commissario giudiziale<sup>(97)</sup>, che poteva essere preso come modello, riducendo di una qualche percentuale il compenso di cui all’art. 5 d.m. 25

---

<sup>(96)</sup> S. MORRI, *Il concordato semplificato*, cit..

<sup>(97)</sup> Chi si è fatto carico di qualche conteggio (P. LANNI, *I compensi dell’esperto negoziatore*, in *dirittodellacrisi.it*, 20 dicembre 2021, p. 19), ha rilevato che in una procedura di qualche rilievo, con attivo e un passivo di euro 30.000.000, il compenso liquidabile all’ausiliario - anche riuscendo ad evitare il ricorso al criterio delle vacanze (cosa peraltro non facile, tenuto conto dell’eterogeneità dell’attività demandategli e del fatto che esse non sono pienamente sovrapponibili alle previsioni contenute negli artt. 2 e ss. della tabella allegata al DM 30 maggio 2002) - corrisponde ad un decimo di quello liquidabile al commissario in un procedimento di concordato ordinario.

gennaio 2012, n. 30 in considerazione del minor carico di lavoro che questi sostiene nel concordato semplificato.

La figura dell'ausiliario corrisponde, infatti, a quella del commissario giudiziale, ma i suoi compiti sono più limitati in quanto non svolge alcuna delle attività iniziali tipiche del commissario. Nel concordato semplificato, infatti, non è prevista la redazione della relazione di cui all'art. 172 L.F., sia perché manca la votazione dei creditori, sia anche perché alcune di queste informazioni sulla condotta del debitore e sulle cause del dissesto sono, o dovrebbero essere, contenute nella relazione dell'esperto, sicché l'ausiliario non è tenuto alla predisposizione della stessa, né alla redazione dell'inventario del patrimonio del debitore di cui al primo comma dell'art. 172 L.F., non richiamato; né è tenuto al compimento di quelle attività strumentali alla predisposizione della relazione, quale la verifica dell'elenco dei creditori sulla scorta delle scritture contabili presentate, come richiesto dal primo comma dell'art. 171 L.F., né, infine, a quelle finalizzate all'espletamento della votazione, quale la comunicazione ai creditori dell'avviso di cui al secondo comma dell'art. 171 L.F., posto che, come già detto, alla comunicazione ai creditori della sua nomina, della data dell'udienza della relazione dell'esperto e dei pareri provvede, per la previsione del cui al quarto comma dell'art. 18, il debitore proponente il concordato; il che rimarca come l'ausiliario non abbia sostanzialmente alcuna interlocuzione con i creditori<sup>(98)</sup>.

L'ausiliario, una volta accettato l'incarico entro tre giorni dalla comunicazione<sup>(99)</sup>, deve immediatamente redigere un parere nel termine assegnato dal tribunale, il cui contenuto non è però indicato; sarebbe opportuno che il parere si estendesse, come suggerito in dottrina<sup>(100)</sup>, ad *“una valutazione sui dati aziendali del debitore, sul contenuto della proposta, sulla fattibilità del piano e, probabilmente, anche sul rispetto del requisito dell'assenza di pregiudizio per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare”*, ma i tempi della procedura non sembrano consentire un tale approfondimento, se si considera che il parere dell'ausiliario deve essere consegnato nel termine assegnato dal tribunale (termine introdotto con la legge di conversione), che, a sua volta, deve essere necessariamente breve sia per la

---

<sup>(98)</sup> Sottolineatura di G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 12.

<sup>(99)</sup> Non si capisce perché l'ausiliario debba procedere all'accettazione entro tre giorni dalla comunicazione, nel mentre l'esperto debba provvedervi *“entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina”*, che è il termine fissato anche per l'accettazione della carica di curatore dall'art. 29 L.F. e di commissario dall'art. 163 L.F., che richiama l'art. 29 L.F..

<sup>(100)</sup> G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1616.

celerità cui è improntata l'intera procedura sia perché tale parere deve essere trasmesso ai creditori.

Nel silenzio della legge circa il contenuto, il parere potrà anche toccare gli aspetti indicati, che riprendono quelli elencati nel primo comma dell'art. 172 L.F., ma appare ottimistico affermare che il parere iniziale dell'ausiliario viene a *“coincidere con quello che ancora oggi deve rendere il commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 172, primo comma, L.F.”*<sup>(101)</sup>, dato che quest'ultimo può avere a propria disposizione 75 giorni (l'assemblea dei creditori va fissata non oltre centoventi giorni dalla data del provvedimento, ai sensi del n. 2 del comma 2 dell'art. 163 L.F. - ma questo termine nella prassi non sempre è rispettato per i carichi di lavoro degli uffici giudiziari- e la relazione va depositata 45 giorni prima dell'adunanza, secondo il primo comma dell'art. 172), nel mentre l'ausiliario disporrà di un tempo molto più breve, per cui, verosimilmente, il parere si concentrerà prevalentemente sulla proposta formulata e, quindi, sui presumibili risultati della liquidazione, che costituisce oggetto del parere dell'esperto; di modo che la trasmissione ai creditori sia del parere dell'esperto che di quello dell'ausiliario può creare confusione nei destinatari in caso di difformità di conclusioni.

Nulla è detto circa un parere finale dell'ausiliario, assunto dopo qualche indagine e valutazione più approfondita di quella iniziale, dato che la nuova norma non ripete la previsione finale del secondo comma dell'art. 180 L.F., per il quale entro dieci giorni prima dell'udienza fissata per l'omologa *“il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere”*; tuttavia, considerato che il tribunale in sede di omologa deve svolgere una serie di valutazioni che, come si vedrà, investono la fattibilità e la convenienza del concordato per i creditori, non è da escludere che tale organo chieda all'ausiliario di rivalutare quel parere iniziale previsto dal comma quarto dell'art. 18, in modo da consentirgli di prendere una decisione, sia sulle opposizioni sia finale sull'omologazione, basata non solo sugli esiti dei mezzi istruttori assunti, richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, e sulla documentazione acquisita, ma che sia corroborata dalle indagini svolte dall'organo della procedura.

In realtà, una volta che si è coinvolto l'esperto della composizione negoziata nel concordato semplificato, tanto valeva valorizzare il parere di costui disponendo la comunicazione solo di questo ai creditori, e non di quello dell'ausiliario, lasciando che quest'ultimo, organo della procedura del concordato semplificato, esprimesse la sua

---

<sup>(101)</sup> G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 12.

opinione, non nella fase iniziale, ma dopo aver avuto la possibilità e il tempo di svolgere i necessari controlli utili per formulare un giudizio documentato, tale da costituire una fonte privilegiata di valutazione da parte del giudice per decidere se omologare o meno il concordato,.

L'ausiliario, per il richiamo dell'art. 167 L.F. contenuto nel secondo comma dell'art. 18, esercita la vigilanza sull'attività del debitore, come in un qualsiasi concordato preventivo, e rileva eventuali fatti e circostanze interessanti ai fini del sub procedimento di cui all'art. 173 L.F., espressamente richiamato dal comma ottavo dell'art. 18 e, quando il piano di liquidazione prevede un'offerta di acquisto dell'azienda, di rami della stessa o di singoli beni che deve essere accettata prima della omologazione, dà esecuzione all'offerta, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (comma terzo art. 19).

Il richiamo contenuto nell'ult. comma dell'art. 18 all'art. 185 L.F. comporta che l'ausiliario non cessa la sua attività con l'omologa, giacché in forza della norma richiamata egli deve sorvegliare 'adempimento del concordato e, quindi l'opera del liquidatore, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione e deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori. Questa è, comunque, l'unica parte della norma dell'art. 185 (unitamente all'applicabilità dell'art. 136) compatibile con il concordato semplificato perché nella restante parte introdotta nel 2015, il legislatore si è preoccupato di prevedere alcuni possibili interventi sul debitore che rimane inerte o addirittura assume comportamenti ostruzionistici nella esecuzione di proposte concorrenti omologate, dato che, come già detto, nella nuova procedura non sono ipotizzabili proposte alternative.

## **XI. L'ASSENZA DELLA VOTAZIONE.**

Il fatto che l'imprenditore che intende accedere al concordato semplificato debba chiedere al tribunale non l'ammissione alla procedura, bensì direttamente l'omologazione, fa capire che la proposta del debitore non è soggetta all'approvazione dei creditori, che dovrebbe manifestarsi attraverso il voto nella fase antecedente al giudizio di omologazione, come è confermato dalla mancanza di qualsiasi previsione sulla votazione e sulle maggioranze nonché dal mancato richiamo della relativa disciplina fallimentare dettata per gli ordinari concordati.

Il concordato senza voto non costituisce una novità assoluta in quanto è previsto in materia bancaria (art. 93 t.u.b.) ed assicurativa (art. 262 codice assicurazioni), nella

liquidazione coatta amministrativa (art. 214 L.F.), nell'amministrazione straordinaria (art. 78 l. 270/1999) e nel caso del piano del consumatore in tema di sovraindebitamento (art. 12 bis l. 3/2012), ma ciascuna di queste fattispecie presenta una giustificazione.

La mancanza del voto nel piano del consumatore si spiega agevolmente con le prevedibili ridotte dimensioni della crisi rapportata ad “una persona fisica che non abbia svolto attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale”, per cui i creditori “*al cospetto di un dissesto di piccolo cabotaggio, difficilmente rivelerebbero un interesse traducibile in una partecipazione attiva, tanto che qualora quell'interesse in concreto affiorasse rischierebbe di collegarsi a motivi (o risentimenti) originati da un microcosmo di rapporti di natura personale, più che alla necessità di apprezzare la convenienza in sé della proposta*”<sup>(102)</sup>; ed infatti, la votazione dei creditori è ripresa nell'accordo di ristrutturazione dei debiti del sovraindebitato (art. 11 l. n. 3 del 2012) come nel corrispondente concordato minore del CCII (art. 79 CCII).

Nelle altre ipotesi di concordato coatto, la mancanza del voto è giustificata dalla natura degli interessi pubblicistici perseguiti, che prevalgono su quelli del ceto creditorio, nonché dalla necessità dell'autorizzazione alla presentazione del concordato da parte dell'Autorità amministrativa che vigila sulla procedura e, si tratta, comunque, di concordati che intervengono nel corso delle indicate procedure, ove il debitore ha già perduto la disponibilità del suo patrimonio, nel mentre il debitore che accede al concordato semplificato è *in bonis* e tenta, con tale strumento, di evitare la dichiarazione di insolvenza. Inoltre, il concordato di nuovo conio non costituisce, come queste altre figure, l'unico strumento per risolvere la crisi di un certo tipo di impresa che abbia determinate caratteristiche dimensionali o di specializzazione oggettiva, ma costituisce uno strumento che si aggiunge ad altro dello stesso tipo producendo gli stessi effetti del concordato preventivo con cessione dei beni, per cui la privazione del diritto di voto per i creditori non trova alcuna giustificazione valoriale e si pone in contrasto con il carattere concorsuale della nuova procedura.

Non mi pare, infatti, che “*la procedura semplificata si orienta più di quella ordinaria verso il mercato, facendo venire alla luce la primazia di uno specifico interesse pubblico*”, quale la salvaguardia delle porzioni ancora attive dell'azienda in affanno, che giustificerebbe a pieno l'esclusione dei creditori dal procedimento di formazione ed approvazione della proposta di concordato<sup>(103)</sup>, dal momento che, come detto fin dall'inizio, il concordato semplificato

---

<sup>(102)</sup> S. LEUZZI, *Attualità e prospettive del piano del consumatore sovraindebitato*, in *dirittodellacrisi.it*, 21 luglio 2021.

<sup>(103)</sup> In tal senso S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 14.

incarna il modello classico del concordato liquidatorio, ove la cessione unitaria dell'azienda è prospettata solo come una delle possibilità liquidatorie, neanche posta in via preferenziale sulle vendite particellizzate, come invece dispone il primo comma dell'art. 105 L.F..

Invero, a differenza di quanto previsto nella fase della negoziazione, in cui domina la finalità del risanamento dell'impresa che refluisce sul mantenimento dell'azienda in esercizio e sulla tutela dei posti di lavoro<sup>(104)</sup>, gli artt. 18 e 19 non si interessano della sorte dell'azienda una volta ceduta, né pongono qualche condizione finalizzata al mantenimento in vita della stessa a garanzia della continuità o al mantenimento dei livelli occupazionali perché la vendita della stessa, e la stessa omologazione del concordato, sono basate sulla fattibilità e sulla convenienza, in raffronto all'eventuale esito della liquidazione in sede fallimentare.

In questa situazione non si vede perché non sia data ai creditori la possibilità di esprimersi su una questione che riguarda principalmente i loro diritti e, in particolare, di fare essi quella fondamentale valutazione di convenienza se aderire alla proposta o preferire la dichiarazione di fallimento, invece che attribuire al tribunale l'inedito ruolo di custode degli interessi economici dell'intero ceto creditorio. Come appunto avviene nei concordati preventivi ordinari, compresi quelli con continuità aziendale, diretta o indiretta, caratterizzati, sicuramente più di un concordato liquidatorio, dal mantenimento dell'azienda in esercizio e dalla salvaguardia dell'impresa e dei posti di lavoro; eppure, qui, la scelta tra la soluzione concordataria e quella fallimentare è rimessa al consenso dei creditori, ciascuno dei quali esprime il proprio voto in base alla valutazione sulla convenienza in punto di tempi, misure e probabilità di soddisfazione delle rispettive ragioni; e lo esprime in un'adunanza in cui la volontà dei creditori può formarsi ed ove il concordato arriva alla fase dell'omologa solo se raggiunge le maggioranze di legge, alle

---

<sup>(104)</sup> L'art. 10, co. 1, lett. d) prevede la possibilità, attraverso l'autorizzazione del tribunale, di derogare al secondo comma dell'art. 2560 c.c. in caso di vendita dell'azienda o di un ramo della stessa, "verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori" e l'art. 4, comma 8, impone al datore di lavoro che occupa complessivamente più di quindici dipendenti la consultazione dei soggetti sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, quando nel corso della composizione negoziata vengono "assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni". Inoltre l'art. 10, con la salvezza dell'art. 2112 c.c. mantiene tutte le tutele legali dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento dell'azienda. Ancor più marcata è la tutela dei posti di lavoro nell'art. 84 CCII.

quali- come in ogni delibera di una comunità, volontaria o involontaria- deve sottostare la minoranza, che mantiene ancora il diritto di proporre opposizione.

Nel concordato semplificato manca tutta la parte riguardante il voto ed è prevista solo l'opposizione, cui si collega il vantaggio che la contestazione sulla convenienza non è riservata esclusivamente al creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto (come invece prevede il quarto comma dell'art. 180 L.F.); il che, tuttavia, è ben poca cosa rispetto alla privazione del diritto di voto, se si pensa che il creditore, invece di poter esprimere liberamente e gratuitamente il proprio parere con la possibilità di convincere anche altri sulle proprie posizioni, deve munirsi di un difensore per costituirsi nel giudizio di omologa per far sentire la propria voce.

L'opposizione, peraltro, assume nel concordato semplificato una rilevanza del tutto marginale in quanto il campo di indagine affidato d'ufficio al tribunale dal comma quinto dell'art. 18 assorbe tutti i controlli che i creditori potrebbero sollecitare<sup>(105)</sup>, per cui pare davvero eccessivo dire che la mancanza del voto nel concordato semplificato non comporti alcuna radicale compromissione del diritto di difesa e che, anzi, questo sarebbe addirittura potenzialmente accresciuto e rafforzato in quanto ciascun creditore si può rivolgere liberamente al tribunale, opponendosi all'omologa e deducendo suo tramite tutta la gamma delle contestazioni possibili<sup>(106)</sup>. Ammettere l'opposizione individuale è il minimo che si potesse fare una volta abolita la votazione, ma rimane il fatto che i creditori non possono impedire che la proposta concordataria arrivi all'omologa, ove al tribunale è stato attribuito il compito di sostituirsi ai creditori nella valutazione di convenienza della procedura concordataria rispetto al fallimento ed in cui l'opposizione è lo strumento per addurre argomenti contrari all'omologa, da valutare nel giudizio che il tribunale deve già adottare d'ufficio; in tutto ciò quello che conta è che ai creditori è stato tolto il diritto di voto senza che alcun interesse di natura pubblicistica superiore giustificasse un tale sacrificio.

Non persuade, inoltre, la spiegazione fornita nella Relazione<sup>(107)</sup>, e cioè che questo forte ridimensionamento del ruolo dei creditori trova una giustificazione nel fatto che il

---

<sup>(105)</sup> In tal senso, G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., p. 15.

<sup>(106)</sup> S. LEUZZI, *Analisi differenziale*, cit., p. 15.

<sup>(107)</sup> Si afferma nella Relazione che *“Sono omesse la fase di ammissione e la fase del voto dei creditori sul presupposto che la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e la non percorribilità di*

concordato semplificato costituisce uno sbocco della negoziazione precedente, nella quale i creditori sono stati già coinvolti, sia perché non è indispensabile il coinvolgimento di tutti i creditori nella fase stragiudiziale ove, “*anzi, la selettività è uno dei tratti che caratterizzano lo strumento negoziale*”<sup>(108)</sup>, per cui manca qualsiasi garanzia che siano stati sentiti tutti<sup>(109)</sup>, sia perché nell’ambito della composizione negoziata l’ottica in cui le trattative si sono svolte era quella di trovare soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale, nel mentre nel concordato semplificato - che presuppone il fallimento delle precedenti trattative - l’ottica è prettamente liquidatoria, per cui sarebbe quanto mai opportuno appurare come la diversità di opinioni già eventualmente raccolte sulle prospettive risanatorie dell’impresa si traduce in un voto su una nuova proposta di carattere liquidatorio, completamente diversa dalle precedenti eventualmente formulate. Né, infine, l’abolizione del voto trova una giustificazione nella celerità cui è improntata la nuova procedura perché, a questo fine, sarebbe bastato abolire l’adunanza, e non il voto, come accade nel concordato fallimentare e come prevede il nuovo CCII anche per il concordato preventivo, dando così ai creditori la possibilità di esprimersi su una questione che riguarda direttamente i loro diritti ed interessi e, principalmente, di fare essi quella fondamentale valutazione di convenienza se aderire alla proposta o preferire la dichiarazione di fallimento, invece che rimetterla soltanto al tribunale.

## **XII. LA FASE DELL’OMOLOGA. LA FISSAZIONE DELL’UDIENZA.**

Come si è già anticipato, il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 dell’art. 18 e il parere dell’esperto, nomina un ausiliario ai sensi dell’articolo 68 c.p.c., assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere e col medesimo decreto “*ordina che la proposta, unitamente al parere dell’ausiliario e alla relazione finale e al parere dell’esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall’elenco depositato ai sensi dell’articolo 5, comma 3, lettera c)*” a mezzo PEC “*e fissa l’udienza per l’omologazione*”, con una formula abbastanza imprecisa in quanto sembrerebbe che la

---

*altre soluzioni sia stata esaminata dall’esperto indipendente e rappresentata nella relazione finale che chiude la composizione negoziata e sull’ulteriore presupposto che i creditori siano stati interessati ed informati nel corso delle trattative*”.

<sup>(108)</sup> I. PAGNI- M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *dittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021, 10.

<sup>(109)</sup> F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d’impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell’allerta*, in *ifallimentarista.it*, 25 agosto 2021.

fissazione dell'udienza per l'omologa non sia oggetto della comunicazione ai creditori. E' chiaro, invece, che anche (e principalmente) la data fissata per l'udienza di omologazione debba essere comunicata ai creditori, dal momento che questi possono proporre opposizione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata; altrettanto evidente è che sarebbe stato quanto mai opportuno prevedere la comunicazione del provvedimento al debitore e porre a lui un termine per la comunicazione dello stesso ai creditori, diventato indispensabile per la tutela dei diritti di costoro a seguito di una delle modifiche apportate in sede di conversione al quarto comma dell'art. 18.

Invero, secondo la previsione originaria del decreto legge, tra *“il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni”*, per cui, dovendo l'opposizione essere proposta mediante costituzione in giudizio almeno dieci giorni prima dell'udienza, i creditori avevano a disposizione venti giorni per esaminare la proposta e la documentazione e proporre opposizione all'omologazione; in questo sistema, l'eventuale ritardo del debitore nel provvedere alla comunicazione del provvedimento che fissava l'udienza non pregiudicava i creditori, dato che per essi il termine dei venti giorni a disposizione per costituirsi decorreva pur sempre dalla data del ricevimento della comunicazione.

La legge di conversione, avendo assegnato, nel comma 3 dell'art. 18, all'ausiliario un termine per il deposito del parere da comunicare ai creditori, ha poi stabilito, nel comma quarto, che *“tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario ai sensi del comma 3 e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni”*. In tal modo, il tempo dato ai creditori per proporre opposizione inizia a decorrere, non più dalla comunicazione della fissazione dell'udienza, bensì dalla scadenza del termine dato all'ausiliario per redigere il suo parere, ovviamente precedente alla comunicazione, posto che con questa deve essere trasmesso il parere depositato dall'ausiliario. Inoltre, qualora il debitore - al quale è affidata la comunicazione ai creditori, sebbene non sia previsto che sia portato a sua conoscenza il decreto che dispone l'udienza, nomina l'ausiliario e concede a questi un termine per il parere - non sia sollecito nell'adempiere al suo compito informativo verso i creditori, viene ulteriormente accorciato il tempo a disposizione di costoro per l'opposizione, la cui proposizione è rimasta perentoriamente fissata nei dieci giorni prima dell'udienza di omologazione.

Non si può dire che sia una soluzione molto garantista se si considera che una tale compressione avviene proprio nel momento in cui la mancanza del voto dovrebbe

facilitare l'esercizio del diritto dei creditori di esprimere, seppur in ritardo, la loro motivata opinione.

Il provvedimento di cui al quarto comma dell'art. 18, benchè contenga la fissazione dell'udienza di omologazione, non è soggetto a pubblicazione, così come non lo è l'analogo provvedimento del giudice delegato emesso ai sensi del secondo comma dell'art. 125 L.F. (cui, per le ragioni esposte bisogna fare riferimento in questa fase iniziale), con la sostanziale differenza che nel concordato fallimentare provvede alla comunicazione ai creditori il curatore, organo della procedura, nel mentre nel concordato semplificato è lo stesso debitore, che deve preoccuparsi di sapere dell'emissione del decreto e poi comunicarlo. Ad ogni modo, non è ripetuto nell'art. 18 il primo comma dell'art. 180 nella parte in cui dispone che il provvedimento del tribunale di fissazione dell'udienza di omologa va *“pubblicato a norma dell'articolo 17”*, né è richiamata tale disposizione; e tale silenzio non pare colmabile neanche in via analogica (per chi ha preso a modello questo criterio interpretativo) stante la diversità procedurale attraverso cui si arriva alla fissazione dell'udienza di omologa nel concordato ordinario (che presuppone la votazione e l'approvazione da parte dei creditori, di cui il giudice delegato riferisce al tribunale, *“il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato a norma dell'articolo 17 e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti”*) e in quello semplificato, ove la richiesta di omologa è l'atto introduttivo della procedura e il tribunale decide se accoglierla *“valutata la ritualità della proposta”*.

Come già detto, il provvedimento che dispone la fissazione dell'udienza (oltre alla nomina dell'ausiliario e la comunicazione ai creditori) non è impugnabile *ex art. 26 L.F.* e, correttamente, non sono previste altre forme di reclamo posto che comunque il tribunale deve valutare in sede di omologazione la regolarità della procedura, tra cui rientra anche la rituale fissazione dell'udienza e il rispetto dell'intervallo di tempo di cui al quarto comma dell'art. 18, ecc..

Costituendo il giudizio di omologazione una fase necessaria del procedimento di concordato cui si perviene attraverso la fissazione della relativa udienza da parte del tribunale, questo provvedimento va indubbiamente iscritto a ruolo; nel silenzio su chi debba provvedere a tale incumbente, non può che farsi riferimento al debitore, che è il soggetto interessato all'avanzamento della procedura, in conformità, del resto, ai traguardi raggiunti nell'interpretazione dell'art. 180 L.F., secondo cui è il debitore in quanto parte formale e sostanziale e, quindi, necessaria a dovervi provvedere, pena l'improcedibilità del

giudizio, equivalendo l'omessa iscrizione a rinuncia implicita, con conseguente nullità del decreto di omologa eventualmente emesso<sup>(110)</sup>; o in conformità dell'art. 129 L.F. che, prevedendo, al secondo comma, che *“se la proposta è stata approvata, il giudice delegato dispone che il curatore ne dia immediata comunicazione al proponente, affinché richieda l'omologazione del concordato”*, fa capire che il tribunale non può più (come ai tempi antecedenti la riforma del 2006-2007) procedere di ufficio, ma è necessario un atto di impulso del proponente, il quale, quindi è tenuto ad iscriverne la causa a ruolo, essendo, come, appunto, nel concordato semplificato, l'unico soggetto legittimato ad avviare il giudizio omologatorio.

### **XIII. LA FASE DELL'OMOLOGA. LA DECISIONE.**

*“Il tribunale assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore”*, dispone il quinto comma dell'art. 18.

Da questa definizione emergono immediatamente alcune rilevanti differenze rispetto alla disciplina dell'omologazione del concordato ordinario.

**(A)** Non essendo prevista una votazione, non vi sono dissenzienti, per cui l'opposizione può essere proposta da qualsiasi creditore (come da qualsiasi interessato) costituendosi nel termine, definito espressamente perentorio<sup>(111)</sup>, di dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel silenzio della legge, presumibilmente, anche l'ausiliario potrà costituirsi nel giudizio di omologa per opporsi all'omologa ed assumere, come il commissario giudiziale, la veste di parte del relativo procedimento, solo in quanto

---

<sup>(110)</sup> G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, in *Fallimento* 2006, p. 1067. Secondo altri (M. CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, p. 650; E. NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia-Piccinini-Severini, Torino, 2011, p. 509), la natura officiosa del procedimento non impedirebbe la prosecuzione dello stesso anche in caso di mancata costituzione del debitore e in assenza di opposenti.

<sup>(111)</sup> Precisazione opportuna in quanto proprio l'omessa previsione nell'art. 180, circa la natura del termine per la costituzione delle parti nel procedimento di omologa, ha spinto la Cassazione (Cass. 16 settembre 2011, n. 18987) ad escludere la qualificazione della sua perentorietà, essendo perentori solo i termini processuali espressamente dichiarati tali dal legislatore.

provveda alla propria formale costituzione, munendosi, ex art. 82, comma 3, c.p.c., della rappresentanza tecnica<sup>(112)</sup>.

E' pacifico che in questa fase possa intervenire il P.M., già destinatario della comunicazione del deposito del ricorso per l'omologa del concordato.

Qualsiasi opponente può anche eccepire la mancanza di convenienza, non essendo tale aspetto riservato, come nel concordato ordinario, al creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, data la diversa struttura del nuovo concordato, che non prevede il voto dei creditori ma l'attribuzione al tribunale del potere sostitutivo di valutare la convenienza. Ne consegue, la esclusione della possibilità del *cram down* di cui alla prima parte del quarto comma dell'art. 180, che fa riferimento, appunto, a contestazioni della convenienza da parte di classi o creditori dissenzienti, che sono categorie non riproducibili in una procedura priva del voto dei creditori. Inoltre il tribunale deve comunque valutare, per omologare il concordato, che i creditori possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili e, nel momento in cui si è tolto ai creditori la libertà di esprimere il voto e per compenso si è attribuito al tribunale la valutazione della convenienza, non ha più senso il *cram down*, dovendo comunque il tribunale appurare per l'omologa che il concordato non porti pregiudizio ai creditori<sup>113</sup>.

A maggior ragione è da escludere il *cram down* fiscale e previdenziale di cui alla seconda parte del quarto comma dell'art. 180 L.F.<sup>(114)</sup>, perché, oltre al fatto che i creditori non sono chiamati ad esprimersi e proprio il silenzio o voto negativo costituisce motivo dell'intervento sostitutivo del giudice, non è richiamato l'art. 182-ter, incompatibile con la

---

<sup>(112)</sup> Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, cit..

<sup>(113)</sup> A. PEZZANO-M. RATTI, *Il concordato preventivo semplificato*, cit, p. 5, ammettono la possibilità del "cram down in caso di opposizioni - finalmente senza alcuna limitazione quantistica - da parte di qualsiasi creditore non integralmente soddisfatto". Conclusione poco convincente perché, o presuppone che il *cram down* sia esercitabile anche in mancanza di espressa previsione di legge, nel qual caso non si spiegherebbe il quarto comma dell'art. 180 L.F., ovvero poggia su un'applicazione mista della normativa fallimentare, dalla quale si prendono le parti che interessano (il *cram down*) e si escludono quelle ritenute incompatibili (la limitazione quantistica legate al voto), che farebbe della nuova figura in esame un sottotipo del concordato ordinario.

<sup>(114)</sup> Norma che proprio con in d.l. n. 118 del 2021 è stata integrata sostituendo le parole "*Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto*" con quelle secondo cui "*Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione*", così definitivamente chiarendo che il potere sostitutivo del tribunale si realizza anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali.

struttura di una procedura che non prevede l'espressione del voto da parte dei creditori; costituendo, infatti, la transazione fiscale lo strumento attraverso il quale il contribuente-debitore provoca l'adesione del Fisco e degli enti previdenziali alla propria proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi, è del tutto naturale che essa non sia inseribile nel concordato semplificato, ove i creditori non sono chiamati ad esprimere la loro preferenza<sup>(115)</sup>. Di conseguenza, la già accennata flessibilità, inglobata in una struttura volutamente elementare, che consente, rispettato l'ordine della graduazione delle cause di prelazione, di offrire ai creditori qualsiasi soddisfazione, salvo a valutarne la convenienza e l'utilità per i creditori, opera anche nei confronti dell'Agenzia delle entrate e degli enti previdenziali, la posizione dei quali è equiparata a quella degli altri creditori privilegiati e chirografari per i rispettivi crediti, di modo che anche i crediti fiscali e contributivi possano essere falcidiati e dilazionati, nel rispetto delle regole vevoli per tutti i creditori.

**(B).** Non è ripetuto nell'art. 18 il modello contenuto nell'art. 180 L.F., che disciplina differentemente il procedimento, pur sempre camerale, a seconda che vengano o meno proposte opposizioni all'omologazione, per cui le indagini sopra indicate il tribunale deve svolgerle che siano o non proposte opposizioni; ovviamente in caso di opposizioni, assumendo il procedimento carattere contenzioso, ricorrerà la necessità di svolgere l'attività istruttoria richiesta dalle parti, per cui l'approfondimento delle questioni da trattare sarà sicuramente maggiore dovendo il tribunale dare una risposta ai rilievi mossi dagli opposenti.

Questa diversa organizzazione si riflette anche sull'aspetto istruttorio in quanto la nuova norma riprende la formula del comma quarto dell'art. 180 L.F., secondo la quale, in caso di opposizioni, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, estendendola a tutti i procedimenti di omologazione, che siano o non presentate opposizioni, di modo che nel concordato semplificato il tribunale può sicuramente disporre mezzi istruttori d'ufficio anche in mancanza di opposizioni, superando i dubbi in proposito che nascono dalla laconica formulazione del terzo comma dell'art. 180 L.F.<sup>(116)</sup>.

---

<sup>(115)</sup> G. ANDREANI, *Il concordato semplificato*, in *transazione-fiscale.it.*; S. MORRI, *Il concordato semplificato*, cit..

<sup>(116)</sup> Rimane, invece, il dubbio circa l'estensione di tale potere di ufficio, ossia se esso si riferisce a quei mezzi istruttori, come la consulenza tecnica, che anche nel rito ordinario possono essere ammessi di ufficio, oppure il giudizio abbia assunto un carattere inquisitorio.

(C). L'art. 18, a differenza di quanto previsto dall'art. 180 L.F. che non predetermina l'oggetto del giudizio di omologa del concordato preventivo (ed egualmente dall'art. 129 L.F. per l'omologa del concordato fallimentare)<sup>(117)</sup>, definisce l'oggetto di tale giudizio individuandolo nelle materie contemplate dal quinto comma dell'art. 18 e, in tal modo, circoscrive anche l'oggetto delle opposizioni, che non possono riguardare argomenti estranei a quanto individuato dal comma quinto dell'art. 18. Da un lato, quindi, il tribunale recupera quei poteri di cui godeva anteriormente alla riforma iniziata nel 2005, quando svolgeva un ruolo penetrante nell'ambito della procedura che si estendeva fino a poter valutare la convenienza del concordato rispetto alla liquidazione fallimentare, ma, dall'altro, viene delimitata l'area dell'indagine alle materie prefissate, che, per la verità, assorbono quasi l'intero campo delle valutazioni rilevanti per l'omologa.

Orbene, seguendo i dati forniti dal quinto comma dell'art. 18, il primo compito del tribunale è controllare la regolarità del contraddittorio e dello svolgimento della procedura, che, invero, è un'attività connaturata all'omologa, che evidentemente non può essere dichiarata ove la procedura non si sia svolta regolarmente, nel rispetto delle norme che ne disciplinano lo svolgimento dal momento del deposito della domanda e fino all'omologazione, e nell'assenza di atti in frode prima non segnalati o non considerati<sup>(118)</sup>; nel caso del concordato semplificato, la mancanza del voto e delle maggioranze elimina gran parte del contenzioso sulla regolarità dello svolgimento del concordato e la semplificazione estrema del rito rende più semplice e agevole questo controllo.

In questa categoria di indagine può, seppur con qualche sforzo, farsi rientrare l'esame della dichiarazione dell'esperto, da inserire nella relazione finale, circa la correttezza e buona fede con cui si sono svolte le trattative della fase negoziale; poiché, per i motivi esposti, nel merito di questa valutazione il tribunale non può entrare nella fase iniziale, per cui, pur in presenza di un giudizio negativo dell'esperto sulla meritevolezza del debitore nella fase negoziale, deve comunque nominare l'ausiliario e fissare l'udienza per l'omologazione, il problema della verifica del giudizio dell'esperto si ripresenta al momento dell'omologa.

A stretto rigore, una tale indagine non rientra tra gli argomenti elencati dal quinto comma dell'art. 18, anche perché questa innovazione è stata introdotta con la legge di

---

<sup>(117)</sup> Con le relative incertezze circa l'estensione del campo di indagine del tribunale specie per quanto riguarda la fattibilità e la convenienza, che ormai hanno trovata una sistemazione giurisprudenziale abbastanza uniforme, con l'inserimento anche del *craw down*.

<sup>(118)</sup> G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1617.

conversione, senza contestualmente ampliare la definizione legislativa del *thema decidendum* che il tribunale può trattare in sede di omologa, tuttavia, una volta escluso un controllo di merito sulla fondatezza della valutazione dell'esperto nella fase iniziale, bisogna ammetterlo in sede di omologa, altrimenti l'innovazione verrebbe vanificata; e la verifica della regolarità del procedimento può estendersi fino a indagare se sussiste la meritevolezza del debitore ad ottenere l'omologa.

L'ulteriore controllo riguarda il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. Il principio della graduazione delle cause di prelazione, sul cui significato la giurisprudenza di merito si era divisa, è stato convincentemente interpretato di recente dalla Suprema Corte<sup>(119)</sup> nel senso che esso impone l'integrale pagamento del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di grado inferiore e non nel senso che sia ammessa la falcidia del credito di grado inferiore e il pagamento parziale del credito di rango più basso, a condizione che al primo sia assicurato un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato al secondo<sup>(120)</sup>; pertanto, anche il concordato semplificato per ottenere l'omologazione deve prevedere la soddisfazione dei creditori di rango successivo solo dopo che siano stati integralmente soddisfatti quelli di rango precedente (salvo che siano utilizzate risorse esterne), da cui l'ulteriore conseguenza che i creditori chirografari non possono ottenere l'adempimento, neanche parzialmente, della propria obbligazione se il presumibile valore di realizzo dei beni su cui insistono i diritti di prelazione non consenta di soddisfare questi ultimi<sup>(121)</sup>.

Eguale non rappresenta una novità la verifica che la proposta assicuri un'utilità a ciascun creditore, di cui si è già parlato, posto che già oggi la lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L.F., prevede che *“in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente*

---

<sup>(119)</sup> Cass. 8 giugno 2020, n.10884 in *Ilfallimentarista.it* 18 agosto 2020; Conf., Trib. Milano 16 marzo 2013; Trib. Salerno, 9 novembre 2010, Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009; Trib. Treviso, 11 febbraio 2009; tutte in *ilcaso.it*.

<sup>(120)</sup> In questo secondo senso, Corte di Appello Torino, 14 ottobre 2010, in *Il Fallimento*, 2011, 3, p. 349; Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, Trib. Belluno 17 febbraio 2017, in *ilcaso.it*.

<sup>(121)</sup> Cass. n. 10884 del 2020, cit., approfondisce questa tematica e, allo scopo, opera una distinzione fra privilegi speciali (cui vanno assimilati pegno e ipoteca) e privilegio generale sui mobili. Solamente i primi, qualora il valore del bene afferente il privilegio sia inferiore all'ammontare del credito, possono essere soddisfatti parzialmente e concorrere per il residuo in *par condicio* con i crediti chirografari; nel mentre il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale può trovare fondamento giustificativo solo nell'incapienza del patrimonio mobiliare del debitore, sicché il soddisfacimento dei creditori chirografari non può che dipendere dalla presenza di beni immobili - per la parte non deputata a garantire i creditori che vantino titolo di prelazione su di essi - o di liquidità estranei al patrimonio del debitore medesimo.

*individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*”; disposizione che individua uno dei presupposti per la stessa ammissione del concordato (cfr. art. 162 L.F.), ancor più stringente di quello indicato dalla nuova normativa, che non richiede che l'utilità sia “*specificamente individuata ed economicamente valutabile*”, il che, come si è detto, lascia un maggior margine all'interprete.

Anche sul punto, incide, e molto, la eliminazione della votazione in quanto la valutazione della esistenza di una utilità, non traducendosi necessariamente in una somma di danaro, ma, come detto, in vantaggi certi ed economicamente valutabili, è quanto mai personale, sicchè difficilmente il tribunale può riuscire a tener conto nel suo giudizio - sostitutivo di quello dei creditori - di quale sia l'effettiva utilità che la proposta può apportare a determinati creditori.

Sulla valutazione della fattibilità sono ben note le soluzioni interpretative della legge fallimentare, che ammettono la verifica della fattibilità giuridica ma escludono quella economica, salvo che il piano non risulti a prima vista non realizzabile<sup>(122)</sup>; ma questa situazione è destinata a mutare con l'entrata in vigore del nuovo codice che ha reintrodotto la verifica della fattibilità del piano concordataria, sia al momento dell'ammissibilità (art. 47, co. 1, CCII) sia al momento dell'omologa (art. 48, co. 3, CCII)<sup>(123)</sup>, sicchè, se è vero che la nuova norma crea una frattura con l'attuale legge fallimentare, in realtà anticipa in parte un caposaldo del futuro concordato.

Per la verità il comma quinto dell'art. 18 richiede una verifica della fattibilità del piano di liquidazione, senza alcuna aggettivazione, a differenza delle citate norme del CCII che parlano di fattibilità economica, ma non può mettersi in dubbio che anche la nuova norma faccia riferimento a questo tipo di fattibilità perché quella giuridica, che oggi

---

<sup>(122)</sup> In tema di concordato preventivo, il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha a oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità, peraltro, si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca e omologazione in cui si articola la procedura concordataria. (Giurisprudenza pacifica: cfr., da ult., Cass., 7 giugno 2021, n. 15809, in *Guida al diritto* 2021, p. 35; conf. Cass. 24 agosto 2018, n. 21175, con riferimento al giudizio di omologa).

<sup>(123)</sup> Queste due disposizioni normative confermano ulteriormente l'impossibilità, in precedenza sottolineata, di anticipare nella fase iniziale del concordato semplificato i controlli previsti per il momento dell'omologa, in quanto dimostrano che il legislatore, quando richiede che una verifica sia attuata nella fase iniziale lo dice espressamente e, se vuole che questa stessa verifica sia rifatta nella fase dell'omologa, lo ripete, dettando due apposite norme.

svolge il giudice nel concordato preventivo, rientra implicitamente nella sfera dei poteri omologatori del tribunale, come accade infatti oggi nel concordato preventivo; pertanto l'aver previsto esplicitamente che il tribunale omologa il concordato verificata la fattibilità del piano è chiaro indice della volontà di introdurre un controllo sulla fattibilità economica.

Il tribunale deve infine appurare che *“la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare”*, dizione che introduce un giudizio sulla convenienza, anche se la semplice mancanza di un "pregiudizio" per i creditori è concetto più ristretto di quello della convenienza. La ricerca della convenienza richiede, infatti, il riscontro in positivo di un vantaggio per i creditori rispetto allo scenario alternativo del fallimento, nel mentre per la mancanza di pregiudizio è sufficiente l'accertamento dell'assenza di un danno rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e, quindi, che i creditori ricevano un trattamento economico almeno pari a quello che loro ricaverebbero dalle altre soluzioni alternative; di conseguenza, non trovando applicazione l'ultimo comma dell'art. 160 L.F., la soglia minima di soddisfazione è costituita da quella presuntivamente ricavabile dalla liquidazione fallimentare.

Questa, con riferimento all'omologa, è la vera novità del nuovo concordato proposta in termini molto chiari e netti in quanto la proposta non deve arrecare pregiudizio ai creditori *“rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare”*, senza, quindi, le equivocità dei testi che fanno riferimento alle alternative concretamente praticabili, in quanto, trattandosi di un concordato prettamente liquidatorio che segue ad un tentativo non riuscito di negoziazione per il risanamento dell'impresa, l'unica alternativa praticabile alla soluzione concordata prospettata non può che essere il fallimento. Eppure, proprio in questo caso sarebbe stata più appropriata una di quelle formule più generiche che fanno riferimento alle alternative concretamente praticabili in quanto non va dimenticato che al concordato possono accedere anche soggetti sottratti al fallimento, per i quali la valutazione di convenienza dovrà presumibilmente essere svolta raffrontando la proposta concordataria alla liquidazione del patrimonio, anche se questa non può essere chiesta da un creditore<sup>124</sup>. Ad ogni modo, trattandosi di un concordato prettamente liquidatorio che segue ad un tentativo non riuscito di negoziazione per il risanamento dell'impresa, l'unica alternativa praticabile alla soluzione concordata prospettata non può che essere una soluzione liquidatoria; e, per questo motivo, come già anticipato, questa indagine sulla convenienza,

---

<sup>124</sup> Almeno secondo l'attuale Legge n. 3 del 2012; nel Codice della crisi, la liquidazione controllata potrà essere chiesta anche da un creditore (art. 268 CCII).

o meglio sulla mancanza di pregiudizio per i creditori, non si sostanzia in una valutazione bilanciata tra il pregiudizio delle ragioni dei creditori e la prosecuzione dell'attività d'impresa, e tanto meno può soffermarsi sul mantenimento dei livelli occupazionali (esigenza presente nell'art. 84 CCII), ma deve incentrarsi solo ed esclusivamente sul raffronto tra il presumibile ricavo realizzabile nel concordato in attuazione del piano di liquidazione (sia che questo preveda la vendita del complesso aziendale che analitica dei singoli beni), con quella omologa eventualmente realizzabile nel fallimento.

Né sembrano richiamabili principi di sostenibilità e responsabilità sociale. Questi indubbiamente sono presenti nel diritto della crisi, ma rilevano nella fase in cui esistono prospettive di risanamento, siano esse innestate in una procedura stragiudiziale che giudiziale; quando, invece si arriva alla fase liquidatoria, sia essa fallimentare che concordataria, la considerazione di obiettivi ulteriori rispetto a quello della miglior soddisfazione dei creditori non costituisce elemento qualificante della fattispecie, ed in esso l'impegno alla prosecuzione attività per un periodo minimo di tempo o alla conservazione dei livelli occupazionali o ad adeguare la produzione secondo standard più rispettosi dell'ambiente<sup>(125)</sup>, possono essere vantaggi occasionali e accidentali ultronei, che non possono intaccare il criterio fondamentale di valutazione della convenienza posto dal quinto comma dell'art. 18, secondo cui la proposta non deve arrecare pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare. E, poiché l'assenza di pregiudizio è assicurata, come detto, se il trattamento non è meno conveniente rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare, il confronto che il tribunale è tenuto a fare è tra lo scenario prospettato con la proposta concordataria e quello liquidatorio fallimentare, in cui vanno considerate le altre eventuali entrate (ad es. da revocatoria) o risparmi (ad es. per minori spese) che l'una o l'altra procedura possono consentire.

Peraltro, le possibilità revocatorie teoricamente realizzabili nell'eventuale alternativo fallimento sono molto limitate.

In primo luogo, perchè, per espressa disposizione del secondo comma dell'art. 12, *“gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti”* non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67, secondo comma, L.F..

---

<sup>(125)</sup> Esempi tutti prospettati da D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1618.

Inoltre, per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto per i quali questi ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4 - che sono soggetti a revocatoria (comma terzo art. 12) - va tenuto conto della mancata riproduzione nel nuovo concordato di una norma che faccia decorrere il periodo sospetto ai fini delle revocatorie fallimentari dalla data di pubblicazione della richiesta di nomina dell'esperto o che, a somiglianza del secondo comma dell'art. 69-bis l L.F., faccia retroagire gli effetti del fallimento alla data di pubblicazione della domanda di nomina dell'esperto<sup>(126)</sup>. Del resto l'art. 69-bis L.F. detta una particolare disciplina per il caso della consecuzione del fallimento al concordato preventivo e, seppur si aderisce alla tesi che tale norma è riferibile ad *“un fenomeno generalissimo consistente nel collegamento tra procedure di qualsiasi tipo, volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa”*<sup>(127)</sup>, sta di fatto che la consecuzione si basa sulla non intervenuta variazione dei presupposti di due procedure concorsuali, che permette di inquadrarle in un fenomeno giuridico unitario, per identità di soggetti e di requisito oggettivo; unitarietà non consentita tra composizione negoziata e fallimento, non essendo la prima una procedura concorsuale.

In questa situazione, iniziando il periodo sospetto a decorrere dal momento della dichiarazione di fallimento, salta la possibilità di revocare ai sensi del secondo comma dell'art. 67 L.F. sicuramente gli atti e i pagamenti antecedenti alla nomina dell'esperto, ma anche gran parte degli atti e pagamento in contrasto con gli interessi dei creditori compiuti nel corso della composizione negoziata, se si pone mente al fatto che il percorso negoziale può avere la durata massima di centottanta giorni, prorogabili di altri centottanta giorni, cui vanno aggiunti i sessanta giorni dalla comunicazione della chiusura della prima fase per chiedere l'omologa del concordato semplificato.

Orbene, se nella prospettiva liquidatoria in cui si muove il concordato semplificato, la convenienza poggia, come detto, su valutazioni esclusivamente economiche, non si vede

---

<sup>(126)</sup> Poiché si sta discutendo della alternativa del fallimento al concordato semplificato, l'art. 69-bis citato va rapportato alla procedura di negoziazione cui può seguire, appunto, o l'una o l'altra procedura. Solo se al concordato semplificato, per qualche motivo revocato o non omologato, dovesse seguire il fallimento, si porrebbe il problema della estensione dell'art. 69-bis co. 2, L.F. alla consecuzione concordato semplificato fallimento e della eventuale retrodatazione del periodo sospetto all'inizio del primo, di modo che, in questo secondo caso, può discutersi se la norma in questione possa essere interpretata estensivamente, tale da comprendere nella sua portata anche il concordato semplificato, ma tale discorso chiaramente non è fattibile con riferimento alla composizione negoziata, che non è una procedura concorsuale.

<sup>(127)</sup> Cfr. Cass. 11 giugno 2019, n.15724, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2021, 4, II, p. 530.

perché debba essere il tribunale a verificare la convenienza per i creditori della soluzione concordataria rispetto al fallimento o a giudicare le utilità che possono questi ricevere e non i creditori stessi, lasciando loro il diritto di esprimersi con il voto; voto che, come già detto, eliminata l'adunanza dei creditori, come previsto dal CCII, potrebbe raccogliersi a mezzo PEC in tempi brevi, conciliabili con la velocità che si è intesa imprimere alla procedura e che giustifica l'abolizione della votazione.

#### **XIV. LA FASE DELL'OMOLOGA. L'IMPUGNAZIONE, GLI EFFETTI.**

Il Tribunale decide sull'omologa con decreto motivato immediatamente esecutivo dispone il comma sesto dell'art. 18<sup>(128)</sup>, sulla scia del quinto comma dell'art. 180 L.F.. Tale decreto (a differenza di quello che fissa l'udienza) va pubblicato a norma dell'art. 17 L.F. e va comunicato dalla cancelleria a tutte le parti del giudizio di omologa - debitore, ausiliario e creditori costituiti - e non, come nel concordato ordinario, solo ai primi due, lasciando poi al commissario il compito di darne notizia ai creditori.

I destinatari della comunicazione nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello ai sensi dell'art. 183 L.F. (espressamente richiamato dal sesto comma dell'art. 18).

Mancando il richiamo del terzo comma dell'art. 180, che esclude la reclamabilità nel caso di decreto di omologazione in assenza di opposizioni, il reclamo in esame è possibile sia che il decreto abbia negato l'omologazione (in presenza o in assenza di opposizioni), sia che l'abbia concessa, anche in tal caso in presenza o in assenza di opposizioni e non come nel l'ordinario concordato solo in presenza di opposizioni; ovviamente, l'impugnazione di un provvedimento di omologa in mancanza di opposizioni è ipotesi poco probabile, ma pur sempre possibile, per es. ad opera del debitore qualora il tribunale abbia modificato inopinatamente una clausola del piano o non abbia accolto il nominativo del liquidatore indicato, ecc..

Il mancato richiamo del settimo comma dell'art. 180 L.F. non esclude, invece, che il tribunale qualora non omologhi il concordato possa contestualmente pronunciare il fallimento con sentenza, sia perchè il ricorso iniziale è comunicato al P.M., che può quindi formulare domanda di fallimento in vista della definizione negativa dell'omologa, sia

---

<sup>(128)</sup> A questo punto il comma sesto aggiunge: “*assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio*”; inciso del tutto inutile dal momento che già nel comma quinto è detto che “*Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando....*”.

perché, non essendo vietata in quel momento (ossia dopo il rigetto dell'omologa) la pronuncia di insolvenza, nulla impedisce che questa possa essere emessa contestualmente al decreto di rigetto dell'omologa, ricorrendone ovviamente i presupposti.

In questo caso il reclamo avverso la sentenza coinvolge anche il rigetto dell'omologa, nel mentre si corre il rischio di conflitto di giudicati (che il secondo comma dell'art. 183 tende ad evitare) nel caso di non contestuale dichiarazione del fallimento, che intervenga invece in un momento successivo; in tal caso, infatti, il debitore, che ha già impugnato il decreto di rigetto dell'omologa, può reclamare la sentenza di fallimento; rischio evitato nel concordato ordinario proprio con la non impugnabilità del decreto di rigetto dell'omologa, non accompagnato da pronuncia di fallimento, quanto meno in caso di assenza di opposizioni e ovviabile, nella specie in esame, con la riunione dei procedimenti ove possibile o con la sospensione di quello avente ad oggetto il reclamo avverso la sentenza di fallimento, essendo pregiudiziale l'accertamento della non omologabilità del concordato.

Mancando la categoria dei creditori dissenzienti in assenza di una votazione, legittimati all'impugnazione sono coloro i quali abbiano rivestito la qualità di parte per essersi costituiti nel giudizio di omologa e qui abbiano assunto una posizione risultata soccombente. In conformità degli approdi della giurisprudenza con riferimento al commissario<sup>(129)</sup>, è da ritenere che anche l'ausiliario, parte formale del procedimento, che partecipa al giudizio come legittimato passivo, non sia legittimato al reclamo, poiché non è portatore di specifici interessi da far valere, in sede giurisdizionale, in nome proprio o in veste di sostituto processuale.

A sua volta la Corte d'appello, che procede al riesame dell'intero processo deduttivo che ha portato alla pronuncia negativa (o positiva) sull'omologa, decide con decreto ricorribile in cassazione nei successivi trenta giorni dalla data della comunicazione. Quest'ultima è una giusta precisazione, che sopperisce al silenzio dell'art. 183 L.F., che la giurisprudenza aveva superato ammettendo il ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7 Cost.; l'attuale previsione apre la strada all'ordinario ricorso in cassazione avverso la decisione della Corte d'appello.

L'ultimo comma dell'art. 18 dispone che al concordato semplificato “*Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 173,184,185,186, 217-bis e 236 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario*”; il che

---

<sup>(129)</sup> Cass., 9 febbraio 2007, n. 2886, in *Fallimento* 2007, p. 787.

significa che l'omologazione del concordato semplificato produce gli stessi effetti del concordato liquidatorio ordinario.

Dell'art. 185 si è già accennato. Il richiamo dell'art. 173 L.F., che dovrebbe consentire la revoca del concordato semplificato per gli stessi motivi per i quali può essere revocato l'ordinario concordato è stato depotenziato nella sua portata. Si è già detto, infatti, che non può essere causa di revoca il venir meno delle condizioni di ammissibilità dal momento che non esiste nel concordato semplificato una fase di ammissione e, per il resto, come correttamente sottolineato<sup>(130)</sup>, la norma consente *“di colpire i comportamenti fraudolenti precedenti (l'inizio della composizione negoziata), ma non i pagamenti di debiti scaduti, anteriori al deposito del ricorso e in ipotesi non strategici ai fini della continuità aziendale o le cessioni di beni o le prestazioni di servizi non bilanciate dall'incasso dei corrispettivi (bensì con appostazione dei relativi crediti per il prezzo)”*; egualmente non consente di colpire il compimento in corso di procedura negoziata di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti che non appaiono coerenti rispetto alle trattative, qualora l'imprenditore abbia preventivamente informato degli stessi l'esperto e questi abbia ritenuto che tali atti non fossero pregiudizievoli per i creditori, per le trattative o per le prospettive di risanamento, nonché il compimento di atti di ordinaria amministrazione e l'esecuzione di pagamenti coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, che non vanno comunicati e sfuggono alla valutazione per il possibile dissenso dell'esperto. Tutti questi atti sono legittimi e quindi non possono essere considerati come atti idonei alla revoca del concordato *ex art. 173 L.F.*, a meno che non siano stati fraudolentemente compiuti.

Dal terzo comma dell'art. 173 L.F. - per il quale, *“All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18”*- si deduce che il decreto con cui il tribunale revoca l'ammissione alla procedura di concordato preventivo senza emettere sentenza di fallimento non sia impugnabile, né è soggetto a ricorso per cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.*, non avendo carattere decisorio<sup>(131)</sup>; conclusioni rapportabili anche alla fattispecie del concordato semplificato. Ne segue che per gli imprenditori agricoli e sottosoglia, la revoca *ex art. 173 L.F.*, non potendo precludere alla dichiarazione di

---

<sup>(130)</sup> L.A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 agosto 2021, p. 4.

<sup>(131)</sup> Cass., SS.UU., 28 dicembre 2016, n. 27073, cit.; Cass., 8 maggio 2014, n. 9998; Corte di Appello Salerno 19 ottobre 2010, in *Dejure*.

fallimento su richiesta di un creditore o del P.M., comporta automaticamente il ritorno *in bonis* del soggetto interessato; di modo che il comportamento fraudolento o altro che ha giustificato la revoca rimane privo della sanzione tipica che l'art. 173 L.F. accompagna alla revoca.

L'art. 184 L.F. costituisce un cardine fondamentale del concordato in quanto vincola i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato preventivo, compresi quelli dissenzienti, al rispetto degli effetti esdebitatori derivanti dall'omologazione; nella fattispecie in esame, la precisazione della vincolatività per i dissenzienti è superflua perché, mancando una votazione e la possibilità di esprimere un dissenso se non in sede di opposizione, il richiamo di tale norma ha lo scopo di sancire l'obbligatorietà della proposta omologata per tutti i creditori concorsuali. E, poiché, come detto, non esiste nella figura in esame il vincolo per l'ammissione e per l'omologa di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, l'effetto esdebitatorio per tutti i creditori discende anche da una soddisfazione minimale dei creditori chirografari.

L'art. 184 L.F. trova applicazione nella sua interezza in quanto compatibile con il concordato semplificato sia la conservazione dei diritti dei creditori contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso, sia l'efficacia, salvo patto contrario, del concordato della società nei confronti dei soci illimitatamente responsabili posto che, appunto, come nell'ordinario concordato, non subiscono l'automatica estensione della procedura cui accede la società né l'attrazione dei loro beni nel concorso provocato dal concordato della società.

Infine, benchè non sia richiamato l'art. 181 L.F., la procedura di concordato preventivo semplificato si chiude con l'omologa, non sussistendo più ragione di continuare, e inizia la fase della liquidazione.

Il richiamo dell'art. 186 rende applicabile alla fattispecie in esame la risoluzione negli stessi termini in cui questa è consentita nell'ordinario concordato, e attraverso questo l'annullamento.

Nel concordato semplificato all'obbligo di depositare "*il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*", di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L.F., è sostituito quello, più generico, di depositare un "*piano di liquidazione*", che dovrebbe contenere anche i tempi di adempimento. Tuttavia, qualora la semplificazione introdotta si traduca in una indicazione generica che non contenga l'esposizione dei tempi di adempimento, il ricorso alla risoluzione, che nell'art. 186 è

soggetto al termine di decadenza di cui al terzo comma, diventa esercitabile senza limiti, posto che, secondo il consolidato indirizzo della Suprema Corte, nel caso in cui non sia stata fissata, nel concordato, la data di scadenza dell'ultimo adempimento, il termine annuale di cui all'art. 186 *“decorre dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione, che si compiono non soltanto con la vendita dei beni dell'imprenditore, nonché con la predisposizione e comunicazione del piano di riparto, ma anche con gli effettivi pagamenti, compresi quelli conseguenti ad eventuali sopravvenienze attive”*<sup>(132)</sup>; sempre che, naturalmente, vi siano disposti a sobbarcarsi all'onere anche economico di un procedimento per la risoluzione.

Il richiamo dell'art. 236 L.F. nella sua interezza fa sì che lo strumento del concordato semplificato sia inserito tra le procedure cui la norma di carattere penalistico fa riferimento e che lì dove nell'art. 236 si prevede che nel caso di concordato preventivo si applicano le disposizione di cui ai successivi quattro numeri bisogna intendere che dette disposizioni sono applicabili anche nel caso di concordato semplificato, salvo verifica di compatibilità per ciascuna, che mi sembra sussistere, sostituendo ovviamente l'ausiliario al commissario giudiziale. Non vi è dubbio che, come è stato immediatamente sottolineato<sup>(133)</sup>, l'estensione al concordato semplificato delle fattispecie di bancarotta fraudolenta diventa problematico in quanto le stesse non sono espressamente richiamate in via diretta e il doppio rinvio non sembra una tecnica idonea a perseguire tutte le possibili condotte depauperatorie che si dovessero riscontrare in una fase di mera crisi aziendale; tuttavia il dato del tutto pacifico della natura concorsuale del nuovo istituto e del richiamo dell'art. 236, seppur espressione di una tecnica non perfetta, non dovrebbe escludere l'applicazione alla nuova figura di tutte le ipotesi di reato contemplate o richiamate dalla norma penalistica.

L'inclusione, attuata con la legge di conversione, tra le norme richiamate dall'ult. comma dell'art. 18 anche dell'art. 217-*bis* è stata opportuna in quanto chiarisce inequivocabilmente che anche ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato semplificato non si applicano le disposizioni di cui all'art. 216, terzo comma, e 217 L.F., eliminando ogni dubbio in proposito.

## **XV. LA FASE DELLA LIQUIDAZIONE.**

---

<sup>(132)</sup> Così, da ult., Cass. 20 dicembre 2011, n. 27666, in *Ilfallimentarista.it*, marzo 2012.

<sup>(133)</sup> L.A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio*, cit., p. 4.

Con il decreto di omologazione, il tribunale nomina “un liquidatore” (formula che esclude la nomina di più liquidatori), al quale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all’articolo 182 L.F., dispone il primo comma dell’art. 19 d.l. n. 118 del 2021.

In tema di concordato liquidatorio ordinario la Suprema Corte è ormai concorde nell’affermare che il potere di nomina del tribunale è vincolato alla designazione fatta dal debitore, a condizione che essa sia rispettosa dei requisiti previsti dall’art. 28 L.F. e che il decreto con il quale il tribunale in sede di omologazione provvede alla nomina di un liquidatore giudiziale diverso da quello indicato nella proposta approvata, è impugnabile per cassazione a norma dell’art. 111, comma 7, Cost.<sup>(134)</sup>; ne segue che anche nel concordato semplificato il richiamo dell’art. 182 L.F. fa sì che l’indicazione del debitore rivesta i tratti e la portata della designazione vincolante, sempre che il soggetto designato abbia le caratteristiche per svolgere questo incarico.

E’ vero che in questa nuova figura di concordato la proposta con l’indicazione del liquidatore non è sottoposta al voto dei creditori, per cui la vincolatività dell’indicazione per il tribunale sull’argomento non può essere fondata sull’argomento che i creditori, attraverso il voto favorevole sulla proposta, avrebbero implicitamente accettato anche l’indicazione del liquidatore<sup>(135)</sup>, ma, come la giurisprudenza appena richiamata ha precisato, la vincolatività discende non dal voto dei creditori, bensì dall’ampia formula del primo comma dell’art. 182 L.F. (“*se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina... uno o più liquidatori... per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione*”), che “*depone chiaramente, in effetti, nel senso di assegnare alla proposta concordataria anche la facoltà di scegliere la persona (o le persone) del liquidatore giudiziale*”<sup>(136)</sup>, da cui segue che “*l’indicazione del debitore viene a rivestire i tratti e la portata della designazione vincolante: ove peraltro rimanga rispettosa, s’intende, dei già richiamati requisiti di professionalità e di indipendenza che sono prescritti dalla legge fallimentare*”.

---

<sup>(134)</sup> Da ult. Cass. 29 luglio 2021, n. 21815; Cass., 18 gennaio 2013, n. 1237 in *Ilfallimentarista.it*, p. 22 aprile 2013; Cass., 15 luglio 2011, n. 15699.

<sup>(135)</sup> Premessa da cui G. D’ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1620, deduce che non è attribuita “*al debitore anche la facoltà di indicazione del liquidatore, lasciando al tribunale la più ampia libertà sul punto*”.

<sup>(136)</sup> Si tratta dello stesso tipo di meccanismo che la giurisprudenza ha enunciato con riguardo alle modalità di esecuzione della liquidazione dei beni offerti in concordato; cfr. Cass., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19506, in *Foro it.* 2008, 11, I, p. 3149; *Fallimento* 2008, p. 1394; che ha rilevato in proposito che le “*modalità di liquidazione dei beni debbono essere stabilite dal tribunale, col provvedimento di omologazione del concordato, soltanto se non siano già previste nel concordato medesimo*”.

Anche in tema di concordato semplificato la nomina a liquidatore della persona già in carica come ausiliario collide con il requisito, di cui al combinato disposto degli art. 182, comma 2, e 28, comma 2, L.F., che il liquidatore sia immune da conflitto di interessi, anche potenziale, che, invece, è configurabile laddove nella stessa persona si cumulino la funzione gestoria con quella di sorveglianza dell'adempimento del concordato, compito quest'ultimo che, come detto, è attribuito anche all'ausiliario con il richiamo dell'art. 185, comma 1, L.F.<sup>(137)</sup>.

L'espresso richiamo dell'art. 182 L.F. comporta l'applicazione al liquidatore del concordato semplificato anche del secondo comma e, quindi, della disciplina di cui agli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 L.F. *“in quanto compatibili”*; e, pertanto il liquidatore, sia esso del concordato preventivo ordinario che semplificato, sia esso designato dal debitore che scelto dal tribunale, deve avere i requisiti per la nomina a curatore (condizione che, come si è visto non opera per la nomina dell'ausiliario), deve accettare l'incarico entro i due giorni successivi alla comunicazione (e non tre come l'ausiliario), è soggetto a revoca da parte del tribunale, deve adempiere ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano omologato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (così come l'ausiliario, anche se per motivi diversi), ha diritto al compenso secondo il comma terzo dell'art. 5 del d.m. n. 30 del 2012, che tratta espressamente del compenso dovuto ai liquidatori nominati a norma dell'art. 182 L.F. (a differenza del sistema descritto per l'ausiliario) e deve presentare il conto della gestione alla fine del suo incarico, come ogni organo che ha la gestione di beni altrui, seguendo l'iter processuale delineato nell'art. 116, con relativa approvazione con decreto del tribunale, come nell'ordinario concordato con cessione (ove il giudice delegato è decaduto a seguito dell'omologazione e della conseguente chiusura della procedura).

L'art. 182 L.F. prevede anche la nomina di un *“comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione”*, ma la presenza di tale organo nel concordato semplificato è completamente svilita, al punto da far dubitare della necessità della sua nomina, in quanto le modalità delle vendite *“di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco”*, per le

---

<sup>(137)</sup> In tal senso Cass., 18 gennaio 2013, n. 1237, con riferimento al concordato ordinario, seppure la giurisprudenza di merito, per ragioni di economia processuale, spesso cumula le due funzioni nella stessa persona e la stessa Suprema Corte, chiamata a decidere del compenso spettante a tale organo con doppia funzione, abbia dimostrato di tollerare tale situazione (cfr. da ult. Cass. 26 novembre 2020, n. 26897; Cass. 7 luglio 2017, n. 16856).

quali l'art. 182 richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori, si svolgono, nel concordato semplificato, secondo le modalità descritte dall'art. 19, di cui *infra*, che non richiedono l'autorizzazione del giudice delegato né del tribunale, e rendono incompatibile l'applicazione dell'art. 107 L.F., richiamato dall'art. 182, con il suo precetto cardine di attuare le vendite tramite procedure competitive<sup>(138)</sup>.

Invero la disciplina della nuova figura concordataria dà un duro colpo alla competitività giacché, “*quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 18 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni*” - che è la formula prevista dal primo comma dell'art. 163-*bis* L.F. - l'art. 19, invece di prevedere l'apertura di un procedimento competitivo, come prescrive la norma fallimentare, dispone che l'ausiliario autorizzato dal tribunale e, dopo l'omologa, il liquidatore giudiziale (senza autorizzazione del tribunale), possono procedere alla vendita dall'azienda o di singoli beni “*verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato*”.

E' chiaro che la verifica dell'assenza di migliori condizioni sul mercato, che può essere constatata attraverso qualsiasi mezzo, è cosa ben diversa dall'apertura di una procedura competitiva con le forme di cui all'art. 163-*bis* L.F.; e, peraltro, le modalità del procedimento competitivo esposte dal secondo comma di detto articolo, con le connesse forme di pubblicità, il meccanismo per la scelta dell'offerta migliore e la possibilità di una gara tra più offerte migliorative di cui al terzo comma sono chiaramente incompatibili con la semplificazione del rito del nuovo strumento concordatario, tant'è che non è richiamato il comma quarto dell'art. 163-*bis*, che pone l'obbligo per il debitore di modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara, che è elemento indispensabile per il funzionamento della competitività.

Non contraddice questa conclusione il Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, n. 23094. Il punto 12 della Sez. III di questo è rubricato “*Cessione dell'azienda nella composizione negoziata o nell'ambito del concordato semplificato (nella fase tra la domanda e l'omologa)*”, e contiene una serie di indicazioni all'esperto, tra cui l'utilità e l'opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente, senza tuttavia mai citare l'ausiliario, che è l'organo del concordato semplificato nella fase tra la domanda e l'omologa; né è possibile

---

<sup>(138)</sup> Peraltro, le autorizzazioni del comitato dei creditori, poichè implicano libertà di valutazione in ordine alla liquidazione, sono necessarie lì dove la liquidazione non sia stata già effettuata nella fase ante omologa, il che è presumibile che avvenga con frequenza nel concordato semplificato.

estendere automaticamente all'ausiliario questi “consigli” dati all'esperto per la diversità delle procedure in cui essi operano e la diversità delle finalità della cessione aziendale.

Nella composizione negoziata, infatti, la cessione dell'azienda è configurata come uno strumento di soluzione della crisi, in cui il tribunale interviene per verificare che si tratti di atto funzionale ad assicurare la continuità aziendale e la migliore soddisfazione dei creditori ed è questa premessa che giustifica l'operare del principio di competitività e l'esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti anteriori inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta<sup>(139)</sup>. Nel concordato semplificato la cessione dell'azienda nella sua interezza (o di rami della stessa) è uno dei modi di liquidazione del patrimonio messo a disposizione dei creditori, preferibile alla vendita particellizzata in quanto presumibilmente più proficua per i creditori; ma è una vendita coattiva - come fa intendere l'inequivoco richiamo degli artt. da 2919 a 2929 c.c. - per la quale è dettata l'apposita previsione che all'offerta può essere data esecuzione “*verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato*” che, per la sua specificità, prevale sulla norma generale, oltre ad essere incompatibile con il ricorso alla competitività.

E qui emerge un altro contrasto in cui è incorso il nuovo legislatore. Da un lato, infatti, viene richiamato per il liquidatore l'art. 182 L.F., con l'intero carico delle norme fallimentari da questo, a sua volta, richiamate, che hanno determinato la c.d. fallimentarizzazione della fase esecutiva del concordato per cessione dei beni, e, dall'altro, si sottrae la liquidazione del concordato ai principi cardini della liquidazione fallimentare, quali la competitività e i controlli sulla liquidazione, che, nella liquidazione concordataria sono finalizzati proprio all'accertamento che siano rispettati i parametri legali richiamati dall'art. 182.

Pur muovendo, infatti, dalla constatazione che il procedimento di liquidazione del concordato liquidatorio ordinario ha un fondamento originario di natura negoziale e non giudiziale, costituito dalla formulazione di una proposta e dall'accettazione della stessa attraverso l'approvazione da parte dei creditori, occorre nondimeno prendere atto che la vendita dei beni formanti oggetto della cessione, sia che vi provveda il liquidatore

---

<sup>(139)</sup> “*Se l'imprenditore vuole trasferire l'azienda o suoi rami senza apertura al mercato e senza competitività, può procedere autonomamente ai sensi dell'art. 9 d.l. 118/2021; se, invece, vuole che il trasferimento avvenga senza la responsabilità solidale dell'acquirente rispetto ai debiti anteriori e con salvezza degli effetti indipendentemente dall'esito della composizione negoziata, trova piena applicazione il principio della competitività, posto a tutela anzitutto dell'interesse dei creditori anteriori*”. Così G. D'ATTORRE, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata, in dirittodellacrisi*, 5 novembre 2021.

designato dal debitore che quello nominato dal tribunale, “*si realizza in un contesto proceduralizzato dai dettami del concordato omologato, attraverso atti che il medesimo debitore non sarebbe più ormai libero di non compiere, per finalità soddisfattorie dei creditori del tutto analoghe a quelle della procedura esecutiva fallimentare ed in un ambito di controlli pubblici del pari destinati a garantire il raggiungimento di tale finalità*”<sup>(140)</sup>. E, del resto, se il liquidatore opera in un contesto procedurale per il perseguimento di finalità che, come nella liquidazione fallimentare, coinvolgono l'intera massa dei creditori, diventa ovvio che tale attività si svolga nell'ambito di controlli pubblici del pari destinati, come nel fallimento, a garantire il raggiungimento di tali finalità, nel rispetto di quelle regole che l'art. 182 richiama<sup>(141)</sup>; ma tutto ciò evapora nel concordato semplificato in cui il liquidatore, senza bisogno di autorizzazioni, senza procedure competitive, può liquidare il patrimonio del debitore concordatario, “*verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato*”.

Per il resto il liquidatore nominato con il decreto che omologa il concordato semplificato è equiparabile a quello dell'ordinario concordato con cessione dei beni, con l'applicazione della disciplina richiamata dall'art. 182 L.F., previa verifica della compatibilità, per cui è pacifico che egli subentra al debitore nei soli poteri di gestione dei beni ceduti nella esclusiva finalità della loro liquidazione. Anche il meccanismo delle attribuzioni delle funzioni al liquidatore del concordato semplificato può essere, quindi, riassuntivamente spiegato (senza indugiare sulle varie costruzioni sviluppatesi sul tema) quale un originario conferimento di poteri da parte del debitore ai creditori individuabile nella costituzione di un diritto di disposizione differita al decreto di omologazione; con questo tale diritto viene trasferito, nella sua attualità, direttamente al liquidatore, il quale esercita i suoi poteri di disposizione in nome e per conto dell'ufficio di cui è titolare e non dei creditori.

Il liquidatore ha, pertanto, il potere di disposizione dei beni ceduti dal debitore, il quale viene privato della disponibilità degli stessi e del potere di esercitare le relative azioni; di

---

<sup>(140)</sup> Cass., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19506, cit.

<sup>(141)</sup> Del resto, già prima della riforma del 2006 e della successiva introduzione del secondo comma dell'art. 182 ad opera del d.lgs. n. 169 del 2007, la giurisprudenza di legittimità affermava che “*il liquidatore giudiziale, per effetto della sentenza di omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni, viene investito di un ufficio costituito allo scopo di provvedere alla liquidazione dei beni ceduti e al soddisfacimento dei creditori, cioè viene investito in funzioni che sono facilmente assimilabili a quelle del curatore (il quale, com'è noto, deve provvedere anche alla gestione ed alla liquidazione dei patrimoni del fallito) come dimostra il fatto che la giurisprudenza ha esteso al liquidatore l'intera disciplina dettata dalla legge fallimentare per il curatore in materia di revoca, di legittimazione sostanziale e processuale inerente alla gestione e tutela del patrimonio ceduto e di rendiconto*” (Cass., 22 febbraio 1994, n. 1730 e Cass., 26 agosto 2004, n. 16989).

conseguenza il liquidatore può, anzi deve procedere alle vendite dei beni ceduti e può compiere tutte quelle attività di gestione patrimoniale utili e funzionali alla più proficua realizzazione dei cespiti oggetto di cessione, dalla locazione di beni ad acquisti strumentali ad una più vantaggiosa alienazione, quale anche l'affitto di azienda in prospettiva di una futura vendita. Ha, inoltre, la legittimazione processuale attiva nei giudizi che investono lo scopo liquidatorio della procedura e, quindi, per il recupero dei crediti e, in generale, per le controversie aventi ad oggetto l'esercizio di azioni patrimoniali relative a beni oggetto dell'esecuzione concordataria; compreso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci della società che ha avuto accesso al concordato semplificato, anche ove l'azione non sia stata già proposta e anche senza l'autorizzazione assembleare, giacchè, dovendo, nel concordato semplificato, la cessione dei beni investire l'intero patrimonio del debitore, tra i beni e i diritti compresi nel patrimonio della società istante ceduti non può non essere compreso il credito della società al risarcimento dei danni ad essa cagionati dai suoi amministratori<sup>(142)</sup>.

Sul lato passivo, come è noto, se i crediti sono contestati in corso di procedura ordinaria dal commissario, è pacifico che gli stessi possano essere ammessi provvisoriamente ai fini del voto (art. 176) e il creditore, se la contestazione sul credito o sulla collocazione persiste, debba promuovere un ordinario giudizio di cognizione per l'accertamento nei confronti del debitore, che è l'unico legittimato passivo in ordine alla verifica dei crediti, nel quale il liquidatore - ove la controversia continui o venga iniziata dopo l'omologazione del concordato - può o deve partecipare, essendo ancora controverso se sia o non litisconsorte necessario del debitore. Nel concordato semplificato, mancando l'intera fase della votazione, chiaramente non trova applicazione l'art. 176 L.F., e il liquidatore rimane privo di legittimazione a resistere in relazione ai giudizi di accertamento delle ragioni di credito.

E' da chiedersi, piuttosto, se il liquidatore debba accettare l'elenco dei creditori predisposto dal debitore, limitandosi a ripartire il ricavato della liquidazione tra loro o possa contestare detto elenco sollevando eccezioni in ordine all'esistenza, all'entità e alla collocazione dei crediti risultanti da detta documentazione. Io opto per questa seconda

---

<sup>(142)</sup> Conf. G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1620, che correttamente sottolinea come nel nuovo codice della crisi sia espressamente adottata questa soluzione all'art. 115, comma 2, in forza del quale "il liquidatore esercita, oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità. Ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano sono inopponibili al liquidatore e ai creditori sociali".

soluzione anche nel concordato ordinario perché con la omologazione del concordato si determina una scissione tra titolarità del debito, che resta all'imprenditore debitore, e legittimazione allo adempimento dell'obbligazione, cui è tenuto il liquidatore, per cui questi, dovendo provvedervi con il ricavato della liquidazione, deve anche poter determinare il contenuto del proprio adempimento. A maggior ragione tale soluzione si impone nel concordato semplificato in quanto è mancata nella fase concordataria quella verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori sulla scorta delle scritture contabili presentate che l'art. 171 demanda al commissario giudiziale.

Passando all'esame specifico della normativa contenuta nei commi 2 e 3 dell'art. 19 (la legge di conversione ha aggiunto all'art. 19 i commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies, che non hanno alcuna attinenza con il concordato semplificato), va detto che questi sono frutto di una redazione abbastanza frettolosa.

Il comma 2, infatti, recita: *“Quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 18 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, dà esecuzione all'offerta e alla vendita si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile”*. Non si capisce l'inciso riguardante il trasferimento in favore dell'offerente *“anche prima dell'omologazione”* in quanto sorge spontaneo chiedersi come, qualora il trasferimento debba avvenire prima dell'omologa, possa provvedere a darvi esecuzione il liquidatore, che viene nominato proprio con il decreto di omologazione, tanto più che la fattispecie che l'offerta debba essere accettata prima dell'omologazione è regolata nel terzo comma, con l'intervento, come già visto, dell'ausiliario.

Ad ogni modo, rimane il fatto che il liquidatore, eventualmente indicato dallo stesso debitore che presenta un piano preconfezionato, contenente una proposta di acquisto dell'intera azienda o rami della stessa o anche di singoli beni, può procedere alla vendita al soggetto indicato dal debitore, senza alcuna autorizzazione del comitato dei creditori o del tribunale, semplicemente verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con buona pace della competitività e della tutela dei creditori, che, non solo non hanno diritto al voto, ma non possono neanche esercitare alcun controllo, neppure tramite il loro organo rappresentativo, sulle scelte del liquidatore che incidono sul livello della loro soddisfazione, né sperare che attraverso una gara tra interessati la liquidazione possa dare risultati più soddisfacenti della proposta iniziale.

Come si è già accennato, quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta di cui al comma 2 debba essere accettata prima della omologazione, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata, anche in questo caso, l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, previa autorizzazione del tribunale.

Anche quest'ultima disposizione è inspiegabile in quanto si attribuisce all'ausiliario il potere di procedere alla vendita, qualificata espressamente come coattiva con il richiamo degli artt. da 2919 a 2929 c.c. (il richiamo a queste norme è contenuto nel comma due, ma nel terzo comma, di cui si sta parlando, si specifica che l'ausiliario provvede “*con le modalità di cui al comma 2*”, ed è univoco il riferimento alla citata disciplina), come se avesse la disponibilità del patrimonio del debitore, nel mentre egli, a norma del richiamato art. 167 L.F., esercita solo una attività di vigilanza sulla gestione dei beni e dell'esercizio dell'impresa che rimane in capo al debitore.

Per riportare la norma negli schemi delle funzioni affidate all'ausiliario bisogna ritenere che il legislatore intenda dire che il compito di costui sia solo quello di verificare l'assenza di soluzioni migliori sul mercato. In tal modo, però, si finisce per attribuire alla medesima locuzione di dare esecuzione all'offerta<sup>(143)</sup>, ossia accettare l'offerta, - riferita nel comma secondo all'attività del liquidatore e nel comma terzo all'attività dell'ausiliario - un diverso significato, che non è una brillante operazione ermeneutica in quanto si dovrebbe attribuire eguale significato alle espressioni contenute nello stesso testo normativo e, ancor più, nella stessa norma; ma per sopperire alla discrasia normativa non c'è altra strada che prescindere, in questo caso, dalla unità organica della norma.

Nulla è detto, infine, sulla stabilità di tali atti di vendita, sia di quelli effettuati dall'esperto qualora, a causa di revoca o di mancata omologazione del concordato semplificato, venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore, sia di quelli eseguiti dal liquidatore nel caso il fallimento venga dichiarato a seguito di risoluzione del concordato omologato, giacché manca il richiamo della lett. e) del terzo comma dell'art. 67 L.F. che, appunto, sottrae alla revocatoria fallimentare “*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis,*

---

<sup>(143)</sup> Il legislatore nel comma terzo dell'art. 19 ha, infatti, riprodotto la disposizione del comma secondo, non tenendo conto che il liquidatore ha i normali poteri del liquidatore di un ordinario concordato liquidatorio stante il richiamo dell'art. 182 L.F., nel mentre l'ausiliario non ha la disponibilità dei beni di cui dovrebbe disporre, stante il richiamo all'art. 167 L.F., per cui, in tal caso, dovrebbe essere il debitore a dare esecuzione all'offerta, previa autorizzazione del tribunale assunto il parere dell'ausiliario.

*nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161”.*

A mio avviso tale esenzione è applicabile anche al concordato semplificato senza tradire l'impostazione originaria dell'inutilizzabilità della analogia *legis*, in quanto, nel caso, non si tratta di applicare una norma specifica del concordato ordinario a quello semplificato, bensì di fare una interpretazione estensiva della citata disposizione in tema di revocatoria, tale da individuarne la portata effettiva, che permetta di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale, tenendo conto dell'intenzione del legislatore.

Orbene, è chiaro che nell'art. 67 il legislatore non poteva fare riferimento al concordato semplificato essendo stato questo nuovo modello introdotto soltanto con il d.l. n. 118 del 2021, tuttavia appare altrettanto chiaro, attraverso l'esame delle previsioni di cui al terzo comma dell'art. 67 L.F., l'intento del legislatore di salvaguardare ciò che è stato legalmente fatto dall'imprenditore in una qualsiasi delle procedure c.d. minori qualora all'esito infausto di esse sia succeduta la dichiarazione di fallimento, al punto da estendere l'esenzione dalla revocatoria anche agli atti, ai pagamenti e alle garanzie posti in essere in esecuzione di un piano attestato, certamente non riconducibile nell'ambito di una vera e propria procedura concorsuale, purchè un professionista indipendente attesti che esso appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; inoltre, anche nella composizione negoziata è prevista l'esenzione dalla revocatoria di cui all'art. 67, co. 2, L.F. degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere dall'imprenditore in corso di procedura, purchè coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento (art. 12, co. 2), nonché da ogni tipo di revocatoria degli atti di straordinaria amministrazione e dei i pagamenti, a condizione della condivisione da parte dell'esperto ovvero della mancata pubblicizzazione con iscrizione nel registro delle imprese del suo eventuale dissenso (art. 12 co. 3).

E' abbastanza agevole vedere in questo ampio panorama normativo, da leggere peraltro in uno con il riconoscimento della prededuzione, l'intenzione del legislatore di favorire soluzioni negoziali della crisi extragiudiziarie o l'utilizzo di procedure concorsuali diverse dal fallimento, per cui sarebbe inspiegabile che eguale principio non operasse per il concordato semplificato.

## XVI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Dallo svolto esame della disciplina del concordato semplificato emerge che esso produce, fin dalla presentazione della domanda, gli stessi effetti dell'ordinario concordato, ma, a differenza di questo, non è soggetto al vaglio iniziale di ammissibilità tipica del concordato preventivo, al vincolo di soddisfare i creditori chirografari ad un livello predeterminato, né deve rispettare le regole della competitività, né sottostare al voto dei creditori, per citare alcune soltanto delle numerose differenze di cui si è parlato.

In queste condizioni, alla fine del percorso negoziale, esclusa ogni velleità di risanamento diretto dell'impresa, le alternative di cui parla il legislatore nel terzo comma dell'art. 11 sono solo sulla carta, giacché questa nuova figura di concordato è talmente vantaggiosa per il debitore rispetto a qualsiasi altra procedura concorsuale, ed anche rispetto ad un piano attestato, da escludere ogni possibilità di concorrenza, a meno che non siano configurabili ipotesi di revocatorie fallimentari da far pendere l'ago della bilancia per la dichiarazione di fallimento.

In tal modo, il nuovo legislatore ha creato una specie di ulteriore misura premiale per il debitore per invogliarlo a percorrere la strada della composizione negoziale; in caso di buona riuscita di questa si stipula un accordo e scattano gli incentivi contemplati dall'art. 14, in caso negativo il debitore ha possibilità di ricorrere al vantaggioso concordato semplificato, che comporta anche la riduzione alla metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di accesso alla procedura negoziata se sono stati oggetto della trattativa, giusto il disposto dell'art. 14, comma 3<sup>(144)</sup>; e questa prospettiva diventa un'arma molto potente perché, come immediatamente sottolineato<sup>(145)</sup>, ha, durante la negoziazione assistita dall'esperto, una forza persuasiva sui

---

<sup>(144)</sup> Si tratta di una delle tante misure dettate per agevolare il ricorso alla composizione negoziata giacché la norma citata, accordando la indicata misura premiale nelle ipotesi di cui all'art. 11, co. 3, consente la riduzione delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari in tutti i casi in cui, non riuscito il tentativo negoziale, il debitore ricorra ad un piano attestato (lett.a) del comma terzo dell'art. 11) o ad una domanda di concordato semplificato (lett. b) o acceda ad una delle procedure disciplinate dalla legge fallimentare (compreso il fallimento, probabilmente solo quello richiesto dallo stesso imprenditore, che è il soggetto di accedere) o dal d.lgs. n.270 del 1999 o dal d.l. n. 347 del 2003 (convertito dalla l. n. 39 del 2004). E' chiaro che questa misura premiale costituisce un ulteriore incentivo a percorrere la strada della composizione negoziata (tanto, se anche va male e si apre una procedura concorsuale, il debitore si giova di alcuni vantaggi fiscali), ma, poiché, per le ragioni di cui al testo, lo sbocco preferenziale della mancata riuscita della negoziazione è il ricorso al concordato semplificato, detta misura premiale finisce per diventare una significativa agevolazione che favorisce ulteriormente il ricorso alla nuova figura di concordato.

<sup>(145)</sup> L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni"*, cit., p. 24.

creditori i quali sanno che, *“all’esito negativo l’imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio che deve rispettare soltanto le cause di prelazione e che non lo vincola a riconoscere ai creditori più di quanto essi potrebbero ottenere in caso di fallimento”* <sup>(146)</sup>.

Questa prospettiva, peraltro, incombe in una fase in cui i creditori non sono nella pienezza dei loro diritti, ma già versano in una posizione di minorata difesa. E’ vero, infatti, che *“il percorso di composizione negoziata non è, né per conformazione normativa né per espressa volontà legislativa, una procedura concorsuale”* ma è soltanto *“un luogo dove si dipana lo svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non assiste l’imprenditore - non è un attestatore, né si sostituisce alle parti e ai suoi professionisti nell’esercizio dell’autonomia privata - ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi”* <sup>(147)</sup>, eppure il debitore gode di una protezione sconosciuta in altre procedure pur sicuramente concorsuali e a carattere giudiziario, a scapito dei creditori <sup>(148)</sup>.

---

<sup>(146)</sup> Lo stesso S. LEUZZI (*Analisi differenziale*, cit., p. 14), che pur apprezza la nuova figura, riconosce che la mancanza del voto *“vale a conferire una più spiccata forza contrattuale all’imprenditore in fase di trattative, posto che i creditori mal disposti a rimodulare le pretese entro i limiti esterni dell’apprezzabile sacrificio saranno ben consapevoli che il mancato accordo non li premierà, perché non saranno ulteriormente chiamati a pronunciarsi, né riceveranno di più nel plesso della liquidazione fallimentare”*. Nello stesso senso M. ARATO (*Relazione tenuta a Brescia il 25.9.2021 al Convegno “La gestione della crisi di impresa nel post pandemia tra esigenze del Paese, Legge Fallimentare e Codice della Crisi”*), per il quale *“In definitiva, il possibile ricorso al concordato liquidatorio semplificato quale esito di una composizione negoziata non andata a buon fine potrebbe essere un valido deterrente rispetto ad eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori in sede di composizione negoziata. Ipotizziamo, ad esempio, una proposta di accordo con i creditori che preveda una continuità indiretta attraverso la cessione dell’azienda a terzi. Se i creditori non l’approvano, il debitore potrà pur sempre perseguirla e imporla ai creditori attraverso un concordato semplificato”*. Comunque voglia chiamarsi, rimane il dato che la prospettiva di una figura che serva a vincere le eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori in sede di composizione negoziata rimane un’arma che opera come una minaccia, neanche troppo velata.

<sup>(147)</sup> I. PAGNI-M. FABIANI, *La transizione dal codice*, cit., p. 10.

<sup>(148)</sup> Nel recente intervento delle Sezioni Unite in tema di prededuzione (Cass., SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, cit.), la Corte, ricorda che la nuova composizione negoziata della crisi è *“un istituto che pacificamente non integra una procedura concorsuale, ma egualmente implica, con la scelta unilaterale del regime protettivo ed il controllo del tribunale, preclusioni alle azioni di tutela del credito così come alla dichiarazione di fallimento o insolvenza, esemplificando l’assunzione di regole di autentica concorsualità, come cennato, nella più recente accezione di estensione parziale di taluni effetti del concorso, normativamente assegnati in forma piena solo al debitore che abbia però fatto ingresso in una procedura concorsuale ed ai creditori che vi siano organizzati”*. Lo scopo della Corte era quello di dimostrare che la sottoposizione a regole concorsuali non è patrimonio esclusivo delle procedure concorsuali in senso stretto, per cui non è scesa nei particolari della maggiore o minore pervasività delle misure protettive nella composizione negoziata rispetto a quella tradizionale del concordato, ma la considerazione svolta è comunque significativa dell’introduzione di un corpo normativo protettivo estraneo al tessuto prettamente negoziale del nuovo istituto che, proprio per

Il debitore, invero, con la stessa istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'art. 5, co. 1, può chiedere<sup>(149)</sup>, l'applicazione di misure protettive del patrimonio e, dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, unitamente all'accettazione dell'esperto, i creditori incisi (probabilmente tutti<sup>(150)</sup>, tranne i lavoratori, i diritti di credito dei quali sono esclusi dalle misure protettive per il disposto dell'art. 6, co. 3), non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore né acquisire diritti di prelazione senza il suo consenso (art. 6, co. 1); sicché il divieto di acquistare diritti di prelazione, che nelle procedure concorsuali non è nella disponibilità delle parti, diventa disponibile nel corso della composizione concordata della crisi in quanto il debitore ed il singolo creditore possono accordarsi per l'acquisto della prelazione, anche in danno degli altri creditori<sup>(151)</sup>. Inoltre, come si è già avuto modo di dire, è impedita, fino alla conclusione delle trattative o alla archiviazione dell'istanza che apre la composizione negoziata, la dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza (art. 6, co. 4) e i creditori interessati dalle misure protettive non possono rifiutare l'adempimento o risolvere unilateralmente o modificare i contratti in corso con l'imprenditore né possono anticiparne la scadenza per il solo fatto di vantare, nei suoi confronti, crediti non soddisfatti (art. 6 co. 5). Norma quest'ultima, in linea con la Direttiva n.1023 del 2019 (art. 7.4, comma 1) e pienamente giustificabile nell'ottica di favorire la soluzione concordata, che diventa però devastante per i contraenti che devono subire la continuazione coattiva dei contratti pendenti, senza godere della prededuzione per i crediti nel frattempo sorti.

---

questa indiscutibile caratteristica, non può porsi in rapporto di consecutività, per il caso d'insuccesso, con altra sopravvenuta procedura concorsuale; situazione che ha richiesto la espressa previsione (cfr. art. 12), della conservazione degli effetti degli atti compiuti in questa fase.

<sup>(149)</sup> Ed è presumibile che lo chieda sempre per poter gestire la composizione senza l'aggressione al suo patrimonio e che formuli tale richiesta nello stesso ricorso introduttivo o immediatamente dopo.

<sup>(150)</sup> Anche se *“su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori”* (art. 7, co. 4).

<sup>(151)</sup> La stessa formula, secondo cui dalla data della pubblicazione i creditori per titolo e causa anteriore non possono *“acquisire titoli di prelazione se non concordati”* è utilizzata nel terzo comma dell'art. 182-bis L.F., ma tanto avviene quando è stato già raggiunto un accordo con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, e non, come nel caso della composizione negoziata, ove non si sa se un accordo sarà mai raggiunto. Ed, infatti, anche nell'art. 182-bis L.F. la possibilità di acquisire titoli di prelazione concordati non è richiamata nel comma sesto, per il quale l'imprenditore, prima ancora della formalizzazione dell'accordo, può richiedere al tribunale competente soltanto la sospensione delle procedure esecutive e cautelari, o che sia disposto il divieto di inizio di tali procedure, depositando la prescritta documentazione.

Va, infatti, ricordato che solo gli atti di finanziamento elencati nelle lettere a), b) e c) del primo comma dell'art. 10 godono della prededuzione<sup>(152)</sup>, ove autorizzati dal tribunale, e conservano i loro effetti anche nelle procedure successive (art. 12, co. 1), di modo che coloro che intrattengono rapporti commerciali con il debitore dopo la nomina dell'esperto - che siano o non già creditori, che scelgano volontariamente o siano obbligati a proseguire i rapporti commerciali in corso - rischiano in proprio nel continuare a fornire prestazioni di beni e servizi in quanto non sono garantite alle controparti contrattuali dell'imprenditore in composizione negoziata quelle “*salvaguardie utili ad evitare ingiusti pregiudizi?*”, richieste dall'art. 7.4, co. 2 Direttiva, per compensare chi subisce la prosecuzione forzata dei contratti. Nel caso, quindi, la parte che accede alla composizione negoziata sia inadempiente al pagamento di crediti anteriori alle misure protettive, la controparte non solo non può eccepire l'inadempimento e sciogliersi dal contratto (per cui è obbligata a continuare ad erogare le sue prestazioni), e, in più, i crediti che ne derivano non sono assistiti da prededuzione e non possono essere azionati in via esecutiva, parimenti ai crediti anteriori.

Il comma primo dell'art. 6 si limita, invero, a disporre che “*L'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono ... iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa?*”, senza alcuna distinzione tra crediti anteriori e successivi in quanto l'unico dato sottolineato è il *dies a quo* da cui incomincia a decorrere il divieto, ma non l'oggetto dello stesso<sup>(153)</sup>. L'unica arma che rimane alla controparte in caso di perpetuazione dell'inadempimento è il recupero del potere di provocarne la risoluzione, posto che il comma quinto dell'art. 6 inibisce tale diritto solo nel caso “*del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1?*”, per cui, ad essa rimane, in deroga al disposto dell'art. 1453 c.c., solo l'alternativa della risoluzione e non la possibilità di chiedere l'adempimento, visto che non può agire in via coattiva.

---

<sup>(152)</sup> Non vi è alcuna norma che in questa fase attribuisca, in via generale, la prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione della procedura, tranne quelli espressamente indicati dall'art. 10, cui va aggiunto il credito per il compenso dell'esperto (art. 16, co. 11), né è richiamato l'art. 111 L.F., come invece è stato fatto nel concordato semplificato.

<sup>(153)</sup> Disposizione ben diversa da quella di cui all'art. 168 L.F. in cui si chiarisce che non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore “*i creditori per titolo o causa anteriore?*”.

Ed ancora, le controparti contrattuali devono subire la rideterminazione del contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, giacchè, in mancanza di accordo sul punto, provvede il tribunale su domanda dell'imprenditore, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, rideterminando *“equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale”* (art.10, co. 2). Anche questa disposizione è fortemente asimmetrica a favore dell'imprenditore che accede alla composizione negoziata in quanto, sebbene la rinegoziazione del contenuto dei contratti con l'intervento dell'esperto abbia lo scopo di evitare gli squilibri creati dalla pandemia da Covid-19 sui rapporti contrattuali ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, l'unico legittimato, ove non si raggiunga un accordo, ad adire il giudice per la rinegoziazione forzosa è l'imprenditore interessato alla composizione; pertanto, se gli stessi contratti sono divenuti eccessivamente onerosi, seppur sempre a causa della pandemia, per l'altro contraente, questi non potrà sollecitare l'esperto ad aprire la rinegoziazione e, comunque, a fronte del rifiuto dell'altra parte, non disporrebbe di altri mezzi per ottenere la eterointegrazione da parte del giudice. E' chiaro, pertanto, che la rinegoziazione è uno strumento di difesa a tutela esclusiva del debitore finalizzato a ridurre l'entità della prestazione diventata per lui eccessivamente onerosa o ad incrementare l'ammontare della prestazione dell'altro contraente<sup>(154)</sup>, con buona pace del reciproco dovere di buona fede richiamato dalla giurisprudenza, anche di recente<sup>(155)</sup> e

---

<sup>(154)</sup> P.G. CECCHINI, *I contratti asimmetrici nella composizione negoziata*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 novembre 2021, p. 6.

<sup>(155)</sup> Cfr. Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, per la quale *“Il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore, opera come un criterio di reciprocità e, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'articolo 2 della Costituzione. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Deriva da quanto precede - pertanto - che la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, ma trova tuttavia il suo limite precipuo nella misura in cui detto comportamento non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico, una volta comparato con la gravosità imposta sull'altro contraente, solo in questo ristretto ambito potendosi fare riferimento all'istituto della *Verwirkung*”*.

del principio di eguaglianza. E così, l'autonomia negoziale delle parti, già messa a dura prova dalla rinegoziazione tentata dall'esperto, subisce un colpo mortale quando si consente all'autorità giudiziaria di modificare il contenuto del contratto, che potrebbe, seppur a fatica, giustificarsi con l'eccezionalità e transitorietà della situazione generatrice dello squilibrio, ove questo fosse reciprocamente valutabile per tutti i contraenti coinvolti. Infine, un trattamento speciale è fatto anche alle banche e intermediari finanziari, dato che, a norma dell'art. 4, co. 6, "*L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore*", norma già fortemente penalizzante ove interpretata nel senso che la banca non possa recedere dal contratto nè pretendere l'immediato pagamento del fido utilizzato, ma l'imprenditore non possa più utilizzare la parte degli affidamenti ancora disponibile, fino cioè a concorrenza del fido accordato; norma che diventa sconvolgente ove si interpreti nel senso che l'imprenditore possa continuare a utilizzare gli affidamenti per la parte accordata e non ancora utilizzata, e la banca sia costretta a subirne l'utilizzo, senza neppure il beneficio della prededuzione<sup>(156)</sup>.

Di contro il debitore, per tutto il periodo delle trattative di carattere stragiudiziale, non subisce le limitazioni sulla disponibilità patrimoniale tipiche di chi accede al concordato, anche semplificato (art. 167 L.F.), in quanto, a norma del primo comma dell'art. 9, egli conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa<sup>(157)</sup>, favorita anche dall'accennato divieto di revoca degli affidamenti e dalla sospensione - sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata - degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. azionabile con semplice dichiarazione dell'imprenditore contenuta nella stessa istanza di nomina dell'esperto<sup>(158)</sup> (art. 8).

---

<sup>(156)</sup> Queste sono le due alternative prospettate da P.G. CECCHINI, *I contratti asimmetrici*, cit., p. 5, (cui si rinvia per approfondimento), il quale propende motivatamente per quest'ultima.

<sup>(157)</sup> Situazione ben sintetizzata da S. PACCHI (*Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale ovvero i cambi di cultura sono sempre difficili*, in *ilcaso.it*, 13 agosto 2021) quando scrive che "*La disciplina punta a una gestione dell'impresa che, durante le trattative per la composizione negoziata, sia per l'ordinaria che per la straordinaria amministrazione, rimanga saldamente in mano all'imprenditore libero da controlli invasivi e senza l'inibizione di effettuare pagamenti*".

<sup>(158)</sup> Disposizione che non richiede per la sua applicazione la ricorrenza che "*le perdite (siano) emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020*", come previsto invece dall'articolo 1, comma 266, l. 178/2020 (legge finanziaria 2021) in vigore dal 1° gennaio 2021, che disapplica per la durata di cinque anni "*gli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4-6, e 2482-ter c.c.*" e rende inoperante la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1, n. 4, e 2545-duodecies c.c.. Proprio perché la disposizione del recente decreto

Su tale gestione l'esperto può esercitare un controllo solo indiretto, affidato all'iniziativa dello stesso debitore, che è tenuto ad informare *“preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento circa il compimento degli atti di straordinaria amministrazione”*<sup>(159)</sup> (art. 9, co. 2). Questa norma, tuttavia, va, in primo luogo coordinata con quella di cui al primo comma dell'art. 6, che non impedisce la costituzione negoziale di garanzie preferenziali, essendo vietate, come detto, l'acquisizione soltanto di diritti di prelazione “non concordati” con l'imprenditore, né inibisce i pagamenti, per cui l'imprenditore deve informare l'esperto dei soli atti straordinari, diversi da quelli costitutivi di una ipoteca o un pegno, e dei pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative e alle prospettive di risanamento, di modo che è lo stesso debitore che seleziona, in base a sue valutazioni, se l'atto che sta per compiere sia di ordinaria o straordinaria amministrazione<sup>(160)</sup> o se il pagamento sia coerente con le dette finalità; è vero che il debitore ha l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede, ma egli, in perfetta buona fede e senza alcun intento fraudolento, potrebbe ritenere, nel contesto della strategia imprenditoriale che persegue, che l'atto di gestione in questione rientri nella ordinaria gestione dell'impresa, non sia pregiudizievole per i creditori, e non ne informa legittimamente l'esperto, il quale, non avendo alcun controllo o vigilanza sull'attività, non è in grado di intervenire<sup>(161)</sup>.

---

legge non richiede la presenza del requisito della emersione delle perdite nell'esercizio in corso alla data del 31.12.2020, ne discende che ove questo requisito ricorra, il debitore può avvalersi della norma del 2020, più favorevole.

<sup>(159)</sup> A sua volta l'esperto, quando ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo (art. 9, co. 3), e, se nonostante la segnalazione, l'atto viene egualmente compiuto, è sempre l'imprenditore che deve informare immediatamente l'esperto, il quale, nei successivi dieci giorni, può e nel caso l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori deve- iscriverne il proprio dissenso nel registro delle imprese e segnalarlo al tribunale che ha confermato le misure protettive, ai fini della loro eventuale revoca (il che, seppur non previsto da alcuna norma, in concreto segna la fine del percorso negoziale), tuttavia gli atti e i pagamenti compiuti rimangono validi, salvo revocatoria nei limiti di cui all'art. 12 (In tal senso S. BONFATTI, *Profili della composizione*, cit.).

<sup>(160)</sup> Distinzione non agevole se si pensa che Cass., SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, cit., ha speso qualche pagina per stabilire se l'ingaggio di un professionista possa essere qualificato atto di ordinaria o straordinaria amministrazione, premettendo al discorso che è *“possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione, se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato nell'ambito di una procedura concorsuale”*.

<sup>(161)</sup> Peraltro in tal caso, l'atto sfuggirebbe anche a eventuali future revocatorie mancando l'iscrizione del dissenso dell'esperto (art. 12, co. 3) e, per i motivi detti, sarebbe anche problematica la revoca ex art. 173, qualora l'esperto scoprisse il compimento dell'atto da lui considerato in danno dei creditori.

Il Tribunale, a sua volta, interviene sulla gestione (oltre quindi che per la conferma o modifica delle misure protettive), semplicemente per attribuire, con la sua autorizzazione, la prededuzione ai finanziamenti elencati nelle lett. a). b) e c) del primo comma dell'art. 10 e per attuare la deroga all'art. 2560, 2° comma, c.c. in caso di trasferimento di azienda<sup>(162)</sup>, che comporta l'ulteriore vantaggio per il debitore (che è l'unico legittimato a rivolgersi al tribunale in alternativa alla comunicazione all'esperto dell'atto di straordinaria amministrazione che sta per compiere) di facilitare la vendita dell'azienda in quanto l'autorizzazione del tribunale produce l'effetto purgativo rispetto ai debiti anteriori risultanti dai libri contabili obbligatori (dei quali, trattandosi di vendita privata ne risponderrebbe in via solidale anche l'acquirente) e la conservazione degli effetti nelle eventuali successive procedure concorsuali, giusto il disposto del primo comma dell'art. 12

Inoltre, benchè il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto sia disposto per tutte le parti coinvolte nelle trattative, le quali devono dare *“riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata”* (art. 4, co. 7), è di evidenza che è il debitore in difficoltà ad avere interesse ad ottenere risposte tempestive, oltre che motivate, tanto che *“se l'impresa non riesce a perseguire il percorso del risanamento si aprono spazi risarcitori nei confronti di chi abbia tenuto comportamenti ostruzionistici e semplicemente non abbia collaborato alle trattative in modo concludente”*<sup>(163)</sup>; ed anche questa è una protezione che si riscontra solo nella nuova procedura.

In questa situazione di evidente squilibrio di posizioni, i creditori, già privati del diritto di realizzare i propri crediti e, più in generale, di gran parte dei diritti dispositivi tipici della titolarità di crediti e con la prospettiva che il debitore, in caso di fallimento delle trattative, si liberi delle sue obbligazioni con le facilitazioni descritte, sono fortemente incentivati ad accettare le proposte che vengono formulate onde evitare il peggio.

---

<sup>(162)</sup> Coerentemente, come già accennato, gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti nelle eventuali successive procedure, (art. 12, co. 1) e, in caso di fallimento, non sono soggetti a revocatoria di cui all'articolo 67, secondo comma, L.F., (art. 12, co. 2); infine il quinto comma dell'art. 12 stabilisce che le disposizioni di cui agli articoli 216, terzo comma, e 217 L.F. *“non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 5, comma 5, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 10”*.

<sup>(163)</sup> R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *ilcaso.it*, 8 settembre 2021.

Concludendo, l'introduzione di una procedura stragiudiziale di prevenzione delle crisi meno farragিনosa rispetto all'allerta è quanto mai opportuna ed è giustificato che il legislatore adotti anche strumenti per favorirla, ma con la composizione negoziata è stato costruito un meccanismo che si autolegittima come modello preferenziale non solo per prevenire la crisi di impresa, ma anche per risolvere una crisi in atto in via privatistica al di fuori delle aule giudiziarie. Alla fine di questo percorso non riuscito, quando il debitore può accedere alle varie forme di procedure di regolamentazione della crisi offerte dal nostro ordinamento, è stata data allo stesso la possibilità di ricorrere ad una nuova procedura liquidatoria, che produce esattamente gli stessi effetti del concordato preventivo ordinario con cessione dei beni, ma non richiede una valutazione di ammissibilità, lascia al debitore una grande libertà di organizzare la proposta, ed ora anche la possibilità di dividere i creditori in classi, non è soggetta alla votazione dei creditori ed il controllo del giudice interviene solo al momento dell'omologa ed è inquadrato in un perimetro legislativamente delineato.

La creazione di una procedura, così incongruamente asimmetrica in favore del debitore e sfacciatamente lesiva dei diritti dei creditori, che peraltro segue ad una fase in cui hanno già subito notevoli limitazioni all'esercizio dei loro diritti di credito, non può che avere la funzione di operare, nel corso delle trattative per la composizione negoziata, una pressione per vincere eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori. E, a mio avviso, non è etico che lo Stato offra al debitore, che già tanti danni ha procurato ai suoi creditori a causa della sua crisi o insolvenza, una ulteriore arma per "costringere" costoro ad accettare le sue proposte; evidentemente il legislatore sovrano la pensa diversamente.